

Senado de la Nación
Secretaría Parlamentaria
Dirección General de Publicaciones

(S-0363/16)

Buenos Aires, 1 de marzo de 2016

Señora
Presidente del H.
Senado de la Nación
Marta Gabriela MICHETTI
S / D

De mi mayor consideración:

Me dirijo a Usted a efectos de solicitarle tenga a bien arbitrar los medios pertinentes para la reproducción del expediente S-3989/14, proyecto de ley sustituyendo el artículo 128 del Código Penal, respecto de tipificar el delito de tenencia de representaciones de menores de edad dedicado a actividades sexuales explícitas, de mi autoría.

Sin otro particular aprovecho la oportunidad para saludarla atentamente.

Carmen Lucila Crexell. –

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

ARTÍCULO 1º - Sustitúyese el artículo 128 del Código Penal de la Nación por el siguiente:

“Artículo 128: Será reprimido con prisión de uno (1) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare, distribuyere, requiriere o adquiriere, 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. La misma pena se impondrá a quien organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo primero.

Si los delitos de los incisos precedentes se realizaren con menores de trece (13) años, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.

El que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de trece años, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años.”

ARTICULO 2º - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Carmen Lucila Crexell. –

FUNDAMENTOS

Señora Presidente:

Ya es conocida la aberración que significa la pedofilia para los derechos de los niños y de la proliferación a nivel mundial de organizaciones criminales que sacan provecho de la vulnerabilidad de ellos.

Internet se ha convertido en el medio principal a través del cual los pedófilos intercambian archivos de video e imágenes de menores, en razón del anonimato y la facilidad que le provee dicha herramienta.

En virtud de lo expuesto, es necesario que los Estados establezcan normas uniformes que repriman penalmente este tipo de conductas que atentan contra los derechos fundamentales de los niños, para que faciliten la cooperación internacional en materia de pruebas y extradición en la lucha contra el crimen organizado.

Al respecto, existen diversos tratados internacionales en donde se aborda esta problemática y se insta a los Estados miembros a sancionar en sus derechos internos estas conductas.

Claro ejemplo de ello es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (de rango constitucional según el art. 75 inc. 22 CN) y la ley nacional 25.763 que aprobó 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 (Asamblea General de Naciones Unidas, 25/5/00). En el artículo 3, punto 1, de este último tratado, se insta a los Estados miembros a sancionar las siguientes conductas típicas: “c) Producir, distribuir, divulgar, importar, exportar, ofrecer, vender o poseer, con los fines antes señalados, material pornográfico en que se utilicen niños...”.

El protocolo al que Argentina se obligó internacionalmente, indica que los Estados parte pueden optar de criminalizar diversas conductas referidas a la pornografía infantil, entre las que se encuentra, la

posesión o tenencia de material pornográfico. Es decir, si bien no se exige a los Estados criminalizar dicha conducta, este protocolo así como otros instrumentos internacionales en la materia, aconsejan que se haga en ese sentido, debido a la experiencia internacional que se tiene contra la lucha de la pedofilia.

Es por ello, que el proyecto de ley que ponemos a consideración tiene como objeto la incorporación a la legislación argentina el tipo penal que reprime la tenencia de representaciones de menores de edad.

La figura propuesta se encuentra parcialmente tipificada la conducta en el párrafo segundo del artículo 128 del Código Penal, pero no es suficiente para cumplir con los estándares internacionales y del derecho comparado, porque se requiere que la misma tenga como fin específico la comercialización y distribución. Es decir, que se requiere un fin específico y subjetivo.

Más allá que en la práctica judicial sea muy difícil de probar estos requisitos, la tenencia de pornografía infantil debe pensarse como un tipo autónomo, ya que de por sí es una conducta reprochable por la sociedad. El delito no se limita solo con las acciones típicas ya previstas en el primer párrafo del artículo 128 del Código Penal, sino que la ofensa continúa en el tiempo con la mera tenencia de estas imágenes que circulan y se almacenan.

El delito propuesto no solo comprendería a quien produce o comercializa el material pornográfico sino también al consumidor quien hace posible con su demanda la producción y oferta de las representaciones.

Nuestro Código Penal tiene varios ejemplos en donde se pena la tenencia de algún elemento que de por sí es considerado peligroso para la sociedad. Por ejemplo, la tenencia de armas de fuego (artículo 189 bis del C.P.) en donde se sanciona una situación de peligro antes de que se concrete un daño contra la vida o la salud de las personas. Lo mismo ocurre con la tenencia de estupefacientes sancionada por el artículo 14 de la ley 23.737 cuya constitucionalidad no se encuentra objetada para el caso de que la afectación de su consumo trasciende el ámbito privado, según lo establecido en el precedente “Arriola” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el tipo proyectado, la afectación a terceros es evidente ya que la tenencia de pornografía infantil, trasciende y perjudica a terceros que no son más y menos que los niños cuyos derechos fueron vulnerados al realizarse las representaciones.

Por otro lado cabe destacar que el principio general del Código Penal es que todos los delitos son dolosos a menos que se indique específicamente que se admite la culpa. Por tal motivo, para probar el

delito propuesto es necesario que se acredite que la representación haya sido incorporada mediante conocimiento e intención, y por lo tanto, excluye toda aquella que se haya obtenido por error, negligencia o imprudencia. Para su determinación, los jueces valoran la cantidad de material pornográfico obtenida entre otras circunstancias que rodean al hecho.

Entendemos que en la comisión de estos aberrantes delitos no puede dejarse ningún vacío legal que pueda ser usado a favor del crimen organizado, en virtud del principio de legalidad y prohibición de analogía en materia penal (art. 18 de la Constitución Argentina).

A modo de ejemplo se presentan a continuación algunos marcos normativos de otros países en donde sus legislaciones, han receptado la posesión, tenencia o almacenamiento de imágenes de pornografía infantil como delito.

La ley Orgánica N° 15/2003 del 25 de noviembre de 2003 modificó la Ley Orgánica N° 10/1995 (Código Penal) del Reino de España receptando dicha conducta de la siguiente manera en el inciso 2 del artículo 189: “El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.”

La Ley N° 1336 del año 2009 de Colombia establece en su artículo 218 que el que “fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

El artículo 202 bis del Código Penal Mexicano establece lo siguiente: “Quien almacene, compre, arriende, el material a que se refieren los párrafos anteriores, sin fines de comercialización o distribución se le impondrán de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días multa. Asimismo, estará sujeto a tratamiento psiquiátrico especializado.”

Por su parte, el Código Penal de Chile criminaliza la tenencia de representaciones de menores en el artículo 374 bis en los siguientes términos: “El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años...”.

Por último, consideramos necesario agravar los casos en que el menor involucrado tuviera menos de 13 años y reajustar proporcionalmente las penas de los delitos en el artículo 128.

En cuanto a lo primero, se fundamenta su mayor reproche penal en que hasta los 13 años un menor se encuentra más vulnerable, sufre más psíquica y físicamente la conducta prohibida y se lo considera como un sujeto cuya voluntad no se encuentra desarrollada aún. Además, cabe destacar que la mayoría de los delitos contra la integridad sexual se agravan de una manera similar por los mismos argumentos antes mencionados.

Respecto a lo segundo, a raíz de las incorporaciones propuestas es necesario reajustar las penas para que sean proporcionales entre sí y el resto de los delitos del Código Penal. A modo de ejemplo de las actuales incongruencias, la pornografía infantil (artículo 128 del Código Penal) seguramente comprenda una corrupción del menor (artículo 126 del Código Penal) y sin embargo la primera se encuentra sancionada con una pena de prisión considerablemente inferior.

Convencidos de la necesidad de este proyecto, y por los fundamentos expuestos precedentemente es que solicito a mis pares me acompañen en la aprobación del presente proyecto de ley.

Carmen Lucila Crexell. –