

La criminalización de la simple tenencia de material de abuso sexual infantil

Por María Agustina Morbiducci¹.-

*“prohibir una muchedumbre de acciones indiferentes
no es evitar los delitos sino crear otros nuevos”
Beccaria, De los Delitos y las Penas.*

I. Aclaración Terminológica Previa.-

En el desarrollo del presente trabajo se sustituirá el uso del término pornografía infantil –que utiliza el Código Penal- por el de **material explotación (o de abuso) sexual contra niñas, niños y adolescentes**, conforme los argumentos expuestos en la Acordada Nro. 29.363 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza², que recoge los lineamientos internacionales plasmados en la *Guía de Luxemburgo*³.

*Este cambio en la terminología se basa en el argumento de que la representación sexualizada de una niña, un niño y un adolescente es, de hecho, **una representación del abuso sexual hacia éstos y, por lo tanto, no debe ser descrita como “pornografía”***⁴.

Resta precisar que –conforme se explica en los documentos señalados- el *material de explotación sexual contra niñas, niños y adolescentes (MESNNA) engloba todo el material sexualizado en el que aparecen niñas, niños y adolescentes* y el *material de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes (MASNNA) se refiere específicamente al material en el que se muestran actos de abuso sexual y/o se enfocan las partes geniales de niñas, niños y adolescentes*.

II. Introducción.-

Es sabido que la explotación sexual infantil constituye una gravísima violación a los derechos fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes (NNAs), a su integridad sexual, a su normal crecimiento y desarrollo⁵. Es sabido también que su

¹ Abogada, egresada de la Universidad del Salvador, Maestrando en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario y actualmente cursando la carrera de especialización en Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires. Auxiliar Letrada de la Unidad de Defensa Penal Nro. 19 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora y miembro de la Comisión de Asuntos Penitenciarios del Centro de Estudios Judiciales de la Universidad de Lomas de Zamora.

² Acordada Nro. 29.363 disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/11/fallos48251.pdf>

³ Se denomina así al documento “Orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y el abuso sexuales” aprobado por el Grupo de Trabajo Interinstitucional en Luxemburgo el 28 de enero de 2016. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Children/SR/TerminologyGuidelines_sp.pdf

⁴ Conf. “Orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y el abuso sexuales”, Op. Cit. Pág 44: “***Pornografía*** es un término que se usa principalmente para adultos que participan en actos sexuales consensuados que se distribuyen (muchas veces de forma legal) al público para su satisfacción sexual. La crítica contra este término en relación con las niñas, los niños y los adolescentes proviene del hecho de **que la “pornografía” cada vez está más aceptada socialmente y el uso de este término en este contexto puede (de forma involuntaria o voluntaria) contribuir a disminuir la gravedad, normalizar, o incluso legitimar lo que en realidad es abuso sexual de niñas, niños y adolescentes y un delito grave**. Por otra parte, al igual que los términos anteriormente discutidos “prostitución infantil” o “niña, niño o adolescente prostituto/a”, el término “pornografía infantil” corre el riesgo de insinuar que estos actos son llevados a cabo con el consentimiento de la niña, el niño o el adolescente y es material sexual legal”.

⁵ “Pornografía infantil en Internet y Grooming” Primer Informe del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires Período 2015-2017 *Departamento de Delitos Conexos a la Trata de Personas, Pornografía Infantil y Grooming*. Disponible en <https://www.mpba.gov.ar/files/content/Primer%20Informe%20PI-Grooming%202015-2017.pdf>

registro y distribución es una de sus repudiables manifestaciones.

Si bien Internet no ha sido el factor determinante para la existencia del material de explotación sexual infantil, su aparición ha provocado un exponencial aumento de la producción y distribución de ese material⁶. Asimismo, ha generado una nueva dinámica delictiva –acelerada, mutable y transnacional- que se sirve de la tecnología como medio de comisión y, por ello, presenta nuevos problemas para su investigación y persecución.

En este contexto, la comunidad internacional comenzó a demostrar una fuerte preocupación por el problema, que se plasmó en una serie de documentos jurídicos (declaraciones, convenciones, resoluciones, protocolos y directivas)⁷ creados para intentar combatir el fenómeno. A su vez, estos instrumentos influyeron de manera directa en nuestra legislación penal: las reformas introducidas al Código por las leyes 26.388 y 27.436⁸, insertaron normativamente los estándares allí establecidos⁹.

En líneas generales, estos instrumentos precisan y actualizan conceptos, prohíben y tipifican una multiplicidad de conductas vinculadas a la producción y distribución (tráfico) del material. A su vez, instalaron una política criminal de *tolerancia cero* aún ante las más mínimas manifestaciones del fenómeno, promoviendo a los Estados a criminalizar acciones sin trascendencia a terceros - *simple tenencia*- y sin afectación a ningún bien jurídico -*pornografía ficticia*-.

⁶ Álvarez, Javier T. "Delitos sexuales: coerción sexual e internet", 1era. Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediciones DyD, año 2008, pág 26: "La industria pornográfica nace con la aparición de la fotografía y se amplía con la aparición del cine a fines de 1800 y principios de 1900, sin embargo, se afirma que desde antiguo los medios escritos habían servido como primer soporte. Así, los primeros intentos de imprimir literatura erótico-pornográfica tienen lugar en Europa durante el Siglo XVI, y su difusión comienza a generalizarse a partir del siglo XVII". (...) "Las principales razones para el auge de la pornografía en internet pueden sintetizarse en: la universalidad del medio y su aptitud para relacionar a millones de personas en todo el mundo, la inmediatez en el acceso, el anonimato de los usuarios e intermediarios, las posibilidades de burlar los controles de identidad de los internautas y principalmente los bajos costos para su producción, en particular con la aparición de las cámaras digitales y teléfonos móviles inteligentes.

⁷ Los más relevantes –por haber sido incorporados a nuestra legislación - son: Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2000 y aprobado en nuestro país en el año 2003 a través de la sanción de la ley 26.763 y Convenio de Budapest sobre Ciberdelito, aprobado –con algunas reservas- por medio de la ley 27.411 en el año 2017. En el ámbito Europeo: Carta Europea de los Derechos del Niño, Declaración y Programa de Acción Mundial contra la Explotación Sexual Infantil, Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños Contra la Explotación y el Abuso Sexual (Convenio de Lanzarote). Existen, además, numerosas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y del Parlamento Europeo.

⁸ Conf. Álvarez, Javier T. "Delitos sexuales: coerción sexual e internet", Op. Cit., pág. 34 "Es indudable, entonces, que el objetivo de la reforma de la Ley 26.388 fue adaptar nuestra legislación interna a los estándares establecidos por los instrumentos internacionales, y modernizar la norma penal frente a los avances tecnológicos que alteraron los esquemas de distribución del material pornográfico con intervención de personas menores de 18 años".

⁹ Conf. Álvarez, Javier T. "Delitos sexuales: coerción sexual e internet", Op. Cit., La Ley 25.087 sólo tipificó la producción, publicación y distribución. La Ley 26.388 incorporó la tenencia del material con fines inequívocos de distribución o comercialización, cumpliendo la exigencia establecida por el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de ellos en la pornografía que exige criminalizar todas las conductas que contribuyen a la cadena de producción y comercialización del material ilícito⁹, por todas ellas actividades vinculadas a la explotación –de la libertad o imagen - sexual - de los NNyA. La reforma introducida por la Ley 27.436 dio un paso más y finalmente tipificó la simple tenencia de MASNNA, siguiendo nuevamente la tendencia mundial en la materia, que como ya se adelantó se ha perfilado hacia una política inflexible y de tolerancia cero ante toda conducta relacionada con el MASNNA. Estas tendencias surgen del Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Menores (Estocolmo 1996), Convenio sobre Ciberdelito (art. 9.1 inc d y e), Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio Lanzarote), Directiva 2011/93/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, Legislación Modelo elaborada por el Centro Internacional de Menores Desaparecidos y Explotados, Declaración del III Congreso Mundial de Río contra la explotación sexual de Niños, Niñas y Adolescentes.

Este trabajo tiene como meta realizar un análisis constitucional del art. 128 del CP, con especial atención a su segundo párrafo introducido por la Ley 27.436: la simple tenencia de MESNNA.

III. Análisis Constitucional. Legalidad, exterioridad y lesividad.

Es sabido que la decisión sobre qué se castiga, es una decisión política. También, que el ejercicio político del poder punitivo ha sido históricamente utilizado de manera autoritaria, abusiva y excesiva.

Desde el pensamiento jurídico ilustrado se vienen desarrollando *principios ético-políticos y criterios de justicia* que han sido incorporados como derecho positivo en la mayoría de las Constituciones democráticas¹⁰ y tratados de derechos humanos. Estos principios funcionan como límite a quienes ejercen poder punitivo del estado (legisladores y jueces): delimitan qué y cómo se puede castigar penalmente. Todo aquello que quede afuera estará permitido o incluso prohibido por otra ley del ordenamiento jurídico, pero su reproche no podrá ser de naturaleza penal.

Nuestro país, siguiendo la tradición ilustrada y liberal positivizó esos límites y los incorporó expresamente en los arts. 18, 19 y 75 inc. 22 de la CN¹¹; ellos son los principios de **legalidad, exterioridad de la acción y lesividad**.

Ferrajoli distingue entre la *mera legalidad* y la *estricta legalidad*. La primera, se limita a exigir que *los presupuestos de pena estén establecidos de antemano por un acto legislativo*¹². La segunda, exige que *la ley penal esté dotada de referencias empíricas para que sea posible su aplicación en proposiciones verificables y presupone todas las demás garantías*, tanto sustanciales (materialidad de la acción, lesividad del resultado y culpabilidad) como procesales (presunción de inocencia, carga de la prueba, derecho de defensa)¹³.

Es evidente que el art. 128 CP no tiene problemas de *mera legalidad*: fue sancionado por medio de una ley emanada del órgano legislativo competente según la CN (Congreso Nacional, art. 75 inc. 12).

Resta, entonces, pasar al análisis de *estricta legalidad* –exterioridad de la acción y lesividad– que es donde –adelanto– advertiremos algunos problemas.

El *valor político* del principio de exterioridad de la acción *reside en la tolerancia para con lo diferente y en la tutela de la libertad de conciencia: no se pueden prohibir comportamientos meramente inmorales o estados de ánimo pervertidos, hostiles o incluso, peligrosos*¹⁴ **cuando éstos se producen dentro del ámbito exclusivo y privado de la persona**. En consecuencia, la ley sólo puede prohibir acciones que trasciendan a terceros.

¹⁰ Ferrajoli, Luigi "Derecho y Razón", Editorial Trotta S.A, 10ma. Edición, Madrid, 2011. Pág. 464 y ss.

¹¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos.

¹² Ferrajoli, Luigi "Derecho y Razón", Editorial Trotta S.A, 10ma. Edición, Madrid, 2011. Pág. 97 y ss.

¹³ Ferrajoli, Op.Cit. págs. 465; 485.

¹⁴ Ferrajoli, Op.Cit.

Por otro lado, el valor político del principio de lesividad *reside en que constituye el fundamento y medida de las prohibiciones y las penas*¹⁵ : *el resultado de la acción debe lesionar un bien de otro*. De esta manera, este principio *vincula al legislador a la máxima kantiana según la cual la tarea del derecho es hacer compatibles entre sí las libertades de cada uno*¹⁶. En la actualidad, existe cierto consenso en que el concepto jurídico de lesividad tiene una importantísima función axiológica referido a valores o bienes constitucionales (bienes jurídicos constitucionalmente protegidos)¹⁷.

Ahora bien, para analizar el art 128 del CP a la luz de los principios expuestos, resulta útil formularnos las siguientes preguntas: *¿Qué acción(es) se castiga(n)?; ¿Se exterioriza o trasciende a terceros?; ¿Qué bien jurídico lesiona?; ¿Es proporcional la respuesta penal?*.

En relación al primer interrogante, podemos advertir que el art. 128 tipifica un grupo de conductas relacionadas con: 1) la creación y distribución del MESNNA (producir, financiar, ofrecer, comerciar, tener con fines de comercializar, publicar, facilitar, divulgar, distribuir y 2) el consumo de MESNNA (simple tenencia).

Resulta claro que todas las acciones del primer grupo requieren para su realización la exterioridad y además trascienden a terceros. El que, por ejemplo, graba a un niño involucrado en actividades sexuales explícitas, *produce*; el que aporta económicamente a su producción, *financia*; el que hace llegar ese material a los consumidores, *comercializa, publica, divulga ó distribuye*¹⁸.

Sin embargo, tener el MESNNA –en principio- no tiene ninguna trascendencia a terceros: el que tiene, tiene para sí mismo. Precisamente, sólo si pusiera a disposición (facilitar) ó compartiera con otros ese material (distribución, divulgación, publicación, comercialización) habría trascendencia o exteriorización y -según las circunstancias de cada caso- estaríamos ante las acciones del primer grupo: *facilitación, distribución, divulgación, comercialización*.

¹⁵ Ferrajoli, Op.Cit. Pág 466 yss “Se trata de un principio que surge ya en Aristóteles y Epicuro y que es denominador común a toda la cultura penal ilustrada: de Hobbes, Pufendorf y Locke a Beccaria, Hommel, Betham, Pagano y Romagnosi (...)”. El principio de lesividad *“ha jugado un papel esencial en la elaboración teórica de un derecho penal mínimo y facilita una fundamentación no teológica ni ética, sino laica y jurídica, orientándolo hacia la función de defensa de los sujetos más débiles por medio de la tutela de derechos e intereses que se consideran necesarios o fundamentales”*.

¹⁶ Ferrajoli, Op.Cit.

¹⁷ Ferrajoli, Op.Cit. pág 468 y ss . En su origen –y según el pensamiento ilustrado- el objeto del delito tenía que ser necesariamente un derecho subjetivo natural de la persona. En la segunda mitad del siglo XIX, en sintonía con la reacción anti ilustrada y anti garantista estos conceptos perdieron toda función axiológica. Su significado se desplaza de los intereses individuales afectados al interés del Estado, al interés de obediencia o fidelidad. Tras la Segunda Guerra Mundial, con el renacimiento de una cultura penal liberal y democrática, el concepto de bien jurídico ha recuperado se carácter garantista: se ha restaurado su referencia semántico a situaciones objetivas y a intereses de hecho independientes previos a las normas jurídicas y, por otro lado, le han devuelto la relevancia crítica y la función axiológica aunque sólo sea como límite interno referido a valores o bienes constitucionales.

¹⁸ Conf. Álvarez, Javier T. “Delitos sexuales: coerción sexual e internet”, Op. Cit. “Por **producir** debe entenderse la acción de crear, elaborar o generar las representaciones en cuestión. También abarca la conducta de quien retrata, filma, construye o edita el material. **Financiar**, implica aportar el dinero y/o los bienes materiales necesarios para producir el material (...). **Ofrecer** significa presentarle el material a otra persona invitándolo a su observación (...). **Comercializar** abarca la acción de obtener dinero u otra mercancía de valor a cambio del material (...). **Publicar** comprende la actividad de exponer el material en cualquier medio a través de distintos soportes posibilitando su conocimiento por parte de terceros. **Facilitar** puede tener dos acepciones: por un lado, la acción de quien entrega a otra persona el material típico sin recibir algo a cambio; por el otro, implica hacer más fácil la realización de las representaciones (...). **Divulgar** abarca el comportamiento de quien hace que este material sea conocido por un número indeterminado de personas a través de cualquier medio (...). **Distribuir** es la acción de quien hace circular las representaciones entre determinadas personas, cualquiera sea el medio elegido, pero siempre que el sujeto activo mantenga cierto dominio sobre los individuos a quien les envía el material.

Por eso, creo que resulta claro que la tipificación penal de la simple tenencia no abastece este primer requisito de *estricta legalidad*.

En relación al bien jurídico, entiendo que las acciones destinadas a la creación (*producir y financiar*) tienen la capacidad de lesionar la integridad sexual de los menores que realmente estén involucrados. Además, dada la dinámica actual del fenómeno -consumidores que a su vez comparten el material- es muy probable que exista concurso -real o aparente, según el caso- con alguno de los delitos previstos en los arts. 119, 120 ó 125 del CP.

Por ejemplo, quien le paga a un menor para que éste se masturbe mientras un tercero lo graba, financia la creación del MESNNA a la vez que promueve -según el caso- su prostitución y corrupción. Quien graba a un mayor abusando sexualmente de un menor de edad también puede -según el caso- facilitar su corrupción. El que obligue a un menor a mantener relaciones sexuales mientras se auto filma y luego lo envía a sus amigos por WhatsApp, será autor de abuso sexual, producción y divulgación de MASNNA.

No hay ninguna duda de que la circulación del MESNNA constituye una revictimización de los menores y un nuevo ataque a su **autodeterminación sexual**, si se entiende que *ésta comprende tanto la libre disposición del cuerpo como así también la de su imagen sexualizada*¹⁹.

Conforme nuestra ley, una persona adquiere la libre disponibilidad de su "imagen sexual" a partir de los 18 años. En consecuencia, toda difusión (a título oneroso o gratuito) del MESNNA constituye un acto de disposición sobre la imagen sexual²⁰ de los menores sin su consentimiento, con clara trascendencia a terceros, que provoca una grave lesión a la *imagen sexual* de los NNyA involucrados. Es por ello -y teniendo en cuenta que nuestra CN establece el deber de los Estados de proteger a la infancia contra la explotación sexual²¹- que su reproche penal es constitucionalmente válido²².

Sin embargo, en el delito de simple tenencia, el acto de disposición de la *imagen sexual* se perfecciona con su consumo, es decir, con su utilización para la autosatisfacción sexual: la tenencia tiene siempre una finalidad²³. De hecho, algunos Tribunales en Estados Unidos ya han dicho que para que se configure el

¹⁹ Cualquier acto de índole sexual practicado con alguien menor a la edad legalmente establecida, implica una interferencia negativa en el proceso de formación sexual del menor y todo niño tiene derecho a llevar ese proceso libre de injerencias. Por ello, cualquier acto sexual en el que intervenga será una agresión a su integridad sexual.

²⁰ Conf. Álvarez, Javier T., pág 43 "Delitos sexuales: coerción sexual e internet", Op. Cit. "(...) la imagen es uno de los principales bienes jurídicos lesionados por este delito. Pues, al no consentir el menor su participación en la filmación o fotografías que integran el material abarcado por la prohibición penal, se accede a un ámbito de su vida privada y se la utiliza en contra de sus intereses, encontrándose, además, expuesto a la difusión de representaciones de su propia intimidad".

²¹ A través de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño -de rango constitucional- el Estado Argentino se comprometió a *proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales y a adoptar medidas -de carácter nacional y multinacional- necesarias para impedir (...) la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos* (art. 34). Asimismo, la convención erige como sujeto de tutela (niño) es todo ser humano menor de 18 años (art 1).

²² Aunque más allá de la validez constitucional, el castigo penal no puede ser la única respuesta estatal para intentar combatir el fenómeno. Como se esbozará en la conclusión, la prohibición penal debe estar acompañada de otra seria de políticas y medida nos criminales de prevención, control e incluso reparación económica.

²³ Roberto A. Falcone y Facundo L. Capparelli "Tráfico de estupefacientes y derecho penal", 1era. Edición, Ed. Ad Hoc, 2002, pág. 171: "Cuando se castiga al poseedor de un objeto con prescindencia de la finalidad que preside dicha posesión, en puridad se está imponiendo una pena por la mera sospecha de su empleo contra un bien jurídico".

delito no es necesario tener almacenado el material, sino que alcanza haberlo visto on line²⁴. Resulta evidente, entonces, que **ley penal busca castigar al consumidor: al pedófilo.**

Ahora bien, esa finalidad (autosatisfacción sexual) si bien podrá resultar lesiva para la integridad de la imagen sexual de los menores involucrados en el material que no consintieron su utilización, lo cierto es que ello quedará siempre en la esfera privada de su tenedor: **ni la acción, ni la lesión se exteriorizan, ni se proyectan a terceros.**

En este sentido, creo que resulta extremadamente difícil imaginar algún caso de simple tenencia con trascendencia a terceros que no configure alguno de los otros delitos previstos en el art. 128. En otras palabras, y como ya dije, cuando esa tenencia se vuelva trascendente, será por comisión de alguno de las demás acciones típicas previstas en la mentada norma.

Sostiene Silvestroni²⁵ que “*acción privada* es aquella que es propia, en el sentido de privativa, exclusiva, y por ende no *socializable o estatizable*. *Acción privada* es lo que se hace en relación a sí mismo o consigo mismo; todo lo que tenga que ver con el cuerpo, el alma, la mente, la personalidad, en definitiva, con la propia vida; todo lo que un ser humano hace consigo es privado de él y por eso le es privativo. *Acción privada* es la expresión y exteriorización de la propia personalidad y ejercicio de las ideas o creencias, la educación y el desarrollo personal. Por contraposición, la acción es pública cuando se desarrolla en el ámbito de lo público, esto es en el marco de una responsabilidad político estatal”. El límite de la acción privada “se reduce prácticamente a uno solo: la libertad de los demás”.

Creo que la simple tenencia del material, al estar relacionada con la satisfacción sexual individual constituye un claro ejemplo de *acción privada*²⁶.

Si bien –como ya adelanté- no puedo dejar de advertir que dicha *acción privada* genera alguna tensión entre la libertad y ámbito privado de los individuos -por un lado- y la protección de la imagen sexualizada de los menores -por el otro-, creo que en virtud de la intrascendencia y falta de exteriorización de la acción y de la lesión, se puede razonablemente concluir que el ocasional perjuicio que la utilización del material para consumo personal podría ocasionar a la imagen del menor involucrado, **no tiene la entidad suficiente para justificar la intervención penal y su castigo.**

Además, creo que las consecuencias de la criminalización de la simple tenencia del MESNNA pueden llegar a ser más dañinas que la acción que se busca castigar.

²⁴ Conf. Álvarez, Javier T, Pág 58 y ss “United States vs. Romm” ; “People vs. Tecklenburg”.

²⁵ Conf. Silvestroni, Mariano H., Op.Cit, Pág 147 y ss.

²⁶ Conf. Álvarez, Javier T. Pág 52 y ss. **A favor de esta postura:** en la discusión parlamentaria de la Ley 26.388 se decidió no incluir la simple tenencia del material “No se consideró conveniente reprimir con la misma pena a quien distribuya representaciones de las descritas como a quien las tenga en su poder, ya que son ilícitos de diferente peligrosidad y, asimismo, se vigorizó la idea, en salvaguarda al principio de reserva, de requerir en forma inequívoca la final por parte del autor de proceder ulteriormente a su distribución o comercialización (Orden del día Nro 959/2007). **En contra:** “no se vulnera la intimidad de la persona porque justamente el art. 19 de la CN dice que las acciones privadas de los hombres están exentas del control de los magistrados, siempre y cuando no afecten los derechos de terceros. Y en este obviamente se están afectando los intereses de terceros y los de toda la sociedad porque el interés del niño es también un derecho humano” (Dicurso del diputado Cordobés Juan Fernando Brügge de Orden del día Nro 17, 21/3/18).

Basta tener en cuenta que -más allá de todos los recaudos que se tomen- será inevitable la reproducción del material durante el proceso penal en al menos una oportunidad. Ello implicará la revictimización de los menores que se encuentren involucrados en el material.

Por otro lado, la criminalización de la simple tenencia implica una doble intromisión del Estado en “las acciones privadas de los hombres”, porque no sólo castiga una *acción privada*, sino que además, en aras de su detección, persecución y castigo se justifica la vigilancia de lo que consumimos en la web y almacenamos en nuestros dispositivos²⁷.

Por último, el castigo de la simple tenencia del material, no elimina ni disminuye el problema de la pedofilia que, como trastorno o perversidad de los impulsos sexuales, requiere otro tipo de abordaje para su tratamiento. En definitiva, las consecuencias perjudiciales de la criminalización no se ven en ningún modo superadas por los efectos beneficiosos que se le atribuye.

Los argumentos esgrimidos a favor de la penalización de la tenencia simple de MASNNA son: a) la demanda incide en el aumento de la oferta – por lo tanto deviene necesario controlar la demanda para anular la oferta-; b) peligro de acciones imitadoras por los usuarios; c) empatía con las víctimas de pornografía infantil; d) riesgo social y vinculación entre quienes consumen pornografía infantil y los abusos sexuales posteriores²⁸, el pudor público.

Todos esos argumentos son refutables. En primer lugar, ha quedado demostrado la escasa utilidad de las leyes del libre mercado para resolver problemas sociales en general, y menos aún de índole penal²⁹. Además, el fenómeno ya no puede encasillarse en una actividad con fines de lucro: en nuestros tiempos la figura del vendedor de pornografía infantil ha sido sustituida por la de consumidores que se asocian sin ánimo de lucro y comparten el material, para la auto satisfacción de sus inclinaciones sexuales³⁰.

En segundo lugar, el peligro de imitación y de abusos sexuales posteriores, es precisamente eso: *un peligro*. Está instalado en el inconsciente colectivo que los pedófilos devienen pederastas y que con el castigo de los primeros, quedaremos a salvo de los segundos. Sin embargo, la ciencia y la experiencia nos vienen

²⁷ En el año 2013, el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires firmó un acuerdo con el NCMEC (National Center for Missing and Exploited Children) para recibir reportes de distribución de contenidos con pornografía infantil y posibles casos de grooming en Internet procedentes de IPs ubicadas en el país. Los reportes de NCMEC son recibidos por el Cuerpo de Investigaciones Judiciales de la Fiscalía de la Ciudad que da curso al fiscal que corresponda.

²⁸ Riquert Marcelo A. “Tenencia Simple de Pornografía infantil y figuras conexas” publicado en AAVV Ciberdelitos y delitos informáticos, compilado por Ricardo Parada y José Errecaborde, 1era Edición, ERREIUS, Buenos Aires 2018. Con cita a Dupuy Daniela “La posesión de pornografía infantil” en AAVV: Ciberdelitos, bajo su propia dirección, Ed. BdeF, Montevideo/Bs.As, 2017.

²⁹ La experiencia relacionada con la criminalización con la tenencia simple de estupefacientes, por ejemplo, ha demostrado el fracaso de ese argumento.

³⁰ Dupuy, Daniela “Diversos aspectos sobre el delito de pornografía infantil”, disponible en <https://www.erreijs.com/actualidad/12/penal-y-procesal-penal/Nota/454/diversos-aspectos-sobre-el-delito-de-pornografia-infantil>. También Álvarez, Javier T. “Delitos sexuales: coerción sexual e internet”, Op. Cit. Pág 47: “[...] el uso de software del estilo “peer to peer” como “e Mule”, “e Donkey”, “Ares” o “U Torrent”, entre otros, los que permiten que diversos usuarios compartan archivos digitales entre sí [...] Con el uso de estos programas se crea una carpeta de intercambio, carpeta donde además de almacenarse los archivos bajados, se queda automáticamente la puesta en común y difusión con otros usuarios, generándose un efecto multiplicador”.

demostrando lo contrario: que son trastornos de la inclinación sexual diferentes³¹ y que el encierro no los hace desaparecer.

En relación a las víctimas, no creo que el proceso penal sea la mejor manera de empatizar con ellas (como ya se dijo, éstas necesariamente sufrirán la revictimización inherente a aquel). Por otro lado, la tendencia mundial ³² hacia la criminalización de la tenencia de MESNNA *ficticia* -sin la participación real de menores de edad ³³-, deja en evidencia el mayor interés en la “cacería” (criminalización) de los pedófilos: el bien jurídico que se pretende proteger excede por completo el *interés superior del niño y de la infancia*.

Por último, es importante recordar que la Ley 25.087 (año 1999) produjo un cambio de paradigma en relación al bien jurídico protegido en el Título III del Código Penal: sustituyó la protección de la honestidad individual y de la moralidad pública, por la protección de la autodeterminación sexual individual ³⁴, motivo por el cual el *pudor o moral pública*³⁵ no podría alegarse como fundamento de la criminalización³⁶.

En virtud de todo lo que hasta aquí hemos analizado, creo que la criminalización de la simple tenencia de MESNNA no cumple con las limitaciones del principio de estricta legalidad (exterioridad y lesividad). Esta norma, por el contrario, es propia de sistemas *subjetivista*, que se caracteriza por estar construido con predominante referencia a la *interioridad* desviada del reo y, por ende, a la puesta en peligro no concreta sino *abstracta* del bien jurídico³⁷.

IV. Conclusión.

Creo que la tendencia mundial hacia la criminalización de la simple tenencia de MESNNA refleja cuan encarnada está en la humanidad, la idea de que la mejor

³¹ No todos los pedófilos son pederastas, ni tampoco todo pederasta es pedófilo (es posible encontrar casos de abuso sexual a menores sin que éstos sean objeto de preferencia sexual por parte del adulto).

³² El material ficticio se encuentra abarcado dentro del concepto de pornografía infantil que brinda el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía y en el Convenio sobre Cibercriminación del Consejo de Europa. Dicho material quedó excluido de nuestro C.P: el texto de la Ley 26.388 de la Cámara de Diputados incluía las actividades sexuales simuladas , que fueron excluidas por la Cámara de Senadores. Sin embargo, ha sido tipificado como delito en países como Italia, España y Alemania.

³³ Conf. . Álvarez, Javier T. “Delitos sexuales: coerción sexual e internet”, Op. Cit. pág 85 y ss. Se trata de imágenes o videos que **se crean sin la participación directa de menores**, pero que suponen recreaciones de escenas sexuales explícitas en que se simula la intervención de ellos. Abarca dos posibilidades: la pornografía virtual y la pseudopornografía. El primer supuesto, a su vez, se refiere a: la representación de personas menores de 18 años en escenas sexuales explícitas **a través de dibujos, animaciones, creación de imágenes digitales** -pornografía artificial- y al **uso de adultos caracterizados como menores recreando escenas sexuales** -pornografía técnica-. La pseudopornografía consiste en representaciones en las que no se utiliza directamente a un menor **pero se utiliza su voz o imagen de manera alterada** (ej. colocando la cara de un niño sobre un adulto, utilizando la voz de un niño en una escena de adultos, etc). Uno de los fundamentos de su criminalización reside en la dificultad cada vez mayor de distinguir entre el material realizado con niños reales de la realizada con imágenes simuladas.

³⁴ De Luca Javier A., López Casariego Julio “Delitos contra la integridad sexual” 1era Edición, Editorial Hammurabi, 2009.: (...) términos imprecisos, que fueron mayormente interpretados con sentido religioso (...) y -agregó-machista.

³⁵ Silvestroni, Mariano H. “Teoría Constitucional del delito”, 1era. Edición, Editores del Puerto , 2004, pág. 147 “Las nociones de “orden” y “moral pública” permiten las mas variadas elucubraciones autoritarias, funcionales a los discursos de “ley y orden”, o “tradición, familia y propiedad”, y a los fundamentalismos religiosos que pretenden la absoluta etización del derecho”.

³⁶ Conf. Álvarez, Javier T. “Delitos sexuales: coerción sexual e internet”, Op. Cit. “Tradicionalmente, el art 128 (...) el bien jurídico lesionado (...) era el pudor (...) entendido como un sentimiento público de decencia en relación a una moral sexual común. (...) La sanción de la Ley 25087 y la modificación del bien jurídico tutelado por el Título III del Código Penal de honestidad a integridad sexual, implicó (...) vaciar de contenido moral a estos delitos y el abandono de la tutela de sentimientos colectivos”.

³⁷ Ferrajoli, Op.Cit. pág 100.

manera de proteger algo o alguien es castigando a la persona (física) que daña ese algo o alguien (derecho penal como *primera ratio*).

A su vez, refleja la necesidad de la humanidad de castigar penalmente todo aquello la mayoría (o la hegemonía) reprueba moralmente. También, evidencia que la paz social se alcanza con la suspensión de los conflictos y no aspira soluciones verdaderas. Finalmente, confirma que la atracción hacia la política criminal de *tolerancia cero*.

El problema de la pedofilia es de antiquísima data. Sostiene Schinaia³⁸ que se viene manifestado desde la antigua cultura greco-romana hasta la Edad Media y que ha continuado su azote en los últimos siglos de nuestra civilización. La novedad contemporánea reside únicamente en las formas de producción y distribución de MESSNA y el medio por el cual circula (Internet).

El primer problema de su criminalización, es que da al fenómeno una respuesta ineficaz: en el mejor de los casos confinará la existencia de quien padece la perversión por un breve período de tiempo (un año y cuatro meses) en un establecimiento total, dominado por la violencia y la naturalización de los ataques sexuales, sin haber intentado siquiera alguna solución terapéutica. Claramente, este contexto no resulta idóneo para prevenir la reincidencia, ni la posible comisión de delitos más graves.

El segundo problema es que una vez decido el castigo como respuesta, se cree (falsamente) que el problema está resuelto y se abandona su discusión, su problematización. Tal como sostiene Schinaia³⁹, parece que existe una gran resistencia (miedo) a hablar de la pedofilia, no sólo por parte de la sociedad, sino también de parte de los profesionales que se “ocupan” de ella.

Sin embargo, advierte el autor, que en el siglo XX esta resistencia viene cediendo y se empezó a hablar mucho de ella, pero desde un enfoque equivocado, provocando el efecto de la “caza de brujas”.

Creo que la criminalización de la pedofilia impide abordar la complejidad del fenómeno en todas sus dimensiones e intentar otra respuesta que sea más efectiva que la pena y menos estigmatizante para quien padece la perversidad. Afirma Schinaia que existen casos susceptibles al tratamiento (cuando por ejemplo, la relación con el otro no está tan perturbada y están presentes sentimientos de culpa y vergüenza)⁴⁰.

Por otro lado para hacer frente a la inmensidad del problema y poder frenar realmente el tráfico virtual del MESSNA, resultaría más eficaz que el castigo penal al pervertido, promover la regulación de las distintas formas *censura* de la circulación web material, siguiendo los lineamientos de la OEA⁴¹ que establecen en

³⁸ Lamentablemente, no fue posible acceder al libro completo de Cosimo Schinaia “Pedofilia, pedofilias. El psicoanálisis y el mundo del pedófilo. APM. Ed. Ediciones. Madrid 2011”, pero se pudo acceder de manera limitada y parcial a él gracias la generosa reseña de Amparo Gámez Guardiola, publicada <http://www.aperturas.org/articulo.php?articulo=0000742> y la brevísimas reseña publicada por la Asociación Psicoanalítica de Madrid en <https://apmadrid.org/libreria-item.aspx?id=83>.

³⁹ Conf. Reseña Op. Cit.

⁴⁰ Conf. Reseña Op. Cit.

⁴¹ “Libertad de Expresión e Internet” http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf

qué condiciones es legítimo el bloqueo de contenido, suspensión de sitios web, plataformas, conductos, direcciones IP, extensiones de nombres de dominio, puertos, protocolos de red o cualquier tipo de aplicación y eliminación de enlaces (links). Creo que nadie pondría poner en duda que el tráfico de MESNNA es un caso excepcional que amerita la implementación de medidas de acción directa como la censura (eliminación y bloqueo).

A su vez, creo necesario enfatizar la regulación de la responsabilidad no sólo estatal sino también de las empresas privadas, prestadoras e intermediarias de servicio de internet, redes sociales, etc., en el control, bloqueo y eliminación de los contenidos que tengan como objeto MESNNA.

Todo ello con la finalidad de que el derecho penal realmente sea la última respuesta al fenómeno (*ultima ratio*) y reducido a su mínima expresión.
