



UNIVERSIDAD
SIGLO 21

**“La pornografía infantil a través de las redes
informáticas. Responsabilidad, tenencia y distribución
dentro del Derecho Penal Argentino”**

Florencia Milagro Sallent Garcia

Trabajo Final de Graduación

Abogacía

2016

A mi hija OLIVIA que me acompaño por este camino desde su concepción
hasta su nacimiento y aun después... a mi marido GUILLERMO y a mi
madre MARTA por el apoyo incondicional para lograr mi meta tan anhelada
de ser una defensora de la justicia.

RESUMEN

El presente trabajo se propone describir la figura delictiva penal de la pornografía infantil, analizando su tipificación y los problemas a la hora de perseguir este delito. Asimismo, se examinará el derecho comparado como así también las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales al respecto.

ABSTRACT

This paper aims to describe the criminal offense of child pornography, analyzing their tipificación and problems in pursuing this crime. In addition, comparative law as well as doctrinal and jurisprudential positions on the matter will be examined.

PALABRAS CLAVE

Pornografía infantil – Delito transfronterizo – Buscadores de internet – TICs – Tenencia de pornografía infantil – Derechos del niño – Derecho Internacional – Derecho comparado

Índice de contenido

INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I: La pornografía infantil.....	8
Introducción.....	8
1. La pornografía infantil.....	8
2. Tipicidad Objetiva.....	9
2.1 Acciones Típicas.....	9
2.3 Sujeto activo.....	10
2.4 La responsabilidad penal de los medios de comunicación.....	10
2.5 Responsabilidad penal del titular del computador.....	12
2.6 Responsabilidad Penal de los padres, encargados o tutores de los menores de edad.....	13
2.7 Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas.....	13
3. Objeto Protegido.....	14
4. Delitos Asociados.....	14
4.1 Delito de organización de espectáculos en vivo con escenas pornográficas en las que participan menores de dieciocho (18) años.....	14
4.2 Delito de facilitación de acceso a espectáculos pornográficos o suministro de material pornográfico a menores de catorce (14) años.....	15

5. Análisis de la ley.....	17
6. Problemática de los Agentes Encubiertos.....	19
7. Jurisprudencia.....	20
7.2 Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Sala VII -2014-05-06-L.G.C.....	20
8. Otras consideraciones respecto a la Pornografía Infantil e Internet.	21
9. Tratados internacionales	22
Conclusiones.....	26
CAPÍTULO II: Grooming, corrupción de menores, y delitos asociados	29
Introducción.....	29
1. Delito de Grooming.....	29
2. Trata con fines de explotación sexual.....	36
3. Corrupción de menores.....	39
Conclusiones.....	44
CAPÍTULO III: Análisis de Derecho Comparado en materia de sanción del delito de pornografía infantil	46
Introducción.....	46
1. Recomendaciones y medidas adoptadas por Organismos Internacionales.....	46
2. Marcos Regulatorios Regionales	51

2.1 Mercosur	51
3. Legislaciones Domesticas.....	53
3.1 Ecuador	53
3.2 España.....	55
3.3 México	57
3.4 Colombia.....	58
3.5 Uruguay	60
Conclusiones.....	61
CAPÍTULO IV: Responsabilidad de los buscadores y otros sitios de internet	63
Introducción.....	63
1. Responsabilidad civil.....	63
2. Responsabilidad penal	75
Conclusiones.....	79
CONCLUSIONES FINALES	81
BIBLIOGRAFÍA	85

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, con el gran avance tecnológico nos hemos visto absorbidos por el campo virtual, es decir el internet, es por ello que nacen nuevas problemáticas a raíz de esta creciente comunicación on-line. Nos encontramos inmersos en un ámbito particularmente peligroso y potencialmente dañino para niños y niñas. Aquí es donde surge la problemática sobre la que se basa esta investigación, la pornografía infantil en las redes informáticas. Tenemos una descripción de la figura delictual dentro de nuestro Código Penal Nacional y también de la Ley de Delitos informáticos.

La existencia de la figura se remonta primeramente en nuestro Código Penal Argentino en el artículo 128, el cual se ve modificado por el artículo 2 de la Ley 26.388 de Delitos Informáticos. A pesar de la evolución de nuestro ordenamiento en el 2008 con la ya citada ley, nos vemos sumergidos en una laguna legal, al no encontrarse tipificada la simple tenencia de material pornográfico. Para que se configure delito y así se determine la responsabilidad del actor es preciso la ultraintención del lucro, es decir los fines económicos de ello.

La finalidad del presente trabajo es describir la figura delictiva penal de la pornografía infantil, analizando los supuestos mencionados anteriormente y los problemas que su aplicación genera. Examinar el sector normativo que regula la cuestión, como así también las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales al respecto. Abordaremos puntualmente el delito de la pornografía infantil que se encuentra situado en el art. 2 de la ley 26.388 donde se encuentra penada la comercialización y distribución de material pornográfico. Para un análisis acabado de la problemática, consideramos necesario sumar al análisis normativo la figura delictiva del grooming tal cual ha sido incorporada a nuestra legislación. Siendo esta investigación relevante para proponer una reforma a la actual legislación penal en vigencia, incluyendo en ella la tenencia de material pornográfico, tomándolo como un gran indicio a proseguir con el siguiente escalón de distribución o fin económico, tratando de buscar siempre la protección del menor, siendo la parte más débil y tratándolo de beneficiar lo máximo posible, como así también minimizando futuros abusos.

CAPÍTULO I: La pornografía infantil

Introducción

La pornografía infantil es una aberrante actividad, la cual se fundamenta en la aparición de menores de edad en materiales audiovisuales, realizando cualquier actividad de contenido sexual. Ineludiblemente este género delictivo se ha aprovechado de la red de internet para difundir estos tipos de materiales y llegar a millones de personas, pese a las leyes que prohíben la reproducción y distribución de estos contenidos. Ciudadanos, Gobiernos y Organizaciones alrededor del mundo, se encuentran preocupados en poner un alto a esta calamidad que afecta tanto la dignidad sexual de los menores y además, les deja huellas permanentes en su psiquis de los semejantes actos a los que fueron sometidos.

1. La pornografía infantil

La pornografía infantil es un delito que acarrea sanciones penales a nivel mundial. La Organización de las Naciones Unidas establece que por utilización de niños en la pornografía, se entiende a 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.¹

El contenido pornográfico infantil que se distribuye a nivel mundial va desde fotos (digitales o impresas), videos, diapositivas, grabaciones, conversaciones telefónicas e incluso relatos (reales o ficticios) donde se describen dichas escenas sexuales. La red de traficantes ha actualizado su sistema para envíos de este contenido gracias al auge del Internet, lucrándose con grandes cantidades de dólares. Lo peligroso de este asunto son sin duda las comunidades de pedófilos y pederastas que han buscado la forma de burlar los mecanismos de seguridad que posee el ciberespacio, para mantenerse en el anonimato y dificultarle el

1 Art. 2 inc. C del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

seguimiento de esa práctica a las autoridades, quedando libres e impunes acechando a cualquier infante que pudiera convertirse en su próxima víctima.

2. Tipicidad Objetiva

Este tema abarca varios puntos, los cuales se procederán a desarrollar a continuación para una comprensión más práctica.

2.1 Acciones Típicas

Van dirigidas a reprimir a aquellos individuos que produzcan, financien, ofrezcan, publiquen o distribuyan mediante cualquier canal de información, la representación de menores de dieciocho 18 años que aparezcan involucrados en actividades sexuales o donde se hiciera la exhibición de sus órganos genitales con propósitos sexuales.²

Las acciones de producir (crear e incluso participar en ellos); Financiar (aportar económicamente para la elaboración del contenido no permitido); comercializar (colocarle un valor monetario a dicho material para el uso de terceros); publicar (divulgar el contenido prohibido, además incluye a quien ofrezca una plataforma digital que posibilite el acceso a estos contenidos de naturaleza pedófila); y distribuir (entregar el material a un número de personas concreto, llevando el registro de mismo), son hechos punibles que son castigados por el Código Penal³. Sin embargo, es impune el comportamiento de ingreso a una página que contiene imágenes pornográficas de menores. Cabe acotar que existen diversos programas (tales como E-Mule, E-Donkey, Ares, entre otros...) que posibilitan que los usuarios compartan contenido en una menor cantidad de tiempo (a diferencia de las comunes descargas “downloads” que se hacen directamente de una página web), y estas formas de acceso a los sitios de Internet donde se encuentran los

2 Art. 2 de la Ley 26.388 de Delitos Informáticos (sustituye al artículo 128 del Código Penal)

3 Art. 119 y ss. De la Ley 11.179 del Código Penal de la Nación Argentina

archivos prohibidos, se constituyen en un caso de distribución punible (Crespo, 2009).

Este es un tema que se presta para entrar en discusión, ya que se pueden tener diversos criterios sobre cuales acciones pueden ser punibles y cuáles no, además de los grados de castigo que se le pueda imputar a cada una de ellas. Por ejemplo: se mencionó anteriormente una serie de acciones que son castigadas por la Ley Penal, no obstante, también se cuestiona cual sería el fundamento legal para el castigo por la tenencia de estos tipos de material pornográfico para su comercialización.

2.2 Sujeto pasivo

Como se ha venido tratando, el sujeto pasivo en este caso siempre serán los menores de dieciocho (18) años, teniendo en concordancia lo estipulado por la propia convención de los Derechos del Niño.

2.3 Sujeto activo

Puede ser cualquiera, ya que este delito no pide una cualidad objetiva en el autor.

2.4 La responsabilidad penal de los medios de comunicación

Desde el comienzo de este trabajo, se ha puesto en foco el rol de la red de Internet como la principal vía de propagación de material pornográfico, pero no se puede dejar de lado los demás medios de comunicación.

En el caso de los medios televisivos, las diversas compañías de cable, ofrecen paquetes de programación para adultos que cuentan con una codificación que impide que se puedan tener acceso a ellos de la misma manera que se sintoniza, por ejemplo, un canal de noticias. De esta forma hace que sea estrictamente necesario que una persona mayor de edad sea quien realice la contratación del servicio, regulando la difusión pública del material sin la norma establecida por el

Código Penal⁴, que reprime el acceso a menores de 14 años a espectáculos pornográficos o al suministro del mismo. En cuanto al medio radial, cabe acotar que la reforma introducida por la ley 17.567 incluía las transmisiones radiales dentro de los delitos contra el pudor⁵. Aquí tenemos un marco regulatorio más abordado y regulado que el amplio espectro del Internet, sabiendo quienes son usuarios y prohibiendo obviamente la pornografía de menores.⁶

Respecto a la red de Internet, debe resaltarse que es un medio complicado de regular y de muy fácil acceso, ya que la mayoría de las personas (indistintamente de su edad) poseen teléfonos inteligentes, tabletas y ordenadores con acceso a internet, ya sea mediante conexión directa, wifi o red de datos móviles. Es en este punto donde se puede sostener que la distribución de la pornografía infantil por medio del empleo de las redes telemáticas representa uno de los desafíos más difíciles de los distintos gobiernos nacionales para poder armonizar las Leyes Penales y reprimir con mayor celeridad esta forma de criminalidad informática. Los ciudadanos han podido dar su aporte a la lucha contra esta bestialidad, al denunciar los Web sites que se dedican a estas prácticas.

En este orden de ideas, el dilema de incriminación de la responsabilidad de los administradores de este mal llamado servicio (por los contenidos prohibidos que distribuyen y difunden mediante el ciberespacio) se concentran en la ausencia del dolo por parte de estos, la falta de intervención en el delito doloso ajeno ya que no existe una connivencia entre los primeros y los usuarios de la red, sumado a que la actuación dolosa ajena restringe el ámbito de responsabilidad de los servidores o administradores (teoría de la prohibición de regreso).

La participación en el delito doloso ajeno, demanda al menos una conducta de favorecimiento del hecho ajeno, pero en este caso los proveedores de Internet no

4 Art. 128 parr. 3 de la Ley 11.179 del Código Penal de la Nación Argentina

5 Ley 17.567 del Código Penal Argentino de 1968

6 Art. 1, apartado 9, inc. C. de la Ley 26.522

crean ningún riesgo desaprobado al brindar ese servicio, por lo que dichas conductas pueden ser consideradas como "conductas neutrales" (Derksen, 1882).

En el caso del Hosting (que en español significa "alojamiento Web", y consta de un servicio que proporciona a los consumidores de internet un sistema para almacenar información tales como imágenes, videos, entre otros, accesibles vía web) debe destacarse que los responsables de proveer estos servicios serán responsables penalmente, si no hubieren adoptado las medidas necesarias de seguridad para evitar la propagación de este tipo de contenidos, una de las sanciones sería por ejemplo deshabilitar el sitio web, aunque de buena fe podría tomarse en cuenta que por desconocimiento hubo alguna omisión respecto a los contenidos pornográficos que se hubieren subido (Hörnle, 2003).

Hacemos alusión a un caso donde se procesó al diseñador y administrador de un sitio en Internet que permitía el acceso a pornografía infantil almacenada previo pago de una tarifa.⁷

2.5 Responsabilidad penal del titular del computador

Esta responsabilidad viene al verificarse que no hubo vigilancia con los filtros que se utilizan en los computadores contra los materiales pornográficos que circulan en la web, facilitando el acceso a los menores de edad a estos contenidos, esto ocurre sin importar si fue por uso anterior de un tercero que haya dejado algún material dentro del ordenador, o por los enlaces de búsqueda que hubiere dejado en la web. En nuestro derecho Nacional esta responsabilidad es penada por suministrar material pornográfico a menores de 14 años⁸ y el que ejecute o hiciere ejecutar por otros actos exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros, con independencia de la voluntad del menor si este fuera de edad de 14 años o menos.⁹

7 Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala V, "S., S. A.", del 18/05/2011.

⁸ Art. 128 del Código Penal Argentino

⁹ Art. 129 del Código Penal Argentino

2.6 Responsabilidad Penal de los padres, encargados o tutores de los menores de edad

La situación ideal sería que los padres, familiares, tutores o encargados, velaran siempre por el bienestar físico, emocional y psicológico de los menores que tienen a su cuidado, acción que implica mantenerlos distantes de cualquier ataque hacia su integridad sexual. Si los sujetos responsables autorizan, permiten o facilitan que el menor se encuentre con material pornográfico, estarán incurriendo en un delito doloso ya sea por dolo directo como eventual.¹⁰ Al ser estas personas de encargo, confianza, dependencia hacia el menor tienen un deber moral hacia los menores, y cuando esto no se cumple y se configura un delito de pornografía infantil a través de la cooperación con el ofrecimiento, producción, financiación, comercialización, distribución del niño/a será reprimido con su pena mayor correspondiente.¹¹

2.7 Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas

En el Derecho Penal Argentino lamentablemente no se regula esta clase de responsabilidad penal, no obstante en tratados internacionales se ha manifestado la necesidad existente de regular en todas las leyes penales de los países, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en este tipo de hechos, bien sea por defecto o por delegación, lo cual lleva a una controversia de cuál sería la sanción penal aplicable (si por la comisión o la producción del resultado).

Sin embargo, para demostrar lo que sería esta figura, se puede tomar como ejemplo (en caso de que no realizaran un desacato a la ley) a las empresas dedicadas a la venta, distribución o explotación de videoclips o películas (ya sean locales que alquilen las mismas o servicios como NETFLIX) que para evitar cometer delito, necesariamente deben de tener un sistema de seguridad para evitar

10 Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala VI, c. 36.524, "Feldman, A.", de 13/02/2009.

¹¹ Art.133 del Código Penal Argentino

que niños menores de catorce (14) años puedan ingresar a una compilación de películas que tengan algún contenido de índole pornográfica.

3. Objeto Protegido

Aquí tal objeto es indudablemente el desarrollo normal de la sexualidad en los niños y adolescentes menores a dieciocho (18) años, enmarcado en la premisa de no ser expuestos por terceros al aprovechamiento sexual. La norma penal los protege con el castigo a la producción, publicación o distribución de cualquier tipo de contenido pornográfico que impliquen la intervención de menores de edad, no obstante estas sanciones podrían entenderse en una protección abstracta ya que no se requiere que efectivamente los menores de edad sean colocados en peligro, puesto que la intención de la ley penal es prioritariamente evitar que los susodichos, se puedan topar con esta información.

Una vez realizada la identificación del bien jurídico protegido, es necesario utilizar cualquier mecanismo posible para resguardar la inexperiencia de estos infantes, de aquellas organizaciones criminales que los puedan colocar en una posición de abuso o explotación, que luego servirá para comercializar las imágenes o cualquier contenido pornográfico obtenido.

4. Delitos Asociados

La pornografía infantil es un tema amplio, que puede abarcar diversas áreas que están asociadas a este principal delito. En esta oportunidad se hará mención al delito de organización de espectáculos en vivo que contengan escenas pornográficas en donde participan menores de dieciocho (18) años, y al delito de facilitación de acceso a espectáculos pornográficos o suministro de material pornográfico a menores de catorce (14) años.

4.1 Delito de organización de espectáculos en vivo con escenas pornográficas en las que participan menores de dieciocho (18) años

La producción, publicación o distribución de imágenes con contenido pornográfico, que estén ajustadas a la ley no caerán en incumplimiento de la

misma. Por ejemplo en el Régimen de calificación de películas cinematográficas se regula sobre el contenido de las películas, y si de acuerdo al contenido pueden ser vista por menores¹².

Sin embargo si en alguna de éstas pareciera involucrado un menor de edad, ya sea de forma activa o pasiva, no cabe duda que dicha publicación va en contra de la ley y deben ser sancionadas de inmediato. En el caso de los espectáculos en vivo en donde se involucren menores con conductas sexuales, bastara la sola organización del evento, o inclusive el solo anuncio del mismo para ser calificada como delito¹³.

4.2 Delito de facilitación de acceso a espectáculos pornográficos o suministro de material pornográfico a menores de catorce (14) años

Recordemos que este delito consiste en facilitar el acceso de un menor a un espectáculo o material pornográfico, en este caso particular no es vinculante que el menor haya podido presenciar el espectáculo en sí, basta el hecho de poder ingresar al establecimiento donde fuere a realizarse el mismo. Cuando esta clase de espectáculos se dieran en sitios públicos y abiertos, el delito que le podrá ser imputado será el de exhibiciones obscenas que están establecidos en el Código Penal¹⁴.

Dentro de la Ley de Delitos contra la Integridad Sexual se encuentran dos grupos de menores:

Primer grupo:

12 Art. 2 de la Ley 23.052. Régimen de calificación de películas cinematográficas. Derogación de la ley 18.019.

13 Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala VI, c. 36.524, "Feldman, A.", de 13/02/2009.

14 Art. 129 de la Ley 11.179. (Artículo sustituido por art. 10° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

Código Penal de la Nación Argentina.

- Menor de 18 años víctima: “Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años el que produjere o publicare imágenes pornográficas en que se exhibieran menores de dieciocho 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”

- Menor de 14 años: “Será reprimido con prisión de un mes a tres años quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años.”¹⁵

Segundo grupo:

- Menores de 13 años: “Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros. Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años.”¹⁶

Entre los delitos que también pueden ser sancionados mediante el Código Penal de la Nación Argentina, se incluyen las descargas realizadas, la permisión para observar contenido pornográfico que implica actos sexuales entre humanos y animales; la sanción más grave será aplicada cuando el material suministrado incluya a menores de edad manteniendo relaciones sexuales, o donde muestren sus partes genitales.¹⁷

15 Art. 9 de la Ley 25.087 de Delitos contra la Integridad Sexual

16 Art. 10 de la Ley 25.087 de Delitos contra la Integridad Sexual

17 Art. 128 de la Ley 11.179. (Artículo sustituido por el art. 9 de la Ley 25.087 B.O. 14/5/1999) Código Penal de la Nación Argentina.

5. Análisis de la ley

Referente a este contenido que se ha estado desarrollando, el Código Penal tiene un Capítulo dedicado a los delitos en contra de la integridad sexual, en donde se sancionan los diferentes tipos de actividades ilícitas relacionadas con la pornografía infantil. Para este caso existe una serie de articulados en donde se castigan desde el abuso sexual a un menor, la explotación sexual del mismo y finalmente lo que nos ha merecido la atención a lo largo de este trabajo, la producción y divulgación de diferentes materiales pornográficos. Veamos algunos ejemplos, el Código Penal se establece que “será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años.”¹⁸

Con este artículo se dan los primeros pasos respecto a las sanciones contra los delitos que involucren a infantes y adolescentes, los cuales conllevan penas hasta cuatro (4) años, pudiendo ser agravados según fueran las circunstancias en que se dieran dichos delitos. Por otra parte, referente a la distribución de contenido pornográfico encontramos en la Ley Penal se establece lo siguiente:

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.

18 Art. 119 Ley 11.179. (Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999) Código Penal de la Nación Argentina.

Sera reprimido con prisión de cuatro (4) 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.

Sera 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 14 años.¹⁹

Sera reprimido con prisión de cuatro (4) 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.

Sera 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 14 años

Se deja en clara evidencia que el fin de este tipo penal es proteger al menor en toda su naturaleza, sobre todo en su pudor e inocencia ya que los contenidos pornográficos no son asimilables para la psiquis de los infantes y pueden generar traumas y confusiones. Dicha tutela se remarcó en el año 2008 con la ley 26.388, la cual especificaba la protección sobre la circulación de imágenes de los menores de edad en internet y además se concatenaba con lo establecido por la Convención de los derechos del Niño, el cual fue introducido en nuestra legislación positiva en el año 2006 mediante la ley 25.763.

Otro aspecto que se puede observar en este artículo es la distinción entre tres tipos de delitos penales, en primer lugar lo referente a la producción y publicación, la divulgación o la distribución de contenido ilícito, en segundo lugar, la tenencia del material enunciado en el tipo penal anterior, y tercero la viabilidad del acceso

¹⁹ Art. 128 de la Ley 11.179. (Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.388 B.O. 14/5/1999) Código Penal de la Nación Argentina.

a espectáculos pornográficos o el suministro de material pornográfico a menores de catorce 14 años.

En el análisis de carácter subjetivo de la norma, se podría afirmar que nos encontramos en presencia de un delito de dolo directo, ya que la persona, en este caso mayor de edad, tiene plena consciencia de que se trata de un menor de edad expuesto a la vulnerabilidad de material pornográfico. De tener plena intención de producir, financiar, ofrecer, comercializar, publicar, facilitar, divulgar o distribuir de cualquier forma material sexual del menor. (Morabito, 2011).

Finalmente, todos los delitos relacionados con menores de edad, prescribirán desde la media noche cuando el menor haya cumplido los dieciocho (18) años de edad.

6. Problemática de los Agentes Encubiertos

Se ha venido tratando la propagación de la pornografía infantil mediante el internet, en este punto cuando se quiere investigar este delito se presenta una intervención de terceros que serían los denominados agentes encubiertos. Dichos agentes son funcionarios públicos que de forma voluntaria y mediante previa autorización de un juez, se infiltran en una organización delictiva a fin de obtener toda la información necesaria sobre la misma y posterior a la investigación, actuar para detener a los implicados malhechores (Crespo, 2009).

Es un método bastante delicado ya que es el Estado quien asume la responsabilidad de participación de sus agentes en estos delitos. Por ello, esta metodología sólo debe emplearse cuando no exista otra forma posible de realizar la investigación.

La figura del agente encubierto presupone dos características básicas que son:

- Que el agente infiltrado (mediante previa autorización) participe en cierto delito.
- Que la infiltración se produzca con una identidad falsa que le será dada por el mismo Estado, actuando así bajo la figura del engaño (Crespo, 2009).

Respecto a la regulación de esta figura en Argentina, está permitida para el crimen organizado, el cual está compuesto por un número mínimo de personas en donde

la actividad delictiva que se lleve a cabo por este grupo de personas revista cierta complejidad.

No se debe de confundir bajo ningún concepto la figura del agente encubierto con la del agente provocador, ya que este último es aquel que induce a un sujeto a cometer un delito y posteriormente procede a detenerlo al momento de intentar ejecutarlo. La Corte Suprema de Argentina en el fallo "Fiscal vs Fernández" estableció las bases que el comportamiento del agente encubierto debe mantener: siempre debe hacerlo dentro de los principios del Estado de Derecho, y el agente encubierto no debe involucrarse de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente, ya que de lo contrario, su comportamiento estaría determinando la voluntad del otro, tornándose un verdadero "agente provocador o instigador".²⁰

También se plantea la figura del ciberpatrullaje, que consiste en la infiltración de un funcionario para rastrear los sitios web y detectar estos delitos penales.

7. Jurisprudencia

Sobre este importante y delicado tema, se puede debatir un par de casos que sirven para ilustrar de una forma más práctica la aplicación de la ley penal en estos casos.

7.1 Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Sala VII -2014-05-06-L.G.C

En este fallo se aborda el caso de un fotógrafo fue denunciado por la mamá de una niña de cuatro (04) años de edad, quien tomaba fotografías hacia la ventana de la vivienda en donde habitaba la madre y su pequeña, justamente en el momento en que la menor se cambiaba la ropa.

El Juez de Primera Instancia resolvió desvincular al imputado en base a que el artículo 128 del C.P requiere que la imagen del menor sea en actividad sexual

²⁰ Corte Sup., 11/12/1990, ED 141-443, con nota de Germán J. Bidart Campos; ídem, C. Fed. San Martín, sala 1ª, del 15/9/1995, causa "Riera, Miguel y otro".

explicita o que la representación de sus genitales sea con fines predominantemente sexuales, y estos requisitos o condiciones sine qua non, el Juez no los verifico en los presentes actuados, además a su criterio la forma de tomar las fotografías no era delito si no se podía verificar la connotación sexual de las mismas.

Muy por el contrario de la opinión del Juez, se ha analizado a lo largo de este trabajo que el artículo 128 del C.P claramente abarca las acciones de producir, distribuir, comercializar, entre otros, con lo cual no puede descartarse alguna de estas acciones, basadas en el testimonio de la madre de la pequeña, incluso se puede acotar que la acción de tomar las fotografías a la menor, puede vincularse con el contenido que también se encuentra expresado en el citado artículo, sobre la reproducción de los genitales con fines sexuales, ya que es ciertamente una actitud sospechosa tomar las fotografías justo en los instantes que la menor se encontraba desnuda.

Con esto se concluye que lo argumentado por el Juez es solo una cuestión de dogmática, que el sobreseimiento que se hace es prematuro, que se debe de continuar con el proceso, la vinculación del imputado y finalmente como consecuencia de todo esto, revocar el auto absolutorio.

8. Otras consideraciones respecto a la Pornografía Infantil e Internet.

Tras la ya mencionada evolución tecnológica, el medio informático más importante y basto de conocimiento es la Internet. Con el avance de esta red, también ha evolucionado a una velocidad abismal la capacidad de personas, que por medio de programas ocultan su identidad para cometer delitos en el ciberespacio tales como la distribución y difusión de pornografía infantil. Estos actores se ingenian métodos que básicamente competen a la dinámica de búsqueda y ocultamiento de direcciones IP, las cuales son utilizadas por los servicios de distribución de conexión a Internet para identificarlos y así también detectar el dispositivo del cual se está enviando esa información.

Es sin duda una guerra sin descanso que se le declara a ciertas organizaciones que tienen como fin distribuir por internet material sexual que daña directamente al menor indefenso. Este material lesivo debe ser combatido con estrategias, dentro

del cual obtenemos la figura del agente encubierto, que no es más que un funcionario con órdenes de su superior para adoptar una posición dentro de un negocio o un hecho informático punible, infiltrándose, con el fin de brindar información a los organismos para los que investiga. A diferencia del agente provocador que no es más que el sujeto que induce a otro para que cometa el delito y por medio de las pruebas compiladas por el primer agente se pueda llegar a la conexión real entre los hechos y el crimen o delito cometido.

Ahora sin duda alguna, la figura de agente encubierto debe contar con una regulación acabada y esto se debe a que actualmente en la legislación su situación es precaria. Entonces dicho agente tendría ciertas facultades que por su naturaleza serían ilegales (distribuir o comercializar pornografía infantil) con los fines últimos de entrar en los círculos cerrados que serían los autores materiales e intelectuales de dichos delitos. Estas actuaciones del agente encubierto deben ser reguladas, con respeto al derecho de la privacidad que, más allá de ser un derecho humano, debe ser respetado tanto para delincuentes como para ciudadanos honrados, por cuestión de justicia, de moral institucional y Estatal y ética en el actuar del funcionario. Pues para llegar a la justicia no se debe proceder de forma injusta.

Es por ello que se propone ampliar e indagar en las atribuciones de estos agentes, por medio de controles necesarios de sus actuaciones, que sin necesidad de restringir o de atrasar el progreso de las investigaciones, hagan de las mismas procesos "limpios" en busca de acabar con el flagelo a nuestros menores de edad.

9. Tratados internacionales

Tras la evolución tecnológica se han presentado nuevos retos para el derecho, en la elaboración de leyes que protejan bienes jurídicos tales como lo son el pudor, el honor y la libertad sexual de aquellos que aun para su edad no están biológicamente "aptos" para las prácticas sexuales.

Es por ello que en cuanto respecta a la legislación interna de Argentina debe hacerse el planteamiento de que si el artículo 128 del Código Penal (del cual se ha hablado anteriormente) es suficiente para la protección de dichos derechos.

De esta forma, el presente estudio llega a más allá de las fronteras, en busca de la legislación internacional con sus tratados y convenios en un intento académico y sistemático de abarcar más allá de la propia pornografía infantil, todas aquellas imágenes o representaciones que, si bien pueden ser o no reales, tienen influencia en los menores de edad.

Hoy en día la diatriba no es solo si la pornografía que es producida con menores de edad es un concepto antijurídico (que en su obviedad y naturaleza, lo es) sino también que con el avance de la tecnología se ha avanzado más la depravación del ser humano, siendo este responsable de la creación de conceptos irrealistas de niños, interpretando o simulando actos que en su real naturaleza serían lesivos. Ahora bien, incluso a nivel internacional queda una laguna de derecho, pues la representación que no es propia o real de un niño, niña o adolescente no podría ser considerada una figura humana, y al momento de simular actos sexuales se crea el conflicto si dichos actos son o no violatorios de algún valor jurídico que debe ser preservado por los menores de edad mediante la ley.

Es importante claro, antes de avanzar en la investigación definir la integridad sexual:

Esta consiste en la libertad sexual de una persona mayor de dieciocho años y el libre desarrollo psíquico y sexual de los menores de esa edad. Para que ocurra, nadie puede introducirse en la esfera sexual ajena sin la voluntad de la otra persona que debe poseer capacidad para consentir, y claro, está, menos aun cuando no lo puede hacer en función de su minoría de edad.

(Donna, 2000, p.12).

Aquí no se estaría violentando los derechos sexuales de los menores de edad, sino su interés de desarrollarse, la oportunidad de desenvolverse en el ámbito de la sexual sin ninguna incitación o coacción, e incluso sin la perturbación de imágenes que lo insten a realizar actividades que no son aptas para su edad.

Esa es la dirección que sigue la Convención sobre los Derechos del Niño, donde establece que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su

vida privada ni de ataques a su honra o su reputación²¹. También dispone que los Estados partes deberán proveer la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño de toda información y material perjudicial para su bienestar²², y finalmente se trabaja por la protección de cualquier perjuicio a los niños de abuso físico o mental, malos tratos o explotación sexual²³; estableciendo que “los Estados partes deberán impedir la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal, como explotación en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales, y la explotación en espectáculos o materiales pornográficos”²⁴

La interpretación de la definición de prostitución infantil que da tanto el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁵ y la Convención del Cibercrimen, dando a entender toda representación visual, sexual y real de un menor²⁶; son las que se han tomado como base, para tipificar este delito en nuestra Ley Penal, dándole un carácter más amplio a la interpretación de dicha disposición.

Los Estados partes deben tomar actuaciones necesarias para que los tipos antes descritos sean incluidos de la más íntegra manera en la legislación²⁷.

21 Art, 16 de la Convención de los Derechos del Niño

22 Art. 17 de la Convención de los Derechos del Niño

23 Art. 19 de la Convención de los Derechos del Niño

24 Art.34 de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía (2001)

25 Art.2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño

26 Art 9 inc.2 de la Convención del Cibercrimen

27 Art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño

Se llega a expresar otro criterio que va con la dinámica de proteger aún más los derechos de los menores de edad abarcando incluso más de lo que anteriormente se sostenía:

La pornografía infantil es la reproducción sexualmente explícita de la imagen de un niño o niña. Se trata en sí misma de una forma de explotación sexual de los niños. Estimular, engañar o forzar a los niños a posar en fotografías o participar en videos pornográficos es ultrajante y supone un menosprecio de la dignidad y autoestima de los niños. Esto significa que el cuerpo de un niño o niña carece de valor y les demuestra que su cuerpo está a la venta.²⁸

Los Estados partes son impulsados a promover acciones necesarias para lograr enmarcar los supuestos de delito en sus legislaciones penales. Dentro de este marco regulatorio salvedades, que podrían omitir la pena de pornografía infantil cuando la persona real que parecía ser un niño tuviera al momento de la representación al menos dieciocho años de edad en los supuestos de producción y posesión de imágenes de niños que hayan alcanzado la edad del consentimiento sexual, con el libre consentimiento de aquéllos y exclusivamente para su uso privado; y cuando frente a imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando de una conducta sexualmente explícita, haya quedado acreditado que el productor o poseedor del material pornográfico lo utilice solamente para su uso privado y que no entrañe ningún riesgo de difusión del material.²⁹

Debido a estas salvedades se comprende entonces, que si bien en la participación de una filmación con actividades sexuales explícitas puede perjudicar su pudor y su honor, la tenencia de imágenes de menores que podrían ser presuntamente actores irreales en escenas sexuales, no producirían ninguna pena siempre y cuando quien las produzca o las posea no las difunda y siempre las contenga de forma y uso privado, esto claro está, porque no perjudica la sanidad física o psicológica de ningún menor.

²⁸ Congreso Mundial contra el Comercio y la Explotación Sexual de Niños (Estocolmo, 1996)

²⁹ Decisión número 2004/68/JAI del Consejo de la Unión Europea

Es de interés además, conocer que al igual que Argentina, Francia y Portugal en sus legislaciones generalizan sobre la condena a los actos pornográficos en menores, siendo penados toda aquella difusión de imágenes que contengan niños, niñas o adolescentes que estén involucrados en actos sexuales explícitos de forma amplia, variando las penas desde tres (3) años hasta cinco (5) años si hay de por medio ánimo de lucro.

El material pornográfico infantil se ha ampliado a partir del Convenio de Budapest y del Convenio de Lanzarote; abarcando 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.³⁰ Por menor se entenderá toda persona de edad inferior a 18 años con excepciones de límites de edad diferentes acordados entre partes.³¹ Pero tras el afán de buscar la protección y el carácter punitivo de la legislación penal en su máxima expresión (debido a la necesidad de protección de integridad psicológica y física de niños menores de edad) se ha incurrido en el vacío jurídico o en la extralimitación de la ley, donde un sujeto que sin vulnerar ningún bien jurídico protegido podría incurrir en delitos conexos a la pornografía infantil, solo por representaciones ficticias o simuladas de menores de edad que no son reales, problemática que incluso tras los estudios de la doctrina internacional, aún falta por resolver (Gonzalez Allonca, Cruz Juan, Passeron Ezequiel, 2015)

Conclusiones

³⁰ Art. 20.2 del Convenio de Lanzarote

³¹ Art 9.3 del Convenio de Budapest y Art. 20.2 del Convenio de Lanzarote

La pornografía infantil es un delito castigado a nivel mundial, que se comente en contra de los individuos más vulnerables, ya que las víctimas pueden tener meses de edad hasta los catorce (14) y dieciocho (18) años, y abarcan desde las practicas constantes, participaciones ocasionales e inclusive la exposición de infantes (menores de edad) a todo contenido pornográfico bien sean fotos, videos, grabaciones, gráficas sexuales entre otros.

Lo que agrava esta situación es el aumento de la comunidad de pedófilos/ pederastas y su capacidad para infiltrarse en el ciberespacio y obtener de distintas maneras el material pornográfico, bien sea haciéndose pasar por menores en las redes sociales y tener un contacto más directo con sus víctimas (situación que se torna bastante delicada, porque de llegar a mayores puede tener un desenlace fatal) o, ingresando a los diversos portales web que ofrecen este tipo de contenidos. Cuando la situación mental de un pedófilo va alcanzando extremos, pueden tomar el atrevimiento de revisar los perfiles de las redes sociales de cualquier persona (que inocentemente pública fotos de momentos personales, como la mayoría de los usuarios) para tomas aquellas en donde salgan menores de edad y posteriormente utilizarlas para fines sexuales.

Gracias a todos los avances tecnológicos que se han logrado hasta hoy en día, Internet se ha consagrado como el principal medio de información tanto para envío como recepción de datos y en tiempo real, es por ello que también se convirtió en la vía más usada para difundir los contenidos de pornografía infantil. Afortunadamente existen algunas sanciones penales para todas aquellas personas (tanto naturales como jurídicas) que actúen de forma directa o indirecta en la producción, distribución, comercialización y difusión de estos contenidos, aunque ha sido poca la atención que los Gobiernos Nacionales han puesto sobre este tema, se han logrado castigar a algunos de estos criminales gracias a la intervención del sistema legislativo y de justicia, además los ciudadanos aportan su cuota de apoyo al denunciar los portales web que ofrezcan los contenidos de este tipo, logrando inclusive la clausura de los mismos.

Específicamente nuestra legislación Penal, debería de regular de una manera más autónoma y especifica todos aquellas actividades o conductas que tengan por

objeto principal a los menores de edad, y donde se delimiten las conductas sexuales que implican una agresión directa (que incluye el contacto corporal) de aquellas que no ameritan necesariamente una proximidad entre la víctima y el autor del delito.

Para finalizar, es necesario que todos los ciudadanos se mantengan alertas ante cualquier indicio de estas conductas, y poder denunciar ante las autoridades competentes a las personas que cometan este delito, ya que el ciberespacio es una red amplísima y muy útil, pero también muy peligrosa.

CAPÍTULO II: Grooming, corrupción de menores, y delitos asociados

Introducción

En el presente capítulo abordaremos delitos cuya comisión puede verse vinculada al delito de pornografía infantil y que, a la vez, pueden ser facilitados por las nuevas tecnologías de informática y comunicaciones.

1. Delito de Grooming

Como hemos desarrollado previamente, las nuevas tecnologías forman parte de nuestra vida cotidiana. Esta situación ha dado lugar a que se generen nuevas problemáticas entorno a su utilización, una de ellas es el hecho de que individuos mayores de edad contacten a menores de edad con fines deshonestos.

Tras largos debates doctrinarios y legislativos, el 13 de noviembre de 2013 se sancionó la Ley Nro. 26.904.

Dicha ley, modificatoria del Código Penal, incorporó como hecho típico al grooming. Así, dispone que:

Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.³²

Lo primero que se debe mencionar es que el hecho típico penado por la norma es el hecho de contactar a un menor a través de cualquier medio de comunicación, descartándose el contacto directo o personal.

En segundo lugar, el contacto efectuado con el menor debe ser a los efectos de cometer algún ilícito contra la sexualidad de ese menor.

El grooming consistiría entonces, en un contacto o acercamiento virtual con un menor de edad para tratar de ganarse su confianza, generar inicialmente una

32 Art. 131 del Código Penal Argentino.

empatía con el mismo, y convencerlo seguidamente para intercambiar imágenes o contenidos de connotación sexual, siempre inspirado el autor por el propósito de cometer algún tipo de abuso sexual de carácter personal que lesione su integridad sexual, independientemente de la forma que asuma la agresión. Es decir que el grooming no se agota en la conexión virtual con el menor de edad, ni se satisface con el intercambio de imágenes, conversaciones o contenidos de connotación sexual, sino que representa una fase previa a lo que el autor realmente pretende, que es perpetrar algún tipo de atentado sexual sobre el menor, esta vez de carácter corporal, en alguna de las formas tipificadas por el resto del ordenamiento punitivo. (Tazza, 2014, pág. 2)

He aquí una situación sumamente importante en relación con este delito, y es que las intenciones del autor deben quedar plasmadas, es decir que se corrobore el contacto virtual entre el menor y el mayor. El mero contacto informático entre el actor y la víctima no resulta suficiente, lógicamente, para que se configure el delito de grooming, es necesario el acto sexual físico.

Asimismo, debe mencionarse que el delito de grooming es la antelación de otros delitos ya tipificados en el Código Penal, a saber, abuso sexual simple, abuso sexual gravemente ultrajante o violación.

En el particular análisis de sus características, podemos aseverar que constituye un delito netamente doloso y que, en razón a la presencia de aquel elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, solo es admisible en su modalidad directa. Ni el dolo eventual ni la imprudencia o negligencia satisfacen la presente ilegalidad.

(Tazza, 2014, pág. 2).

Más allá de tratarse de un delito de carácter doloso, cabe mencionar que no debe haberse configurado ninguno de los otros ilícitos mencionados *ut supra*.

Ello, por cuanto en caso de que haya tenido lugar la consumación del delito final, tal es el ataque contra la integridad sexual del menor, el contacto a través de los medios de comunicación se encontraría incluido dentro del íter criminis del delito final.

En tal sentido, nuestro Código Penal establece que será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, finanziare, 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 comercialización³³.

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.³⁴

En este caso, el delito de grooming y el de distribución de material pornográfico que involucre a menores, presentan idénticas escalas penales.

De esta manera, se pretende proteger no sólo la integridad sexual del menor, sino también su integridad psíquica, por cuanto sanciona el tráfico de imágenes referidas a prostitución infantil.

Las modificaciones introducidas al Código Penal se originaron con

La idea de combatir el grave flagelo de la pornografía infantil que se extiende por toda la red generando un negocio millonario. Se ha dicho que Internet se ha convertido en el medio principal para que pedófilos intercambien archivos y fotografías de menores, superando con su accionar las fronteras locales. Resulta necesario que el CP contemple esta nueva modalidad delictual, sobre todo para cumplir con los compromisos internacionales que la Argentina ha adoptado (Morabito, 2011, pág. 2).

Ello, por cuanto internet se ha convertido en el medio por excelencia elegido por los autores o partícipes de los delitos de grooming, corrupción de menores, trata de personas, distribución de pornografía infantil, entre otras.

³³ Art. 128 del Código Penal Argentino

³⁴ Art. 125 del Código Penal Argentino.

La peligrosidad que proporciona internet, ante la enorme cantidad de niños que utilizan la web sin supervisión adulta, genera un ámbito perfecto para que los autores de esta clase de ultrajes puedan buscar, conocer y crear confianza con quienes posteriormente serán sus víctimas.

En pos de evitar este aberrante tipo de delito, los legisladores han introducido en la reforma, nuevas conductas a los efectos de no dejar lagunas que permitan la utilización de material pornográfico, exceptuando el almacenamiento sin fines de circulación así como la recepción de dicho material.

Como hemos mencionado previamente, el delito de grooming se encuentra estrechamente relacionado con otros ilícitos, tales como la exhibición de material pornográfico que involucre a menores, la trata de personas y corrupción de menores.

Las redes de pedofilia, cuyo éxito se basa en gran parte en el aparente anonimato del consumidor de pornografía infantil, tienen un complejo funcionamiento y es difícil erradicarlas. Estas redes usan varias herramientas. Unas de ellas es el Chat, normalmente son lugares muy específicos donde las comunicaciones se pueden realizar a través de privados. Esto puede llevar al intercambio de material ilícito por otros medios, tales como correo, ftp, IRC, etc., de más difícil control. Por supuesto, que el principal peligro es el contacto de un niño/a con un pedófilo que, a su vez, se hace pasar por un menor a través de Internet.

(Morabito, 2011, pág. 4)

Una cuestión que no ha de desestimarse, es que el grooming no es un delito que se cometa rápidamente. Por el contrario, es un delito que lleva tiempo de consumarse, dado que si lo que se pretende es el ataque contra la sexualidad de un menor, entonces primero se ha de entrar en confianza con la víctima, generalmente fingiendo ser otro menor de edad.

Como primer paso, el adulto procede a elaborar lazos emocionales, es decir de amistad, con el/la menor, normalmente simulando ser otro niño o niña. El sujeto elabora una identidad falsa, una historia convincente, conforme a la información que va obteniendo del menor para poder ganar su confianza; se esconde detrás del anonimato y de una cuenta de correo electrónico. A medida que "la amistad" se

fortalece, el adulto va obteniendo datos personales y de contacto del/a menor y comienza a utilizar tácticas como la seducción, la provocación, el envío de imágenes de contenido pornográfico, luego consigue finalmente que el/la menor se desnude o realice actos de naturaleza sexual frente a la webcam o envíe fotografías de igual tipo. De este modo, se inicia el ciberacoso, chantajeando a la víctima para obtener cada vez más material pornográfico o tener un encuentro físico con el menor para abusar sexualmente de él o para la trata de personas.

(Morabito, 2011, pág. 4)

De esta manera, el delito de grooming presentaría cuatro etapas:

- 1) Generar un lazo de amistad con un menor fingiendo ser un niño o niña; 2) obtener información clave del menor víctima de grooming; 3) mediante seducción, conseguir que el menor frente a la cámara web del computador se desvista, se toque, se masturbe o realice otro tipo de expresiones de connotación sexual; y 4) inicio del ciber-acoso, dando inicio a la fase de extorsión de la víctima, con el objeto de obtener material pornográfico, o bien el contacto físico con el menor para concretar un abuso sexual.

(Llera, 2011, pág. 1)

Ahora bien, se ha cuestionado la calificación otorgada al grooming, por ser definido dentro de un delito contra la Integridad Sexual, ya que bien podría pertenecer a la flamante categoría de Delito Informático, por ser una cuestión que se produce dentro de un red de internet.

A modo de referencia, cabe decir que delitos informáticos son los hechos ilícitos cometidos a través de los medios informáticos contra la intimidad, la libertad, la integridad sexual, etc. Es decir, que cualquier bien jurídico protegido por la norma puede ser sujeto de ataques por un ilícito informático.

Además, al tratarse de delitos cometidos de una manera poco común, puesto que todo se suscita en el marco de un plano inmaterial como la red o internet, por lo cual es necesario el estudio y determinación de parámetros, definiciones y conceptos que le sean propios.

Sin embargo, resulta sumamente difícil poder otorgarle una definición a una cuestión que está en constante evolución y movimiento.

En las últimas décadas, la tecnología ha evolucionado mucho más que en los últimos dos siglos.

Una de las primeras dificultades a la hora de afrontar el análisis de los delitos informáticos es su conceptualización. No resulta fácil considerar qué debe entenderse por delito informático y qué conductas pueden considerarse incluidas en el mismo; de hecho, ni siquiera la doctrina encuentra un concepto unitario de delito informático y las discrepancias en torno a éste han llegado incluso a propiciar que algunos autores admitan la imposibilidad de dar una definición del mismo y renuncien a ello... La doctrina ha debatido durante años si en estos casos nos encontramos ante una categoría que pueda denominarse "delito informático" o si, por el contrario, se deben utilizar expresiones para definir la misma realidad que carezcan de un matiz jurídico-positivo (...)Parte de este problema proviene de la vertiginosa velocidad con la que evolucionan las nuevas tecnologías y el consiguiente constante cambio y desarrollo, también extremadamente rápido, de las conductas delictivas vinculadas a aquéllas

(Morabito, 2011, p. 1).

En base a esa problemática, la doctrina ha considerado que procede indicar que los delitos informáticos son producto de la criminalidad que evoluciona al ritmo de las nuevas tecnologías implementadas y al servicio de los usuarios, mediante la utilización de computadoras o equipos informáticos.

Una de las definiciones más amplias, que comprenderían la totalidad de los hechos que pueden suscitarse mediante la utilización de estas tecnologías sería: "Cualquier incidente asociado con la tecnología de los ordenadores en el que la víctima sufrió o pudo haber sufrido un daño y el autor, intencionadamente, obtuvo o pudo haber obtenido un beneficio" (Parker, 2009, p. 127).

Como se expone, el citado autor no se circunscribe a considerar las conductas que serían relevantes para el Derecho Penal, sino que por el contrario, efectúa una amplia evaluación de los hechos que pueden llegar a generar un comportamiento de interés para todas las ramas del Derecho.

Sin embargo, en la legislación nacional vigente no se han contemplado muchas figuras cuyo método de realización sea a través de la informática, a razón de ello

la categoría Delitos Informáticos prácticamente no han tenido recepción, por lo que los legisladores han optado por considerar al grooming como un delito contra la integridad sexual.

Otra de las cuestiones que debe evaluarse, es la responsabilidad de las empresas informáticas al momento de detectar posibles casos de grooming, o en general, la suplantación de identidad con fines de cometer ilícitos en la web.

La detección del grooming contribuirá a prevenir, sin lugar a dudas, la pornografía infantil y el abuso sexual, estas dos últimas figuras ya consagradas en nuestro sistema penal y que en la actualidad se vale, en muchos casos de etapas preparatorias, claramente encuadrables en el ciberacoso.

(Gómez Maiorano, 2010, p. 1)

Lo expuesto justifica entonces su previsión penal.

Si bien empresas de la talla de Google, Yahoo o Bing poseen mecanismos para detectar casos similares, los grandes problemas se suscitan entorno a las redes sociales. Facebook, Instagram, Twitter, etc. son las redes sociales más utilizadas y en las cuales se producen la mayor cantidad de contactos de este estilo.

Han estipulado ciertos mecanismos para detectar, al momento de crear una cuenta, si el usuario ingresa sus verdaderos datos, tales como la incorporación de una cuenta de correo electrónico verificada o un número de teléfono celular, pero son datos que fácilmente pueden ser falsificados.

Una herramienta mucho más útil es la posibilidad de denunciar a los usuarios de dicha red social, que resultan sospechosos. Es común que estos usuarios posean únicamente niños o adolescentes mujeres entre sus contactos, que manden mensajes a personas que no conocen fuera de la red social, y que la tonalidad de esos mensajes sea de índole sexual.

Sin embargo, lo que la red social no provee es información correspondiente a este usuario una vez que se ha efectuado la denuncia. Es decir, si uno detecta un contacto con estas características y lo denuncia, difícilmente recibirá luego un mensaje informativo de Facebook indicando que se ha dado de baja al usuario por violar las bases y condiciones de utilización de la red social.

Finalmente, podemos decir que la detección de estos casos son ex-post, debido a que primeramente los usuarios detectan este ilícito y luego realizan la denuncia ante el servidor, con el riesgo de que ya hayan hecho un contacto físico con menores.

2. Trata con fines de explotación sexual

Como hemos mencionado con anterioridad, el delito de grooming no solo se presenta como fin en sí mismo, sino también como un medio para delitos ulteriores, entre ellos el de trata de personas.

El grooming es un delito preparatorio de otro de carácter sexual más grave. Esta práctica es llamada también child grooming, consistente en acciones deliberadamente emprendidas por un adulto con el objetivo de ganarse la amistad de un menor de edad, al crearse una conexión emocional con el mismo, con el fin de disminuir las inhibiciones del niño y poder abusar sexualmente de él.

(Llera, 2011, p. 1).

El delito de trata de personas no se limita a los menores de edad y a su explotación sexual, ya que abarca también a hombres y mujeres mayores. Este crimen organizado puede desenvolverse a través de las redes informáticas, captando y reclutando niños, a los fines de obtener un rédito económico cuyo sustento es la esclavitud sexual.

A los fines de efectuar una correcta evaluación de la relación existente entre los delitos de grooming y la trata de personas se expondrá un panorama de su situación actual.

En tal sentido, el 09 de abril de 2008 se sancionó en la República Argentina, la Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas Nro. 26.364, la cual define a la trata de personas como:

El ofrecimiento, la captación, el transporte y/o traslado —ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior—, la acogida o la recepción de personas menores de DIECIOCHO (18) años de edad, con fines de explotación.

Existe trata de menores aun cuando no mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

El asentimiento de la víctima de trata de personas menores de DIECIOCHO (18) años no tendrá efecto alguno.³⁵

A los fines de esta ley se entiende por explotación a la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas:

- a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad;
- b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados;
- c) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos;
- d) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido;
- e) Cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho;
- f) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos.³⁶

La trata de personas no es un delito abstraído del resto, por el contrario, el abuso sexual, la corrupción de menores, la prostitución e incluso el turismo sexual, son delitos que se entre cruzan y mezclan constantemente.

Sobre el turismo sexual, se sostiene que

El turismo sexual infantil no es solamente internacional sino también de orden interno. En este plano pueden mencionarse como ejemplos la localidad de Itatí en la Provincia de Corrientes y la de Santa Rosa en la misma provincia, lugar donde los ultrajes, especialmente a las niñas, causan espanto. Se revela la existencia de explotación sexual infantil y turismo sexual con el consentimiento de los padres; y

³⁵ Art. 3 de la Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas Nro. 26.364

³⁶ Art. 4 de la Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas Nro. 26.364

lo que es peor todavía, con el impulso y la intervención de éstos. (Litterio, 2011, p. 2).

La trata de personas es uno de los negocios, si es que se le puede atribuir esa denominación, más rentables del mundo.

Las modalidades de captación de menores incluyen la compra, el engaño, o bien, el secuestro. Una proporción, aunque mínima, resulta de la compraventa de personas. Generalmente, se dan en el marco de familias numerosas sumamente carenciadas que se encuentran desesperadas por una solución, aunque momentánea y acceden a vender a uno de sus hijos, ante la promesa de que trabajarán en fábricas o en casas de familias, aunque el verdadero destino es completamente diferente.

Muchos menores son captados mientras caminan por la calle, en un descuido de sus padres o tutores. Sin embargo, otro gran porcentaje son captados luego de interactuar, generalmente a través de internet, con personas mayores que ocultan su identidad y fingen ser menores con el objetivo de generar confianza en sus víctimas, hasta poder concretar alguna especie de encuentro, en el cual finalmente serán secuestrados.

Se secuestran niñas o se las engaña con promesas de trabajo en TV o en otras ocupaciones. En efecto, a veces los engaños consisten en el ofrecimiento de trabajo como domésticas lejos de sus casas. También se utiliza otra estrategia perversa para introducir a las niñas y adolescentes en la prostitución y en el negocio de la pornografía engañándolas con ofertas laborales para iniciarse en el soñado mundo de las modelos profesionales, lo que en esta época da resultado porque ellas viven con naturalidad el hecho de ser "descubiertas" en la calle o a la salida de la escuela y terminan lisa y llanamente siendo víctimas del delito de trata (Litterio, 2011, p. 2).

Es decir que en líneas generales, es necesario generar confianza en el menor, víctima del delito, para alcanzar su captación y secuestro. Para ello, los victimarios utilizan las mismas herramientas informáticas que los menores para interactuar con ellos.

El método usado por los acosadores consiste en tomar contacto con niños, niñas o adolescentes, accediendo a los canales de chat donde habitualmente se conectan. Estos sujetos ingresan cambiando su identidad, sexo y edad, aparentando ser menores de edad o simplemente como adultos bien intencionados, y tratan de concertar una videoconferencia, buscando establecer una amistad. El objetivo es mantener una relación sexual virtual (Llera, 2011, p. 1).

En muchos casos, una vez concretada la relación virtual y generada el ámbito de confianza, los victimarios buscan la concreción de un encuentro real para conocerse en una suerte de formalizar la relación.

En dicho momento, los menores son forzados indirectamente para acudir al encuentro en pos de la confianza generada, a través de un usuario totalmente falso y con fines malintencionados.

Una vez que los menores aceptan las invitaciones de una persona que aparentemente les merece confianza, son luego golpeados y encerrados, con órdenes de no utilizar su nombre verdadero y sin poder escaparse, salir o contactarse con sus familias. A menudo les impiden tener contacto con otros menores que se encuentran en su misma situación, hasta que se acostumbren a la vida que deben llevar con rutinas impuestas. (Giberti, 2008)

A partir de ese momento, son forzados a mantener relaciones sexuales con las personas que le son indicadas, o tomarse fotografías de índole sexual para su distribución y comercialización.

Estos niños que crecen en este ámbito, suelen tenderse al consumo de drogas para evitar el contacto con la realidad que les toca vivir y así poder aislarse de la misma. Los estragos de estas situaciones son catastróficas, y en caso de que un menor no se adapte, genere disturbios, o simplemente no se encuentre apto físicamente, son “descartados” y reemplazados por nuevos niños.

3. Corrupción de menores

Esta figura penal ha sido ampliamente criticada por la doctrina y la jurisprudencia. En principio, se considera corrupción de menores a cualquier situación o ataque que pueda pervertir sexualmente al menor.

Este tipo penal reprime la influencia o interferencia negativa en el libre crecimiento sexual de las personas, mediante la realización de prácticas sexuales, que tengan la capacidad de pervertir o depravar sexualmente a la víctima. (D'Alessio, 2009)

Es decir, que la acción en contra del menor debe tener la entidad suficiente como para generar una desviación en el desarrollo sexual de la víctima.

Sin embargo, es dable reconocer que cualquier clase de ataque sexual a un menor de edad, puede dejar secuelas que afecten el normal crecimiento sexual, aunque no todas serán capaces de desviar su desarrollo.

En nuestro Código Penal, se tipifica a estas acciones de la siguiente manera:

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 a diez años.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince 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.³⁷

Ahora bien, es importante destacar que el delito de corrupción de menores presenta estratos diferenciales en cuanto a escalas penales se refiere tomando en cuenta para ello la edad.

De esta manera, sería corrupción de menores simple aquellos actos que desviaren el normal desarrollo sexual de una persona menor de dieciocho años.

Será corrupción de menores agravada aquellos actos perpetrados en perjuicio de menores de trece años de edad.

37 Artículo Nro. 125 del Código Penal Argentino.

Respecto de estas diferencias consignadas por el legislador, se han esgrimido opiniones en favor y en contra.

Es menester indicar que en forma previa a la reforma, la edad consignada para el delito de corrupción de menores agravada era de doce años. Es decir, que los legisladores optaron por incrementar en un año la edad requerida para que se configure el ilícito penal.

Se presume que por debajo de una edad determinada el consentimiento no es válido, pues la persona no se encuentra desarrollada desde el punto de vista psíquico, intelectual y afectivo. Teniendo eso en cuenta, y considerando fundamentalmente el extraordinario despliegue y masificación de los medios de comunicación, y el alcance que de ellos tienen los menores, es dable considerar que en los tiempos en los que vivimos, ese desarrollo se alcance a una edad más temprana que aquella de hace casi un siglo atrás. La elevación de la edad carece de todo fundamento

(Tenca, 2011, p. 1).

El legislador pretendió extender la protección jurídica de la norma, por cuanto en la actualidad una mayor cantidad de menores se encuentran proclives a ser víctimas de este tipo de delitos. Es por ello, que se entendió que los menores de trece años no revisten la madurez necesaria para mantener relaciones sexuales, motivo por el cual el consentimiento que puedan llegar a dar es nulo.

El tema debe ser analizado de modo diferente. Los mismos no se encuentran psicológicamente aptos para consentir acciones de índole sexual. De modo tal que cualquier acto de estas características que los tenga como protagonistas, los convierte inmediatamente en víctimas de un delito (abuso sexual simple, ultrajante, con acceso carnal, etc.) Ello significa que la libertad sexual de los menores se encuentra suficientemente protegida a través del resto de los tipos penales que la tutelan. En virtud de ello, el delito de corrupción pierde su razón de ser. Y no tan solo eso, sino que se convierte en un peligroso mecanismo de represión y control social injustificado (Tenca, 2011, p. 2).

De esta manera, la figura agravada de este delito carece de sentido, dado que los demás tipos penales ya existentes, condenan los actos vejatorios de los cuales los

menores de trece años son víctimas, justamente porque el consentimiento que pudieran prestar es nulo de nulidad absoluta.

La creación de un nuevo tipo penal para proteger un bien jurídico que ya se encontraba protegido, acrecienta el poder de policía del Estado de una manera absolutamente injustificada.

En efecto, si tenemos en cuenta que castiga a quien promueve o facilita la corrupción de menores de dieciocho años , vuelve a producirse una clara intromisión del estado en la vida sexual de las personas, o lo que es lo mismo, la exigencia de una ética, moral o conducta sexual (Tenca, 2011,p. 2).

Esta polémica no se encontró exenta de los magistrados.

Así, en un polémico fallo³⁸ cuyo origen se remonta a las violaciones de las cuales fueron víctimas dos feligreses de un culto religioso, cuyo pastor convenció a su parroquia de un inminente fin del mundo y que la única manera de encontrar la salvación era engendrar hijos con él.

Una vez judicializado el caso, el Tribunal de Casación Penal bonaerense sostuvo que

Todos los delitos que se edifican sobre conceptos sociales o culturales, sufren el impacto de la transformación del significado que tales entidades del lenguaje sufren con el correr de los años ...hoy sólo situaciones muy excepcionales de deterioro moral, pueden permitir aplicar una figura que condensaba inicialmente ideas más pacatas o victorianas.

Lo hecho por el encartado, tener relaciones con mujeres que viven en comunidades en las que el nivel social acepta relaciones a edades muy bajas... y respecto de las cuales también operó el ejemplo brindado por otros sujetos para convencerlas de tener sexo natural con el objeto de estar en condiciones de

38 S.C.J.P.B.A, “Á. F. D. Recurso de casación”, del 26 de diciembre de 2012. La Ley Online. Recuperado el 23/03/2016 de <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?src=externalLink&crumb-action=append&context=402&docguid=iA84661D5CFB3237E8DC2482B04478FAF>

concebir un hijo, no lo veo como algo moralmente edificante pero tampoco como un quehacer aberrante, repulsivo, que hiera la integridad sexual.

En contraposición a ello, y en ocasión de expedirse sobre ese mismo caso, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que mediante una postura como la sostenida por el Tribunal de Casación, se ve perjudicado el bien jurídico protegido por la norma, y que los actos a los que fueron sometidas las menores comprometieron el natural desenvolvimiento de su vida sexual.

Asimismo, y respecto de los actos que puedan llegar a considerarse como corruptores, el máximo tribunal de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que:

Se exige que los actos corruptores tengan un alcance psicológico, ya que se trata de alterar el comportamiento sexual de una persona, de allí que no baste la naturaleza perversa, prematura o excesiva de las prácticas sexuales, sino, que además deben tener la posibilidad de dejar una huella en la psiquis del individuo.

A todas luces coincidimos con la postura de la Corte, por cuanto sostener lo contrario implicaría restarle la importancia que se merecen las normas que condenan estas prácticas, a la vez que brindan protección al bien jurídico.

Además, la eliminación de un tipo penal no puede circunscribirse únicamente a la modificación de las prácticas sociales. Ese análisis resulta demasiado superficial como para tomarse como parámetro definitivo para considerar un hecho como ilícito o no.

A su vez, tampoco puede soslayarse la relación que tiene este delito con los otros analizados a lo largo del presente trabajo.

La corrupción de menores se ha encontrado siempre entremezclado con los delitos de trata de personas y ahora, con el flamante delito de grooming. Ello, toda vez que los sucesos traumáticos acaecidos durante la infancia resultan difíciles de superar, e incluso en muchos casos no se superan, con las graves consecuencias que estos hechos generan a lo largo de la vida de la víctima.

No resulta discutible que los ataques que un menor pueda sufrir en contra de su integridad sexual generan un impacto de inconmensurable medida en su salud psico-física. A razón de ello, se podría decir que también el delito de grooming podría concursar con el delito de corrupción de menores.

Conclusiones

El grooming ha sido enhorabuena legislado y sancionado con pena de prisión, sin embargo es necesario efectuar mecanismos de prevención más eficientes a través de las redes sociales y páginas de internet utilizadas por menores, dado que las formas utilizadas por estas empresas resultan inútiles.

A su vez, y dadas las conexiones de este delito con otros de mayor envergadura como es la corrupción de menores o la trata de personas con fines de explotación sexual, es menester implementar métodos de cooperación internacional en materia penal, a los fines de simplificar las investigaciones y condenas en el marco de este tipo de delitos.

Lo contrario implicaría facilitar la comisión de delitos, dentro de las redes del crimen organizado dedicadas a la trata de personas y su explotación.

Sin embargo, es necesario proteger las garantías constitucionales de los usuarios de internet, que en pos de prevenir el delito de grooming se vean afectados en su derecho a la intimidad.

Es menester resaltar que en el caso de los delitos informáticos deberá analizarse la responsabilidad de las empresas que prestan este tipo de servicios, dado que en definitiva son los facilitadores del servicio para la creación de cuentas falsas de individuos que se desarrollan con la finalidad de cometer ilícitos.

Una cuestión no menor es la enseñanza que se les imparte a los menores al momento de navegar por internet. En la mayoría de los casos, los padres no se encuentran involucrados en el comportamiento de estos en la web, como así tampoco se enfatizan días y horarios para su uso bajo supervisión parental.

A mayor abundamiento, hoy en día los niños tienen acceso a internet desde múltiples dispositivos y a edades cada vez más tempranas, lo cual dificulta el control que los adultos tengan sobre ellos.

Sin embargo, se han efectuado grandes avances en cuanto a esta temática, que ahora forma parte de conversaciones diarias, encontrándose la situación siempre presente. En pos de acrecentar este avance, es menester que los legisladores analicen normativas que puedan prevenir este tipo de delitos desde un punto de

vista empresarial, dado que este tipo de prácticas comienzan desde la utilización de buscadores y redes sociales.

CAPÍTULO III: Análisis de Derecho Comparado en materia de sanción del delito de pornografía infantil

Introducción

La problemática de la pornografía infantil no es nueva, lamentablemente estuvo presente desde los orígenes de la historia, pero con el avance de la tecnología y la aparición de nuevas formas de comunicación se agravó la situación. Actualmente el uso de internet para la difusión de pornografía infantil opera como una nueva forma delictiva y las legislaciones de la mayoría de los países se están adecuando para hacer frente a este mal que aqueja cada vez a más menores de edad y colateralmente a su entorno familiar.

1. Recomendaciones y medidas adoptadas por Organismos Internacionales

Los derechos humanos son aquellos que corresponden a todas las personas por el solo hecho de ser tales; sin distinción de raza, edad, sexo, religión, condición social, cultural o económica.

Están garantizados en las Constituciones Nacionales de la gran mayoría de los países y en sendos tratados internacionales.

La comunidad internacional se ha dedicado a planificar y coordinar acciones específicas de asistencia, observación y defensa de los derechos humanos, particularmente de los grupos vulnerables; entre los cuales se encuentra un elevado número de niños, niñas y adolescentes que ven gravemente afectados sus derechos humanos por ser víctimas de pornografía infantil y explotación sexual.

Según el Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y al Convenio sobre Ciberdelincuencia, se define a la pornografía como:

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.³⁹

La pornografía infantil es un delito que traspasa las fronteras de los estados ya que cuenta con un importante medio de transmisión: internet; por ese motivo se debe fomentar una mayor adecuación legislativa a este fenómeno tecnológico y lograr así una eficaz prevención y mejor sanción para este tipo delictual.

La rapidez con que se expandieron universalmente los delitos de explotación contra niños, niñas y adolescentes hizo que la comunidad internacional se reúna y adopten importantes instrumentos jurídicos para combatir este flagelo.

Entre los antecedentes más remotos en tratar a la pornografía como una conducta delictual, a la Recomendación 1065 (1987) del Consejo de Europa sobre tráfico de niños y otras formas de explotación infantil. En dicho instrumento, los miembros del Consejo se empiezan a preocupar por algunas conductas cuyas víctimas son menores, que constituyen un delito como son la prostitución, la pornografía infantil o la adopción ilegal, entre otras. (Morillas Fernández, 2005.)

En el año 1989 se expide la Convención sobre los Derechos del Niño y compromete a todos los Estados a adoptar medidas nacionales o multilaterales para impedir la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos (Alarcón Bowen, 2015).

A partir de allí, se han ido adoptando una serie de medidas legislativas, administrativas, sociales y también educacionales, tendientes a la protección de los niños contra toda explotación económica y sexual, la cual incluye la pornografía infantil.

Entre dichas medidas se puede mencionar la implantación de sanciones penales para todo aquel que esté implicado en la producción y distribución de material pornográfico que involucre a menores y a aquellos que detenten ese material. Y

³⁹ Art. 2 inc C. del Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, año 2000.

además la importancia y necesidad de lograr cooperación internacional en la detección de asociaciones o individuos que se dediquen a producir material pornográfico utilizando a niños y en lograr una conciencia social en este punto sensibilizando a la opinión pública a través de ciertas medidas.⁴⁰

En Estocolmo en el año 1996 se desarrolló el Congreso Mundial sobre Explotación Sexual Comercial de Niños y entre otras cosas se acordó

Conceder una alta prioridad a la acción contra la explotación sexual comercial de los niños y asignar los recursos adecuados para este fin (...) promulgar el carácter delictivo de la explotación sexual comercial de los niños, así como otras formas de explotación sexual, condenar y castigar a todos los delincuentes implicados, ya sean locales o extranjeros, a la vez que se garantiza que las víctimas infantiles se estas prácticas quedan exonerados de toda culpa”⁴¹

Con relación al uso de internet como medio para producir y difundir contenido pornográfico, el Consejo de Europa dicta una resolución⁴² la cual está dirigida a luchar contra mensajes que aparecen en la web y que tengan características pederastas. A partir de esta resolución se instauraron medidas para suministrar a los usuarios de internet de ciertos mecanismos de filtros para este tipo de material. En el ámbito de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), se dicta un Convenio⁴³ que establece la prohibición de las peores formas de trabajo infantil; incluye entre ellas a la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas (Rodríguez, 2014)

⁴⁰ Recomendación 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los estados miembros sobre “la explotación sexual, la pornografía, la prostitución y la trata de niños y jóvenes mayores de edad”, 1991.

⁴¹ Declaración y Programa de Acción Mundial contra la Explotación sexual infantil, punto 12, año 1996

⁴² Resolución sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet, 1997.

⁴³ Convenio N° 182 sobre Las Peores Formas de Trabajo Infantil, 1999

Posteriormente, en Nueva York, se realiza en el año 2000, 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”. En dicho instrumento se prevé la necesidad de establecer sanciones adecuadas a su verdadera gravedad, así como imposición de incautación y confiscación de bienes, materiales, activos, productos de este delito, franqueando al mismo tiempo la protección de los derechos e intereses de los niños (Alarcón Bowen, 2015).

El II Congreso Mundial contra la ESCNNA⁴⁴ celebrado en la ciudad de Yokohama, Japón, en el año 2001, logró avanzar sobre varios acuerdos conseguidos en el primer congreso sobre este tema; entre los que se pueden destacar: protección de niños especialmente vulnerables a la explotación, campañas de información al público e investigación sobre perfil de pederastas.

Durante el mismo año se celebra el Convenio de Budapest sobre Cibercriminalidad, el cual indica que conductas deben calificarse bajo la denominación “pornografía infantil en la red”.

Así debe castigarse a toda persona que produzca pornografía infantil con el propósito de distribuirla a través de sistemas informáticos; ofrezca pornografía infantil a través de un sistema informático; distribuya o transmita pornografía infantil a través de un sistema informático; procure pornografía infantil a través de un sistema informático, para si mismo o para terceros; posea pornografía infantil en un sistema informático.⁴⁵

Posteriormente, en el año 2011, se aprueba la Directiva de la Unión Europea relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; la misma establece, entre otras recomendaciones, la adopción de un enfoque común que abarque la acción judicial contra los delincuentes, la protección de las víctimas y la prevención del

⁴⁴ II Congreso Mundial contra la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, 2001.

⁴⁵ Art. 9.1 Convenio sobre la Cibercriminalidad

fenómeno⁴⁶. Hay que destacar que esta directiva obliga a los Estados miembros a tipificar a la pornografía como delito en sus respectivas legislaciones.

En el año 2008 se desarrolló en Buenos Aires, el I Congreso Internacional del MERCOSUR y Estados Asociados sobre Trata de Personas y Pornografía Infantil. Específicamente en materia de pornografía infantil, se dictaron varias recomendaciones entre las que se puede destacar las siguientes:

Que los Estados se comprometan a realizar campañas masivas de promoción del buen uso de internet y las nuevas tecnologías en las comunicaciones, teniendo en cuenta los riesgos de niñas, niños y adolescentes usuarios de las mismas. Fortalecer la cooperación en el ámbito del Mercosur y otros bloques a fin de facilitar el intercambio de información y colaboraciones internacionales, a través de la agencia gubernamental especializada y dedicada a la Pornografía infantil. Promover la uniformidad en el desarrollo de herramientas tecnológicas en la lucha contra este flagelo. Propender a la armonización de la legislación de cada país, con el objeto de lograr uniformidad en el intercambio de la información, la dinámica investigativa y normativa judicial. Unificar criterios en el resguardo de la información relacionada con los datos de tráfico por parte de los PSI. En todo el proceso investigativo y judicial garantizar la adecuada protección integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de pornografía infantil, evitando su revictimización.⁴⁷

Dichas recomendaciones apuntan a la prevención de la problemática que plantea la pornografía infantil y a lograr una mayor y mejor cooperación entre los países de la región, promoviendo uniformidad en desarrollar tecnologías para hacer frente a este delito.

⁴⁶ Unión Europea, Directiva 92 “La lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil”, año 2011

⁴⁷ MERCOSUR, 1º Congreso Internacional del Mercosur y los Estados Asociados sobre Trata de Personas y Pornografía Infantil, Bs. As, año 2008

2. Marcos Regulatorios Regionales

2.1 Mercosur

Los estados partes y asociados del MERCOSUR ratificaron la mayoría de los instrumentos internacionales referidos a la explotación sexual infantil, y se obligaron a garantizar la protección de los derechos de los niños, la lucha y prevención contra estos delitos y la asistencia a las víctimas, entre los que se pueden mencionar al: Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en pornografía; Convención de la Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada transnacional; Convención Interamericana sobre tráfico Internacional de menores; Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena; Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, entre otros.

Particularmente dentro de la órbita del Mercosur se desarrollaron dos importantes instrumentos “Recomendaciones sobre derechos y asistencia a las niñas, niños y adolescentes, víctima de trata, tráfico, explotación sexual y/o venta iniciativa Niñ@Sur” y “Guía de Buenas Prácticas en mecanismos y procedimientos de asistencia y cooperación jurídica en materia penal de la subregión”. Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur; los cuales hicieron hincapié en acciones de prevención, asistencia y responsabilización en el marco de la ESI (Explotación sexual infantil).

- Prevención y Sensibilización: las medidas adoptadas por el MERCOSUR y países asociados consisten básicamente en campañas de prevención de carácter masivo informando sobre abuso, violencia y pornografía infantil; prevención de trata y tráfico de personas (algunos países realizaron spots publicitarios televisivos, radiales, folletería, etc.). Muy importantes fueron las campañas de prevención en las zonas fronterizas (triple frontera; Venezuela y Brasil; Colombia y Brasil; Chile y Bolivia) y la creación de espacio de trabajo en común luego de la campaña prevencional. Entre las medidas de prevención cabe mencionar una muy importante que es la capacitación a funcionarios de la justicia; fuerzas de

seguridad; docentes y operadores. (Informe para la Cooperación Regional en la Erradicación de la Explotación Sexual Infantil (ESI) en el ámbito del Mercosur y Países Asociados, 2008)

- Atención a la víctima: Este sistema tiene varias modalidades de acceso; uno es a través del Poder Judicial con la radicación de la denuncia de las víctimas, la cual le permite acceder a un sistema de atención integral; otro es la implementación de líneas gratuitas telefónicas ya sea de atención a la víctima o de orientación y denuncia

- Responsabilidad e Persecución del Delito: Las acciones dentro de este campo se relacionan con las de atención a la víctima, y que muchas se originan por ejemplo con el seguimiento y posterior denuncia de una llamada telefónica a la línea de atención. La Cámara Gesell (una habitación acondicionada con dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral que permite la observación de personas, en este caso niños, para analizar su conducta sin ser perturbados por la presencia de una persona extraña.) es utilizada por varios países para tomar testimonio a las víctimas y además existen las llamadas oficinas especializadas tanto en temática ESI como en la temática de pornografía infantil en internet, las cuales elaboran criterios para clasificar páginas de Internet con contenido pornográfico infantil, como medio de prevención; difunden la ruta de la denuncia; seguimiento de la misma y bloqueo de páginas web con estos contenidos.

- Lucha contra el delito informático: El principio legal de que los delitos deben ser juzgados según el lugar donde fueron perpetrados” presenta un gran inconveniente frente al llamado cibercrimen, ya que es imposible a veces determinar el lugar donde el mismo se cometió y es aquí donde faltan normas que interrelacionen métodos e instrumentos para dar rápidamente una solución. Por ello es importante la asistencia judicial que se brindan mutuamente los Estados para hacer frente a este tipo de limitaciones a través de convenios, tratados internacionales, regionales

y bilaterales dirigidos a lograr una mayor eficacia de la justicia penal interna de cada país.⁴⁸

3. Legislaciones Domésticas

La importancia que ha cobrado internet en el mundo es indiscutible y de la misma manera los avances tecnológicos en información y comunicación. Ante esta realidad la aplicación de la ley puede tornarse difícil, lo cual obstaculiza el procesamiento de los autores de delitos de pornografía infantil. Por ello la mayoría de los países han ido adecuando su legislación en la materia.

3.1 Ecuador

La pornografía infantil fue incorporada al Código Penal Ecuatoriano como delito, con la reforma del año 2005 y fue incluido dentro de los delitos de explotación sexual.

Por pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes se entiende: toda persona que fotografíe, filme, grabe, produzca, transmita o edite materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato que contenga la representación visual de desnudos o semidesnudos reales o simulados de niñas, niños o adolescentes en actitud sexual; será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años.

Si la víctima, además sufre algún tipo de discapacidad o enfermedad grave incurable, se sancionará con pena privativa de libertad de dieciséis a diecinueve años.

Cuando la persona infractora sea el padre, la madre, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tutor, representante legal, curador o pertenezca al entorno íntimo de la familia; ministro de culto, profesor, maestro, o

⁴⁸ Informe para la Cooperación Regional en la Erradicación de la Explotación Sexual Infantil (ESI) en el ámbito del Mercosur y Países Asociados, 2008.

persona que por su profesión o actividad haya abusado de la víctima, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.⁴⁹

En este caso la acción típica actúa directamente sobre los menores involucrados, ya se de manera directa o indirecta (fotografiar, filmar, grabar, producir, editar).

Se sanciona a toda persona que comercialice material pornográfico donde se utilicen niños, niñas y adolescentes, con penas de diez a trece años. Incluyendo en la acción típica verbos como ser el publicitar, comprar, poseer, portar, transmitir, descargar, almacenar, importar, exportar o vender pornografía de niños, niñas y adolescentes por cualquier medio, para uso personal o para intercambio. Supuesto en el cual el sujeto activo actúa sobre el material ya elaborado previamente.⁵⁰

- Sujetos del delito: Según la legislación Ecuatoriana, el sujeto activo puede ser cualquier persona, siempre y cuando su accionar se adecue a la conducta típica; aunque se establece una sanción agravante cuando el delito es cometido por las personas que tengan una posición de protección frente al menor (madre, padre, tutor, etc.). El sujeto pasivo son todas las personas menores de 18 años, el único requisito que establece la ley para calificar al sujeto pasivo con relación a este delito, es la edad. No obstante ello, se planteó el inconveniente de material en el cual aparecen personas cercanas a los 18 años pero que no se puede determinar con precisión la edad y de acuerdo a los principios establecidos en el Código Orgánico Integral Penal se debía declarar la inocencia del procesado. Actualmente con la reforma del Código de la Niñez y Adolescencia se incluyó un artículo que permite determinar la edad mediante una prueba científica (Bowen Alarcón, 2015).

- Tipo de delito: Está claro que es un delito doloso, ya que exige que el sujeto activo conozca que los que intervienen son menores de edad. En la conducta tipificada en el art. 104 es necesario que el sujeto activo tenga en claro que lo que

⁴⁹ Art. 103 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador.

⁵⁰ Art. 104 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador.

está publicitando, comprando, poseyendo, transmitiendo, etc. sea pornografía donde participan menores de 18 años. (Bowen Alarcón, 2015)

- Punibilidad: La pena general privativa de libertad será de 13 a 16 años; se agrava de 16 a 19 años si la víctima tuviere alguna discapacidad o enfermedad grave e incurable y más aún si el agente infractor del delito fuese padre, madre, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tutor, representante legal, curador o pertenezca al entorno íntimo de la familia; ministro de culto, profesor, maestro, o persona que por su profesión o actividad haya abusado de ella, es decir toda persona que tiene el deber de protección hacia la víctima; en estos casos la pena será de 22 a 26 años. Además como adicional a la pena privativa de libertad, el sujeto activo del delito de pornografía infantil tendrá una sanción de multa que va desde 40 a los 70 salarios básicos para el que comercialice el material pornográfico, y de 800 a 1000 salarios básicos para el caso que el sujeto activo sea la persona que debe tener un cuidado y protección moral hacia el menor. (Bowen Alarcón, 2015)

3.2 España

El delito de pornografía infantil está tipificado como tal en la legislación española penal, respondiendo a la necesidad de adecuarse a las Convenciones, Decisiones Marco, Convenios y Directivas de la Comunidad Internacional.

- Acción típica: El que capture o utilice a menores de edad o a personas con discapacidad, necesitadas de una especial protección, dichas acciones tienen que tener como fin exhibiciones o espectáculos pornográficos públicos o privados. En segundo lugar menciona a quien elabore material de tipo pornográfico, financie o lucre con el mismo; también quien lo produjere, vendiere, ofreciere, distribuyere, exhibiere, facilitare su producción, venta o difusión por cualquier medio de pornografía infantil. En todos estos casos la pena será de prisión de uno a cinco años.⁵¹

⁵¹ Art. 189 Apartado 1, 1 parr. del Código Penal Español

Para la legislación Española se considera pornografía infantil a:

- a) Todo material que represente de una 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.⁵²

Punibilidad: La pena de prisión de *uno a cinco* años, aumentará de *cinco a nueve* años en caso de concurrir los siguientes agravantes: cuando se utilicen menores de 16 años; cuando el material represente a menores o personas con discapacidad o sea de carácter particularmente degradante o vejatorio; cuando se haya puesto en peligro de forma dolosa o imprudencia grave la vida o salud de la víctima; cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, maestro, guardador o cualquier encargada de hecho 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, cuando el sujeto activo sea reincidente o cuando el hecho se cometiere mediando violencia o intimidación.⁵³

⁵² Art. 189 Apartado 1, 3 párr. del Código Penal Español

⁵³ Art. 189 Apartado 3 del Código Penal Español

Le corresponderá pena de tres a seis meses de prisión o multa de seis a doce meses a toda persona que tuviere bajo su potestad, tutela o guarda un menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección y que conozca su estado de prostitución o corrupción y no haga nada para impedirlo o no acuda a la autoridad competente. En estos casos el Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes para privar a esa persona de la patria potestad, guarda etc.⁵⁴

3.3 México

El Código Penal Federal de México tiene un apartado especial denominado “Delitos sobre el libre desarrollo de la personalidad” y en su capítulo II legisla sobre “Pornografía de Personas menores de dieciocho años de edad o de Personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para Resistirlo”.

Sera penado, por el delito de pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, quien procure, obligue, facilite o induzca, por cualquier medio, a una o varias de estas personas a realizar actos sexuales o de exhibicionismo corporal con fines lascivos o sexuales, reales o simulados, con el objeto de video grabarlos, fotografiarlos, filmarlos, exhibirlos o describirlos a través de anuncios impresos, transmisión de archivos de datos en red pública o privada de telecomunicaciones, sistemas de cómputo, electrónicos o sucedáneos. Al autor de este delito se le impondrá pena de siete a doce años de prisión y de ochocientos a dos mil días multa. A quien fije, imprima, video grabe, fotografíe, filme o describa actos de exhibicionismo corporal o lascivos o sexuales, reales o simulados, en que participen una o varias personas menores de dieciocho años de edad o una o varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o una o varias personas que

54 Art. 189 Apartado 5 del Código Penal Español

no tienen capacidad para resistirlo, se le impondrá la pena de siete a doce años de prisión y de ochocientos a dos mil días multa, así como el decomiso de los objetos, instrumentos y productos del delito. La misma pena se impondrá a quien reproduzca, almacene, distribuya, venda, compre, arriende, exponga, publicite, transmita, importe o exporte el material a que se refieren los párrafos anteriores.⁵⁵

Quien almacene, compre, arriende, el material a que se refieren los párrafos anteriores, sin fines de comercialización o distribución se le impondrán de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días multa. Asimismo, estará sujeto a tratamiento psiquiátrico especializado.⁵⁶

3.4 Colombia

La ley 599 por el cual se expide el Código Penal, en su Título IV, capítulo IV regula el delito de Pornografía infantil.

El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, almacene, transmita, exhiba o porte representaciones reales de actividad sexual en la cual se involucren menores de 18 años ya sea que el material lo use con fines personales o para intercambio del mismo.

La pena será de prisión de 10 a 20 años y Multa de 150 a 1500 salarios mínimos vigentes; la misma pena se aplicará a quien suba a bases de datos de internet material pornográfico infantil, con o sin fines de lucro. El agravante de la pena lo constituye el hecho de que el responsable de esas acciones sea un integrante de la familia de la víctima.⁵⁷

En el año 2001 se sancionó en Colombia la Ley 679, la cual tiene por objeto dictar medidas de protección contra la pornografía, explotación y turismo sexual de

55 Art. 202 del Código Penal Federal de México

56 Art. 202 bis del Código Penal Federal de México

57 Art. 218 del Código Penal Colombiano

menores de dieciocho años.⁵⁸ La misma prevé la creación de una Comisión, dependiente del Instituto de Bienestar Familiar, integrada por peritos jurídicos y técnicos expertos en redes de información y comunicaciones con el propósito de elaborar un catálogo de actos abusivos en el uso de tales redes. La Comisión propondrá iniciativas técnicas como ser sistemas de detección, filtro, bloqueo de contenidos perjudiciales para menores de edad.⁵⁹

Entre las medidas de protección, esta ley señala ciertas prohibiciones para los proveedores, servidores o administradores y usuarios de las redes como ser: No alojar en su propio sitio imágenes, textos archivos audiovisuales que impliquen directa o indirectamente actividades sexuales con menores; o fotografías y filmaciones; también se prohíbe alojar en su sitio propio links, sobre sitios que contengan o distribuyan material pornográfico relativo a menores de edad.⁶⁰ Asimismo los proveedores, administradores y usuarios de redes globales de información deberán denunciar ante las autoridades competentes cualquier acto criminal contra menores de edad, incluso la difusión de material pornográfico asociado a menores y combatir con todos los medios a su alcance la difusión de dicho material.⁶¹

El Ministerio de Comunicaciones receptorá estas denuncias y sancionará a los proveedores, administradores y usuarios responsables que operen dentro desde el territorio Colombiano con multas de hasta 100 salarios mínimos vigentes y cancelación o suspensión de la página electrónica correspondiente.⁶²

⁵⁸ Art.1 Ley 679, 2001.

⁵⁹ Art.4 Ley 679

⁶⁰ Art. 7 Ley 679

⁶¹ Art. 8 Ley 679

⁶² Art.10 Ley 679

Posteriormente la Ley 1336, promulgada en el año 2009 adiciona y robustece la Ley 679 en la lucha contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños, niñas y adolescentes. Esta ley establece la creación de un Comité Nacional Interinstitucional para la prevención y erradicación de la ESCNNA (Explotación Sexual con niñas, niños y adolescentes) conformado por entidades estatales (Ministerio de Justicia, Ministerio de Protección Social, Ministerio de Comunicaciones, Fiscalía General de la Nación, Policía Nacional, entre otros) y por invitados permanentes (ONG que trabajan en el tema, Defensoría del Pueblo, Representante de organizaciones de niños, niñas y adolescentes, Representantes de organismos internacionales que impulsan y apoyan el plan).

Entendemos entonces que la pornografía con personas menores de 18 años, abarca al que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.⁶³

3.5 Uruguay

En el año 2004 se promulgó la Ley 17.815 referida a la penalización de la producción de material pornográfico, en el que hayan sido utilizados menores e incapaces, la cual en el año 2012 fue actualizada por la Ley 18.914.

La legislación Uruguaya toma la definición de exhibición pornográfica: el que ofrece públicamente espectáculos teatrales o cinematográficos teatrales o cinematográficos obscenos, el que transmite audiciones o efectúa publicaciones de

⁶³ Art.24 Ley 1336 de Uruguay

idéntico carácter. Este delito se castiga con la pena de tres a veinticuatro meses de prisión.⁶⁴

Las acciones tipificadas como delito para esta legislación son por un lado las de fabricar o producir material pornográfico utilizando menores de edad o personas mayores de edad incapaces o bien utilizar su imagen; lo cual estará penado con 24 meses a seis años de prisión penitenciaria.⁶⁵

Por otro lado tipifica también a las acciones de comerciar, difundir, exhibir, almacenar (con fines de distribución) importar, exportar, distribuir y ofertar material pornográfico, en el que aparezca la imagen o cualquier otra forma de representación de un menor de edad o persona incapaz, la cuales serán castigadas con pena de doce meses a cuatro años de prisión penitenciaria.⁶⁶

Asimismo, penaliza el facilitamiento de la comercialización y difusión de material pornográfico con la imagen u otra representación de una o más personas menores de edad o incapaces con penas de seis meses a dos años de prisión.⁶⁷

Conclusiones

La pornografía Infantil es un delito que al contar con un importante medio de transmisión como es Internet y demás tecnologías de comunicación, traspasa las fronteras de los países; esta problemática ha llevado a que la Comunidad Internacional se reúna y adopte una serie de instrumentos para combatir este flagelo y lograr así una eficaz prevención y una mejor sanción. Se han redactado instrumentos y recomendaciones tanto en la Convención de los Derechos del

⁶⁴ Art. 278 Código Penal de Uruguay

⁶⁵ Art. 1 Ley 17.815

⁶⁶ Art. 2 Art. Ley 17.815

⁶⁷ Art. 3 Ley 17.815

Niño, en la OIT, en el ámbito de la Unión Europea y el MERCOSUR, entre otros; los que han sido ratificados por muchos países y los cuales tienden básicamente a garantizar los derechos de los niños, la lucha y prevención de delitos y la asistencia a la víctima.

La importancia y el avance que han tenido las tecnologías de la comunicación, particularmente Internet, y las dificultades que se presentaron a la hora de procesar a los culpables del delito de pornografía infantil, provocó que varios países fueran adecuando sus legislaciones para lograr una mayor eficacia en la justicia penal interna a la hora de tipificar, procesar y penalizar este ilícito.

Las legislaciones domésticas analizadas son coincidentes en enumerar prácticamente las mismas conductas como típicas para este delito (producir, divulgar, financiar, ofrecer, fotografiar, filmar, grabar, descargar, comercializar, exhibir, etc. imágenes sexuales de menores de edad).

El sujeto activo puede ser cualquier persona que realice alguna de las conductas tipificadas por las distintas legislaciones, y el sujeto pasivo siempre tiene que ser menor de 18 años, algunas legislaciones agregan en esta categoría de sujeto pasivo a personas que sufran cierta discapacidad; otras tienen en cuenta esta característica para el agravamiento de la pena.

En todos los casos se está frente a un delito doloso y las sanciones aplicables varían según las legislaciones, pero básicamente las penas privativas de la libertad se gradúan entre un mínimo de 4 o 6 meses y un máximo de quince años, llegando hasta los 20 años aproximadamente en el Código Penal Ecuatoriano y en algunas legislaciones, conjuntamente con la prisión, se aplican multas o inhabilitaciones. En muchos países la sanción se agrava cuando el hecho es cometido por un familiar o persona que tenía a su cargo al menor o persona a la cual este último tenía mucha confianza.

No obstante las actualizaciones llevadas a cabo por las legislaciones de los distintos países, al estar el delito de pornografía infantil tan íntimamente relacionado con las tecnologías de la comunicación y dada la rápida evolución de estas últimas; las leyes deben seguir actualizándose para de esta manera adecuarse a ese avance constante.

CAPÍTULO IV: Responsabilidad de los buscadores y otros sitios de internet

Introducción

No existen dudas de que el siglo XXI ha sido el siglo del avance tecnológico y del conocimiento. Entonces, a medida de que avanza la era digital, resulta menester adaptarse a las nuevas circunstancias y problemáticas que de ella devienen. En este sentido, habrá que prestar atención a todo aquel accionar que atente la seguridad de la comunicación en red –y, consecuentemente- a la intimidad de las personas.

Sin embargo, la complejización de los avances también suponen una dificultad para las actividades de control, dada la abierta red de comunicación y la difícil tarea de verificación del material compartido allí, generan grandes preocupaciones, especialmente cuando se refiere a la trata de menores de edad y la proliferación de material pornográfico.(Lacman, 2006)

Es en este contexto en donde se sitúa el problema que esta investigación pretende desarrollar: en un mundo crecientemente interconectado, donde las posibilidades de control sobre la actividad electrónica son cada vez más escasas, surgen nuevas formas de distribución y difusión de pornografía infantil, realizadas desde el anonimato que proporciona la World Wide Web.

Aunque el mundo ha comenzado a otorgar mayor importancia a los delitos sexuales ligados a la informática, vale decir que la Republica Argentina aún debe *aggiornarse*: en el país existe escasa legislación que aborde la responsabilidad civil de los prestadores de servicios de información digital, relegando la discusión relativa a ella al ámbito de la doctrina y jurisprudencia (Iglesias, 2015). Este capítulo intentará retomar dicha discusión.

1. Responsabilidad civil

Los buscadores de Internet pueden comprenderse como una suerte de directorios, que proveen enlaces a otros sitios. Estos permiten adentrarse a determinados contenidos, que ya ha sido vistos y filtrados por el actor. (Molina Quiroga, 2014.) Cuando se navega por Internet, se puede obtener información sobre otra persona, desde su propio espacio en la Web (blog, sitio personal, etc.) o bien mediante la utilización de buscadores.

En este sentido, el conflicto en torno a la temática en cuestión se identifica cuando un sujeto siente que sus derechos han sido vulnerados, producto de la información que estos buscadores de Internet brindan sobre él o ella (Lezcano, 2010).

Por supuesto, este fenómeno puede afectar diversas instancias y generar conflictos en varias materias; tales como los referentes a la propiedad intelectual, el uso no autorizado de la imagen personal, la difusión de información personal, entre otros. Sin embargo, este capítulo intentará indagar sobre los derechos personalísimos afectados por la cuestión.

La existencia o no de responsabilidad por los contenidos publicados en la red, y en su caso, el factor de atribución aplicable, así como el momento a partir del cual nace la eventual responsabilidad, divide actualmente doctrina y jurisprudencia, donde se pueden distinguir tres grupos.

(Molina Quiroga, 2014, p.4).

De este modo, vale preguntarse acerca de los límites que la cuestión acarrea.

Los buscadores son titulares de sus propios sitios Web, quienes han diseñado y realizado los motores de búsqueda con un fin totalmente económico. Si estos buscadores facilitan el acceso a la información personal o perjudicial, también deberían ser capaces de mejorar los aspectos técnicos del servicio, brindando una total prevención de daños y perjuicios de toda índole. (Carestia, 2015)

En su carácter de intermediarios, y como actividad con autonomía dañosa, deben ser responsables por las consecuencias derivadas de los contenidos perniciosos que introducen, reproducen y difunden. Adoptar este factor generaría incentivos perniciosos para los intermediarios, a quienes se les estaría exigiendo una conducta de prevención imposible de llevar adelante tanto desde una perspectiva práctica como jurídica con una peligrosa probabilidad de censura

(Carestia, 2015, p.2).

Vale mencionar que una de las primeras investigaciones referidas a la temática en cuestión fue el fallo sobre la responsabilidad de Internet, más conocido como “Jujuy.com”, dando lugar a la indemnización por daños y perjuicios morales respecto a mensajes colgados en el portal, que aducían a una supuesta conducta adultera perteneciente a la mujer de un matrimonio constituido.⁶⁸

En efecto, la cuestión plantea un tema de gran trascendencia, que es el de la responsabilidad de los titulares de los sitios Web por los contenidos injuriantes que pueden incorporar. Gracias a este fallo, se estableció un parámetro de responsabilidad objetiva en referencia a las publicaciones que sujetos particulares realizan en el foro de un sitio.

Por otro lado, gran parte de la academia defiende que –en su carácter de intermediario y no de generador de contenido- los buscadores no pueden ni deben responder por los daños que se deriven de los contenidos de otros sitios, sin importar que se acceda a ellos mediante su utilización.

“Los buscadores -en tanto intermediarios y no productores de contenidos— no son responsables, salvo que, debidamente notificados, no actúen con diligencia para bloquear el acceso —por su intermedio- a dichos contenidos y que el factor de atribución es subjetivo” (Molina Quiroga, 2014, p.4)

Entonces, se comprende que los buscadores pueden ser responsables en todos aquellos casos en que estén enterados de la existencia de contenidos nocivos y decidan no bloquearlos. Por supuesto que la decisión será diferente si los buscadores asumieron un rol activo, subiendo en su página Web algún contenido propio y/o modificando o editando los de terceros, ya que en esos supuestos su calidad de intermediario se desvanece.

(Carestia, 2015, p.5).

Siguiendo con la reflexión, en este momento se echará luz sobre un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El mismo pondría fin al asunto relativo a

⁶⁸ Cám. Civ. y com. San Salvador de Jujuy, Sala I, “S. M.y otro” (2004)

la responsabilidad de los buscadores de Internet por el contenido ligado al servicio que ofrece, cuando el mismo podría producir un perjuicio susceptible de brindar indemnización.⁶⁹

En el caso "Rodríguez", la Corte Suprema precisó que la interpretación de las normas de derecho común debe ser la que mejor armonice con los derechos fundamentales involucrados. La aplicación de un factor de atribución objetivo, además de generar incentivos inadecuados, implicaría prescindir por completo de la dimensión constitucional que adquiere esta cuestión y desconocer los razonamientos de nuestro más alto tribunal en problemáticas similares.

(Carestia, 2015, p.6).

La modelo Belén Rodríguez fue la parte actora, y demandó que los resultados de la búsqueda obtenidos a través de la parte demandada, la vinculaban con páginas Web de contenido sexual y pornográfico. Se plantea entonces una violación a su imagen: el buscador utilizó fotografías de la modelo sin su autorización, las cuales fueron publicadas en otros sitios. Al reducirse su tamaño y resolución, las fotos fueron presentadas como resultado de la búsqueda bajo el nombre de "thumbnails" (De acuerdo con su acepción más generalizada, los *thumbnails* -o miniaturas- son versiones de imágenes, usadas para ayudar a su organización y reconocimiento. En este sentido, los motores de búsqueda visuales y los programas para organizar imágenes normalmente usan estas miniaturas, así como los sistemas operativos y entornos de escritorio recientes, tales como Microsoft Windows, Mac OS X, KDE y GNOME.)

El caso planteado realizaba dos grandes peticiones: la eliminación del contenido que genera el daño y la indemnización por los derechos vulnerados y los perjuicios causados.

En una primera instancia, se condena a los buscadores, indicando que los mismos deben brindar una indemnización monetaria, debido a su accionar negligente. De este modo, se argumenta que:

⁶⁹ C.S.J.N., "Belén Rodríguez c/ Google INC s/ Daños y Perjuicios", (2014).

Si dichas empresas son proveedoras de herramientas de búsqueda -no de contenidos- advertidas por la afectada de que su sistema proveía en la lista de resultados hipervínculos a sitios de terceros que infringían los derechos a la intimidad y al respeto de los datos personales de la reclamante, por contar, como vimos, con todos los medios técnicos a su alcance, debieron sin demora proceder a impedir o bloquear cualquier tipo de acceso a los contenidos cuestionados, como finalmente lo hizo Yahoo! De Argentina SRL. Tal comportamiento de las co-demandadas se debió entonces, utilizando las palabras de la ley, a una negligencia culpable, la cual en el caso de Google Inc., a no dudarlo ha expandido sus efectos hasta el presente⁷⁰.

De este modo, se comprende entonces que el tribunal concluyera que no hubo negligencia propiamente dicha por parte de las demandadas, dado que la afectada -Belén Rodríguez- jamás los intimó de modo directo. Sin embargo, si se reconoció que el uso de “thumbnails” por parte de Google sí resultaba de una práctica no autorizada de la imagen de la actora.

En este momento se condenó a Google a pagar \$ 100.000, mientras que Yahoo debía abonar \$ 20.000, al tiempo que se diera la eliminación definitiva de la vinculación entre el nombre e imagen de la actora y los sitios Web de contenido sexual y pornográfico.

Todas las partes apelaron el fallo, y -en una segunda instancia-, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de la primera instancia de forma parcial, al rechazar el reclamo impuesto contra la empresa Yahoo y admitir aquel en contra de Google. La indemnización también se vería modificada, al ser reducida al monto de \$50.000.

70 Juzg. Nac. 1° Inst. en lo Civil N° 95 Buenos Aires, “Rodríguez, María Belén c/ Google INC. S / Daños y Perjuicios”, (2010)- Disponible en:

[http://www.casi.com.ar/sites/default/files/fallo%20RODRIGUEZ%20MARIA%20BELEN%20c%20%20GOOGLE%20\(3\).pdf](http://www.casi.com.ar/sites/default/files/fallo%20RODRIGUEZ%20MARIA%20BELEN%20c%20%20GOOGLE%20(3).pdf)

De este modo, el accionar de las autoridades judiciales reconocieron la responsabilidad subjetiva de los motores de búsqueda, y quedó descartada la posibilidad de aplicarse el artículo 1113 del Código Civil, específicamente la parte que alude al “riesgo”.

La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.⁷¹

En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.⁷²

El caso terminó llegando a la Corte Suprema de Justicia que -tras recibir *amicus curiae* (expresión con origen en el idioma latín, que suele usarse para referirse a declaraciones o presentaciones realizadas por terceros ajenos a un litigio. Estos terceros ofrecen su opinión de forma voluntaria y autónoma, con el objeto de colaborar con la corte en cuestión y favorecer la resolución de un proceso.) y realizar audiencias públicas para escuchar la opinión de expertos en la materia y

⁷¹ Art. 1.113 del Código Civil Argentino

⁷² Art. 1113 del Código Civil de la Nación. Sancionado mediante la Ley 340. Disponible en:

<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>

representantes de organizaciones intermedias como el Colegio de Abogados⁷³- se pronunció al respecto el 28 de octubre de 2014.

El fallo, avalado por la mayoría de los Doctores Highton, Fayt y Zaffaroni, establece el criterio subjetivo de base constitucional, y rebate la concepción de responsabilidad objetiva como factor de imputación. (Iglesias, 2015)

“En este punto el máximo tribunal ha sido muy claro: no corresponde aplicar a los buscadores de Internet los criterios de responsabilidad objetiva, sino que corresponde hacerlo a la luz de la responsabilidad subjetiva”. (Zabale y Beltramone, 2014, p.1).

El caso reviste fundamental importancia en lo concerniente a la materia en cuestión. En efecto –y luego de considerar de modo integral lo dispuesto por el Código Civil y el resto de la normativa del país-, se arriba a la conclusión de que la responsabilidad objetiva podría ser gravosa para la libertad de expresión.

En el considerando N° 16 queda claro que la Corte se inclina de forma definitiva por la responsabilidad subjetiva. En su extensa explicación, se realiza una analogía entre los buscadores de Internet y las bibliotecas. Mediante la misma intenta argumentarse que no podría responsabilizarse a un bibliotecario por permitir localizar ciertos contenidos en una biblioteca. A este respecto, puede brindarse una pequeña reflexión al respecto: puede considerarse que la comparación no guarda ningún tipo de equivalencia, por lo que no puede entenderse a la biblioteca junto con la difusión masiva y abrumadora de información que se produce a través de la comunicación digital. (Zabale, Beltramone, 2014).

Responsabilizar a los ‘buscadores’ -como principio- por contenidos que no han creado, equivaldría a sancionar a la biblioteca que, a través de sus ficheros y catálogos, ha permitido la localización de un libro de contenido dañino, con el

73 Es posible ver los videos de las audiencias en el sitio del Centro de Información Judicial:

<http://www.cij.gov.ar/nota-13404-La-Corte-realiza-audiencia-p-blica-en-causa-por-responsabilidad-de-buscadores-de-internet.html>

pretexto de que habría ‘facilitado’ el daño. Más allá de que la sanción sería injusta, es muy probable que –de seguirse ese criterio ‘objetivo’ de responsabilidad terminarían cerrándose muchas bibliotecas, con gran perjuicio de los lectores⁷⁴

El voto de los Dres. Lorenzetti y Maqueda dice -en el considerando 19- lo siguiente:

Que la actora ha invocado que se trata de una actividad riesgosa como elemento autosuficiente para fundar la responsabilidad.

En primer lugar, cabe señalar que el riesgo es un factor de atribución, es decir, un elemento que requiere, en caso de existir, de los otros presupuestos del deber de responder que no se dan en el caso.

En segundo lugar, no resulta posible afirmarlo en nuestro ordenamiento, toda vez que la mera conexión o indexación no produce, por sí misma, ningún riesgo para terceros y los daños que puedan causarse son específicos y determinados, como se verá más adelante.

En tercer lugar, tampoco en el nuevo Código Civil y Comercial (sancionado por la ley 26.994) ni en ninguna otra fuente existen elementos como para proceder a una calificación de este tipo que avale el agravio de la accionante.

Por último, establecer un régimen de responsabilidad objetiva en esta actividad conduciría, en definitiva, a desincentivar la existencia de los "motores de

74 C.S.J.N. “Rodríguez c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, (2014). Disponible en:

<http://www.telam.com.ar/advf/documentos/2014/10/544fd356a1da8.pdf>

búsqueda". Que cumplen un rol esencial en el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en Internet⁷⁵

No caben dudas de que el fallo establece un criterio comúnmente aceptado y concluyente sobre la cuestión, dado que existen sentencias disímiles y contradictorias tanto en el fuero civil y comercial federal y el comercial.

Lo que el máximo tribunal del país establece es que existen ocasiones en donde el buscador puede responder por un contenido que le es ajeno; y esto ocurre en todas aquellas circunstancias en donde se haya tomado conocimiento del contenido ilícito y no se haya actuado luego de ello.

La Corte indicó oportunamente que el caso enfrentó dos grupos de derechos. Así, y antes de solucionar la cuestión, el Tribunal debió definir los alcances de los derechos que se encontraban en jaque. Así, se reconoció –por un lado- la libertad de expresión e información; y –por el otro- los derechos personalísimos al honor y la imagen.

Sobre los derechos personalísimos, vale decir que son: Prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte y de las que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares, porque ellos implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad.

(Rivera, 1998, p.7).

En el ordenamiento jurídico argentino existen normativas que protegen los derechos mencionados. El Código Civil tutela el derecho a la intimidad: El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o

75 C.S.J.N. “Rodríguez c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”. Considerando N°19. Disponible en:

<http://www.telam.com.ar/advf/documentos/2014/10/544fd356a1da8.pdf>

perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.⁷⁶

La ley N° 11.723 sobre Propiedad Intelectual ampara el derecho a la imagen:

El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarcido daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público.⁷⁷

El derecho de publicar las cartas pertenece al autor. Después de la muerte del autor es necesario el consentimiento de las personas mencionadas en el artículo que antecede y en el orden ahí indicado.⁷⁸

Cuando las personas cuyo consentimiento sea necesario para la publicación del retrato fotográfico o de las cartas, sean varias, y haya desacuerdo entre ellas, resolverá la autoridad judicial.⁷⁹

⁷⁶ Art. 1071 del Código Civil Argentino

⁷⁷ Art. 31 de la Ley N° 11.723 sobre Propiedad Intelectual

⁷⁸ Art. 32 de la Ley N° 11.723 sobre Propiedad Intelectual

⁷⁹ Art. 33 de la Ley N° 11.723 sobre Propiedad Intelectual

Para las obras fotográficas la duración del derecho de propiedad es de VEINTE (20) años a partir de la fecha de la primera publicación. Para las obras cinematográficas el derecho de propiedad es de cincuenta años a partir del fallecimiento del último de los colaboradores enumerados en el artículo 20 de la presente. Debe inscribirse sobre la obra fotográfica o cinematográfica la fecha, el lugar de publicación, el nombre o la marca del autor o editor. El incumplimiento de este requisito no dará lugar a la acción penal prevista en esta ley para el caso de reproducción de dichas obras. Las cesiones totales o parciales de derechos temporales o espaciales de explotación de películas cinematográficas sólo serán oponibles a terceros a partir del momento de su inscripción en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual.⁸⁰

Y nuestra Carta Magna data al respecto sobre las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo 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.⁸¹

Vale decir que el fallo no fue unánime, dado que tuvo un voto de disidencia parcial por parte de Ricardo Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda. Ambos jueces consideraron que los buscadores como Google, Yahoo y tantos otros deberían eliminar o al menos bloquear aquellos enlaces que resulte dañinos o perjudiciales respecto de los derechos personalísimos, al tiempo de adoptar todas las medidas necesarias para evitar situaciones similares en el futuro.

María Baudino, directora de Asuntos Legales de Google para América Latina, ha indicado que el buscador es una herramienta para acceder a los datos y no tiene la

⁸⁰ Art. 34 de la Ley N° 11.723 sobre Propiedad Intelectual

⁸¹ Art. 19 de la Constitución Nacional Argentina

obligación de controlar los contenidos de terceros ni de bloquearlos. Ahora ese rol, salvo casos excepcionales, le corresponde a los jueces⁸².

EL fallo deja en claro los casos en los cuales la Justicia encuentra a los buscadores como responsables por los enlaces que facilitan. (Francisco Canese, 2014)

De este modo, cabe realizar la pregunta, ¿cuándo existe un ‘conocimiento efectivo’ de la ilicitud del contenido? ¿Basta con una notificación por parte del afectado? ¿Es necesaria una acción judicial?

Una parte importante de la academia considera que la comunicación extrajudicial sobre el asunto debería bastar para –como mínimo- bloquear el contenido con prontitud. Por otro lado, gran cantidad de expertos en la materia indican que el ‘conocimiento efectivo’ se establece solo mediante una orden judicial, que es cuando los buscadores deberían disponerse a eliminar el acceso al mismo.

Es el Poder Judicial de la nación el que debe dirimir sobre el asunto, y no el buscador. Es decir, el buscador es un mero intermediario, y como tal no posee ni los recursos, ni las facultades como para realizar un correcto juicio de valor acerca de la calidad de cierto contenido. (Canese, 2014)

Existen cuestiones que todavía serán objeto de debates. En primer término, el ya mencionado estándar de “ilicitud manifiesta y grosera” es posible que sea fuente de litigio en aquellos casos en que esta calidad no sea palmaria, excepto en la hipótesis que, con el fin de evitar costos judiciales, los buscadores adopten una interpretación amplia de la figura y voluntariamente bloqueen los contenidos observados por los particulares. (Iglesias, 2015, p.144)

El fallo sobre el caso indica claramente que –en caso de existir un daño manifiesto, la simple notificación de la víctima es suficiente para comprender que dicho ‘conocimiento efectivo’ existe por parte de la empresa del buscador, y

82 Entrevista realizada para el Diario Clarín. Consultado el 15 de abril de 2016. Disponible en:

http://www.clarin.com/sociedad/Corte-Fallo-buscadores-derecho_al_olvido_0_1238876159.html

debería eliminar el enlace inmediatamente. Para otros casos, deberá pedirse la asistencia de la autoridad legal competente.

Si bien el caso expuesto no aborda específicamente la temática que este capítulo intenta abordar sobre pornografía infantil, sin embargo, no hay dudas de que la sentencia representa un gran avance.

Gracias al fallo, ciertos casos que involucren –por ejemplo- denuncias sobre la utilización de imágenes de menores ligadas a sitios con contenido pornográfico infantil podrán ser fácilmente resueltos: bastará notificar al buscador del hecho, y sin orden judicial mediante una carta documento, los contenidos serán retirados.

En este punto, es menester realizar ciertas aclaraciones procedimentales sobre el manejo del proceso. La acción legal debe ser iniciada por quien actúa como titular del derecho vulnerado. La legitimidad -conocida en el ámbito jurídico como “legitimatio ad causam”-, adquiere un doble carácter: pasiva o activa. Al respecto, Es activa cuando se refiere al actor y es pasiva cuando se refiere al demandado. (...) Corresponde al actor la prueba de las condiciones de su acción, y a él le incumbe probar su calidad de titular del derecho y la calidad de los demandados. Mas la falta de calidad, sea porque no existe identidad entre la persona del actor y aquella contra la cual se concede, determina la procedencia de la defensa “sine actione agit”, que debe ser apreciada en la sentencia definitiva. Y si la prueba no resulta la legitimación activa o pasiva, la sentencia rechazara la demanda porque la acción no corresponde al actor o contra el demandado.

(Alsina, 1974, p.408)

2. Responsabilidad penal

En cuanto a los antecedentes de la cuestión de fondo, vale decir en este punto, que existe una sentencia procedente del Estado de Nueva York, en el cual BUFFNET,

una empresa cibernética localizada en Búfalo, se declaró culpable de proporcionar acceso a contenidos de pornografía infantil.⁸³

El caso duró más de dos años, y durante la lectura del fallo el Fiscal General declaró que “cuando un ISP toma conocimiento de que se encuentra disponible en su sistema, no puede esconder la cabeza en la arena” (Iglesias, 2015, p.133).

El Código Penal argentino establece sobre el tema a saber, que:

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.⁸⁴

Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros.

Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años⁸⁵.

⁸³ Tribunal Supremo del Estado de New York, “Buffnet”, (2001), Fiscal General Spitzer, por su voto.

Recuperado el 16/02/2001 <http://www.ag.ny.gov/press-release/breakthrough-cited-war-against-child-porn>

⁸⁴ Art. 128 del Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado)

Estos articulados fueron sustituidos posteriormente por la Ley de Delitos Informáticos donde data:

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.⁸⁶

La expresión “cualquier medio” dispuesta en nuestro orden penal nacional, es lo suficientemente flexible como para incorporar el fenómeno de la pornografía infantil a través de las tecnologías de información.

Al respecto decimos que en cuanto a los medios requeridos para la realización de las conductas mencionadas, la ley guarda silencio. Con lo cual, se entiende que dichas acciones pueden ser cometidas por cualquier medio, incluso a través de Internet, que es una vía que permite tanto la difusión de imágenes a una masa indeterminada de personas, -mediante la publicación de una página Web-, como también la distribución o suministro a una persona determinada de cierta información o material a través, por ejemplo, del correo electrónico (vía e-mail).

(Valeria Lacman, 2006, p.3).

Puede decirse también que la difusión de pornografía infantil se contempla dentro de la categoría de ‘Delitos Informáticos’. Los mismos pueden considerarse como “cualquier comportamiento antijurídico, no ético o no autorizado relacionado con el proceso automático de datos y las transmisiones automáticas de datos”.

(González Herrera, 2006, p.3).

85 Art. 129 del Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado)

⁸⁶ Art. 2 de la Ley 26.388 de Delitos Informáticos, Sustitúyese el artículo 128 del Código Penal.

La cuestión se encuentra rodeada de zonas grises. Además de lo previamente mencionado, y en cuanto a la tipificación del delito se refiere, vale mencionar que la tenencia de material pornográfico para uso personal no está penada en el Código de nuestro país. Por tanto, muchos pedófilos pueden alegar que los archivos que poseen no están destinados a la distribución (lo cual si es considerado delito).

No puede obviarse la existencia de un ‘intermediador’, una suerte de “agente provocador” (tal como existe para los casos de cualquier crimen organizado, como por ej. el narcotráfico, la trata de blanca, etc.), que facilita el acercamiento hacia el delito. En este caso, ¿Cómo debe responder el derecho penal de nuestro país? ¿Qué pena le merece a esta figura cuando se realizan actividades que contribuyan a la difusión de los ilícitos penalmente sancionados?

Si el proveedor contribuye activa y dolosamente a la difusión de dichos contenidos ajenos podría llegar a ser considerado autor del delito de difusión, o al menos partícipe del mismo. Al tratarse de un delito doloso, será la existencia de este contenido subjetivo, el que determinará la responsabilidad de los proveedores de Internet en la difusión de material pornográfico que incluya a menores de 18 años.

(Crespo, 2009, p.2).

En el caso de la pornografía infantil, el bien jurídico lesionado es la libertad sexual de menores de edad, quienes aún no pueden decidir sobre si mismos en cuanto al asunto se refiere. En aras de que su desarrollo sexual pleno no se vea condicionado o afectado, el tipo penal debe orientarse a garantizar su protección. (Morales Prats, 1996).

No solo la normativa Nacional sino también los Tratados y Convenciones Internacionales protegen los intereses de los niños, velando por su integridad y desarrollo futuro.

En definitiva, lo que se protege es el derecho de toda persona a ejercer su actividad sexual en libertad; ya sea prohibiendo, en primer lugar, todo tipo de conductas sexuales respecto a personas que desde un principio se sabe que van a quedar insertas en una situación carente de libertad -en el caso de menores- y; en

segundo lugar, prohibiendo conductas sexuales que crean situaciones de imposible ejercicio de la libertad sexual, -con respecto a los mayores.

(Lacman, 2006, p.6).

La cuestión relativa a la distribución de pornografía infantil a través de Internet y la responsabilidad de los buscadores, genera múltiples dificultades. La más importante de ellas se deriva del ámbito en el que se difunde. En efecto, Internet guarda una complejidad para sí, que escapa a la temática, y que incluso puede convertir a cualquier usuario consumidor de este tipo de contenido a un productor y difusor en un santiamén.

Las principales dificultades que se generan en relación a la responsabilidad de los administradores y servidores de los buscadores, tienen que ver con la falta de dolo. Claro está, aquellos no tienen una participación dolosa en los contenidos difundidos y por tanto no existe connivencia alguna.

No pocos expertos sostienen que los proveedores de Internet no deben ser responsabilizados por los comportamientos de distribución o difusión de material prohibido, si no puede determinarse que ellos hayan influido o favorecido de manera dolosa dichas conductas de terceros o sus equipos hayan a su vez guardado dicho material pornográfico.

Además, los responsables de la prestación del servicio de Internet y sus administradores son personas jurídicas, lo que representa otro escollo para un derecho penal como el argentino que no tiene regulada esta clase de responsabilidad penal.

Entonces, se comprende que para constatar si un buscador tiene o no responsabilidad por la difusión de esta clase de contenidos, deberá probarse una conducta positiva, una participación activa o una omisión reprochable (Gustavo Eduardo Aboso, 2001).

Conclusiones

El desarrollo y avance de Internet y sus contenidos han creado circunstancias que ni las leyes ni la jurisprudencia hubieran podido prever.

Existe una opinión generalizada vinculada a la noción de que los buscadores no deben responder por los contenidos de otros, dado que no son autores del mismo ni necesariamente debe representar sus intereses o políticas corporativas. Sobre esto, el fallo sobre Belén Rodríguez ha echado luz sobre la cuestión, aunque una característica de las TICs tiene que ver con su evolución constante. Habrá que ver como las modificaciones propias de la gran red de comunicaciones, las nuevas circunstancias y nuevas demandas pondrán en jaque las disposiciones actuales y continuarán obligando a los tribunales a identificar responsabilidades, deberes y derechos.

La sentencia dictada por la Corte Suprema implica un importante paso en el desarrollo de Internet en nuestro país, dado que otorga mayor previsión y seguridad jurídica en un ámbito poco regulado, donde la libertad de expresión choca con algunos de los derechos personalísimos más importantes para el ser humano.

Ha quedado claro mediante la revisión bibliográfica y jurisprudencial que los buscadores sí deben responsabilizarse cuando son debidamente notificados sobre el carácter dañino del contenido.

Sin embargo, la cibercriminalidad avanza de forma constante y avasallante. En este contexto, la pornografía infantil adquiere nueva impronta día a día, y obliga no solo a la justicia sino a la sociedad toda, a adaptarse a los nuevos tiempos. No se puede ignorar el rol fundamental que adquieren las compañías informáticas a este respecto: ya sea reconocida o no su responsabilidad, deben asumir el compromiso humano de promover la lucha contra toda practica que vulnere los derechos de niños, niñas y adolescentes en la World Wide Web o red informática mundial.

CONCLUSIONES FINALES

La pornografía infantil es un delito castigado a nivel mundial, que se comete en contra de los individuos más vulnerables, y abarca desde las prácticas constantes, participaciones ocasionales e inclusive la exposición de niños y niñas a todo contenido pornográfico, bien sean fotos, videos, grabaciones, gráficas sexuales, entre otros.

Esta situación se ve agravada por los nuevos adelantos tecnológicos en materia de informática y comunicaciones, los cuales, gracias a su fácil accesibilidad, constituyen un medio para la producción y distribución de pornografía infantil, como así también para la comisión de otros delitos conexos.

Al contar con un importante medio de transmisión como es Internet y demás tecnologías de comunicación, la pornografía infantil constituye un ilícito transfronterizo. Esta característica ha llevado a que la Comunidad Internacional adopte una serie de instrumentos para combatir, prevenir y sancionar esta conducta. Se han redactado instrumentos y recomendaciones tanto en la Convención de los Derechos del Niño, en la OIT, en el ámbito de la Unión Europea y el MERCOSUR, los cuales han sido ratificados por muchos países y cuyo principal objetivo tiende a garantizar los derechos de los niños, a la lucha y prevención de los delitos sexuales y a la asistencia de las víctimas.

Las legislaciones domésticas analizadas son coincidentes en enumerar prácticamente las mismas conductas como típicas para este delito (producir, divulgar, financiar, ofrecer, fotografiar, filmar, grabar, descargar, comercializar, exhibir, etc. imágenes sexuales de menores de edad).

El sujeto activo puede ser cualquier persona que realice alguna de las conductas tipificadas por las distintas legislaciones y el sujeto pasivo siempre tiene que ser menor de 18 años. Algunas legislaciones agregan en esta categoría de sujeto pasivo a personas que sufran cierta discapacidad; otras tienen en cuenta esta característica para el agravamiento de la pena.

En todos los casos se está frente a un delito doloso y las sanciones aplicables varían según las legislaciones, pero básicamente las penas privativas de la libertad se gradúan entre un mínimo de 4 o 6 meses y un máximo de quince años,

llegando hasta los 19 años aproximadamente, como en el caso del Código Penal Ecuatoriano y en algunas legislaciones, conjuntamente con la prisión, se aplican multas o inhabilitaciones (Bowen Alarcón, 2015).

En muchos países la sanción se agrava cuando el hecho es cometido por un familiar o persona que tenía a su cargo el menor o persona a la cual este último tenía mucha confianza.⁸⁷

No obstante las actualizaciones llevadas a cabo por las legislaciones de los distintos países, al estar el delito de pornografía infantil tan íntimamente relacionado con las tecnologías de la comunicación y dada la rápida evolución de estas últimas; las leyes deben seguir actualizándose para de esta manera adecuarse a ese gran avance.

Afortunadamente existen sanciones penales dentro de nuestra legislación nacional para todas aquellas personas que actúen de forma directa o indirecta en la producción, distribución, comercialización y difusión de contenidos pornográficos de niñas, niños y adolescentes.

Aunque ha sido poca la atención que los Gobiernos Nacionales han puesto sobre este tema, se han logrado castigar a algunos de estos criminales gracias a la intervención del sistema legislativo y de justicia. Un caso donde se da total incidencia al artículo 128 del código penal (ley 25.087), captando al delincuente como autor material y poseedor de sitios de internet con contenido pornográfico y fines económicos, dedicados a la distribución. El mismo ocultaba las páginas con apariencia de sitios de venta de ropa.⁸⁸

Además los ciudadanos aportan su cuota de apoyo al denunciar los portales web que ofrezcan contenidos de tipo sexual.

Considero que nuestra legislación nacional debería regular de una manera más autónoma y específica todas aquellas actividades o conductas que tengan por objeto principal a los menores de edad, y donde se delimiten las conductas

⁸⁷ Art. 103 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, Art. 189 Apartado 3 del Código Penal Español, Art.24 Ley 1336 de Uruguay.

⁸⁸ Cam. Nac. de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, S., S. A. s/ publicaciones, reproducciones y distribución de pornografía infantil (18/05/2011)

sexuales que implican una agresión directa, que incluye el contacto corporal, como por ejemplo el grooming en su finalidad; de aquellas que no ameritan necesariamente una proximidad entre la víctima y el autor del delito, como por ejemplo la tan nombrada pornografía infantil en las redes informáticas, la cual no hay relación directa con el menor.

En cuanto al delito de grooming, el cual ha sido legislado y sancionado con pena de prisión, se ve desprovisto de mecanismos de prevención eficientes a través de las redes sociales y páginas de internet utilizadas por menores. A su vez, y dadas las conexiones de este delito con otros de mayor envergadura como es la corrupción de menores o la trata de personas con fines de explotación sexual, es menester implementar métodos de cooperación internacional en materia penal, a los fines de simplificar las investigaciones y condenas en el marco de este tipo de delitos.

Sin embargo, es necesario proteger las garantías constitucionales de los usuarios de internet, que en pos de prevenir el delito de grooming se vean afectados en su derecho a la intimidad.

Existe una opinión generalizada vinculada a la noción de que los buscadores no deben responder por los contenidos de otros, dado que no son autores del mismo ni necesariamente debe representar sus intereses o políticas corporativas. Sobre esto, el fallo sobre Belén Rodríguez ha echado luz sobre la cuestión, aunque una característica de las TICs tiene que ver con su evolución constante. Habrá que ver como las modificaciones propias de la gran red de comunicaciones, las nuevas circunstancias y nuevas demandas pondrán en jaque las disposiciones actuales y continuarán obligando a los tribunales a identificar responsabilidades, deberes y derechos.

La sentencia dictada por la Corte Suprema implica un importante paso en el desarrollo de Internet en nuestro país, dado que otorga mayor previsión y seguridad jurídica en un ámbito poco regulado, donde la libertad de expresión choca con algunos de los derechos personalísimos más importantes para el ser humano.

En cuanto a la formulación de una propuesta legislativa superadora de la situación actual, en primer lugar considero que debe introducirse la responsabilidad penal de las personas jurídicas que prestan servicios que puedan facilitar la comisión de los delitos que he abordado, dado que en definitiva son los facilitadores del servicio para la creación de cuentas falsas de individuos que se desarrollan con la finalidad de cometer ilícitos.

En pos de acrecentar los avances tecnológicos, es menester que los legisladores analicen normativas que puedan prevenir este tipo de delitos desde un punto de vista empresarial, dado que este tipo de prácticas comienzan desde la utilización de buscadores y redes sociales.

En segundo lugar, creo conveniente prever la investigación especial y conjunta de este tipo de delitos a los fines de acelerar los procesos judiciales y evitar superposición de investigaciones en curso.

No puedo dejar de señalar que la gravedad de estos delitos y la manera en que afectan a sus víctimas requiere del esfuerzo conjunto de todas las instancias estatales a los fines de contribuir en el normal desarrollo de la sexualidad de estos niños y niñas vulnerados, dentro de las posibilidades reales. Por ello, resulta fundamental la diagramación de políticas de contención de las víctimas.

Considero que una reforma acertada debería también contemplar la cooperación internacional como una de las herramientas fundamentales para la lucha contra este flagelo. Asimismo, debería contemplarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas que sean depositarios de este tipo de material.

Y para finalizar considero de suma importancia no minimizar ni dejar de lado la simple tenencia de material pornográfico por una persona física que consuma este tipo de contenido sexual, tomándolo como un gran indicio a cometer futuros delitos tipificados actualmente como por ejemplo la producción, financiación, entre otros, de videos, fotografías, etc. sexuales de menores.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Aboso, G. E. (2015). *Los delitos de distribución de imágenes pornográficas de menores, organización de espectáculos pornográficos con menores de edad, facilitación de acceso y suministro de material pornográfico (artículo 128 del Código Penal)*. Sup. Penal2015 (abril), 3 - La Ley 2015-B, 975 - DPyC 2015 (julio), 07/07/2017, 68. Cita Online: AR/DOC/779/2015.
- Arocena, Gustavo. (2012) *Ataques a la Integridad sexual*. Buenos Aires, Ed. Astrea
- Bowe Alarcón, J. L (2015); *El tratamiento del delito pornográfico infantil en la legislación ecuatoriana*. Quito, Ecuador.
- Cafferata Nores, J. (1999); *Antecedentes parlamentarios*; LL, Año VI N°5 Dossier Legislativo. Año III, N°78 (Septiembre de 2015). Legislación Extranjera, Pornografía Infantil. Biblioteca Congreso de la Nación Argentina.
- Canese Méndez, F. (2014). *Argentina: los buscadores no serán responsables por el resultado de las búsquedas*. Fecha de consulta: 10 de Abril de 2016. Disponible en: <https://www.fayerwayer.com/2014/11/argentina-los-buscadores-no-seran-responsables-por-el-resultado-de-las-busquedas/>.
- Carestia, F. S. (2015). *El factor de atribución subjetivo en la responsabilidad de los buscadores de internet. La necesidad de una orden judicial y de generar un esquema de incentivos adecuado*. Fecha de consulta 12 de Abril de 2016. Disponible en http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Carestia_EL-FACTOR.pdf.
- Crespo, A. E. (2009). *La pornografía infantil en el marco de los delitos informáticos y del llamado “derecho penal de las sociedades de riesgo”*. *Cuestiones problemáticas. Revista de derecho penal, procesal penal y criminología*. Fecha de consulta: 10 de Abril de 2016. Disponible en: <http://ww.derechopenalonline.com/derecho.php?id=41,689,0,0,1,0>.
- D’Alessio, A., (2009). *Código Penal de la Nación Comentado y Anotado*. Buenos Aires, Argentina, La Ley.

- Farinella, F. (2000). *Un proyecto de ley sobre protección de menores en internet. Sobre la conveniencia y la forma de comenzar a regular la red*. REVISTA www.saij.jus.gov.ar pág. 1 Id SAIJ: DACA000146. Fecha de consulta: 12 de Abril de 2016. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/doctrinaprint/daca000146-farinella-un-proyecto-ley-sobre.htm>.
- Fernández Delpech, H. (s.f.). *Fallo condenando a un sitio Web a pagar una indemnización de daños y perjuicios por un contenido*. Fecha de consulta: 12 de Abril de 2016. Disponible en: <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/JurisprudenciaArgCondenaSitioWeb.htm>.
- Ferrari, V. y Schnidrig, D. (2015). *Responsabilidad de intermediarios y derecho al olvido Aportes para la discusión Legislativa en Argentina*. Fecha de consulta: 12 de Abril de 2016. Disponible en: http://www.palermo.edu/cele/pdf/Policy_Paper_Derecho_al_Olvido.pdf.
- Gómez Maiorano, A. (09 de septiembre de 2010). *Ciberacoso: "Grooming". Un tipo penal necesario en nuestro sistema jurídico penal*. Buenos Aires: Editorial La Ley. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/>: AR/DOC/6044/2010. Consultado el 25 de marzo de 2016.
- González Herrera, A. H. (2006). *Problemática del bien jurídico en los nuevos delitos informáticos y telemáticos*. Fecha de consulta: 15 de Abril de 2016. Disponible en www.saij.jus.gov.ar.
- Iglesias, G. (2015). *La responsabilidad de los buscadores de internet después del caso Belén Rodríguez*. 15° Simposio Argentino de informática y derecho. Fecha de consulta 11 de Abril de 2016. Disponible en <http://44jaiio.sadio.org.ar/sites/default/files/sid131-145.pdf>.
- Lacman, V. (2006). *La pornografía infantil y la Internet*. Fecha de consulta 13 de Abril de 2016. Disponible en: <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/pornografia.htm>.
- Lezcano, J. M (2010). *Análisis de la Responsabilidad Civil de los Buscadores de Internet*. Fecha de consulta: 15 de Abril de 2016. Disponible en:

http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/21019/Documento_completo.pdf?sequence=1.

Litterio, L. (10 de marzo de 2011). El turismo sexual infantil. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/>: AR/DOC/528/2011. Consultado el 25 de marzo de 2016.

Llera, C. (marzo de 2011). *El ciber-acoso infantil. Su tipificación*. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/>: AR/DOC/4065/2011. Consultado el 25 de marzo de 2016.

Molina Quiroga, E. (2014) *Responsabilidad de los buscadores por contenidos publicados en internet*. JA-AbeledoPerrot. Fascículo 7, 2012-IV.

Morabito, M. (07 de junio de 2011). La regulación de los "delitos informáticos" en el Código Penal Argentino. Nuevas tendencias criminológicas en el ámbito de los delitos contra la integridad sexual y la problemática de persecución penal. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/>: AR/DOC/1758/2011. Consultado el 23 de marzo de 2016.

Morales, P. X. (s.f.). *Pornografía infantil. Bien jurídico protegido en las "representaciones gráficas" de menores de edad*. La Ley 23/07/2015, 23/07/2015, 1. Cita Online: AR/DOC/2320/2015.

Morillas Fernández, D.L (s/d); *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*; (s/d)

Parker, D., (1976). *Crime by computer*. Nueva York, Estados Unidos. Charles Scribner's Sons

Peña Labrin, D.E (2014); *Aproximación Criminológica: Delitos informáticos contra la indemnidad y libertades sexuales Ley 30096*; Lima, Perú.

Pont Vergés, F. (2007); *¿Debe prohibirse y sancionarse penalmente la divulgación de pornografía?* Suplemento de Derecho y Altas Tecnologías.

Reunión de las Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados; *Informe: Aportes para la Cooperación Regional en la Erradicación de la Explotación Sexual Infantil en el Ámbito del MERCOSUR y Estados Asociados*.

- Riquert M. (2014); *Derechos Humanos. La protección constitucional y penal de los niños frente a la pornografía infantil*. Brasil, Revista Jurídica Do Cesuca.
- Roldán, S. (febrero de 2014). La víctima en condición de vulnerabilidad frente a la corrupción de menores. Buenos Aires: Editorial La Ley. Recuperado de Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/>: AR/DOC/2220/2013. Consultado el 20 de marzo de 2016.
- Rodríguez N.V. (s/d); *Pornografía virtual infantil*; Universidad Autónoma de Barcelona. España.
1. Tazza, A. (07 de marzo de 2014). El delito de Grooming. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/>: AR/DOC/321/2014. Consultado el 27 de marzo de 2016.
 2. Tenca, A. (agosto de 2011). De la eliminación del tipo penal de corrupción de menores. Buenos Aires: Editorial La Ley. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/>: AR/DOC/1759/2011. Consultado el 27 de marzo de 2016.
- Vaninetti, H. A. (2015). *Los niños, niñas y adolescentes e Internet. Problemática. Prácticas que afectan sus derechos. Protección. Marco normativo*. DFyP 2015 (agosto), 20/08/2015, 34. Cita Online: AR/DOC/2087/2015.
- Zabale, E. A y Beltramone, G. (2014). *El fallo sobre la actividad de los buscadores en Internet: una novela con final abierto*. L.L. DJ. 04/02/2015, 7.

Normas y jurisprudencia

Asamblea General de las Naciones Unidas, Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño

Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño

Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal de Ecuador.

Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala VI, c. 36.524, "Feldman, A.", de 13/02/2009.

Congreso de la República del Perú, Ley 30.096

Congreso Mundial contra el Comercio y la Explotación Sexual de Niños
(Estocolmo, 1996)

Convenio sobre la Cibercriminalidad

Convenio de Budapest (Hungría 2001) tratado No.185

Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Lanzarote, España 2007) CETS No. 201

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2014). Rodriguez, Maria Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios. Fallo del 24 de octubre de 2010. Fecha de consulta 11 de Abril de 2016. Disponible en: <http://tuespaciojuridico.com.ar/tudoctrina/2014/10/29/jurisprudencia-de-la-csjn-rodriuez-maria-belen-c-google-inc-s-danos-y-perjuicios/>.

Corte Suprema de la Nación,, 11/12/1990, ED 141-443, con nota de Germán J. Bidart Campos; ídem, C. Fed. San Martín, sala 1ª, del 15/9/1995, causa "Riera, Miguel y otro".

Cortes Generales del Reino de España, Código Penal Español

Declaración y Programa de Acción Mundial contra la Explotación sexual infantil

Honorable Congreso de la Nación Argentina, Código Penal de la Nación Argentina

Honorable Congreso de la Nación Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

Honorable Congreso de la Nación Argentina, Ley 340

Honorable Congreso de la Nación Argentina, Ley 11.723

Honorable Congreso de la Nación Argentina. Ley 23.052.

MERCOSUR, 1º Congreso Internacional del Mercosur y los Estados Asociados sobre Trata de Personas y Pornografía Infantil

Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 182

Unión Europea, Directiva 92

Congreso Mundial contra el Comercio y la Explotación Sexual de Niños (Estocolmo, 1996) p8.

Convenio de Budapest (Hungría 2001) tratado No.185

Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Lanzarote, España 2007) CETS No. 201

**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>	Florencia Milagro Sallent Garcia
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	34.244.029
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	“La pornografía infantil a través de las redes informáticas. Responsabilidad, tenencia y distribución dentro del Derecho Penal Argentino”
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	Tuprincesita7@live.com.ar
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 toda la Tesis	si
Publicación parcial	no

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: 24/11/2016

Florencia Milagro Sallent Garcia

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

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

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado