



Trabajo Final de Graduación

Responsabilidad Penal por Consumo y Posesión de Pornografía Infantil

Análisis de la normativa en el ordenamiento jurídico argentino

Autor: Ivanic, Ivan Nahum

Año: 2017

Carrera: Abogacía

Abstract:

La pornografía infantil es un fenómeno que crece exponencialmente y de manera directamente proporcional al crecimiento de Internet. El presente trabajo busca brindar desde una perspectiva objetiva un análisis del problema que representa al flujo de material pornográfico infantil en la Red y las respuestas que se han esbozado en torno a la misma por parte de los Estados de Derecho, en específico en Argentina.

Nuestro sistema regula lo referente a la pornografía infantil en el Código Penal y al igual que en otras legislaciones, la pornografía infantil es considerada un ilícito. Por la novedad del fenómeno los Estados se vieron en la necesidad de adaptar rápidamente sus legislaciones sobre una realidad virtual que evoluciona a una velocidad mayor que la realidad jurídica. Se cometió errores y se aprendió sobre la marcha pero aún quedan cuestiones sin aclarar.

Una de estas cuestiones es lo referente a la posesión y distribución de pornografía infantil a través de Internet, extremo que se aborda en el presente trabajo desde un punto de vista jurídico con un contraste en referencia a los mecanismos de funcionamiento de la Red.

Child pornography is a phenomenon that grows exponentially and directly proportional to the growth of the Internet. The present work seeks to provide, from an objective perspective, an analysis of the problem that represents the flow of child pornographic material on the Net and the answers that have been sketched around it by the States of Law, specifically in Argentina.

Our system regulates child pornography in the Penal Code and, as in other legislation, child pornography is considered to be illegal. Due to the novelty of the phenomenon, States were in the need of rapidly adapting their legislation on a virtual reality that evolves at a faster rate than legal reality. Mistakes were made and learned on the fly, but there are still questions left unanswered.

One of these issues is the possession and distribution of child pornography through the Internet, an end that is tackled in the present work from a legal point of view with a contrast in reference to the mechanisms of operation of the Network.

Palabras Claves: Pornografía infantil - Internet - Red - Deepweb - Responsabilidad penal - Consumo - Posesión - Código Penal - Delitos Informáticos - Argentina.

Keywords: Child pornography - Internet - Network - Deepweb - Criminal responsibility - Consumption - Possession - Penal Code - Computer crimes - Argentina.

Índice:

Introducción.....	5
Desarrollo.....	8
Capítulo I: Aspectos Generales:	
1. Internet y la Pornografía Infantil.....	8
1.1. Internet. Nacimiento y evolución.....	8
1.2. Internet como medio para la comisión de nuevas figuras delictivas.....	9
1.3. La Deep Web.....	11
1.4. La pornografía infantil.....	13
Capitulo II: Regulación:	
1. Código Penal Argentino.	
1.1. La Ley 25.087. Delitos Contra la Integridad Sexual.....	15
1.2. La Ley 26.388. Delitos Informáticos.....	20
1.3. El Art. 128. La pornografía infantil en el Código Penal.....	24
Capítulo III: Proyectos y Derecho Internacional:	
1. Proyectos.	
1.1. Proyecto Thomas.....	34
1.2. Proyecto Crexell.....	36
1.3. Nociones del Anteproyecto de Reforma del Código Penal.....	38

2. Derecho Internacional.	
2.1. Convenios y Tratados en torno a la pornografía infantil.....	41
2.2. Breve examen de legislación extranjera.....	47
Capítulo IV: La lucha contra la pornografía infantil:	
1. Cooperación y principios.	
1.1. Investigación e identificación.....	51
1.2. Principios involucrados.....	55
Conclusión.....	62
Bibliografía.....	65

Introducción:

La pornografía infantil, en el sentido amplio de la acepción se entiende como toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales. La cultura imperante en la civilización actual, con escasas excepciones, repudia la comisión y/o exhibición del acto sexual con niños. Esta realidad social se ve reflejada en las legislaciones de los distintos países quienes prohíben y castigan las mayorías de las modalidades de comisión en relación a susodicha conducta, amén de que cada uno establece un parámetro distinto de lo que se considera minoría de edad. Es bien sabido que los valores cambian a la par de la realidad social, y estos valores se proyectan como el espíritu de las leyes que nos rigen. Las normas legales a su vez deben adaptarse a los cambios de la realidad social. El nacimiento de Internet, junto con todos los beneficios que trajo a la humanidad, provocó casi de manera simultánea una respuesta por parte de los Estados de Derecho en cuanto a su regulación, en razón de que además de ser Internet un medio de comunicación -entre muchas otras funciones- se la ha utilizado como medio para la comisión de figuras delictivas.

El presente trabajo pretende contribuir al conocimiento de la realidad jurídica en torno a la figura de pornografía infantil, delito tipificado en todos los Estados de Derecho modernos y que se ve potenciado por el nacimiento de Internet como medio de difusión del material con el mencionado contenido. Se intentará describir el fenómeno de la pornografía infantil explorando las diversas respuestas que se han dado en torno a la problemática que representa su libre circulación y en específico se analizará la responsabilidad en el Derecho Argentino por las conductas que involucran o se hayan relacionadas a la pornografía infantil. La pregunta que nos permitirá alcanzar el objetivo establecido es la siguiente; ¿Cuál es la responsabilidad penal en el marco del ordenamiento jurídico argentino respecto del uso, tenencia y consumo de material pornográfico infantil?

Nuestra hipótesis parte del hecho de que la pornografía infantil es un fenómeno que ha crecido exponencialmente junto a las posibilidades de acceso a Internet, generando una red de tráfico a nivel mundial en estrecha vinculación con el crimen organizado y la trata de personas. Esta situación ha provocado que los Estados deban adecuar sus legislaciones para la protección de los derechos de sus ciudadanos, sin dejar de respetar las garantías

consagradas en sus respectivas Constituciones y aún más, también se han visto en la necesidad de capacitar a sus funcionarios de justicia para mejorar la comprensión y manejo del mundo virtual. Argentina reprime en su Código Penal delitos relacionados a la pornografía infantil, sin embargo, la ley parece adolecer de algunas insuficiencias ya que al parecer la simple tenencia o el acceso a páginas de material pornográfico infantil no configuran ninguna infracción al ordenamiento. Esto, sumado a las posibilidades que ofrece la Red -por ejemplo, el envío de archivos encriptados a través de una red de acceso público- hacen que la figura típica en relación a la pornografía infantil se presente con poco uso práctico debido a las dificultades de prueba y pericia. La ley parece tolerar el consumo de material sin perjuicio de los tratados internacionales de los que Argentina es parte y la aversión por parte de la población decente en referencia al tema.

Este trabajo se compondrá de cuatro partes fundamentales, correspondiéndole a cada parte un capítulo a través de los cuales se intentará, lo mejor posible, abordar aquellas cuestiones que se han planteado en torno a la cuestión que es objeto de análisis para corroborar y/o descartar total o parcialmente la hipótesis.

En el primer capítulo se hará una breve introducción a lo que es Internet a los fines de entender posteriormente las dificultades que se le presentan al Derecho Penal en las cuestiones relacionadas a su regulación. Se conceptualizará el fenómeno de la pornografía infantil y se enfatizará en la relevancia que adquiere la problemática en los últimos tiempos gracias al avance de las nuevas tecnologías.

En el segundo capítulo se expondrá lo referente a la regulación de la figura en el Derecho Penal Argentino. Se analizará el Art. 128 del Código Penal de manera exhaustiva y su evolución a través de las leyes modificatorias que corresponden.

En el tercer capítulo se abordarán los proyectos de ley que se han presentado en Argentina así como los tratados internacionales referentes a la materia y se hará una breve mención, a fines comparativos, de la legislación extranjera sobre los delitos relacionados a la pornografía infantil.

En el cuarto y último capítulo se volcarán las consideraciones acerca de los métodos de investigación y las modalidades de cooperación que se han dado en el ámbito práctico de lo

que refiere a la pornografía infantil así como los principios tanto constitucionales como del Derecho Penal que entran en juego dentro de la problemática.

A raíz de lo expuesto y analizado a lo largo de los capítulos, se procederá posteriormente a reexaminar la hipótesis planteada a los fines de su rectificación y/o confirmación y se realizará una conclusión acerca de la responsabilidad penal en el marco del ordenamiento jurídico argentino respecto de la tenencia y consumo de material pornográfico infantil.

Capítulo I: Aspectos generales:

En el presente capítulo se intentará dar contexto a la temática elegida previo a adentrarse en la problemática motivo de este trabajo, esto es, la pornografía infantil en Internet. A grandes rasgos se procederá a explicar que es el Internet, su evolución -en manera breve- y su funcionamiento. Luego, se abordará el fenómeno de la pornografía infantil a través de la Red, se hará una aproximación a lo que se conoce como la *deep web* o internet profunda a fin de enfatizar el crecimiento exponencial de la ciberdelincuencia en los últimos años y se dará conceptualización a la figura específica de pornografía infantil.

1. Internet y la Pornografía Infantil:

1.1. Internet. Nacimiento y evolución.

Los comienzos de lo que hoy conocemos como Internet se remontan a la década del 60, con el mundo en un contexto de guerra fría, el Departamento de Defensa de los Estados Unidos dio origen a la idea de un sistema de comunicaciones que sobreviviera y continúe activo a pesar de que un ataque destruyera algunas o cualquiera de las terminales que funcionase como punto de comunicación, estos puntos de comunicación se denominaron nodos, un conjunto de nodos interconectados es lo que se conoce como red.

A principios de la década del 70 se comenzaron a establecer las primeras conexiones desde diversos puntos estratégicos del territorio estadounidense. Esto dio nacimiento a lo que se conoció como *Advanced Research Projects Agency Network*¹ -o ARPANET por sus siglas-. A esta pequeña red se continuaron interconectando computadoras, este crecimiento provocó que por motivos de seguridad en 1983 la presencia militar en ARPANET se retirara y creara MILNET², un sistema de red utilizado por el Ejército de los Estados Unidos. De igual forma lo hizo presencia científica con la creación de CSNET³, lo que permitió que ARPANET continuara su desarrollo y para finales de los 80 el número de computadoras conectadas superaba las cien mil. Esta conexión de puntos de comunicación sin precedentes continuó expandiéndose, superando fronteras, a la par que se crearon nuevas tecnologías y

¹ Red de la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada.

² *Military Network*. Red Militar.

³ *Computer Science Network*. Red de Ciencias de la Computación.

protocolos para facilitar el acceso a la Red⁴ y la velocidad de transferencia de datos. Alcanzó un nivel global transformándose lo que hoy se conoce como Internet.

Hoy en día Internet es una inmensa conjunción de redes a la que se puede acceder desde distintos dispositivos que utilizan el mismo lenguaje para comunicarse, estos lenguajes se denominan protocolos. Internet brinda muchos servicios y ha pasado a formar parte de la vida cotidiana de la mayoría de la población del planeta, resulta difícil imaginar un hogar sin una conexión de red. Dentro de las muchas posibilidades que ofrece la Red se encuentra la de afectar bienes jurídicamente protegidos como son la privacidad, el patrimonio y la identidad, por mencionar algunos de los más importantes. Las nuevas formas de comisión de figuras ya tipificadas así como la manifestación de nuevas afectaciones a distintos bienes jurídicamente relevantes ha llevado a la necesidad de los Estados de Derecho de adaptar sus legislaciones a los cambios tecnológicos que nos presenta la realidad social. Pero dichos cambios no pueden ni deben atropellar los valores y principios que se proyectan en las leyes que nos rigen. En este sentido se expresa la Dra. Valverde al afirmar que “el Derecho penal, en la sociedad plural y compleja en la que se inserta, no debe funcionar como elemento represor y restrictivo de los derechos fundamentales, sino desarrollar una misión positiva de garantía de los mismos.” (Valverde, 2006, pág. 223)

1.2. Internet como medio para la comisión de nuevas figuras delictivas.

Una de las principales características de Internet es que es libre, en el sentido de que no es de nadie y pertenece a todos, carácter que denominaremos descentralización. A esto se suma a la posibilidad de traspasar fronteras -carácter que llamaremos aterritorialidad o transnacionalización- solo accediendo a la Red a través de algún dispositivo. Ambos caracteres combinados a la velocidad de transferencia de datos ha provocado que se acuñe el término “cibespacio⁵” en referencia a una suerte de realidad paralela de la que podemos o no ser partes.

⁴ La Red, con mayúscula, haciendo referencia a Internet como la Red de redes.

⁵ Término creado en 1982 por William Gibson en su novela Neuromante.

Como declara el Dr. Hugo Sorbo (2013) Internet se ha convertido en una de las fuentes de información más potentes del mundo y como tal es un suministro inagotable de información que es utilizada tanto para hacer el bien como para la delincuencia.

La característica de Internet como una Red libre ha sido relativizada a la idea de libertinaje dentro de la Red. Esto no es así, existe libertad de acceso al sistema multimedia descentralizado que nos presenta Internet, posibilidad garantizada constitucionalmente inclusive -garantías de libertad de expresión y acceso a la información-, pero una vez dentro, debemos acatar tanto las normas que imponen los distintos programas y servicios que se utilizan (buscadores, foros, servicios de chat, etc.) como las que imponen los mismos proveedores del servicio de acceso (ISP⁶), entendiéndose por tales a todas aquellas entidades públicas o privadas que ofrezcan a los usuarios de sus servicios la posibilidad de comunicarse a través de un sistema informático o cualquier otra entidad que procese o almacene datos informáticos para el servicio de comunicación o los usuarios del mismo⁷. Este tipo de control privado ejercido por parte de los particulares y empresas es la contracara de algunas de las características que presenta la Red, como las de ser un sistema abierto y descentralizado. Es aquí donde asume un rol importante el sujeto dentro del ciberespacio, haciéndose responsable por el contenido que comparte tanto así como el que le es compartido, los servicios que utiliza así como los que provee.

Los Estados intentan marcar la pauta de comportamiento dentro del Internet lo que los ha llevado a legislar sobre distintas conductas que pueden darse en el ciberespacio. Se expresa el Dr. Farinella (2000) en este sentido cuando declara que aquellos aspectos en los cuales se ve involucrado el interés público -como los delitos u otras infracciones cometidas a través de la Red- así como la necesidad de proteger grupos especialmente expuestos deben ser objeto de pautas legales mínimas establecidas por los Estados, lo cual es mucho mejor a que no exista regla alguna. En Argentina, por ej; la Ley 26.388 introdujo la penalización a lo que se conoce como *hacking* incorporándose al Código Penal el Art. 153 bis. En el presente trabajo se analizará la figura relacionada a la pornografía infantil, receptada en el Art. 128 del mencionado Código.

⁶ *Internet Service Provider*. Proveedores de servicio de Internet.

⁷ Art. 1 inc. c. Convenio sobre la Ciberdelincuencia.

1.3. La Deep Web.

Internet es una realidad compleja y está dividida en lo que se puede denominar Internet superficial e Internet profunda, la diferencia radica, de manera simplista, en la posibilidad de encontrar contenido a través de los llamados buscadores, navegadores, motores de búsqueda o *browsers* (Google, Mozilla Firefox, Yahoo!). Estos son programas de servicio que permiten la visualización de las páginas requeridas que se encuentren en su catálogo de indexación, son los más utilizados y legitimados socialmente.

Cada motor de búsqueda se reserva el derecho de admisión dentro su catálogo, así como distintos servicios poseen sus propias políticas y términos de uso, lo que muchas veces los habilita -por ejemplo- a realizar el bloqueo o eliminación de determinados contenidos que consideran ofensivos, molestos, impertinentes o ilegales. En la *deep web* no existe política o regla alguna más que las impuestas por el propio sujeto, por lo que encontramos todo tipo de contenido, aunque abunda, en su mayoría, contenido ilícito como la venta de armas y drogas. La forma más utilizada para acceder a la *deep web* es a través del buscador *The Onion Router* (TOR), un *software*⁸ libre cuyo ideal y objetivo es la navegación en Internet en forma anónima mediante el encriptamiento y cifrado de los datos y de la identidad (IP⁹) del dispositivo desde el que se accede sumado al salto de nodo en nodo y el cambio de cifrado en cada salto, proceso de transferencia de datos que se conoce como enrutamiento¹⁰ de cebolla, haciendo alusión a las capas que posee la misma y la forma en que “pierde” dichas capas al viajar por cada nodo de transferencia. Este tipo de navegación hace prácticamente imposible rastrear el envío y recibo de datos desde cualquier dispositivo. Si no se sabe quién o a donde se envían los paquetes de información, la consecuencia lógica es que no se sepa quién y en donde los recibe.

Esto cobra relevancia ya que el presente trabajo busca analizar la figura del Art. 128 del Código Penal Argentino, respecto de la pornografía infantil. Dicha figura penaliza conductas como son las de producir, financiar, ofrecer, comerciar, publicar, facilitar o distribuir por cualquier medio representaciones de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines

⁸ Conjunto de instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora.

⁹ Es la etiqueta numérica que identifica el dispositivo dentro de una red que utilice el protocolo TCP/IP.

¹⁰ Denominación que se da a la transferencia de datos en Internet.

predominantemente sexuales. En la *deep web*, las conductas típicas mencionadas en el Art. 128 del Código Penal son prácticamente invisibles, el anonimato sumado la falta de un ente regulador hacen de la Internet profunda un monumento al hedonismo.

La Red se ha desarrollado y consolidado como una nueva autopista de la información de masas, bajo la lógica de la libertad de información o del libre flujo de la información. En este sentido, el intervencionismo estatal ha sido considerado como un factor que podría llegar a poner en peligro Internet; de ahí que en la nueva sociedad de la información se enarbolan estandartes antiestatalistas y se postulen soluciones cifradas en la autorregulación de los operadores en la Red, siempre al margen de regulaciones jurídicas heterónomas impuestas por los estados o por los organismos internacionales a través de tratados o convenios internacionales. (Morales, 2002, pág. 11)

La *dark web*, como también se la denomina, ha comenzado a llamar la atención de los internautas¹¹ en general -y no solo aquellos que poseen los conocimientos técnicos para manejarse dentro de ella- y de los medios de comunicación a raíz del arresto de Peter Gerard Scully, realizado el 20 de Febrero del 2015. Scully, supuesto líder de la red de pedófilos y asesinos NLF -*No Limits Fun*- distribuía a través del sistema *onion* a clientes de todo el globo videos con contenido explícito de tortura y pornografía infantil, videos los cuales lo terminarían llevando a la cárcel acusado de torturar y abusar sexualmente de 11 niños cuyas edades oscilaban entre los 18 meses a los 13 años.

El morbo colectivo se ve facilitado en gran medida por las oportunidades que ofrece Internet desde sus orígenes. La reacción de los ciudadanos frente a esta situación y las organizaciones que operan en defensa de los derechos fundamentales pusieron una y otra vez en evidencia a los Estados sobre la necesidad de revisar y actualizar sus legislaciones de manera integral. La finalidad es evitar, prevenir y castigar la proliferación en Internet de todo tipo de contenido y conductas ya desde antaño consideradas ilegales, como la venta de drogas, el robo de datos, y el referente a la temática abordada en este trabajo; la pornografía infantil.

Como explica la Dra. Valverde, si bien no está demostrado científicamente que el consumo de pornografía infantil conduzca necesariamente a la comisión de delitos de abuso sexual

¹¹ Neologismo que combina las palabras Internet y navegante, hace referencia a las personas que utilizan de manera regular la Red.

de menores, si se ha observado que promueve entre los consumidores un sentimiento de comunidad. Sensación que refuerza y confirma su distorsión cognitiva acerca de la sexualidad de las personas menores de edad, es decir, la idea de que estos son perfectamente capaces de ejercer con libertad y autonomía su actividad sexual, tal como lo hacen las personas adultas, por lo que la tendencia a mantener relaciones sexuales con niños o fantasear con ellas sería una opción sexual más, diferente a las habituales pero legítima, aunque incomprendida. (Valverde, 2006)

1.4. La pornografía infantil.

Por pornografía infantil se entiende *lato sensu* toda representación, por cualquier medio y en cualquier soporte, de una persona menor de edad dedicada a actividades sexuales explícitas. Estas representaciones al circular o estar almacenadas en Internet son denominadas ciberpornografía infantil.

La *Internet Watch Foundation*¹² en su reporte anual del 2015 ha dado a conocer que, a través de las denuncias que se realizan a la institución, se han confirmado 68.092 páginas webs con contenido de pornografía infantil y abuso sexual de menores, menores los cuales el 69% no alcanzan la edad de diez años y un 3% que están por debajo de los dos años de edad. Debido al incremento del contenido audiovisual de pornografía infantil en la Red, y a pesar de las actualizaciones legislativas realizadas por los Estados alrededor del mundo, el frente de la lucha contra este tipo de pornografía es llevado a cabo por el ámbito privado y corporativo. A modo de ejemplo podemos citar al acuerdo que llegaron dos de las más grandes empresas en lo que a Internet se refiere, Google y Microsoft, los cuales el 13 de Noviembre de 2013 acordaron introducir en sus sistemas algoritmos que bloquearon unas 100 mil combinaciones de búsqueda de pornografía infantil para los que accedan a la Red mediante los servicios que ellos ofrecen.

Nuestro país demuestra ser uno de los países más interesados en el consumo de todo tipo de pornografía, según los datos del Observatorio de Internet en Argentina, en una encuesta realizada a 1500 personas, 8 de cada 10 consume pornografía sin que se haya aclarado en

¹² Organización del Reino Unido para el reporte de contenido criminal en la Red.

dicha encuesta que tipo de pornografía se consume. Esta información debe ser contrastada con la que nos ofrece *The National Center for Missing & Exploited Children*¹³ según la cual se registran entre 15 y 20 casos diarios relacionados a la pornografía infantil en nuestro territorio. La realidad es evidente, el consumo de pornografía infantil en Argentina va en aumento y es directamente proporcional al número de usuarios que se incorporan diariamente al ciberespacio.

Dentro de lo que se considera material pornográfico infantil se distinguen tres clases; la pornografía infantil técnica, que es aquella en la que los protagonistas son mayores de edad pero aparentan ser menores por diversos medios, como puede ser a través del maquillaje o las vestimentas; la pseudopornografía infantil, consistente en la inclusión de videos, imágenes o audios de menores reales en escenas pornográficas en las que no intervienen realmente de forma directa y la pornografía infantil artificial, la cual consiste en la representación pornográfica de un menor de edad creado por diferentes medios, ya sea dibujos o animaciones virtuales (Berenguer y Torres, 2009, Morales Prats, 2000, 2004). Estas clasificaciones se suman al concepto de pornografía infantil real o propiamente dicha, esto es, menores reales que intervienen de forma efectiva en conductas sexuales explícitas o representaciones con fines sexuales de las partes genitales de los mismos.

En el presente trabajo a los fines de conceptualizar correctamente el fenómeno de la pornografía infantil tomaremos la definición dada por 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 vigente en Argentina¹⁴ y que en su Art. 2 inc. c. prescribe que “por pornografía infantil se entiende 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

¹³ El Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados, organización sin fines de lucro fundada en 1984.

¹⁴ Ley 25.763. Honorable Congreso de la Nación. Apruébese el Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Sancionada 23/07/2003. Promulgada 22/08/2003.

sexuales”. La definición que brindamos ya ha sido receptada en los tribunales de la Nación Argentina¹⁵.

Desde finales de la década del 80 ha venido en aumento la distribución de pornografía infantil mediante la utilización de redes informáticas y los servicios que brinda Internet, así como una gran proporción de dicha distribución ha sido vinculada a la delincuencia organizada transnacional (Markovitch, Medel, 1999).

Como se puede observar a lo largo de lo expuesto en el presente capítulo, existe una tendencia hacia el antiestatismo. Con base en el propio funcionamiento de Internet y la voluntad del sujeto -quien busca quedar fuera del radar de la justicia y ampararse en el anonimato del ciberespacio- la Red se erige como un perfecto caldo de cultivo para realizar todo tipo de infracciones al ordenamiento jurídico. La ley se ve impotente ante la mayoría de las conductas realizadas en la Web -ya sea superficial o profunda-, extremo que se denota al reparar que la vanguardia de la lucha contra la pornografía infantil está compuesta por entes del sector privado. Sin embargo, los Estados siempre deben velar por sus ciudadanos e intentar marcar la pauta de comportamiento. En base a esto es que se han esbozado distintas regulaciones en lo referente a los delitos relacionados a la pornografía infantil, las cuales serán expuestas en el capítulo siguiente.

Capítulo II: Regulación:

En este capítulo se expondrá lo referente a la regulación de la figura delictiva que involucra la pornografía infantil. Se analizará de manera exhaustiva el Art. 128 del Código Penal Argentino y su evolución a través de las leyes modificatorias que tuvieron lugar.

1. Código Penal Argentino.

1.1. La Ley 25.087. Delitos Contra la Integridad Sexual:

¹⁵ C.N. Apel. Crim. Y Corr. Causa N° 482/11. Caso “S., S.A. s/ Publicaciones, reproducciones y distribución de pornografía infantil. Int. IV (2011). Considerando. Párr. XIX.

Hasta el año 1999 el Art. 128 del Código Penal reprimía con prisión de quince (15) días a un (1) año, el que publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular.

En este sentido se expresa Crespo que “el bien jurídico protegido era el pudor público, entendido como sentimiento medio de decencia sexual, que se atacaba por medio de la obscenidad, entendida como lo sexualmente lujurioso, lo que constituye un exceso respecto de lo sexual” (Crespo, pág. 79)

Como se puede apreciar la redacción empleada por el legislador era muy amplia al utilizar el adjetivo de obsceno. La Real Academia Española entiende por obsceno todo aquello que resulta ofensivo al pudor, y define al pudor como la honestidad, la modestia y el recato, todos términos variables dependientes de la concepción social del momento histórico. La pornografía infantil encajaba perfectamente dentro de la calificación de obsceno, como así también lo hacía la pornografía ejecutada por mayores de edad. La norma al mencionar los libros, escritos imágenes u objetos hacía alusión al soporte o forma en la que se materializaba dicha obscenidad, lo que deja a la vista una redacción legislativa que es previa a la era digital en la que vivimos y en la cual los soportes de datos son diversos. La normativa había sido elaborada sobre la idea de una criminalidad física con desconocimiento de los caracteres de aterritorialidad y descentralización que presenta el Internet.

Expone Nuñez (2009) que parte de la doctrina consideraba que el bien jurídico que se intentaba proteger hasta antes de la sanción de la Ley 25.087 no protegían al individuo sino a la sociedad en general, ya que se lesionaba el pudor público o pudor sexual genérico y no necesariamente la honestidad, mientras que otra parte de la doctrina pensaba que el bien jurídico protegido no era la sociedad en sí, sino la libertad del individuo, por lo que la razón del castigo de las acciones que enunciaba la norma se debía a que se realizaban sin el consentimiento de la persona. En caso de otorgarse el consentimiento expreso se entendía que la persona renunciaba a la protección del bien jurídico individual.

Con la Ley 25.087 de Delitos Contra la Integridad Sexual, la cual fue sancionada el 14 de Abril de 1999, promulgada el 07 de Mayo de 1999 y publicada en el Boletín Oficial el 14 de Mayo del mismo año se acota la figura típica, desaparece el término obscenidad y se

introduce un primer acercamiento a la figura de la pornografía infantil. Dicha Ley en su Art. 9 prescribe:

Art. 9: Sustitúyese el artículo 128 del Código Penal, por el siguiente texto:

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere o publicare imágenes pornográficas en que se exhibieran menores de dieciocho (18) años, al igual que el que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren dichos menores.

En la misma pena incurrirá el que distribuyere imágenes pornográficas cuyas características externas hiciere manifiesto que en ellas se ha grabado o fotografiado la exhibición de menores de dieciocho (18) años de edad al momento de la creación de la imagen.

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

La Ley 25.087, además de suprimir el término obscenidad como calificativo de la figura típica, también, mediante su Art. 1 substituyó el Título III del Código Penal denominado “delitos contra la honestidad” por el de “delitos contra la integridad sexual” en un intento de establecer de forma precisa el bien jurídico que se intenta proteger, ya que como bien señala el Dr. Arocena (2001) el término honestidad resultaba vago, ambiguo, anacrónico.

Pone de manifiesto la Dra. Fellini (1999) que la honestidad era un concepto ambiguo, cambiante en el tiempo de acuerdo a distintas pautas culturales y derivado fundamentalmente de usos y costumbres morales y religiosas, razón por la cual fue un acierto la nueva denominación de “Delitos contra la integridad sexual”, pues era abarcativa de bienes jurídicos que permiten una comprensión más precisa del tipo penal que se trata, no obstante ello -consideraba la Dra.- hubiera sido preferible la utilización lisa y llana de “Delitos Sexuales”.

La doctrina advirtió inmediatamente las dificultades que surgen -y surgieron- a la hora de definir conceptos como “pornografía” por las valoraciones éticas y morales que involucraban y por la variación que presentaban al depender de la sociedad y la época en las cuales se hubiere intentado definir el término, circunstancias que tornaban difusos los

límites del concepto. Además de que podían darse las circunstancias de que las representaciones de escenas de contenido sexual hubieran sido creadas con una finalidad artística, supuesto en el cual no se configuraría delito alguno. De todas formas se entendió que si el autor tenía consciencia de que las conductas realizadas presentaban tintes pornográficos, porque al autor le eran familiares las características de esa clase de actividades, se daba la configuración del tipo ilícito receptado por la norma por mucha voluntad artística que creyera o pretendiera imprimirle a su obra. (D'Alessio, 2004)

La ley en análisis se erigió como una primera respuesta a los compromisos que habían sido asumidos por Argentina en base a la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño mediante la Ley 23.849 sancionada el 27 de Septiembre de 1990 y promulgada el 16 de Octubre del mismo año.

El primer párrafo del Art. 128 modificado por Ley 25.087 enunciaba entre las conductas típicas las de “producir” o “publicar”. Según la Real Academia Española produce quien facilita los recursos económicos y materiales necesarios para la realización de una película, programa de televisión u otra cosa semejante o dirige su presupuesto. Esta acepción del verbo producir es la que mejor encuadra en lo que intenta referir la norma. La misma institución define publicar como “hacer notorio, patente, difundir o hacer manifiesto algo por cualquier medio”.

Dentro de esta primera parte del articulado quedaba englobada la pornografía infantil propiamente dicha, es decir, la representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas, así como la pornografía infantil artificial o simulada, ya que la creación por medio de distintas técnicas como podían ser el dibujo o la simulación por computadora quedaban contempladas dentro del verbo “producir”, de igual manera quedaba receptada la pseudo-pornografía infantil y la pornografía infantil técnica. La conducta típica de organización de espectáculos en vivo con escenas pornográficas en las que participen menores estaba contemplada en la primera parte de la norma y se establecía la misma pena que para quien produjera o publicare imágenes de pornografía infantil, aunque por el nivel de daño psíquico y emocional que podría llegar a producir tal exposición, la figura era tendiente recaer en la hipótesis de corrupción de menores, extremo

que había sido contemplado por la misma Ley al modificar el Art. 125¹⁶ del Código Penal en lo referente a la corrupción de menores.

El segundo párrafo del Art. 128 con las modificaciones introducidas por la Ley 25.087 al Código Penal castigaba al que distribuyere imágenes pornográficas en las que se exhibieren menores de 18 años, pero no mencionaba específicamente por cual medio debía exteriorizarse la actuación para que la acción sea punible, por lo que no individualizaba completamente la conducta típica y dejaba un marco de discrecionalidad al juez en cuanto a que podía considerarse distribución lo cual muchas veces depende del medio que se emplea.

Tampoco se contemplaba en el segundo párrafo del articulado, referente a la distribución, las representaciones de imágenes de pornografía infantil técnica -mayores que fingen ser menores- y la pornografía infantil artificial o simulada, al rezar la norma “grabado o fotografiado la exhibición de menores de dieciocho (18) años de edad al momento de la creación de la imagen” solo quedaban incluidas la pornografía infantil real o propiamente dicha y la pseudopornografía infantil. Sujeto activo de este Art. 128 de la Ley 25.087 podía ser cualquier persona, mientras que sujeto pasivo lo eran los menores de dieciocho años en los supuestos contemplados en el primer y segundo párrafo mientras que en el tercero se requería un menor de catorce años. (D 'Alessio, 2004)

La norma, en general, tampoco definía que debía entenderse por “pornográficas”, así que se trató de un tipo penal abierto en el que el juez debía recurrir a fuentes fuera del ordenamiento para definir el término. Explica Roxin (1979) que los tipos abiertos se dan en aquellos casos en los que la materia que es objeto de prohibición no se encuentra descripta en forma total y exhaustiva por medio del elemento objetivo, es decir, la norma.

En este sentido se expresa el maestro Zaffaroni al decir que:

¹⁶ Art. 125 Código Penal: El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años. La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece (13) años.

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez (10) a quince (15) años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.

Si existiesen tipos abiertos por defecto o mala fe del legislador, no es función del derecho penal crear teorías que los racionalicen ni los legitimen, sino que el derecho penal debe neutralizar la falla técnica o la mala fe política con la elección de la más restrictiva de todas sus posibles interpretaciones, o bien sancionarla con la inconstitucionalidad. (Zaffaroni, 2002, pág. 484)

Esta cuestión no fue solucionada sino hasta el año 2003 en el que Argentina aprobó a través de la Ley 25.763 el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño -norma de jerarquía constitucional en virtud del Art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional- momento a partir del cual se contaba con una definición de pornografía infantil uniforme para todos los jueces del territorio de la Nación la cual prescribía -y prescribe- que debe entenderse como pornografía infantil “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”. Concepto en el que quedan contemplados todos los tipos de pornografía infantil.

1.2. La Ley 26.388. Delitos Informáticos:

Anteriormente a la reforma introducida por la Ley 26.388, conocida como Ley de Delitos Informáticos, el Código Penal Argentino no contemplaba en su articulado expresamente los delitos relacionados a la pornografía infantil y su forma de comisión mediante la utilización de Internet, así como otros delitos cometidos por este mismo medio que perjudican bienes jurídicos que el Derecho Penal intentaba proteger incluso antes de la aparición del Internet. “Las conductas siguen siendo reprochables y la circunstancia que se utilice nueva tecnología para su realización no modifican el aspecto negativo.” (Farinella, 2000, Apartado I)

Esta ley además de penalizar las conductas relacionadas con la pornografía infantil en Internet, realizó una actualización bastante importante en el Derecho Penal Argentino en lo que respecta a los llamados delitos informáticos. Así, tipificó las conductas de violación a la correspondencia electrónica, la que a partir de su sanción se considera equivalente a la

correspondencia postal; contempló el delito de *hacking* -acceso sin autorización a una base de datos o sistema informático- y *cracking* -introducción a un sistema o base de datos programas destinados a alterar, dañar o inutilizar la información- entre otros.

La necesidad de la reforma fue percibida y expuesta por el Diputado Osvaldo Nemirovski perteneciente al partido político Frente Para la Victoria, representante electo de la Provincia de Río Negro. “Ante el peligro que representa la violación de los principios de legalidad y la prohibición de la analogía dentro del Derecho Penal, resulta necesaria la correcta tipificación de las conductas reprochables sin perder la claridad” (Nemirovski, 2006, p. 8).

El Proyecto original de la Ley 26.388 con fecha de presentación en Cámara de Diputados el 4 de Octubre del 2006 en su Art. 1 rezaba:

Art. 1: Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años el que produjere, facilitare, divulgare, financiare, ofreciere, comerciare, distribuyere o publicare por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, así como toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales.

La pena será de seis (6) meses a dos (2) años para quien tuviere en su poder imágenes de las descriptas en el párrafo anterior con fines de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a un (1) año quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

Posteriormente, con fecha 25 de Octubre de 2006, se realizan modificaciones, mediante las cuales se suprimió la calificación de “reales o simuladas” respecto de las actividades sexuales explícitas y se aprueba el proyecto el cual pasa a la Cámara de Senadores redactado de la siguiente forma:

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, facilitare, divulgare, financiare, ofreciere, comerciare, distribuyere o publicare por cualquier medio imágenes pornográficas en que se exhibieran menores de dieciocho (18) años.

En la misma pena incurrirá quien tuviere en su poder imágenes de las descriptas en el párrafo anterior con fines de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a un (1) año quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

En Cámara de Senadores, con fecha 09 de Noviembre de 2007 ingresa el Proyecto de Ley 26.388 y se sanciona con modificaciones el 28 de Noviembre de 2007 por lo cual retorna a Cámara de Diputados el 04 de Diciembre 2007, aprobándose la versión modificada del Senado por la cual el Art. 128 quedó redactado de la siguiente manera:

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización.

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

Quedó finalmente suprimida en la versión final del artículo la calificación de “reales o simuladas” realizada en el origen del proyecto respecto de las representaciones sexuales y se agregó a la redacción la figura del organizador de espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren de menores de edad, supuesto que había sido contemplado en la Ley 25.087 pero de alguna forma preterido en la nueva regulación.

Si el ordenamiento jurídico penal fracasa en la función de regular las conductas humanas, pues no indica solución alguna, el sistema jurídico penal deviene incompleto, lo mismo se da en los casos en que se constate un supuesto fáctico novedoso susceptible de subsumirse en un tipo penal ya existente pero cuya respuesta del sistema normativo le es impropia, es decir, la naturaleza de la pena no corresponde al contenido del injusto del hecho atrapado

por el tipo penal, desde esta perspectiva puede afirmarse que la Ley 26.388, ha logrado *prima facie*, su cometido, que fue el de llenar un vacío legal. (Arocena, 2012)

Por otra parte el Dr. Hugo Sorbos (2013), Coordinador Comisión de Derecho Informático del Colegio Público de Abogados de Capital Federal refiriéndose a la Ley 26.388 expresa que si bien es cierto que la misma vino a llenar un vacío legal existente en la legislación argentina, las penas que se establecen en sus artículos son de poca utilidad, y que la Ley fue elaborada y promulgada con el solo fin de llenar el mencionado vacío sin tener en cuenta el daño que ocasiona la producción y/o financiación de la pornografía infantil, estableciendo una pena máxima de cuatro años que hace de la figura un delito excarcelable en el Derecho Penal Argentino¹⁷.

Destaca Nuñez (2009) que si bien fue suprimido el término “imágenes pornográficas” y en su lugar se agregó la definición de “cualquier representación de un menor de 18 años de edad dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales” se excluyó el concepto de actividades simuladas, lo cual en principio, deja fuera del tipo penal la pornografía infantil técnica y la pseudopornografía infantil. Sin embargo, la redacción establecida de “cualquier representación” se consideró abarcativa de la pornografía infantil tanto real como virtual o simulada ya que por representación se entiende “todo signo, símbolo o imitación que hace pensar en una persona o cosa”¹⁸.

Así, se ratificó en los fundamentos del proyecto al decirse que “a partir de la presente reforma, quedan comprendidas también las imágenes simuladas cumpliendo de tal modo nuestro país con compromisos asumidos internacionalmente. Es entonces este el sentido de la frase "toda representación" contenida en el artículo” (Nemirovski, 2006, pág. 9). Quedan incluidas de esta manera inclusive hasta las expresiones literarias siempre y cuando tenga fines primordialmente sexuales, de todas formas, la redacción no es feliz ya que hubiera

¹⁷ Art. 316 Código Procesal Penal Argentino: Toda persona que se considere imputada de un delito, en causa penal determinada, cualquiera sea el estado en que ésta se encuentre y hasta el momento de dictarse la prisión preventiva, podrá, por sí o por terceros, solicitar al juez que entienda en aquélla, su exención de prisión. El juez calificará el o los hechos de que se trate, y cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los ocho (8) años de pena privativa de la libertad, podrá eximir de prisión al imputado. No obstante ello, también podrá hacerlo si estimare *prima facie* que procederá condena de ejecución condicional, salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los arts. 139, 139 bis y 146 del Código Penal.

¹⁸ Diccionario Manual de la Lengua Española Vox.

sido más acertado mantener la composición de “reales o simuladas” presentada en el proyecto original a los fines de excluir las manifestaciones literarias y lograr una descripción más precisa del elemento mencionado en la figura sin que se hubiera pecado de exceso de formalismo o redundancia.

El límite de edad a los fines de considerar la pornografía como infantil está establecido por normas de jerarquía constitucional como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño - Art. 72 inc. 22- que establece que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad¹⁹”

1.3. El Art. 128. La pornografía infantil en el Código Penal:

Actualmente el Art. 128 del Código Penal de la Nación Argentina está redactado de la siguiente manera:

Art. 128: Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización.

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

Se ha tipificado correctamente el delito relacionado a la pornografía infantil como autónomo y no como una forma de abuso sexual. “No hay necesariamente contacto entre el sujeto activo y personas menores de edad o incapaces que resulten explotadas,

¹⁹ Art. 1. Convención sobre los Derechos del Niño.

directamente, por él. Indudablemente la afectación a bienes jurídicos es menor y coherentemente con ello el tratamiento punitivo”. (Lackner, 2008, pág. 14)

Según entienden los Dres. Luis y Alfredo Riquert (2013) “produce” aquella persona que fabrica las representaciones de menores de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o las crea mediante la utilización de medios mecánicos o electrónicos. “Financia” aquella persona que aporta el dinero que es necesario para llevar adelante la actividad mientras que “ofrece” quien se compromete a la entrega del material de forma voluntaria. “Comercia” -según los mismos autores- quien dentro de la cadena del circuito comercial realiza una actividad de facilitación y promoción a título lucrativo, ya sea que compre o venda las representaciones sexuales o realice la actividad de alguna otra forma que implique una circulación de dinero o bienes de naturaleza económica.

Expresan los autores que respecto de la conducta contenida en el verbo típico de “publicar”, en principio, se entendería que realizan la acción aquellas personas que imprimen fotos o imágenes de pornografía infantil en un soporte físico que facilite su visualización aún de manera involuntaria. Pero como la norma expresa la conjunción “por cualquier medio” quien sube o pone las imágenes o videos a disposición del público en general a través de Internet también da lugar a la configuración del ilícito penal. Advierten que si bien la facilidad de propagación de una imagen en la Red es muy superior a la de un medio gráfico, no se debería descartar la interpretación más cerrada referente al mundo tangible, a los fines de no quebrantar el principio penal de *lex stricta*, por aplicación de una analogía *in malam partem* -prohibida en nuestro derecho penal- pero que sin embargo, debido a la actual redacción de la figura al no distinguir los medios, otorga la posibilidad de que se realice una interpretación amplia.

Por su parte “facilita” quien hace entrega o proporciona el material pornográfico infantil a otro sujeto, mientras que “divulga” o “distribuye” aquel que hace llegar a los destinatarios -adquirientes o compradores- las representaciones sexuales de menores de dieciocho años dedicados a actividades sexuales explícitas o de sus partes genitales con conocimiento del contenido del material. Por último, “organiza espectáculos en vivo” aquella persona que se encuentra a cargo o provee de los elementos necesarios, ya sean personas, medios técnicos o infraestructura para llevar a cabo la exhibición a la que se refiere la norma.

En el primer párrafo entendemos que en base al principio de legalidad y prohibición de la analogía en el derecho penal, el legislador realizó un enunciado de verbos que pretende abarcar todas las conductas típicas posibles que involucran a la pornografía infantil. Las acciones típicas de mayor contenido dentro de la lista de enunciados realizada son las de “producir” y distribuir” sin perjuicio de que la conducta pueda dar lugar a que la figura se presente en concurso con otros delitos tipificados en el Código Penal Argentino, como pueden ser el abuso sexual²⁰ o la corrupción de menores²¹. El verbo de “producir” engloba la acción de financiar según la definición que nos ofrece la Real Academia Española que fue mencionada anteriormente, y el verbo de “distribuir” necesariamente involucra la “divulgación”, por otra parte la divulgación es una de las formas mediante las cuales se “facilita” el material que contiene representaciones sexuales explícitas de menores de edad. Si la distribución se realizara con fines de lucro o intercambio la acción típica consistiría en “comerciar”, mientras que la “publicación” y distribución constituye una conducta necesaria en el acto de comercialización. Si bien es fácil superponer los verbos típicos empleados y algunos de ellos pueden llegar a absorber semánticamente a los otros, la verdad es que se trata de un delito con diversidades de hipótesis el cual no se multiplica por la realización de dos o más de las conductas típicas. (Nuñez, 2009)

Se trata entonces de diferentes acciones que son presentadas en la redacción de la norma como una secuencia o una suerte de cascada en la que no importa el momento o eslabón en que se detenga la actividad, a todo se lo conmina con la misma pena en abstracto (Riquert, 2013). Señala el Dr. Palazzi (2012) que el verbo “producción” es tan amplio que en nuestro derecho el acto de tomar fotografías o captar imágenes en movimiento de menores de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o de sus partes genitales -sin que sea necesario que se distribuyan- darían lugar a la configuración del delito consumándose el mismo con la mera toma de la fotografía o la captación de la imagen, ya que dichas acciones implicarían -desde su punto de vista- una producción de las mismas.

Por su parte el Dr. Sorbo (2013) nos dice que lo que intentó el legislador es sancionar todas aquellas acciones típicas que en su conjunto o por separado conduzcan a la explotación de menores de dieciocho años. Aunque aún no se haya dado en la práctica judicial, destacamos

²⁰ Art. 119 Código Penal Argentino.

²¹ Art. 125 Código Penal Argentino.

que el verbo “financiar” habilitaría a los jueces a penalizar la conducta de mera visualización de pornografía infantil a través de Internet mediante el pago de sumas de dinero para acceder a los sitios en cuestión, ya no tratándose de producción ni distribución, ni posesión con o sin fines de distribución -como expresa el segundo párrafo de la norma-, sino de un supuesto de pago a los fines de acceder a una página web que contenga el material al que nos referimos.

El supuesto fáctico de visualización de pornografía infantil en Internet no está contemplado expresamente en la norma bajo comentario, sin embargo, algunas páginas webs solicitan el pago de un precio como requisito necesario para avistar su contenido, caso en que se daría la configuración de la acción típica de “financiar” previsto en el artículo en análisis, en cambio, cuando se visualiza pornografía infantil en páginas de Internet de acceso libre y gratuito no habría conducta delictiva de ningún tipo, ya que si lo que el legislador hubiera querido es sancionar la visualización de pornografía infantil en la Red hubiera empleado una redacción que así lo expresase.

Entonces, el primer párrafo del Art. 128 recepta un delito de acción, de resultado y de pluralidad de actos mixtos y alternativos en el que basta la realización de cualquiera de las conductas típicas para que se cause el resultado típico, mientras que el objeto material del delito se trataría de cualquier representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas, o de sus partes genitales, con fines predominantemente sexuales, la representación de las partes genitales con fines sexuales se da en los casos que se exhiban órganos sexuales externos de los niños. (Arocena, 2012)

La declaración “por cualquier medio” parece ser una composición acertada ya que el soporte donde se contenga el material -el cual influye directamente en el modo de transferencia del mismo- resulta irrelevante a los fines de considerar la producción y distribución de pornografía infantil como ilícita.

Sostiene Nuñez (2009) que estamos ante la presencia de un delito de peligro, ya que no requiere que los menores de edad hayan sufrido efectivamente un daño en su desarrollo psíquico o sexual y que se trata de una figura que requiere como elemento subjetivo para su configuración el dolo. Dentro del elemento subjetivo necesario para la configuración del ilícito tomamos la clasificación dada por el mismo autor entre el dolo directo y eventual,

interpretándose el primero como la intención directa de ejecutar un hecho y el segundo como la realización de un hecho con menosprecio de la consecuencia probable.

El tipo subjetivo requerido, expresa el Dr. Arocena (2012), es el dolo, además de que resulta admisible el dolo eventual ya que el autor de las conductas típicas debe tener el conocimiento o aún la mera idea del contenido de las representaciones a producir, financiar, ofrecer, publicar, comerciar, facilitar, divulgar o distribuir. Sin embargo, el error relativo al contenido de las imágenes o la edad del sujeto pasivo elimina la subjetividad dolosa necesaria para la configuración del tipo, y con ello se elimina la punibilidad atento a la falta de previsión legal sobre la figura a título de imprudencia, pero se admite la tentativa.

Al segundo supuesto contemplado en el primer párrafo de la norma respecto de la organización de espectáculos en vivo con representaciones sexuales explícitas en la que participen menores de dieciocho años resulta aplicable lo antedicho en cuanto al elemento subjetivo, sujeto activo del delito puede ser cualquiera y el sujeto pasivo debe tratarse de menores de edad. Consideramos esta segunda parte del párrafo solo tiende a incorporar la conducta de “organizar” dentro de la pluralidad de verbos típicos enunciados por el legislador en la primera parte del párrafo en cuestión, y que la circunstancia de que sea “en vivo” es una variable que no posee relevancia jurídica, al menos en lo que respecta a la norma ya que le es aplicable la misma pena que a las conductas de la primera parte. La organización de espectáculos con representaciones sexuales explícitas de menores de edad puede llegar a ser previo a la configuración del delito de “producir”, “comerciar” o “distribuir”. Por lo que entendemos que hubiera bastado el agregado de “organizare” a la primera parte del articulado para lograr el mismo cometido que pretendió el legislador con esta segunda parte. Podemos interpretar que esta redacción presenta un carácter residual en relación a la Ley 25.087 ya que la figura de organización de espectáculos en vivo con escenas pornográficas en las que participen menores de edad fue incorporada por dicha ley.

Respecto del segundo párrafo del Art. 128 la conducta típica es la tenencia del material con representaciones de menores de edad en las que realicen conductas sexuales explícitas o de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, por lo que el objeto material del delito es el mismo que el del primer párrafo de la norma. Sin embargo, prescribe el articulado que es necesario un elemento subjetivo distinto al dolo para la configuración del

tipo, ya que se requiere “fines inequívocos de distribución o comercialización”, es decir, que al momento de la tenencia esté presente en el sujeto la intención de proceder más tarde a la distribución o la comercialización de las representaciones de menores de edad en las que adoptan comportamientos sexuales explícitos o de sus partes genitales, aunque no es necesario que se ejecute tal distribución o comercialización, situación en la cual resultaría aplicable la primera parte del Art. 128 del Código, sino que simplemente se exige el propósito del autor, es decir, su intención, esta figura no admite tentativa (Arocena, 2012). La reducción de pena del segundo párrafo -cuatro meses a dos años- en relación a la tenencia con fines inequívocos de distribución o comercialización, rompe con la tradición establecida por el régimen de estupefacientes -Art. 5, Ley 23.737- donde la tenencia con fines es equiparada a la comercialización y la distribución. (Riquert, 2013)

Precisa en este sentido Palazzi al expresar que “el dolo de este delito consiste en el conocimiento y la voluntad de distribuir imágenes de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales explícitas, o de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales” (Palazzi, 2012, pág. 47)

De la lectura del primer párrafo del Art. 128 se desprende entonces que para la configuración del delito se requiere dolo, es decir, el conocimiento efectivo de que se trata de representaciones de menores de dieciocho años dedicados a actividades sexuales explícitas o representaciones de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales y la realización de alguna de las conductas descriptas en el tipo. En el segundo párrafo de la norma el elemento subjetivo necesario es el dolo directo. Lo referente al primer párrafo de la norma es aplicable al supuesto del tercer párrafo respecto de facilitar el acceso o suministrar material pornográfico a menores de catorce años.

El límite de edad establecido en los catorce años del tercer párrafo de la norma es completamente arbitrario y se basa en la suposición del legislador de que a partir de esa edad el adolescente²² posee la facilidad de acceder a material pornográfico por su cuenta. En caso de error no imputable acerca de la edad de las personas protagonistas de las representaciones de pornografía infantil, de las personas a quienes se les facilita el acceso a espectáculos pornográficos o se les suministra material de la misma índole las sanciones se

²² Persona menor de edad que no cumplió los 13 años según establece el Art. 25 del Código Civil.

tornan inaplicables respecto de la persona quien lleva a cabo las conductas en virtud del Art. 34 de nuestro Código Penal²³. Si por su fisonomía o contextura física del sujeto pasivo el autor de las conductas típicas se ve inducido al error, debe entenderse que el mismo es insalvable y que por lo tanto el tipo penal no se configura. (Fellini, 1999)

En relación las conductas típicas se ha expedido la jurisprudencia al decir que “la tarea de distribuir, publicar, facilitar o divulgar implica, a grandes rasgos, la labor de entregar o hacer llegar el objeto del delito a distintos destinatarios”²⁴ y como hemos señalado anteriormente, la conjunción “por cualquier medio” que posee la norma torna irrelevante la vía por la cual son exteriorizadas dichas conductas. Además “resulta imprescindible que el objeto llegue a un número indeterminado de personas para configurar el tipo penal²⁵” lo cual nos indica que poner a simple disposición el material a través de un medio masivo de información como lo es Internet es requisito suficiente para configurar el ilícito.

No es necesario que el autor del ilícito realice el *uploading*²⁶ o “subida” del material pornográfico infantil a Internet, basta que el mismo pueda ser compartido o puesto a disposición sin importar el medio de distribución. En este sentido se ha expedido el Tribunal Supremo Español refiriéndose a las redes p2p²⁷, que son aquellas en las que todos los nodos -terminales de acceso- funcionan como usuarios y servidores al mismo tiempo, es decir, se comportan de igual manera con la finalidad de compartir toda clase de archivos en cualquier formato digital (audio, vídeo, texto, *software* o datos). Mediante la utilización de distintos programas que permiten acceder a las redes p2p -Ares, eMule, eDonkey, entre otros- se crea una carpeta por defecto, carpeta donde además de almacenarse los archivos que eventualmente se descarguen, quedan automática a la disposición de los demás usuarios de la red. El Tribunal hizo lugar a la condena del imputado bajo el fundamento de que “cuando un usuario del programa mantiene archivos en esas carpetas de acceso libre,

²³ Art. 34. C.P.: No son punibles: 1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

²⁴ Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 20 de la Capital Federal, c. 6.553/15 “R., Claudio Gabriel”.

²⁵ Ídem supra.

²⁶ Proceso de copia y/o inserción de archivos en formato digital a la Red.

²⁷ *Peer to peer*, traducible como “par a par”.

está facilitando la difusión del contenido de tales archivos entre los demás usuarios que deseen proceder a su descarga”²⁸.

Esta forma de distribución ha sido denominada por el mismo Tribunal como "pasiva", por la circunstancia de que el sujeto que se inserta a sí mismo en el sistema de red no necesita ser autorizado para adquirir los archivos de otros usuarios que se encuentren en la misma, así como no necesita autorizar a otros usuarios para que adquieran sus archivos. La puesta a disposición a través de cualquier medio configura el tipo de distribución o divulgación sin que sea necesario la adquisición efectiva por parte de otro sujeto.

Respecto de la imputabilidad, si las conductas de distribución, comercialización, financiación, ofrecimiento, o divulgación son cometidas por una persona mayor de dieciocho años no existe mayores problemas salvo en lo que respecta a la prueba del conocimiento cabal del imputado acerca de la edad de las personas que realizan las representaciones sexuales a las que alude la norma. En caso de error o ignorancia de hecho no imputable no procede la pena según establece el Art. 34 de nuestro Código Penal. En el caso de producción hay que diferenciar los supuestos en donde la persona menor de edad actúa como sujeto pasivo o activo del delito. En caso de ser víctima de coacción para la producción de pornografía el imputable es quien ejerce la fuerza física irresistible o las amenazas de un mal grave o inminente²⁹.

En el supuesto que la persona menor actúe como sujeto activo del delito, ya sea en forma individual o conjuntamente con una persona mayor y/o menor de edad para la producción, distribución, comercialización, financiación, ofrecimiento, o divulgación de material pornográfico infantil, ya sea con representaciones de sí misma o terceros, existen diferentes situaciones; si la persona menor de edad no ha cumplido los dieciséis años de edad resulta inimputable en virtud del Art. 1 de la Ley 22.278 del Régimen Penal de la Minoridad³⁰, si ha cumplido los dieciséis años de edad pero no aún los dieciocho es inimputable si sobre la conducta recae una pena privativa de libertad que no exceda los dos años. En lo que

²⁸ Tribunal Supremo Español. Sentencia N° 1377/2011 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 19 de Diciembre de 2011

²⁹ Art. 34. C.P.: No son punibles: 2º El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente.

³⁰ Art. 1: No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación.

respecta a la segunda parte de la norma acerca de la tenencia de pornografía infantil con fines inequívocos de distribución se aplica lo explicado anteriormente.

Si tenemos en cuenta que la edad a partir de la cual se puede prestar el consentimiento sexual en Argentina está fijada a los trece años³¹, a raíz de lo expuesto entendemos que el menor de dieciséis años que decida realizar producciones pornográficas por voluntad propia, con ánimo de distribuir las o no, está exento de pena y solo sujeto a los institutos de tutela que correspondan. En el caso de una persona mayor de dieciséis años decida mantener relaciones sexuales con otra persona mayor de trece años pero menor de dieciséis la conducta puede recaer en la figura del Art. 120 del Código Penal referente al aprovechamiento de la inmadurez sexual pero resulta inimputable a los fines de la figura de pornografía infantil si la pena no excede los dos años.

La persona mayor de dieciséis años de edad que decida mantener relaciones del tipo sexual con otra persona mayor de dieciséis años que preste su consentimiento no comete ilícito alguno, salvo el caso que las circunstancias del hecho den lugar a la procedencia de la figura de promoción de corrupción de menores. “Promueve la corrupción de un menor quien la hace víctima, aunque consentidora, de conductas sexualmente anormales por su materialidad o de expresiones de significado sexualmente anormal o que tienen capacidad para despertar en el menor una temprana o excesiva sexualidad”. (Nuñez, 2009, pág. 157)

Sin embargo, la documentación de las actividades sexuales que se lleven a cabo, por ser ambos o solo uno de ellos menor de dieciocho años de edad configuraría el tipo de producción de pornografía infantil en todos los casos. En otras palabras, las personas mayores de trece años pero menores de dieciocho tienen completa disposición sobre los aspectos de su vida sexual como sería el caso de prestar consentimiento para mantener relaciones sexuales, pero les está vedado realizar un registro en cualquier soporte de esa conducta, pues podrían llegar a ser imputables por la producción, distribución, comercialización, financiación, ofrecimiento, o divulgación de pornografía infantil si son mayores de dieciséis años. En el caso de que solo una de las personas que prestan su

³¹ Art. 119 Código Penal.

consentimiento fuese mayor de dieciocho años de edad entraría en juego el Art. 44 *quater*³² del Código Penal agravándose la pena para el mayor de edad.

En base al tiempo de las penas resulta que las conductas delictivas tipificadas en el Art. 128 del Código pueden llegar a otorgarse con una condenación condicional tal como establece el Art. 26 del Código Penal.³³ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que “la razón por la cual la condena condicional se limita a la pena corta de prisión es porque el hecho no reviste mayor gravedad, lo que sucede cuando la pena no excede de cierto límite”.³⁴ No creemos y no ha resultado de los hasta aquí expuesto que los hechos relacionados a la pornografía infantil “no revistan mayor gravedad”.

Ha sido descripto en el presente capítulo el bien jurídico protegido, la definición adoptada por el ordenamiento jurídico y se intentó hacer una aproximación a las falencias que presenta la ley que contempla actualmente la figura de pornografía infantil. Se analizó un *iter* legislativo que de alguna manera olvidó contemplar figuras típicas que ya habían sido redactadas, se consideró distintos supuestos que pueden llegar a darse y las críticas doctrinarias que han sido esgrimidas. Se pone de manifiesto, asimismo, el tiempo que transcurrió para el análisis y redacción de la Ley de Delitos Informáticos -poco más de un año- el cual es muy escueto si se tiene en cuenta la necesidad de revisión y actualización legislativa en lo que respecta a materia tecnológica en pleno apogeo de la era informática. La regulación tiene su basamento e influencia en distintos tratados internacionales a los que Argentina ha adherido -y otros que no-. Además han sido esbozados -previa y posteriormente- distintos proyectos de ley sobre la regulación de la pornografía infantil,

³² Art. 44 *quater* C. P.: Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo.

³³ Art. 26 C.P.: En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto.

Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión.

No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación.

³⁴ C.S.J.N. "Gasol, Silvia Irene y otro" Fallos 327:3816 (2004)

proyectos que no llegaron a sancionarse pero poseen algunos puntos significativos, esto es lo que se expondrá en el capítulo siguiente.

Capítulo III: Proyectos y Derecho Internacional:

En este capítulo se abordarán los Proyectos de Ley que se han presentado en relación a la pornografía infantil y que no han llegado a sancionarse como así también los Tratados Internacionales referentes a la materia y se hará una breve mención, a fines comparativos, de la legislación extranjera sobre los delitos relacionados a la pornografía infantil.

1. Proyectos:

1.1. Proyecto Thomas:

El 29 de Junio del año 2006 fue presentado por el Diputado Enrique Luis Thomas, representante electo de la Provincia de Mendoza, un proyecto de ley que versaba sobre la Protección del Niño y el Adolescente en el uso de Internet, intentaba propulsar, como exponía en sus fundamentos, un uso seguro y responsable de la Red mediante la utilización de dos mecanismos. Por una parte la represión y sanción de aquellas conductas ilícitas por medio de la ley y por otra, aplicar diferentes planes de educación y concientización, a los fines de prevenir el daño del que pueden ser víctimas los niños, niñas y adolescentes en el ciberespacio. El proyecto no llegó a sancionarse pero su Art. 2 establecía una distinción entre los distintos tipos de pornografía infantil que existen:

Art. 2: Para los alcances de la presente Ley, debe entenderse por “Pornografía Infantil” toda representación, por cualquier medio, de un niño, niña o adolescente dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño, niña o adolescente con fines primordialmente sexuales. Dentro de esta definición, también debe englobarse lo que se conoce como “Pornografía Infantil Técnica”, es decir, la alteración de imágenes de adultos que participan en actos sexuales para que parezcan menores; la “Pseudopornografía Infantil”, es la realización de fotomontajes con imágenes de menores para asemejarlas a actos sexuales, que al contener imágenes reales de menores agravan el delito; y “Pornografía Virtual”, que es la exhibición de contenidos sexuales a

través de representaciones virtuales, como dibujos animados, que impliquen una referencia implícita o explícita a menores de edad en actos sexuales.

El Diputado da cuenta en forma expresa en su exposición de fundamentos acerca de la relación proporcional que existe entre las libertades fundamentales consagradas en nuestra Constitución como lo son la libertad de expresión, la protección de la intimidad y privacidad de las comunicaciones respecto de la necesidad de proteger a los menores de ser víctimas de los distintos delitos relacionados a la pornografía infantil. Sostiene el Diputado que si bien Argentina consagra como garantía constitucional la libertad de expresión e información, éstas deben ceder en la medida de ser incompatibles con los mecanismos adoptados para la protección de la infancia, en virtud del mayor estado de indefensión en el que se encuentran las personas menores de edad. (Thomas, 2006)

Este proyecto innova en materia de prevención por parte del Estado y respecto de los proveedores de servicios de Internet, respecto de los cuales se pretendía que implementen de manera obligatoria *software* de protección en relación a los contenidos considerados ilícitos³⁵ a los fines de ejercer un control parental presunto, aunque este extremo se encuentra contemplado en la legislación actual pero de forma precaria y escueta³⁶. El control parental en materia informática se refiere a todos aquellos algoritmos que limitan las posibilidades de acción y visualización de contenido dentro de la Red. Este proyecto es posterior a la sanción de la ley 25.087 pero previo a la sanción 26.388, en su Art. 17 a diferencia de la modificación que estableció la Ley de Delitos Informáticos este proyecto de ley pretendía que se incorpore un Art. 128 bis que rezaba:

Artículo 128 bis: Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro (4) a diez (10) años el que difunda o publique imágenes fotográficas de personas desnudas o con contenido pornográfico de menores de edad a través de la red. La pena será de ocho (8) a veinte (20) años cuando de la producción de fotografías y/o videos pornográficos resulte un grave daño en la salud psíquica o física de la víctima. La pena será de uno (1) a seis (6) años cuando se distribuyan fotografías o videos en los negocios especializados o a través de redes clandestinas privadas

³⁵ [...] Son manifiestas las ilicitudes respecto de los contenidos dañosos, como la pornografía infantil [...] C.S.J.N. “Rodríguez, María Belén” Fallos: 337:1174 (2014)

³⁶ Ley. 25.690. Art. 1: Las empresas ISP (Internet Service Provider) tendrán la obligación de ofrecer software de protección que impida el acceso a sitios específicos al momento de ofrecer los servicios de Internet, independientes de las formas de perfeccionamiento de los contratos de los mismos (Telefónicos o escritos).

pudiendo considerarse como agravante la realización de contratos con usuarios del exterior. Misma pena se aplicará a quien tenga en su poder un almacenamiento reiterado e intencional de contenido pornográfico infantil tanto en medios internos como externos.

El marco normativo en caso de haberse sancionado el proyecto hubiera establecido penas de seis meses a cuatro años para el que produjere o publicare imágenes pornográficas en las que se exhibieran menores de dieciocho años y de cuatro a diez años en caso de haberse difundido material pornográfico -ya sea de menores o mayores de edad- en la Red, con la obvia contradicción de establecer un pena más elevada por la publicación de fotografías de personas desnudas que por la difusión de pornografía infantil, faltándose al principio de proporcionalidad de las penas y estableciéndose un agravante que elevaría la pena -ocho a veinte años- en caso de resultar un grave daño a la salud psíquica o física de la víctima que no necesariamente debía ser menor de edad ya que la norma rezaba “imágenes fotográficas de personas desnudas” antes de aplicar la disyuntiva “o” y referirse a la pornografía infantil en sí. Cabe destacar la expresión “almacenamiento reiterado e intencional” como conducta típica, el marco normativo contemplaba el supuesto de consumo, uso y tenencia de material, extremo no receptado en la actual legislación de la materia al exigir que esa posesión sea con fines inequívocos de distribución, el proyecto a los fines de considerar ilícito el almacenamiento, es decir, la posesión de pornografía infantil, otorgaba los parámetros de “reiterado” e “intencional”, ambos calificativos de no tan difícil demostración en el ámbito de la pericia informática.

1.2. Proyecto Crexell:

Este proyecto fue presentado por Carmen Lucila Crexell, Senadora Nacional por la Provincia de Neuquén perteneciente al partido político Movimiento Popular Neuquino el 18 de Noviembre del 2014, el proyecto versa sobre una modificación al artículo 128 del Código Penal por el cual se incorpore un tratamiento punitivo a la mera posesión de material pornográfico infantil. La redacción propuesta es la siguiente;

Artículo 128: Será reprimido con prisión de uno (1) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare, distribuyere, requiriere o adquiriere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años

dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales. La misma pena se impondrá a quien organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo primero.

Si los delitos de los incisos precedentes se realizaren con menores de trece (13) años, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.

El que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de trece (13) años, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

El proyecto destaca por la incorporación de dos párrafos que contemplan, por un lado, una nueva conducta típica y por el otro una agravante en relación a las conductas que ya se encuentran tipificadas actualmente en el Código. Expresa la Senadora en sus fundamentos que lo que se pretende es la incorporación de un tipo penal que reprima la tenencia y posesión de representaciones sexuales de menores de edad y señala que, aunque la figura ya se encuentre parcialmente receptada en la legislación, la misma no es suficiente para cumplir con los estándares internacionales, ya que se requiere para su configuración un fin específico de comercialización y distribución, extremo hartamente dificultoso a los fines probatorios en la práctica judicial. Sostiene asimismo que la pornografía infantil produce una afectación a terceros quienes son los niños cuyos derechos fueron vulnerados al realizarse las representaciones, y que el tipo delictivo propuesto no solo comprendería a quien produce o comercializa el material pornográfico, sino también al consumidor quien hace posible con su demanda la producción y oferta de representaciones sexuales de menores de edad.

La existencia misma del material pornográfico les causa a los niños que fueron víctimas de su producción un daño continuado que los persigue durante los años venideros, la prohibición por parte del Estado de la posesión y visualización de dicho material funciona

como incentivo para quienes poseen este tipo de material a destruirlos. (Hellman, Araiza, Baker, 2010)

Por su parte expresan Lively y Broyles que la forma más directa si es que no resulta del método más práctico que puede aplicar la ley penal para secar el mercado de material pornográfico infantil es imponer sanciones a aquellas personas que vendan, realicen publicidad o de cualquier otra forma participen en la promoción del producto. (Lively, Broyles, 2016)

Se advierte en referencia a la tipificación de la mera posesión de material pornográfico infantil que habría que distinguirse con mucho cuidado entre los usuarios que sólo hubieran tenido contacto de forma casual e involuntaria con tales contenidos en la Red y aquellos otros que sí revelaran un interés penalmente relevante en dicho material (Valverde, 2006). Propone la Senadora que para probar la configuración del delito pretendido sea necesario acreditar que las representaciones de menores en las que realicen conductas sexualmente explícitas o de sus partes genitales hayan sido incorporadas por el sujeto mediante conocimiento e intención de llevar adelante tal conducta, excluyéndose todas aquellas situaciones en que las representaciones hayan sido adquiridas por error, negligencia o imprudencia. Para su determinación -expresa la Senadora- los jueces deberán valorar la cantidad de material pornográfico obtenido entre otras circunstancias del hecho. Por otra parte la doctrina ha declarado que la simple visualización del material pornográfico infantil en la pantalla de un ordenador después de haberlo buscado en la Red, no es, a los fines jurídicos, posesión punible. (Berenguer, Torres, 2009)

1.3. Nociones del Anteproyecto de Reforma del Código Penal:

El 7 de Mayo del año 2012 se creó mediante Decreto 678/2012 la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, integrada por el Sr. Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni quien desempeñó el cargo de Presidente de la Comisión, también integrada por los diputados nacionales Dr. Ricardo Rodolfo Gil Lavedra y

Federico Pinedo, además de la Dra. María Elena Barbagelata y el Dr. León Carlos Arslanian.

La Comisión realizó diversas tareas como fueron la recopilación de información, el análisis del derecho comparado y el estudio de los antecedentes de codificación penal nacional, de la doctrina y la jurisprudencia nacional, supranacional y extranjera, concluyó su labor con la firma del Anteproyecto el día 10 de diciembre de 2013. La misma Comisión reconoció las falencias que presenta el actual Art. 128 del Código Penal Argentino al poner de manifiesto que:

Debe mejorarse su redacción, suprimir el exceso de verbos, precisar y sistematizar su contenido, elaborar fórmulas claras y evitar la aglomeración de hipótesis. Su redacción actual es de pésima técnica. Se propone una redacción que, en sustancia, no altera el contenido prohibitivo, pero que supera sus defectos de técnica legislativa.³⁷

Se propone en el Anteproyecto sustituir completamente el actual Art. 128 del Código Penal y reemplazarlo con un flamante Art. 131 que reza:

Art. 131: Pornografía infantil y acceso a la pornografía

1. Será reprimido con prisión de uno (1) a seis (6) años, el que produjere o por cualquier medio publicare, comerciare o divulgare imágenes de actividades sexuales explícitas de menores.
2. La misma pena se impondrá a quien organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren menores.
3. Si los delitos de los incisos precedentes se cometiesen contra menores de trece (13) años, la pena de prisión será de tres (3) a diez (10) años.
4. El que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de trece (13) años, será penado con prisión de uno (1) a seis (6) años.

La Comisión además propone que en el caso de los primeros tres incisos del Art. 131, es decir, la producción, publicación, comercialización o divulgación de pornografía infantil y la organización de espectáculos en vivo con escenas pornográficas de menores de trece años, cuando se dé la circunstancia de que sean realizados de forma continua sobre el

³⁷ Anteproyecto de Reforma del Código Penal. Art. 131. Pág. 200.

mismo sujeto pasivo se eleve la pena máxima a doce años debido a la mayor gravedad que revisten la conductas al ser mantenidas en el tiempo sobre la misma persona. Respecto del cuarto inciso del mismo artículo, en caso de reunir las mismas características referentes a la continuidad de la conducta tipificada y sea ejercida sobre la misma persona se propone elevar la pena mínima a tres años y la máxima a diez años.

Se suprime rotundamente el segundo párrafo del Art. 128 modificado por Ley 26.388 que penaliza a quien tuviere en su poder representaciones de menores de dieciocho años dedicados a actividades sexuales explícitas o de sus partes genitales con fines inequívocos de distribución o comercialización. El Anteproyecto decide cortar por lo sano el inconveniente que representa la penalización de la tenencia y posesión de material pornográfico infantil, de la misma forma que lo hace con los estupefacientes, con la salvedad de que en materia de estupefacientes no es censurable la conducta cuando de las cuestiones de hecho y prueba surja que los mismos son para uso o consumo personal, extremo no contemplado en materia de pornografía infantil en Argentina, aunque si lo es en otros países -que penalizan la posesión o visualización- o al menos se encuentra abierto a debate.

Mucho se ha expresado la doctrina respecto de la despenalización de la posesión de material pornográfico infantil, Sumalla (2002) entiende que consumado el delito originario de abuso sexual y consumada la acción que menoscaba la intangibilidad sexual del menor se ven agotadas las etapas del tipo lesivo, es decir, el abuso sexual, la fabricación de pornografía infantil y distribución y comercialización del mismo, por lo que la conducta de mera posesión de material pornográfico no implicaría *per se* más efectos perjudiciales para el bien jurídico que se intenta proteger, la intangibilidad sexual del menor.

Por su parte Valverde afirma que resulta desconcertante concebir que se podría todavía estar vulnerando la indemnidad sexual de un menor de edad cuando se contempla, de modo privado, fotografías pornográficas del mismo, ya que se trata de un acto alejado en el tiempo y el espacio además de estar fuera de la línea de acción del episodio de abuso sexual de menores que haya dado origen al material pornográfico. “De la misma forma que se alega en relación a la simple tenencia del material, también por lo que respecta a su

difusión puede afirmarse que el suceso fundamental del maltrato sexual ya se encuentra más que agotado.” (Valverde, 2006, pág. 218)

Si bien se puede argumentar que la integridad sexual del menor no se ve de algún modo afectada por la mera posesión de pornografía infantil, creemos que la creación, difusión y la mera existencia del material pornográfico y su perpetuación a través del almacenamiento en cualquier soporte afecta otros bienes jurídicos del menor como lo son su intimidad, su imagen y los garantizados en la Convención sobre los Derechos del Niño cuando establece que “ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.”³⁸

2. Derecho Internacional:

2.1. Convenios y Tratados en torno a la pornografía infantil:

En relación a la pornografía infantil en materia de derecho internacional se encuentra en primer lugar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño creada por la resolución A/RES/44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en New York, el 20 de Noviembre de 1989, aprobado en Argentina por la Ley 23.849 sancionada el 27 de Septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de Octubre de 1990. El mencionado Convenio posee rango constitucional en nuestro país en virtud del Art. 75 inc. 22 de la Carta Magna desde su reforma en 1994. Su Art. 34 dispone en referencia a tema objeto de este trabajo que:

Art. 34: Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

³⁸ Art. 16. Convención sobre los Derechos del Niño.

La mencionada Convención posee tres protocolos facultativos, estos protocolos sirven como mecanismos jurídicos para ampliar con detalle las cuestiones de la Convención original. El protocolo que nos resulta pertinente en este trabajo es el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. El susodicho fue creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de Mayo del 2000 a través de la resolución 54/253 y entró en vigencia a partir del 18 de Enero de 2002, en Argentina fue aprobado por Ley 25.763 sancionada el 23 de Julio de 2003 y promulgada de hecho el 22 de Agosto del mismo año. Entre sus objetivos se encuentra el de lograr “la penalización en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía”. El instrumento en cuestión establece en su Art. 1 que los Estados prohibirán, de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo, entre otras cosas, la pornografía infantil, y otorga una definición de la misma en su Art. 2 inc. c:

Art. 2: A los efectos del presente Protocolo:

c) Por pornografía infantil se entiende 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.

Su Art. 3 punto 1 inc. c por su parte compele a los Estados parte a que adopten las medidas necesarias para hacer efectiva la lucha contra la pornografía infantil y prescribe que:

Art. 3: 1. Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:

c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2.

Argentina ha aprobado la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño así como su Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas

sobre los Derechos del Niño por lo que se ha comprometido a cumplir lo que preceptúan sus articulados en el ámbito internacional.

También es pertinente mencionar los Congresos Mundiales contra la Esclavitud Sexual y Comercial de Niñas, Niños y Adolescentes -ESCNNA-, realizados en Estocolmo (1996), Yokohama (2001) y Río de Janeiro (2008). Dichos Congresos tuvieron por objetivos, entre muchos otros, el de promover la cooperación internacional e intersectorial en la lucha en contra de todas las formas de explotación sexual infantil, formas entre las que se encuentra la pornografía infantil. Intentaron promulgar el carácter delictivo de tales prácticas, además, se invitó a los Estados a que adopten e implementen diferentes políticas, programas de acción y/o medidas legislativas para prevenir la explotación sexual infantil, proteger y asistir a las víctimas, prevenir este tipo de conductas y castigar a todos aquellos que se encuentren implicados en dichas prácticas ilegales.

El 23 de noviembre del año 2001 en la ciudad de Budapest -Hungría- se abrió a firma un Tratado Internacional a los fines luchar contra la delincuencia que opera a través de la Red. Es el Convenio sobre la Ciberdelincuencia o también conocido simplemente como Convenio de Budapest. Este Convenio en su Art. 1 brinda precisión terminológica sobre ciertos conceptos que resultaban novedosos en el ámbito jurídico como son los de sistema informático, datos informáticos, proveedores de servicio y datos relativos al tráfico. A los fines de este trabajo es pertinente destacar su Art. 9 que es el siguiente:

Art. 9: Delitos relacionados con la pornografía infantil.

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de los siguientes actos:

- a. la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático;
- b. la oferta o puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático;
- c. la difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático;
- d. la adquisición, para uno mismo o para otros, de pornografía infantil a través de un sistema informático;

e. la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un dispositivo de almacenamiento de datos informáticos.

Además, el Convenio en comentario brinda su propia definición de que debe entenderse por pornografía infantil en el apartado 2 de su Art. 9 que establece:

2. A los efectos del párrafo 1 anterior, se entenderá por “pornografía infantil” todo material pornográfico que contenga la representación visual de:

a. un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;

b. una persona que parezca un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;

c. imágenes realistas que representen a un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.

Es dable destacar que el Convenio recepta en su definición de manera expresa los tipos de pornografía infantil real, la pseudopornografía infantil y la pornografía infantil técnica. Además otorga un parámetro dentro del cual los Estados que eventualmente decidan ser partes pueden fijar el límite de minoría de edad a los efectos del Convenio, así como las reservas que están facultados a realizar.

3. A los efectos del párrafo 2 anterior, se entenderá por “menor” toda persona menor de 18 años. Las partes podrán, no obstante, exigir un límite de edad inferior, que deberá ser como mínimo de 16 años.

4. Las partes podrán reservarse el derecho de no aplicar, en todo o en parte, los apartados d) y e) del párrafo 1 y los apartados b) y c) del párrafo 2.

Las reservas que pueden realizar los Estados se refieren a no penalizar la adquisición, posesión y almacenamiento de pornografía infantil. Además poseen la facultad de no tipificar como delito la pornografía infantil técnica - persona que parezca un menor- y la pornografía infantil virtual o simulada -imágenes realistas que representen a un menor- por lo que se veda la posibilidad a los Estados que ratifiquen la Convención a realizar reservas acerca de la tipificación de la pornografía infantil real y la pseudopornografía infantil.

El Art. 11 del Convenio de Budapest insta a los Estados partes a tomar las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho

interno toda tentativa de cometer alguno de los delitos previstos en el Art. 9.1.a) y 9.1.c), es decir, la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático y la difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático.

Argentina no ha firmado ni ratificado el Convenio sobre Ciberdelincuencia, sin embargo, la Jefatura de Gabinete de Ministros y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través de la Resolución Conjunta 866/2011 y 1500/2011 y en vistas a ratificar el Convenio de Budapest ha creado la Comisión Técnica Asesora de Cibercrimen a los fines de desarrollar y formular una propuesta en relación con aquellas cuestiones procesales que se requieran para hacer efectiva la lucha contra el cibercrimen y el tratamiento de la evidencia digital, así como otras herramientas, normas y medios necesarios para el logro de ese objetivo³⁹.

Por otra parte tenemos el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños Contra la Explotación y el Abuso Sexual, conocido como el Convenio de Lanzarote en honor a la isla en la que fue firmado el 25 de Octubre de 2007, entrando en vigor desde el 1 de Julio de 2010. Argentina no es parte firmante del Convenio, sin embargo, destacamos su Art. 20 apartado 1 que reza:

Artículo 20: Delitos relativos a la pornografía infantil

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas intencionales, cuando se cometan de forma ilícita:

- a) la producción de pornografía infantil;
- b) la oferta o puesta a disposición de pornografía infantil;
- c) la difusión o transmisión de pornografía infantil;
- d) la adquisición para sí o para otro de pornografía infantil;
- e) la posesión de pornografía infantil;
- f) el acceso a pornografía infantil, con conocimiento de causa y por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

³⁹ Art. 1. Resolución Conjunta 866/2011 y 1500/2011

El apartado 2 del mismo artículo otorga una definición de que deben entenderse por pornografía infantil coincidiendo prácticamente con la otorgada por el Protocolo Facultativo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y prescribe que:

2. A efectos del presente artículo, por «pornografía infantil» se entenderá todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales.

Los apartados 3 y 4 del Art. 20 del Convenio de Lanzarote otorgan las posibilidades de realizar reservas a los Estados que opten por ratificarlo y establecen que:

3. Cada Parte se reserva el derecho de no aplicar, en todo o en parte, el apartado 1.a a la producción y a la posesión:

- de material pornográfico que consista exclusivamente en representaciones simuladas o imágenes realistas de un niño no existente;
- en el que participen niños que hayan alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18, cuando dichas imágenes hayan sido producidas por ellos y estén en su poder, con su consentimiento y únicamente para su uso particular.

4. Cada Parte podrá reservarse el derecho de no aplicar, en todo o en parte, el apartado 1.f.

El apartado 4 otorga la posibilidad a los estados de no tipificar las conductas de acceso a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Como surge de la lectura de lo expuesto, los Tratados otorgan a los Estados que decidan ser parte de los mismos la facultad de realizar reservas en cuanto al consumo o simple posesión de pornografía infantil, lo cual denota que en el ámbito de internacional, los tratados existentes, además de ser optativos para los Estados, son un tanto permisivos en lo que respecta a la posesión y visualización -consumo- de pornografía infantil lo cual vuelve a dejar en merced de los Estados la voluntad política de erradicarla o ser tolerante.

2.2. Breve exámen de legislación extranjera:

A los fines de realizar un breve análisis comparativo respecto de la penalización de los delitos referidos a la pornografía infantil se procederá a la exposición de algunas legislaciones de países hispanohablantes, como lo es Chile, que en su Código Penal prescribe que;

Art. 374 bis: El que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo.

El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio.

Se establece en el primer párrafo una pena cuyo máximo puede llegar a 1825 días -5 años- y en el segundo párrafo hasta 1.095 días -3 años- para quien lleve a cabo las conductas tipificadas, la descripción del tipo delictivo se asemeja bastante a lo que establece el Art. 128 del Código Penal Argentino en su primer y segundo párrafo respectivamente aunque las penas establecidas en el Código Chileno son de un año más que las estipuladas en el Art. 128 de nuestro Código en referencia a las mismas conductas. El primer párrafo obvia el medio por el cual se lleven a cabo las conductas descriptas, sin embargo, se consideran todos los medios a partir de la expresión “cualquiera sea su soporte”. El segundo párrafo castiga el almacenamiento malicioso sin ningún otro requisito.

Código Penal Peruano:

Artículo 183-A. Pornografía infantil: El que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o publica, importa o exporta por cualquier medio objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios, o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico, en los cuales se utilice a personas de catorce y menos de dieciocho años de edad, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa.

La pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de doce años y de cincuenta a trescientos sesenta y cinco días multa cuando:

1. El menor tenga menos de catorce años de edad.
 2. El material pornográfico se difunda a través de las tecnologías de la información o de la comunicación.
- Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173 o si el agente actúa en calidad de integrante de una organización dedicada a la pornografía infantil, la pena privativa de libertad será no menor de doce ni mayor de quince años. De ser el caso, el agente será inhabilitado conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36.

El Código Peruano contempla en extremo de simple posesión sin ningún otro requisito, las penas que se establecen son bastante mayores a las contempladas en Código Penal Argentino, se prescribe un agravante en base a la edad del sujeto pasivo -catorce años- coincidente con la edad a partir de la cual se puede prestar un consentimiento sexual válido y otro en relación al medio de difusión del material pornográfico infantil.

Código Penal Español:

Art. 189: 1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:

- a) El que capture o utilizare a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.
- b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

Se evidencia en la primera parte del articulado su completitud y la similitud que existe entre el inc. b del mismo y el artículo 128 del Código Penal Argentino, pero la norma continúa y realiza una precisión terminológica en su segunda parte del apartado 1:

A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.

b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.

c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.

En esta parte del Art. 189 quedan comprendidas todas las distinciones realizadas en torno a la pornografía infantil, es decir, la pornografía infantil real tanto como la técnica -con el eximente de que en realidad resultare ser mayor de edad- la pseudopornografía infantil y la pornografía infantil virtual o simulada. El apartado 2 de la norma contiene una serie de agravantes en relación a la figura;

2. Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando se utilice a menores de dieciséis años.

b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

c) Cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual.

d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

e) Cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia

f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

g) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad.

h) Cuando concurra la agravante de reincidencia.

Es de destacar la completitud de la norma en torno a los delitos relacionados a la pornografía infantil. Además, en su apartado 5 contempla los supuestos de simple posesión y el acceso intencionado por medio de las tecnologías de la información al contenido pornográfico, extremos no contemplados en la legislación Argentina;

5. El que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

La misma pena se impondrá a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

De lo expuesto se extrae una constante que se evidencia en varias legislaciones pero no así en Argentina, la penalización de la simple tenencia o posesión maliciosa de material pornográfico infantil, sin ningún requisito de índole subjetivo como puede ser la voluntad de posteriormente comercializarlo. El Código Español va un poco más allá al sancionar el simple acceso al contenido sin requerir posesión ni otra circunstancia fáctica. Ninguna de estas conductas está expresamente receptada en la legislación Argentina. Tampoco se recepta en nuestra legislación, pero si lo hace tanto Perú como España, los agravantes en relación a la edad de la víctima, estableciendo el primero el límite de edad en catorce años y el segundo en los dieciséis.

Han sido expuestos a lo largo de este capítulo los distintos proyectos de ley que se han redactado en relación a la pornografía infantil en Argentina. También han sido mencionados los convenios y tratados internacionales en relación a la pornografía infantil - tanto los que Argentina es parte como los que no lo es- y se ha hecho un breve análisis de legislación extranjera con meros fines comparativos. En base a lo expuesto en éste capítulo

y los dos anteriores -los cuales dan base a un panorama integral de la cuestión objeto del actual trabajo- es que abordaremos el capítulo cuarto. Expuestas las definiciones, los marcos regulatorios y explicado - a grandes rasgos- el funcionamiento de la Red se procederá a abordar el último capítulo en lo que se verá lo atinente al trabajo de los agentes encargados de hacer cumplir las disposiciones analizadas hasta aquí y los principios que nutren y en su caso significan limitaciones al actuar del poder Estatal en la punición de los delitos referidos a la pornografía infantil.

Capítulo IV: La lucha contra la pornografía infantil:

En este capítulo se volcarán algunas consideraciones acerca de las formas de investigación en relación a la pornografía infantil a los fines de profundizar en la temática y se analizarán los principios tanto constitucionales como de Derecho Penal que entran en juego en relación a la problemática abordada.

1. Cooperación y principios:

1.1. Investigación e identificación:

Uno de los mayores problemas en torno a la pericia judicial en relación a los delitos informáticos en general es la falta de conocimiento por parte de los funcionarios de justicia sobre el ciberespacio, como bien señala el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Ricardo Sáenz⁴⁰ en una columna escrita para “Infobae” en 2014, “hoy un juez no puede conocer lo último en materia tecnológica y tampoco podemos en el otro extremo, a esta altura del avance digital, admitir que un juez no sepa lo que es una dirección IP.”

Otro tanto aclaró la Fiscal Daniela Dupuy, titular a cargo de la Fiscalía Especializada en Delitos Informáticos del Ministerio Público de la Ciudad de Buenos Aires en una entrevista para “Diario Judicial” en 2014 al expresar que “Nosotros podemos tener al autor de un delito en un lugar, el efecto producido en otro, el servidor en otra parte y la víctima en

⁴⁰ Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal

otro”. Esto remarca la dificultad que se presenta en referencia a los delitos informáticos en general debido a una de las características que presenta el Internet, su aterritorialidad. La descentralización de la información y su esparcimiento a grandes velocidades por el globo hacen que la transnacionalización que tanto ha aportado a distintos campos de la ciencia e investigación se convierta en un arma de doble filo cuando se habla del Derecho Penal en Internet.

En el ámbito del Ministerio Público Fiscal de la Nación, la Procuraduría General de la Nación a cargo de la Dra. Alejandra Gils Carbó ha creado la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia (UFECI) a través de la Resolución 3743/15 la cual estará a cargo del Fiscal Horacio Azzolín.

La Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia podrá entender en casos de ilícitos constituidos por ataques a sistemas informáticos -por ejemplo, casos de accesos ilegítimos o de daños a sistemas informáticos-, o cuando el medio comisivo principal o accesorio de una conducta delictiva incluya la utilización de sistemas informáticos, con especial atención en el ámbito de la criminalidad organizada -trata de personas, tráfico de estupefacientes, lavado de dinero y terrorismo, etcétera-. También estará habilitada a intervenir en todo proceso en el que sea necesario realizar investigaciones en entornos digitales, aun cuando no hayan sido cometidos contra o mediante un sistema informático. Así podría ocurrir, por ejemplo, en supuestos de localización de imputados a través de internet.⁴¹

El Coordinador del área del Cibercrimen de la Provincia de Córdoba, José Arce, en una entrevista para el diario “La Voz” en 2016 expresó que ellos realizan “un trabajo conjunto y coordinado con NCMEC que nos proporciona información que se canaliza a través de las empresas que prestan servicios de comunicación electrónica en los que se advierten contenidos de pornografía infantil que corresponden al territorio cordobés”.

El NCMEC -acrónimo de *National Center for Missing & Exploited Children*- es una organización sin fines de lucro, de carácter privada, establecida por el Congreso de los Estados Unidos el 13 de Junio de 1984 durante el gobierno de Ronald Reagan, años más tarde en 1998 inspiró y dio origen a su versión internacional conocida como ICMEC. Ambas organizaciones trabajan en forma conjunta y en colaboración con más de 100 países

⁴¹ Resolución PGN N° 3743/15 del 18 de Noviembre del 2015. Apartado IV.

alrededor del mundo en todos los aspectos relacionados a la protección de menores, tales como la capacitación de agentes de justicia, la búsqueda y remisión de información así como también en cuestiones políticas y jurídico-legislativas.

El NCMEC trabaja en cooperación con las fuerzas de seguridad Argentina y de otros muchos países en la investigación de delitos relacionados a la pornografía infantil y el abuso sexual de menores a través del Proyecto *CyberTipline*, cuyo origen se remonta a 1998. En base al proyecto mencionado las ISP -proveedores de servicios de Internet- se encuentran obligados legalmente a denunciar a través del sistema *CyberTipline* cualquier actividad que involucre abuso sexual de menores o pornografía infantil que se lleve a cabo a través de los servicios que ofrecen en virtud de Sección 2258A del Título 28 del Código Federal de Estados Unidos⁴².

Los ISP deben comunicar al NCMEC todo dato necesario para la identificación de la terminal desde la cual se comete el ilícito, fecha y hora en que se recibe o distribuye el contenido sospechado de pornografía infantil o abuso sexual de menores, la dirección del Protocolo de Internet -IP *address*-, el tiempo en que fue cometida la infracción, las terminales involucradas y hasta la posición geográfica de las mismas. Los analistas del NCMEC examinan las denuncias recibidas, evalúan el contenido, agregan información que pueda ser de utilidad para los organismos de aplicación de la ley y remiten a la autoridad que corresponda. Las empresas proveedoras de servicios de Internet y electrónica en general que tengan su sede en el territorio de los Estados Unidos se encuentran obligadas a registrarse en el sistema de *CyberTipline* y proceder mediante el protocolo establecido, pero se admiten denuncias por parte de cualquier empresa o particular que desee colaborar.

En este marco de cooperación es de destacar el acuerdo celebrado entre el Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados -NCMEC- representado por la Sra. Linda Kreig, y

⁴² *Duty To Report: (1) In general: Whoever, while engaged in providing an electronic communication service or a remote computing service to the public through a facility or means of interstate or foreign commerce, obtains actual knowledge of any facts or circumstances described in paragraph (2) shall, as soon as reasonably possible.*

(A) provide to the CyberTipline of the National Center for Missing and Exploited Children, or any successor to the CyberTipline operated by such center, the mailing address, telephone number, facsimile number, electronic mail address of, and individual point of contact for, such electronic communication service provider or remote computing service provider; and

(B) make a report of such facts or circumstances to the CyberTipline, or any successor to the CyberTipline operated by such center.

el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, representado por el Fiscal General Sr. German Carlos Garavano. Este acuerdo suscripto el 11 de Octubre de 2013 y registrado el 12 de Noviembre del mismo año bajo la resolución FG N° 435/2013 permite al Ministerio Público acceder en forma remota a la red VPN -*virtual private network*⁴³- del sistema *CyberTipline* del NCMEC a los fines de descargar los informes del mismo en miras de utilizar dicha información para la investigación de los delitos relacionados con el abuso sexual de menores y pornografía infantil en el territorio de la Nación Argentina, los casos reportados hasta el día de hoy rondan los veinte mil.

Los trabajos de coordinación en la identificación de las redes de pornografía infantil involucran a fuerzas representantes de la ley como la Interpol y el FBI, sumados a las fuerzas locales de la jurisdicción que se trate. Sin embargo, una vez identificadas las redes, su desmantelamiento no resulta tan sencillo, ya que como se procedió a realizar una reseña al principio del presente trabajo, los usuarios utilizan sistemas de navegación que proveen anonimato -el caso de TOR- o bien, acceden a la Red a través de sistemas abiertos, como pueden ser redes wifi de cibercafés, aeropuertos u otros de libre acceso para cualquier individuo. En otras palabras, si bien de por sí es complicado la identificación de la terminal o dispositivo desde la cual se llevan a cabo las conductas de distribución o divulgación de pornografía infantil, más complicado es aún identificar al autor material de la conducta ya que si bien es rastreable el dispositivo de acceso a la Red, debe probarse además quién fue el sujeto físico que operaba la terminal, creemos que este extremo es el que ha llevado a varios Estados a tipificar la mera tenencia o posesión de pornografía infantil como delito punible.

Debe tenerse en cuenta, además, que para la obtención o extracción de determinados datos de un dispositivo muchas veces es necesario el empleo de *software* diseñado al margen de la ley, no puede pensarse en empresas u organismos gubernamentales que diseñen *software* de *password cracking*⁴⁴. La eficacia probatoria de los datos que se obtengan por medio de procedimientos de cuestionable legalidad o sistemas no implementados según las previsiones normativas o reglamentarias genera el inconveniente de su inevitable cuestionamiento ante la justicia. (Bassini, 2013)

⁴³ Red Privada Virtual.

⁴⁴ Obtención de contraseñas sin el consentimiento del creador de las mismas.

1.2. Principios involucrados:

Uno de los primeros principios que tomó relevancia en el Derecho Penal respecto de las conductas disvaliosas relacionadas con el mundo de la computación y la informática fue del principio de legalidad *-nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege⁴⁵-*, el mismo, se encuentra receptado en la primera parte de nuestra Constitución, más específicamente en el Art. 18 de la Carta Magna cuando prescribe que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. También se haya establecido Convención Americana sobre los Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- aprobado en Argentina por Ley 23.054 y de jerarquía constitucional en virtud del Art. 75 inc. 22. En su Art. 9 establece que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. Este principio adquirió significación a raíz del súbito crecimiento de los delitos informáticos y la imposibilidad en la que se encontró el mundo jurídico de equiparar la velocidad de las transformaciones tecnológicas en materia de reformas y tipificación de las conductas que se encontraron sancionables.

Para Zaffaroni el principio de legalidad “significa que la única fuente productora de ley penal en el sistema argentino son los órganos constitucionalmente habilitados, y la única ley penal es la ley formal de ellos emanada, conforme al procedimiento que establece la propia Constitución” (Zaffaroni, 2002, pág. 112). Según el principio de legalidad, la definición del tipo penal y de la conducta punible es una tarea que le corresponde al Poder Legislativo (Sagüés, 1997)

La exigencia constitucional de que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del poder legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante la amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente⁴⁶ (C.S.J.N. Fallos 312:1920)

⁴⁵ Ningún delito, ninguna pena sin ley previa.

⁴⁶ C.S.J.N. “Legumbres S. A.” Fallos 312:1920 (1989)

De este principio del derecho penal liberal derivan una serie de exigencias al legislador, “a) precisión y uso adecuado del lenguaje en la redacción de la ley penal; b) incriminación de conductas específicas -derecho penal de acto-; c) afectación de bienes jurídicos -desvalor de acción y desvalor de resultado-.”(Lascano, 2005, pág. 263)

El Art. 128 del Código Penal de la Nación Argentina luego de la reforma introducida por la Ley 26.388 colisiona con el principio de legalidad dado que el legislador no cumple acabadamente con la exigencia de precisión en la redacción de la ley penal al enunciar en el segundo párrafo de la norma que la posesión de toda representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, a los fines de ser punible, debe estar acompañada de “fines inequívocos de distribución o comercialización” sin definir en la misma norma que debe entenderse por “fin inequívoco” lo que abre una puerta a la interpretación del juez acerca de las intenciones del imputado. Se expresó en los propios fundamentos del Proyecto de la Ley de Delitos Informáticos en referencia a la posesión de pornografía infantil que “será una cuestión de hecho y prueba, que deberán valorarlos jueces al momento del juzgamiento donde se tendrá en cuenta las circunstancias que hagan presumir en forma contundente que la finalidad del sujeto es la distribución o comercialización del material”. (Nemirovski, 2006, p. 9)

Cabe aclarar que la norma no establece parámetros a los que pueda atenerse el juez para “presumir en forma contundente que la finalidad del sujeto es la distribución”, en caso de que esta voluntad sea presumida por el ofrecimiento, publicación o divulgación que realice el sujeto la norma remitiría a su primer párrafo, lo cual denota un bucle que torna inaplicable el segundo párrafo del artículo con su correspondiente pena, bastante menor que la de la primera parte de la norma. “De la exigencia constitucional de que por ley se definan los tipos penales y las sanciones correlativas se desprende que el juez no pueda crear figuras penales, pues ello es competencia exclusiva del legislador” (Lascano, 1997, pág. 655).

Expresa el Dr. Arocena (2012) que debido a los rasgos característicos de los delitos informáticos en general, como -por ejemplo- su extraterritorialidad, su intemporalidad y la intangibilidad de los instrumentos y objetos sobre los cuales recaen las conductas típicas, el

legislador debe tener en cuenta al momento de dictar derecho tanto de fondo como de forma estas circunstancias a los fines de construirse métodos de investigación y esclarecimiento de los ciberdelitos adecuado a los caracteres que los mismos presentan.

El Art. 18 de la Constitución Nacional exige indisolublemente la doble precisión por ley de los hechos punibles y las penas aplicables. Tal requisito constitucional no se satisface con la existencia de una norma previa, sino que ésta debe emanar de quien está investido de poder legislativo⁴⁷. (C.S.J.N. Fallos 312:1920)

Puede darse el caso de que el juez tenga por indicio la cantidad de material pornográfico infantil que posee el sujeto, sin embargo, dicha circunstancia es arbitraria y relativa ya que se puede proceder a distribuir a incontables personas el mismo video pornográfico así como se puede tener incontables videos pornográficos sin la intención de distribuirlos. Recordamos que nuestro Derecho Penal castiga el hecho, es decir, se sancionan conductas, comportamientos y acciones, tal como se desprende del Art. 18 de la Carta Magna al decir “ley anterior al hecho del proceso” por lo que los jueces tienen vedado la posibilidad de presumir esa finalidad inequívoca de distribución o comercialización basándose en la personalidad del sujeto.

El principio de legalidad penal se completa con el llamado principio de reserva contemplado en el Art. 19 de la Constitución Nacional que prescribe;

Art. 19: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los Magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la Ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

En base a este principio constitucional el legislador se encuentra inhabilitado para prohibir conductas que se desarrollan dentro de la esfera privada. Legalidad y reserva constituyen dos manifestaciones de la misma garantía de legalidad (Zaffaroni, 2002).

El Dr. Arocena (2012) pone de manifiesto que intimidad y privacidad son dos nociones que merecen ser diferenciadas de forma clara. Expresa el autor que mientras que la intimidad se muestra como aquel conjunto de cuestiones que el ser humano tiene derecho a mantener en

⁴⁷ C.S.J.N. “Legumbres S. A.” Fallos 312:1920 (1989)

una zona de reserva, la privacidad como bien jurídico se relaciona con el derecho que tienen los sujetos a que no se los moleste por las acciones voluntarias que no afectan a terceros, ambos preceptos encuentran su garantía y fundamento constitucional en la primera parte del Art. 19 de la Constitución Nacional Argentina.

Esta coyuntura distintiva entre intimidad y privacidad nos permite aseverar que la intimidad sería aquel aspecto de la vida del sujeto que se encontraría exenta del conocimiento de terceros, la cual pertenecería a su esfera más profunda integrada por sus pensamientos y sentimientos, mientras que la privacidad, por su parte, estaría constituida por la facultad que posee el sujeto de ejecutar acciones en su ámbito privado, alejado de la vista de los demás, siempre y cuando se respete el principio *alterum non laedere*⁴⁸ (Farinella, 2000).

En relación al derecho a la privacidad aplicado al ámbito de las nuevas tecnologías es de destacar la sentencia del Tribunal Supremo Español, el cual puso de manifiesto que “quien utiliza voluntariamente un programa *peer to peer* -p2p- en nuestro caso eMule, asume y consiente que muchos de los datos que incorpora a la Red pasen a ser de conocimiento público para cualquier usuario de Internet⁴⁹”. Estima el Tribunal que esta circunstancia es conocida o debe ser conocida por los internautas, y que los datos que se transmiten a través de tales programas y redes son públicos, por lo que no es posible alegar que se ve menoscabado el derecho a la privacidad o intimidad si los archivos sirven de base para la imputación de delitos. Tampoco se precisaría autorización judicial para proceder a la adquisición de los archivos como elementos probatorios ya que son de dominio público y fueron introducidos a la Red por el propio usuario. En base a esta tesis que parece correcta, la privacidad y su protección no se ve afectada cuando es el propio sujeto quien se introduce a sí mismo al ciberespacio.

En estrecha vinculación con la garantía constitucional de reserva en relación con el ciberespacio se encuentra el principio de libertad de expresión, receptado en la Carta Magna en los Arts. 14 al prescribir: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio [...] de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”. Por su parte el Art. 32 establece una barrera

⁴⁸ No dañar o perjudicar a otro.

⁴⁹ Tribunal Supremo Español. Sentencia N° 236/2008 de TS, Sala 2°, de lo Penal, 09 de Mayo de 2008.

infranqueable para el poder legislativo cuando prescribe que; “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”. El principio también se ve receptado en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁵⁰ -que posee jerarquía constitucional en virtud del Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional- el cual en su Art. 19 inc. 2 que prescribe que:

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Sin embargo, el articulado continúa y manifiesta que dicha garantía posee limitaciones ya que el inc. 3 del mismo artículo establece que:

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás:
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

De la propia Constitución Nacional se desprende que todo derecho debe ejercerse “conforme las leyes que reglamenten su ejercicio”. Resulta desconcertante pensar que se podría utilizar un periódico nacional o una cadena televisa para transmitir pornografía infantil. No se puede sostener entonces que existen límites indiscutibles al ejercicio de la libertad de expresión, ya que el uso ilícito de la garantía puede ser restringido en miras a la protección de bienes jurídicos relevantes u otras libertades, a los fines de impedir la vulneración generalizada de otros intereses. Resulta de la propia funcionalidad del orden social el hecho de que no se puedan tener expectativas absolutas, y dado que los límites que definen los derechos y libertades a veces resultan imprecisos o difusos es inevitable la existencia constante de conflictos. (Salgado, 1991)

El legislador, al regular jurídicamente las conductas, debe hacerlo en el modo más breve y exacto posible, mediante un número restringido de disposiciones redactadas en forma

⁵⁰ Ratificado por Ley 23.313. Sancionada 17/04/86. Promulgada 06/06/86.

concisa y rigurosa con la utilización de términos precisos a fines de que sea posible el conocimiento previo de las consecuencias jurídicas eventuales de los propios actos a los fines de otorgar al ciudadano certeza sobre el sistema, esto es lo que se conoce como los principios de economía legislativa y seguridad jurídica, la exigencia se debe a la necesidad de favorecer y promover la operatividad del sistema jurídico, en especial en el ámbito penal. (Widow, 2014)

En caso de dictarse alguna norma de tipo penal que limite de cualquier forma la libertad de expresión en aras de proteger la moral pública y colectiva, se debe realizar necesariamente una operación de discernimiento a los fines de corroborar si la norma resulta proporcional y adecuada para el cumplimiento de aquellos fines que inspiraron su creación, por lo que es recomendable que el legislador tenga en cuenta las circunstancias concurrentes a las conductas que se intentan regular. (Valverde, 2006)

La falta de conocimientos acerca del funcionamiento y características del ciberespacio lleva a que se intenten regular conductas prácticamente imposibles, lo cual crea un derecho penal inoperante respecto de determinadas conductas, el Dr. Farinella (2000) expresa que no se debería permitir que en este nuevo campo del ciberderecho se experimenten distintas formas de regulación que provoquen una innecesaria inflación normativa. El Dr. Arocena (2012) se expresa y explica que lo que se realiza en este sentido es la creación de nuevos bienes jurídicos penales, se procede a la ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penales relevantes y se flexibilizan aquellas reglas que versan sobre la imputación así como se relativizan los principios político-criminales de garantías en una tendencia que el Dr. denomina expansión del Derecho Penal. Sostiene el mismo autor que si el legislador no desea incurrir en la creación de un derecho penal meramente simbólico debe verificar que la hipótesis fáctica sobre la cual se construye el tipo delictivo posea métodos de constatación probatoria, los recursos humanos, materiales y técnicos idóneos para su fin específico.

Con una idea similar se expresa la Dra. Noguera (2014) quien aduce que las nuevas formas de criminalidad que proliferan gracias a la facilitación que suponen las tecnologías de la información y la comunicación no pueden servir de justificación para contribuir a la expansión de un derecho penal puramente simbólico, el cual por definición es ineficaz.

Propone la autora -y con bastante acierto- refiriéndose a la temática de la pornografía infantil, que se considere la posibilidad de articular medidas extrapenales para aquellos sujetos que consumen o utilizan dicho material, mientras que se mantengan las medidas penales -organizadas supranacionalmente- para aquellas conductas que impliquen la producción y distribución de material pornográfico infantil, con respeto de los principios de legalidad, ofensividad y proporcionalidad.

Conclusión:

A lo largo del presente trabajo se logró arribar a una explicación acerca de que es la pornografía infantil y como se define la misma en el ámbito jurídico, definición que engloba inclusive las sub-clasificaciones que se realizan en la doctrina al respecto. También se precisó como se encuentra regulado el fenómeno objeto del problema de investigación en el Código Penal Argentino y cuáles son los supuestos y requisitos de procedencia de la figura delictiva relacionada con el material pornográfico infantil. Respecto de este punto es que debemos realizar un análisis especial, ya que se corroboró la hipótesis de investigación, la ley adolece de algunas insuficiencias respecto del consumo y posesión de pornografía infantil;

Como se observa en el presente trabajo, en la redacción del proyecto de ley 26.388 fue preterida la figura del organizador de espectáculos pornográficos en vivo con representaciones sexuales explícitas en la que participen menores de dieciocho años, sin haberse agregado el verbo “organizare” dentro de la primera parte del articulado. No se puede interpretar que el legislador haya omitido dicha figura de manera voluntaria, ya que en virtud del principio de legalidad en Argentina - *nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege* - esa omisión implicaría la posibilidad de realizar una conducta que ya había sido previamente tipificada en el artículo Art. 128 modificado por Ley 25.087. Es decir, significaría despenalizar la organización de espectáculos en vivo con escenas pornográficas en donde participen menores de dieciocho años. Por descarte, la única alternativa que resta es que el descuido haya sido involuntario lo cual constituye una conducta nefasta tratándose de una cámara legislativa.

Por su parte, el Senado, si bien salvó el defecto que hubiera acarreado la sanción de la norma con la omisión referida, al agregar al segundo párrafo el adjetivo de “inequívoco” en un intento de mantener los principios de *ultima ratio* y mínima suficiencia del Derecho Penal provocó la pérdida de todo contenido de uso práctico y jurídico del segundo párrafo de la norma. El “fin inequívoco de distribución” remite necesariamente a alguna de las conductas enumeradas en el primer párrafo del articulado, provocando una laguna de derecho en lo que respecta a la simple posesión o tenencia de material con contenido pornográfico infantil. Esta situación se dio a causa de una mala técnica legislativa,

improvisada y reactiva, producto del desconocimiento de las nuevas tecnologías y su utilización para la comisión de nuevas figuras delictivas.

La inclusión en la norma por parte del Senado de este elemento subjetivo de “fines inequívocos” tornaron completamente inoperante el segundo párrafo del Art. 128, ya sea que se presente el supuesto fáctico del bucle por el cual la norma remite a su propio primer párrafo, o se dé el caso en que sea imposible demostrar los “fines inequívocos de distribución y comercialización”. Por lo que resta decir que, técnicamente, la simple tenencia y posesión de pornografía infantil en Argentina no es delito punible y esta es la conclusión a la que arribamos. Si el legislador hubiese querido sancionar la posesión de material pornográfico infantil hubiese sido recomendable que utilizara alguna construcción gramatical que contemplara el hecho y la sanción sin el agregado de un elemento volitivo que obligue a los jueces a realizar presunciones sobre las intenciones futuras del sujeto imputado. En lo que se refiere al consumo, tenencia y posesión de pornografía infantil, la norma penal Argentina es meramente simbólica. En lo que se refiere a la producción y distribución de pornografía infantil si cumple con la finalidad para la cual fue creada y constituye un avance respecto de la adecuación legal a la era tecnológica.

Han sido referidos, además, los tratados internacionales -tanto los que Argentina es parte como los que no- constatándose que los mismos optan por ser permisivos con la posesión de pornografía infantil o simplemente no realizan disposiciones al respecto. Circunstancia la cual deja librado a la voluntad de los Estados lo referido a la regulación de la posesión y consumo del material mencionado. Se ha hecho mención, así mismo, de algunas legislaciones extranjeras que han tipificado la posesión e incluso el consumo de pornografía infantil, lo cual nos muestra que es posible la armonización de los principios garantistas, procesales, el derecho moderno y la tecnología.

Dentro de lo que corresponde a la respuesta de las fuerzas de la justicia Argentina frente a la comisión de las figuras relacionadas a la pornografía infantil, se ha explicado el trabajo que se realiza en un ámbito de cooperación internacional, lo que es acorde a la transnacionalización que presenta Internet. Además, se ha mencionado la creación de los organismos especializados en la materia, amén del propio reconocimiento que realizan los

mismos acerca de la falta de conocimientos en materia tecnológica y las dificultades probatorias en lo que respecta a los delitos informáticos.

No creemos que a través de la tipificación de la posesión de pornografía infantil se intente un control de la moral pública o el pensamiento de los ciudadanos. Aunque se aproxima peligrosamente, en realidad se trata de ceder respecto de la concepción de algunas de las garantías constitucionales como son la privacidad y la libertad de expresión. Principios y garantías los cuales no serían restringidos ni mucho menos revocados, sino que cederían parcialmente y bajo determinados supuestos de hecho en aras de proteger otros bienes jurídicamente relevantes como lo son el interés superior del niño, su derecho a la autodeterminación sexual, a su imagen y su privacidad, derechos que no puede defender por sí mismo a raíz de su especial estado de indefensión. Con la correcta tipificación se lograría además, indirectamente, una erradicación o al menos una merma en el mercado de pornografía infantil mediante la sanción de todas las conductas relacionadas a la misma en el territorio de la Nación Argentina.

Bibliografía:

Doctrina:

- Libros:

Arocena, Gustavo A. (2001) *Delitos contra la integridad sexual*. (1er Edición) Córdoba. Ed. Advocatus.

D'Alessio, Andrés J. (2004) *Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial*. (Arts. 79 a 306). (1ra Edición) Buenos Aires. Ed. La Ley.

Hellman, Arthur D., Araiza, William D., Baker, Thomas E. (2010) *First Amendment Law: Freedom of Expression & Freedom of Religion*. (2da Edición) New York. Ed. Lexis Nexis.

Lascano, Carlos J. (2005) *Derecho Penal. Parte General*. (1er Edición) Córdoba. Ed. Advocatus.

Lively, Donald E., Broyles, Scott D. (2016) *Contemporary Supreme Court Cases: Landmark Decisions since Roe v. Wade*. (2da Edición) Santa Bárbara, California. Ed. ABC-CLIO.

Markovitch, Claudio M., López Medel, M. (1999). *Delincuencia y fraude informático*. (1ra Edición) Santiago. Ed. Jurídica de Chile.

Núñez, Ricardo C. (1977) *Manual de Derecho Penal. Parte general*. (3ra Edición) Córdoba. Ed. Lerner.

Núñez, Ricardo C. (2009) *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. (4ta Edición) Córdoba. Ed. Lerner.

Palazzi, Pablo A. (2012) *Los delitos informáticos en el Código Penal*. (2da Edición) Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot.

Roxin, C. (1979) *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Trad. De Bacigalupo E. (1ra Edición) Buenos Aires. Ed. Depalma

Real Academia Española. (2014) *Diccionario de la Lengua Española* (23ra Edición) Madrid. Ed. Espasa Libros S.L.U.

Sagüés, Néstor P. (1997) *Elementos de Derecho Constitucional. Tomo 2.* (2da edición) Buenos Aires. Ed. Astrea.

Salgado, Carmona C. (1991) *Libertad de expresión e información y sus límites.* (1ra Edición) Madrid. Ed. Derechos Reunidas S.A.

Sumalla, Tamarit J. (2002) *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual.* (2da Edición) Madrid. Ed. Aranzadi.

Vox. (2007) *Diccionario Manual de la Lengua Española* (17ma Edición) Ed. Larousse.

Zaffaroni, Eugenio R. (2002) *Derecho Penal. Parte general* / Alejandro Slokur y Alejandro Alagiu. (2da Edición) Buenos Aires. Ed. Ediar.

- Documentos:

Farinella, Fabio (2000) *Un proyecto de Ley sobre protección de menores en internet. Sobre la conveniencia y la forma de regular la red.* [Versión Electrónica] Sistema Argentino de Información Jurídica. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/doctrinaprint/daca000146-farinella-un_proyecto_ley_sobre.htm

Fellini, Zulita (1999) *Comentarios a la Ley 25.087 sobre delitos contra la integridad sexual. Modificaciones al Código Penal.* [Versión Electrónica] Diario La Ley. Disponible en: <http://www.e-lucchesi.com.ar/dw/catedra/doctrina/>

Lackner, Ricardo (2008) *Delitos Relativos a la Pornografía Infantil en la Ley 17.815* [Versión Electrónica] Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay. Disponible en: http://wold.fder.edu.uy/material/lackner_ficha3.pdf

Morales, Prats F. (2002) *Pornografía infantil e Internet.* [Versión Electrónica] Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya. Disponible en: https://www.u-cursos.cl/derecho/2011/0/PEDPV/1/material_docente/previsualizar?id_material=375569

Sorbo, Hugo D. (2013) *Delitos Informáticos. Aspectos a tener en cuenta de la Ley 26.388.* [Versión Electrónica] Editorial Legal Ut Supra. Disponible en: http://server1.utsupra.com/doctrinal?ID=articulos_utsupra_02A00376672921

- Revistas:

Arocena, Gustavo A. (2012) “La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal Argentino. Introducción a la Ley Nacional 26.388” [Versión Electrónica] Boletín Mexicano de Derecho Comparado. (135). Disponible en:

<http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4776/6127>

Bassini, Andrés E. (2013) “El perito informático y la prueba pericial” [Versión Electrónica] Derecho Penal Online. Disponible en:

<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,812,0,0,1,0>

Berenguer Orts E., Torres, Margarita R. (2009) “Concepto de material pornográfico en el ámbito penal” [Versión Electrónica] Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la Universitat de València. (2). Disponible en:

<http://www.uv.es/iccp/recrim/recrim09/recrim09i01.pdf>

Crespo, Álvaro E. (2011) “La pornografía infantil en el marco de los delitos informáticos y del llamado derecho penal de las sociedades en riesgo” [Versión Electrónica] Derecho Penal Online. Disponible en:

<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=41,689,0,0,1,0>

Noguera, Isabel G. (2014) “Pornografía infantil en internet: principales cambios introducidos por la transposición de la directiva 2011/92/UE” [Versión Electrónica] Revista de Internet, Derecho y Política de la Universitat Oberta de Catalunya. (19). Disponible en:

<http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i19.2329>

Riquert, Luis F., Riquert, Alfredo M. (2013) “Difusión de imágenes y espectáculos pornográficos de niños, niñas y adolescentes” [Versión Electrónica] Revista Pensamiento Penal. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37753-art-128-difusion-imagenes-y-espectaculos-pornograficos-menores>

Valverde, Patricia E. (2006) “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal Español (Art. 189.2) Razones para su destipificación.” [Versión Electrónica] Revista de Derecho Penal y Criminología. (18). Disponible en:

<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2006-18-3110&dsID=pdf>

Widow, María M. (2014) “La técnica de las definiciones en la ley penal”. [Versión Electrónica] *Política Criminal*. 9 (18). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992014000200001>

- Artículos Periodísticos:

Gabriel di Nicola (2016) En la Argentina hay entre 15 y 20 casos diarios de pornografía infantil. *La Nación*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1888729-en-la-argentina-hay-entre-15-y-20-casos-diarios-de-pornografia-infantil>

Gustavo Ahumada (2014) La pornografía infantil ocupa el 84% de los delitos informáticos. *Diario Judicial*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disponible en:

<http://www.diariojudicial.com/nota/34843>

Héctor Brondo (2016) La pornografía infantil crece en Córdoba y paga fortunas. *La Voz*. Córdoba. Disponible en: <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/la-pornografia-infantil-crece-en-cordoba-y-paga-fortunas>

James Chapman (2013) Google block on child porn: At last! Internet giant axes links to vile sex-abuse websites in stunning victory for Mail campaign. *Daily Mail*, Reino Unido. Disponible en: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2509036/Google-blocks-child-porn-Internet-giant-axes-links-sex-abuse-websites.html>

Ricardo Sáenz (2014) Los delitos informáticos requieren una reforma del Código Procesal. *Infobae*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disponible en:

<http://opinion.infobae.com/ricardo-saenz/2014/03/26/los-delitos-informaticos-requieren-una-reforma-del-codigo-procesal/>

Samantha Hawley (2015) Philippine police expect to arrest more people in case of alleged Australian paedophile Peter Gerard Scully. *ABC News*, Australia. Disponible en:

<http://www.abc.net.au/news/2015-03-11/philippine-police-prepare-to-arrest-more-paedophile-suspects/6301406>

Legislación:

- Nacional:

Constitución Nacional Argentina.

Decreto 678/12. Anteproyecto de Reforma del Código Penal de la Nación.

Ley 11.179. Código Penal Argentino.

Ley 22.278. Régimen Penal de Minoridad.

Ley 23.849. Aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ley 25.087. Delitos Contra la Integridad Sexual.

Ley 25.763. Aprobación del Protocolo Facultativo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía.

Ley 26.388. Delitos Informáticos.

Proyecto de Ley sobre la Protección del Niño y Adolescente en el uso de Internet. Número de expediente: 3622-D-06

Proyecto de Ley sobre la Penalización de Delitos Electrónicos y Tecnológicos. Número de expediente: 4417-S-06

Proyecto de Ley sobre Delitos Informáticos. Número de expediente: 5864-D-06

Proyecto de Ley sobre la Modificación del Artículo 128 del Código Penal de la Nación. Número de expediente: 3989-S-14

Resolución Conjunta 866/2011 y 1500/2011

Resolución FG N° 435/2013

- Extranjera:

Ley Orgánica 10/1995. Código Penal Español.

Código Penal del Perú.

Código Penal de la República de Chile.

- Internacional

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (New York)

Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños Contra la Explotación y el Abuso Sexual (Lanzarote)

Convenio sobre la Ciberdelincuencia (Budapest)

Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Jurisprudencia:

- Nacional:

Cámara Nacional de Apelaciones Criminal y Correccional. “S., S. A.” Causa N° 482/11

C.S.J.N. "Gasol, Silvia Irene y otro" Fallos 327:3816 (2004)

C.S.J.N. “Legumbres S. A.” Fallos 312:1920 (1989)

C.S.J.N. “Rodríguez, María Belén” Fallos: 337:1174 (2014)

Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 20 de la Capital Federal, “R., Claudio Gabriel”, Causa N° 6.553/15.

- Extranjera:

Tribunal Supremo Español. Sentencia N° 1377/2011 de TS, Sala 2°, de lo Penal, 19 de Diciembre de 2011

Tribunal Supremo Español. Sentencia N° 236/2008 de TS, Sala 2°, de lo Penal, 09 de Mayo de 2008.

Otros:

Páginas webs consultadas:

Consumo de pornografía en Internet en Argentina:

<http://inter.net.ar/pornografia/#metodologia>

End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking of Children for Sexual Purposes

<http://www.ecpat-spain.org/>

International Centre for Missing & Exploited Children

<http://www.icmec.org/>

National Center for Missing & Exploited Children

<http://www.missingkids.org/home>

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

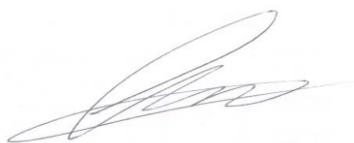
Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Ivanic, Ivan Nahum
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	37.855.451
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Responsabilidad Penal por el Consumo y Posesión de Pornografía Infantil. Análisis de la normativa en el ordenamiento jurídico argentino.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	Ivan_Nahum@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: 27/03/2017 - Villa Ángela - Chaco



Ivanic Ivan Nahum

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica: _____certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado