

COMENTARIO AL ART. 128 DEL C.P. (LEY 27.436) SOBRE PORNOGRAFÍA INFANTIL

Sumario: §I.- Introducción; §II.- Antecedentes históricos nacionales; §III.- Bien jurídico protegido; §IV.- Producción, financiación, oferta, comercialización, publicación, facilitación, divulgación y distribución de representaciones sexuales de menores de dieciocho años; IV-1.- Aspecto objetivo; §V.- Simple tenencia; §VI.- Tenencia con fines de distribución o comercialización; VI-I.- Aspecto objetivo; VI-II.- Sujeto activo y sujeto pasivo; VI-III.- Tipo subjetivo; VI-IV.- Consumación y tentativa; §VII.- Facilitación de acceso a espectáculos pornográficos y suministro de material a menores de catorce años; VII-I.- Bien jurídico protegido; VII-II.- Tipo objetivo; VII-III.- Sujeto activo y pasivo; VII-IV.- Tipo subjetivo; VII-V.- Consumación y tentativa; §VIII.- Agravante; §IX.- Publicidad; §X.- Las garantías constitucionales y la prensa; §XI.- Aparente oposición entre los arts. 49 y 128 del C.P..

Por Rubén E. Figari

§I.- Introducción.

El texto que estipulaba el art. 128 introducido por la ley 25.087 expresaba una tendencia destinada a la protección integral de la persona menor de dieciocho años como sujeto pasivo del delito de naturaleza sexual circunscripto específicamente a la pornografía que se materializaba mediante la difusión de imágenes o espectáculos de dicha naturaleza, pero acotados a un ámbito de explotación individual, erigiéndose esto en una de las críticas a la reforma, pues limitaba tanto el ámbito de aplicación de la norma ya que no se habla, por ejemplo, de explotaciones colectivas o de la criminalidad organizada, circunstancia esta última de alcance internacional.-

En cuanto al texto en sí el énfasis, como se dijo, se ponía en el hecho de que el sujeto pasivo sea menor de dieciocho años en el caso de los espectáculos o la difusión de imágenes y menor de catorce años en la facilitación al acceso de dichos espectáculos o suministro de material de índole pornográfica. Asimismo, se advertía otro término conflictivo, cual es el de “pornográfico” que sustituye al concepto de “obscenidad”, lo que acarrearía alguna desinterpretación.-

La ley 26.388 (04/06/2008 B.O. 25/06/2008) sustituye el art. 128 modificado por la ley 25.087 y en él no sólo se describen con más precisión las acciones en que se encuentran los menores de dieciocho años – actividades sexuales explícitas o representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales – sino que

también se pune la producción o publicación de imágenes referidas al menor, la financiación, el ofrecimiento, la comercialización, la facilitación, la divulgación y su distribución por cualquier medio, de modo tal que abarca la circulación de imágenes infantiles por internet, lo cual antes no preveía la norma. Es evidente que a partir de la denominada “ley de delitos informáticos” el legislador, ante el avance de la pornografía infantil por la web consideró necesario incorporar estos nuevos medios electrónicos.-

Sin duda se han tenido en cuenta algunos instrumentos internacionales sobre el particular que incluso han sido suscriptos por nuestro país, por ejemplo la Convención de los Derechos del Niño (arts. 1 y 34) ⁽¹⁾; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (arts. 2 y 3) ⁽²⁾ y el Convenio sobre la cibercriminalidad (título III). El Protocolo facultativo dispone y define que: “por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales” y dispone que los Estados repriman “la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil...” así se hayan “cometido dentro como fuera de las fronteras, o se han perpetrado individual o colectivamente”. Términos similares se utilizan en el Convenio sobre la cibercriminalidad.-

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 el 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.-

De esta manera el art. 128 ha quedado acuñado de la siguiente forma: ***“Será reprimido con prisión de tres a seis años el que produjere, financiare, ofreciere,***

¹ Ratificada por ley 23.849 (27/09/1990 B.O. 22/10/1990 - ADLA 1990 - D- 3693).

² Ratificada por ley 25.763 (23/07/2003 B.O. 25/08/2003 - ADLA 2003 - D- 3835).

comerciare, pubblicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores. Será reprimido con prisión de cuatro meses a un año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior. Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización. Será reprimido con prisión de un mes a tres años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años. Todas las escalas penales previstas en el este artículo se elevaran en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece años”.

§II.- Antecedentes históricos nacionales.

El primer antecedente de este tema se encuentra en el Proyecto Villegas-Ugarriza-García de 1881 en el Capítulo II “Violación, estupro, corrupción de menores, rapto, ultrajes públicos a las buenas costumbres” en dos artículos, el 288: “*El que vendiese, distribuyese ó exhibiese canciones, folletos u otros escritos, figuras ó estampas contrarias á las buenas costumbres, será condenado á la misma pena del artículo anterior [arresto medio]*” y el art. 289: “*Incurrirá también en ella el autor del manuscrito, de la figura ó estampa, ó el que los hubiera reproducido por un procedimiento cualquiera que no sea la imprenta*”.-

El Código de 1886 no traía alguna disposición al respecto, tampoco lo hacía el Proyecto Piñero-Rivarola-Matienzo de 1891.-

En el Proyecto Segovia de 1895 en el Capítulo II “Violación, estupro y ultraje al pudor” figura una norma, el art. 169 que disponía: “*El que, fuera de los casos enunciados en los artículos precedentes, causare público escándalo con acciones impúdicas, ó con escritos, dibujos ú otros objetos obscenos, será reprimido con multa de cien á quinientos pesos, y con doble pena, en caso de reincidencia*”.-

En la ley de reformas número 4189 de 1903 no se encuentra disposición alusiva al tema y es recién a partir del Proyecto de 1906, en el Capítulo III “Corrupción y ultrajes al pudor” bajo el título de “Escritos o imágenes obscenas”, en el art. 133 decía: “*Será reprimido con prisión de quince días a un año al que publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, figuras, imágenes u objetos obscenos, y al que los*

expusiere, distribuyere o hiciere circular”. Es así que este artículo resultó ser la fuente principal de la norma contenida en el art. 128 del C.P. de 1921. Si bien Moreno (h) menciona como concordancias además del art. 133 del Proyecto de 1906, el Código italiano en su art. 339 y la ley 816 con sus arts. 36, 97 inc. 3° y 141 inc. 1°³), Núñez le replica que el precepto italiano de 1889 no es igual al art. 128 pues su redacción es más clara en su estructura y en cuanto el delito exige distribución o exposición pública de los objetos obscenos. El art. 97 inc. 3° de la ley nacional 816 no tiene relación con el texto del art. 128. Tampoco la tiene, en realidad, el art. 36, según el cual en las oficinas de correos no se recibirán libros, impresos, grabados, pinturas, litografías o fotografías de carácter inmoral. No se trata de una disposición penal y no se refiere a objetos obscenos sino inmorales. Sí es una disposición penal el art. 141 inc. 1° que castiga con multa de cien pesos fuertes a: “Todo el que depositare o hiciere depositar en las oficinas de correo en los buzones, libros o dibujos obscenos o cartas con epítetos injuriosos en su cubierta”. La disposición no es simple infracción de correos. Protege el bien social de las buenas costumbres y el pudor público. Ha sido derogada, por consiguiente por el Código Penal, dado que dispone sobre la materia de éste y en forma distinta (art. 305). Su texto, tan diferente del texto del art. 125, no presta ayuda en la interpretación de éste⁴.-

El Proyecto de 1917 en el art. 128 establecía: “*Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular*”. Esta disposición pasa sin cambios al “Código de 1921”.-

El Proyecto de 1937 Coll y Gómez contiene además de la redacción similar al Código en el primer párrafo, en el segundo del art. 168 se impone prisión de uno a tres años si el delito fuere cometido con fines de lucro o mediante transmisiones de radiotelefonía o en espectáculos teatrales o cinematográficos.-

El Proyecto de 1941 Peco no modifica en lo esencial el delito de publicaciones obscenas – art. 191 –.-

En el Proyecto de 1951 en el Capítulo II “Ofensas al pudor y al honor sexual” en el art. 274 consignaba: “*Se impondrá prisión de uno a tres años al que, con fines comerciales o de distribución o exposición pública, introdujere al país, exportare,*

³ MORENO (h) Rodolfo “*El Código Penal y sus antecedentes*” t. IV, Editorial H. A Tommasi, Buenos Aires, 1923, p. 298.

⁴ NUÑEZ Ricardo “*Tratado de Derecho Penal*”, t. III, vol. II, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1988, ps. 377/378.

publicare, fabricare o reproducere libros, escritos, imágenes u otros objetos obscenos; los expusiere, distribuyere o pusiere en circulación; adoptare cualquier medio de publicidad para favorecer la circulación o el comercio de tales objetos; o ejecutare o hiciere ejecutar espectáculos o audiciones obscenas”.-

El Proyecto de 1953 no contenía disposición alguna referida a la presente cuestión.-

El Proyecto de 1960 de Soler en el art. 174 albergaba la siguiente norma: “*Será reprimido con prisión de un mes a dos años el que con propósito de lucro, fabricare o reproducere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos, y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular. La misma pena se aplicará al que con propósito de lucro diere espectáculos obscenos de teatro, cinematógrafo o televisión o efectuare transmisiones radiales de ese género”.-*

La ley *de facto* 17.567 modificó el art. 128 en los siguientes términos: “*Será reprimido con prisión de dos meses a dos años el que publicare, fabricare o reproducere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos, con el propósito de difundirlos o de exponerlos al público, y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular. La misma pena se aplicará al que diere espectáculos obscenos de teatro, cinematógrafo o televisión o efectuare transmisiones radiales de ese género. La misma pena se impondrá al que exhiba, venda o entregue a un menor de dieciséis años, libros, escritos, imágenes u objetos que, aún no siendo obscenos, puedan afectar gravemente el pudor de aquél, o excitar o pervertir su instinto sexual”.-*

Este texto fue derogado por la ley 20.509 que restablecía las disposiciones originarias del Código.-

La ley *de facto* 21.338 repone el texto de la ley *de facto* 17.567.-

El Proyecto de 1979 en el art. 178 tenía una redacción similar a la 21.338, sólo que se dividía en tres incisos.-

La ley 23.057 vuelve al texto original del Código Penal.-

La ley 25.087 dispuso la siguiente reforma: “*Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años el que produjere o publicare imágenes pornográficas en que se exhibieran menores de dieciocho años, al igual que el que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren dichos menores. En la misma pena incurrirá el que distribuyere imágenes pornográficas cuyas características externas hicieren manifiesto que en ellas se ha grabado o fotografiado la exhibición de menores de dieciocho años de edad al momento de la creación de la imagen. Será reprimido con*

prisión de un mes a tres años quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años”.-

El Anteproyecto de Reforma integral del Código Penal del M.J.D.H.N. ha diseñado dos artículos sobre la pornografía: art. 161 *“Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que por cualquier medio produjere o publicare imágenes pornográficas en que se exhibieran menores de dieciocho años, al igual que el que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren aquéllos. En la misma pena incurrirá el que distribuyere imágenes pornográficas cuyas características externas hicieren manifiestas que en ellas se ha grabado o fotografiado la exhibición de menores de dieciocho años de edad al momento de la creación de la imagen”*. El artículo siguiente dispone: *“Será reprimido con prisión de quince días a dos años quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años”.-*

La ley 26.388 (B.O. 25/6/2008) sustituye el texto de la ley 25.087.-

El Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal de 2014 en el art. 131 disponía: *“1. Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que produjere o por cualquier medio publicare, comerciare o divulgare imágenes de actividades sexuales explícitas de menores. 2. La misma pena se impondrá a quien organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren menores. 3. Si los delitos de los incisos precedentes se cometiesen contra menores de trece años, la pena de prisión será de tres a diez años. 4. El que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de trece años, será penado con prisión de uno a seis años”*.

§III.- Bien jurídico protegido.

No obstante la reforma introducida por la ley 27.436 – pues en realidad no es sustancial, salvo en lo atinente a la incorporación de la simple tenencia del material pornográfico y la agravante del último párrafo concerniente a considerar como sujeto pasivo a los menores de trece años –, valen sobre este tema, las mismas consideraciones que oportunamente se hicieron a partir de las modificaciones llevadas a cabo por la ley 25.087. Así se dijo que con dicho texto era evidente que se producía un cambio en cuanto al bien jurídico protegido que ya no representa el pudor o decencia sexual, entendido esto como un sentimiento que pone límites a las manifestaciones de lo sexual que se pueden hacer a terceros y concretamente el pudor se lo entiende como un valor social que se da en una comunidad y se proyecta a los individuos que la componen, de

modo que se afectaría públicamente cuando su ataque puede ser receptado por un número indeterminado de personas, o privadamente, cuando ese ataque incide sobre personas determinadas, tal cual como lo interpretaban Creus - Buompadre ⁽⁵⁾.-

Al limitar la edad del sujeto pasivo a los menores de dieciocho años y agravar la pena cuando la víctima fuera menor de trece años es obvio que no se procura asegurar las personas mayores de esa edad, sino que se brinda una protección al derecho de los menores a no ser utilizados en producciones, publicaciones o espectáculos que pongan en peligro el normal desarrollo de su personalidad.-

Según Reinaldi ello se finca o se inspira en la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y que tiene jerarquía constitucional en nuestro país al asegurar a los niños – considerados tales por dicha Convención hasta la edad de dieciocho años – protección y cuidados especiales que en razón de su edad necesitan ⁽⁶⁾.-

Gavier señala, comentando la ley 25.087 que el nuevo tipo legal ha dejado de tener por objetivo el atentado al pudor público, constituyendo ahora un ataque al normal desarrollo psíquico y sexual de menores de dieciocho años ⁽⁷⁾.-

En una misma línea de pensamiento se inclina Villada al sostener que ya no se protege de decencia sexual pública de aquellas ofensas a la moral manifestadas mediante conductas obscenas restringiendo el objeto de la tutela a la utilización de menores de dieciocho años en actividades o material pornográfico y elimina las formas de ataque a mayores de modo que la disposición en cuestión tiende a preservar por una parte a los menores de dieciocho años en una de las formas de explotación sexual más

⁵ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal. Parte Especial*”, t. I, 7º Edición actualizada y ampliada Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 248 y reconocen que tal postura se torna inviable ya que con el texto nuevo – ley 25.057 – hay que enrolarse en un concepto individualista de la sexualidad en el que importan no ya los adultos vinculados a un contexto sexual determinado, sino a los menores de cierta edad que se ven involucrados, aún con su consentimiento, en una exhibición de material pornográfico potencialmente apto para incidir en la adecuada formación de su sexualidad.

⁶ REINALDI Víctor “*Los delitos sexuales en el Código Penal argentino. Ley 25.087*”, 2º Edición actualizada, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2005, p. 250.

⁷ GAVIER Enrique “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1999, p. 89; ESTRELLA Oscar A. - GODOY LEMOS Roberto “*Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*” 2º Edición t. I, Ed Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 524; ESTRELLA Oscar “*De los delitos sexuales*”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 220; BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar, “*Código Penal y leyes complementarias. Comentado y concordado*”, 6º edición actualizada y ampliada, t. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 1104 puntualizando que lo que aquí se protege es a los menores de dieciocho años con respecto a un ataque a su normal desarrollo psíquico y sexual. DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio “*Delitos contra la integridad sexual*” Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 206; RIQUERT Marcelo en BAIGÚN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) “*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial*” 2ª edición, t. 4, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p.745.

conocidas y reprochables – utilizados para confeccionar imágenes pornográficas –, en segundo lugar proteger el saludable desarrollo psico-físico de los menores de catorce años – y ahora con la ley 27.436 se incluye al menor de trece años –, enderezando este concepto a su sexualidad y formación moral, en tercer lugar se trata de prevenir formas encubiertas de corrupción con fines de lucro y en cuarto lugar se sigue amparando la noción media de decencia o moral pública como concepto opuesto a los excesos provenientes de lo obsceno⁽⁸⁾. Edwards hace su aporte en el sentido de que se trata de la protección del normal desarrollo sexual de los menores de dieciocho años⁽⁹⁾.-

Donna, con cita de Diez Ripolles, entiende que la protección de menores es también una protección de la libertad individual. “Así se dirá que en los preceptos de protección de la juventud se atiende, de modo inmediato, a la protección del individuo que, por ser inmaduro, todavía no puede decidir por sí mismo, intentándose, no lograr su desarrollo de acuerdo a las valoraciones éticas o necesidades sociales, sino garantizar un área de protección de modo que el acuñamiento de las ideas sobre la conducta sexual del joven queda reservado a él mismo una vez conseguida la madurez”⁽¹⁰⁾.-

Buompadre seguía la misma línea interpretativa pero consideraba que la norma era limitada porque no se tenía en cuenta la explotación colectiva, más puntualmente, la de las organizaciones⁽¹¹⁾.-

Resulta de incumbencia lo expuesto, en su oportunidad, por el miembro informante de la Cámara de Diputados Dr. Cafferata Nores al tratar lo que luego sería la ley 25.087, quien expresó que: “En relación al texto vigente, se desincrimina la producción de imágenes u objetos obscenos en los que estuvieren en juego exclusivamente imágenes de personas adultas. El objetivo primario de la incriminación reside en reprimir la explotación de niños en la producción de imágenes pornográficas. Se ha colocado especial acento en evitar punir a quien no conoce el material que está distribuyendo, sino que quien sea pasible de sanción sea aquél que ha sabiendas distribuya el tipo de material mencionado. Este precepto normativo también amplía la

⁸ VILLADA Jorge “*Delitos sexuales y trata de personas*” 3ª edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 519.

⁹ EDWARDS Carlos “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 81.

¹⁰ DONNA Edgardo “*Delitos contra la integridad sexual*”, 2ª Edición Actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 173

¹¹ BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal. Parte Especial*” t. I, 2ª edición actualizada, Ed. Mave, Corrientes, 2003, p. 443.

incriminación a fin de abarcar los actos pornográficos que no son filmados, grabados o fotografiados, sino directamente actuados en vivo; a modo de espectáculos...” (12).-

Vale decir que en la idea del legislador yacía la nítida intención de que el tipo penal tenga por destino reprimir la explotación de menores de dieciocho años en la producción de imágenes pornográficas, debido a que se considera que se puede desviar el desarrollo psíquico y la normal conducta sexual por su inmadurez, que es a ello a lo que tiende el bien jurídico tutelado (13).-

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

IV-1.- Aspecto objetivo.

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 (14).-

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. (15). 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

¹² Antecedentes Parlamentarios p. 1616.

¹³ FIGARI Rubén “*Delitos de índole sexual. Doctrina nacional actual*” 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. S&S Editores, Río Cuarto, Córdoba, 2011, p. 455.

¹⁴ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. ps. 236/237).

¹⁵ BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 443); VILLADA Jorge (ob. cit. p. 520); REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 251/252) quien le adita que los medios pueden ser mecánicos o electrónicos y se puede utilizar compaginaciones en base a fotografías “inocuas” que se altera por la tecnología de la computación transformándola en imágenes pornográficas; DONNA Edgardo (ob. cit. p. 174); GAVIER Enrique (ob. cit. p. 91); AROCENA Gustavo “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, p. 149; PARMA Carlos “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, p. 137. Hacer notorio o patente, por televisión, radio, periódicos o por otros medios, algo, es decir, un escrito, una estampa, etc. (Cfme. 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).

años dedicado a actividades sexuales (¹⁶). 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 (¹⁷).-

“*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 (¹⁸). 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 (¹⁹).-

“*Comerciar*” vendría a ser negociar – a cambio de dinero u otra contraprestación – con la distribución, facilitación y/o publicación de imágenes (²⁰) 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 (²¹). En términos

¹⁶ CARBONE Diego “Comentario a la ley de delitos informáticos, 26.388. Nuevos delitos - viejos delitos” en www.microjuris.com citado por PALAZZI Pablo “Los delitos informáticos en el Código Penal. Análisis de la ley 26.388” Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 45.

¹⁷ Idem (ob. cit. p. 45).

¹⁸ PONT VERGÉS Francisco “¿Debe prohibirse y sancionarse penalmente la divulgación de pornografía?” eDial - DCC2.

¹⁹ FILLIA Leonardo - MONTELEONE Romina - NAGER Horacio - ROSENDE Eduardo - SUEIRO Carlos (ob. cit. LL 2008 - E-938).

²⁰ PONT VERGÉS Francisco (ob. cit. eDial - DCC2E).

²¹ BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 443); VILLADA Jorge (ob. cit. p. 520); REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 251/252); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 174); GAVIER Enrique (ob. cit. p. 91); AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 149); PARMA Carlos (ob. cit. p. 137). Imprimir o colgarlas en la red en un lugar de acceso a una pluralidad de personas, en algún formato que las haga visibles (Cfme. PONT VERGÉS Francisco (ob. cit. eDial - DCC2E)).

“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 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 ⁽²²⁾. 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 ⁽²³⁾.-

Facilitar” significa proporcionar los medios o ayuda para que un particular o una pluralidad de personas – determinadas o indeterminadas – acceda a dicho material. Puede consistir en un mero préstamo o una puesta a disposición, bajo cualquier soporte ⁽²⁴⁾.-

Divulgar” que implica dar a conocer a un número indeterminado de personas. Cabe la posibilidad de que el envío sea destinado a una persona ⁽²⁵⁾.-

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 ⁽²⁶⁾. Pont Vergés 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 ⁽²⁷⁾.-

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

²² MERCADO Ángel “El “destape” y el delito de publicación obscena” LL 1984-A- 981.

²³ RIQUERT Marcelo en BAIGUN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. T. 4, ps. 764/765).

²⁴ PONT VERGÉS Francisco (ob. cit. eIDial - DCC2E).

²⁵ Idem (ob. cit. eIDial - DCC2E).

²⁶ FILIA Leonardo - MONTELEONE Romina - NAGER Horacio - ROSENDE Eduardo - SUEIRO Carlos (ob. cit. LL 2008 - E-938).

²⁷ PONT VERGÉS Francisco (ob. cit. eIDial - DCC2E).

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 ⁽²⁸⁾, 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 pueden hacer terceros que actúen en él. En contra Breglia Arias - Gauna, quienes entienden que el menor tiene que realizar alguna escena pornográfica ⁽²⁹⁾.-

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” ⁽³⁰⁾.-

El mismo cuestionamiento hacen De Luca - Lopez 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

²⁸ En contra D’ALESSIO Andrés (Director) DIVITO Mauro (Coordinador) “*Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial*” t. II, 2ª Edición Actualizada y Ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009/10. ps. 285/286.

²⁹ BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. p. 962). Riquert Marcelo en BAIGUN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t. 4, p. 766) interpreta que la organización puede tratarse de una actividad compleja, desarrollada por varios individuos con reparto de roles que pueden generar una responsabilidad como coautores, o, tratándose del desempeño de un rol secundario, una complicidad de tal naturaleza. Lo que queda claro es que el potencial espectador puede ser cualquiera, pero el tipo exige que en las escenas participen menores de 18 años.

³⁰ CARBONE Diego (ob. cit. www.microjuris.com) citado por PALAZZI Pablo (ob. cit. ps. 44/45).

norma, podía tratarse de la transmisión de pornografía en tiempo real o por, por ejemplo, cámaras web ⁽³¹⁾. 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 Protocolo Facultativo. Esta idea viene a sustituir los términos de la antigua redacción “imágenes pornográficas” ⁽³²⁾.-

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 ⁽³³⁾.-

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

³¹ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 232); PONT VERGÉS Francisco (ob. cit. eIDial - DCC2E); LANCMAN Valeria “*La pornografía infantil y la Internet*” www.terragnijurista.com.ar

³² “En materia de delitos contra la integridad sexual, en el actual artículo 128 sustituimos el concepto de “imágenes pornográficas” por el de “toda representación de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales explícitas” o “toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales”, tomando la definición del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en pornografía. Conservamos – no entendimos por qué en Diputados se lo había quitado; pensamos que fue un mero error – la penalización de la conducta del que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren menores. Nosotros decidimos que era valioso mantener la punición de esta conducta que hoy está en nuestro Código Penal; así que la conservamos”. (Senadora Vilma Ibarra). Antecedentes Parlamentarios. LLOnline.

³³ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 247).

punto de vista delictivo, buscar convertir al menor en un objeto sexual, lo cual debe surgir de la imagen ⁽³⁴⁾.-

De Luca - Lopez 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 ⁽³⁵⁾. 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 ⁽³⁶⁾.-

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 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 ⁽³⁷⁾.-

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 ⁽³⁸⁾.-

§V.- Simple tenencia.

³⁴ PALAZZI Pablo (ob. cit. ps. 48/49).

³⁵ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 249).

³⁶ 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.

³⁷ PALAZZI Pablo (ob. cit. ps. 49/50).

³⁸ FIGARI Rubén (ob. cit. ps. 461/462)

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 descritas 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. (³⁹).

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

³⁹ ALVAREZ enmarca la cuestión en el ámbito del encubrimiento pues señala: “Más allá de las reservas constitucionales de los delitos de tenencia en general, soy de la opinión que la necesidad de tipificar la mera tenencia de pornografía infantil encuentra su fundamento en la primera hipótesis elaborada, esto es, la afectación del derecho a la imagen, intimidad y honor de cada persona menor de dieciocho años involucrada en este material ilícito que se lesiona y se expone en cada reproducción. Sin perjuicio de ello, entiendo que la mera tenencia de pornografía infantil ya se encontraba castigada en nuestro código de fondo al tratarse de un comportamiento alcanzado por el delito de encubrimiento. En efecto, el art. 277 de nuestro Código Penal reprime a quien tras la comisión de un ilícito ejecutado por otro en el que no hubiera participado, entre otros supuestos, adquiriere o recibiere cosas o efectos provenientes de un delito. En ese sentido, la pornografía infantil lleva implícita la existencia como delitos precedentes los abusos sexuales que han sufrido los menores involucrados en las imágenes o videos; por lo que su ilicitud se presupone con la simple adquisición del material...” (Cfme. 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)

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.-

El Código Penal español contiene una disposición similar en el art. 189. 5. “El que para su propio uso adquiriera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años. La misma pena se impondrá a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se 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 quién *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 inadmisible de la intimidad y la conversión en delitos de una tendencia, o incluso curiosidad” (40)

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

VI-I.- Aspecto objetivo.

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.-

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, 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

⁴⁰ MUÑOZ CONDE Francisco “*Derecho Penal. parte especial*” 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas, 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, ps. 228/229. La negrita me pertenece.

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 ⁽⁴¹⁾.-

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 preparatorio ⁽⁴²⁾, o un delito de sospecha o una modalidad de comisión anticipada ⁽⁴³⁾. 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.-

VI-II.- 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* ⁽⁴⁴⁾.-

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

⁴¹ PALAZZI Pablo (ob. cit. ps. 47/48).

⁴² PONT VERGES Francisco (ob. cit. elDial - DCC2E); TAZZA Alejandro - CARRERAS Eduardo (ob. cit. LL 2008 - D- 1185).

⁴³ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 240).

⁴⁴ TAZZA considera que también puede ser sujeto pasivo de este delito cualquier persona que se haya visto ofendido en su pudor por la publicación de tales imágenes (Cfme. TAZZA Alejandro “*Código Penal de la Nación Argentina comentado. Parte especial*” Ed. Rubizal Culzoni, Santa Fe, 2018, t. I, p.459)

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 un 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 ⁽⁴⁵⁾. Mas esta preocupación ha dejado de tener sustento en virtud de la incorporación por parte de la ley 27.436 del último 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

⁴⁵ En tal sentido GARONE Guillermo “*Delitos cometidos vía internet. El nuevo art. 128 del Código Penal*” LL 18/02/10.

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 que 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 encuentra 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 ⁽⁴⁶⁾. 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

⁴⁶ Idem (ob. cit. ps. 53/56).

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 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” (47).-

VI-III.- Tipo subjetivo.

En el concepto de Palazzi, de acuerdo a la redacción dada al tipo penal, no deja dudas de que se trata 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 (48). 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.-

VI-IV.- Consumación y tentativa.

Al estar por las atestaciones de D`Alessio todos los delitos son de pura actividad con la única y discutible excepción de la “producción de la representación” (49). 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 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

⁴⁷ PONT VERGES Francisco (ob. cit. eDial - DCC2E)

⁴⁸ PALAZZI Pablo (ob. cit. p.53); FILIA Leonardo - MONTELEONE Romina - NAGER Horacio - ROSENDE Eduardo - SUEIRO Carlos (ob. cit. LL 2008 - E-938); D`ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 287). TAZZA Alejandro - CARRERAS Eduardo (ob. cit. LL 2008 - D- 1185) parecen inclinarse para el primer párrafo tanto por el dolo indirecto como el eventual, mientras que para el segundo – ahora tercero – la existencia del especial elemento subjetivo – fines inequívocos – sólo admiten el dolo directo. RIQUERT Marcelo en BAIGUN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t. 4, p. 772) requieren el dolo directo en ambas situaciones. DE LUCA Javier – LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 253) admiten el dolo eventual en todos los casos.

⁴⁹ D`ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 288).

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⁽⁵⁰⁾ 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⁽⁵¹⁾. El acto de reclutar menores o de preparar el equipo de fotografía o filmación constituye un acto preparatorio.-

§VII.- 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.-

VII-I.- Bien jurídico protegido.

El legislador ha tenido en cuenta al diseñar este precepto la protección del normal desarrollo psíquico de los menores de catorce años ante su percepción de espectáculos o material de índole pornográfico que dada su inmadurez pueden llegar a afectarlos por esa razón. O sea que se trata de resguardar la intangibilidad o indemnidad sexual de dichos menores⁽⁵²⁾.-

VII-II.- Tipo objetivo.

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⁽⁵³⁾. Este puede incluir la exhibición de

⁵⁰ Idem (ob. cit. p. 288).

⁵¹ ALVAREZ Teodoro (ob. cit. www.rubizalonline.com.ar)

⁵² AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 153); REINALDI Víctor (ob. cit. p. 261).

⁵³ DONNA (ob. cit. p. 175). En contra DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 220).

videos, películas, muestras fotográficas, escenas de sexo explícito o en vivo, etc. con un deliberado fin o carácter pornográfico (⁵⁴).

“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 (⁵⁵).

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.) (⁵⁶).

VII-III.- Sujeto activo y 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 (⁵⁷).

⁵⁴ VILLADA Jorge (ob. cit. p.525). “La facilitación del acceso a espectáculos pornográficos puede hacerse a través de Internet, ya sea por intermedio de web-sites y blogs donde se ofrecen los sistemas de transmisión de pornografía en tiempo real a través de cámaras web. En estos supuestos bastará con poner a disposición (ofreciéndolo en dichos sitios, o a través de correos electrónicos, chat, etc.) el acceso a tales "espectáculos". Esto es así por cuanto el espectáculo en vivo, aún transmitido por medio de una cámara es precisamente eso y no material que se refiere a algo ya hecho, o ejecutado”. (Cfme. PONT VERGES Francisco (ob. cit. eIDial - DCC2E).

⁵⁵ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 221) citando a PONT VERGES Francisco (ob. cit. eIDial - DCC2E).

⁵⁶ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 262).

⁵⁷ Idem (ob. cit. p. 262).

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 ser cualquier persona de cualquier sexo (⁵⁸). 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.-

VII-IV.- 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.-

VII-V.- 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 (⁵⁹).-

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 (⁶⁰) 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

⁵⁸ AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 154).

⁵⁹ REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 264/265).

⁶⁰ VILLADA Jorge “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 141.

vulnerara el bien jurídico protegido, de allí que la apreciación de la conducta delictiva quedaría en manos de la merituación judicial.-

§VIII.- 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 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.-

§IX.- Publicidad.

Antes de la reforma introducida por la ley 25.087 se consideraba que la publicidad de lo obsceno era indispensable para la configuración del delito, de lo contrario no se lesionaba el recato o el sentimiento de vergüenza de un número indeterminado de personas.-

Con posterioridad a aquélla este requisito ya no es necesario pues el delito queda configurado con la realización de la acción típica. “Se usa a menores como objeto – y, por ende, se los deshumaniza – tanto cuando se los utiliza para valerse de su imagen cual producto comercial como para la satisfacción de la libidine, sin contraprestación, de personas individualizadas o indeterminadas” ⁽⁶¹⁾.-

§X.- Las garantías constitucionales y la prensa.

Empece a la reforma introducida por la ley 26.388 al art. 128 valen estas observaciones que se hicieron cuando estaba en vigencia la 25.087 porque también el delito se puede cometer por la prensa de modo que al estar por lo dicho por Núñez, las publicaciones obscenas no constituyen siempre delito de imprenta, lo son cuando la publicación se hace en una obra impresa, periódica o no y no importa una censura previa “... Pues no constituye una intervención de la ley o autoridad en la expresión del pensamiento antes de su comunicación por escrito” ⁽⁶²⁾. Ahora cuando la publicación obscena es cometida por un medio de prensa, rige el art. 32 de la Constitución Nacional,

⁶¹ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 257)

⁶² NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 383)

razón por la cual el caso queda reservado a las jurisdicciones locales, considerando que esa es la buena tesis constitucional ratificada por el art. 114 del C.P.-

§XI.- Aparente oposición entre los arts. 49 y 128 del C.P..

Según lo dispuesto por el art. 49 del C.P. no se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta. En tanto el art. 128 pune a quien le da estado público, y las demás acciones que prevé la norma.

Núñez entiende que el art. 49 cede frente al 128, debiéndose aplicar el primero sólo a los casos en que la participación es simplemente material.-

Al comentar el art. 49 ⁽⁶³⁾ explica que dicha norma no constituye un caso de censura previa, la cual es prohibida por el art. 14 de la Constitución. Es así que las personas eximidas de responsabilidad por su participación en un delito cometido por medio de la prensa, son aquéllas cuya cooperación con el autor del escrito o grabado de carácter delictivo, es puramente material y necesaria para la publicación, difusión o venta del escrito o grabado. La necesidad que alude el art. 49 no es una necesidad absoluta para que en el caso de que se trata se realice la publicación, difusión o venta del escrito o grabado, sino que alude a la necesidad de la cooperación material de los editores, impresores, tipógrafos, cajistas, grabadores, encuadernadores, vendedores, repartidores, exhibidores y de todos aquéllos, que directa o indirectamente, intervengan para que el escrito se publique, difunda o venda, aunque compartiendo con la conducta de los penalmente responsables como autores, cómplices o instigadores del delito, obren con ánimo delictivo. El art. 49 rige siempre que la ley no disponga una excepción, como es la del art. 128 del C.P.. La realidad es que cuando el hecho cae bajo el ámbito de los delitos cometidos por medio de la prensa, el art. 49 no tiene respecto del 128 todo el alcance que posee frente a otros delitos de imprenta. Esta es la razón por la que se ha aceptado que el art. 128 constituye una excepción frente al art. 49. El art. 128 castiga al autor de la publicación obscena, vale decir, al que le da estado público a la obscenidad mediante el acto de publicación, fabricación, reproducción, exposición, distribución o circulación – antigua redacción –. El art. 49 no excluye de ese hecho la punibilidad de *todo* acto de cooperación material necesaria para la publicación, difusión o venta del escrito o grabado obsceno publicado por el autor u otro, como sucede en relación a la

⁶³ Idem. “*Las disposiciones generales del Código Penal*” Ed. Lerner, Córdoba, 1988, p. 214.

generalidad de los delitos cometidos por la prensa. Cuando el delito cometido por la prensa es una publicación obscena, el art. 49 sólo excluye del ámbito de la participación punible, la cooperación material que en sí misma no implique uno de los modos de publicidad enumerados en el art. 128 (⁶⁴).

Por su parte Soler entiende que en su opinión el art. 128, que es específico dentro de los delitos comisibles por medio de la prensa, hace excepción a la excepción del art. 49, restableciendo los principios comunes de la participación. Ejemplifica que es muy distinta la actitud del tipógrafo que compone una sátira política o la apología de un crimen de la del que compone un libro verdaderamente obsceno (⁶⁵).

⁶⁴ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 384/85)

⁶⁵ SOLER Sebastián “*Derecho Penal Argentino*” t. III, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, p. 330