

**Materiales sobre abuso infantil. Difusión. Médico pediatra.
Comentario al Fallo “Russo, Ricardo Alberto Guillermo S/
art. 128, CP”.**

Sumario: §I.- Fallo. Argumentaciones. §II.- Razón por la cual el tipo “pornografía infantil” debe nominarse de otra forma. §III.- Sistematización del art. 128 del C.P con la aclaración del acápite anterior. §IV.- Producción, financiación, oferta, comercialización, publicación, facilitación, divulgación y distribución de representaciones sexuales de menores de dieciocho años. §V.- Simple tenencia. §VI.- Tenencia con fines de distribución o comercialización. §VII.- Sujeto activo y sujeto pasivo. §VIII.- Tipo subjetivo. §IX.- Consumación y tentativa. §X.- Facilitación de acceso a espectáculos pornográficos y suministro de material a menores de catorce años. §XI.- Sujeto activo y sujeto pasivo. §XII.- Tipo subjetivo. §XIII.- Consumación y tentativa. §XIV.- Agravante. §XV.- Situación comprendida por el art. 41 ter. §XVI.- Conclusión.

Por Rubén E. Figari

§I.- Fallo. Argumentaciones.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el día 6/11/19, el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 6 bajo el N° 33010/18, caratulada “Russo, Ricardo Alberto Guillermo S/ art. 128, CP”, el titular, Dr. Gonzalo Segundo Rúa, quien presidía la audiencia y dirigía el debate dicta sentencia oral en el perjuicio de Ricardo Alberto Guillermo Russo condenándolo a la pena de diez años de prisión e inhabilitación especial perpetua para ejercer la medicina, con más las accesorias legales y el pago de las costas del proceso, por considerarlo autor penalmente responsable del delito continuado de facilitación de representaciones de menores de trece años dedicados a actividades sexuales explícitas y representaciones de las partes genitales de menores de trece años con fines predominantemente sexuales, en concurso ideal con tentativa acabada de distribución de ese material, que concurren idealmente con tenencia de dicho material con fines inequívocos de distribución y con tenencia simple de ese material, todo lo cual concurre materialmente con el delito de producción de representaciones de las partes genitales de menores de trece años con fines predominantemente sexuales – cuatro hechos – (arts. 12, 20 bis, inc. 3° y último párrafo, 29, inc. 3°, 40, 41, 45, 54, 55, 128, primer párrafo – texto según ley 26.388 – y 128, primero, segundo, tercero y quinto párrafos – texto actual, según ley 27.436 – del Código Penal y 248, 249, 251 y 343 del Código Procesal Penal de la CABA). Lo absuelve por los hechos identificados en el requerimiento

de juicio de la Fiscalía con los números 9 y 10 y en el de la Querrela con los números 3.9 y 3.10, presuntamente constitutivos del delito de producción de material de representaciones de partes genitales de menores de dieciocho años con fines predominantemente sexuales (art. 128, primer párrafo, del Código Penal, texto según ley 26.388, anterior al vigente). Aclara que esta resolución tiene que ver con los dos últimos hechos que mencionó, de imágenes tomadas en un espacio público y no hacer lugar a los planteos de nulidad introducidos por la Defensa (art. 73, a *contrario sensu*, del Código Procesal Penal de la CABA).

El magistrado dice tener por acreditado el primer hecho bajo la siguiente circunstancia: entre el 9 de febrero de 2018 y el 21 de agosto de 2018, utilizando un usuario, que es el GUID 3C7275CB900E95E973E96562B2176FB4, perteneciente a la plataforma eMule, a través de la conexión brindada por la empresa Telecom Argentina SA, a su nombre, con domicilio de instalación en su domicilio de la calle Bavio 3119 de la CABA, puso a disposición y facilitó de esa manera a terceros, 270 archivos de video con contenido de explotación sexual. Ha quedado acreditado a través del testimonio de Juan Manuel Chouza, más la documentación que aportó, que el comienzo de esta investigación está vinculada a tres operaciones de investigación que involucran distintos países porque se trata de un delito transnacional que trasciende las fronteras a través de medios tecnológicos. Se refiere a las investigaciones “Luz de infancia” 1, 2 y 3. A través de estas investigaciones lo que se buscaba era perseguir el tráfico de material de explotación sexual infantil o de abuso sexual infantil.

Se aclara por qué no se va a hablar de pornografía infantil sino de imágenes de explotación o abuso sexual infantil, resaltando el pedido que ya había hecho el Sr. Asesor Tutelar en su alegato de clausura. No sólo se trata de lo mencionado por la Suprema Corte de Mendoza en su acordada 29.363 de la fecha 25/10/19, ni sólo de revictimizar a los menores sino de darle entidad a esos hechos. Cada una de las imágenes, ya sean video o imágenes en sí, no son pornografía sino que constituyen verdaderos abusos o explotación de menores, y parece que eso le da el contenido a este delito. Es por ello y por la gravedad de ese contenido que estas investigaciones, “Luz de infancia 1” se inicia con la participación del gobierno de Estados Unidos y del Gobierno de Brasil, más precisamente del Servicio de Inmigración y Aduanas de Estados Unidos y de la Secretaria Nacional de Seguridad Pública de Brasil. Esto dio lugar a muchos procedimientos, detenciones, secuestros e identificación de archivos que se transmitían en la red, de contenido de abuso o de explotación sexual infantil. Esto de por sí permite demostrar ya un primer punto que

es que existía una razón para realizar esta investigación, que se enmarca en lo que en los códigos modernos se denomina “investigaciones genéricas”, que tiene que ver con tener una preocupación de política criminal y comenzar investigar delitos concretos.-

Se explica minuciosamente el mecanismo mediante el cual se transmiten y se captan los archivos en cuestión y la forma en que se ha realizado la investigación a los fines del descubrimiento de las maniobras empleadas llegando a la conclusión que las descargas las realizó el acusado Russo en tres computadoras de su pertenencia – la computadora personal que tenía en su domicilio (la notebook Dell negra) la notebook negra y gris marca Dell y la computadora que tenía en el hospital Garrahan – como así también fotos que tenía en una tarjeta de memoria de una cámara fotográfica.-

El magistrado llega a la conclusión de que el imputado tenía conocimiento que bajaba archivos de abuso o explotación sexual infantil porque cuando se realizó el allanamiento en su domicilio, el día 22/11/18, los testigos que han participado de la diligencia han manifestado que Russo le dijo a los preventores que no le digan nada a su mujer. Esto ha sido afirmado por testigos, personal de Gendarmería que ha declarado, que ha sido examinado y contraexaminado.

Asimismo, también llega a la conclusión de que Russo sí sabía que al descargar esos archivos los estaba ofreciendo a terceras personas, de manera indeterminada. Con esto lo que quiere decir es que toda conducta de facilitar bajo el sistema de eMule y bajo el sistema de redes, implica necesariamente una tentativa acabada de distribuir.-

Entre el 26/9/18, y el 12/11/18, se tiene por acreditado que Russo tuvo en su poder y mediante la plataforma eMule ofreció 66 archivos de vídeo de abusos o explotación sexual infantil en la que se observan a niñas menores de edad en actividades sexuales explícitas o bien exhibiendo sus partes genitales con clara connotación sexual. Estos archivos fueron hallados y fueron ofrecidos a través del programa eMule y a través de su computadora notebook marca Dell, número de serie 8DNZ6F2 que estaba ubicada en Ernesto Bavio 3119. Se detectó el domicilio del imputado a través del número de ip y se comprobó que efectivamente era el número de ip que correspondía y seguía siendo su domicilio, y luego de esas tareas de verificar que esto fuera así para no hacer un allanamiento en un domicilio que fuera incorrecto y pudiera afectar la intimidad a terceros, una vez que se verificó ese punto, se ingresó a su domicilio y se procedió al secuestro de material relevante y la notebook, cámara de fotos y tarjeta de memoria de la cámara. Las víctimas de estos abusos sexuales o explotación sexual infantil eran víctimas menores de 13 años.

Esto es así porque el perito determinó situaciones básicamente obvias porque cualquier persona se da cuenta que eran menores de edad, pero explicó también que su método reposaba en las siguientes condiciones: proporción y medidas antropométricas, las manos y sus características, la proporción corporal, la dentadura, el tamaño de sus dientes, la ausencia de vello púbico y axilar, la distribución del tejido adiposo, la falta de desarrollo de las mamas, la vulva inmadura y sin desarrollo de los labios mayores. Todos estos elementos, a medida que se iban observando los distintos vídeos secuestrados, más el sentido común que la mayoría de las veces no hacía falta ningún tipo de información porque realmente las imágenes eran grotescas, eran aberrantes, realmente eran imágenes de mucha violencia, se determinó que tanto los 270 archivos, como los 66 archivos, eran de alto contenido de abuso sexual infantil, de explotación infantil y de menores de 13 años, que es un agravante para la ley penal.-

Con respecto al hecho número 3 se tiene por acreditado, aunque con distinta cantidad de archivos, el hecho de la tenencia de material de abuso o explotación sexual infantil con fines de inequívocas de distribución. Concretamente, tiene por acreditado que el día 22/11/18, esto es, el día que se hizo el allanamiento en el domicilio de Russo que tenía en su poder con fines inequívocos de distribución, en la computadora marca Dell, número de serie 8DNZ6F2, dentro de la sesión denominada “ricru” no 203 archivos como han acusado Fiscalía y Querella, sino 117 archivos de imagen y 66 archivos de video. Y en la computadora notebook Dell, de color gris y negra, número de serie 5B9BLT1, dentro de la sesión “Ricardo”, no los 761 archivos que han mencionado las acusaciones, sino 378 archivos de imagen y 2 de video, con fines inequívocos de distribución.-

Con respecto a la computadora número 2, la negra y gris, pasa algo similar, bajo el programa “Encase”, se ha declarado la existencia de más de 300 imágenes y en la pericia se ha mencionado concretamente 378 imágenes de abuso sexual infantil y de explotación sexual infantil. Por el contrario, acá la diferencia es muy poco significativa con otro perito, quien habla de 332 imágenes, casi la misma cantidad. Es cierto que al observar las imágenes que acercó la acusación y que se han utilizado en la prueba sí se han presentado 761 archivos. Para el magistrado no le ha quedado claro cómo es que estaban esos archivos y si son archivos que han sido recuperados o no, de modo tal que al no tener la certeza de esa cantidad es que se ha llegado a la conclusión de que al menos tenía en la computadora mencionada en primer lugar, 117 archivos de imagen y 66 de vídeo y en la computadora número 2, 378 archivos de imagen y 2 de video. El contenido de los archivos fue constatado en la audiencia. Se ha constatado también a través de las

pericias, que ambas computadoras tenían el programa eMule. Considerando que ambas computadoras tenían el programa eMule, que ya había habido búsqueda de archivos y que el programa eMule requiere necesariamente ofrecer y descargar, no le quedan dudas de que los fines de la tenencia de ese material eran inequívocamente de distribución. Con respecto a la edad de las víctimas las imágenes son realmente muy fuertes y demuestran que son menores de edad, muy menores a 13 años.-

En lo atinente al hecho número 4 conforme las requisitorias de juicio se tiene por acreditado, bajo alguna observación, que el acusado el día 28/05/19, en la computadora de escritorio perteneciente al Hospital Garrahan, marca Dell, modelo Optilex 330, tuvo en su poder 100 archivos de imagen en los que se observan a una niña menor de 13 años, en actividad sexual explícita o exhibiendo sus genitales con clara connotación sexual. Este es el hecho presentado por la Fiscalía y la Querrela. La única diferencia es que el juez no tiene acreditado el fin inequívoco de distribución. De la pericia se detectó lo siguiente: en primer lugar, la presencia de 100 archivos de abuso o explotación sexual infantil, y se detectaron vestigios del programa Ares.-

Con referencia a los hechos 9 y 10 marcados por la Fiscalía y la Querrela en sus acusaciones, esto es la producción de imágenes el 27/12/16 y entre el 30/12/17 y el 12/01/18 oportunidad que se le imputa que con una máquina Nikon sacó 48 fotos haciendo zoom en las partes genitales de los menores y entre el 11/01/18 y el 25/02/18 sacó 175 fotos con su Iphone 6s también acercando a las partes genitales, las partes íntimas de las menores en los que la Fiscalía y Querrela ya han hecho referencia, a una imagen que se observa de espaldas a una menor en el momento que se está cambiando, que se observa desnuda a la menor, visualizándose sus glúteos. Sobre estos hechos lo primero que va a mencionar es que más allá de considerar que es un hecho atípico, porque en este caso nos observan los genitales.-

En síntesis, señala el magistrado dirigiéndose al acusado, tuvo entre el 9/02/18 y el 21/08/18, 270 vídeos de abuso y explotación sexual infantil y los puso a disposición de terceros facilitándolos a través de la red eMule. Entre el 26/09/18 y el 12/11/18, fechas que ha corroborado con los metadatos de los archivos, también puso a disposición facilitándolos a terceros, 66 vídeos de abuso sexual infantil. Esto da el total de 336, con la salvedad respecto de la acusación que le hizo la Fiscalía y la Querrela, que en opinión del juez se trata de una observación que es facilitar en concurso ideal con una tentativa acabada de distribución porque no tiene acreditado ese punto, pero que no cambia la gravedad de la conducta. Además, tuvo con fines de distribución en su domicilio a la

fecha del allanamiento, 22/11/18, en una computadora 117 imágenes y 66 vídeos y en la otra computadora, 378 imágenes y dos vídeos. Y también tuvo, tenencia simple, de material de explotación o abuso sexual infantil el 28/05/19, 100 imágenes de ese tenor. Eso da un total de 999 archivos de contenido de abuso o explotación sexual infantil, en calidad de delito continuado.-

El magistrado tiene por acreditado que Russo, el 24/11/15, a las 11:52 horas, en el interior del Hospital de Pediatría Garrahan, sito en la intersección de la calle Combate de los Pozos y Av. Brasil de la CABA, produjo con su celular marca Apple, modelo Iphone 6s, un total de 9 fotos a dos niñas menores de edad, de entre 6 y 10 años aproximadamente, que va a identificar en esta audiencia con la letra “A”. Esas imágenes se encontraban alojadas en su computadora notebook marca Dell que tenía en su domicilio, la que se ha identificado con el número de serie 8DNZ6F2, bajo la sesión asociada a su nombre, “ricru”, y que fue secuestrada en el allanamiento allí practicado. Asimismo, también tiene por acreditado el siguiente hecho, que es el 31/07/17, a las 20:15 horas, en interior del consultorio médico denominado “Organización Médica de Investigación”, sito en Uruguay 725, utilizando nuevamente el mismo celular, extrajo dos fotos a una niña menor de edad, enfocando en sus partes genitales. También estas imágenes fueron halladas en el mismo lugar, en su domicilio. El tercer hecho de producción que tiene por acreditado el juez, es el ocurrido el 30/08/17 a las 11:17 horas, nuevamente el consultorio del Hospital Garrahan, oportunidad en la que extrajo dos fotografías a una menor de edad, también enfocando nuevamente de la misma manera sus genitales. El cuarto hecho, el 30/10/18 a las 9:36 horas, en el Hospital Garrahan, nuevamente, oportunidad en la que extrajo fotografías en sus partes genitales a una niña menor de edad. En los casos mencionados se trata de menores de 13 años de acuerdo a los peritajes realizados. Se desvirtúa que las imágenes captadas por el acusado fueran con fines científicos ni médicos, como alega, sino que se advierten que el objetivo es predominantemente sexual, y si fuera con los fines primeramente mencionados las imágenes tendrían que haber sido guardadas en el hospital y no compiladas en computadoras personales.-

§II.- Razón por la cual el tipo “pornografía infantil” debe nominarse de otra forma.

Luego de haber realizado un extenso relato de la actividad llevada a cabo por Russo en los diversos hechos descriptos y analizados por el magistrado actuante, como así también la calificación de la conducta desplegada y la consecuente pena aplicada entiendo que primeramente se hace menester explicar la razón por la cual el ilícito en

cuestión – pornografía infantil (art. 128 del C. P.) – debe nominarse de otra manera según la acordada de la Suprema Corte de Justicia en Mendoza y las razones dadas en el presente fallo.-

La mentada acordada N° 29.363 de fecha 15/10/19 consigna que en escritos y actuaciones judiciales que se tramitan en la provincia de Mendoza se utiliza el término pornografía infantil entendiendo que de esta forma se estigmatiza a las víctimas del delito previsto en el art. 128 del C. P.. Que como se dijo el término mencionado revictimiza a niñas, niños y adolescentes sometidos a este delito y no se tiene en cuenta que la comunicación escrita y verbal es de suma importancia en los esfuerzos de respetar, proteger y poner en práctica los derechos de esta población vulnerable. El Código Penal no utiliza el término pornografía infantil en el art. 128, tampoco lo hace el proyecto de reforma al Código Penal elaborado por la denominada “Comisión Borinsky” en los arts. 123 y 493.-

En el supuesto de que un niño, niña o adolescente resulte víctima de alguno de los delitos enunciados, el “consentimiento” otorgado no se le ha tenido en consideración a los efectos de eximir la responsabilidad penal del sujeto activo. “En otras palabras, el “consentimiento” de las personas menores de 18 años en la participación de actividad sexual remuneradas no suprime la ilegalidad de la explotación; los niños, niñas y adolescentes son considerados/as víctimas y el llamado “consentimiento” no significa una renuncia al derecho de protección.”.-

La Convención de los Derechos del Niño en el art. 34 establece que: “*Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra toda la forma de explotación y abusos sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter Nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para pedir: a) La incitación a la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad legal; b) la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos*”.-

Se señala que el uso del término “pornografía infantil” implica un consentimiento de las personas que participan tanto en la filmación como en la autorización para que aquélla sea difundida, consentimiento que no se tiene en cuenta cuando se trata de niños, niñas o adolescentes. Muchas organizaciones prefieren utilizar los términos “materiales sobre abuso infantil” para abarcar un abanico de posibilidades y destacar los aspectos de explotación de este fenómeno.-

En 2016 se publicó una guía de orientación terminológica *Guía de Luxemburgo* elaborada por 18 organización Internacionales que trabajan en la protección de niñas, niños y adolescentes y en la que se indica que “existe una creciente tendencia entre los organismos encargados de velar por el cumplimiento de las leyes y agencias de protección de la infancia a cuestionar la idoneidad de una terminología que asocia a la pornografía con la niñez y sugerir términos alternativos”.-

Tal guía establece que “la denominada “pornografía infantil” involucra a niñas, niños o adolescentes que no pueden ni darían su consentimiento” a los actos sexuales a los que están siendo sometidos “y que son víctimas de delitos sexuales”. Ha sido esta la postura general que se ha adoptado en el sector de la fuerza del orden en los últimos años y ha llevado a que se considere la “pornografía infantil” una forma de evidencia forense de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes. Es así que la fuerza del orden como Europol e Interpol a nivel internacional tienden a rechazar el término “pornografía infantil” y utilizar términos alternativos como “materiales de abuso sexual contra niños” o “material relacionado con delitos sexuales contra menores”.-

Recientemente el Juzgado de Primer Instancia en lo Penal, Contravencional y Faltas N° 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires emitió una resolución N° 13547299/219 en la que expresa “la necesidad de modificar el lenguaje relacionado al tipo del delito que aquí se investiga. Con ello me refiero específicamente a la necesidad de dejar de lado el término “pornografía infantil”, y en cambio utilizar “material de abuso sexual niñas, niños y adolescentes” o “material de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes”, de conformidad con los lineamientos brindados por la Guía de Luxemburgo “orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la orientación y el abuso sexual”, desarrollada en el año 2016, en cuya elaboración participaron representantes de distintas organizaciones que defienden los derechos de los niños”.-

No obstante que ECPAT – End Child Prostitution and Trafficking – e INTERPOL reconocen el uso del término “pornografía infantil” en determinadas cuestiones y contextos jurídicos. ECPAT Internacional e INTERPOL emplean los términos “material de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes” (MASSNA) y “material de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes” (MESSNA). El primero abarcó todo el material sexualizado en el que aparecen niñas, niños y adolescentes, incluido el “material de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes” que se refiere específicamente al material en el que se muestran actos de abuso sexual y/o se enfocan las partes genitales de la niña, niño o

adolescente. Aclarando que la distinción entre MASSNA y MESSNA es generalmente una cuestión de naturaleza legal aunque la definición exacta y el uso de estos términos claves varían entre distintos países e idiomas.-

§III.- Sistematización del art. 128 del C.P con la aclaración del acápite anterior.

Ahora bien, recientemente el art. 128 ha sido reformado por la ley 27.436 (B.O. 23/4/2018) que en líneas generales el primer párrafo modifica la pena con prisión de tres a seis años quedando su texto intacto. El segundo párrafo contempla cuatro meses a un año para que a sabiendas tuviera en su poder representaciones de las descritas del párrafo anterior, es decir, que se criminaliza la simple tenencia de material pornográfico. El tercer párrafo contempla una pena de seis meses a dos años para el que también tuviere en su poder dicho material pero con fines inequívocos de distribución o comercialización. El párrafo cuarto guarda la misma redacción que la anterior norma y finalmente el último párrafo eleva las escalas en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuera menor de trece años.-

§IV.- Producción, financiación, oferta, comercialización, publicación, facilitación, divulgación y distribución de representaciones sexuales de menores de dieciocho años.

Se advierte a primera vista que el texto reúne los dos primeros párrafos del anterior art. 128 en uno, la acción de producir o publicar con la de distribuir, adosándole conductas típicas, tales como la de financiar, ofrecer, comerciar, facilitar o divulgar. Con esta ampliación se intenta penalizar toda la cadena de comercialización que va desde el productor hasta el consumidor.-

Tal como ocurre con el caso de la Trata de Personas – que sigue el Protocolo de Palermo –, en la confección de esta norma se han adoptado los parámetros previstos en el Protocolo Facultativo.-

“*Producir*” implica hacer, crear, fabricar, imprimir, construir materialmente una cosa, en este caso de naturaleza pornográfica; también comprende la reproducción o reimpresión de la imagen o la edición, filmación, retrato, dibujo, etc. ⁽¹⁾. Para Carbone producir se refiere al concepto amplio de la palabra, abarcando al que crea, el que hace, pero también quien organiza la empresa, pone los recursos, elige las personas, los protagonistas, y los artistas que van a hacer la representación del menor de dieciocho años

¹ FILLIA Leonardo - MONTELEONE Romina - NAGER Horacio - ROSENDE Eduardo - SUEIRO Carlos “*Análisis a la reforma en materia de criminalidad informática al Código Penal de la Nación (Ley 26.388)*” LL 2008 - E-938

dedicado a actividades sexuales ⁽²⁾. En realidad aquí también se está abarcando a quién financia, al invocar al que pone los recursos o el aporte económico.-

“*Financiar*” es poner el capital, el dinero o los recursos económicos para llevar adelante y completar el proyecto.-

“*Ofrecer*” implica tanto poner a la venta o a disposición a cualquier título. Puede manifestarse a través de un servicio destinado a una o varias personas – indeterminadas o no – por el que se invita a acceder al material pornográfico. En este caso es indistinto que las imágenes, lleguen a su destinatario ya que es suficiente con la mera oferta que se presenta como una tentativa puesta en pie de igualdad con el resto de las conductas que suponen una efectiva circulación del material prohibido ⁽³⁾. Asimismo, se han requerido algunos elementos que podrían relacionarse con respecto al término “ofrecer” tal como la acción de comprometerse a dar, hacer o decir algo; el presentar y dar voluntariamente algo; manifestar y poner patente a algo para que todos los vean; presentar, manifestar, implicar y mostrar determinado aspecto.-

“*Comerciar*” vendría a ser negociar – a cambio de dinero u otra contraprestación – con la distribución, facilitación y/o publicación de imágenes o dar al producto determinadas condiciones y vías de distribución para su venta y también realizar esta última actividad. Es decir, el que saca un provecho o lucra económicamente con la representaciones, ya sea vendiéndolas o haciendo un trueque.-

“*Publicar*” implica la tarea de difusión o divulgación de la imagen sin que tenga trascendencia el medio por el cual se lo haga pues abarca desde la prensa graficada hasta el enlace por vía de internet. Desde luego que en esa tarea de divulgación existe la impresión o la reimpresión, pues es la forma en que el material se encuentre al alcance de todos. Gavier afirma que es poner lo producido al alcance de un número indeterminado de personas, para que puedan verlo o apreciarlo. En términos “informático” también implica imprimir o colgarlas en la red en un lugar de acceso a una pluralidad de personas, en algún formato que las haga visibles.-

Se apunta que este tipo penal establece una limitación a la libertad de publicar, a la libertad de expresión, mas teniendo en consideración su contenido ideológico y formal, no es menos cierto que una de las limitaciones es la obscenidad, pues si aquella libertad

² CARBONE Diego “Comentario a la ley de delitos informáticos, 26.388. Nuevos delitos - viejos delitos” en www.microjuris.com

³ PONT VERGÉS Francisco “¿Debe prohibirse y sancionarse penalmente la divulgación de pornografía?” eDial - DCC2

no estuviera sometida a las leyes que reglamentan su ejercicio se podría caer en la degradación social y moral, como así también en la familiar e individual (4). Este comentario se hacía con anterior redacción y si ello pretendía cuestionar el alcance o extensión a la limitación del marco legal derogado, lo restrictivo y grave de la actual legislación – pornografía con intervención de menores o destinada a ellos – echan por tierra toda posibilidad de una deslegitimación sobre el particular (5).-

“*Facilitar*” significa proporcionar los medios o ayuda para que un particular o una pluralidad de personas – determinadas o indeterminadas – accedan a dicho material. Puede consistir en un mero préstamo o una puesta a disposición, bajo cualquier soporte.-

“*Divulgar*” que implica dar a conocer a un número indeterminado de personas. Cabe la posibilidad de que el envío sea destinado a una persona.-

“*Distribuir*” lo cual se manifiesta como dividir algo entre varias personas designando lo que a cada una corresponde, según voluntad, conveniencia, regla o derecho, o sea, dar algo su oportuna colocación o al destino conveniente o entregar una mercancía a los vendedores y consumidores. Pont Verges sostiene que en este caso la reforma lo que hace es suprimir el párrafo segundo del texto derogado en cuanto está pensado para la distribución de material de tipo impreso o gráfico y lo ajusta a las necesidades actuales, es decir a la Internet como principal medio de circulación (6).-

El texto conserva la organización de espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas con participación de menores de dieciocho años. La palabra organizar está referida a la tarea de montar o realizar espectáculos en vivo, o sea, actuado directamente ante el espectador, por lo que queda excluida la exhibición de un film, grabación, fotografías o cualquier otra imagen de escena pornográfica en que intervengan menores de dieciocho años.-

Con el contenido ya explicado deben intervenir menores de dieciocho años con el objeto de que sean observados por un grupo indeterminado de personas, sea público o no. Buompadre interpreta que es suficiente con que el sujeto pasivo intervenga o participe en el espectáculo sin que deba necesariamente realizar alguna escena pornográfica, que la

4 MERCADO Ángel “*El “destape” y el delito de publicación obscena*” LL 1984-A- 981.

5 Riquert Marcelo en Baigun David - Zaffaroni Eugenio (Dirección) Terragni Marco (Coordinación) “*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial*” 2ª edición, t. IV, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010

6 Pont Vergés Francisco (ob. cit. elDial - DCC2E)

pueden hacer terceros que actúen en él. En contra Breglia Arias - Gauna, quienes entienden que el menor tiene que realizar alguna escena pornográfica.-

Al coronar este catálogo de acciones con la frase por cualquier medio, ello da la pauta que el delito puede cometerse tanto a través de las redes informáticas como en las formas tradicionales, tales como la distribución de fotografías, revistas, videocasetes, dvd, etc..-

La larga lista de verbos utilizados en la confección del art. 128 no ha estado exenta de críticas, debido a que muchos de ellos se superponen o son sinónimos de otros, por tal razón Carbone considera que los verbos típicos incorporados en parte cubren aspectos relacionados con la participación criminal y por consiguiente entiende que la situación ya se encontraba prevista con la redacción anterior y por la aplicación de los arts. 45 y 46 del C.P. porque, por ejemplo, el que financia y facilita no hace otra cosa que participar en el delito, en tanto que las demás conductas ya se encontraban abarcadas dentro de los términos “produjere” y “publicare” (7).-

El mismo cuestionamiento hacen De Luca - López Casariego respecto al problema que los actos de pornografía infantil previstos en la ley 25.087 en cuanto no limitaba los medios de su producción y difusión, ya incluía la difusión por internet y tal circunstancia se podía producir a través de sitios web, a los que se accede a través de links y buscadores y la distribución mediante correos electrónicos, chats, newgroups. Por otra parte, en lo referente al espectáculo en vivo que se sigue conservando en la norma, podía tratarse de la transmisión de pornografía en tiempo real o por, por ejemplo, cámaras web (8). Otro de los reproches que se realiza se finca en que bajo la pátina de sancionar a todos los intervinientes que van desde la producción hasta la distribución o comercialización, en algunos casos se llegan a penar actos preparatorios o modalidades de comisiones anticipadas.-

Las conductas típicas mencionadas hacen referencia a 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, siguiendo en ello la definición de pornografía infantil contenida en el art. 2 c) del

⁷ CARBONE Diego (ob. cit. www.microjuris.com)

⁸ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio “*Delitos contra la integridad sexual*” Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009; LANCMAN Valeria “*La pornografía infantil y la Internet*” www.terragnijurista.com.ar

Protocolo Facultativo. Esta idea viene a sustituir los términos de la antigua redacción “imágenes pornográficas”.-

Al hablar de “partes genitales” se refieren 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.-

En la opinión de Palazzi la representación alude a cualquier imagen, fotografía, dibujo o vídeo que cumpla con los requisitos enunciados, asimismo, enfatiza, que no es necesario que sea una imagen entera, sino que puede ser “toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales”. De esta manera el término “representación” es definido como figura, imagen o idea que sustituya a la realidad, dicho concepto no incluye a las palabras, de tal manera que la mera descripción verbal de hechos o imágenes no está incluida dentro del tipo de pornografía infantil. La adición de la frase “con fines predominantemente sexuales” resulta determinante para diferenciarla de las fotos artísticas pues la representación tiene como objeto, desde el punto de vista delictivo, buscar convertir al menor en un objeto sexual, lo cual debe surgir de la imagen ⁽⁹⁾.-

De Luca - López Casariego consideran que lo que se sanciona es el eventual riesgo de inducción a otras personas y agregan que si ya no es necesaria la explotación infantil, se estaría castigando la representación de un delito. Con ello no se explican el criterio por el que se omite la punición de todas las demás representaciones ⁽¹⁰⁾. Por otra parte sostienen que dicha representación puede tratarse también de personas adultas, disfrazadas de menores y en tal caso cuando todos hubieran estado de acuerdo, no se entiende qué es lo que se castiga, pero seguidamente reconocen que están incluidas formalmente dentro de las representaciones, las imágenes simuladas y que no se han discriminado entre las de adulto que simulan ser de adultos y las de éstos empleadas en contextos pornográficos en los que no participaron también ⁽¹¹⁾.-

En cambio, Palazzi refiere que en el texto no se hace mención a actividades sexuales simuladas ya que en la primera versión del proyecto que circuló en la Cámara de Diputados se hablaba de ello, pero dicha referencia fue eliminada en el debate posterior, aprobándose un texto sin la mención comentada. Si bien esa idea campeó en el

⁹ PALAZZI Pablo “*Los delitos informáticos en el Código Penal. Análisis de la ley 26.388*” Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009

¹⁰ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 249)

¹¹ Idem (ob. cit. p. 252); TAZZA Alejandro - CARRERAS Eduardo “*Pornografía infantil y violación de identidad. La correspondencia electrónica y la intrusión telefónica*” LL 2008-D-1185

Senado, al considerársela controvertida no tuvo andamio. No obstante, la imagen simulada es admitida en el Protocolo de la Convención de los Derechos del Niño y en la Convención del ciber delito, como así también en el derecho comparado ⁽¹²⁾.-

Más allá de toda controversia sobre el particular, la frase referida a toda representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexualmente explícitas y toda representación de sus partes genitales, cumpliendo en cierta forma con la definición del Protocolo, el legislador en este primer párrafo ha tratado de eliminar el término “pornografía” para delinear con más precisión lo que ello le significaba, no obstante que se emplea nuevamente la palabra en el último párrafo – espectáculos pornográficos y material pornográfico – y no ha incluido en la norma las actividades sexuales reales o simuladas, tal como lo contiene el art. 2 inc. c) del Protocolo, pero tampoco no se consigna en la norma en forma expresa que los actos típicos tienen que ser “reales”, lo cual abre la posibilidad de que también puedan ser simulados ⁽¹³⁾.-

§V.- Simple tenencia.

En lo concerniente a la simple tenencia – incorporada por la ley 27.436 (B.O. 23/4/2018) – se ha tratado de hacer un paralelo entre esta situación y simple tenencia de estupefacientes ya que no es lo mismo tener que consumir, para que esto último ocurra se debe tener. Pero en este ámbito virtual las reglas son distintas, ya que aquí sí es posible “consumir sin tener” y ocurre especialmente debido al desarrollo del *streaming* y de los sistemas de intercambio de archivos vía *BitTorrent*. El *streaming* es un sistema de transferencia ininterrumpida de información que se almacena en forma temporal por el usuario que la recibe; es decir que quien consume por esta vía debe estar conectado a la fuente de la información ⁽¹⁴⁾. El *streaming* permite consumir música, videos, eventos en vivo, etc., sin necesidad de descargar el material; en realidad lo que existe es un envío constante de información al dispositivo en el que ésta se reproduce. Según los expertos el sistema funciona de la siguiente manera: el usuario accede a una página en Internet donde se ofrece contenido para *streaming* y elige un enlace para ver o escuchar el material. Esta página está alojada en un servidor de páginas de Internet, que sabe cuál es el archivo que corresponde al contenido solicitado. Este servidor de páginas le manda una solicitud a un servidor de contenido – o servidor multimedia –, que aloja a los archivos, sean de audio

¹² PALAZZI Pablo (ob. cit. ps. 49/50)

¹³ FIGARI Rubén, “*Delitos Sexuales*” 1º Edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019, p. 292

¹⁴ CAMPS, Carlos E., “*Tratado de Derecho Procesal Electrónico*”, 1ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, VII, § VI, 3.1, t. II, (ver nota al pie 48).

o de video. El servidor multimedia entonces comienza a utilizar un protocolo de transporte para enviar el contenido, que lo divide en pedazos pequeños para poder realizar el *streaming* – esto hace posible una reproducción rápida y fluida –. Normalmente, el envío se hace directamente al dispositivo del usuario. Finalmente, la computadora que recibe la información está en condiciones de reproducirla sin necesidad de tener el archivo original descargado. El *streaming* está presente en muchos servicios de distribución multimedia en la actualidad que cuentan con gran popularidad, como *YouTube*, *Spotify*, *Apple Music*, *Netflix*, entre otros. Según la apreciación de Fernández Mendía de donde se han obtenido estas definiciones la cuestión no es menor, pues el consumo de este material por vía de *streaming* quedaría impune, ya que el sujeto nunca descarga el material ni tiene con él ninguna relación de poder de hecho ni derecho. De modo que lo que quedaría como acción típica sería el descargar aquellos archivos, de manera que se pueda acceder a ellos sin disponer de una conexión a Internet; pero no su consumo por *streaming*, porque no puede entenderse que el sujeto "tiene" cuando depende del hecho de que la información le sea enviada de forma ininterrumpida ⁽¹⁵⁾.-

Este autor a su vez cita a los hermanos Vaninetti quienes aseveran que en el caso particular de que el medio sea el informático se poseerá cuando una persona tiene a su merced y disponibilidad el/los archivo/s con material de abuso sexual infantil en unidades tanto de una terminal informática y/o de comunicaciones – computadora, notebook, tablet, smartphone, etc. – y en unidades de almacenamiento externo, como el supuesto de algún servicio de la nube – *cloud computing* –, pendrive, DVD, CD, etc. Es decir que los contenidos con pornografía infantil – MASSNA o MESSNA – deben estar grabados en un soporte de datos y a disposición de quien lo posee. Señalan que deben tenerse en cuenta los límites temporales, ya que para configurar la posesión esta deberá ser prolongada – si no lo fuese, se trataría de una mera acción visionaria – como la llamaron, una "posesión fugaz" –. ⁽¹⁶⁾.-

Hecha esta digresión de carácter más bien técnico el hecho concreto es que la ley 27.436 ha incorporado como segundo párrafo y conminado con pena de cuatro meses a un año de prisión al que tuviere en su poder a sabiendas representaciones de las descriptas

¹⁵ FERNÁNDEZ MENDÍA, Valentín “*La simple tenencia y consumo de pornografía infantil en argentina. Sus problemas legislativos, la privacidad y la constitución nacional*” SJA 08/11/2017, 10 - JA 2017-IV, 1117

¹⁶ VANINETTI, Hugo - VANINETTI, Gustavo “*Posesión de pornografía infantil, Internet y medios informáticos. Necesidad de precisión terminológica y legislación penal*” LL 2017-D - 1298

en el párrafo anterior. Vale decir, que se pune la simple tenencia dolosa – a sabiendas – de la pornografía de menores de dieciocho años. Esta constituye la principal modificación introducida en el texto, pues antes la simple tenencia de tal material sin la finalidad distributiva o comercial era un hecho atípico. Pero es del caso apuntar que esta inclusión como hecho delictivo es totalmente cuestionable, debido a que se está puniendo una conducta, que si bien puede ser reprochable y vituperable desde el punto de vista moral, no afecta para nada el bien jurídico protegido que se pretende tutelar, en cambio, sí se está invadiendo la privacidad del sujeto activo y de ninguna manera ello superaría el test de constitucionalidad ante la vulneración del art. 19 de la C.N. ⁽¹⁷⁾.-

En los Antecedentes parlamentarios de la ley el senador Pedro Guastavino adujo: “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 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. Por otra parte, no tenemos que olvidarnos de que, en la Ley del Arrepentido, sancionada hace tan solo un año, hemos incluido al artículo 128 del Código Penal dentro del elenco de delitos que admiten esa figura. Esto significa que la penalización de la tenencia simple es también un paso para la obtención de información que permita dismantelar las grandes redes de pedófilos”. En términos similares se expresaba la diputada María Gabriela Burgos agregando que: “Debemos concientizarnos de que la simple tenencia es el primer paso hacia el abuso sexual infantil. Sin oferta no hay demanda”.-

No obstante estas argumentaciones tengo para mí que 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 ⁽¹⁸⁾.-

¹⁷ ALVAREZ Teodoro “La reforma del art. 128 del Código Penal por la Ley 27436: Apreciaciones sobre la prohibición de la simple tenencia de pornografía infantil” en www.rubizalonline.com.ar

¹⁸ FIGARI Rubén (ob. cit. p. 295)

El Código Penal español contiene una disposición similar en el art. 189. 5. “El que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años. La misma pena se impondrá a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación”.-

Ello ha sido motivo de una crítica acerva – similar a la expuesta *ut-supra* – por parte de Muñoz Conde al considerar que con este precepto – art. 189. 5 – el legislador invade la privacidad hasta unos niveles difícilmente compatibles con el derecho constitucional a la intimidad y criminaliza una conducta que, por inmoral que parezca, no afecta directamente al bien jurídico protegido en este precepto, indemnidad o intangibilidad sexual del menor o persona con discapacidad. Ciertamente, de un modo indirecto el consumidor del material pornográfico en el que se haya utilizado a menores o a personas con discapacidad favorece las conductas descritas en el párrafo b) del apartado I, igual que el consumidor de drogas ilegales favorece el tráfico de las mismas, pero, al igual que en este caso, las conductas de mero consumo no deberían ser castigadas. El hecho de que la pena de prisión sean menor que en el apartado anterior, y que quepa alternativamente la aplicación de una multa de seis meses a dos años, demuestra que el legislador tampoco equipara la conducta de posesión con fines de difusión y la posesión para uso privado; la decisión legislativa de castigar también esta última infringe **el principio de intervención mínima y la prueba procesal de su supuesto de hecho puede incurrir fácilmente en una lesión de derecho fundamental a la intimidad domiciliaria** – ¿basta la sospecha de que alguien tiene este tipo de material en su casa para su uso privado para justificar una orden de allanamiento o registro? ¿qué cantidad se considerará que excede del simple uso y constituye ya posesión para el tráfico? –. La crítica debe ser mucho más contundente con relación con la modalidad de conducta punible tipificada en el segundo párrafo de este apartado 5, que prevé la misma pena para quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. En este precepto se puede incluir los casos en los que el material pornográfico se ha obtenido por simple descarga de la imagen

para visualizarla, borrándola después, lo que supone una invasión inadmisibles de la intimidad y la conversión en delitos de una tendencia, o incluso curiosidad ⁽¹⁹⁾.-

Según las reflexiones que realizan Simaz - Falcone (h) ⁽²⁰⁾: “La punición de la posesión de pornografía infantil halla su fundamento en una doble faceta. Por un lado, resulta imposible no coincidir con Pastor Muñoz y Gimbernat Ordeig en torno a su planteo de que la misma adolece de una estructura posconsumativa, en tanto se detentan objetos procedentes de la comisión de un delito anterior. En tal sentido, la criminalización se emparenta con la lógica del injusto del encubrimiento y la receptación, en tanto el poseedor del material ayudaría al autor del delito sexual contra menores a sacar provecho de este” ⁽²¹⁾.

“Pero, paralelamente, se destaca que cada adquisición y cada posesión de pornografía infantil incentiva la creación de nuevas producciones al vigorizar un circuito que victimiza a los intérpretes menores utilizados para su filmación, a menudo en relación con delitos de un notable disvalor ⁽²²⁾. Sin perjuicio de ello, debe decirse que a partir de la actual regulación se genera el contrasentido de que determinados adolescentes que tienen la posibilidad de practicar actividades sexuales no pueden consentir la captación de imágenes suyas; en consecuencia, se advierte que la detentación no solo es pasible de ser asociada a actividades delictivas llevadas a cabo de modo previo, sino también a actividades permitidas ⁽²³⁾”.

§VI.- Tenencia con fines de distribución o comercialización.

El tercer párrafo castiga con una pena – seis meses a dos años de prisión actual pena prevista en la ley 27436 – al que tuviere en su poder las representaciones a las que hace alusión el primer párrafo y con fines inequívocos de distribución o comercialización.-

¹⁹ MUÑOZ CONDE Francisco “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánica 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, ps. 228/229, La negrita me pertenece

²⁰ SIMAZ Alexis - FALCONE (h) Roberto, “*Algunas reflexiones en torno al nuevo tipo penal de tenencia de pornografía infantil (art. 128 párrafo segundo del código penal)*”, DPyC 2019 (agosto) - 3

²¹ ROXIN, Claus “*Los delitos de tenencia*”, en “*Delitos de posesión o tenencia. Estudios de Derecho Penal, partes General y Especial, y de Derecho Procesal Penal*”, coordinado por Friedrich-Christian Schroeder, Ken Eckstein y Andrés Falcone. Editorial Ad- Hoc, 1ra edición, Buenos Aires, 2016, p. 157, quien además llama la atención al mencionar que, de modo diferente a lo que sucede en el supuesto de la tenencia de estupefacientes, aquí no se trata del vago punto de vista de una lucha contra redes comerciales inaccesibles, sino de impedir casos concretos y gravísimos de abuso sexual de jóvenes.

²² SCHROEDER, Friedrich-Christian, “*La posesión como hecho punible*”, en SCHROEDER - ECKSTEIN - FALCONE (coords.), “*Delitos de posesión o tenencia*”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, ps. 131/2.

²³ En tal dirección, MAYER LUX, Laura, “*Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil*”, publicado en Polít. Crim., 17, vol. 9, 2014, A2, ps. 42 y ss. Disponible en: [<http://www.politicacriminal.cl>].

Este tipo penal no existía anteriormente. En la Cámara de Diputados al discutir el Proyecto originario de la ley 26.388 se había previsto para esta nueva figura la misma pena que para los supuestos del primer párrafo, cosa que fue sustituida por la Cámara de Senadores ya que entendió que se trataban de ilícitos de una “peligrosidad” diferente y se trataba de salvaguardar el principio de reserva, por ello se agregó el término “inequívoco” para darle una finalidad específica, cual es, la de distribuir o comercializar. También aquí se quiso dar acogida al art. 3 del Protocolo.-

Palazzi se plantea el conflicto de resolver cuándo hay “finalidad inequívoca de distribución o comercialización”, señalando que más allá de que las circunstancias del caso serán las que definirán la presencia de esta finalidad, en ambientes digitales es muy fácil poseer un archivo y realizar copias en forma instantánea. Por ende, si se tiene la finalidad de distribuir las imágenes, ello no surgirá de la cantidad de imágenes secuestradas – como se podría pensar con una primera lectura de la norma –, sino de otros elementos y circunstancias que estarán presentes en el caso concreto. Bien podría suceder que el sujeto activo sea un ávido coleccionista de estas representaciones, poseyendo una gran cantidad exclusivamente para consumo personal, pero no las distribuya o las venda. Por el contrario, un distribuidor podría poseer unas pocas imágenes, pero difundirlas ampliamente. Como la ley dice que esta finalidad debe ser inequívoca se entiende, que sólo el contexto del caso permitirá al juzgador concluir cuándo se está en presencia de tal intención ⁽²⁴⁾.-

Otros autores arguyen que en la redacción de la norma se intenta punir una situación intermedia entre la mera tenencia y la distribución del material consignado en el primer párrafo del art. 128. No obstante, aducen que se le pueden hacer algunas críticas ya que este tipo penal alcanza los actos preparatorios de esa distribución, su realización y aún su comienzo de ejecución estarían alcanzados por el párrafo anterior. Si bien se ha dicho que tanto los verbos utilizados en el primer párrafo como este nuevo tipo penal tienen como fin sancionar todos los participantes en la cadena de comercialización y distribución del material pornográfico, ese adelantamiento de la punición trata de suplir las insuficiencias probatorias al penar conductas previas. Justamente se considera que el almacenamiento con fines de distribución o comercialización se trata de un acto

²⁴ PALAZZI Pablo (ob. cit. ps. 47/48)

preparatorio ⁽²⁵⁾, o un delito de sospecha o una modalidad de comisión anticipada ⁽²⁶⁾. Todo ello lleva a pensar el porqué de una sanción punitiva menor a las previstas para la distribución y comercialización que dan cuenta en el párrafo primero. Asimismo, se aduce tal como se ha expuesto *ut-supra* que resulta difícil en los hechos determinar la finalidad inequívoca exigida por la norma que en gran medida dependerá de la valoración judicial.-

§VII.- Sujeto activo y sujeto pasivo.

El sujeto activo puede ser cualquier persona de ambos sexos que actúe en algunas de las maneras descriptas por los tipos penales consignados *ut-supra*. El sujeto pasivo es el menor de dieciocho años, también de cualquier sexo en los casos de los párrafos primero, segundo y tercero, el del catorce ingresa en el cuarto y se agrega la víctima menor de trece años en el último, como se verá *ut-retro* ⁽²⁷⁾.-

La problemática de la edad parece ser que el legislador no la tuvo en consideración al redactar la ley 26.388 porque se advierte una cierta incoherencia con el resto de lo dispuesto por la 25.087. En efecto, de acuerdo a ella es delictuoso mantener una relación consensuada con una persona menor de trece años, esta es una situación *iure et de iure*, dispuesta por la ley. Pues bien, a partir de los trece años y hasta los dieciséis puede haber consentimiento para la relación sexual – con excepción de los supuestos del art. 120 – y con posterioridad a dicha edad en la medida que no se den los requisitos del art. 119, la persona puede brindar consentimiento cuando y como quiera. La problemática entonces se concentraba en el texto del art. 128 con la ley 26.388 que protege a aquellos menores de dieciocho años de edad, cuyas representaciones de actividades sexuales o de sus partes genitales pudieran materializarse, sin advertir que dichos menores fueron autorizados por la ley para mantener relaciones de carácter sexual con el debido consentimiento. De modo que, se puede deducir fácilmente que una acto sexual consentido entre dos personas, por ejemplo, de diecisiete años no es punible para la ley penal, no obstante si en ese mismo acto uno de los participantes extrae una fotografía al otro – sin importar el fin que tuviere – estaría incursionando en las previsiones del art. 128 ⁽²⁸⁾. Mas esta preocupación ha dejado de tener sustento en virtud de la incorporación por parte de la ley 27.436 del último

²⁵ PONT VERGES Francisco (ob. cit. elDial - DCC2E); TAZZA Alejandro – CARRERAS Eduardo (ob. cit. LL 2008 - D- 1185)

²⁶ DE LUCA Javier - LÓPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 240)

²⁷ TAZZA, Alejandro “Código Penal de la Nación Argentina comentado. Parte especial” t. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 459

²⁸ GARONE Guillermo “Delitos cometidos vía internet. El nuevo art. 128 del Código Penal” LL 18/02/10.

párrafo del mentado art. 128 que determina que las escalas penales se elevarán en un tercio en su mínimo y de su máximo cuando la víctima fuera menor de trece años.-

Palazzi pone sobre la palestra una inquietud que se generó en las empresas que funcionaban como intermediarias en internet – tales como las de telecomunicaciones, ISP, posting, servicio de clasificados online, etc. – cuando se trataba en el parlamento la reforma del art. 128 – ley 26.388 – en el sentido si se le podía llegar a imputárseles alguna responsabilidad penal a dichas empresas por los contenidos que transmitían o se encontraban en sus servidores. Apunta que habitualmente, estos proveedores no tienen conocimiento de la ilicitud del contenido en cuestión y tampoco la posibilidad fáctica y económica de monitorear o rastrear su ilegalidad, pues entiende que sólo a partir del momento en que tiene lugar una notificación del algún contenido concreto obrante en sus redes o servidores – lo que haría presuponer conocimiento – esos proveedores pueden proceder a removerlo. Si no erradican ese contenido, según las circunstancias de cada caso, podría considerarse que están facilitando la difusión de los contenidos prohibidos por el art. 128, del C.P.. Por ello, en esos supuestos no es posible inferir que se incurre en dicho delito y para ello se basa en lo siguiente: a) no existe conocimiento efectivo de los contenidos y de la ilicitud; b) en la mayoría de los casos, no podría existir tal conocimiento por la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones – que les impide monitorear o tomar conocimiento de una comunicación, salvo que exista orden del juez competente –; c) ello sumado a la inexistencia de un deber de vigilancia o supervisión de contenidos. A la falta de dolo cabe sumar, la inexistencia de un accionar concreto imputable al prestador. Más bien son tareas rutinarias y automatizadas, típicas del funcionamiento de Internet, las que pueden llevar a almacenar o hacer distribuir contenido típico. Por ejemplo, en el caso de clasificados *online* o del *posting*, si un tercero sube un contenido que coincide con las imágenes cuya distribución está prohibida por el art. 128 C.P., el proveedor del servicio, como no monitorea, sólo estará obligado a removerlo a partir de la toma de conocimiento acerca de él. Finalmente, si un buscador usado para encontrar imágenes en Internet halla y reproduce para el usuario un contenido prohibido por el art. 128 C.P., aquí nuevamente se está en presencia de una situación atípica, en tanto el operador del buscador no tenga conocimiento de tal información o sea posible imputarle conocimiento previo a su operador. Pero a la necesidad de presencia de este elemento, se suma un problema adicional, que es la inexistencia de un operador humano, pues los buscadores operan de forma automatizada. Debido a la cantidad de páginas y sitios de Internet que se indexan diariamente en la web, el control individual es una tarea imposible de realizar,

ello sumado al posible cambio de la página indexada, luego de que el motor de búsqueda procedió a incorporar la página al índice del buscador. Por ende, como no es posible prevenir técnicamente una conducta, tampoco resulta razonable penalizarla. De lo contrario, se corre el riesgo de caer en una responsabilidad penal objetiva y automática que no es compatible con los principios generales y constitucionales que informa al derecho penal moderno ⁽²⁹⁾. En las antípodas de esta cuestión se encuentra el sitio que funciona como “lugar de intercambio de contenido ilícito”, facilitando mediante hipervínculos e índices organizados a tal efecto del acceso a esos contenidos, sitios que cada vez son más frecuentes y en consecuencia la situación aquí es más comprometida pues en muchos casos es obvio que sus titulares deben conocer los conocimientos que ofrecen, es más, se dedican a ello y cobran por los mismos. Ahora, si existen índices, palabras, claves, grupos o sectores dentro del sitio dedicado a la pornografía infantil y se notifica, pero no obstante ello, no cesa su continuidad, es evidente que se tiene conocimiento de dichos contenidos y consecuentemente incurre en la distribución de los mismos.-

Cabe acotar que no hay que olvidar que la ley 25.690 (28/11/2002 B.O. 03/01/2003 - ADLA 2003 - A- 19) en su art. 1º dispone: “*Las empresas ISP (Internet Service Provider) tendrán la obligación de ofrecer software de protección que impida el acceso a sitios específicos al momento de ofrecer los servicios de Internet, independientes de las formas de perfeccionamiento de los contratos de los mismos (Telefónicos o escritos)*”. De acuerdo a la normativa, los servicios de provisión de Internet deben proveer determinados software – semejantes a filtros – destinados justamente a evitar que los menores puedan entrar en sitios de adultos. Si bien la locución “sitios específicos” no es muy precisa porque no tiene una connotación concreta con los sitios pornográficos, de acuerdo a la temática abordada, es evidente que se refieren a los mencionados sitios, de lo contrario se podría afectar la libertad de expresión y asimismo la atribución es una responsabilidad de los IPS.-

Se dice, de acuerdo a algunas opiniones especializadas en esta materia, que la ley desnuda dos cuestiones: la primera, es que se trata de un intento por regular los contenidos de internet, a partir de imponer obligaciones a los operadores que se encuentran en nuestro país, tratando de implementar instrumentos técnicos, fácticos y que sean posibles de formalizarlos jurídicamente y de esa manera enfocar la responsabilidad de control en

²⁹ PALAZZI Pablo, (ob. cit. ps. 53/56)

algunos de los agentes que intervienen en la difusión de los contenidos de Internet, ya que el Estado tiene jurisdicción sobre las empresas locales. Pero, lo que se observa es que la norma simplemente se adecua al acceso a la www pero no a las otras formas de comunicación en la web. La segunda, consiste en que la provisión de dichos filtros también queda en manos de los padres o representantes de los menores, pues son ellos quienes deben adoptar los recaudos para instalarlos. De allí que, como arguye Pont Verges, por la masividad y difusión la www es la que trae los mayores inconvenientes y peligros a la hora de establecer responsabilidades de los operadores de la red, especialmente cuando se les pretende asignar una posición de garante. “El riesgo radicaría no sólo en que se les podría extender inadecuadamente la responsabilidad penal a los operadores de servicios de Internet, sino también a que se coarte la difusión de ideas, la tan preciada libertad de expresión, en la medida en que lleve a los mencionados a convertirse en censores sin control, con la capacidad técnica y discrecional de elegir que contenidos pueden ser subidos a la red” (30).-

§VIII.- Tipo subjetivo

En el concepto de Palazzi, de acuerdo a la redacción dada al tipo penal, no deja dudas de que se tratan de hechos dolosos, más precisamente de dolo directo y reafirma que de acuerdo a la naturaleza de las acciones descriptas en el art. 128, aplicadas a las tecnologías de la información e intermediarios de internet impide que se les aplique el dolo eventual (31). Concuero con tal atestación que incluye obviamente el párrafo segundo agregado por la ley 27.436 sobre la simple tenencia al poner énfasis en la frase “a sabiendas”.-

El dolo estriba en saber y querer que se está produciendo, financiando, ofreciendo, comerciando, publicando, facilitando, divulgando, distribuyendo o poseyendo material que se sabe pornográfico y que corresponde a menores de edad.-

§IX.- Consumación y tentativa.

Al estar por las menciones de D`Alessio todos los delitos son de pura actividad con la única y discutible excepción de la “producción de la representación” (32). Luego discrimina en que algunos delitos pueden ser factibles de conato como por ejemplo, en la producción, cuando se ha montado la escena, ya habiendo ubicado el menor en un modo

³⁰ PONT VERGES Francisco, (ob. cit. elDial - DCC2E)

³¹ PALAZZI Pablo, (ob. cit. p. 53)

³² D`ALESSIO Andrés (Director) DIVITO Mauro (Coordinador) “Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial” t. II, 2º Edición Actualizada y Ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009/10, p. 288

sexualmente explícito, pero aún no se ha tomado, la fotografía o comenzado la filmación. En la financiación, cuando el aporte – por cualquier motivo ajeno al autor – no se pudo hacer efectivo. Los actos de preparación por acondicionamiento de las “representaciones” – embalarlas, estibarlas, acomodarlas para su exhibición, etc. – pueden constituir indistintamente actos de tentativa de ofrecer, comerciar, facilitar, divulgar o distribuir. La publicación de una representación puede ser susceptible de tentativa como cuando la revista que contendrá las imágenes no se ha comenzado a imprimir pero ya está diagramada y todo el proceso preparado para iniciarse o es decomisada por la autoridad policial. La organización de espectáculos es tentada hasta que la representación en vivo se inicie y mientras el público está esperando el comienzo. En tanto que, el caso el tercer párrafo, referido a la tenencia no admite tentativa y el párrafo segundo 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⁽³³⁾. El acto de reclutar menores o de preparar el equipo de fotografía o filmación constituye un acto preparatorio.-

§X.- Facilitación de acceso a espectáculos pornográficos y suministro de material a menores de catorce años.

El cuarto párrafo del art. 128 prescribe: *“Será reprimido con prisión de un mes a tres años el facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrar material pornográfico a menores de catorce años”*.-

Este párrafo ha quedado intacto proveniente de la ley 25.057, al extremo que no se sustituye todo lo que tiene connotación con la palabra “pornográfico” como ha ocurrido con los párrafos anteriores del artículo en cuestión.-

La conducta disvaliosa que describe la norma consiste en la facilitación al acceso a espectáculos pornográficos y al suministro de material de esa índole a los menores de catorce años.-

Oportunamente se ha explicado en qué consiste el término “facilitar” al tratar la problemática de la corrupción y la prostitución, de allí que el sentido es el mismo. En el caso “facilita” el que permite la entrada donde tiene lugar el espectáculo pornográfico, sea por precio o en forma gratuita. No se requiere que el menor vea o no el espectáculo, basta que ingrese al lugar donde se lleva a cabo⁽³⁴⁾. Este puede incluir la exhibición de

³³ ALVAREZ Teodoro, (ob. cit. www.rubizalonline.com.ar)

³⁴ DONNA Edgardo, *“Delitos contra la integridad sexual”*, 2º Edición Actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 175

videos, películas, muestras fotográficas, escenas de sexo explícito o en vivo, etc. con un deliberado fin o carácter pornográfico ⁽³⁵⁾.-

“Suministra” aquél que hace entrega de material de la naturaleza especificada para que el menor lleve consigo o lo ponga directamente a su alcance, sea a título gratuito o por precio, también incluye el préstamo o la facilitación. En definitiva, abarca la idea de que el menor tenga acceso al mismo, siendo captado por los sentidos. También con la internet se puede dar el suministro aunque se plantea la problemática sobre si técnicamente se trata de un suministro el material que se halla estático en el sitio web, ya que como la recepción de la información por el usuario no es pasiva, sino que implica una búsqueda de su parte, por medio de los programas buscadores, a partir de lo cual el sitio entrega, se puede decir que suministra ⁽³⁶⁾.-

El concepto “material” es más abarcativo que el de “imágenes”, pues la enumeración puede ser infinita ya que en él pueden quedar comprendidas, no sólo las imágenes sino también, esculturas, películas, objetos de la más variada índole, descartándose todas aquellas de carácter científico o auténticas obras de arte.-

Reinaldi interpreta que mediante la conducta del sujeto activo consistente en la facilitación al acceso de espectáculos o el suministro de material pornográfico se puede configurar, al mismo tiempo, el delito de promoción de corrupción de esos menores. En tal caso, por tratarse de un solo hecho con doble encuadramiento, corresponderá concursar idealmente a uno y otro delito y aplicarse la pena del delito mayor (art. 54 del C.P.) ⁽³⁷⁾.-

§XI.- Sujeto activo y sujeto pasivo.

En cuanto al sujeto activo en el caso de la facilitación al acceso de espectáculos pornográficos puede ser la persona autorizada a permitir o impedir la entrada al local donde se lleva a cabo el espectáculo, tal sería el encargado de la boletería o el que recibe los billetes de entrada, en el segundo supuesto, puede ser cualquier persona que tenga el material en su poder, sea o no para la venta. En tal sentido lo estima Reinaldi. Arocena discrepa con ello, pues considera que si la acción típica es “facilitar el acceso”, es decir, allanar el obstáculo para lograr el ingreso, esto puede lograrse incluso por una persona que distraiga la atención de quien recibe los billetes de entrada al espectáculo con el objeto de que el menor entre sin ser advertido. De allí que interpreta que el sujeto activo puede

³⁵ VILLADA Jorge, “*Delitos Sexuales y trata de personas*”, 3ª edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 525

³⁶ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio, (ob. cit. p. 221)

³⁷ REINALDI Víctor, “*Los delitos sexuales en el Código Penal argentino. Ley 25.087*”, 2º Edición actualizada, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2005, p. 262

ser cualquier persona de cualquier sexo ⁽³⁸⁾. En cuanto al “suministro” el sujeto activo puede ser cualquier persona que ponga al alcance del menor el material pornográfico.-

El sujeto pasivo está claro que debe tratarse de un menor de catorce años de uno u otro sexo.-

§XII.- Tipo subjetivo.

Se trata sin duda de un tipo doloso, el agente debe estar en conocimiento de que se trata de un espectáculo o material de naturaleza pornográfica y que está franqueando la entrada para acceder al primero y se está suministrando el segundo a un menor de catorce años.-

Tal cual como las anteriores acciones hay quienes se inclinan por el dolo directo y otros también admiten el eventual. El error excluye el tipo.-

§XIII.- Consumación y tentativa.

El caso de la facilitación al acceso de espectáculo pornográfico se trata de un delito de peligro y por ende es de pura actividad, de allí que la consumación tiene lugar con la realización de la conducta típica. Siendo posible la tentativa, como es el caso que pone Reinaldi, en que el agente ha hecho entrega de la entrada correspondiente pero un tercero, el que puede ser la persona encargada de recoger las entradas o un inspector que ejerza el poder de policía, exija la exhibición del documento de identidad y el menor por carecer de éste o haber verificado su real edad se le impida la entrada ⁽³⁹⁾.-

Sin embargo, tanto en la facilitación al acceso de espectáculos como en el suministro, entiendo que se trata de un delito de resultado porque es menester que ese espectáculo o material pornográfico que se le suministra al menor pueda llegar a tener alguna incidencia en su psiquis, ya que, como atinadamente lo apunta Villada ⁽⁴⁰⁾ aquí la edad va de cero a trece años y va de suyo que un menor de tres o cuatro años de edad no ha entendido en lo más mínimo el sentido de lo que está observando sin que se vulnerara el bien jurídico protegido, de allí que la apreciación de la conducta delictiva quedaría en manos de la merituación judicial.-

§XIV.- Agravante.

En virtud de la ley 27.436 se introduce el último párrafo en el art. 128 que virtualmente consiste en agravar todas las escalas penales previstas en dicha norma que

³⁸ AROCENA Gustavo, “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, p. 154; “*Ataques a la integridad sexual*” Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013, p.115

³⁹ REINALDI Víctor, (ob. cit. ps. 264/265)

⁴⁰ VILLADA Jorge, “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 141

se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuera menor de trece años. Lo cual es atendible pues en este caso el sujeto pasivo está en una alta situación de vulnerabilidad y se compatibiliza con la edad prevista en los otros delitos contra la integridad sexual – abuso sexual, abuso sexual gravemente ultrajante y violación – en los que la intangibilidad sexual de los menores de trece años se presume *iure et de iure* pues carecen de capacidad suficiente sobre la comprensión y dimensión de las actividades con connotación sexual.-

§XV.- Situación comprendida por el art. 41 ter.

Finalmente cabe destacar que de conformidad con el nuevo artículo 41 ter. según ley 27.304 (B.O. 02/11/2016) referida al “arrepentido”: *“Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles. El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos: ...d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal... Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo. Cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión y/o reclusión perpetua, la pena sólo podrá reducirse hasta los quince años de prisión. La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa.]”*. Lo que implica que la persona – autor o participe – que durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles, en este caso relacionado a la figura del art. 128 podrán, en la medida que se cumplan los requisitos que establece el último tramo del artículo 41 ter., ser beneficiarios de la reducción de la escala penal a las de la tentativa. Es norma se debe concordar con lo expuesto en el artículo 276 bis: *“Será reprimido con prisión de cuatro a diez años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogándose al beneficio del artículo 41 ter,*

proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos”. Esto es que en el caso que se brinde información falsa o datos inexactos no sólo se aplica una pena privativa de la libertad que va de cuatro a diez años, sino que también se pierde el beneficio acordado por el artículo 41 ter..-

§XVI.- Conclusión.

Pese a variadas críticas en lo concerniente a las acciones previstas en el art. 128, pues, como ya se dijo, algunas se superponen, se advierte en el caso comentado que varias de ellas han sido perpetradas por Russo. Ello en virtud de una esmerada investigación profesional técnica se pudo constatar y con ello aportar las probanzas concretas de las actividades aberrantes que desplegaba en el ámbito internacional el reo, lo cual torna aún más vituperable su conducta teniendo en cuenta la calidad de profesional de la salud, el cargo que investía, y en el lugar en que desempeñaba su actividad – Hospital Garrahan de alto reconocimiento en su área – aprovechándose de la vulnerabilidad e inocencia de la minoridad de las víctimas.-

Un párrafo aparte merece la mutación de la dominación “pornografía infantil” por la de “materiales sobre abuso infantil” pues abarca varias conductas típicas y a su vez, como lo menciona la acordada N° 29.363 y la argumentación esgrimida por el magistrado interviniente en la causa, evita la revictimización del sujeto pasivo. Si bien a *prima facie* la sustitución podría parecer un eufemismo, en realidad tratándose de actos realizados en perjuicio de menores el objetivo es altamente positivo.-