

Delito de Ofrecimiento Y Distribución De Material Relacionado Con el Abuso Sexual Infantil y La Explotación Sexual Infantil

María Florencia Suarez

PALABRAS CLAVE: MORPHING -SIMPLE TENENCIA -
TENENCIA CON FINES DE DISTRIBUCIÓN - REDES PEER TO PEER

En Argentina el artículo 128 del Código Penal fue introducido por la Ley 25.087 del año 1999, la cual principalmente, sustituye la denominación "Delitos contra la honestidad" por el de "Delitos contra la integridad sexual", elimina conceptos como el de "mujer honesta", entre otras importantes modificaciones. Y en relación al tema que nos ocupa, introdujo la figura que penaliza la producción y publicación de imágenes pornográficas en las cuales intervengan menores de 18 años y la organización de espectáculos en vivo con escenas pornográficas en donde ellos participen.

De acuerdo con Rubén Figari "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.¹

Asimismo, con esta reforma, se emplea el término “pornográfico” que viene a ocupar el lugar del de “obscenidad”.

Posteriormente, en el año 2008 viene una nueva reforma mediante la Ley 26.388 (04/06/2008 B.O. 25/06/2008).

Aquí vemos que se tipifican 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 en su versión original. 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.²

Se debe tener presente que esta reforma se generó a los fines de cumplir con las exigencias internacionales en la materia. Me refiero a la Convención de los Derechos del Niño, Niñas y Adolescentes, (arts. 1 y 34), el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, Niñas y Adolescentes Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (arts. 2 y 3) y el Convenio sobre la Cibercriminalidad conocido como Convenio de Budapest.

Posteriormente, en el año 2018, la Ley 27.436 (B.O. 23/4/2018), introduce una reforma a este artículo.

La principal reforma es que se tipifica la simple tenencia, precisamente en el Párrafo 2 del artículo.

¹ FIGARI, Rubén, Comentario al Art. 128 del CP (Ley 27.436) Sobre Pornografía Infantil, en http://www.rubenfigari.com.ar/comentario-al-art-128-del-c-p-ley-27-436-sobre-pornografia-infantil/#_ftnref41, el 24 de octubre de 2018.

² FIGARI, Rubén, Comentario al Art. 128 del CP (Ley 27.436) Sobre Pornografía Infantil, op.cit. 1.

Delito de Ofrecimiento Y Distribución De Material Relacionado Con El Abuso Sexual Infantil y La Explotación Sexual Infantil

En Argentina, el actual Artículo 128 del CP prevé el delito de Ofrecimiento Y Distribución De Imágenes Relacionadas Con La Explotación Sexual Infantil y dice lo siguiente: ARTICULO 128 — ARTICULO 128.- *Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.*

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

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

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

Conforme la terminología de Luxemburgo, es importante emplear la terminología adecuada, a los fines de evitar la estigmatización de los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, el término “pornografía infantil”, implica consentimiento, elemento que no se da en esta figura penal.

Por lo tanto, una imagen sexual de un niño, niña y/o adolescente, no es pornografía, es abuso o explotación.

Además, el término pornografía da la sensación de ser una actividad legal, lo cual no ocurre en este caso, donde el niño, niña y/o adolescente es víctima de un delito.

Interpol por su parte, manifiesta que “pornografía es un término que se utiliza para actos sexuales entre personas adultas, consensuados y distribuidos casi siempre de manera lícita.”³

³<https://www.interpol.int/es>

En este sentido, la terminología adecuada es material de explotación sexual infantil y material de abuso sexual infantil, todo ello conforme la terminología de Luxemburgo.⁴

MATERIAL DE EXPLOTACIÓN Y ABUSO SEXUAL INFANTIL

Se debe tener presente que, el Protocolo facultativo de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, creada por la resolución 54/263, del 25 de mayo de 2000, de la Asamblea General de Naciones Unidas hace referencia a “toda representación, por cualquier medio, de un niño, dedicado a actividades sexuales, explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”

Es decir, el Protocolo presenta una definición más amplia del objeto del delito, ya que incluye tanto las imágenes reales como simuladas. Más adelante haré referencia a este tema.

Si bien, nuestro país ha hecho una reserva en orden a esta temática. Es por ello que en nuestro país no es delito, cuando se trata de “pornografía virtual infantil”, así como “pseudo-fotografías” o “imágenes realistas”.

Donna define qué se entiende por representación: “Ella comprende una imagen o figuración de escenas de contenido pornográfico, esto es donde exista lo sexual, especialmente que se muestren los órganos sexuales y las acciones de personas en ese sentido.”⁵

MORPHING:

El Protocolo explicativo del Convenio de Budapest como mencioné anteriormente, no distingue en orden a si la conducta sexual es real o simulada. Lo propio ocurre con el Convenio de Lazarote.⁶

⁴ https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Children/SR/TerminologyGuidelines_sp.pdf: En junio de 2016, producto del debate integrado por Interpol junto con otras organizaciones internacionales y no gubernamentales, surge Orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y el abuso sexuales “Guía de Luxemburgo”.

⁵ DONNA Edgardo, Derecho Penal Parte Especial. Tomo I, Cuarta Edición Actualizada y reestructurada, Pág. 704.

⁶ Producto del Consejo de Europa: Convenio del Consejo de Europa para la protección de menores contra la explotación y el abuso de sexual, en la ciudad de Lazarote Islas Canarias el 25/10/2007.

Conducta real: es la representación de un niño, niña o adolescente real. Esta conducta se prevé en nuestra legislación penal.

Por su parte, en cuanto a la conducta simulada, se deben destacar las “imágenes realistas” es decir, “las fotos resultantes de diferentes trucos y técnicas informáticas que sustituyen las imágenes de adultos por las de niños (morphing). Aunque esas imágenes sean falsas, parecen reales y, por lo tanto, el efecto es el mismo desde el punto de vista del consumidor. Antes de contar con la posibilidad de editar fotografías por medio de un ordenador los delincuentes sexuales modificaban las fotografías de forma manual, situando la imagen de la cabeza de la niña, el niño o el adolescente en otra con el cuerpo desnudo de un adulto u otro niño.”⁷

La Convención de Budapest y la Directiva de la UE 2001/93 ambas incluyen de forma explícita “la persona que parezca un menor” en la definición de “pornografía infantil”.

Aun cuando la elaboración de “pornografía virtual infantil” no entraña daño físico directo a una niña, un niño o un adolescente (porque no conlleva su utilización para la producción del material), sigue siendo nociva porque se tiene conocimiento de que se usa para Grooming (acoso sexual a menores por internet) de niñas, niños y adolescentes para explotarlos; alimenta las inclinaciones de los agresores sexuales infantiles y contribuye a un mercado de imágenes de abuso infantil y crea una cultura de la tolerancia frente a la sexualización de las niñas, los niños y los adolescentes y en ese sentido nutre la demanda.⁸

Se debe tener presente que el Protocolo de Budapest menciona como objetivo de la tipificación de las imágenes simuladas, brindar protección contra comportamientos que, si bien no necesariamente causan daños al menor representado en el material, ya que podría no existir un menor real, podrían ser utilizados para alentar o seducir a niños para que participen en dichos actos y, en consecuencia, forman parte de una subcultura que favorece el maltrato de menores.⁹

⁷ https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Children/SR/TerminologyGuidelines_sp.pdf

⁸ Op. cit

⁹ Informe explicativo de la Convención de Budapest, en <https://rm.coe.int/16802fa403>

Por su parte, España (Art. 189), ha incorporado como delito la creación de imágenes ficticias o simuladas.¹⁰

Volviendo a Argentina, el texto de Diputados de la Ley 26388, incluía las actividades "simuladas", siguiendo de esta manera, al Protocolo anteriormente mencionado.

Sin embargo, las imágenes simuladas, fueron excluidas en Senadores, en este sentido, dice Palazzi (2008:1214) con referencia al trámite parlamentario de la Ley 26388 que el texto de Diputados incluía las actividades "simuladas", que fueron excluidas en Senadores por considerársele un tema controvertido pese a su previsión por el Protocolo citado. Ciertamente tema espinoso, en la medida que se hiciera públicamente, surgirá rápidamente la dificultad de deslindar límites entre libertad de expresión/manifestación artística y simple apología del delito, en general reprimida por el arto 213 del código penal.¹¹

BIEN JURIDICO TUTELADO:

El bien jurídico tutelado es la integridad sexual de los niños, niñas y/o adolescentes, su normal desarrollo psíquico y sexual.

“Tanto Gavier (1999:89) como Reinaldi (1999:206) apuntan que el bien jurídico que se ha querido tutelar es el normal desarrollo psíquico y sexual de quienes no han cumplido la edad de dieciocho años y que, por lo tanto, no han alcanzado suficiente madurez, e impedir que se recurra a ellos para protagonizar esas exhibiciones sin medir los daños que a causa de ello puedan sufrir. Por su parte, Riquert agrega: “a la dignidad del menor que es ciertamente un bien jurídico comprendido y al que se atiende cuando se penalizan conductas como las de producción, publicación o distribución de imágenes pornográficas en que se exhiben menores.”¹²

Asimismo, resulta importante tener presente lo manifestado en las Guías de Luxemburgo: “Independientemente de si se considera legal o ilegal en las diferentes legislaciones nacionales existentes, las imágenes de niñas, niños y adolescentes posando desnudos o semidesnudos con énfasis en su sexualización pueden afectarlo

¹⁰ Código Penal Español Actualizado, en https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo

¹¹ Marcelo A. RIQUERT, Fabián L. RIQUERT, Derechos Humanos: La protección constitucional y penal de los niños frente a la pornografía Infantil, Editorial SESUCA

¹² Op. Cit.

en futuras etapas de su vida, especialmente si estas imágenes se distribuyen en línea. Tal vez no sea posible criminalizar el hecho de hacer posar a una niña, un niño o un adolescente, pero la distribución de las imágenes puede ser una violación grave de su derecho a la intimidad (o de la persona adulta más adelante).”¹³

ACCIONES PUNIBLES

Actualmente, con la reforma de la Ley 27.436, este artículo que se comenta, enumera diversos verbos típicos: además de producir, publicar y distribuir, se agrega financiar, ofrecer, comerciar, facilitar o divulgar, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales.

Se amplían las conductas típicas. La finalidad del legislador es abarcar toda la cadena de elaboración y comercialización de la pornografía infantil.

Produce aquella persona que las fabrica, las hace o las crea por medios mecánicos o electrónicos. 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.

Financiar: debe entenderse como aquel que aporta el dinero necesario para llevar a cabo la actividad.

Ofrece el material, quien hace entrega del mismo en forma voluntaria.

Comercia quien ingresa a la cadena del circuito comercial, ya sea comprándolas, vendiéndolas o de alguna otra forma que implique una circulación de dinero o bienes de naturaleza económica.

En cuanto al verbo típico Publicar: se hace referencia a quien imprime y/o publica las fotos o imágenes en soporte físico. Donna por su parte, menciona que publicar significa la idea de imprimir (hace referencia a libros o imágenes) o bien exhibirla o hacerla pública por cualquier otro medio digital.¹⁴

Facilita: el sujeto activo debe hacer entrega, dar o proporcionar el material.

¹³ Guías de Luxemburgo, en https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Children/SR/TerminologyGuidelines_sp.pdf

¹⁴ DONNA, Edgardo, Derecho Penal Parte Especial. Tomo I, Cuarta Edición Actualizada y reestructurada, Pág. 705.

Divulgar y distribuir: dar a conocer a terceros, distribuir el material sabiendo de su contenido.

Es necesario tener presente la discusión en torno a los verbos típicos: facilitación y distribución. De acuerdo a fallos tanto de España como EEUU y en Argentina, se decía que distribuir se configura cuando se envía la imagen a una sola persona.

En este sentido, quien utiliza Emule o cualquier red peer to peer, se dice, distribuye. Ejemplo de fallos: Malomo, E. de la Cámara Crim Sala I. de fecha 27/06/2005. Lo propio en España: STJ 03/11/2009. Y en EEUU, US vs. Abbring, Stults, entre otros.

Palazzi al comentar la reforma de la Ley 26.388, menciona: “La acción central del art. 128, Cód. Penal, que consiste en distribuir imágenes pornográficas de menores de edad, sigue siendo similar a la legislada antes de la reforma. Distribuir implica enviar a terceros la imagen en cuestión. Pueden ser muchas personas o solo un par de individuos. Puede reenviarse la imagen a una sola dirección de correo electrónico y ello puede implicar distribución, sin que sea necesario el reenvío a varios correos electrónicos (por ej. porque se trata de una lista de distribución).¹⁵

Por su parte, el verbo típico “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.¹⁶

En definitiva, la diferencia estaría dada porque en la distribución hay una entrega concreta a personas determinadas, asimismo, los archivos tienen que estar determinados.

Por ello, entiendo en las redes peer to peer como Emule, es más acorde el verbo típico facilitar y no distribuir. Aquí resulta interesante destacar lo manifestado por el juez Gonzalo Rúa en el fallo “Russo, Ricardo A. G. s/ art. 128 CP”. El magistrado dijo: “la conducta que realizó en este caso, sobre este hecho es precisamente facilitar. Facilitar es proporcionar medios o ayuda para que un particular o pluralidad de personas determinadas o indeterminadas pueda acceder a dicho material. Por el contrario, distribuir requiere una entrega concreta y una entrega de que yo lo distribuí -dice el Sr. Juez- a quién, a quiénes, qué archivos, cuándo. Cuando uno utiliza este tipo de programas, sabe que al descargar tiene que ofrecer los archivos porque si no

¹⁵ Los Delitos Informáticos en el Código Penal Análisis de la ley 26.388. PABLO A. PALAZZI

¹⁶ Op. Cit. 1

el programa no funciona, no permite seguir descargando, y deja esos archivos facilitándoselos a terceros.¹⁷

Vemos, por ejemplo, que, en el fallo precitado, el Dr. Gonzalo Rúa consideró que el verbo típico adecuado para la conducta del pediatra había sido “facilitar”. Todo ello, teniendo presente que se operaba a través de una red peer to peer denominada Emule.

TENENCIA CON FINES DE DISTRIBUCIÓN – 3º PARRAFO DEL ARTICULO 128 del CP

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

La pregunta más importante en torno a esta figura penal, es determinar cuándo hay “finalidad inequívoca de distribución o comercialización”.

Es una cuestión de difícil prueba y determinación. 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 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.¹⁸

Por su parte, la Dra. Dupuy -titular de la fiscalía Especializada en Delitos Informáticos de CABA-, manifiesta: “Son muchos los casos en que encontramos en poder de los sospechosos enormes cantidades de material de pornografía infantil –

¹⁷ Texto Completo de la Sentencia “Russo, Ricardo A. G. s/ art. 128 CP” <https://ijudicial.gob.ar/2019/texto-completo-de-la-sentencia-en-la-causa-seguida-al-medico-pediatra-por-infraccion-al-art-128-del-codigo-penal/>

¹⁸ Op. Cit 1

que no han compartido o distribuido— y, al no poder comprobar inequívocamente — como lo requiere nuestra legislación— que esa tenencia es para distribuir, debemos cerrar los casos por atipicidad.

Asimismo, dice: “De otro número de casos que comienza con la investigación de la mera tenencia o distribución de pornografía infantil, se desprenden proposiciones sexuales y eróticas del pedófilo al niño a través de comunicaciones vía chat, o webcam. El hecho de que se encuentre en la computadora gran cantidad de imágenes de explotación o abuso sexual, implica que las posee con fines de distribución. En todos y cada uno de estos casos señalados, los sospechosos siempre tienen en su poder material pornográfico infantil.”¹⁹

SIMPLE TENENCIA

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

Actualmente la mayoría de los países tipifican la simple tenencia.

Nuestro país la tipificó en el año 2018, a través de la Ley 27436.

La mayor rispidez se da en orden a la afectación con esta figura penal del principio de reserva Art. 19 CN.

Las posturas a favor y en contra presentan argumentos razonables. Sintéticamente, mencionaré los argumentos a favor de la penalización, y desde allí se podrá comprender al menos desde mi punto de vista, porque esta figura ha sido tipificada en nuestro país, al igual que en la mayoría de los países del mundo.

Para Fletcher, existe una diferencia de tratamiento en el delito de posesión de herramientas destinadas a cometer los delitos de robo o hurto frente a los cuestionamientos que se presentan al momento de decidir los casos vinculados a la posesión de material pornográfico. Expone que existen dos razones que justifican la diferencia de tratamiento, sobre la base de diferenciar entre “criminalidad manifiesta” (manifest criminality) en contraste con la “criminalidad subjetiva (subjective criminality). En tal sentido, continúa, habría que distinguir, entre los delitos de posesión en donde sólo el hecho de detentar la tenencia material de un objeto puede dar lugar a graves consecuencias materiales (sinister implications), por el riesgo o peligro que representa ese hecho per se, como se desprende concretamente de la

¹⁹ DUPUY, Daniela, La Posesión De Pornografía Infantil.

tenencia de material pornográfico infantil, en el que la experiencia enseña que generalmente son mantenidos con fines ilícitos. En esta línea, tal criminalización resulta plenamente aceptable, incluso en la ausencia de prueba de un intento ulterior de realizar un delito (ej. tenencia con fines de distribución o comercialización), toda vez que la posesión se refiere a elementos que provienen de un delito.²⁰

Controlar la demanda para anular la oferta.

El fundamento para castigar a la persona que consume material pornográfico con menores de edad se basa en que la demanda incide directamente en el aumento de oferta, y para ello será necesario producir aún más cantidad de material pornográfico con la intervención de menores.²¹

ESTADÍSTICAS NACIONALES:

En el año 2013, el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, suscribió un convenio con el Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados NCMEC, a través del cual se implementó un sistema de comunicación. A partir del cual, a través de una red virtual privada VPN, se reciben en dicho organismo todos los reportes de pornografía infantil detectados en el territorio nacional.

Es importante destacar la información brindada por NCMEC Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados, en cuanto a la cantidad de reportes desde la República Argentina: sólo en el año 2018, se registraron 46.674 reportes. Cada reporte es un caso, lo cual hace que esta cifra sea alarmante.

Y durante este año 2020, al 31 de julio de 2020, los reportes han llegado a los 25.554. Y desde la pandemia, sólo en el mes de abril de 2020, los reportes han sido 4.870, un mes donde la cuarentena alcanzó su máxima expresión.

¿Cómo ingresan las alertas a nuestro país? Los reportes o casos ingresan a través de NCMEC. En este sentido, se cuenta con una VPN donde se descargan todos los reportes. Tales reportes pasan por un criterio de selección, y se emplea Inteligencia

²⁰ FLETCHER, G., *Rethinking Criminal Law*, 2ª ed., Oxford University Press, New York, 2000, p. 200, nota 52, cit. OXMAN, N., en "Aspectos políticos-criminales y criminológicos de la posesión de pornografía infantil en EE.UU.", *Pol. Crim.*, vol. 6, n° 12, 2011, art. 2, pp. 253-295

²¹ Op. Cit. 10.

Artificial. Mediante la cual es posible realizar una selección conforme patrones de información.

Otra manera de investigar esta clase de delitos, es a través de las redes peer to peer. Por ejemplo, vale destacar el caso de Luz de Infancia en Brasil.

Luz de infancia III tuvo lugar en el año 2018, donde se envió una alerta al Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires. La información daba cuenta de direcciones de IP en Argentina, que formaba parte de una red internacional, donde compartían archivos con contenido abuso sexual infantil a través de softwares P2P conocidos como (Peer to Peer). Y de allí, se derivó la investigación y posterior juicio oral contra el pediatra del Garrahan Ricardo Russo.

Ricardo Russo utilizaba Emule -una red peer to peer-. En este caso el funcionamiento es el siguiente: se trata de una red de computadoras, donde cada uno de los usuarios cargan y descargan imágenes de abuso sexual infantil.