

CONGRESO NACIONAL
CÁMARA DE SENADORES
SESIONES ORDINARIAS DE 2017
ORDEN DEL DÍA Nº 787

Impreso el día 1 de Noviembre de 2017

SUMARIO

COMISIÓN DE JUSTICIA Y ASUNTOS PENALES

Dictamen en los distintos proyectos de ley de varios señores senadores, por el que se modifica un artículo del Código Penal. Se aconseja aprobar otro proyecto de ley. (S - 363, 1430, 1451/16, S - 1155, 1289, 3934/17).

DICTAMEN DE COMISIÓN

Honorable Senado:

Vuestra Comisión de Justicia y Asuntos Penales ha considerado el proyecto de ley de la señora senadora Carmen Lucila Crexell, registrado bajo expediente N° S-363/16, “Reproduce el proyecto de ley sustituyendo el art. 128 del Código Penal, respecto de tipificar el delito de tenencia de representaciones de menores de edad dedicado a actividades sexuales explícitas (Ref . S-3989/14)”; el proyecto de ley del señor senador Roberto Gustavo Basualdo, registrado bajo expediente N° S-1430/16, “Proyecto de ley modificando el artículo 128 del Código Penal, respecto a la pornografía infantil”; el proyecto de ley del señor senador Dalmacio Mera y otros, registrado bajo Expediente N° S-1451/16, “Proyecto de ley modificando el artículo 128 del Código Penal, respecto de penar a las personas que utilizan a los menores de 18 años para producir pornografía infantil”; el proyecto de ley de los señores senadores Juan Manuel Abal Medina y Julio César Cleto Cobos, registrado bajo expediente N° S-1155/17, “Proyecto de ley modificando el artículo 128 del Código Penal, respecto de penar a las personas que utilizan a los menores de 18 años para producir pornografía infantil”; el proyecto de ley de la señora senadora Sigrid Elizabeth Kunath, registrado bajo expediente N° S-1289/17, “Proyecto de ley sustituyendo el artículo 128 de la ley 11.179 -Código Penal-, respecto de establecer las penas por el delito de tenencia de pornografía infantil”; y el proyecto de ley del señor senador Federico Pinedo, registrado bajo expediente N° S-3934/17, “Proyecto de ley que sustituye el artículo 128 del Código Penal, respecto de penar al que distribuyere imágenes pornográficas o facilitare el acceso a espectáculos pornográficos a menores de 18 años”; y por las

razones que dará el miembro informante, os aconseja la aprobación del siguiente:

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso sancionan con fuerza de ley

Artículo 1º: Sustitúyese el artículo 128 del Código Penal por el siguiente:

“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 descriptas 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 descriptas 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 suministrar material pornográfico a menores de catorce (14) años.

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

Art. 2º: Comuníquese al Poder Ejecutivo.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 110 del Reglamento del Honorable Senado, este dictamen pasa directamente al orden del día.

Sala de la comisión, 31 de octubre de 2017.

Pedro G.A. Guastavino – Liliana T. Negre de Alonso – Juan M. Pais – Marina R. Riofrio – Ada R. del Valle Iturrez de Capellini – Anabel Fernandez Sagasti – Sigrid E. Kunath – Néstor P. Brillard Pocard – Silvia B. Elías de Perez – Marta Varela.-

ANTECEDENTE

(I)

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 adquiere 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. –

(II)

PROYECTO DE LEY

El Senado y la Cámara de Diputados,...

Artículo 1: Modifíquese el artículo 128 del Código Penal de la Nación Argentina, el que quedara redactado de la siguiente manera:

Artículo 128: 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 hiciere 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 suministrar material pornográfico a menores de catorce años.

La pena será de 3 meses a 1 año de prisión para el que poseyere material pornográfico en cuya elaboración haya participado un menor de edad.

Artículo 2º: Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Roberto G. Basualdo.-

FUNDAMENTOS

Señora Presidente:

La iniciativa tiende a incorporar dentro del artículo 128º la punibilidad de la tenencia de pornografía infantil, vale decir aquel que poseyere material pornográfico en cuya elaboración haya participado un menor de edad. En nuestro ordenamiento jurídico penal, existen vacíos legales ya que es imprescindible que la conducta de todos participantes en la cadena de pornografía infantil sea penada, desde la producción hasta la posesión y que todo el circuito conlleve consecuencias penales.

En el primer párrafo del artículo 128 se penaliza la producción y publicación de imágenes pornográficas que exhibieran a los menores de 18 años de edad, así como la organización de espectáculos en vivo y de igual contenido. Vale decir, los verbos que se utilizan en el

artículo son producir, publicar y organizar Producir es llevar a cabo la materialización de algo, Publicar es difundir de cualquier manera ya sea vendiendo en un puesto o en un comercio, por la prensa, por el correo, por Internet, Publicar y difundir se refieren a imágenes pornográficas en que se exhibieren a menores de 18 años. Ahora bien, el segundo tipo penal es la distribución de dichas imágenes y el tercero es el de facilitar el acceso a espectáculos pornográficos a menores de 14 años, o suministrarles material pornográfico.

En este sentido, el bien jurídico protegido es el normal desarrollo psíquico y sexual de los menores de 18 años, en otras palabras protege la libertad sexual de los menores, que por su inmadurez todavía no pueden decidir por sí mismos en dicho ámbito. La protección de estas conductas es a fin de evitar la obstaculización al desarrollo de determinados ámbitos de organización que impidan el normal progreso de la personalidad en la vida social del sujeto pasivo.

No obstante ello, como fuera expresado precedentemente, esta norma genera un vacío legal en lo atinente a la pornografía infantil ya que la evolución tecnológica y por ende el incremento de este delito en internet avanzó de modo tal que la legislación actual no puede dar soluciones concretas, ya que la norma penal solo reprime al que produce, publica y distribuye. Pero la posesión de material pornográfico infantil no resulta punible en la legislación.

Es importante destacar que el 25 de agosto de 2003, el Congreso de la Nación Argentina sancionó la ley N° 25.763 incorporando así al ordenamiento jurídico el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. La sanción de este instrumento importa un gran avance para la lucha de este delito al establecer en su artículo 3º que: "Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual colectivamente" y luego detallar en su inciso c) "la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2º.

En definitiva, se obliga a los Estados que hayan ratificado el Protocolo a adoptar medidas tendientes a incorporar en la legislación penal interna las conductas allí descriptas, especialmente la posesión de pornografía infantil, ya que penalizar esa conducta en el Código Penal facilitaría la averiguación de los casos de comercialización de pornografía infantil.

En cuanto al delito de pornografía infantil, en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas se pueden citar a los siguientes documentos:

1) La Convención de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989 ratificada por nuestro país mediante la ley 23.849.

2) La Declaración y Programa de Acción Mundial contra la explotación sexual infantil, aprobada por el Congreso Mundial contra la explotación sexual comercial de los niños celebrados en Estocolmo, del 27 al 31 de agosto de 1996, comprende una serie de medidas tendientes a fortalecer la cooperación entre los Estados y un compromiso de éstos en revisar su Derecho Interno. Puntualmente se estableció el deber de los Estados en "desarrollar o reforzar y aplicar medidas legales nacionales para establecer la responsabilidad criminal de los proveedores de servicios, clientes e intermediarios en la prostitución, tráfico y pornografía infantil, incluida la posesión de material pornográfico infantil”.

3. El programa de Acción para la prevención de la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobada por la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U., por la resolución 1992/74.

4. La resolución 48/156 de 1993, de la Asamblea General de la O.N.U., acerca de la necesidad de adoptar medidas internacionales eficaces para prevenir, entre otras acciones, la utilización de niños en la pornografía.

5. Las resoluciones 51/76 y 51/77 de la Asamblea General de la O.N.U. de diciembre de 1996 sobre los Derechos del Niño.

En el ámbito de la Unión Europea también se aprobaron instrumentos que apuntan a la adopción de diversas medidas nacionales e internacionales con el fin de resguardar a los menores de la explotación sexual, incluida expresamente la pornografía infantil. Estas resoluciones fueron aprobadas en el campo de la Unión Europea y en el marco del Consejo de Europa. La decisión describe las acciones relativas a la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil deben ser criminalizadas en cada uno de los 25 estados miembros de la unión. Según esta decisión, se criminalizarán todos los actos, incluso la producción, distribución, difusión o transmisión, provisión o disponibilidad, adquisición o posesión de pornografía infantil, ya sea que se use para esto un sistema informático o no. Por lo que posibilita el enjuiciamiento de cualquiera que contribuya a esta actividad delictiva de cualquier manera, y de ese modo toma una importante medida para cerrar los agujeros en las leyes y asegurar que el uso y la distribución de pornografía infantil relacionados con Internet puedan ser combatidos con más éxito en toda Europa.

En cuanto a las modificaciones operadas en el derecho interno, son varios los países que han incorporado figuras penales vinculadas a la pornografía infantil, en especial, relativas a la difusión de este material a través de Internet.

En Italia, por ejemplo, la ley Nº 269 del 3 de agosto de 1998, conocida como la Ley contra la pedofilia, introdujo en la parte dedicada a los delitos sexuales del Código Penal Italiano, y entre otras modificaciones, un tipo penal que reprime la utilización de menores de 18 años con el fin de realizar exhibiciones pornográficas, producir

material pornográfico y comercialarlo, previendo una pena de reclusión de seis a doce años y multa. Incluso, incorporó el delito de tenencia de material pornográfico producido mediante la explotación sexual de menores, en virtud del cual se imponen penas de reclusión de hasta tres años o de multa a quien conscientemente adquiere o dispone de material pornográfico producido mediante la explotación sexual de menores de 18 años. Con la misma pena se castiga la cesión consciente a terceros del material pornográfico producido en las mismas condiciones. Asimismo reprime con una sanción de reclusión de uno a cinco años y multa la distribución, divulgación o publicación del mencionado material por cualquier medio, incluso por vía telemática, que vino a ofrecer respuesta a los problemas relacionados con la utilización de Internet para la difusión de contenidos ilícitos.

No se pueden dejar de mencionar a las reformas que en esta materia se produjeron en España. En primer lugar, con la sanción del Código Penal de 1995 y, en segundo término, con la modificación efectuada recientemente mediante la Ley Orgánica 11/1999. De este modo, se sanciona la utilización de menores de edad o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pornográfico, o bien para financiar estas actividades, como también acciones como la producción, distribución o difusión por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hubieran intervenido menores de edad y la posesión de material pornográfico. Si bien el Código Penal español ha optado por no hacer referencia explícita a la difusión de esta clase de material pornográfico a través de redes de comunicación, se entiende que no hay inconveniente alguno para considerar perfectamente adecuadas al tipo las conductas de intercambio. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años: a) El que utilizare a menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, o financiar cualquiera de estas actividades. b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión, exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, aunque el material tuviere origen en el extranjero o fuere desconocido. A quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de estas conductas se le impondrá la pena en su mitad inferior. 2. Se impondrá la pena superior en grado cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades..." o transmisión de pornografía infantil por Internet o por cualquier otro medio que permita la tecnología. Por otra parte, el Código Penal español extiende la protección a los menores e incapaces que si bien no intervienen en la elaboración del material pornográfico pueden tener acceso al mismo, castigando a quien por cualquier medio "directo" se los vendiere, difundiere o exhibiere.

La significación de la pornografía para la protección de los niños contra la explotación sexual comercial no ha sido siempre reconocida en la legislación a pesar de la mención específica del Art. 34 (c) de la Convención sobre los Derechos del Niño, según la cual los Estados deben tomar medidas para prevenir la explotación del niño en

espectáculos o materiales pornográficos. El desarrollo de las nuevas tecnologías utilizadas para la producción y transmisión de la pornografía ha sido tan rápido, y algunas veces tan difícil de descubrir, que la ley no ha podido evolucionar al mismo ritmo.

El experto uruguayo Juan Miguel Petit señaló en la Comisión de los Derechos Humanos de la ONU, que la legislación es el punto de partida para abordar el problema y subrayó que la ausencia legislativa en ese aspecto, crea un vacío peligroso que expone a los niños a abusos, incrementado por el factor impunidad. Además agregó que es imprescindible que la conducta de todos los participantes en la cadena de pornografía infantil, desde la producción hasta la posesión, conlleven consecuencias penales.

El objetivo de la incriminación consiste en reprimir la utilización de menores en la producción, publicación o distribución de imágenes pornográficas, pero indefectiblemente es de sustancial importancia incorporar otro tipo como lo es la posesión de material pornográfico en cuya elaboración haya participado un menor de edad.

Por todo lo expuesto es que solicito a mis pares me acompañen en la aprobación del presente proyecto de ley.

Roberto G. Basualdo.-

(III)

PROYECTO DE LEY

El Senado y la Cámara de Diputados,...

Artículo 1.- Sustituyese el artículo 128 del Código Penal, por el siguiente:

“Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) 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 dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior, cualquiera fuere su finalidad.

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 dieciocho (18) años.

Artículo 2.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Dalmacio E. Mera.- Daniel R. Pérsico.- María I. Pilatti Vergara.- Sigrid E. Kunath.- Beatriz G. Mirkin.- Ada R. del Valle Iturrez de Cappellini.- Walter B. Barrionuevo. –Salvador Cabral Arrechea. –Juan M. Pais. -

FUNDAMENTOS

Señora Presidente:

Como es sabido, los niños resultan un componente de la sociedad que merece una protección particular.

Pero para que ello se haga efectivo, se requiere la implementación de medidas de acción positiva tendientes a obtener la efectiva protección de sus derechos, ante la vulneración o desconocimiento.

Justamente, uno de los mayores flagelos que atenta contra derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes es el de la pornografía infantil, que está indefectiblemente ligada a delitos como el grooming y la pedofilia.

Si bien han sucedido reformas que han modificado el Código Penal, en pos de la mayor especificación de delitos de esta índole, así como también incorporando nuevas figuras, como siempre sucede, la realidad lleva al legislador a tener que receptar nuevas figuras a efectos de que la norma no pierda su efectividad y pueda aplicarse de lleno a situaciones existentes, sin tener que recurrir a herramientas de interpretación, como ser la analogía, que en materia penal, sería inadmisibile.

Ante todo, la cuestión vinculada a la pornografía infantil constituye una grave problemática social que se presenta a nivel mundial y que, dadas las condiciones actuales y avance constante de las comunicaciones y redes sociales, permite la ruptura de barreras entre países.

En nuestro país, hay entre 15 y 20 casos diarios de pornografía infantil y hubo, en 2015, 3168 denuncias sólo en el ámbito de la Capital Federal.¹

A su vez, también se ha puntualizado que el hecho que la mera tenencia de este tipo de material no esté tipificada en nuestro Código Penal es “uno de los principales obstáculos legales para los investigadores policiales, quienes no pueden intervenir sino hasta que el delito –la cesión o distribución de fotografías hacia otros usuarios de una red– se concreta.”²

La Ley 25.763 aprobó el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

¹ Artículo publicado el 13/04/2016 en la edición digital del diario “La Nación”. <http://www.lanacion.com.ar/>, escrito por Gabriel Di Nicola.

² Publicación diario Clarín Suplementos Zona 14/04/13.

Cabe recordar que normas como la citada Convención, han adquirido rango constitucional a partir de la reforma del año 1994, y a la luz del interés superior del niño, obligan a los Estados parte a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos allí reconocidos.

El protocolo complementario de la Convención define a la pornografía infantil como 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.

Asimismo, el artículo 3 establece que “todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente: (...) inciso c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2.”

Justamente, dicho Protocolo incluye la acción de “poseer”, y actualmente, como se desprende del actual texto del artículo 128 del Código Penal, dicha acción resulta típica solamente si se lleva a cabo con fines inequívocos de distribución o comercialización, siendo al día de hoy no punible la acción de la mera posesión o tenencia de pornografía infantil, con otros fines.

Cabe considerar que es acertado que “en la actualidad se constata una tendencia según la cual el tráfico de pornografía infantil no viene presidido por el ánimo de lucro ni por motivos comerciales. Se ha acrecentado así el intercambio de material entre pedófilos, pauta de comportamiento que se ha amplificado en las nuevas autopistas de la información (Internet), donde los usuarios pueden introducir material y convertirse en difusores de dicho material.”³

Estas cuestiones no resultan una mera cuestión terminológica, sino que se traducen en la ampliación del tipo penal ya receptado.

En materia de derecho comparado, existen diversos países que sancionan la mera tenencia o posesión de contenido de esta índole.

Resulta interesante el caso de México, que a través de la Ley 2851, sanciona a quien (Artículo 183-A) posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o pública, importa o exporta por cualquier medio incluido la Internet, objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas, o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico, en los cuales se utilice a personas de catorce y menos de dieciocho años de edad (...)”⁴

³ Morales, Fermín, “Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet (Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001). Pornografía infantil e Internet”, publicado en la web <http://www.uoc.edu/>.

⁴Ley 2851 Artículo 183-A.- “Pornografía infantil El que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o publica, importa o exporta por cualquier medio incluido la Internet, objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas, o realiza espectáculos en vivo de carácter

Uruguay es otro de los países que menciona el “almacenamiento” y la adquisición de material pornográfico infantil, en el marco de la Ley 17.815⁵.

La Convención de Ciberdelincuencia de Budapest (23/11/2001) define a la pornografía infantil e insta a los Estados parte a modificar su legislación a efectos de castigar las conductas relacionadas con la producción de pornografía infantil con intención de difundirla a través de un sistema informático, oferta o puesta a disposición a través de dichos sistemas o la mera tenencia o posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un dispositivo de almacenamiento de datos.

Se ha considerado que “La discusión en torno a la no penalización de la tenencia de pornografía no tiene cabida en el ámbito de la pornografía infantil, pues en este caso, no se puede hablar de colisión entre derechos humanos; por un lado de los que están en posesión de la pornografía (que podrían argumentar violación a su derecho de libre expresión, intimidad, etc) y por otro los de los niños/as y adolescentes utilizados en ella. Quienes tienen en su posesión pornografía infantil están violando derechos fundamentales de los NNA, su dignidad, su integridad, etc.”⁶

La ley chilena N° 19.927⁷, modificatoria del Código Penal, demuestra como este Estado tipificó como delito la mera posesión y almacenamiento del material, así como también su difusión o exhibición, entre otras conductas.

El Código Penal Español también sanciona a quien, para su propio uso, adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se

pornográfico, en los cuales se utilice a personas de catorce y menos de dieciocho años de edad, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa. Cuando el menor tenga menos de catorce años de edad la pena será no menor de seis ni mayor de ocho años y con ciento cincuenta a trescientos sesenta y cinco días multa. Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173, o si el agente actúa en calidad de integrante de una organización dedicada a la pornografía infantil la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años. De ser el caso, el agente será inhabilitado conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 4 y 5.”

⁵ Ley 17.815. Artículo 3°. (Facilitamiento de la comercialización y difusión de material pornográfico con la imagen u otra representación de una o más personas menores de edad o incapaces).- El que de cualquier modo facilitare, en beneficio propio o ajeno, la comercialización, difusión, exhibición, importación, exportación, distribución, oferta, almacenamiento o adquisición de material pornográfico que contenga la imagen o cualquier otra forma de representación de una o más personas menores de edad o incapaces será castigado con pena de seis meses de prisión a dos años de penitenciaría. A los efectos del presente artículo y de los anteriores, se entiende que es producto o material pornográfico todo aquel que por cualquier medio contenga la imagen u otra forma de representación de personas menores de edad o incapaces dedicadas a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o la imagen o representación de sus partes genitales, con fines primordialmente sexuales. (Ley N° 17.559, de 27 de setiembre de 2002, 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).

⁶ Documento de la Oficina Internacional del Trabajo de Perú, “Análisis de las reformas penales que tipifican los delitos de Explotación Sexual Comercial Infantil”, Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil –IPEC, Angélica Porras Velasco Amalia de la Cerda Quito, 2005.

⁷ <https://www.leychile.cl>. Artículo 374 bis: “El que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio.”

hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección.⁸

Por otra parte, también propiciamos la elevación de la edad incluida en el último párrafo artículo 128, que en su redacción actual preveía que “Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrar material pornográfico a menores de catorce (14) años.”. Ello así, dado que la misma Convención de los Derechos del Niño indica que se entiende por tal todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

Tal como distintos profesionales han señalado, resulta necesario penalizar la tenencia y acopio de material pornográfico infantil, independientemente de su uso o su destino.⁹

Teniendo en cuenta que el consumidor resulta un eslabón en grandes cadenas de distribución de material pornográfico infantil, que tienen estricta vinculación con otros delitos tales como la trata de personas y la explotación sexual infantil, es que creemos esencial dar una pronta respuesta a esta verdadera inquietud social.

Por ello, es que solicito a mis pares que me acompañen en este Proyecto de ley.

Dalmacio E. Mera.- Daniel R. Persico.- María I. Pilatti Vergara.- Sigrid E. Kunath.- Beatriz G. Mirkin.-

⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 24/11/1995.

⁹ Nota publicada en el diario digital “La Voz”, “En Argentina, se penaliza la distribución, no la tenencia”, 26/12/2001. “Argentina requiere avanzar sobre algunas cuestiones claves que hoy no están contempladas en su ley penal”, opiniones citadas: Fiscal Marcelo Altamirano y Dr. Carlos Cornaglia (médico) - ponencias presentadas en el Tercer Congreso Latinoamericano Niñez, Adolescencia y Familia realizado en noviembre de 2011.

(IV)

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1º.- Modifíquese el artículo 128 del Código Penal de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Será reprimido con prisión de dos (2) años a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de una persona 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 dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior, cualquiera fuere su finalidad.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrar material pornográfico a menores de dieciocho (18) años.”

Artículo 2º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Julio C. Cobos.- Juan M. Abal Medina.-

FUNDAMENTOS

Señora Presidente:

Las actividades en creciente expansión mundial de producción, distribución y consumo de pornografía infantil, sumada al fenómeno de la globalización, y en particular, la aparición y utilización de nuevas tecnologías de información y de comunicación, inciden en la expansión del crimen organizado. Aquí es donde aparece la necesidad de forzar la intervención estatal, con el fin de proteger la niñez y sus intereses; resguardar la integridad física y psíquica de los menores para asegurar su normal desarrollo sexual.

En los casos de pornografía infantil, son los niños y las niñas menores de 18 años quienes sufren daños irreversibles en su desarrollo físico y psíquico. La Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado de derechos humanos más ampliamente ratificado en la historia, y también por la República Argentina que la adoptó en 1990 mediante Ley 23.849, dándole jerarquía constitucional con la reforma de 1994.

La misma establece que los menores de edad requieren un plus de protección especial debido a su condición de personas en desarrollo y crecimiento, por lo que es obligación de los Estados adoptar todas las

medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención.

A partir del año 2008 con la modificación del art. 128 del Código Penal, mediante la ley 26.388, se introdujo en nuestro derecho positivo la figura de producción, distribución y tenencia de la pornografía infantil como conducta criminalmente reprimible. La acción de “poseer” resulta típica solamente si se lleva a cabo con fines inequívocos de distribución o comercialización, siendo al día de hoy no punible la acción de la mera posesión o tenencia de pornografía infantil con otros fines.

Legislación internacional relativa a este tema, además de penar las conductas relacionadas con la oferta de pornografía infantil, como la producción, financiación, distribución, ofrecimiento, comercialización, publicación, facilitación o divulgación de la misma; penan también la posesión de pornografía infantil.

Algunos de los instrumentos jurídicos internacionales más relevantes que se ocupan de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes son, la “Convención sobre los Derechos del Niño”, el “Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y pornografía infantil” y el “Convenio sobre Ciberdelito del Consejo de Europa”; todos abarcan un concepto más amplio de las acciones punibles, al incluir tanto el hecho de procurar el material para sí o terceros, así como la mera tenencia.

El citado Protocolo facultativo, como mecanismo jurídico que complementa al tratado original, fue aprobado en el año 2003 mediante la ley 25.763, y dentro de los tipos de conductas criminalizadas incorpora la acción de “poseer” material pornográfico que incluya a niños, y establece que todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que el mismo protocolo enumera queden íntegramente comprendidos en su legislación penal.

Como antecedentes legislativos, podemos citar la Ley federal norteamericana que prohíbe la producción, distribución, recepción y posesión de imágenes de pornografía infantil que afecten a cualquier medio o instalación de comercio interestatal o extranjero.

La preocupación que genera la amplia difusión de pornografía infantil en Internet y otros medios tecnológicos y, en concordancia con las conclusiones arribadas en la “Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en la Internet”, en las que se pide la tipificación en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía, es que advertimos que es necesario legislar en pos de condenar la posesión o simple tenencia y consumo de pornografía infantil.

En el caso de Latinoamérica, según estadísticas de la Universidad Católica del Uruguay, Argentina es el segundo país de la región con mayor consumo de pornografía infantil; siendo Venezuela quien lidera

el ranking. Distintos especialistas concuerdan en la relación existente entre el consumo de pornografía infantil y el abuso de menores. La neuropsiquiatra Rafi Santos, presidente de la Fundación Humanae, declaró que “Muchas veces, después de consumir lo que ven a través de las redes, tratan de buscar su protagonismo y es cuando empiezan ellos mismos a grabar a los menores. La búsqueda de su placer es cada vez más insuficiente, necesitan cada vez más incentivos para conseguir el mismo efecto y van buscando cosas nuevas, algo distinto que les motive”.

El Tribunal Supremo de Uruguay dobló la pena de cárcel impuesta a un hombre acusado de posesión y distribución de pornografía infantil, fijando una nueva doctrina para estos casos al extender este agravante a los que posean o distribuyan material pornográfico, no solo a los que lo produzcan, como se aplicaba hasta ahora. Su Código Penal, establece prisión de hasta cinco años para los delitos de tenencia y distribución de pornografía infantil.

En México, han entendido que los consumidores tanto de pornografía como de prostitución infantil constituyen una pieza clave en la cadena de explotación de una persona, sin importar que no obtengan un beneficio económico por ello o sean los cerebros detrás del negocio, por lo que en ese país pueden recibir penas que van desde los 15 y hasta los 30 años de prisión.

En el Código Penal de Chile, se encuentra tipificado como delito la mera posesión y almacenamiento del material, así como también su difusión o exhibición, entre otras conductas.

En casos de homicidios ocurridos en nuestro país se observa la interacción o el uso que los delincuentes han tenido con pornografía infantil (archivos de contenido pedófilo en discos duros, DVDs y correos electrónicos) traduciéndose en comportamientos abusivos y vejatorios llevados a cabo por estos verdaderos pederastas y pedófilos (caso Próvolo: provincia de Mendoza u caso Di Marco: provincia de San Luis).

Actualmente el Código Penal, en su artículo 128, excluye de responsabilidad al adulto que consume o usa pornografía infantil. De la lectura del texto legal se deduce que para que se cumpla el tipo penal, la posesión del material debe tener como miras la distribución o comercialización del mismo. En el mismo sentido, y es coincidente con la mayoría de la doctrina nacional, que la decisión del legislador de excluir la tenencia que no tenga estos fines obedece a lo normado por el art. 19 de la constitución nacional, que establece el principio de reversa en los siguientes términos: “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. En este sentido corresponde preguntarnos cuánto tiene de verdad el hecho de que la posesión o tenencia de material pornográfico realizado con menores, no sea una actividad que, tal como dice el artículo constitucional, no perjudica a terceros.

Ante esta interrogante entendemos de forma contundente que los derechos del niño deben primar por sobre las libertades individuales, dado que sí se lesiona la honorabilidad de los menores de 18 años.

Con este proyecto procuramos lograr la inhibición de la tenencia, cualquiera sea su finalidad, ampliando la sanción al delito. Su aprobación armonizaría la legislación local con el articulado del Convenio de Ciberdelito del Consejo de Europa, permitiendo eliminar la reserva planteada por Argentina en el texto del tratado internacional respecto de este tema.

Promover el aumento en las penas establecidas en el primer párrafo del artículo 128 de Código Penal, obedece a la relación directa que existe entre la corrupción de menores y las acciones descriptas en este artículo. El Artículo 125 del Código prevé reclusión o prisión de tres a diez años al que promoviera o facilitare la corrupción de menores de hasta dieciocho años. En este sentido lo que queremos proteger es el derecho de los niños y adolescentes, por ello consideramos que las penas del artículo 128 deben ser más acordes a las establecidas en el artículo 125.

Por último, la modificación del tercer párrafo, eleva la pena con prisión de seis meses a tres años para el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de dieciocho años. Elevar la edad que actualmente se encuentra en catorce años, responde a la armonización acordada en la Convención de los Derechos del Niño, la cual tiene rango constitucional (Art.75 inc.22) que entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años de edad. Las reformas propuestas responden a que se intenta dotar de una mayor coherencia punitiva nuestro código penal, de acuerdo al texto constitucional, la legislación internacional y nacional existente.

Por los motivos expuestos solicito a mis pares me acompañen en la aprobación del presente proyecto de ley.

Julio C. Cobos.- Juan M. Abal Medina.-

(V)

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

ARTICULO 1. — Sustitúyese el artículo 128 de la Ley 11.179, Código Penal, por el siguiente:

“Art. 128 - Será reprimido con prisión de uno (1) 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 dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior, si las mismas fueren con fines inequívocos de distribución o comercialización, el mínimo de la pena se elevará a seis (6) meses y el máximo de la pena se elevará a cuatro (4) años.

Será reprimido con prisión de uno (1) a seis (6) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de dieciocho (18) 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.”

ARTICULO 2. — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Sigrid E. Kunath.-

#

FUNDAMENTOS

Señora Presidente:

Me dirijo a Usted a los efectos de someter a consideración de mis pares un Proyecto de Ley que tiene por objeto penalizar la simple tenencia de pornografía infantil incluyéndola específicamente dentro del tipo penal establecido en el artículo 128 del Código Penal y, a su vez, adecuar las escalas penales establecidas en el mismo.

En el año 2008 se sancionó la Ley 26.388 tipificando conductas cuyo encuadramiento en figuras ya existentes en el Código era discutido y entendido, en general, como una violación al principio de legalidad y la prohibición de analogía en el Derecho Penal. Modificó, entre otras cosas, el texto del artículo 128 que ahora prevé, además de la tenencia con fines inequívocos de comercialización; las conductas de producir, financiar, ofrecer, comerciar, publicar, facilitar, divulgar o distribuir, por cualquier medio, las representaciones de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales. Se advierte que la expresión “cualquier medio” permite incorporar el fenómeno de la pornografía infantil a través de internet, lo que despeja totalmente las dudas acerca de si se podían encuadrar tales conductas en el viejo art. 128.

Adentrándonos en el objeto de este proyecto, aquella modificación, agregó un requisito a la tenencia de pornografía infantil para penalizar sólo a aquella que tenga fines inequívocos de comercialización o distribución. Surgiendo ahora diferentes posiciones al respecto, hay quienes dicen que tal modificación implica que el legislador no ha expandido la intervención penal sobre conductas que no causan lesión alguna al bien jurídico que protege la figura, respetándose de esta

manera, los principios de mínima intervención y de lesividad propios de un derecho penal liberal.

Ahora bien, cabe preguntarse, si la simple tenencia de pornografía infantil efectivamente no causa lesión alguna al bien jurídico protegido por la norma.

Para ello, resultaría útil recordar la evolución histórica del artículo 128 cuya redacción original fue modificada en el año 1995 por la Ley 25.087 y posteriormente sustituido por la Ley 26.388 de 2008.

El delito, en su primer versión, se encontraba legislado en el Título III, Capítulo III titulado “Corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor”, reprimiendo al que “publicare, fabricare o reprodujere libros escritos, imágenes u objetos obscenos y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular.”, como podemos ver, el bien jurídico protegido por este artículo era el pudor público, entendiendo por tal a un valor social que se da en una comunidad y, en la medida en que esa comunidad lo entiende, se proyecta a los individuos que la componen. Se afectaría, por lo tanto, públicamente, cuando su ataque puede ser receptado por un número indeterminado de personas, o privadamente, cuando ese ataque incide sobre el de personas determinadas.

Ahora bien, la sanción de la Ley 25.087 que modificó, entre otras disposiciones al artículo 128, previó que sería reprimido “el que produjere o publicare imágenes pornográficas en que se exhiban menores de 18 años; el que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaran dichos menores, o el que distribuyere imágenes pornográficas cuyas características extremas hicieren manifiesto que en ellas se ha grabado o fotografiado la exhibición de menores de 18 años, al momento de la creación de la imagen. Asimismo, reprimía con pena de prisión de un mes a tres años a quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrarle material pornográfico a menores de 14 años.” La idea de la Ley fue incriminar este tipo de conductas en las cuales se vean afectadas personas menores, dejando de lado toda regulación sobre la exhibición de mayores de edad.

En su redacción original, el artículo 128 legislaba un delito relacionado con “lo obsceno”, el texto de 1999 especifica como destinatario de la norma a los menores de 18 años. En consecuencia, puede afirmarse que en el tipo penal, lo dañoso ya no es la imagen que recibe el adulto, sino que se refiere a los menores que están involucrados en las imágenes netamente pornográficas, o a las imágenes que éstos reciban. Así, ya no se tiende a la tutela de la decencia sexual pública, sino la protección del menor de 18 años. En este sentido, el miembro informante de la Cámara de Diputados, doctor José Ignacio Cafferata Nores expresó: “Se desincrimina la producción de imágenes y objetos obscenos en los que estuvieren en juego exclusivamente imágenes de personas adultas. El objetivo primordial 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 aquel que a sabiendas distribuye el tipo de

material mencionado. Este precepto normativo también amplía la incriminación a fin de abarcar los actos pornográficos que no son filmados, grabados o fotografiados, sino directamente actuados en vivo, a modo de espectáculos...”

Como podemos ver, el bien jurídico protegido por esta norma ha cambiado, ha dejado de ser un atentado al pudor público y es ahora un ataque al desarrollo psíquico y sexual de menores y es en base a esta interpretación que debemos determinar si la simple tenencia vulnera o no la integridad de los niños, niñas o adolescentes.

Detrás de la fotografía de un niño en actividades sexuales, existe una gran cantidad de derechos que han sido vulnerados como el derecho a la integridad personal, a la imagen, a la dignidad, al desarrollo personal, a un normal crecimiento y evolución, entre otros.

No debemos ignorar que detrás de personas que consumen, producen y distribuyen pornografía infantil también existe un negocio millonario, existe oferta y demanda de este tipo de material.

Es en ese sentido que muchos países penalizan la tenencia, como Chile, España, México y Colombia, cito algunos de ellos:

- El Código Penal español, en el artículo 189 apartado 5, establece que “El que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.” Inclusive va un poco más allá y agrega que “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.”
- El Código Penal colombiano en su artículo 218 prescribe 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. Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.”
- En México el delito de tenencia de pornografía infantil está previsto en el artículo 202 bis del Código Penal Federal, a saber: “Artículo 202. Comete el delito de pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, quien procure, obligue, facilite o induzca, por cualquier medio, a una o varias de estas personas a realizar actos sexuales o de exhibicionismo corporal con fines lascivos o sexuales, reales o simulados, con el objeto de video grabarlos, fotografiarlos, filmarlos, exhibirlos o describirlos a través de anuncios impresos,

transmisión de archivos de datos en red pública o privada de telecomunicaciones, sistemas de cómputo, electrónicos o sucedáneos. Al autor de este delito se le impondrá pena de siete a doce años de prisión y de ochocientos a dos mil días multa.

A quien fije, imprima, video grabe, fotografíe, filme o describa actos de exhibicionismo corporal o lascivos o sexuales, reales o simulados, en que participen una o varias personas menores de dieciocho años de edad o una o varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o una o varias personas que no tienen capacidad para resistirlo, se le impondrá la pena de siete a doce años de prisión y de ochocientos a dos mil días multa, así como el decomiso de los objetos, instrumentos y productos del delito.

La misma pena se impondrá a quien reproduzca, almacene, distribuya, venda, compre, arriende, exponga, publicite, transmita, importe o exporte el material a que se refieren los párrafos anteriores.

Artículo 202 BIS. 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.”

Con respecto a la normativa internacional a la cual nuestro país ha suscripto, cabe citar en primer lugar a la Convención sobre los Derechos del Niño con jerarquía constitucional según el artículo 75 inc. 22 CN y aprobada por Ley 23.489 del año 1990 cuyo preámbulo establece que “en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”, este cuidado o protección especial también ha sido enunciado en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

El artículo 3 de la citada Convención prescribe que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

La Ley 25.763 sancionada el año 2003, aprobó el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, cuyos considerandos establecen, entre otras cosas, que “para asegurar el mejor logro de los propósitos de la Convención sobre los Derechos del Niño y la aplicación de sus

disposiciones y especialmente de los artículos 1, 11, 21, 32, 33, 34, 35 y 36, sería conveniente ampliar las medidas que deben adoptar los Estados Parte a fin de garantizar la protección de los menores contra la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía,” y específicamente su artículo 3 apartado 1 que establece que “Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente” y, específicamente el inciso c) dice que esos actos son “La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2.”

Como podemos ver, el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía establece que debemos incorporar a nuestra legislación interna el delito de tenencia o posesión de pornografía infantil. Cabe aclarar que cuando el artículo antes citado dice “con los fines antes señalados” se refiere a los fines establecidos por los artículos anteriores, refuerza esta tesis el sexto párrafo de los considerandos del mismo, cuando establece que “Preocupados por la disponibilidad cada vez mayor de pornografía infantil en la Internet y otros medios tecnológicos modernos y recordando la Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en la Internet (Viena, 1999) y, en particular, sus conclusiones, en las que se pide la penalización en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía, y subrayando la importancia de una colaboración y asociación más estrechas entre los gobiernos y el sector de la Internet”.

Sumado a lo anterior, la Argentina al sancionar la Ley 26.388 en el año 2008, adaptó su legislación interna al “Convenio sobre Cibercriminalidad” realizado en Budapest en el año 2001, adhiriendo, de esta manera, al mismo. Específicamente, el artículo 9 prescribe lo siguiente: “Delitos relacionados con la pornografía infantil: 1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de los siguientes actos: a) la producción de pornografía infantil con vistas a su difusión por medio de un sistema informático; b) la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil por medio de un sistema informático; c) la difusión o transmisión de pornografía infantil por medio de un sistema informático; d) la adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informático para uno mismo o para otra persona; e) la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos.”

A las claras, puede verse como nuestro país al haber adecuado su legislación interna a las convenciones internacionales, lo ha hecho de manera parcial omitiendo tipificar la tenencia de pornografía infantil.

Una de las formas más eficaces de combatir la explotación sexual de menores consiste en penalizar a todos los sujetos que intervienen en

la creación, producción, distribución, publicación y comercialización de este material, incluidos sus consumidores ya que muchas veces detectar material en posesión de ciertas personas puede ser el puntapié inicial para descubrir redes de tráfico de pornografía infantil.

Cabe aclarar que siempre será necesario probar que la posesión del material pornográfico de menores fue un acto voluntario por parte del sujeto que realizó la acción, por ejemplo, si éste descargó por error o sin conocimiento un archivo que contenía imágenes del tipo descrito, no podrá imputársele la comisión de un ilícito. Siendo un delito doloso, se debe exigir que el individuo conozca que la por pornografía infantil no puede ser poseída y a pesar de este conocimiento quiere tener bajo su poder el mencionado material.

Reconociendo que los actos privados e íntimos de las personas no son justiciables, tal como lo establece el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, pero con los límites que la misma impone, “que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero” es que presento esta iniciativa en el convencimiento que la pornografía infantil daña los derechos de los niños niñas y adolescentes víctimas de ese delito.

Por todo lo expuesto es que solicito a mis pares me acompañen con su voto en la aprobación de este Proyecto Ley.

Sigrid E. Kunath.-

(VI)

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,..

ARTÍCULO 1°.- Sustitúyase el artículo 128 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 128: 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 hiciere 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; como asimismo el que distribuyere a menores de esa edad imágenes pornográficas protagonizadas por mayores de dieciocho años.

En la misma pena incurrirá el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de dieciocho años. La pena se agravará de uno a cinco años, cuando se tratare de menores de catorce años.

ARTÍCULO 2º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Federico Pinedo. –

FUNDAMENTOS

Señora Presidente:

Por iniciativa del ciudadano Hernán Munilla Lacasa, prestigioso penalista de nuestro foro capitalino, es que vengo a propiciar la sanción de este proyecto de ley, que encuentra su fundamento en la necesidad de introducir cambios en el Código Penal según fue modificado por la ley 25.087.

Mediante el dictado de la ley 25.087, promulgada el 7 de mayo de 1999, se efectuó una amplia modificación del título III del Código Penal, incluida su rúbrica: “Delitos contra la honestidad”, por “Delitos contra la integridad sexual”.

Si bien la reforma se produjo a partir de un puntual caso de fellatio in ore, que generó una inmediata y extendida repercusión pública, los legisladores, además de encuadrar dicha conducta, sin la claridad deseada, como configurativa del delito de violación (artículo 119, tercer párrafo), aprovecharon la oportunidad para modificar la mayoría de los delitos contemplados en el título.

Así, entre otros, reformularon el artículo 128, que dentro del capítulo “ultrajes al pudor sexual” reprimía el delito de “publicaciones obscenas”, por una nueva figura que, genéricamente, castiga las “publicaciones pornográficas”.

De tal manera, más allá de nuestra opinión acerca de la conveniencia o inconveniencia de mantener la tutela del “pudor sexual”, cuestión ésta que escapa al tema que pretendo abordar con esta iniciativa, lo cierto es que la reforma terminó por derogar el pudor sexual público como objeto de protección penal, desincriminando, como digo, el delito de publicaciones obscenas.

En oportunidad de tratarse el proyecto, el miembro informante de la Cámara de Diputados, José Ignacio Cafferata Nores, expresó: “Se desincrimina la producción de imágenes y objetos obscenos en los que estuvieren en juego exclusivamente imágenes de personas adultas. El objetivo primordial 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 a sabiendas distribuye el tipo de material mencionado. Asimismo, se reemplaza el discutible concepto de ‘lo obsceno’ por el término “pornográfico”.

Esta fue la única explicación sobre el tema que se vertió en el debate parlamentario, tras lo cual se sustituyó el artículo 128 del Código Penal, por el que actualmente y desde entonces nos rige.

Si bien es dable advertir el reemplazo del concepto de obsceno por el término pornográfico, también reparamos que no se incrimina cualquier pornografía, sino solamente aquella en la cual participan menores de dieciocho años, ya sea que éstos aparezcan en imágenes o en espectáculos en vivo. De allí que no está tipificado, y por ende no es delito, producir y publicar imágenes pornográficas en la que intervengan mayores de esa edad. Tampoco es delito mostrar imágenes pornográficas de adultos, por pervertidas que éstas fuesen, a menores de edad.

En relación con los espectáculos pornográficos en vivo, de acuerdo con el texto vigente, está permitido facilitarles el acceso a los menores a partir de los catorce años de edad, lo mismo que suministrarles a éstos material pornográfico. La tutela penal, en lo que respecta a estas figuras, sólo rige para los menores de catorce años (tercer párrafo del nuevo artículo).

Debo decir, con el mayor énfasis, que a los menores de edad no sólo se los protege incriminando a quienes los hacen intervenir en imágenes pornográficas, sino también, indudablemente, puniendo a quienes les exhiben ese tipo de imágenes protagonizadas por mayores, conducta ésta que hoy en día no está prohibida.

De acuerdo con el nuevo artículo 119, que castiga el abuso sexual, el abuso sexual agravado y la violación, hasta los trece años los menores carecen de madurez para consentir cualquier acto de naturaleza sexual. Desde los trece a los dieciséis años, la tutela penal decrece, aunque no desaparece, pues se sanciona con menor pena el acto de aprovecharse de la inmadurez sexual de estos menores, de conformidad con el nuevo artículo 120, que sustituyó el conocido “estupro”. En otras palabras, se les reconoce a los menores que tienen entre trece y dieciséis años una cierta madurez para comprender los actos de naturaleza sexual, pero se afirma que dicha madurez no es plena, desde que, como decimos, se sanciona a quien, siendo mayor de edad, se aprovecha de la inmadurez sexual que caracteriza a dicha etapa del crecimiento de las personas.

Volvamos ahora a la comentada reforma. ¿Cómo se entiende que el artículo 120 proteja la inmadurez sexual de los menores hasta los dieciséis años, incriminando el delito de abuso sexual por aprovechamiento de esa inmadurez (ex estupro), y que el artículo 128 les permita a menores todavía más inmaduros, desde que tienen catorce años, acceder a espectáculos pornográficos en vivo? ¿No es éste un contrasentido? Sin duda alguna que sí. Pero no es el único. Estoy plenamente de acuerdo en que hacer participar a menores de dieciocho años en escenas pornográficas debe ser punido, porque éstos no están aún maduros, ni poseen su sexualidad absolutamente formada. Este es, después de todo, el fundamento de la punición. Sin embargo, con este mismo criterio, ¿por qué no se incriminó también la conducta de exhibirles a estos mismos menores de dieciocho años imágenes pornográficas de adultos? ¿Acaso se cree que existe una madurez sexual diferente, según se intervenga como modelo o como espectador de una imagen pornográfica? ¿Por qué se considera inmaduro a un menor de dieciocho años para participar en un

espectáculo pornográfico en vivo, y maduro a uno de catorce para observar el mismo espectáculo, pero protagonizado por mayores?

Con estas ligeras observaciones al actual texto legal, me he propuesto demostrar la ligereza con que se obró al promover la reforma del título III del Código Penal, la cual careció de un estudio serio, analítico y profundo de los antecedentes y circunstancias que sugerían el mentado cambio.

Lo cierto es que hoy se produce el absurdo de que esté castigada la conducta de promover o facilitar la corrupción o la prostitución de menores de dieciocho años (artículos 125 y 125 bis), pero tres artículos más adelante (artículo 128) está permitido facilitarles el acceso a espectáculos no ya obscenos, sino directamente pornográficos a adolescentes que incluso tienen menor edad (catorce años).

¿Se habrá pensado, por algún instante, que esta clase de pornografía, protagonizada por adultos, no le haría daño a un menor de catorce años? Por mi parte no lo creo. Nadie pudo haber pensado seriamente semejante cosa.

Permítaseme formular otros interrogantes. ¿Por qué se reprime la conducta de promover o facilitar la corrupción y la prostitución de menores de dieciocho años? Obviamente por la misma razón que se reprime el producir o publicar imágenes pornográficas con menores de esa edad; es decir, porque se considera, con o sin razón, que hasta los dieciocho años no están maduros sexualmente para consentir la aprobación de tales actos de naturaleza sexual. Pues bien, a juzgar por la reforma que comento, aquellos legisladores que sancionaron la ley 25.087, sí pensaron, en cambio, que los menores de dieciocho años son maduros para que asistan a espectáculos pornográficos en vivo, donde participen mayores, y que incluso puedan hacerlo desde mucho antes, desde los catorce años; pensaron también que son maduros para entregarles material pornográfico, a partir de la citada edad; y que están finalmente maduros para ver imágenes pornográficas protagonizadas por adultos.

Hemos sufrido, una vez más, la impronta de la ley del péndulo. Hasta ayer se castigaba penalmente al que publicaba, fabricaba, o reproducía libros, escritos, imágenes u objetos obscenos, y también al que los exponía, distribuía o hacía circular, aún cuando los destinatarios de tales conductas fueren adultos (derogado artículo 128). Hoy, como hemos visto, es posible que ocurran los infortunados excesos descritos en los párrafos precedentes.

Se advierte así que no sólo se implantó en el Código Penal el término pornografía en sustitución del de obscenidad, sino que además se lo hizo de manera ligera y desaprensiva. Por mi parte, estoy convencido de que resulta manifiestamente inadmisibile que la pornografía se encuentre al alcance de un menor de catorce años, y aun de los de dieciocho años. Ello, por las mismas razones que explican la punición de los delitos de estupro y de corrupción y prostitución de menores: no poseen una madurez sexual plena.

No comulgo con la idea de un Estado paternalista, que se inmiscuye en la vida privada de los adultos, censurando y castigando penalmente lo que a puertas cerradas consumen, o lo que pagan a sabiendas por consumir. Pero el Estado no puede dejar de promover los valores morales y culturales que a su entender contribuyan a una mejor formación integral de sus miembros, aunque, como digo, sin obligarlos ni forzarlos a que los adopten. Mucho menos, tratándose siempre de adultos, que los sancionen penalmente por sus gustos o preferencias de índole sexual que exterioricen en privado.

Pero de allí a aceptar un grosero avasallamiento de la salud psíquica de los menores, como parece incentivar la legislación comentada, hay un largo trecho. Diría más, el Estado antes de reprimir la pornografía debería preocuparse de no fomentarla.

Para culminar agregaré, que existe a mi criterio una línea divisoria que el poder estatal no debe ignorar. Esa línea está marcada por el consentimiento, libre y consciente, que preste el titular del bien jurídico tutelado. Como legisladores, tenemos la indelegable responsabilidad de establecer, en forma clara y definitiva, la edad a partir de la cual el sujeto está en condiciones de prestar un consentimiento válido. Como puede apreciarse, la legislación actual, en materia de sexualidad, es confusa y contradictoria.

En tal dirección, considero que un menor de dieciocho años no está maduro para observar material pornográfico, ni para acceder a un espectáculo pornográfico en vivo, tal como hoy lo permite el artículo 128 del Código Penal, cuya sustitución vengo a propiciar.

Tenemos en nuestras manos la inexcusable tarea de dictar una legislación adecuada, que prevea una pronta y eficaz asistencia a los menores, cuya inmadurez espiritual, psicológica e incluso física, les impide ponderar correctamente los efectos de la pornografía. Es nuestra obligación, legal y moral, enmendar el texto legal vigente, que a todas luces resulta equívoco y contradictorio.

Federico Pinedo.