



**Trabajo Final de Graduación. PIA**

**EL DELITO DE “TENENCIA SIMPLE DE PORNOGRAFÍA  
INFANTIL” (ART. 128, 2º PÁRR. CP): UN ANÁLISIS DEL OBJETO  
DE PROTECCIÓN A PARTIR DE LOS PRINCIPIOS  
CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL**

**Universidad Empresarial Siglo 21**

**Alumno: Javier Alejandro González**

**DNI: 25165040**

**Carrera de Abogacía**

**Número de Legajo: Vabg67833**

**2019**

## **Agradecimientos:**

*Escribo estas líneas de agradecimiento para mi familia, que confió en mí, me alentó a seguir y a lograr mis sueños.*

*A mis padres, Sarasu y Juan Carlos, quienes desde mi infancia me enseñaron acerca de la importancia de la educación y respaldaron los proyectos de mi vida.*

*A mis hermanas Vanesa y Claudia, que desde pequeñas dulcificaron mi vida y me alentaron a crecer cada día.*

*A mis hijas, Martina y Agustina, quienes, desde la nobleza de sus corazones, me han donado parte de su tiempo para que pueda culminar con mis estudios universitarios.*

*A mi sobrino, Nacho, quien lleno de jocosidad a nuestros momentos de dialogo.*

*Y a todas aquellas personas que en algún momento han sido parte en la realización de este proyecto.*

## Resumen

El presente trabajo abordará el objeto de protección del delito de *“tenencia simple de pornografía infantil”* (art. 128, 2º párr. CP, vigente a través de la Ley N° 27.436, B.O. 23/04/2018) a partir de los principios constitucionales del derecho penal. Desde el análisis de la política criminal, el Estado Nacional utilizó la Ley N° 27.436 (como otras normas de la misma especie, por ejemplo: la Ley N° 26.738, B.O. 07/04/2012) para poder prevenir y reprimir a posibles delincuentes sexuales de ataques más severos contra la integridad sexual de los menores de edad (e inclusive la propia vida de los niños); está sería la razón que justifica la intención de legislador de penar esta clase de conductas como la *“tenencia simple de pornografía infantil”* (art. 128, 2º párr. CP) o el *“child grooming”* (art. 131, CP). En consecuencia, debe analizarse si el castigo a raíz del *“objeto de protección”* sumamente debatido no quebranta además los principios de lesividad, culpabilidad, de inocencia y de acto resguardado por el plexo constitucional argentino. Se debe subrayar que los principios constitucionales derivados de la Constitución Nacional (1850-1860) constituyen la *“Carta Magna del Delincuente”* (Zaffaroni, Slokar y Alagia 2002; Balcarce, 2014). Es decir, en el fondo debe observarse si se está incurriendo en un derecho penal de autor (contrario a los arts. 18 y 19 de la CN) que habilita a penar por la sola calidad del sujeto o por un estado de cosas, peligrosidad o sospecha de un delito anterior o posterior a cometerse sin afectar el bien jurídico, entre otras cuestiones complejas. El debate se suscita en torno al objeto de protección del nuevo delito de *“tenencia simple de pornografía infantil”* (art. 128, 2º párr. CP) expresados en los fines (o alcances) de protección de la norma jurídica.

## Abstract

The present work will address the object of protection of the crime of *“simple possession of child pornography”* (article 128, 2º para. CP, in force through Law No. 27.436, BO 04/23/2018) based on the principles Constitutional Law. From the analysis of the criminal policy, the National State used Law N ° 27,436 (like other norms of the same kind, for example: Law N ° 26.738, BO 07/04/2012) to be able to prevent and

repress possible criminals sexual acts of more severe attacks against the sexual integrity of minors (and even the children's own lives); The reason that justifies the intention of the legislator to punish this type of behavior is the “simple possession of child pornography” (article 128, 2° para. CP) or “child grooming” (article 131, CP). Consequently, it must be analyzed whether the punishment as a result of the highly debated “object of protection” does not also violate the principles of lesividad, culpability, innocence and act protected by the Argentine constitutional plexus. It should be emphasized that the constitutional principles derived from the National Constitution (1850-1860) constitute the “Magna Carta of the Offender” (Zaffaroni, Slokar and Alagia 2002, Balcarce, 2014). That is to say, in the end, it must be observed whether a criminal law of authorship is being committed (contrary to articles 18 and 19 of the CN), which makes it possible to punish for the sole quality of the subject or for a state of affairs, dangerousness or suspicion of a crime before or after committing without affecting the legal right, among other complex issues. The debate arises around the object of protection of the new crime of “simple possession of child pornography” (article 128, 2° para. CP) expressed in the aims (or scopes) of protection of the legal norm.

**Keywords:** Criminal Code - crime - simple possession - child pornography - object of protection - constitutional principles.

**Palabras claves:** Código Penal - delito - tenencia simple - pornografía infantil - objeto de protección - principios constitucionales.

## Índice

✚	Introducción.....	pág. 8
✚	Capítulo I: <i>Delitos contra la integridad sexual y pornografía infantil en el derecho argentino</i> .....	pág. 14
	1. Introducción.....	pág. 14
	2. Un examen crítico de la política criminal argentina para prevenir y castigar los delitos sexuales contra los niños, niñas y adolescentes.....	pág. 15
	3. Los delitos contra la integridad sexual.....	pág. 17
	3.1. Bien jurídico en general.....	pág. 18
	3.2. Sistematización de los diferentes delitos sexuales en el Código Penal argentino.....	pág. 20
	4. El delito de pornografía infantil.....	pág. 22
	4.1. Antecedentes.....	pág. 23
	4.2. Los tipos penales contemplados en el art. 128 del CP.....	pág. 24

4.2.1. Análisis de las distintas figuras desde la teoría del delito...	pág. 26
5. Conclusiones Parciales.....	pág. 29
<b>✚ Capítulo II: <i>Un análisis de la tenencia simple de pornografía infantil: art. 128, 2º párr. CP (Ley N° 27.436, B.O. 23/04/2018)</i>.....</b>	<b>pág. 32</b>
1. Introducción.....	pág. 32
2. El delito de tenencia simple de pornografía infantil.....	pág. 33
2.1.    Antecedente en el derecho comparado.....	pág. 34
2.2.    La intención de los legisladores en la actual redacción del art. 128, 2º párr. CP a través de la Ley N° 27.436.....	pág. 35
3. El aspecto objetivo y subjetivo del 128, 2º párr. CP.....	pág. 36
3.1.    La materialidad del delito y los sujetos.....	pág. 37
3.2.    El aspecto subjetivo.....	pág. 38
4. Consumación, Tentativa. Participación.....	pág. 38
5. Conclusiones Parciales.....	pág. 38
<b>✚ Capítulo III: <i>El objeto de protección del delito de “tenencia simple de pornografía infantil” y los principios constituciones del derecho penal</i>.....</b>	<b>pág. 41</b>
1. Introducción.....	pág. 41
2. Los principios constituciones del derecho penal.....	pág. 42
2.1.    Principio de legalidad.....	pág. 42
2.2.    Principio de culpabilidad.....	pág. 43

2.3.	Principio de proporcionalidad.....	pág. 46
2.4.	Principio de inocencia.....	pág. 48
3.	El objeto de protección del delito de “tenencia simple de pornografía infantil” y los principios constituciones del derecho penal.....	pág. 48
3.1.	Justificación y determinación del objeto de protección del art. 128, 2º párr. CP.....	pág. 49
3.2.	La transgresión de los principios constituciones del derecho penal a partir del objeto de protección del art. 128, 2º párr. CP (Ley N° 27.436, B.O. 23/04/2018) .....	pág. 50
4.	La jurisprudencia argentina y la interpretación del objeto de protección del delito de “tenencia simple de pornografía infantil” .....	pág. 53
5.	Conclusiones Parciales.....	pág. 55

	<b>Conclusiones.....</b>	<b>pág. 58</b>
---	--------------------------	----------------

	<b>Listado de Bibliografía.....</b>	<b>pág. 65</b>
---	-------------------------------------	----------------

# **Introducción**

## Introducción

El presente Trabajo Final de Graduación abordará el objeto de protección del delito de “*tenencia simple de pornografía infantil*” (art. 128, 2º párr. CP, vigente a través de la Ley N° 27.436, B.O. 23/04/2018) a partir de los principios constitucionales del derecho penal. El delito en cuestión denota dos conceptos: por un lado, la “tenencia simple”, que puede ser definida como el estado de cosas o hecho de que una persona tenga una cosa bajo su poder, y por el otro lado, “la pornografía infantil”, que puede ser entendida a través de su moderna idea como toda representación (por cualquier medio) de un menor de edad realizando conductas sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines especialmente sexuales.

El *problema de investigación* que origino este trabajo de grado es el siguiente: *¿cuál es el objeto de protección del nuevo delito de “tenencia simple de pornografía infantil” incorporado al Código Penal a través de la Ley N° 27.436 (B.O. 23/04/2018) en el art. 128, 2º párr.?* La hipótesis de trabajo: el objeto de protección en el delito de “tenencia simple de pornografía infantil” incorporado al Código Penal a través de la Ley N° 27.436 (B.O. 23/04/2018) en el art. 128, 2º párr. es el derecho a la imagen personal y el derecho al olvido, interpretar (o entender) de otra manera sería contradecir los principios constitucionales del derecho penal como plantea la doctrina tradicional o bien, los argumentos parlamentarios. En consecuencia, se considera que el Código Penal de la Nación incorporo un nuevo objeto de protección (o bien jurídico defendible) que se ajusta a los principios constitucionales del derecho penal e indiscutiblemente se verifica su despliegue entre la conducta realizada por el sujeto activo y la afectación del bien jurídico del sujeto pasivo que serán menores de 18 años.

En lo referente a los objetivos del TFG: por un lado, el objetivo general: analizar el objeto de protección del nuevo delito de “tenencia simple de pornografía infantil” incorporado al Código Penal a través de la Ley N° 27.436 (B.O. 23/04/2018) en el art. 128, 2º párr.; y por el otro lado, los objetivos específicos: definir el bien jurídico general del Título III “Delitos Contra La Integridad Sexual” que comprende los arts. 119 a 133 del Código Penal; describir los antecedentes del delito de pornografía infantil y sus diferentes reformas desde la política criminal; analizar las diferentes figuras jurídicas delictivas que comprende el art. 128 del C.P. a raíz de la Ley N° 27.436 del año 2018; analizar el tipo objetivo y subjetivo del delito de “tenencia simple de pornografía

infantil” receptado recientemente por art. 128, 2º párr. del Código Penal; analizar la vinculación con el objeto de protección del art. 128, 2º párr. del Código Penal con los principios de lesividad, culpabilidad, de inocencia y de acto; y examinar la afectación del bien jurídico en relación con el monto de pena establecido en el art. 128, 2º párr. desde el principio de proporcionalidad.

Desde el análisis de la política criminal, el Estado Nacional utilizó la Ley N° 27.436 (como otras normas de la misma especie, por ejemplo: la Ley N° 26.738, B.O. 07/04/2012) para poder prevenir y reprimir a posibles delincuentes sexuales de ataques más severos contra la integridad sexual de los menores de edad (e inclusive la propia vida de los niños); esta sería la razón que justifica la intención de legislador de penar esta clase de conductas como la “tenencia simple de pornografía infantil” (art. 128, 2º párr. CP) o el “child grooming” (art. 131, CP)<sup>1</sup>.

En consecuencia, debe analizarse si el castigo a raíz del “objeto de protección” sumamente debatido no quebranta además los principios de lesividad, culpabilidad, de inocencia y de acto resguardado por el plexo constitucional argentino. Se debe subrayar que los principios constitucionales derivados de la Constitución Nacional (1850-1860) constituyen la “Carta Magna del Delincuente” (Zaffaroni, Slokar y Alagia 2002; Balcarce, 2014)

Es decir, en el fondo debe observarse si se está incurriendo en un derecho penal de autor (contrario a los arts. 18 y 19 de la CN) que habilita a penar por la sola calidad del sujeto o por un estado de cosas, peligrosidad o sospecha de un delito anterior o posterior a cometerse sin afectar el bien jurídico, entre otras cuestiones complejas. Recientemente, con la Ley N° 27.436 se modifica el art. 128 del Código Penal de la Nación (en adelante CP) sanciona como delito “la tenencia simple de material pornográfico infantil”.

En resumidas cuentas, el legislador argentino ha decidido castigar con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder toda representación de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales explícitas o de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales. Al mismo tiempo, se agrava el delito

---

<sup>1</sup> Véase, Código Penal de la Nación. Art. 131 (Ley N° 26.738, B.O. 07/04/2012)

en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.<sup>2</sup>

Existen discrepancias en torno al bien jurídico protegido en el art. 128, por un lado, algunos consideran que el bien jurídico protegido en estas figuras es la “libertad sexual”, cuya tutela se manifiesta en este caso a través de la amparo de los menores de 18 años (entre ellos, Fontán Balestra, Tenca, etc.), y por el otro lado, se entiende que verdaderamente el bien jurídico protegido es la protección integral del menor de dieciocho (18) años como probable sujeto de una explotación sexual en el ámbito de la pornografía (Buompadre, Creus).

El debate se suscita en torno al objeto de protección del nuevo delito de “tenencia simple de pornografía infantil” (art. 128, 2º párr. CP) expresados en los fines (o alcances) de protección de la norma jurídica.

El Trabajo Final de Graduación está estructurado y dividido en tres capítulos que a continuación se detallarán de la siguiente forma:

El Capítulo I: “*Delitos contra la integridad sexual y pornografía infantil en el derecho argentino*”, tiene como objetivo analizar nociones generales de la política criminal en torno a los delitos sexuales contra los niños, niñas y adolescentes, y consecuentemente, se examinarán ciertas cuestiones de los delitos sexuales regulados en el Código Penal de la Nación y específicamente los tipos penales contemplados en el art. 128 del CP. En consecuencia, se analizarán y desarrollarán los siguientes temas: un examen crítico de la política criminal argentina para prevenir y castigar los delitos sexuales contra los niños, niñas y adolescentes; los delitos contra la integridad sexual: bien jurídico en general y sistematización de los diferentes delitos sexuales en el Código Penal argentino; y el delito de pornografía infantil: antecedentes, los tipos penales contemplados en el art. 128 del CP y las distintas figuras desde la teoría del delito.

El Capítulo II: “*Un análisis de la tenencia simple de pornografía infantil: art. 128, 2º párr. CP (Ley N° 27.436, B.O. 23/04/2018)*”, tiene como fin la observación crítica y explicación del tipo penal que castiga a la simple tenencia de pornografía infantil regulado en el art. 128, 21 parr. del Código Penal de la Nación, además, se tuvo en cuenta en el estudio la discusión parlamentaria que giro alrededor de la sanción del

---

<sup>2</sup> Véase, Código Penal de la Nación. Art. 128 (Ley N° 27.436, B.O. 23/04/2018)

delito, asunto que es relevante para poder desentrañar la postura de los legisladores (este análisis es denominado la “intención del legislador” cuestión que es importante para comprender el tipo penal) y posteriormente el verdadero bien jurídico protegido. En consecuencia, se analizará y desarrollará los siguientes temas: el delito de tenencia simple de pornografía infantil: antecedente en el derecho comparado y la intención de los legisladores en la actual redacción del art. 128, 2º párr. CP a través de la Ley N° 27.436; y por último, se examinará y explicará el aspecto objetivo y subjetivo del 128, 2º párr. CP (la materialidad del delito y los sujetos, el aspecto subjetivo, consumación, tentativa y participación).

El Capítulo III: “*El objeto de protección del delito de tenencia simple de pornografía infantil y los principios constituciones del derecho penal*”, tiene como fin el examen del bien jurídico protegido por el 128, 2º párr. CP y su relación con los principios del derecho penal que pretenden asegurar los derechos y garantías de las personas contemplados en la Constitución Nacional. En efecto, aquí radica la importancia de analizar y determinar el objeto de protección del delito de tenencia simple de pornografía infantil en un Estado de Derecho. Por consiguiente, se analizará y desarrollarán los siguientes temas: los principios constituciones del derecho penal: principio de legalidad, principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad y principio de inocencia; el objeto de protección del delito de “tenencia simple de pornografía infantil” y los principios constituciones del derecho penal: justificación y determinación del objeto de protección del art. 128, 2º párr. CP. y la transgresión de los principios constituciones del derecho penal a partir del objeto de protección del art. 128, 2º párr. CP (Ley N° 27.436, B.O. 23/04/2018); y por último, se examinará la jurisprudencia argentina y la interpretación del objeto de protección del delito de “tenencia simple de pornografía infantil”.

Y para finalizar, se efectuarán las conclusiones finales que tiene como fin confirmar o rechazar la hipótesis de trabajo donde se consideró que el Código Penal agregó un nuevo bien jurídico protegido que esta en consonancia a los principios constitucional del derecho penal. En fin , se estima a *prima facie -a primera vista-* que el objeto de protección en el delito de “tenencia simple de pornografía infantil” incorporado al Código Penal a través de la Ley N° 27.436 (B.O. 23/04/2018) en el art. 128, 2º párr. es el derecho a la imagen personal y el derecho al olvido.

Por último, el *marco metodológico*: el tipo de estudio o investigación que seleccionó es el descriptivo puesto que es el correcto para la comprensión que se tiene sobre el problema de investigación y el alcance que se procuró conseguir. El “método descriptivo” fue esgrimido para determinar el objeto de protección del nuevo delito de “tenencia simple de pornografía infantil” (art. 128, 2º párr.) incorporado al Código Penal a través de la Ley N° 27.436 (B.O. 23/04/2018). En función al tipo de problema de investigación y a los objetivos planteados, se consideró que la óptima es la “estrategia metodológica cualitativa”, aplicada en las ciencias sociales. En cuanto a la delimitación temporal, exploró desde la sanción del Código Penal de la Nación en 1921, que entró en vigor en el año 1922, y principalmente, analizó su reciente modificación a través de la Ley N° 27.436, del año 2018. Al mismo tiempo, se tuvo en cuenta la Constitución Nacional desde la reforma constitucional de 1994 y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 72 inc. 22). En el ámbito espacial, se analizó el art. 128, 2º párr. del Código Penal con el fin determinar cuál es el objeto de protección del nuevo delito de “tenencia simple de pornografía infantil” vigente en el derecho penal argentino. Asimismo, los niveles de análisis, la investigación alcanzó el estudio de legislación, doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera.

# Capítulo I

## Capítulo I

### Delitos contra la integridad sexual y pornografía infantil en el derecho argentino

#### 1. Introducción

El Capítulo I: “*Delitos contra la integridad sexual y pornografía infantil en el derecho argentino*”, tiene como objetivo analizar nociones generales de la política criminal en torno a los delitos sexuales contra los niños, niñas y adolescentes, y consecuentemente, se examinarán ciertas cuestiones de los delitos sexuales regulados en el Código Penal de la Nación y específicamente los tipos penales contemplados en el art. 128 del CP. En consecuencia, se analizarán y desarrollarán los siguientes temas: un examen crítico de la política criminal argentina para prevenir y castigar los delitos sexuales contra los niños, niñas y adolescentes; los delitos contra la integridad sexual: bien jurídico en general y sistematización de los diferentes delitos sexuales en el Código Penal argentino; y el delito de pornografía infantil: antecedentes, los tipos penales contemplados en el art. 128 del CP y las distintas figuras desde la teoría del delito.

Tanto los “delitos contra la integridad sexual”, como los concernientes a la pornografía infantil tienen en común el componente sexual, ya sea teniendo en cuenta como lo carnal, como el normal desarrollo de la sexualidad, el conocimiento de esta, o la limitación del acceso a ella en los casos considerados que no se ha alcanzado la capacidad para discernir la magnitud de dicho acto.

La expresión “integridad sexual” vino a suplantar la anterior designación de “delitos contra la honestidad” aunque sigue considerándose que la nueva rúbrica es imprecisa, ya que lo que el derecho pretende proteger es la integridad de la persona en su conjunto, de los cuales uno de sus caracteres es el libre desarrollo de la sexualidad.

Pero el término empleado por el legislador intento expresar la idea de libertad del individuo para elegir éste cómo desarrollar su sexualidad, abandonando los anteriores lineamientos sujetos a cuestiones éticas o morales y adoptando una noción de derecho penal más pluralista.

## **2. Un examen crítico de la política criminal argentina para prevenir y castigar los delitos sexuales contra los niños, niñas y adolescentes**

La norma vinculada a los delitos contra la integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNyA), atravesó constantes idas y vueltas y remiendas, hasta lograr soluciones que no fueron del todo correctas y que incluso destruyeron estándares impuestos por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (“SIPDH”). Comenzaron entonces, a alzarse voces que exigían un debate.

El 15 de junio de 2018, el Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se hizo eco de ellas y llevo adelante una jornada denominada: “Debate en torno a la acción penal en los delitos contra la integridad sexual de niños, niñas y adolescentes”. La misma, estuvo conformada por un panel de expertos en la materia, que desarrollo con profundidad la temática.<sup>3</sup>

En nuestro país, el régimen de la acción penal se encuentra regulado en los arts. 62, 63, 67, 71 y 72 del Código Penal, donde los delitos que afectan la integridad y libertad sexual dependen de instancia privada para impulsar la acción. Y esto es así claramente por decisiones de política criminal.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Véase, Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2018). “Debate en torno a la acción penal en los delitos contra la integridad sexual de NNyA”, Fecha: 15/06/2018. Visitado el día: 15/01/2018. Disponible en [en línea]: <http://mptutelar.gob.ar/content/debate-en-torno-la-acci-n-penal-en-los-delitos-contra-la-integridad-sexual-de-nnya.html>

<sup>4</sup> Véase, Código Penal de la Nacion. Arts. 62, 63, 67,71 y 72.

Si analizamos el derecho comparado, el método legislativo utilizado por nuestro legislador en lo referente a la acción penal, al contener los conflictos de los NNyA, resulta moderno, aunque no alcanza para lograr el objetivo (Bregantic, 2018).

El propio Código Penal de 1921, no atendía estas problemáticas, pero en el año 2011, se sanciona la llamada “ley Piazza” (Ley N° 26.705) que cambio el art. 63 del Código, al establecer:

En los delitos contra la integridad sexual cometidos contra menores de edad, la prescripción de la acción empezará a correr desde el momento de la medianoche del día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad. Si consecuencia de estos delitos, se haya producido la muerte del menor, la prescripción correrá desde la medianoche donde aquel hubiera logrado la mayoría de edad.<sup>5</sup>

La norma afectaba el plazo considerado razonable, dando lugar a periodos muertos en el plano procesal, por ello mismo en 2015 la Ley N° 27.206, llevo a cabo modificaciones para perfeccionar la regulación de esta problemática (Bregantic, 2018).

Así, el art. 2 en su párrafo quinto determinó:

En los delitos contra la integridad sexual queda suspendida la prescripción mientras la victima sea menor y hasta que llegada a la mayoría de edad, formule por si la denuncia o la confirme cuando sea expuesta por sus representantes legales siendo ella menor. Si producto de alguno de los delitos, resultare la muerte del menor, la prescripción correrá desde la medianoche del día en que hubiera alcanzado la mayoría de edad.<sup>6</sup>

Sin embargo, más allá de las correcciones que logro introducir la Ley N° 27.206, provocó inconscientemente que se presente una contradicción: por una parte, se intentaba desarrollar una legislación que sea más abarcativo de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, y por otro, no sé les dio a ellos el lugar que le correspondía.

No existiría problema, cuando el menor de edad confirme la denuncia efectuada por sus representantes, sino cuando él mismo quiera formularla, ya que se encuentra imposibilitado para ello. Por lo que hasta tanto la legislación no se modifique, por más

---

<sup>5</sup> Código Penal de la Nacion. Art. 63 (Ley N° 26.705)

<sup>6</sup> Ley N° 27.206. Art. 2

esfuerzos que se hagan en amparar los Derechos humanos de NNyA; solo se podrá recurrir a técnicas de interpretación del arts. 67 y 72.

Con respecto a este tipo de política criminal, antes mencionada, corresponde preguntarse: *¿acción pública o acción dependiente de instancia privada?* Elegir una u otra como respuesta dependerá de la política criminal adoptada por cada Estado.

Actualmente la solución se inclina a que estos delitos correspondan a la instancia privada, a fin de evitar la revictimización de la víctima en temas tan dañosos como lo son los delitos contra la integridad sexual (Tenca, 2001).

Sin embargo, hay cuestiones que indudablemente no pueden quedar limitadas a la decisión personal de la víctima, y necesariamente el Estado debe intervenir de oficio para protegerlas (Bregantic, 2018).

Por ello el art. 72 del Código Penal de la Nación, en su sexto párrafo declara:

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.<sup>7</sup>

El ordenamiento jurídico argentino debe cumplir el deber de encontrar la verdad, prevenir, llevar adelante la investigación y castigar estas acciones, implementando los mecanismos que eviten la revictimización de las víctimas, propugnando la defensa del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, evitando que las mismas se propaguen o asienten como permitidas cuando quedan impunes.

En consecuencia, si la acción que depende de instancia privada no es instada, se considerará que el delito no se cometió o, bien se archivaran las actuaciones. No hace falta explicar lo aberrante que esto sería para las víctimas.

### **3. Los delitos contra la integridad sexual**

---

<sup>7</sup> Código Penal de la Nación. Art. 72

Los llamados delitos de violación, estupro, abuso deshonesto y raptó se mantuvieron sin modificación, desde la sanción del Código Penal, hasta la sanción de la Ley N° 25.087 en el año 1999.

La ley anterior organizaba el título en 5 capítulos: Capítulo I “adulterio”, - Capítulo II: “Violación y estupro”, Capítulo III: “Corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor”, Capítulo IV: “Raptó”, y Capítulo V: “Disposiciones comunes a los capítulos anteriores”, mientras que la actual introdujo una sistemática totalmente diferente, eliminando la organización en cuanto la objetividad de los delitos y cambiando por completo el título que antes se encontraba bajo el nombre de “Delitos contra la Honestidad”, definiéndolo ahora como “Delitos contra la Integridad Sexual”.

### **3.1. Bien jurídico en general**

Anteriormente el título se rotulaba como “Delitos contra la honestidad”, lo cual fue modificado por la Ley N° 25.087 designándolo “Delitos contra la integridad sexual”. El cambio se debe a que se modificó el bien jurídico protegido, que ahora es la integridad sexual y ya no la honestidad.

Asimismo, debe adelantarse que en el fondo la doctrina y jurisprudencia mayoritaria consideran que el bien jurídico protegido en el título en general es la “libertad sexual de las personas (Tenca, 2001; Nuñez, 2008; Buompadre, 2012).

La modificación implicó que se derogaran algunas figuras antes contenidas en el capítulo, y que se incluyeran grandes modificaciones en aquellas que se mantuvieron. Aparecen con ellas, variadas formas de ofender el nuevo bien jurídico protegido, obstaculizando el trabajo del juzgador, en algunos casos.

La labor legislativa no fue buena, en la medida que derogó artículos que quedaron sin contenido, y otros, como el art. 119 del CP, contempló tres tipos penales diferentes y sus agravantes, donde la intensificación de la pena no es correlativa a los tres, sino solo a dos de ellos. Por lo que lo correcto hubiera sido que se mantengan los capítulos con sus denominaciones dependientes de las figuras que contenían y regular los agravantes por separados.

Por otro lado, tampoco logró resolver conflictos doctrinarios que se presentaban en distintos tipos penales, como ser la “fellatio in ore”, donde no quedaba claro si la misma configuraba o no una violación (en la actualidad esta discusión está zanjada, con la modificación del art. 119, por la Ley N° 27.352 del año 2017)<sup>8</sup>, como otras cuestiones referidas a interpretaciones, como ser el caso de las exhibiciones obscenas que no detallaba que acciones la comprendían, o bien el significado de “pornográfico”.

Entonces, si bien se produce un avance con la nueva designación del título, la misma no deja de ser objeto de críticas, ya que no se refiere a concretos bienes jurídicos, sino que deja la problemática a una interpretación, relacionada con la castidad o virginidad, forma en la que es entendida la palabra “integridad” (Tenca, 2001).

Al mismo tiempo, el sentido que se le concede a la significación de “integridad sexual” resulta manifiestamente vago y amplio al identificarlo como lesiones a la integridad física y psíquica de un individuo o una afectación a su dignidad, dado que la mayoría de los actos delictivos crean estos efectos sobre un sujeto.

Se ha considerado con razón que la crítica podría recaer sobre la cuestión de que un individuo no deja de ser íntegra desde el punto de vista sexual, aunque ella no sea recta e intachable, es decir, que “íntegro” significa para la lengua aquello que no carece de ninguna de sus partes, por lo que, los abusos descriptos en los tipos penales, demuestran que no están del todo correctamente conceptualizados (De Luca y López Casariego, 2009).

Con el objetivo de especificar cuál es el bien jurídico protegido por el título que estamos analizando, no existen dudas que corresponde a la libertad sexual, entendida esta como el derecho de cada persona de disponer de su cuerpo en cuanto a lo sexual. El derecho de reserva, de poder decir “no” a situaciones a las que el sujeto no quiere formar parte. El poder elegir libremente lo que uno desea o rechaza que se lo hagan.

Haremos referencia a la definición que arroja Carlos Creus sobre integridad sexual, aludiendo a ella como el ejercicio normal de la sexualidad que se fundamenta sobre la libertad de la persona (Creus, 1999).

---

<sup>8</sup> Véase, Código Penal de la Nación. Art. 119

Además, explica el Profesor Creus, que el sujeto debe estar preparado y desarrollado física y psíquicamente para tomar esta decisión (Creus, 1999); (incluyendo el entorno social que lo rodea), situación que lo revela la edad de la persona y las presunciones que hace la ley (por ejemplo: un menor de 13 años no puede discernir el acto sexual que está consintiendo, por lo tanto, por más, que exista consentimiento en términos coloquiales, será delito, pues, ese consentimiento está viciado, según la presunción que hace el legislador penal en el art. 119 del CP).

Para los supuestos de personas mayores, que posee total capacidad para discernir y tomar decisiones sobre su sexualidad; los tipos penales exigirán para su configuración, que su voluntad se encuentre viciada, ya sea por un acto de violencia, amenaza, o engaños.

Por su parte para los delitos en el que la víctima sea un menor de edad, o que no puedan comprender el acto por alguna incapacidad, se presume que los mismos no poseen libertad para determinar, y sobre ellos se atentará contra la llamada indemnidad o intangibilidad sexual; donde lo que se protege es, en los menores la libertad que tendrá el menor en un futuro, que o se vea afectado el normal desarrollo de su crecimiento y personalidad; y en los incapaces para comprender se los protege de ser usados como objetos sexuales (Buompadre, 2000).

Por lo que “integridad sexual” no es más que la libertad en el plano sexual de los mayores de 18 años, y el normal desarrollo sexual de los menores de dicha edad, considerando que ninguna persona puede intervenir en el ámbito sexual de otra sin que este preste su voluntad.

### **3.2. Sistematización de los diferentes delitos sexuales en el Código Penal argentino**

El Código Penal de la Nación contiene en el título “*delitos contra la integridad sexual*” diferentes tipos penales que pueden asociarse, según cual sea el objeto principal de protección, así:

a) el abuso sexual y las figuras vinculadas a él (el art. 119 contiene tres alternativas: abuso sexual simple, abuso sexual gravemente ultrajante y el que fue realizado con acceso carnal, es decir la llamada “violación”);

b) el art. 120 por su parte desarrolla el abuso sexual gravemente ultrajante o con acceso carnal, que es producido mediando seducción por parte del autor se denomina “estupro”;

c) el art. 125 describe la corrupción de menores de dieciocho años y su figura agravada, cuando es cometida a menores de trece años y también a la agravante por la forma en que se comete, es decir, cuando es ejercida mediante engaño, violencia, amenaza, etc., o por la calidad de los autores, tales como el ascendiente, el cónyuge, el hermano, etc.);

d) el arts. 125 bis, 126 y 127, contemplan la prostitución, su promoción y facilitación; y la explotación económica de la misma. El art. 125 bis trata la promoción y facilitación de menores de dieciocho años; que se agrava cuando la víctima tiene menos de 13 años o bien por los medios que utiliza el autor para cometerlo o la calidad que él reúne.

El art. 126 se encarga de la promoción o facilitación de la prostitución sobre personas mayores de 18 años, y el art. 127 se ocupa de la explotación económica de quien ejerce la prostitución.

Los antiguos arts. 127 bis y 127 ter. que tipificaban, la trata de mayores y menores de dieciocho años para el ejercicio de la prostitución, se derogaron en el año 2008, por la ley 26.364, aunque no se excluyeron por completo, sino que quedaron encuadrados en las figuras más amplias sobre trata de personas para su explotación que están reguladas en el art 145 bis y 145 ter. que refieren a los delitos contra la libertad.

Siguiendo con la sistematización del Código Penal en relación con los delitos sexuales:

e) otro grupo comprende las representaciones gráficas o espectáculos públicos donde se expongan a menores para realizar explícitas actividades sexuales; o las acciones que faciliten el acceso de menores a espectáculos donde se exhiba pornografía, o se les suministre material de dicho carácter (art. 128, reformado) y a las exhibiciones obscenas (art. 129); f) por su parte en el art. 130 desarrolla el delito de rapto; g) finalmente, los artículos contenidos en el cap. V aluden al ejercicio de las acciones (art. 132) y a la pena a aplicarse por cooperar en el hecho, personas que se encuentren vinculadas al sujeto pasivo (art. 133).

#### 4. El delito de pornografía infantil

En el art. 128 se establece que se aplicará prisión de seis meses a cuatro años al que produjere o publicare imágenes pornográficas donde se expongan a menores de 18 años; o al que organizare espectáculos en vivo donde intervengan menores y se exhiba material pornográfico en ellos. O al que distribuya imágenes pornográficas donde quede de manifiesto que se grabó o fotografió la exhibición de menores de 18 años, al tiempo de producirse dichas imágenes. Por otra parte, prevé una pena de prisión de un mes a tres años a quien facilite el acceso a espectáculos pornográficos o suministre a menores de 14 años, material con contenido pornográfico.<sup>9</sup>

Debe subrayarse que se modificó el art 128 del Código Penal a través de la Ley N° 27.436 (B.O. 23/4/2018) disponiendo que *“será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior”*.<sup>10</sup> Aquí se está castigando la “tenencia simple de material pornográfico”, situación jurídica que será analizada en el Cap. III en relación con el objeto de protección del delito y sus consecuencias.

Ahora bien, el art. 128 incorporado por la Ley N° 25.087 estaba destinado a lograr una protección completa del menor de dieciocho años, entendido en los casos de pornografía, como el sujeto pasivo de la transgresión de índole sexual. Pero esta protección estaba limitada a un entorno individual, y en conjunto la aplicación de la norma era muy restringida, sin contemplar los casos de explotaciones colectivas o de aplicación de criminalidad organizada.

Otra dificultad se presentaba en el término “pornográfico”, que suplanto el antiguo concepto de “obscenidad”. Posteriormente la Ley N° 26.388 aporta modificaciones al art. 128 desarrollando con mayor exactitud cuáles son las acciones en las que deben encontrarse involucrado un menor para configurar el tipo descrito en el artículo: actividades sexuales explícitas o representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales; y a su vez castiga la producción o publicación de imágenes relacionadas con el menor, la financiación, el ofrecimiento, la

---

<sup>9</sup> Véase, Código Penal de la Nación. Art. 128

<sup>10</sup> Código Penal de la Nación. Art. 128

comercialización, facilitación, divulgación o distribución de cualquier modo o por cualquier medio, comprendiendo incluso la circulación por vía web de imágenes de menores, lo cual antes no estaba contemplado (Fontán Balestra, 2013).

Actualmente, el art. 128 del CP, en su última reforma por la Ley N° 27.436 (23/4/2018) contiene en el primer párrafo una pena de prisión de tres a seis años, quedando el resto del contenido sin cambios. El segundo párrafo prevé pena la simple tenencia de material pornográfico, castigándola con cuatros meses a un año para aquel que a sabiendas contenga en su poder alguna de las representaciones expuestas por el párrafo primero. El tercer párrafo determina una pena de seis meses a dos años para aquel que contenga en su poder dicho material, pero con fines inequívocos de ser distribuidos o comercializados El cuarto párrafo no sufre modificaciones y reprime con prisión de un mes a tres años al que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años. Por último, el quinto párrafo aumenta las escalas en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuera menor de trece años.

#### **4.1. Antecedentes**

La nueva normativa reposa sus antecedentes en la reforma del Código de España de 1995, con base en la libertad individual de cada persona, castiga las conductas donde se encuentren involucrados menores, sin contemplar los casos donde se expongan a mayores de edad. En el proyecto de 1906, de nuestro país, el art. 133 es el responsable de incluir el primer antecedente de la norma, que luego se plasma en el art. 128 del proyecto del año 1917 (Buompadre, 2000).

Algunos autores mencionan que el antecedente es el Código de Italia, aunque Núñez (2008) lo corrige manifestando que es diferente a nuestra legislación.

Como mencionamos, el antecedente mediato es el Código Español. El mismo, en el art. 186 castiga la difusión, venta o exhibición de material pornográfico, en los siguientes términos: el que, por cualquier medio directo, difundiere, vendiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces será castigado con pena de multa de tres a diez meses. En la reforma del Código Español de 1999 se incorporó la expresión “por cualquier medio” el calificativo “directo”, de los cuales se

interpreta que el sujeto pasivo debe estar presente al momento en que se produzca la acción configurativa del delito (Donna, 2001).

La redacción del tipo se limita a tres acciones concretas: a) difundir material pornográfico; b) vender dicho material, y c) exhibirlo. Ni los proyectos anteriores al Código de 1886, ni tampoco el Proyecto de 1891, o la Ley de Reformas de 1903, incluyen normas similares a las expuestas y, mucho menos, a las contenidas actualmente en nuestro Código Penal.

El art. 133 del Proyecto de 1906 es sin dudas, al que debe reconocerse como la fuente principal y tal vez la única, de los art 128 y 129. El cual receptaba bajo el título “escritos e imágenes obscenas”, los delitos donde se publicare, fabricaren o reprodujere libros, escritos, figuras, imágenes u objetos obscenos, y al que los expusiere, distribuyere o hiciera circular, castigándolos con prisión de quince días a un año (Buompadre, 2000).

#### **4.2. Los tipos penales contemplados en el art. 128 del CP.**

El actual art. 128 del Código Penal, contiene varias formas típicas relacionadas con la cuestión pornográfica en la que intervienen menores de edad: en el primer párrafo se castiga con prisión de tres a seis años a quien produce o publica imágenes pornográficas, o a quien organiza espectáculos del mismo carácter; el segundo párrafo sanciona con pena de prisión de cuatro meses a un año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior; por su parte, el tercer párrafo pena con prisión de seis meses a dos años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización; y el cuarto párrafo reprime con prisión de un mes a tres años al que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o bien suministre material pornográfico a menores de catorce (14) años.

A continuación, el análisis de estas conductas típicas detalladas en la norma penal del art. 128 del CP:

a) *Producir*: explica el Dr. Buompadre que, produce material pornográfico quien efectúa, crea, fabrica, elabora, una imagen pornográfica en donde se muestre la figura

de un menor de edad. La producción puede alcanzar según el mismo autor, el proceso de reproducción o reimpresión de la imagen, como también su edición, filmación, entre otros (Buompadre, 2012).

Según lo detalla Fontán Balestra, la misma debe ir acompañada de la voluntad de su difusión (propagación), ya que la simple producción se equipará a la tenencia de las representaciones a las que sólo es punible cuando inequívocamente tiene destino de distribución o comercialización (Fontán Balestra, 2013).

b) *Financiar*, consiste en otorgar los medios materiales necesarios para llevar adelante alguna de las otras conductas previstas en la disposición; c) *Ofrecer*, significa exponer alguno de los objetos del delito para que los adquiera un tercero u obligarse a hacerlo; d) *Comerciar*, es negociar con la venta o permuta del material pornográfico. Por lo que el consumidor no es punible, sí aquel poseedor del material, que tenga claras intenciones de comercializarlas; e) *Publicar*, la acción de aquel que difunde propaga, divulga la imagen (Buompadre, 2000, 2012).

El medio utilizado no es importante, pero debe provocar que las imágenes publicadas lleguen a conocimiento de un sinnúmero de personas, sea a través de un diario o revista, el correo, internet, etc.

i) *Facilitar*, debe ser interpretado como quien logra eliminar los obstáculos o problemas que puedan presentarse en el ingreso a un espectáculo de tal carácter; g) *Divulgar*, significa extender, poner al alcance del público las representaciones con contenido sexual a las que se refiere la norma, razón por la cual se superpone con la acción de publicar; h) *Distribuir*: distribuye una imagen pornográfica quien entrega, reparte a sus destinatarios a través de cualquier medio. La reglamentación no abarca la simple exposición en un local de venta, sino que exige que la misma sea distribuida. Está claro que exige también, que las imágenes correspondan a menores de edad en contextos sexuales (Buompadre, 2000, 2012).

i) *Organiza un espectáculo pornográfico*: el que se encarga de todo el montaje, construcción de estrategias, y de todo lo concerniente a la escenografía de un evento (Fontán Balestra, 2008, 2013).

La exigencia de la norma es que los espectáculos pornográficos se reproduzcan en vivo, de modo directo entre quienes lo interpretan y el espectador, quedando fuera de

la sanción de la norma las escenas reproducidas por medios electrónicos u otros. Y además la ley requiere que participen del espectáculo, menores de 18 años.

#### **4.2.1. Análisis de las distintas figuras desde la teoría del delito**

El Código Penal de la Nación en el art. 128 (modificado recientemente por la Ley N° 27.436, B.O. 23/4/2018) establece que:

Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el primer párrafo 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.

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.<sup>11</sup>

Ahora bien, seguidamente se analizarán las distintas figuras desde la teoría del delito:

Las acciones típicas: *a) producir; b) financiar; c) ofrecer; d) comerciar; e) publicar; i) facilitar; g) divulgar; h) distribuir; y i) organizar*

---

<sup>11</sup> Código Penal de la Nación. Art. 128

Objetos: toda representación de un menor de dieciocho años relacionada a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines de carácter sexual, las que pueden estar reproducidas en fotografías, pinturas, dibujos, grabados, revistas, libros, periódicos, videocasetes, DVDs, páginas web, redes sociales, Internet, correos electrónicos y cualquier otro soporte gráfico, material, electrónico o de otra naturaleza que permita la exhibición de esas representaciones (Fontán Balestra, 2013).

Son representaciones de actividades sexuales explícitas aquellas donde se observan a través de cualquier medio, uno o más individuos realizando actos en los cuales participan sus órganos sexuales o partes erógenas. Esta interpretación sería la correcta del término pornografía, que será caracterizado por la participación de los sujetos, en este caso de los menores de edad, situación que nos colocaría en la pornografía infantil.

No pueden incluirse en esta consideración manifestaciones que no contienen concretamente actos de pornografía, porque se estaría sancionando conductas que no ofenden al bien jurídico protegido. Se concluye que las representaciones deben, por lo menos insinuar situaciones que incentiven a la producción de actos sexuales o una invitación a consumir el material pornográfico de menores, de lo contrario, se estaría penando simples desnudos infantiles, de equívoco contenido sexual, que no afectan, como mencionamos, el bien jurídico protegido. Claramente lo expuesto, debe efectuarse sobre menores de 18 años.

Los sujetos: el sujeto pasivo del delito, sólo puede ser un menor de dieciocho años, sin distinción de sexo, mientras que sujeto activo, puede ser cualquiera persona.

El aspecto subjetivo: los tipos penales encuadrados en el art. 128 sólo admiten dolo directo (Fontán Balestra, 2013; Tenca, 2001; Iglesias, 2015; Figari, 2018). Es decir que el autor debe tener conocimiento de que realiza cualquiera de las acciones típicas, con las representaciones sexuales detalladas en la figura, la intención de hacerlo público y la edad del sujeto o sujetos pasivos, más la voluntad de realizar tales conductas.

El error, recaído sobre la edad de la víctima, será importante para la exclusión del dolo (Donna, 2001; D'Alessio, 2004; Buompadre, 2012).

En lo referente a la tentativa y participación: la tentativa resulta posible, si el autor comienza la acción para ejecutar cualquiera de los verbos. La participación resulta factible también en todas sus formas (D'Alessio, 2004). En este punto la doctrina es uniforme, generalmente apoyan sus argumentos en las conductas típicas que debe desplegar el autor y, además, por tratarse de un delito de resultado.

En el delito de organización de espectáculos con representaciones sexuales de menores de edad, contemplado en el art. 128 del CP, donde se castiga al que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos NNyA.

La acción típica consiste en “organizar”. En consecuencia, organiza un espectáculo pornográfico el que se encarga de todo el montaje, construcción de estrategias, y de todo lo concerniente a la escenografía de un evento (Donna, 2001).

La exigencia de la norma es que los espectáculos pornográficos se reproduzcan en vivo, de modo directo entre quienes lo interpretan y el espectador, quedando fuera de la sanción de la norma las escenas reproducidas por medios electrónicos u otros. Y además la ley requiere que participen del espectáculo, menores de 18 años.

De modo contrario, si la exhibición no fuese en vivo y solo se expusiera de modo privado a través de grabaciones de las escenas, dicho acto quedaría incluidos en las acciones de publicar o divulgar que ya hemos estudiado.

Los sujetos del delito: el sujeto activo puede ser cualquiera, en cambio, el sujeto pasivo, sólo puede ser un menor de dieciocho años, es decir, un niño, niña o adolescente (NNyA).

El aspecto subjetivo: constituye un delito doloso, y se caracteriza por el dolo directo del autor, que consiste en el conocimiento de que se organiza un evento público donde se expondrán escenas pornográficas de menores de dieciocho años (pornografía infantil) y la voluntad del autor de realizarlo.

Al mismo tiempo, debe subrayarse que puede existir “dolo eventual” respecto al asentimiento prestado con duda acerca de la edad de la víctima. Por el contrario, el error sobre la mayoría de edad de la víctima tendrá el efecto de excluir el dolo (Buompadre, 2000, 2012).

Por último, la tentativa es sin dudas posible. Imaginemos el caso de quien organiza un espectáculo de tal carácter y se suspende antes de su inicio por intervención de la policía. Además, la participación también resulta posible en todas sus formas (Fontán Balestra, 2008, 2013).

## **5. Conclusiones Parciales**

La política criminal y las garantías de las personas, en un Estado como el que hemos analizado, no están determinadas por las víctimas ni por los acusados o condenados, sino por el Congreso Nacional, quien debe velar por el bien de todos los ciudadanos, que es la función que le asigna la propia Constitución Nacional en el dictado de las normas penales. Y en el ámbito de los delitos contra la integridad sexual el esfuerzo y dedicación que debe emplear es mayor, a fin de evitar que se presenten discriminaciones entre quienes tengan opiniones diferentes, o se pretenda imponer ideas propias en lo sexual, que vaya en contra de la decisión de otra persona. Por ello varios autores expresan que la modificación del rótulo del título no fue del todo acertada, ya que no deja bien en claro cuál fue la intención del legislador con la reforma.

Podría imaginarse, que lo que se pretendió fue adoptar una posición moderna, el problema radica en que los autores que la implementaron carecían de un completo conocimiento de la cuestión a tratarse, y en definitiva termino por decirse lo mismo, solo con distintas palabras.

Como lo explica Edgardo A. Donna, al sostener que ser progresista no es un asunto terminológico, ni ideológica, sino que, en la actualidad, para congregarse esa calidad se demanda tener una fuerte base de conocimientos, sin los cuales se puede acabar siendo un reaccionario, ya que como no conocen los efectos de las cosas que ponen en práctica, se concluye, en muchos casos, desencadenando tormentas, por el solo hecho de decir que se es el dueño del desastre. Por ello la crisis del derecho, es una dificultad de conocimiento (Donna, 2001).

Por otra parte, es valorable, en materia de reformas, el trabajo realizado en las bases del art. 128 del CP, donde la protección del menor es el centro de interés de la norma. La protección de menores también significa proteger la libertad individual. Así estas normativas con miras a la protección de la juventud pretenden de manera

inmediata proteger al menor, que, por su edad, se considera aun inmaduro para decidir por sí mismo, por lo que se busca que el mismo alcance su desarrollo no de acuerdo a necesidades o valoraciones sociales, sino que se encuentre protegido en sus ideas sexuales reservadas a el mismo, hasta que pueda tomar razón de ellas conseguida la madurez.

Por ello es necesario que al momento de tratar estos delitos, el ordenamiento jurídico debe pensar en máximas que intenten protecciones especiales y acompañamientos individualizado de la víctima, se debe generar condiciones adecuadas, eliminar cualquier entorno que resulte hostil, intimidatorio, o inadecuado para las víctimas y en particular para los Niños, Niñas y Adolescentes (NNyA), respetar la intimidad y la confidencialidad, tomar en cuenta la opinión de la víctima, evitar las intervenciones, trabajar en medidas para ser aplicadas en posterioridad, para lograr la recuperación, rehabilitación y reintegración social del NNyA, tal como se desprende del caso

Los NNyA, son titulares de derechos humanos cuya autonomía, en el ejercicio, es progresiva. Debe allanarse el camino para que puedan ejercer el acceso a la justicia y sean oídos, desde una perspectiva de la niñez penal conforme los estándares establecidos en la pluralidad interpretativa convergente, permitiéndose así que los NNyA tengan un real ejercicio de sus derechos, teniéndose en cuenta su evolución psicológica, su interés superior, su estado de vulnerabilidad y todo desde una perspectiva de la niñez.

## Capítulo II

## Capítulo II

### **Un análisis de la tenencia simple de pornografía infantil: art. 128, 2º párr. CP (Ley N° 27.436, B.O. 23/04/2018)**

#### **1. Introducción**

El Capítulo II: “*Un análisis de la tenencia simple de pornografía infantil: art. 128, 2º párr. CP (Ley N° 27.436, B.O. 23/04/2018)*”, tiene como fin la observación crítica y explicación del tipo penal que castiga a la simple tenencia de pornografía infantil regulado en el art. 128, 21 parr. del Código Penal de la Nación, además, se tuvo en cuenta en el estudio la discusión parlamentaria que giro alrededor de la sanción del delito, asunto que es relevante para poder desentrañar la postura de los legisladores (este análisis es denominado la “intención del legislador” cuestión que es importante para comprender el tipo penal) y posteriormente el verdadero bien jurídico protegido. En consecuencia, se analizará y desarrollará los siguientes temas: el delito de tenencia simple de pornografía infantil: antecedente en el derecho comparado y la intención de los legisladores en la actual redacción del art. 128, 2º párr. CP a través de la Ley N° 27.436; y por último, se examinará y explicará el aspecto objetivo y subjetivo del 128, 2º párr. CP (la materialidad del delito y los sujetos, el aspecto subjetivo, consumación, tentativa y participación).

El texto del art. 128 introducido por la Ley N° 25.087 (B.O. 23/4/2018) se encontraba destinado a proteger de modo integral a la persona menor de dieciocho años como sujeto pasivo de los delito de carácter sexual enfocándose específicamente a la pornografía, que se materializaba mediante la difusión de imágenes, pero limitados a un ámbito de explotación individual, producto de ello algunas de las críticas hechas a la

reforma; pues limitaba tanto el ámbito de aplicación de la norma, dejando fuera de la sanción explotaciones colectivas o de la criminalidad organizada.

Sin duda para el producto final logrado en la incorporación del párrafo 2do del art 128. se han tenido en cuenta algunos instrumentos internacionales, que algunos incluso se suscribieron por nuestro país, por ejemplo: la Convención sobre los Derechos del Niño (con jerarquía constitucional otorgada por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional); 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 y el Convenio sobre la Cibercriminalidad.<sup>12</sup>

El Protocolo facultativo define a la pornografía infantil 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” y dispone que los Estados repriman “la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil.<sup>13</sup>

En resumidas cuentas, el concepto de pornografía infantil establecido internacionalmente, y aprobado por Argentina, se reproduce en el Código Penal de la Nación, lo que ayuda a ajustar la norma penal del art. 128 al principio de legalidad derivado del art. 18 de la Constitución Nacional.

## **2. El delito de tenencia simple de pornografía infantil**

El segundo párrafo del art. 128 del Código Penal describe: “*Será reprimido con prisión de cuatro meses a dos años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior*”.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Véase, Convención sobre los Derechos del Niño los arts. 1 y 34; Protocolo Facultativo sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía los arts. 2 y 3; y la Convenio sobre la Cibercriminalidad el Título III.

<sup>13</sup> Protocolo Facultativo sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. Art. 2 inc. c

<sup>14</sup> Código Penal de la Nación. Art. 128

La Ley N° 27.436 ha incorporado como segundo párrafo y castigando con pena de cuatro meses a un año de prisión al que tuviere en su poder a sabiendas representaciones de las descritas en el párrafo anterior. Es decir que lo que se sanciona es la simple tenencia dolosa – a sabiendas – de la pornografía de menores de dieciocho años.

Esta es la principal modificación introducida en el texto, pues antes de la misma, la simple tenencia de tal material sin la finalidad distributiva o comercial era un hecho atípico.

## **2.1. Antecedente en el derecho comparado**

Como antecedente en el derecho comparado se puede encontrar en el Código Penal Español, una normativa similar en el art. 189.5, que dispone:

El que para su propio uso adquiriera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años. La misma pena se impondrá a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubiera utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.<sup>15</sup>

Precepto que fue motivo de crítica por parte del Prof. Francisco Muñoz Conde que lo considero invasor de la privacidad hasta unos niveles que van en contra del derecho constitucional a la intimidad y que reprime una conducta que, por más que parezca contraria a la moral no afecta de modo directo el bien jurídico protegido (Muñoz Conde, 2015).

Así, entonces de manera indirecta el consumidor del material pornográfico donde hayan participado menores o personas con discapacidad, indudablemente facilita con su conducta que se realicen las acciones descritas en la norma, de la misma manera que el consumidor de drogas ilegales favorece el tráfico de estas, peor en ambos casos las conductas de mero consumo no deberían ser castigadas.

---

<sup>15</sup> Código Penal de España. Art. 189.5

Asimismo, castigar estas conductas encuentran una colisión expresa con el principio de lesividad derivado del art. 19 de la Constitución Nacional,<sup>16</sup> pues, la conducta del agente no daña ni coloca en peligro a terceras personas, y mucho menos, no afectan la moral ni el orden público. Se podría sostener que esta es la mayor crítica al respecto puesto que se está castigando una moral privada y además que empíricamente no está demostrado que penar esta clase de actos privados pueda disminuir la mafia de la pornografía infantil, es decir, que verdaderamente quedan impunes los actores principales.

Al margen de lo dicho, castigar estos actos puede ocasionar problemas en la esfera de la intimidad de la persona, es decir, se pueden avasallar derechos constitucionales como el principio de reserva (art. 19 del CN).

Al mismo tiempo, estas críticas permiten advertir que el objeto de protección de la norma penal en el art. 128 del CP, en lo referente a la tenencia de material pornográfica infantil, sigue siendo ambigua y problemática.

## **2.2. La intención de los legisladores en la actual redacción del art. 128, 2º párr. CP a través de la Ley N° 27.436**

La intención del legislador recaía sobre el claro intento de que el tipo penal reprima la explotación de menores de dieciocho años en la producción de imágenes pornográficas, ya que estas acciones pueden desviar el desarrollo psíquico y la normal conducta sexual del niño, producto de su inmadurez, para comprender la magnitud del acto sexual, que es a ello a lo que tiende el bien jurídico tutelado.

Se puede plasmar en la exposición parlamentaria del senador Pedro Guastavino cuál es el sentimiento generalizado que tenían de los legisladores que acompañaron la redacción :

Quienes argumenten contra la penalización de la tenencia simple de pornografía infantil basándose en el artículo 19 de la Constitución, seguramente pasen por alto la dinámica de numerosos delitos en nuestro Código Penal, en los cuales el legislador, considerando superior al bien jurídico, adelanta la

---

<sup>16</sup> Constitución Nacional. Art. 19

punibilidad a estados anteriores como forma de prevención. No queremos esperar a que haya abusos sexuales para tener que actuar. No queremos esperar a que se le tenga que tocar un solo pelo a un niño. Y es por eso que confiamos en que, a través de la aprobación de este orden del día, brindaremos una herramienta en pos de la prevención de los abusos sexuales a menores de edad (Figari, 2018, p. 11).

Al mismo tiempo los legisladores apelaron al argumento que, en la “Ley del Arrepentido” se incluyó el art. 128 del CP a los delitos que son aceptados por la figura, lo que permitiría que, al estar penalizada la tenencia simple, sería de gran ayuda la obtención de información que lleve a dismantelar las redes y grupos de pedófilos (Figari, 2018).

La diputada Gabriela Burgos acompañaba la idea y a su vez la ampliaba diciendo que es importante tomar razón de que la simple tenencia es el primer punta pie hacia el abuso sexual infantil ya que claramente sin oferta no hay demanda (Figari, 2018)

En este sentido, el miembro de la Cámara de Diputados, Dr. José I. Cafferata Nores considero que se desincrimina la producción de imágenes y objetos obscenos en los que existieren en juego únicamente imágenes de personas adultas. El objetivo primordial de la incriminación habita en castigar la explotación de niños en la producción de imágenes pornográficas (Figari, 2018).

Se puede concluir que los legisladores argentinos que fundaron su opinión en la penalización de la tenencia de material pornográfico infantil se desentienden de cual es verdaderamente el bien jurídico que protege la norma penal del art. 128, 2º parr. del CP.

### **3. El aspecto objetivo y subjetivo del 128, 2º párr. CP**

Las conductas típicas mencionadas hacen referencia a la tenencia de cualquier representación de un menor de dieciocho años de edad dedicado a actividades sexuales explícitas o a toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, tomándose para ello la definición de pornografía infantil que otorga el

Protocolo Facultativo sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños.<sup>17</sup>

Al referirse a “partes genitales” se hace mención a los órganos sexuales externos y la exigencia de la finalidad sexual se enmarca en el contexto de eludir cualquier tipo de imagen que tenga un propósito educativo o similar.

De este modo el uso de la palabra “representación” es entendido como figura, imagen o idea que sustituya a la realidad. La expresión “con fines predominantemente sexuales” marca el punto de diferencia de las fotos artísticas, pues en el delito el objeto de la representación es convertir al menor en un objeto sexual (Figari, 2018).

El aspecto subjetivo, exige dolo directo para configurar el delito: el autor debe conocer y querer llevar adelante la acción cumpliendo todos los elementos que se presentan en el tipo objetivo. En consecuencia, el agente debe conocer y querer tener en su poder el material descrito en el art. 128 del CP.

### **3.1. La materialidad del delito y los sujetos**

El delito se configura cuando el autor tiene en su poder, representaciones de carácter sexual de menores de dieciocho años. Por “tener en su poder” se entiende la acción de poseer, estar en tenencia de los objetos del delito (Figari, 2018).

La tenencia referida por la ley penal es más extensa que concepto conferido por el CCyCN, requiere el corpus (relación real con los objetos de que se trata) y el elemento subjetivo (conocimiento y voluntad de tenerlos). La ley admite la tenencia de elementos virtuales, ya que es innegable que producto de los avances tecnológicos, y digitales las representaciones puedan contenerse en archivos y soportes informáticos.

Ahora bien, debe subrayarse que la tenencia tiene que ser actual. En lo que refiere al objeto material: el objeto sobre el que recae la acción es: toda representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales.

---

<sup>17</sup> Véase, Protocolo Facultativo sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. Art. 2, c).

Los sujetos que componen el tipo penal: el sujeto activo puede ser cualquier persona que lleve adelante algunas de las representaciones descriptas por el tipo penal, en cambio, el sujeto pasivo, es de carácter especial, es decir, que solamente pueden ser los menores de dieciocho años de uno u otro sexo.

### **3.2. El aspecto subjetivo**

El aspecto subjetivo, exige dolo directo para configurar el delito: el autor debe conocer y querer llevar adelante la acción cumpliendo todos los elementos que se presentan en el tipo objetivo (Figari, 2018). En efecto, el autor tiene que conocer y querer tener en su poder el material descrito de la norma penal.

### **4. Consumación, Tentativa. Participación.**

El segundo párrafo del art. 128 agregado por la reforma, al tratarse de un delito de mera actividad de peligro abstracto, únicamente se admitirá la tentativa en su modalidad inacabada, por ejemplo, quien se dispone a buscar el material en internet y dicha pesquisa resulte infructuosa (Figari, 2018).

### **5. Conclusiones Parciales**

En estas conclusiones considero personalmente que la protección de menores implica también la protección de la libertad individual en un sentido amplio. En consecuencia, las normas penales de defensa de los menores de edad (NNyA) se justifica de forma inmediata en la protección del individuo que, por ser inmaduro, todavía no puede decidir por sí mismo (falta discernimiento) por no conseguir su desarrollo de acuerdo con las valoraciones éticas y sociales. Toda conducta sexual de un menor de edad no puede ser puesta a la vista de terceras personas, no puede estar justificada la pornografía infantil, pues, en principio, el consentimiento del NNyA no es válido, desde esta premisa se protege a los NNyA, que frecuentemente son víctimas de pedófilos y abusadores sexuales, que en el fondo además dañan o perjudican con su conducta delictiva el normal desarrollo sexual de niño.

La incorporación del 2º párrafo del art. 128 en el CP, está vinculada al especial acento que se pretendió colocar sobre la prevención de conductas factibles de atentar la integridad del niño (libertad sexual de los menores de edad) y no dejar libre siquiera un instante la posibilidad del autor a cometerlas, arrastrando así a la esfera penal lo que antes quedaba afuera: la simple tenencia. El objetivo primario de la incriminación reside en reprimir la explotación de niños en la producción de imágenes pornográficas.

No obstante, estas argumentaciones son consideradas por algunos, violatorias de la intimidad de la persona, que de modo privado tiene en su poder las representaciones prohibidas por la norma. Ya que de esa manera se infringe el principio consagrado por la Constitución Nacional en el art. 19 (principio de reserva); que solamente coloca en tela de juicio en manos de Dios, pero expresamente exime de la autoridad de los magistrados las acciones privadas de los hombres que no perjudiquen o dañen a un tercero.

Claramente estas conductas por más inmorales que puedan considerarse no afectan de ninguna manera el bien jurídico tutelado y por el contrario si pueden entenderse como afectadoras de lo consagrado por la norma fundamental.

## **Capítulo III**

## Capítulo III

### **El objeto de protección del delito de “tenencia simple de pornografía infantil” y los principios constituciones del derecho penal**

#### **1. Introducción**

El Capítulo III: *“El objeto de protección del delito de tenencia simple de pornografía infantil y los principios constituciones del derecho penal”*, tiene como fin el examen del bien jurídico protegido por el 128, 2º párr. CP y su relación con los principios del derecho penal que pretenden asegurar los derechos y garantías de las personas contemplados en la Constitución Nacional. En efecto, aquí radica la importancia de analizar y determinar el objeto de protección del delito de tenencia simple de pornografía infantil en un Estado de Derecho.

Por consiguiente, se analizará y desarrollarán los siguientes temas: los principios constituciones del derecho penal: principio de legalidad, principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad y principio de inocencia; el objeto de protección del delito de “tenencia simple de pornografía infantil” y los principios constituciones del derecho penal: justificación y determinación del objeto de protección del art. 128, 2º párr. CP. y la transgresión de los principios constituciones del derecho penal a partir del objeto de protección del art. 128, 2º párr. CP (Ley N° 27.436, B.O. 23/04/2018); y por último, se examinará la jurisprudencia argentina y la interpretación del objeto de protección del delito de “tenencia simple de pornografía infantil”.

El objeto de protección del delito de “tenencia simple de pornografía infantil” regulado en el art. 128, 2º párr. del Código Penal resulta relevante para comprender el alcance de la norma o también denominado “los fines de la norma penal”. Al mismo tiempo, esta interpretación debe hacerse teniendo en cuenta los principios constituciones del derecho penal.

## **2. Los principios constituciones del derecho penal**

Los principios constituciones del derecho penal son directrices de carácter políticos y jurídicos que influencia en la sanción e interpretación de la norma penal, y tiene por objetivo limitar el poder punitivo del Estado.

Ha explicado correctamente los Dres. Muñoz Conde y García Aran en alusión a los principios constituciones del derecho penal, que:

Sirven de línea directriz en la creación, aplicación y ejecución de las normas penales y, en caso contrario, dan la base para su crítica. Dirección y crítica son, por tanto, las dos funciones que tienen encomendadas estas ideas en el ámbito del Derecho penal moderno. Su naturaleza es tanto política como jurídica (...) el Derecho penal empieza a considerarse como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad que sólo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores y en una forma controlada y limitada por el imperio de la ley (Muñoz Conde y García Aran, 2010, p. 71).

En un Estado de Derecho los derechos y garantías de los individuos no pueden ser avasallados por arbitrariedad del Estado, aquí radica la mayor importancia de los principios constitucionales en el ámbito penal.

Al margen de sustentarse que el derecho penal es la “*última ratio*”, es decir, es la última solución -castigo- que debe darle el Estado a una conducta realizada por un sujeto, si es que lo puede resolver por otros medios menos lesivos dentro del derecho argentino (por ejemplo: imponer una sanción administrativa o un aplicar castigo civil, medios alternativos para solucionar el conflicto, mediación, etc.).

### **2.1. Principio de legalidad**

El denominado “principio de legalidad” halla su máxima consagración en la Constitución Nacional (CN), específicamente en el art. 18 cuando establece que: “*ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...*”.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Constitución Nacional. Art. 18

El principio de legalidad tiene subprincipios que permiten comprenderlo ampliamente resguardando derechos y garantías de las personas, entre ellos encontramos los siguientes:

a) *lex praevia*: de esta pauta surge la eliminación de la imposición retroactiva de toda ley penal que sea más gravosa o incriminante respecto a la vigente al momento del hecho, además, es una garantía determinada en favor del individuo que vive en un Estado de Derecho, la retroactividad sólo está prohibida en los casos que representen una verdadera afectación a su derecho a conocer con antelación al hecho y cuál es la conducta prohibida por el tipo penal y que castigo le corresponde por su accionar dentro de la sociedad (Zaffaroni, Slokar y Alagia, 2002);

b) *lex scripta*: se establece que solamente es fuente de conocimiento en materia penal es la ley, implicando imposibles la aplicación del derecho consuetudinario (costumbre), la jurisprudencia o los principios generales del derecho, en lo que refiere la materia de prohibición del tipo penal como a la pena (Balcarce, 2014);

c) *lex stricta*: se dispone que todo aquello no está formalmente prohibido por ley penal está permitido, este principio surge de la Constitución Nacional del art. 19: “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están 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”.<sup>19</sup>

Por último, d) *lex certa*: se instituye que las normas penales para seguridad de los ciudadanos deben ser lo más precisas posibles con el objetivo de evitar ambigüedades y vaguedades. De esta forma, debe comprenderse que la ley penal debe constreñir en la mayor medida viable la conducta prohibida, como toda otra circunstancia que hace a la determinación de lo punible, es por ello que se tiene que impedir caer en el casuismo de la ley (Zaffaroni, 1998).

## **2.2. Principio de culpabilidad**

---

<sup>19</sup> Constitución Nacional. Art. 19

El derecho penal liberal propio de un Estado de Derecho encuentra como postulado esencial para limitar el castigo en el denominado principio de culpabilidad, es decir, la aquí “culpabilidad” es sinónimo de “reprochabilidad”.

Al respecto ha explicado el Prof. Dr. Bacigalupo que:

El principio de culpabilidad significa que la pena criminal sólo puede fundamentarse en la comprobación de que el hecho puede serle reprochado al autor, resultan extremadamente problemáticas porque encienden de inmediato la polémica sobre el determinismo o indeterminismo del comportamiento humano. Sin embargo, sería erróneo creer que la discusión en torno a la idea de reprochabilidad o, lo que es lo mismo, a la fundamentación de la responsabilidad en la libre determinación del autor (sea ésta real o supuesta), tiene tanta trascendencia práctica que quienes niegan el libre albedrío, como premisa metafísica de la responsabilidad penal, rechacen también las consecuencias que por lo general se vinculan con el principio de culpabilidad. Por estas razones es posible afirmar que en la ciencia penal actual existe acuerdo respecto a la vigencia de las consecuencias del principio de culpabilidad (Bacigalupo, 1999, pp. 137-138).

De ello se puede inferir que el principio de culpabilidad es la reprochabilidad por el hecho propio causado por un sujeto que actúe de manera libre y sin presiones externas y que indiscutiblemente ha comprendido la criminalidad de su accionar sin motivarse en la norma penal que lo prohibía.

Se ha sostenido según explica Roxin que:

Si la pena presupone culpabilidad, sólo se podrá hablar de culpabilidad si antes del hecho el autor sabía, o al menos hubiera tenido la oportunidad de averiguar, que su conducta estaba prohibida; pero ello presupone a su vez que la punibilidad estuviera determinada legalmente antes del hecho (...) Actualmente, en la mayoría de los casos se le objeta a esta fundamentación que no concuerda por completo con la regulación legal de la culpabilidad. En efecto, sólo considera como presupuesto de la culpabilidad la posibilidad de conocer el injusto, no la punibilidad de una conducta; y por tanto el principio nullum crimen, al requerir la previa fijación de la punibilidad, va más lejos que las exigencias del principio de culpabilidad. Esto es indiscutible; pero, por otra parte, también hay que tener en cuenta que la posibilidad de llegar a tener una

conciencia del injusto referida al tipo, que presupone el para toda punición, en la práctica y por regla absolutamente general sólo se dará si el autor hubiera podido conocer el precepto penal. En esa medida, por tanto, la idea de culpabilidad sí que se debe incluir entre los fundamentos del principio de legalidad. (Roxin, 1997, pp. 146-147)

Las condiciones del reproche son dos: por un lado, que el individuo en el momento de proceder haya tenido la posibilidad de comprender la criminalidad de su acto, y por otro lado, que haya gozado de un cierto ámbito de autodeterminación sin el cual tampoco se podría reprochar al autor por su acto (Bacigalupo, 1994).

Ahora bien, este postulado se asienta en el art. 18 de la Constitución Nacional cuando se expresa que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”<sup>20</sup> y también en el art. 19 del mismo texto constitucional que dispone que las acciones privadas de los hombres no son penadas sin ley que lo prohíba, al mismo tiempo, también debe señalarse que una norma penal no puede prohibir una conducta que no dañe a terceros, ni ofenda el orden público y la moral.<sup>21</sup>

Al mismo tiempo, el principio de culpabilidad encuentra una derivación en el “principio de lesividad” que encuentra su fundamento en el art. 19 del plexo constitucional. Este postulado pretende imponer una restricción a la injerencia arbitraria del Estado en materia penal, es decir, que sostiene que solamente deben penarse aquellas conductas humanas que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública, o perjudiquen a un tercero.

Desde esta visión, modernamente se ha sostenido que en un Estado de Derecho protector de las garantías constitucionales no puede justificarse que existe delito sin un bien jurídico afectado, ya sea individual o colectivo, es decir, que las normas penales deben legitimarse si existe un daño efectivo al bien jurídico (objeto de protección) o si verdaderamente existe un peligro concreto, o si existe un peligro abstracto (este último, exige una justificación mayor que legitime la norma penal (ejemplo: delitos

---

<sup>20</sup> Constitución Nacional. Art. 18

<sup>21</sup> Véase, Constitución Nacional. Art. 19

ambientales, grooming, asociación ilícita, etc.), ya sea por prevención o represión como ultima ratio en el derecho penal.

### **2.3. Principio de proporcionalidad**

Como se ha sostenido a lo largo del trabajo, el derecho penal de un Estado de Derecho debe gozar de un ejercicio pleno de las garantías constitucionales consagradas en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 con jerarquía constitucional desde el año 1994).

En consecuencia, la materia punitiva -normas penales, por ejemplo: el art. 128 del CP- debe analizarse desde los principios constitucionales del derecho penal que reconoce el denominado “principio de proporcionalidad” derivado originariamente en el principio de culpabilidad, que marca la conclusión o no de un derecho penal racional (constitucional) o irracional (inconstitucional) regulado en el Código Penal de la Nación y vigente en una comunidad democrática como la nuestra.

Han explicado Zaffaroni, Slokar y Alagia, sobre el principio de proporcionalidad lo siguiente:

La criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto. Puesto que es imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado. A este requisito se le llama principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión . Con este principio no se legitima la pena como retribución, pues sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo. (Zaffaroni, Slokar y Alagia, 2002, p. 130)

De ello puede inferirse, que la pena de una norma penal es proporcional y legitima si se corresponde con el bien jurídico afectado, es decir, el castigo debe guardar una magnitud equilibrada con la lesión y lo que se pretende proteger y prevenir.

En los últimos tiempos, el Código Penal de la Nación quebranto el principio de proporcionalidad, justificando su accionar con argumentos falaces y sin experiencia empírica que por lo menos lo hagan atendible, esto se puede ver en las discusiones parlamentarias. Un ejemplo es el delito de grooming tipificado en el art. 131 del CP,<sup>22</sup> que tienen la misma pena que el abuso sexual simple (art. 119, 1º párr. del CP)<sup>23</sup>, es decir, se pretende castigar anticipadamente para que la conducta del sujeto no pase a un mayor delito con un monto de pena igual a unos de los delitos fin. En consecuencia, esto puede ser un contrasentido, ya que le estarías diciendo al delincuente sexual anda y comete abuso sexual simple (art. 119, 1º párr.) y no un grooming (art. 131) que tiene la misma pena.

Por esta razón se ha expresado que:

Las teorías preventivas de la pena llevan al desconocimiento de este principio, en razón de que, invocando inverificables efectos preventivos, las agencias políticas -y aun las judiciales, con condenas ejemplarizantes- se atribuyen la facultad de establecer penas en forma arbitraria, desconociendo cualquier jerarquía de bienes jurídicos afectados. Esta es otra de las formas en que la falsa (o no verificada) idea de bien jurídico tutelado o protegido (fundada en cualquier teoría preventiva de la pena) neutraliza el efecto limitativo u ordenador del concepto de bien jurídico afectado o lesionado. (Zaffaroni, Slokar y Alagia, 2002, p. 131).

La prevención del delito como postulado para mas sanciones penales generalmente desconocen en el objeto de protección (bien jurídico protegido por la ley penal), en definitiva, no solucionan nada, sino que marcan una selectividad criminal

---

<sup>22</sup> Código Penal de la Nación. Art. 131: “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”.

<sup>23</sup> Código Penal de la Nación. Art. 119, 1º párr.: “Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”.

arbitraria, y además, castigan desproporcionadamente e irracionalmente la conducta del individuo contrario a lo establecido en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.<sup>24</sup>

#### **2.4. Principio de inocencia**

El principio de inocencia radica en lo dispuesto por el art. 18 de la Carta Magna de Argentina,<sup>25</sup> y parte del presupuesto esencial que ninguna persona es culpable hasta que se demuestre lo contrario, es decir, que el Estado a través de la fiscalía deberá probar la culpabilidad del individuo conforme la norma penal en cuestión.

Ahora bien, el principio de inocencia que tiene mucha más trascendencia en el ámbito procesal penal que en el derecho penal sustantivo o de fondo. Este último supuesto, puede analizarse cuando la propia norma penal pena la sola tenencia de una cosa (por ejemplo: la tenencia de material pornográfico infantil o la tenencia simple de estupefacientes) donde solamente basta verificar ese estado de cosas sin distinguir las acciones privadas de las personas que quedarían abarcadas en el art. 19 de la CN.

Desde esta perspectiva, el principio de inocencia no se quebrantaría si está determinado el “objeto de protección” de la norma penal, donde no se coloca la carga de la prueba en el acusado sino en el Estado puesto que se debe considerar que no es una acción privada sino en una conducta que afecta a terceros.

### **3. El objeto de protección del delito de “tenencia simple de pornografía infantil” y los principios constitucionales del derecho penal**

El objeto de protección del delito de “tenencia simple de pornografía infantil” regulado en el art. 128, 2º párr. del Código Penal resulta relevante para comprender el alcance de la norma o también denominado “los fines de la norma penal”. Al mismo tiempo, esta interpretación debe hacerse teniendo en cuenta los principios constitucionales del derecho penal.

---

<sup>24</sup> Véase, Constitución Nacional. Arts. 18 y 19

<sup>25</sup> Véase, Constitución Nacional. Art. 18

### 3.1. Justificación y determinación del objeto de protección del art. 128, 2º párr. CP.

En lo que respecta al art. 128, 2º párr. del Código Penal de la Nación que tipifica la conducta del sujeto que tiene -tenencia simple- material pornográfico infantil se ha justificado su inclusión con distintos argumentos de política criminal prescindiendo del bien jurídico afectado (objeto de protección). Por ende, es aquí donde radica su mayor problema desde la visión constitucional y del derecho penal.

En el parlamento se ha sostenido que se castiga la simple tenencia de material pornográfico infantil con el fin de combatir la delincuencia asociada a la pedofilia y a situaciones donde se afecta la libertad sexual de los menores de edad.

Al mismo tiempo, las distintas voces en la Cámara de Diputados han expresado que:

No tenemos que tener temor y hay que decirlo con todas letras: el que tiene pornografía infantil es un pedófilo. Es un paso previo para la materialización del abuso sexual infantil (...) hay un negocio con ganancias de 250 millones de pesos anuales (...) Argentina está entre los 10 países del mundo que más 'bajan' pornografía infantil, y entre los tres primeros de la región que avanza no sólo en 'bajar' este material, sino también en producirlo (...) el 85% de los ciberdelitos que se cometen en nuestro país están relacionados a la pornografía infantil y al grooming (...) en 2016 hubo 8.800 denuncias sobre pornografía infantil (...) nadie está exento. Nuestros hijos o nietos pueden ser víctimas de estas redes que lo único que buscan son ganancias (...) los 10 primeros meses de 2017 se reportaron 19.214 denuncias.<sup>26</sup>

En resumidas cuentas, la discusión parlamentaria ha pasado por argumentos político-criminales indiscutiblemente justifique su tipificación en el Código Penal de la Nación. Pero lo que se puede observar, es que, desde un análisis de la teoría del delito y los principios que rigen en materia penal no se ha determinado con precisión el objeto de protección de la norma penal circunstancia que acarrea una colisión con los

---

<sup>26</sup> Página Web Parlamentario.com. Publicación "*Es Ley un Proyecto que Penaliza la Tenencia de Pornografía Infantil*", el día 21 de marzo de 2018, Buenos Aires.

Visitado por última vez el 01/02/2019. Disponible en: <http://www.parlamentario.com/noticia-108298.html>

principios constitucionales en el derecho penal que garantizan los derechos humanos de las personas y colocan un límite al poder punitivo.

### **3.2. La transgresión de los principios constituciones del derecho penal a partir del objeto de protección del art. 128, 2º párr. CP (Ley N° 27.436, B.O. 23/04/2018)**

La doctrina penal moderna ha debatido sobre el objeto de protección del delito de “tenencia simple de pornografía infantil” (art. 128, 2º párr. CP, vigente a través de la Ley N° 27.436, B.O. 23/04/2018) a partir de los principios constitucionales del derecho penal.

En consecuencia, debe analizarse si el castigo a raíz del “objeto de protección” sumamente debatido no quebranta además los principios de lesividad, culpabilidad, de inocencia y de acto, es decir, en el fondo debe observarse si se está incurriendo en un derecho penal de autor (contrario a los arts. 18 y 19 de la CN) que habilita a penar por la sola calidad del sujeto o por un estado de cosas, peligrosidad o sospecha de un delito anterior o posterior a cometerse sin afectar el bien jurídico, entre otras cuestiones complejas.

Según el Dr. Carlos Fontán Balestra, el móvil de la reforma (y su relación con el bien jurídico tutelado) se fundamenta en:

La necesidad de adecuar la legislación penal a algunos tratados internacionales suscriptos por nuestro país. Tales, entre otros, la citada Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por la ley 23.849 de 1990 y reconocida con jerarquía constitucional por el art. 75, inc. 22, de la Constitución de 1994. La prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía, la que se ve incrementada sensiblemente, en este último caso, por la difusión masiva de representaciones pornográficas de niños en Internet. (Fontán Balestra, 2013, p. 146)

Recientemente, con la Ley N° 27.436 se modifica el art. 128 del Código Penal de la Nación (en adelante CP) sanciona como delito “la tenencia simple de material pornográfico infantil”. En resumidas cuentas, el legislador argentino ha decidido castigar con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder toda representación de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales

explícitas o de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales. Al mismo tiempo, se agrava el delito en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.

Los tipos penales se componen de un tipo objetivo y subjetivo que indiscutiblemente deben relacionarse con el bien jurídico afectado, esta precisión no es menor, ya que de no ser así se estaría violando los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. En consecuencia, para que exista “conflicto” debe lesionarse el bien jurídico protegido por la norma (aquí la importancia del objeto de protección de la ley), esto claramente permite limitar el poder punitivo del Estado y evitar una irracionalidad en la tipificación de los delitos en el texto penal (Zaffaroni, 1998; Zaffaroni, Slokar y Alagia, 2002).

Han explicado sobre el concepto de bien jurídico, Zaffaroni, Slokar y Alagia lo siguiente: *“el bien jurídico es un concepto indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad...caracterizando al bien jurídico como una relación de disponibilidad de una persona con un objeto”* (Zaffaroni, Slokar y Alagia, 2002, pp. 482-486)

Existen discrepancias en torno al bien jurídico protegido en el art. 128, por un lado, algunos consideran que el bien jurídico protegido en estas figuras es la “libertad sexual”, cuya tutela se manifiesta en este caso a través de la amparo de los menores de 18 años (Fontán Balestra 2008, 2013; Tenca, 2001), y por el otro lado, se entiende que verdaderamente el bien jurídico protegido es la protección integral del menor de dieciocho (18) años como probable sujeto de una explotación sexual en el ámbito de la pornografía (Buompadre, 2000, 2012; Creus, 1998). También se ha entendido que se protege el normal desarrollo psíquico y sexual del menor (Baigun y Zaffaroni, 2009).

Al respecto ha indicado Gonzalo Iglesias, siguiendo los lineamientos de los autores Lucero y Kohen, que resulta extremadamente complejo determinar cuál es exactamente el bien protegido en este delito, agregando que se trata de resguardar a la infancia de la explotación sexual (actividades que van desde el turismo sexual, el tráfico de personas a la prostitución infantil y la producción y distribución de pornografía que repercuten indiscutiblemente el normal desarrollo sexual del menor perdido (Iglesias, 2015).

Al mismo tiempo, expresa Iglesias que:

La actividad de los meros poseedores de material pornográfico infantil aparece como apartada de la causa generadora del daño: Si lo que intentamos evitar es el menoscabo de la identidad sexual del menor, la misma se termina de configurar con el acto sexual registrado, careciendo de importancia las circunstancias posteriores a este hecho. Dicho de otro modo, no es posible proteger aquello que ya está perdido (Iglesias, 2015, p. 10).

En definitiva, sostiene Gonzalo Iglesias que en realidad para justificarse la sanción penal a los meros tenedores de material pornográfico infantil es que el objeto de protección (bienes jurídicos defendibles) no sea la indemnidad sexual del menor ni otros como plantean algunos autores sino la violación del derecho a la imagen personal y el derecho al olvido (Iglesias, 2015, p. 10).

Sin duda esta podría ser la solución más plausible de sostener en relación con el objeto de protección de la norma del art. 128, 2 párr. del CP y los principios constitucionales del derecho penal.

El debate se suscita en torno al objeto de protección del nuevo delito de “tenencia simple de pornografía infantil” (art. 128, 2º párr. CP) expresados en los fines de la norma. Pero la importancia de establecer el objeto de protección del delito en cuestión no es un mero debate más, puesto que la postura que se elija debe ajustarse a los principios constitucionales del derecho penal.

En consecuencia, el principio de lesividad se empotró en la construcción del sistema penal con el concepto de bien jurídico (objeto de protección), que es un concepto propio de la teoría general del derecho, y en lo que atañe al derecho penal tiene dos acepciones: a) una político criminal y externa, de carácter crítico y perteneciente al mundo del ser, destinada a evaluar que podía ser sancionado con una consecuencia jurídico-penal; b) otra, de carácter neutral e interno, y comprendida en el mundo del ser, cuyo objetivo era determinar el significado de las figuras delictivas y su ubicación sistemática, que procuró desempeñar una función limitativa, impidiendo una criminalización más allá de la específica protección dada por la legislación penal, como ultima ratio (Balcarce, 2014).

Como se ha dicho, el bien jurídico se relaciona con el principio de lesividad entre otros principios constitucionales del derecho penal. Así, se ha considerado que, como consecuencia del principio de lesividad, el estado no puede imponer una moral, o sea que el estado paternalista -inmoral- queda excluido por imperio del art. 19 de la Constitución Nacional, es decir, no es plausible la moral como bien jurídico, por el contrario, el ámbito de autonomía moral es, sin duda, un bien jurídico protegido constitucional e internacionalmente (Zaffaroni, Slokar y Alagia, 2002).

Al respecto de la tipificación penal del nuevo delito de “tenencia simple de pornografía infantil” (art. 128, 2º párr. CP) que se incorporó recientemente a nuestro Código Penal, se ha expresado críticamente el Prof. Dr. Rubén Figari:

La norma en cuestión vulnera la intimidad de la persona que en forma privada tiene dichas representaciones pues está en juego la valla que impone el art. 19 de la C.N y si bien no hay derechos absolutos, es contra derecho punir conductas amparadas por dicho marco constitucional. (Figari, 2018, p. 12)

Se puede considerar que se afecta las acciones privadas de las personas (aunque resulten inmorales o perversas para el resto de la sociedad), que tiene protección constitucional por el art. 19 de la Constitución Nacional. Al mismo tiempo, si el delito no es interpretado acorde los principios constitucionales es muy difícil de justificarlo.

#### **4. La jurisprudencia argentina y la interpretación del objeto de protección del delito de “tenencia simple de pornografía infantil”**

La jurisprudencia argentina, en los últimos años se ha pronunciado en contra de castigar actos de tenencia puesto que el bien jurídico (u objeto de protección de la norma penal) no ha sido afectado o es ambiguo el objeto de protección para habilitar el castigo,<sup>27</sup> es decir, entender de otra manera se estaría violando los principios de lesividad, culpabilidad, de inocencia y de acto.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha referido al contenido y alcances del principio de lesividad (y su relación con el bien jurídico) en los siguientes

---

<sup>27</sup> Véase, Cam. Fed., Sala I, San Martín: “Berra, Fabián y otros” (1998)

fallos “*Bazterrica*”<sup>28</sup> del año 1986 y “*Arriola*”<sup>29</sup> del año 2009 (en los dos casos se declara la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, art. 14, 2º párr., de la Ley N° 23.737 de Estupefacientes).

En cambio, la jurisprudencia internacional legitimo penar la tenencia y posesión de material pornográfico a través del Código Penal con similitudes en la protección del objeto (o bien jurídico tutelado), este fue el principal argumento de los legisladores para sancionar el art. 128, 2º CP en Argentina. Por ejemplo: el Tribunal Supremo de Uruguay dobló la pena de cárcel aplicada a una persona acusada de posesión de pornografía infantil, determinando una nueva doctrina para estos casos al extender este agravante a los que posean material pornográfico de menores de edad.<sup>30</sup>

Al mismo tiempo, la jurisprudencia internacional siguió el mismo camino que Uruguay, como lo es el caso de Chile, Perú, México, Colombia, EE. UU., entre otros.

Por último, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en el fallo “C. L., E. A.”<sup>31</sup> del año 2018, sostuvo que el art. 128 se encuentra legitimado, ya que el objeto de protección es la libertad sexual de los menores de edad y su desarrollo normal en todas sus etapas de la vida, además se trata de proteger futuros delitos sexuales más graves contra los niños, y agregan los magistrados que los arts. 34 y 16, apartados 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>32</sup> que posee jerarquía constitucional en función del art. 75 inc. 22, CN, y su Protocolo Facultativo referente a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía justifica la persecución penal de tales conductas por parte del Estado Nacional.<sup>33</sup>

---

<sup>28</sup> Véase, C.S.J.N.: “*Bazterrica, Gustavo Mario s/tenencia de estupefacientes*” (1986)

<sup>29</sup> Véase, C.S.J.N.: “*Arriola, Sebastián y otros s/causa N° 9080*” (2009)

<sup>30</sup> Véase, Congreso de la Nación. Dictamen del Proyecto de Ley que modificación del art. 128 del Código Penal de la Nación. Recuperado el día 18/11/2018.

Disponible en [en línea]: <http://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/077/760/000077760.pdf>

<sup>31</sup> Cám. Nac. Casac. en lo Crim. y Correc., Sala II, de la Capital Federal: “C. L., E. A. s/ rechazo de suspensión del juicio a prueba” (2018)

<sup>32</sup> Véase, Convención sobre los Derechos del Niño. Art. 34 y 16, apartados 1 y 2

<sup>33</sup> Véase, Cám. Nac. Casac. en lo Crim. y Correc., Sala II, de la Capital Federal: “C. L., E. A. s/ rechazo de suspensión del juicio a prueba” (2018)

## 5. Conclusiones Parciales

En el año 2018 aparece en el ordenamiento jurídico argentino la Ley N° 27.436 (B.O. 23/04/2018) que modifica el art. 128 del Código Penal de la Nación que sanciona como delito “la tenencia simple de material pornográfico infantil”. En resumidas cuentas, el legislador argentino ha decidido castigar con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder toda representación de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales explícitas o de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales. Al mismo tiempo, se agrava el delito en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.

Ahora bien, resulta importante en determinar el objeto de protección del nuevo delito de “tenencia simple de pornografía infantil” incorporado al CP a través de la Ley N° 27.436 en el art. 128, 2° párr., debate que genera rispidez en la doctrina penal y que repercute en los principios constitucionales del derecho penal y en los fines de la norma jurídica. Nadie discute que deben reprimirse las acciones de los pedófilos y que el Código Penal de la Nación debe adecuarse a los cambios tecnológicos e informáticos que facilitan cometer otros delitos mayores, en especial cuando los sujetos pasivos son menores de edad: personas que no han cumplido 18 años.

En otros términos, desentrañar el objeto de protección del delito “tenencia simple de pornografía infantil” (art. 128, 2° párr. CP) nos permitirá comprender los fines de la norma jurídica, si se encuentra conforme a los principios constitucionales del derecho penal y, además, que conductas quedan abarcadas por el tipo penal (aspecto objetivo y subjetivo) y su consecuencia (pena). Aquí, radica la relevancia de delimitar el objeto de protección del delito de tenencia simple de pornografía infantil.

Como respuesta a la pregunta de conocimiento planteada en el problema de investigación, considero que el objeto de protección en el delito de “tenencia simple de pornografía infantil” incorporado al Código Penal a través de la Ley N° 27.436 (B.O. 23/04/2018) en el art. 128, 2° párr. es el derecho a la imagen personal y el derecho al olvido.

En consecuencia, el Código Penal de la Nación incorporo un nuevo objeto de protección (o bien jurídico defendible) que se ajusta a los principios constitucionales del derecho penal e indiscutiblemente se verifica su despliegue entre la conducta realizada

por el sujeto activo y la afectación del bien jurídico del sujeto pasivo que serán menores de 18 años.

# **Conclusiones**

## Conclusiones

El Trabajo Final de Graduación abordó el objeto de protección del delito de “*tenencia simple de pornografía infantil*” (art. 128, 2º párr. CP, vigente a través de la Ley N° 27.436, B.O. 23/04/2018) a partir de los principios constitucionales del derecho penal. Considero que el delito en cuestión expresa dos conceptos: por un lado, la “tenencia simple”, que puede ser definida como el estado de cosas o hecho de que una persona tenga una cosa bajo su poder, y por el otro lado, “la pornografía infantil”, que puede ser entendida a través de su moderna idea como toda representación (por cualquier medio) de un menor de edad realizando conductas sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines especialmente sexuales.

Ahora bien, el *problema de investigación* que origino este trabajo de grado fue siguiente: ¿cuál es el objeto de protección del nuevo delito de “tenencia simple de pornografía infantil” incorporado al Código Penal a través de la Ley N° 27.436 (B.O. 23/04/2018) en el art. 128, 2º párr.?

A continuación, se expondrán las conclusiones finales:

La política criminal y las garantías de las personas, en un Estado como el que hemos analizado, no están determinadas por las víctimas ni por los acusados o condenados, sino por el Congreso Nacional, quien debe velar por el bien de todos los ciudadanos, que es la función que le asigno la propia Constitución Nacional en el dictado de las normas penales. Y en el ámbito de los delitos contra la integridad sexual el esfuerzo y dedicación que debe emplear es mayor, a fin de evitar que se presenten discriminaciones entre quienes tengan opiniones diferentes, o se pretenda imponer ideas propias en lo sexual, que vaya en contra de la decisión de otra persona. Por ello varios autores expresan que la modificación del rótulo del título no fue del todo acertada, ya que no deja bien en claro cuál fue la intención del legislador con la reforma.

Podría imaginarse, que lo que se pretendió fue adoptar una posición moderna, el problema radica en que los autores que la implementaron carecían de un completo conocimiento de la cuestión a tratarse, y en definitiva termino por decirse lo mismo, solo con distintas palabras.

Como lo explica Edgardo A. Donna, al sostener que ser progresista no es un asunto terminológico, ni ideológica, sino que, en la actualidad, para congregar esa calidad se demanda tener una fuerte base de conocimientos, sin los cuales se puede acabar siendo un reaccionario, ya que como no conocen los efectos de las cosas que ponen en práctica, se concluye, en muchos casos, desencadenando tormentas, por el solo hecho de decir que se es el dueño del desastre. Por ello la crisis del derecho, es una dificultad de conocimiento (Donna, 2001).

Por otra parte, es valorable, en materia de reformas, el trabajo realizado en las bases del art. 128 del CP, donde la protección del menor es el centro de interés de la norma. La protección de menores también significa proteger la libertad individual. Así estas normativas con miras a la protección de la juventud pretenden de manera inmediata proteger al menor, que, por su edad, se considera aun inmaduro para decidir por sí mismo, por lo que se busca que el mismo alcance su desarrollo no de acuerdo a necesidades o valoraciones sociales, sino que se encuentre protegido en sus ideas sexuales reservadas a el mismo, hasta que pueda tomar razón de ellas conseguida la madurez.

Por ello es necesario que al momento de tratar estos delitos, el ordenamiento jurídico debe pensar en máximas que intenten protecciones especiales y acompañamientos individualizado de la víctima, se debe generar condiciones adecuadas, eliminar cualquier entorno que resulte hostil, intimidatorio, o inadecuado para las víctimas y en particular para los Niños, Niñas y Adolescentes (NNyA), respetar la intimidad y la confidencialidad, tomar en cuenta la opinión de la víctima, evitar las intervenciones, trabajar en medidas para ser aplicadas en posterioridad, para lograr la recuperación, rehabilitación y reintegración social del NNyA, tal como se desprende del caso

Los NNyA, son titulares de derechos humanos cuya autonomía, en el ejercicio, es progresiva. Debe allanarse el camino para que puedan ejercer el acceso a la justicia y sean oídos, desde una perspectiva de la niñez penal conforme los estándares establecidos en la pluralidad interpretativa convergente, permitiéndose así que los NNyA tengan un real ejercicio de sus derechos, teniéndose en cuenta su evolución psicológica, su interés superior, su estado de vulnerabilidad y todo desde una perspectiva de la niñez.

En estas conclusiones considero personalmente que la protección de menores implica también la protección de la libertad individual en un sentido amplio. En consecuencia, las normas penales de defensa de los menores de edad (NNyA) se justifica de forma inmediata en la protección del individuo que, por ser inmaduro, todavía no puede decidir por sí mismo (falta discernimiento) por no conseguir su desarrollo de acuerdo con las valoraciones éticas y sociales. Toda conducta sexual de un menor de edad no puede ser puesta a la vista de terceras personas, no puede estar justificada la pornografía infantil, pues, en principio, el consentimiento del NNyA no es válido, desde esta premisa se protege a los NNyA, que frecuentemente son víctimas de pedófilos y abusadores sexuales, que en el fondo además dañan o perjudican con su conducta delictiva el normal desarrollo sexual de niño.

La incorporación del 2º párrafo del art. 128 en el CP, está vinculada al especial acento que se pretendió colocar sobre la prevención de conductas factibles de atentar la integridad del niño (libertad sexual de los menores de edad) y no dejar libre siquiera un instante la posibilidad del autor a cometerlas, arrastrando así a la esfera penal lo que antes quedaba afuera: la simple tenencia. El objetivo primario de la incriminación reside en reprimir la explotación de niños en la producción de imágenes pornográficas.

No obstante, estas argumentaciones son consideradas por algunos, violatorias de la intimidad de la persona, que de modo privado tiene en su poder las representaciones prohibidas por la norma. Ya que de esa manera se infringe el principio consagrado por la Constitución Nacional en el art. 19 (principio de reserva); que solamente coloca en tela de juicio en manos de Dios, pero expresamente exime de la autoridad de los magistrados las acciones privadas de los hombres que no perjudiquen o dañen a un tercero.

Claramente estas conductas por más inmorales que puedan considerarse no afectan de ninguna manera el bien jurídico tutelado y por el contrario si pueden entenderse como afectadoras de lo consagrado por la norma fundamental.

En el año 2018 aparece en el ordenamiento jurídico argentino la Ley N° 27.436 (B.O. 23/04/2018) que modifica el art. 128 del Código Penal de la Nación que sanciona como delito “la tenencia simple de material pornográfico infantil”. En resumidas cuentas, el legislador argentino ha decidido castigar con prisión de cuatro (4) meses a un

(1) año el que a sabiendas tuviere en su poder toda representación de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales explícitas o de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales. Al mismo tiempo, se agrava el delito en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.

Ahora bien, resulta importante en determinar el objeto de protección del nuevo delito de “tenencia simple de pornografía infantil” incorporado al CP a través de la Ley N° 27.436 en el art. 128, 2° párr., debate que genera rispidez en la doctrina penal y que repercute en los principios constitucionales del derecho penal y en los fines de la norma jurídica. Nadie discute que deben reprimirse las acciones de los pedófilos y que el Código Penal de la Nación debe adecuarse a los cambios tecnológicos e informáticos que facilitan cometer otros delitos mayores, en especial cuando los sujetos pasivos son menores de edad: personas que no han cumplido 18 años.

En otros términos, desentrañar el objeto de protección del delito “tenencia simple de pornografía infantil” (art. 128, 2° párr. CP) nos permitirá comprender los fines de la norma jurídica, si se encuentra conforme a los principios constitucionales del derecho penal y, además, que conductas quedan abarcadas por el tipo penal (aspecto objetivo y subjetivo) y su consecuencia (pena). Aquí, radica la relevancia de delimitar el objeto de protección del delito de tenencia simple de pornografía infantil.

Como respuesta a la pregunta de conocimiento planteada en el problema de investigación, considero que el objeto de protección en el delito de “tenencia simple de pornografía infantil” incorporado al Código Penal a través de la Ley N° 27.436 (B.O. 23/04/2018) en el art. 128, 2° párr. es el derecho a la imagen personal y el derecho al olvido.

En consecuencia, el Código Penal de la Nación incorporo un nuevo objeto de protección (o bien jurídico defendible) que se ajusta a los principios constitucionales del derecho penal e indiscutiblemente se verifica su despliegue entre la conducta realizada por el sujeto activo y la afectación del bien jurídico del sujeto pasivo que serán menores de 18 años.

Al mismo tiempo, debemos entender que el art. 128 del CP tipifica diferentes conductas delictivas (por lo tanto debe fragmentarse la interpretación del objeto de protección y no analizarlo de forma conjunta en las hipótesis delictivas) donde en

realidad el objeto de protección del art. 128, 1º párr. CP, salvaguarda, según el autor que se adopte: la libertad sexual, indemnidad sexual de los menores, exploración sexual de los menores, etc.) es distinto al objeto de protección de la tenencia mera simple de pornografía infantil (art. 128, 2º párr. CP) donde se resguarda la imagen privada y personal de los menores de edad y el derecho al olvido (iglesias, 2015).

Se puede concluir que la hipótesis de trabajo fue confirmada y el objeto de protección en el delito de “tenencia simple de pornografía infantil” incorporado al Código Penal a través de la Ley N° 27.436 (B.O. 23/04/2018) en el art. 128, 2º párr. es el derecho a la imagen personal y el derecho al olvido. En consecuencia, se considera que el Código Penal de la Nación incorporo un nuevo objeto de protección (o bien jurídico defendible) que se ajusta a los principios constitucionales del derecho penal e indiscutiblemente se verifica su despliegue entre la conducta realizada por el sujeto activo y la afectación del bien jurídico del sujeto pasivo que serán menores de 18 años.

Al mismo tiempo, entender al objeto de protección como sostiene gran parte de la doctrina penal (libertad sexual de los menores de edad, indemnidad sexual, explotación sexual de los menores, prevención y castigo por la explotación comercial de los menores de edad, entre otras) se estaría afectando el principio de lesividad, el principio de culpabilidad, proporcionalidad de la pena y principalmente se estaría penando una acción privada resguardada por el art. 19 del Constitución Nacional.

Por último, la discusión legislativa, en especial los que votaron a favor de la penalización de la tenencia simple de material pornográfico infantil (que termino con la sanción del 2º párr. del art. 128 del CP) son muy difíciles de fundamentar y justificar en un Estado de Derecho, ni siquiera se puede extraer cual fue el objeto de protección del delito (bien jurídico protegido) si apelamos a la “intención del legislador” para dilucidar el fin de protección de la norma, circunstancia que no puede ser tomada en cuenta para sustentar su constitucionalidad de acuerdo a los principios constitucionales del derecho penal. Se puede concluir que los legisladores argentinos que fundaron su opinión en la penalización de la tenencia de material pornográfico infantil se desentienden de cual es verdaderamente el bien jurídico que protege la norma penal del art. 128, 2º párr. del CP.

Considero que la única alternativa posible para sostener su constitucionalidad en un Estado de Derecho es interpretar que la tenencia simple de materia pornográfico

infantil (art. 128, 2º párr. del CP) es el derecho a la imagen personal y el derecho al olvido de los menores de edad, justificado principalmente porque los sujetos afectados y dañados son niños, niñas y adolescentes.

## **Listado de Bibliografía**

## Listado de Bibliografía

### Doctrina

- Baigun, David y Zaffaroni, Eugenio R. (2009). *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bacigalupo, Enrique (1994). *Lineamientos de la Teoría del Delito*. 3° ed., Buenos Aires: Hammurabi.
- Bacigalupo, Enrique (1999). *Derecho Penal. Parte General*. 2° ed., Buenos Aires: Hammurabi.
- Bacigalupo, Enrique (1999). *Principios Constitucionales del Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Balcarce, Fabián I. (2014). *Dogmática Penal y Principios Constitucionales*. Buenos Aires: B de F.
- Buompadre, Jorge E. (2000). *Derecho Penal. Parte Especial*. Corrientes: Mave.
- Buompadre, Jorge E. (2012). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires: Astrea.
- Bregantic, Jonatan L. (2018). La Acción Penal En Los Delitos Contra La Integridad Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes: Una Norma Interconectada. Publicada en la *Revista Pensamiento Penal*, N° 8, Sección Doctrina, Buenos Aires. Disponible en [en línea]: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/08/doctrina46927.pdf>
- Creus, Carlos (1992). *Derecho Penal. Parte General*. 3° ed., Buenos Aires: Astrea.
- Creus, Carlos (1998). *Derecho Penal. Parte Especial*. 6° ed., 1° reimp., Buenos Aires: Astrea.
- Creus, Carlos (1999). Delitos Sexuales Según la Ley N° 25.087. Publicado en la *Revista Summa Penal: Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*. Buenos Aires.
- D'Alessio, Andrés José (2004). *Código Penal Comentado y Anotado Parte Especial (arts. 79 a 306)*. 1° ed., Buenos Aires: La Ley.

- De Luca, Javier A. y López Casariego, Julio (2009). *Delitos Contra la Integridad Sexual*. 1º ed., Buenos Aires: Hammurabi.
- Donna, Edgardo A. (2001). *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Figari, Rubén (2018). Comentario al Art. 128 del C.P. (Ley 27.436) sobre Pornografía Infantil. Publicado en la Página Web de “Rubén Figari. Derecho Penal”. Disponible en: <https://www.printfriendly.com/p/g/X4HWvT>
- Fontán Balestra, Carlos (1998). *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Fontán Balestra, Carlos (2008). *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Fontán Balestra, Carlos (2013). *Tratado Derecho Penal. Parte Especial*. 1º ed., Buenos Aires: La Ley.
- Iglesias, Gonzalo (2015). Bienes Protegidos en el Delito de Pornografía Infantil. Publicado en *la Revista de la Universidad Nacional de La Plata*, Disponible en: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/23871/Documento\\_completo.pdf?sequence=1](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/23871/Documento_completo.pdf?sequence=1)
- Jiménez de Asúa, Luis (1958). *La Ley y el Delito. Principios del Derecho Penal*. 3º ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Lascano, Carlos Julio (h) (2005). *Derecho Penal Parte General. Libro de Estudio*. 1º ed., 1º reimp., Córdoba: Advocatus.
- Muñoz Conde, F. y García Aran, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. 8º ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, Francisco (2015). *Derecho Penal. Parte Especial*. 20º ed. España: Tirant Lo Blanch
- Nuñez, Ricardo C. (1999). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Actualizadores Spinka R. y Gonzales F., 4º ed., Córdoba: Marcos Lerner.
- Nuñez, Ricardo C. (2008). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 3º ed., Actualizada por Víctor Félix Reinaldi. Córdoba: Marcos Lerner.
- Orihuela, Andrea M. (2008). *Constitución Nacional. Comentada*. 4º ed., Buenos Aires: Estudio S.A.

- Roxin, Claus (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Tomo I y II, 1º ed., Madrid: Civitas.
- Soler, Sebastián (1992). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tea Tipografía Editora.
- Tenca, Adrián M. (2001). *Delitos Sexuales*. 1º ed., Buenos Aires: Astrea.
- Zaffaroni, Eugenio R. (1998). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R., Slokar, A. y Alagia, A. (2002). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 2º ed. Buenos Aires: Ediar.

### **Legislación**

- Constitución Nacional
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Protocolo Facultativo sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía
- Convenio sobre la Cibercriminalidad
- Código Penal de la Nación
- Ley N° 27436 de modificación del Código Penal de la Nación
- Anteproyecto de Código Penal de la Nación (2014)
- Anteproyecto de Código Penal de la Nación (2018)

### **Jurisprudencia**

- C.S.J.N.: “Bazterrica, Gustavo Mario s/tenencia de estupefacientes” (1986)
- C.S.J.N.: “Arriola, Sebastián y otros s/causa N° 9080” (2009)
- Cam. Fed., Sala I, San Martín: “Berra, Fabián y otros” (1998)

## ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

### 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:

<b>Autor-tesista</b> <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	González, Javier Alejandro
<b>DNI</b> <i>(del autor-tesista)</i>	25165040
<b>Título y subtítulo</b> <i>(completos de la Tesis)</i>	EL DELITO DE “TENENCIA SIMPLE DE PORNOGRAFÍA INFANTIL” (ART. 128, 2º PÁRR. CP): UN ANÁLISIS DEL OBJETO DE PROTECCIÓN A PARTIR DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL
<b>Correo electrónico</b> <i>(del autor-tesista)</i>	j_a_g_@hotmail.com.ar
<b>Unidad Académica</b> <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

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:

<b>Texto completo de la Tesis</b> <i>(Marcar SI/NO)<sup>[1]</sup></i>	SI
<b>Publicación parcial</b> <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

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

**Lugar y fecha: San Salvador de Jujuy, 07 de mayo de 2019** \_\_\_\_\_

González, Javier Alejandro

\_\_\_\_\_  
**Firma autor-tesista**

\_\_\_\_\_  
**Aclaración autor-tesista**

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

\_\_\_\_\_  
Firma Autoridad

\_\_\_\_\_  
Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

