

EL CAMBIO DEL PARADIGMA POLÍTICO CRIMINAL DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DEL ART.128 DEL CÓDIGO PENAL EN EL PERÍODO DEMOCRÁTICO

Por **Carmen Beatriz Viale.-**

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ART.128 DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO EN EL PERÍODO DEMOCRÁTICO

“...debemos aunar nuestros esfuerzos para configura un Derecho Penal tan equilibrado en sus objetivos y en sus medios, que realmente funcione como la Carta Magna de todas las víctimas, es decir de todos los damnificados por el poder criminal, sea que este provenga de la conducta particular o del abuso de los funcionarios. En el mundo actual ya nadie pone en duda la existencia de criminales tremendamente poderosos, en algunos casos más que el propio Estado, y en otros, confundiéndose con el Estado mismo.”.¹

El código penal es, como toda norma, un producto cultural que refleja los cambios sociales. Nuestra ley de fondo ha tenido profundas modificaciones desde la instauración del Estado de Derecho, tan es así que en la actualidad, éstas abarcan la mayor parte de su estructura.

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar el cambio paradigmático del bien jurídico protegido en relación a las publicaciones obscenas en los últimos veinticinco años (art. 128 C.P).

Además, se intentará individualizar las tensiones político-criminales que históricamente ha mostrado la figura y su proyección actual en el marco de la legislación vigente; aspirando a definir, investigar e indagar las implicancias históricas, epistemológicas, sociales y político criminales de la llamada “pornografía infanto-juvenil”, en el marco del artículo 128 del C.P; sin soslayar su vinculación con otros cuerpos normativos.

¹ (Ouviña, Guillermo J. “Estado constitucional de derecho penal” publicado en “Teorías actuales en el Derecho Penal”. 75° Aniversario del Código Penal. 1998. Ed. “Ad-Hoc”. Bs. As.

La elección del tema en análisis no es casual, pues muestra la vinculación del aludido tipo penal con diversos aspectos legales y sociales que son objeto de esta investigación. Por tal motivo se intentará analizar la figura, teniendo en consideración los matices -autoritarios y democráticos- de los modelos políticos criminales vislumbrados en nuestro país, sobre todo porque a pesar de la interrupción violenta de los gobiernos democráticos y su re implementación, algunos aspectos de los regímenes de facto perduraron, incluso una década más allá de la instauración del estado de derecho implementado en el año 1982.

No se debe soslayar que el art. 128 del Código Penal, es uno de los llamados delitos de peligro abstracto y se encontraba muy vinculado con los arquetipos político-criminales autoritarios. Además, el instituto a tratar, sugiere diversos aspectos; por ejemplo, la sexualidad, la moral, la ambigüedad del discurso, la libertad de prensa, la protección del niño, el rol del cambio tecnológico, la individualización de la víctima, etc.

La metodología de la investigación se basará en la consulta de fuentes documentales, el análisis de la norma vigente como así también de las anteriores redacciones y su vinculación con las instituciones de otros cuerpos normativos.

A los fines de graficar el análisis, se emplearán los fallos jurisprudenciales para observar la repercusión del instituto en la vida institucional del país durante casi un siglo. Para ello, se emplearán los instrumentos adquiridos en las distintas asignaturas de la especialidad y, sin perjuicio de una probable ampliación, se tratarán los siguientes temas:

1.- Consideraciones generales acerca del art. 128 del C.P

2.- El bien jurídico protegido.

3.- Antecedentes históricos del art. 128 del C.P.

4.- Análisis epistemológico del art. 128 del C.P.; el cual comprende los siguientes ítems:

A) Análisis de la palabra “pornografía”.

B Individualizar las conductas abarcadas por el artículo 128 del C.P.

C) La víctima.

D) La tenencia.

E) Tratamiento de una posible solución.

5.- Relación del instituto con los tratados internacionales y las garantías constitucionales

- Tratados internacionales
- Garantías constitucionales

6.- Vinculaciones intrínsecas del art.128 C.P con otros institutos del Código Penal.

- Cuestiones relativas a la autoría y la participación.
- Relación con los arts. 71 y 72 del C.P.
- La tentativa.
- Tensión con la suspensión del juicio a prueba.
- El concurso de delitos.
- La prescripción de la acción.

7.- La vinculación del instituto con las normas adjetivas.

- Competencia.
- Querellante, particular damnificado y actor civil.
- Allanamiento e interceptación de elementos.
- Excarcelación.

8.- Conclusiones

9.- Bibliografía:

1.- CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL ART. 128 DEL C.P

Los distintos aspectos de la vida social se reflejan en los usos y costumbres de las personas y de las instituciones, ya sean éstas públicas o privadas (Iglesia, fuerzas armadas, grupos de poder, medios de comunicación, ligas de moralidad, etc); incidiendo en la política criminal en general y en los actos de gobierno en particular (leyes, decretos, sentencias).

Según Alberto Binder², la respuesta político criminal que cada sociedad formula frente al delito varía según la importancia que cada una le asigne a los conceptos de libertad, igualdad y seguridad y cada modelo le dará preminencia a alguno de éstos principios por sobre los otros.

Sin embargo, la permanente dinámica de la política criminal sumada a los distintos factores que la conforman (económico, político, religioso, la opinión pública, etc.) hacen que cada paradigma político criminal, aun teniendo conceptos antagónicos, no se expresen, durante su vigencia, en sus formas “puras” sino con algunos matices de los otros. La cuestión varía según las influencias ideológicas de cada uno de ellos en un determinado periodo; y cada modelo manejará de distinto modo los conceptos básicos de conflicto, poder, violencia y Estado.

² Alberto M. Binder, “Política Criminal: de la formulación a la praxis”. Pag. 35/36

Una primera aproximación del artículo 128 del C. P permite observar, desde su origen hasta la actualidad, que por su ubicación dentro de la organización del Código Penal y su texto en relación con otras figuras, el conflicto social se vinculó con las modalidades de las diferentes manifestaciones culturales en torno a la sexualidad, sus matices y su presunta repercusión en la vida social en general y en particular, sobre la política criminal del Estado.

En tal sentido, no se debe soslayar, como enseña el Dr. Guillermo J. Ouviaña, que "...los códigos son productos de la interacción humana, y por lo tanto manifestaciones de la cultura de una comunidad que resultan de la concurrencia de una serie compleja de factores. Nacen rodeados por las no siempre conciliables expectativas de distintos sectores de opinión y de grupos de presión, tratan de sobrevivir entre apologías y rechazos, y deben soportar el asedio de quienes si no los remplazan, los mutilan o destruyen.

Además deben integrarse con otras pautas, pues en la configuración cultural de una sociedad conviven distintos marcos normativos para guiar la conducta de sus miembros, cuyos eventuales comportamientos determinarán distintas formas de respuesta social: aprobación, indiferencia o sanción. El reproche comunitario, a su vez, puede estar institucionalizado o no, y en el primer caso, a través de distintas ramas del ordenamiento jurídico, entre las cuales el Derecho Penal aparece como un instrumento portador de las sanciones más severas previstas por la comunidad, pero delegadas al Estado. Si se recuerda que dentro de las configuraciones políticas posibles, las atribuciones del Estado de Derecho son las más acabadamente definidas, se podrá comprender que aquél sólo recurrirá en mínima medida y en contados casos a la sanción penal, tratando de solucionar las restantes situaciones conflictivas por otros medios de acción ajenos a tan severo instrumento coactivo. ...el Derecho Penal de un Estado de Derecho tendrá necesariamente, como rasgo esencial, una acotada finitud. Es más, su crecimiento desmedido no sólo nos mostrará la alteración de sus propios límites, sino que de modo indirecto nos alertará acerca de la peligrosa transformación del Estado que lo sanciona. ...pues sospecharíamos...que...nos invade un oculto autoritarismo enmascarado en una forma aparentemente constitucional de vencer nuestro contralor..."³.

Tanto el bien jurídico protegido por el art.128 del C.P. como el mencionado artículo, no han sido ajenos a dichas circunstancias, a pesar de las sucesivas modificaciones del mismo y, siguen siendo aún hoy muy controvertidos pues traslucen las distintas tensiones que se provocan entre los valores, los prejuicios, las tradiciones, es decir, "...el conjunto de todos aquellos factores reales que integrando el aspecto

³ Ouviaña, Guillermo J. "Estado constitucional de derecho penal" publicado en "Teorías actuales en el Derecho Penal". 75° Aniversario del Código Penal. Ed. "Ad-Hoc". Bs. As. Mayo de 1998.

encubierto de la cultura, estructuran los cimientos de un orden represivo subyacente y oculto.”

Al fin y al cabo, las leyes como todo producto cultural, se vincula al pasado y cuando desaparecen arrastran “...tras de sí buena parte de la doctrina que generaron en torno a sus reglas y estructuraron en relación al articulado”.⁴

En consecuencia, no se pueden despreciar ni los antecedentes ni las consecuencias de las mismas, los cuales muestran una relación política asimétrica, pues el Estado tiene el poder suficiente para legislar e imponer legítimamente las leyes mediante el uso de la fuerza a los ciudadanos, quienes sólo resultan amparados por los límites establecidos por la Carta Magna.

Por tal motivo, se intentará reconocer las disfunciones políticas que presenta el bien jurídico protegido por el mencionado artículo.

2.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Tanto el Derecho en general como el Derecho Penal en particular, intentan proteger bienes jurídicos y esto constituye el objetivo político concreto de todo el ordenamiento positivo.

Sin embargo, el concepto de bien jurídicamente protegido no está explicitado en el código penal y constituye una construcción dogmática que tiene una gran repercusión en la tarea de todos sus operadores.

Usualmente, se suele construir este instituto a partir del análisis de la Constitución y de la interpretación de distintos elementos del Código Penal, como por ejemplo, la ubicación de cada figura en su arquitectura, las opiniones doctrinarias, y también los fundamentos de las sentencias⁵, en tanto y en cuanto especifican si la conducta afecta o no un bien jurídicamente protegido.

Para la configuración de un delito resulta imprescindible la afectación de un bien jurídicamente protegido. Este concepto está vinculado con el art. 1° de nuestra C. N., que al establecer la forma republicana de gobierno, exige la razonabilidad de sus actos y, en el ámbito penal esto implica que la ley no puede prohibir una conducta sin motivo alguno.

Empero, existe otro límite a la injerencia de los jueces, en general, y muy especialmente para la persecución penal. Tal coto está fijado por el art.19 de la C.N., al

⁴ Ouviaña, Guillermo J.op.cit.

⁵ Creus , Carlos “Derecho Penal – Parte General” (1990), Bs.As. Ed. Astrea. Segunda Edición.

exigir, implícitamente, que la conducta acarree un daño, como condición previa para poder ser sometida a la autoridad de los magistrados (principio de lesividad). Por lo tanto, solo podría ser delictiva aquella conducta que produzca un perjuicio concreto a un bien jurídico protegido.⁶

Si bien la configuración de un daño concreto y particular es un requisito “*sine qua non*”, e implica una regla general, ésta tiene una excepción, las llamadas figuras de peligro en las que no hay un daño determinado y son el reflejo de aspectos de un modelo político criminal que apunta al riesgo, el cual ha proliferado en los últimos años.

Las figuras de peligro suelen clasificarse delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Si bien ambas resultan ser muy controvertidas; pues revelan su afinidad con los sistemas autoritarios de gobierno y presentan tensiones con las garantías individuales. Todo ello, sin perjuicio de mencionar la estrecha vinculación de los delitos de peligro abstracto con el derecho penal de autor, el cual se encuentra en las antípodas de nuestra Carta Magna.

3.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ART. 128 DEL C.P.

Resulta interesante observar, como la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado la conceptualización del instituto acuñado por el art. 128 C.P. desde la creación del código de fondo.

En los albores de nuestro código penal, el Dr. Ure sostenía que el pudor público como bien jurídicamente protegido era “...la reserva, compostura, vergüenza, que la generalidad de los miembros de una sociedad guarda en determinado momento histórico, frente a los asuntos de índole sexual...”⁷

Treinta años después, Sebastián Soler dijo que: “...se tutela el pudor de manera...impersonal, como bien social consistente en el concepto medio de decencia y de buenas costumbres, en cuanto se refiere a las cuestiones sexuales, no se trata de proteger un sentido muy depurado del pudor (el de una monja) ni solamente las formas más groseras de ofensa (la que puede sentir una prostituta)⁸. En este sentido es preciso que el juez se coloque en un término medio normal, para lo cual deberá tomar

⁶ En tal sentido se comparte el criterio de Zaffaroni, quien sostiene en su obra “Manual de Derecho Penal” (2005), que “No se concibe ...una conducta típica sin que afecte un bien jurídico, puesto que los tipos no son otra cosa que particulares manifestaciones de tutela jurídica de esos bienes.” “Sin bien jurídico, no hay ...posibilidad alguna de interpretación teleológica de la ley penal.” Con lo cual “...el concepto de bien jurídico es un concepto lógicamente necesario, del que no se puede prescindir, pues con su renuncia desaparece todo sentido en la prohibición.”

⁷ L. L. T°23, pág. 333 y según la cita del Dr. Carlos A. Campos en su artículo “Obscenidad”, publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba, T°20 (1964), Bs. As. Ed. Bibliográfica Omeba, pág. 897.

⁸ Cuando se refiere al “pudor de una monja” y al “pudor de una prostituta” se incurre en una falacia ad hominem.

especialmente en cuenta las circunstancias históricas y de lugar, ya que estas son variables. No se trata aquí del pudor de alguien concreto sino del público en general. Se trata de infracciones de peligro y de daño potencial...”⁹.

La palabra “tutela” significa amparo, protección, defensa y obviamente, esto sólo es posible cuando aún no hay lesión, por lo que se trata de una figura de “peligro”, tal como lo sostuvo Soler.

Además, el mencionado autor reconoció que es el juez quien llena el vacío de la ley al determinar, luego de cometido el hecho, si éste afectó o no una norma del Código Penal. Esto era un obstáculo concreto para que el ciudadano común sepa de antemano si su conducta era o no delito, vulnerando uno de los principios básicos del derecho penal liberal: el principio de legalidad y también el de cualquier política criminal: que los ciudadanos sepan cuáles son conductas que se perseguirán penalmente y así lograr que se abstengan de realizarlas. El modelo en sí, mostraba rasgos autoritarios que se reflejaban, tanto en los fallos como en los artículos doctrinarios y no dudaban en hablar de tutela de la moral pública¹⁰.

Lamentablemente, cuando se habla de “tutela” en cierta forma se conculcan los derechos individuales. En tal sentido, resulta oportuno recordar que “...las leyes tutelares de derechos individuales, por muy sabias y previsoras que sean, carecerán de eficacia, allí donde los ciudadanos no tengan conciencia de su libertad y de que nadie puede privarles de ella sino como sanción jurídica por una conducta antijurídica.”¹¹

Estos rasgos del paradigma político criminal en estudio, muestran una mayor afinidad con los principios de un régimen autoritario de gobierno, que con los del sistema republicano adoptado por nuestra Carta Magna e interrumpido varias veces desde el año 1930; observándose además, la permanencia en la aplicación de aquel.

Tan es así, que el Dr. Carlos A. Campos, ex camarista de la C. N. C. C, sostuvo en el año 1964 que el art. 128 del C. P era necesario pues “Si incontroladamente dejamos hacer a la libido de todos y cada uno, sabemos muy bien que la caótica promiscuidad es la consecuencia, y en suma, la propia muerte de la humanidad va implícita en tal manera de obrar. Por ello es que se han consagrado normas que regulan en forma consuetudinaria al grupo social impartiendo directivas que tienden a evitar ese auto aniquilamiento que produciría de seguir el ser humano, el mismo procedimiento generador de vida que el de los animales. Al controlarlo o mejor dicho a encauzarlo dentro de los

⁹ Sebastián Soler, “Derecho Penal Argentino” (1951). Bs. As. Ed. Tea, T°III. Pág.393/394.

¹⁰ Veáanse los siguientes artículos: Carlos A. Campos, “obscenidad” (1964) publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba, T°20, Ed. Bibliográfica Omeba, Bs. AS. 1964., pág. 895 y ss. . Abel Bonorino Peró: “La obscenidad en el campo del Derecho Penal Argentino”, Rev. Jurídica La Ley, 1980-D-883. Angel Mercado “El “destape” y el delito de publicaciones obsenas”. L.L. 1984. A. pag. 978.

¹¹ Gómez, Eusebio. “La tutela jurídica de los derechos individuales”. (1947) Rev. De Derecho Penal. Bs. As.

límites de la normalidad es que tienden las leyes que protegen la familia y dentro de ella a los hijos y con especial cuidado su educación”¹².

Dos décadas más tarde, Ricardo Núñez distinguía dos clases de pudor, el privado abarcado por el abuso deshonesto y el público por las publicaciones y exhibiciones obscenas (art. 128 y 129 del C. P). Según el autor, el abuso deshonesto atenta contra la “...reserva sexual de la víctima...” en cambio la figura acuñada en el artículo 128 lo hace contra “...el sentimiento público de decencia sexual...”¹³.

El mismo punto de vista fue sustentado en 1995 por el Dr. Justo Laje Anaya, quien sostuvo que “El objeto protegido por este delito y el de exhibiciones obscenas, es el sentimiento público de decencia sexual, o sea el derecho de la sociedad a que no se lesione su sentimiento de pudor mediante conductas obscenas. Por pudor puede entenderse la compostura y vergüenza que la generalidad de los miembros de la sociedad guarda frente a asuntos de índole sexual, mientras que lo obsceno, es lo impúdico por su lujuria, por su predominante tendencia a excitar los instintos sexuales; es una grosera exaltación de la lascivia.”¹⁴

Estas opiniones que fueron enunciadas en el período comprendido desde la segunda década del Siglo XX hasta 1990, exponen que, más allá del momento cronológico en que se formularon tales opiniones, los conceptos citados por los autores y los magistrados, expresan una tendencia muy rígida y conservadora acerca del bien jurídico protegido por el art.128 C.P; mostrando, en términos similares, las reminiscencias del tabú religioso. En tal sentido, ha sido prácticamente unánime, que este no protegía el pudor de las personas sino el de toda la sociedad y nada más difícil de especificar que es la decencia sexual como sentimiento público, pues son conceptos muy relativos que se relacionan con los distintos aspectos culturales y religiosos de las nuestra sociedad; independientemente de la edad de sus integrantes; y el Estado, a través de sus instituciones (poder judicial, policía de moralidad, entes calificadores) se adjudicó el rol de custodio de la moral social, determinando, cuáles eran los objetos culturales a los que podía o no tener acceso un ciudadano. Por los motivos que se expondrán, esto constituye una intromisión en la esfera de la intimidad de las personas (art.19 C.N).

En efecto, el Estado se asumió el papel de pater familiae de la sociedad, la cual era vista como un ser desprotegido, en riesgo de ser corrompido y que, necesitaba, sin importar la voluntad de los individuos, ser cuidada y resguardada. Quizás, por eso los adquirentes de dichos bienes estaban fuera de toda persecución estatal, pues al resultar

¹² Carlos A. Campos, “obscenidad” (1964) publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba, T°20, Ed. Bibliográfica Omeba, Bs. AS. 1964., pág. 895 y ss

¹³ Núñez, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal”. Parte Especial. Ed. Lerner. Córdoba. 1986. pags. 141/143.

¹⁴ Justo Laje Anaya y Enrique A. Gavier, Notas al Código Penal Argentino, T°II, Parte Especial. Ed. Lerner. Córdoba. 1995, pág.176.

ser integrantes de esa misma sociedad, eran considerados una suerte de “inimputables” o “seudo inocentes” que no sabían a qué peligro se exponían.

Desde este punto de vista, la decisión política criminal de mantener la misma vigencia textual del art.128 del C.P, durante varias décadas, manifestaba el mismo miedo a la corrupción y a la depravación. Es decir el miedo a la enfermedad.

Al mismo tiempo, se le atribuía a la ley el efecto terapéutico de impedir el mal tan temido, o sea el delito.¹⁵ Esto se manifestaba tanto en la doctrina como en la jurisprudencia; y en tal sentido, se reproducen los siguientes párrafos de dos artículos jurídicos, uno de los cuales fue escrito por un integrante de la C.N.C.C, el Dr. Abel Bonorino Peró:

1.- “...corresponde al Estado su vigilancia y control a fin de castigar a quienes se desborden en sus expresiones o en sus estímulos, alejándose de las buenas costumbres con fines comerciales o pecuniarios o negociando la pornografía en detrimento del pudor social de grandes y chicos. Ello viene a constituir una circunstancia enfermiza, un flagelo social que el Estado está obligado a reprimir dentro del campo legal, como una defensa social y familiar de las buenas costumbres individual y colectiva.”¹⁶.

2.-“Así entendida la moral pública, nada mejor que preservarla de los embates apologistas y panaceístas de la decadencia espiritual, y para ello nada mejor que los pueblos tomen conciencia de la decisión de sus gobernantes y magistrados de proceder firmemente a velar por su salud moral.”. “Muchos son los fallos de los tribunales nacionales que dan cuenta de la delicadeza y preocupación con que fueron tratados los hechos que fueron juzgados.”. “Sin embargo, parécenos importante destacar que en casi todos los casos que fueron tratados por los jueces argentinos, se tuvo en cuenta la literatura que contenía episodios de libertinaje expuestos crudamente, tuvieran o no valor artístico, valiéndose para su juzgamiento de la obra cualquiera fuera su expresión dentro del campo literario o cinematográfico, de la apreciación en conjunto de la misma, a los fines de poder deslindar si existieran, en suma, preconcebidos propósitos de especular con cuestiones ajenas al motivo de la obra.”.¹⁷

Estos conceptos fueron escritos en los años 1984 y 1980 respectivamente, sin embargo y más allá del tiempo que los separa desde la sanción del artículo, podrá observarse (sobre todo en el último) que el discurso es casi el mismo de aquella: “proteger a la sociedad, quiera o no, del libertinaje desenfrenado” y la idea positivista del

¹⁵ Cuestión alertada, contemporáneamente con la sentencia de 1923, por Rodolfo Moreno en su obra “El problema penal” y analizada reiteradamente en clase por su vigencia y actualidad.

¹⁶ Angel R. Mercado. “El “destape” y el delito de publicaciones obscenas”. L. L. 1984-A-979.

¹⁷ Abel Bonorino Peró. “La obscenidad en el campo del derecho penal argentino”. Rev. Jurídica La Ley, 1980-D-883.

delito como enfermedad, la necesidad de la defensa social y el rol del juez como médico que previene y cura enfermedades.

Si bien el sujeto activo en artículo 128 C.P. estaba bastante individualizado, no ocurría lo mismo con el sujeto pasivo. La víctima podía ser cualquier ciudadano, independientemente de su edad u otro criterio de calificación. Esto constituye una intromisión en el ámbito de libertad individual (art.19 C.N).

No se debe soslayar que este tema es uno de los tabúes sexuales contenidos en el Código Penal Argentino¹⁸ y como dijo el Dr. Guillermo J. Ouviaña¹⁹ “...no debemos suponer que el paulatino progreso de la civilización evitará el regreso de este modelo animista. Por el contrario, suele inesperadamente irrumpir en ciertas situaciones límites o en los desbordes autoritarios del poder. ... no nos debe hacer caer en el error de creer que la institucionalización del tabú es una cuestión privativa de indígenas o de sociedades de escasa interacción cultural.” “Nuestro miedo a la libertad –en términos de Erich Fromm– nos alentará a convivir con un poder que nos dé seguridad, aún a costa de aceptar una protección paternalista, y por lo tanto, racionalmente incontrolable.”²⁰

Este modelo autoritario también se lo puede observar en los criterios de opinión sustentados por la doctrina y muchas veces receptados por los jueces, en torno a que la figura protegía a los miembros de la sociedad del fantasma de la perversión, el libertinaje, la lujuria, la obscenidad y la corrupción de sus miembros es antiquísimo. De hecho, por “corromper” a la juventud fue condenado Sócrates. En cierta forma y como afirma Bauman²¹, esto constituye un aspecto muy “sólido” de nuestra cultura.

Los llamados “delitos de peligro” no son nada nuevo, en los últimos años han proliferado tales figuras. En muchas ocasiones, su creación obedece a las “...falsas percepciones de riesgos...”²² y, desde antaño se ha observado gran temor y la necesidad de ciertos sectores de imponer pautas éticas y morales a cuanto considerasen inmoral o “propio de gente de mal vivir”²³ tanto mediante leyes y edictos policiales. Esto ocurría, incluso muchos años después de su la sanción original del tipo legal y fue muy tratado por la opinión pública la preocupación en los años 80 por llamado “el destape argentino” y sus hipotéticas consecuencias.²⁴ La caracterización de este delito como de peligro abstracto –y por ende, sin necesidad de la configuración de un daño aporta otra dificultad más al problema; pues menos límites tuvieron los justiciables para impedir que se atropellara el ámbito de reserva previsto en el art.19 de la C.N.; y esta es otra característica más que

¹⁸ Edmundo S. Hendler, “*Los tabúes sexuales en el Código Penal Argentino*”. Rev. Doctrina Penal. Año 5, N°18, Abril-Junio 1982. Ed. Depalma. Buenos Aires.

¹⁹ Cuya opinión comparto.

²⁰ Guillermo J. Ouviaña, “*Nuevas bases para una estrategia racional de seguridad*”- Ed. Lerner Editores. Córdoba. Argentina. Septiembre de 1991.

²¹ Bauman, Zygmunt. “*Modernidad líquida*” Ed. Fondo de Cultura Económica. Bs.As. 2003

²² Ouviaña, Guillermo J. Ob.cit.pag.13.

²³ Moreno, Rodolfo. Ob.cit.

²⁴ Ver en tal sentido se explaya Rodolfo Moreno en su obra “*El problema penal*” y Angel Mercado “*El destape*” y *el delito de publicaciones obscenas*”. L.L. 1984. A.pag. 978.

muestra la concordancia del art.128 del C.P, con un modelo autoritario de política criminal.

Esto es una contradicción en sí misma, porque “la sociedad” no tiene sentimientos, no es una persona y tal característica es propia de ésta y menos aún podría tener pudor, por lo que resulta ser, desde mi punto de vista, un razonamiento falaz.

En el año 1999 se dictó la ley 25.087, la cual reformó el art. 128 del Código de fondo. Este quedó inserto dentro del Capítulo III (corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor) del Título III, llamado, a partir de la reforma, “Delitos contra la integridad sexual”.

La elección de la “integridad sexual” como bien jurídico protegido por la ley 25.087 fue tan criticado como el anterior –“la honestidad”- , a pesar de las buenas intenciones manifestadas por los legisladores pues presenta dificultades de ambigüedad, vaguedad y el contenido moral del término²⁵.

En efecto, en la Exposición de Motivos de motivos se manifestó la intención de “...redefinir el bien jurídico protegido, adoptándose el de “integridad sexual” de las personas, dejándose de lado un concepto público de honestidad o la honra de los varones allegados a la víctima. El diputado informante indicaba que “una percepción de las agresiones sexuales acorde con el estado actual de nuestra cultura debe considerar el crimen sexual estrictamente como un injuria a la integridad física y psíquica y a la libre decisión de la víctima, no una injuria a la pureza o castidad de ella, ni al honor de algún varón (como en los antecedentes anteriores). Se expuso además que dichas agresiones en definitiva afectaban la integridad y dignidad de las personas y que a su vez las personas afectadas, las vivían precisamente como atentados a su propia integridad, privacidad e identidad, más allá de que esos delitos afectaran también a sus familiares, tutores o al Estado.”²⁶.

Esto fue advertido por la doctrina, que desde distintos puntos de vista, señaló que “...se advierte una clara tendencia a la defensa de la libertad sexual pero se sigue manteniendo...la idea de una sexualidad debida...y “...si bien el objetivo preponderante de la reforma ha sido la tendencia a suprimir toda defensa ética sexual determinada como bien jurídico a protegerse, tal objetivo no ha sido del todo concretado.”²⁷

En un sentido similar, el profesor Dr. Edgardo A. Donna indica que “a nuestro criterio, el bien jurídico “integridad sexual” no es otra cosa que la libertad sexual de la persona mayor de 18 años, y el libre desarrollo sexual de los menores de edad, teniendo

²⁵ Tal como lo recuerda Carlos M. Russo en su artículo El bien jurídico protegido en los delitos sexuales (ley 25.087) publicado en ED. Enero de 2004: “...con la denominación honestidad, se estaban haciendo referencia al mancillamiento del honor de las mujeres afectadas por dichos delitos, como así también, y por sobre todo al honor y al buen nombre de los esposos o familiares de dichas mujeres víctimas de dichas conductas sexuales”.

²⁶ Russo, Carlos Maria “El bien jurídico protegido en los delitos sexuales (análisis a la luz de la ley 25.087). Publicado en la revista “El Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia”. Ed. El derecho. Año 2004.

²⁷ Pandolfi, Oscar A. “Delitos contra la integridad sexual (ley 25.087). Bs. As. La Rocca. 1999.

en cuenta que nadie puede introducirse en la esfera sexual ajena, sin voluntad de la otra persona, con capacidad para consentir, y menos aún, en quien no lo puede hacer”²⁸.

Por su parte, Creus criticó la elegida designación de los bienes jurídicos protegidos y se mostró partidario de emplear la fórmula de “agresiones sexuales” la cual es semejante a la del código penal francés, pues la palabra “integridad” se refiere a la composición de todas las partes que integran por naturaleza un todo, lo cual traería como referencia al normal ejercicio de la sexualidad y ello no está libre de las circunstancias individuales ni el entorno social²⁹.

A partir de la ley 25.087, el artículo 128 quedó redactado de la siguiente manera: **“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 hiciera manifiesto que en ellas se ha grabado o fotografiado la exhibición de menores de dieciocho años de edad al momento de la creación de la imagen. Será reprimido con prisión de un mes a tres años quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años.”**

Los autores coincidieron en que el bien jurídico protegido por el art. 128 del C.P es “...la protección de los menores de edad ante el mundo de la pornografía”³⁰. En tal sentido, Pandolfi señala que “...la reforma busca atacar el mundialmente difundido problema de la prostitución infantil, tratando de desalentar –mediante penas elevadas– toda actividad que tienda el comercio de imágenes pornográficas, en tanto y en cuanto los objetos sexuales sean menores de 18 años de edad, y liberando –definitivamente– la comercialización del resto del material pornográfico de toda punición penal, salvo el limitado supuesto del art.129”.³¹

Por su parte, los Dres. Baigún y Zaffaroni señalaron que el delito no se trata de la “simple” pornografía, como en la redacción anterior, sino “...en el empleo de menores en composiciones pornográficas, manteniéndose el sentido tradicional de la exhibición pornográfica en el actual inc.3° pero con un sujeto pasivo calificado (debe ser un menor de 14 años). Es cierto... que resulta ser bien jurídico protegido...el normal desarrollo psíquico y sexual del menor...Sin embargo eso no significa que sea el único. La dignidad del menor es ciertamente un bien jurídico que también está protegido y al que se atiende

²⁸ Donna Edgardo Alberto “Delitos contra la integridad sexual”. Segunda edición actualizada. Ed. Rubinzal-Culzoni. Bs.As. pag.14

²⁹ Citado por Baigun David y Zaffaroni Eugenio. Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Ed. Hammburabi.

³⁰ Russo, Carlos Maria “El bien jurídico protegido en los delitos sexuales (análisis a la luz de la ley 25.087). Publicado en la revista “El Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia”. Ed. El derecho. Año 2004

³¹ Pandolfi, Oscar A. Op cit.

cuando se penalizan conductas como la producción, publicación o distribución de imágenes pornográficas en que se exhiben menores.”³²

Otros autores, como Reinaldi sostienen que “La protección se brinda ahora al derecho de los menores de dieciocho años a no ser utilizados en esas producciones o publicaciones o espectáculos con peligro para el normal desarrollo de su personalidad”.³³

La nueva figura acuñada enunció tres modalidades comisivas del injusto penal: la primera es la producción, publicación y difusión de imágenes pornográficas en las que se representen a menores de 18 años. La segunda es la organización de espectáculos pornográficos, castigándose la organización de espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participen menores de esa edad y la distribución de imágenes pornográficas que exhiban a personas menores de 18 años al momento de la creación de la imagen. El tercer y último postulado, es la facilitación de material pornográfico y la facilitación a espectáculos de esa índole a menores de 14 años.

Más allá de las tres hipótesis de comisión del delito, la reforma mejoró la redacción del tipo legal al establecer que la víctima ya no es ni la sociedad ni el pudor público, sino una persona menor de edad que sufre la acción de un tercero.

Empero, a simple vista, se observan dos dificultades, por un lado se repite uno de los problemas originales que siempre mostró el tipo legal: definir lo “pornográfico” y la otra dificultad, es que si bien se individualizó a la víctima (los menores de edad) el problema emergente sería, en su momento, determinar la edad de las mismas con las dificultades probatorias que ello pueda acarrear.³⁴

En definitiva, la sanción de la ley 25.087 muestra, en general, un cambio del paradigma del bien jurídico protegido, pues éste dejó de ser “la honestidad”, reformulándose por la protección de “la integridad sexual”. En efecto, aquel ya no era el llamado “sentimiento de pudor público” sino **la salud psicofísica de los menores de 18 años** que intervengan en las distintas hipótesis normativas, lo cual ponía al tipo legal en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual goza de jerarquía constitucional (art.75 inc.22 C.N).

³² Baigún David y Zaffaroni Eugenio. Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Ed. Hammurabi, pág. 661

³³ Reinaldi, Víctor F. “Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25.087”. Córdoba. Ed. Marcos Lerner. 1999.

³⁴ Imaginemos un momento la situación del fiscal para determinar mediante una imagen si esta corresponde a una persona de 16, 17 o 18 años. Estimo que las dificultades probatorias van a ser muchas, sobretudo porque la difusión de imágenes en internet sobrepasa el espacio y la tecnología actual permite “armar” imágenes digitalmente.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa fue un avance pues se acotó el tipo penal³⁵, no sólo mediante la determinación de sujeto pasivo –menores de edad- sino también porque implicó una mejor descripción de las conductas punibles. Incluso, estimo que, a partir de esta redacción, ya no se trata de un delito de peligro abstracto sino de peligro concreto, lo cual resulta recomendable en pos del afianzamiento del Estado de Derecho.

Así las cosas, las hipótesis de los dos primeros párrafos del art.128 del C.P. constituyen la representación cultural del abuso sexual padecido por un niño cuyos efectos pueden resultar similares a los de un acto de tortura y, más allá de la vulnerabilidad social de la víctima, tanto por su edad como por el implícito estado de indefensión que de ésta se presume, no se debe soslayar el daño físico, psíquico y social que padece y se agrava por la difusión de la injuria sufrida.

En efecto, la publicidad del abuso y de la identidad de la víctima menoscaba sus posibilidades para superar el hecho traumático.

El 4 de junio de 2008 se modificó por última vez el artículo 128 del C.P., -ley 26.388- y quedó redactado del siguiente modo:

“Artículo 128: 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 descritas en el párrafo anterior 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.”

Es evidente, que las últimas dos reformas del art 128 del C.P apuntan a la persecución de un fenómeno globalizado: la explotación sexual infantil y reconocen sus antecedentes tanto en la legislación comparada como así también en la jurisprudencia y

³⁵ El texto anterior decía: “Será reprimido con prisión de 15 días a 1 año, el que publicare, facilitare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y el que los expusiere, distribuyere o hiciera circular”.

en las recomendaciones de organismos internacionales. En efecto, la Corte Suprema estadounidense resolvió "...en el caso "New York c/Ferber" que la pornografía infantil no requería siquiera ser legalmente calificada como obscena antes que prohibida (1982) y Fellini señala que la pornografía infantil equivale a la utilización abusiva del niño y que puede llevar a otras formas de explotación entendiéndose por tal "la representación visual o auditiva de un niño para el placer sexual del usuario y entrafía la producción, la distribución o el uso de ese material".³⁶

La nueva redacción sigue utilizando la palabra "pornográfico" -en último párrafo-, pero, si bien no la especifica, intentaría definirla mediante la frase "...**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**", la cual ha sido tomada del texto del 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.

Por último, y a diferencia de la redacción anterior, plantea la cuestión de la tenencia del material; lo cual también acarrea dificultades propias, aspectos serán tratados en el análisis epistemológico del artículo 128 del C.P.

4.- ANÁLISIS EPISTEMOLÓGICO DEL ART. 128 DEL C.P.

Si bien el art. 128 del C.P. ha sido modificado reiteradamente³⁷, las reformas no resultaron sustanciales y el texto original repuesto por la ley 23.077 fue el que tuvo mayor permanencia hasta el año 1999 en que se sancionó su modificación por medio de la ley 25.087. Por eso, y dado que no existen demasiadas diferencias, se tomara como punto de partida el análisis del art.128 del C.P original y luego lo compararemos con las dos leyes siguientes.

Art. 128 C. P: "Será reprimido con prisión de quince días a un año el que publicare³⁸, fabricare³⁹, reprodujere⁴⁰, expusiere⁴¹, distribuyere⁴² o hiciere circular⁴³ libros⁴⁴ u objetos⁴⁵ obscenos⁴⁶."

³⁶ David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, ob cit.

³⁷ El texto originario de la ley 11.179 (1922) fue modificado en el año 1968 por la ley 17.567; derogado por la ley 20.509 (1973), vigente por la ley 21.338 (1976) y repuesto por la ley 23.077 (año 1984).

³⁸ Según el Diccionario Pequeño Laurouse Ilustrado "Publicar" es: hacer pública una cosa//revelar lo que estaba secreto//Imprimir y poner en venta un escrito//correr las amonestaciones para el matrimonio."

³⁹ Según el Diccionario Pequeño Laurouse Ilustrado "Fabricar" es: " hacer obra por medios mecánicos..."// "Construir...".

⁴⁰ Según el Diccionario Pequeño Laurouse Ilustrado "reproducir" es: "reproducir un cuadro"// "volver a hacer presente: reproducir los mismos argumentos"// "sacar una copia por medio de una máquina de un texto,

Desde el punto de vista epistemológico, se puede observar que las palabras que integran la figura penal tienen significados tan vagos como ambiguos y no faltan algunos términos redundantes, pues un libro también es un objeto, y las acepciones de publicar y exponer son lo mismo; y el término “obsceno” es de tal imprecisión que, con toda razón muchas veces se ha dicho que, ni aún en el contexto con las otras palabras, no logra describir la conducta típica, tal como lo exige el principio de legalidad contenido en el art. 18 de la C.N.

Estos extremos no solo se pueden apreciar en la opinión de los autores, sino también en las de los jueces, quienes intentaron solucionar con afirmaciones dogmáticas las inconsistencias de la ley, y así de justificar las falencias legales apuntadas⁴⁷.

Empero, no se puede soslayar que la ley es un discurso y la sentencia también, sólo que ya no es una abstracción sino la aplicación directa de aquella a un proceso determinado. El problema radica en que cuando el discurso de la ley carece de significado la norma puede resultar, paradójicamente, insignificante, más allá de las mejores intenciones de los operadores políticos. En síntesis, los defectos que padezca la ley resultarán ser los obstáculos concretos a la aplicación del derecho, vulnerándose así la seguridad jurídica, pilar del Estado de Derecho.

En el año 1999 se modificó radicalmente el Título III del C.P. (ley 25.087), el cual trata los delitos relacionados con las agresiones sexuales. La redacción mutó el bien jurídico de la figura en estudio, tal como se adelantara, pero la utilización de términos vagos e imprecisos se mantuvo a pesar de los comentarios de los juristas y doctrinarios.

En efecto, en los dos primeros párrafos del art.128 se protegía a las personas menores de 18 años que sean involucradas en alguna de las hipótesis, las cuales se transcriben, reprimiendo con prisión de seis meses a cuatro años al que: “...produjere o publicare imágenes pornográficas en que se exhibieran menores de dieciocho años, al

escrito, ilustración// “dar una imagen exacta el equivalente: reproducir sonidos”// “...sacar un negativo a partir de una copia positiva”// “perpetuarse por medio de la generación”.

⁴¹ Según el Diccionario Pequeño Laurousse Ilustrado “exponer” es: poner a la vista// poner en un lugar de exposición pública// explicar: exponer un sistema// Poner en peligro: exponer la vida// En fotografía: someter una placa a la acción de la luz.”

⁴² Según el Diccionario Pequeño Laurousse Ilustrado “distribuir” es: repartir// disposición// reparto de actores// difusión de un producto comercial.

⁴³ Según el Diccionario Pequeño Laurousse Ilustrado “circular” es : moverse de un modo continuo, volviendo siempre al punto de partida// pasar de mano en mano// ir y venir//Propagar.

⁴⁴ Según el Diccionario Pequeño Laurousse Ilustrado “libro” es: hojas de papel impresas o en blanco y reunidas en un volumen encuadernado, publicar un libro.// Obra en prosa o verso de cierta extensión // Objeto que instruye//libros de comercio.

⁴⁵ Según el Diccionario Pequeño Laurousse Ilustrado “objeto” es: cualquier cosa que se ofrece a la vista// lo que ocupa el espíritu// Fin o intento// Intención// Asunto// lo que se piensa o se opone al ser pensador o sujeto.

⁴⁶ Según el Diccionario Pequeño Laurousse Ilustrado “obsceno” es: indecente, contrario al pudor// escabroso, licencioso, picante, picaresco, pornográfico, sicalíptico, verde, erótico, impúdico y lujurioso.

⁴⁷ Por ejemplo: Jurisprudencia Argentina, T°11- 1923, pág. 414/415; CNCC S.II, Edgardo H. Marolio La Ley, t. 1987- E. y Musotto, Nestor J. Y otro. J.A. 1987-IV-755.

igual que el que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participen 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 al momento de la creación de la imagen.”

Mientras que en el tercer párrafo se persigue con la pena de: “...prisión de un mes a tres años a quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministre material pornográfico a menores de catorce años....”.

El 24 de junio de 2008 se sancionó la ley 26.388, la cual modificó el instituto. La reforma, mediante el empleo de diez verbos, amplió el abanico de posibilidades delictivas pero, reiterándolas al utilizar varias sinonimias.

A fin de aclarar esto, se ha desarrollado, en la correspondiente nota al pie el significado de los mismos, en función de las definiciones brindadas por el diccionario de la Real Academia Española⁴⁸.

El artículo quedó redactado de la siguiente manera:

“Artículo 128: Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere⁴⁹, financiare⁵⁰, ofreciere⁵¹, comerciare⁵², publicare⁵³, facilitare⁵⁴, divulgare⁵⁵ o distribuyere⁵⁶, por cualquier medio, toda representación de un menor

⁴⁸ www.rae.es

⁴⁹ tr. Engendrar, procrear, criar. Se usa hablando más propiamente de las obras de la naturaleza, y, por ext., de las del entendimiento.2. tr. Dicho de un terreno, de un árbol, etc.: Dar, llevar, rendir fruto.3. tr. Dicho de una cosa: Rentar, redituar interés, utilidad o beneficio anual.4. tr. Procurar, originar, ocasionar.5. tr. Fabricar, elaborar cosas útiles.6. tr. Der. Dicho de una persona: Exhibir, presentar, manifestar a la vista y examen aquellas razones o motivos o las pruebas que pueden apoyar su justicia o el derecho que tiene para su pretensión.7. tr. Econ. Crear cosas o servicios con valor económico.8. prnl. Explicarse, darse a entender por medio de la palabra.

⁵⁰ 1. tr. Aportar el dinero necesario para una empresa.2. tr. Sufragar los gastos de una actividad, de una obra

⁵¹ 1. tr. Comprometerse a dar, hacer o decir algo.2. tr. Presentar y dar voluntariamente algo. Ofrecer dones a los santos. Ofrecer ayuda a los damnificados.3. tr. Manifestar y poner patente algo para que todos lo vean.4. tr. Presentar, manifestar, implicar. El proyecto ofrece algunas dificultades.5. tr. Dicho de una cosa: Mostrar determinado aspecto.6. tr. Dedicar o consagrar a Dios o a un santo la obra buena que se hace o el daño que se recibe o padece.7. tr. Dar una limosna, dedicándola a Dios en la misa o en otras funciones religiosas.8. tr. Decir o exponer qué cantidad se está dispuesto a pagar por algo.9. tr. coloq. Entrar a beber en la taberna.10. prnl. Dicho de una cosa: Venirse impensadamente a la imaginación.11. prnl. Ocurrir o sobrevenir.12. prnl. Entregarse voluntariamente a alguien para ejecutar algo.13. prnl. Desear, apetecer

⁵² 1. intr. Negociar comprando y vendiendo o permutando géneros.2. intr. desus. Dicho de una persona: Tener trato y comunicación con otra.

⁵³ tr. Hacer notorio o patente, por televisión, radio, periódicos o por otros medios, algo que se quiere hacer llegar a noticia de todos.2. tr. Hacer patente y manifiesto al público algo. Publicar la sentencia.3. tr. Revelar o decir lo que estaba secreto u oculto y se debía callar.4. tr. Correr las amonestaciones para el matrimonio y las órdenes sagradas.5. tr. Difundir por medio de la imprenta o de otro procedimiento cualquiera un escrito, una estampa

⁵⁴ 1. tr. Hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin.2. tr. Proporcionar o entregar.

⁵⁵ 1. tr. Publicar, extender, poner al alcance del público algo.

⁵⁶ 1. tr. Dividir algo entre varias personas, designando lo que a cada una corresponde, según voluntad, conveniencia, regla o derecho.2. tr. Dar a algo su oportuna colocación o el destino conveniente. 3. tr. Com.

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 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.”

En esta última redacción también se observan problemas semejantes a las anteriores como así también nuevas dificultades; porque el acto de **producir** también implica **registrar** en algún tipo de soporte (papel, film, etc). Una situación semejante se observa con las palabras **financiar** y **facilitar** ya sea dinero o cosas mientras que las restantes acciones, tienen que ver con que el producto sea conocido: **publicar, divulgar, distribuir, ofrecer la representación y comerciar** con ella. Además, **facilitar** y **suministrar** son sinónimos, cuyos alcances también abarcan al tercer párrafo.

En cuanto a la organización de espectáculos en vivo esta sería la organización de los mismos, independientemente de la cantidad de personas para la que estarían destinados. Empero a diferencia de la ley anterior, ya no estamos ante una reproducción porque la representación es, valga la redundancia, **“en vivo”**.

Téngase presente que, la expresión “...toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales” no es muy clara, porque la palabra “representación”⁵⁷ tiene diversos significados.

Sin perjuicio de ello, no se deben soslayar las dificultades probatorias para la individualización de la víctima, sobre todo en el caso de la manipulación de imágenes mediante la utilización de la tecnología; pues si no se llegara a individualizarla, no se podrá determinar ni quien es el sujeto pasivo ni el perjuicio que ha sufrido; y por lo tanto no se podrá probar la afectación del bien jurídico protegido.

Por ello, considero adecuado dividir la norma en tantas partes como sea posible, para luego ir analizándolos y desarrollando, paso a paso, alguna solución viable y, considero oportuno investigar:

Entregar una mercancía a los vendedores y consumidores.4. tr. Impr. Deshacer los moldes, repartiendo las letras en los cajetines respectivos

⁵⁷ 1. f. Acción y efecto de representar. 2. f. Figura, imagen o idea que sustituye a la realidad. 3.- . f. Cosa que representa otra.4.- Obra dramática.

- A) Análisis de la palabra “pornografía”.
- B) Individualizar las conductas abarcadas por el artículo 128 del C.P:
- C) La víctima.
- D) La tenencia.
- E) Tratamiento de una posible solución.

A) Análisis de la palabra “pornografía”.

Una primera lectura de la redacción del art. 128 del C.P., permite advertir que más allá de las sucesivas reformas, se mantuvo la reiterada falencia de las anteriores redacciones: se sustituyó la palabra “obsceno” por “pornografía” o “pornográfico” y estos términos son sinónimos. Por lo tanto, si se utilizan para describir conductas se puede caer en definiciones tan circulares como carentes de contenido.

Esto tiene una gran repercusión jurídica, pues implica el incumplimiento de una de las exigencias básicas del principio de legalidad (art.18 C.N); o sea, la orfandad descriptiva de la conducta perseguida penalmente. Quizás, por esta razón, los legisladores trataron de solucionarla haciendo una norma basada en ejemplos de lo que podría ser el “soporte” de lo obsceno o lo pornográfico: “imágenes ya sean fotografiadas o grabadas”, “espectáculos en vivo”, “...espectáculos pornográficos...”, “...material pornográfico...”.

Sobre esta cuestión, vale la pena recordar que no es casual que el hombre sea el único animal que le pone nombre a las cosas, pues construye su mundo a partir de la palabra, e incluso, crea su realidad a partir de la descripción oral de la misma.

El derecho es un producto cultural instituido por el ser humano y la ley está en el orden del discurso. Justamente, por eso, mal se puede perseguir penalmente aquello que no se logra describir con palabras. He ahí el problema de una norma basada en sinonimias que conducen a la ausencia para la descripción de la acción; y tal orfandad no se puede ni se debe, por lo motivos ya expuestos, completar con ejemplos: “libros”, “objetos”, “imágenes ya sean fotografiadas o grabadas”, “espectáculos en vivo”, “...espectáculos pornográficos...”, “...material pornográfico...”.

Por lo tanto, creo que un primer paso para intentar resolver el problema sería empezar por una pregunta: ¿qué es la pornografía?

Sabemos que todo lo que crea el hombre son objetos culturales. El ser humano crea la cultura.

Desde este principio, no podemos negar que los libros, las imágenes, los espectáculos, las leyes, etc; son productos culturales, más allá de la tecnología empleada

en su construcción y son representativos de la capacidad creativa de nuestra especie, los sentimientos de las personas, el particular modo que tiene el individuo para representar tanto su realidad interna como la externa y de sobrellevar las dificultades de su existencia⁵⁸.

Obviamente, la pornografía también es una creación humana. O sea, un objeto o manifestación cultural de índole sexual y puede estar expresada tanto en libros, imágenes, revistas, etc, como así también en manifestaciones culturales (“espectáculos pornográficos”, “espectáculos en vivo”, tal como enuncia la norma en análisis).

De hecho, la pornografía ha existido en todas las épocas⁵⁹; y es y será, más allá de las diferentes culturas e incluso la evolución tecnológica del ser humano, otra creación más de éste y, por cierto, muy vinculada con las costumbres morales de cada época, las cuales suelen ser volubles, según el momento histórico de una sociedad⁶⁰.

Tan es así, que lo que antes era considerado obsceno o pornográfico, hoy no lo es. Por ejemplo: En la sociedad occidental de principios de 1900 era escandalosamente obsceno (o sea, pornográfico) que una mujer mostrara los tobillos. En cambio, en la década de 1960 estaba de moda la minifalda y en pleno auge el amor libre.

La versatilidad de las costumbres sexuales, en cada tiempo y sociedad, es un factor que no se debe olvidar al momento de redactar una norma penal que las involucre, pues ésta tiene mayor permanencia y rigidez que aquellas⁶¹. Además, todas las obras del hombre son el resultado de su capacidad creativa, ya sea para generar nuevos elementos como para perfeccionar los existentes, a lo cual no son ajenos ni el conocimiento científico ni el desarrollo tecnológico. La dinámica de esta habilidad es diametralmente opuesta a la permanencia de la ley (como se anticipara, otro producto cultural más del ser humano).

En síntesis, los cambios que experimenta una sociedad, en relación a las costumbres (sean o no sexuales) sumado a la celeridad de la evolución tecnológica (sobre todo a nivel de los medios masivos de comunicación), son elementos que no deben ser perdidos de vista si se pretende construir una norma que se mantenga vigente, más allá del momento histórico de su redacción y el de su aplicación, lo cual sería mi humilde intención.

Quizás, por todos estos motivos, una primera aproximación a la definición de pornografía como “manifestación cultural de índole sexual”, sea la más acorde a su

⁵⁸ Por ejemplo, en las cuevas de Altamira existen representaciones pictóricas de escenas de cacería en las que intervenían sus habitantes –o sea, el esfuerzo para sobrevivir en un medio hostil-; en una novela se expresan romances, pasiones, intrigas e incluso costumbres y modalidades de la época

⁵⁹ Ejemplo de esto son algunos murales que lucen las ruinas de los burdeles de Pompeya

⁶⁰ Por ejemplo, en la sociedad argentina de 1920 era inimaginable el desarrollo de la internet, su alcance y repercusión social.

⁶¹ Incluso no se debe soslayar que, quizás dentro de unas décadas, resulte absurdo perseguir penalmente una conducta dado el hipotético cambio de los paradigmas morales vigentes en torno a la sexualidad y la revolución tecnológica.

propia naturaleza. Además tiene la adaptabilidad suficiente para sostenerse más allá de los cambios culturales y la continua evolución tecnológica, ya sean los existentes como los por venir.

B) Individualización las conductas abarcadas por el artículo 128 del C.P.

Desde la reforma del año 1999, la pornografía no tiene repercusión penal; siempre y cuando, no participen menores de edad. Esto tendría su razón de ser, según las palabras del miembro informante de la Cámara de Diputados de la Nación, Dr. Cafferata Nores en que: “El objetivo primario de la incriminación es reprimir la explotación de niños en la producción de imágenes pornográficas.”. “Este precepto normativo también amplió la incriminación a fin de abarcar actos pornográficos que no son filmados, grabados o fotografiados, sino directamente actuados en vivo, a modo de espectáculo”⁶².

Los motivos expuestos por el Dr. Cafferata Nores concuerdan con los postulados de la Convención de los Derechos del Niño y las formulaciones del Protocolo Facultativo de dicha convención, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía.

Más allá de lo mencionado, no debemos soslayar que, un primer análisis del artículo 128 C.P permite advertir que estamos ante dos géneros de conductas distintas, tanto por las características de los hechos, el tipo de intervención del menor y la diferencia de edades establecidas en cada una de las hipótesis y por ende, serán tratados separadamente:

La primera, está desarrollada en los dos párrafos iniciales del artículo mencionado, y se reprime penalmente la intervención de menores de 18 años en manifestaciones culturales de índole sexual (o sea, los llamados “actos pornográficos” o “pornografía infanto-juvenil”).

Empero, no se debe olvidar que todo objeto o manifestación cultural es representativo de diversos aspectos del ser humano: la percepción de su entorno, sus sentimientos, sus preocupaciones, sus deseos, sus necesidades, etc.; y a dicha característica no resultan ajenos ni los objetos ni las manifestaciones culturales de índole sexual en las cuales intervengan niños o adolescentes (en palabras de la ley, menores de 18 años); los cuales constituyen la representación social de la paidofilia; es decir, la atracción sexual que siente un adulto por, valga la redundancia, los niños y los adolescentes.

⁶² “Antecedentes parlamentarios” , nº5, p. 1616.

Desde el punto de vista psiquiátrico, "...El DSM IV (Manual de Transtornos y Estadísticos Mentales) ⁶³ define la parafilia como un impulso recurrente, urgente a excitarse con fantasías o acciones que involucran: 1. Objetos no humanos; 2. Sufrir o inferir humillación o daño a uno mismo o a su pareja sexual; 3. Dirigirse a niños o a personas que no consienten esta conducta. Debe existir a lo menos por 6 meses, en forma permanente o episódica y se sitúa claramente fuera de las prácticas sexuales socialmente aceptadas, llamadas antiguamente perversiones sexuales, hoy parafilias.

La parafilia, palabra formada por el prefijo para (al lado de o anormal) y philia (amor), ocasiona riesgos y sufrimientos a quien la realiza y daña severamente al otro afectado, especialmente cuando es un niño. La mayoría de las parafilias ocurren en hombres, con excepción del masoquismo, existiendo varios tipos: exhibicionismo, voyeurismo, fetichismo, travestismo, sadismo, masoquismo, pedofilia, etc.

La pedofilia es una parafilia en la que hay una atracción sexual intensa, urgente, recurrente, por los niños, existiendo casi exclusivamente apetito sexual y excitación incontrolables por los menores de 13 años. El pedofilico utiliza la seducción, violencia (incluyendo violación y riesgo de muerte), remunerar al menor para conseguir aceptación, induciendo incluso a la drogadicción y alcoholismo. Su curso puede ser permanente, manteniendo contactos con una o varias víctimas, o presentar períodos de abstinencia con episodios pedofílicos. Desde el punto de vista de la etiología de la enfermedad se han invocado predisposiciones psicopatológicas, ya que existen antecedentes de violencia familiar, abuso sexual en su infancia, abuso de drogas, etc.

Los psiquiatras han buscado interpretaciones en modelos psicofisiológicos obsesivos, compulsivos, adictivos. Se ha planteado una alteración neuroendocrina como base del cuadro, ya que en algunos casos se ha vinculado su aparición con daños orgánicos cerebrales que afectan al hipotálamo o al sistema límbico; sin embargo, las mediciones de testosterona no han mostrado diferencias con la población general. Diagnóstico: La evaluación psicológica busca demostrar esta atracción sexual anormal hacia los niños y la racionalización de esta conducta, justificándola como que el niño deseaba placer sexual, amor, etc."⁶⁴

En definitiva, la paidofilia (o pedofilia), es una variable más de los abusos sexuales que puede sufrir un ser humano en las dos primeras etapas de su vida (concretamente en la niñez y en la adolescencia) y, ya es una conducta contemplada en las distintas hipótesis del art. 119 del C.P.

⁶³ Dr. Pichot, Pierre, Juan J. Lopez Ibor Aliño (Cordinador De La Edicion Española) Y Manuel Valdes Miyar. DSM IV Criterios Diagnosticos. Año 1995 Editorial Mason SA Barcelona, Madrid Paris- Milano Bs As Rio De Janeiro.

⁶⁴ Dr. Enzo Devoto C, Dra. Lucía Aravena C. "Pedofilia. Un punto de vista endocrinológico, Revista médica de Chile. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872003001200017&lng=es&nrm=iso>).

Desde esta óptica, podríamos definir a la comúnmente llamada “pornografía” infanto-juvenil, como la manifestación cultural de la paidofilia, o sea un abuso sexual específico, el cual tiene a simple vista, un efecto agravante: la divulgación del ultraje sexual y su vinculación con otras figuras penales.

No se debe olvidar que en nuestra sociedad de consumo sólo promueve la creación de objetos que serán consumidos, al título que sea, pero siempre consumidos y si no se verifica su adquisición, suele ocurrir que no se los produzca. En síntesis, no se elabora aquello que no se “consume”.

En pocas palabras, los objetos y las manifestaciones de índole sexual en las cuales intervengan menores de edad no sólo son representativas de un abuso sexual (la paidofilia) sino que además se crean para ser adquiridas; pues de lo contrario, ya no existiría ni la razón ni el estímulo social imprescindible para su realización.

Desde este punto de vista, la reforma instaurada en el año 2008 que prevé la creación de “...representaciones de un menor...” mediante el uso de recursos tecnológicos está mostrando su consonancia con el avance de la informática y la utilización de la red mundial de información (internet), para superar los aspectos pétreos que tiene toda norma en relación a la permanente evolución de otros aspectos de la cultura, como lo es la tecnología.

En efecto, según comenta Álvaro E. Crespo “...internet (International Network of Computers) constituye el fenómeno más importante de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, pero que presenta un fuerte lado negativo, representado principalmente por el tráfico de imágenes de prostitución infantil La necesidad de establecer normas que repriman penalmente este tipo de conductas surge, pues, del avance del contenido pornográfico infantil en internet..., y, por otro lado, de la adopción de instrumentos internacionales por nuestro país”⁶⁵.

Por eso, se advierte que la última reforma del artículo tuvo, entre otros objetivos, regular la utilización de la utilización de las herramientas informáticas (en adelante, TIC’S) como medio para la comisión de las hipótesis previstas y evitar así, la atipicidad de la conducta. También, trata de evitar el superlativo incremento de la llamada ciberpornografía infantil mediante la utilización de las llamadas TIC’S.

⁶⁵ Crespo, Alvaro E. “La pornografía infantil en el marco de los delitos informáticos y del llamado “derecho penal de las sociedades de riesgo”. *Cuestiones problemáticas*”. Publicado en < <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=41,689,0,0,1,0>>

En cambio, en la segunda hipótesis (tercer párrafo del art. 128 C.P.) se persigue la facilitación a un menor de 14 años de material pornográfico, e incluso el acceso a espectáculos de dicha índole.

La naturaleza de estas conductas es diferente a las de los dos párrafos anteriores, pues ya no es el menor quien interviene directamente en una manifestación cultural representativa de un abuso sexual, exponiendo su cuerpo y su identidad; sino que participa como lector o espectador de objetos o espectáculos culturales de índole sexual.

Evidentemente, ésta la situación es muy distinta a las anteriores del mismo artículo y convendría evaluar su lesividad teniendo en consideración las etapas vitales del ser humano en el período legal planteado (desde el primer día de vida hasta los 14 años); pues pueden implicar distintas repercusiones para la víctima según su edad cronológica.

Teniéndose en consideración todos estos conceptos, resulta imprescindible analizar las consecuencias nocivas de cada uno de los supuestos establecidos por el art. 128 C.P para la salud y el normal desarrollo psicofísico del menor como así también su capacidad de discernimiento.

C) La víctima

Una primera lectura del Título III del C.P. nos permite advertir que el catálogo punitivo agrava las penas en aquellos delitos en los cuales la víctima es, salvo casos específicos, un menor de 18 años; pues el Poder Legislativo reconoció la labilidad del menor de edad para defenderse de una injuria sexual, criterio que, desde mi punto de vista, resulta coherente con la realidad del ser humano y que se encuentra reflejada en los tratados internacionales ya suscriptos por la Nación, los cuales tienen rango de garantía constitucional.

La determinación del menor de edad como víctima fue ratificada posteriormente por la ley 26.388 y su protección resulta razonable (art.1° de la C.N), pues su juventud permite presumir tanto la ausencia de consentimiento válido para desarrollarlas como así también la menor capacidad de defensa –que sí tiene un adulto- frente a una agresión, sea de la índole que sea; pero que además, por su difusión pública posterior detenta efectos que trascienden al tiempo y al lugar de la misma, potencializando así la injuria que sufre el menor e incluso su entorno familiar.

Esto resulta ser una presunción iure et de iure, acerca de la inexistencia de un consentimiento válido para tales prácticas. En tal sentido son ilustrativas las palabras de Roxin, quien sostiene que la difusión de pornografía si son realizadas por personas adultas y con acuerdo recíproco entre las mismas no menoscaban derechos individuales ni bienes en el sentido de estados vulnerables, protegibles y valiosos. En ellas falta una

“real causalidad lesiva”.⁶⁶. Empero, la situación resulta ser diametralmente opuesta cuando se trata de menores de edad, porque ya se verifica la causalidad lesiva.

Más allá de lo mencionado, se observa la presencia de una falencia en el tipo legal y es que no preveía la protección hacia los incapaces que también podrían resultar ser víctimas del delito y, a mi modo de ver, esto es una laguna que se mantiene luego de la última reforma del artículo (ley 26.388).

Por otra parte, ninguno de los últimos cambios legislativos tuvo en cuenta la participación de ascendientes, tutores o guardadores en la perpetración del injusto penal, como agravante del mismo.

Párrafo aparte merecen las consideraciones en torno a las distintas consecuencias jurídicas previstas por el tipo legal, o sea la magnitud de la pena con se reprime la conducta, según sea la víctima menor de 18 o 14 años y las circunstancias en que se desarrolló la agresión.

Sobre este tópico cabe aclarar que la diversidad de las conductas descriptas y su hipotética repercusión según la edad del sujeto pasivo, ameritan analizar la duración estimativa, de cada período vital que atraviesa el sujeto desde su nacimiento hasta la adultez, o sea la duración de la infancia, y de la adolescencia; para así evaluar la respuesta penal que podría tener el agresor sexual, en función del daño producido a la víctima. Incluso, resultaría conveniente uniformar el criterio acerca de la edad de quienes resulten víctimas de una agresión sexual pero eso excede el objeto del presente trabajo.

A esos fines resulta ilustrativos los conceptos del Dr. Fernando Ugarte, médico pediatra, quien explica que no se debe olvidar que desde el punto de vista médico “...el crecimiento y el desarrollo del ser humano representan en la escala biológica un caso muy particular, pues mientras en la mayor parte de los animales, el período en llegar a la adultez es mínimo en comparación con la vida total del individuo, en el hombre se prolonga casi en la tercera parte de su existencia. Por ese hecho, el ser humano, dada su prolongada infancia, es más susceptible de alterar su crecimiento y desarrollo, y como consecuencia se desprende porque deben extremar los cuidados para que aquéllos no se perjudiquen.” y que “... el niño es un individuo que se comporta como un ser somato-psico-intelectual y... comprende...el período más importante del individuo, los momentos evolutivos del ser humano que lo llevan a la edad adulta. El niño, desde su nacimiento es un ser en continuo crecimiento y desarrollo. La división en períodos evolutivos es, por lo tanto, más artificial que real, dado que estos carecen de verdaderos límites; pero como en sus progresivas etapas de la vida presenta caracteres fisiopatológicos distintos, es conveniente mantener dichos períodos. En esta clasificación podemos observar que la

⁶⁶ Roxin, Derecho Penal. Parte General. Civitas, Reimpresión de la 1° edición,. Madrid 1999. T°.I. Pags.52 y 53.

división se fundamenta en la primera infancia por el aspecto nutritivo y en la segunda infancia por el pedagógico y endócrino.”⁶⁷.

Según el autor, se considera primera infancia, desde el día del nacimiento hasta los 3 años. La segunda infancia es desde los 3 a los 14 años. Empero, dentro de esta denominación se reconoce el período prepúber (mujeres entre los 10 y 12 años y los varones entre los 12 y los 14 años), el cual se caracteriza por la predominancia del desarrollo de las glándulas sexuales y desde el punto de vista psicológico implica el comienzo de la adolescencia.

Por último, el período de la pubertad, es decir el desarrollo sexual (en las niñas suele producirse entre los 12 y los 14 años y en los varones entre los 14 y los 16 años).

Desde el punto de vista psicológico, “La adolescencia no es sólo una etapa de grandes cambios biológicos, sino una oportunidad sin paralelo para el logro de la madurez y los objetivos de la edad adulta, en el terreno psicológico y social”. En tal sentido, Freud reconoció que “... el rol de los aspectos biológicos de la personalidad (instintos sexuales y agresivos). Los conceptos de represión, fijación, regresión y otros mecanismos que... analiza exhaustivamente, permiten comprender la problemática adolescente en sus aspectos fundamentales. Agresión y sexualidad se tornan imperiosas y generan culpa, angustia, inseguridad, ambivalencia. La búsqueda y consolidación del rol sexual por un lado y las fijaciones y tendencias regresivas por el otro, embarcan al adolescente en una serie de ensayos auto eróticos, homosexuales, heterosexuales y perversos, en función de las experiencias previas ocurridas no sólo en la realidad, sino también en la fantasía; este último aspecto es nuevo y de trascendental importancia en la teoría psicoanalítica. Dentro de un mosaico altamente conflictivo, el yo durante la adolescencia, busca su consolidación y madurez, no en el estilo de un ensamblaje simple sino como integración y expansión permanentes.”⁶⁸.

En pocas palabras, el sujeto experimenta a partir de la pre pubertad, el inicio de su adolescencia y con ella, una de las mayores metamorfosis de su vida, la cual comprende un complejo fenómeno de sucesos físicos y psíquicos. A dicha situación no resultan ajenos los actos vinculados con la esfera más íntima del ser humano: el ejercicio de su sexualidad. Más aún, si se tiene en cuenta que la persona vive a partir de su desarrollo, la paradoja de ser fisiológicamente apta, para ejercerla activamente e incluso reproducirse, pero esto no implica que tenga la madurez psicológica suficiente para enfrentar las consecuencias que aquella le puede acarrear (embarazo indeseado, enfermedades de transmisión sexual, experiencias traumáticas, etc).

⁶⁷ Ugarte, Fernando. “Manual de medicina infantil”, Edición: 2a ed. Editorial Lopez Libreros. Buenos Aires, 1965

⁶⁸ Guillermo Vidal, Hugo Bleichman y Raúl J. Usandivaras, “Enciclopedia de Psiquiatría, “Adolescencia” por Fernando Samanez Concha, Página 7 y sgtes. Editorial “El Ateneo”. Bs. As. 1987

Según la medicina y la psicología, la niñez y la adolescencia son las etapas evolutivas más importantes del ser humano y abarcan, aproximadamente, los primeros 18 años de su vida. Justamente ése es el motivo por el cual, el menor requiere una adecuada protección y contención para adquirir la madurez necesaria, y así lograr desempeñarse en la vida en igualdad de condiciones que los demás adultos.

La inmadurez del menor de 18 años como así también la consecuente desigualdad de condiciones en comparación a un adulto, es una realidad reconocida explícitamente en algunos de los tipos penales acuñados en el Título III del C.P, y más allá de las distintas denominaciones de aquellos y los bienes jurídicos protegidos, resulta evidente, que las conductas que se describen tienen un patrón en común: son susceptibles de ser calificadas como abusivas hacia un menor de 18 años pues éste no tiene la discernimiento de un adulto para dar un consentimiento válido.

Tan es así, que el art. 125 del C.P (promoción y facilitación de la prostitución o corrupción de menores) no le otorga validez alguna al consentimiento dado por un menor de 18 años; mientras que en el caso particular del art. 120 del mismo cuerpo legal, se reconoce la hipótesis de que una persona adulta podría aprovecharse sexualmente de un menor "...en razón de la mayoría de edad...".

A esta altura del trabajo, podríamos afirmar que ningún menor de 18 años tiene la madurez suficiente, ni para evaluar, ni para consentir, su participación en un hecho cultural de índole sexual representativo de la paidofilia (o sea, la pornografía infanto-juvenil) y mucho menos sopesar las consecuencias que le pueden acarrear a su salud y su normal desarrollo psicofísico.

Tampoco no se debe olvidar, que este abuso sexual es sólo una faz de la denominada explotación sexual comercial infantil, la cual se verifica porque hay adultos que la practican y las víctimas del abuso y la explotación sexual comercial sufren el más alto grado de vulnerabilidad social, familiar y personal.

Esta situación ya fue definida por la Convención sobre los Derechos del Niño como "...la relación de poder ejercida por todos aquellos que abusan de los cuerpos de los niños, niñas y adolescentes, obteniendo provecho de su comercialización para prácticas sexuales. La clandestinidad en la que se desenvuelve la explotación sexual de los niños y niñas.... Los daños físicos y psicológicos infringidos por la explotación sexual con fines comerciales la convierten en una de las formas más abusivas y aberrantes del trabajo infantil. Los niños y niñas envueltos en las redes de la prostitución deben afrontar diariamente graves riesgos para su salud, entre ellos el VIH y las enfermedades de transmisión sexual, los embarazos no deseados y la adicción a los estupefacientes. Las investigaciones han indicado, de forma sistemática, que los abusos infantiles y el incesto son precursores comunes de la explotación sexual comercial de los niños. Además de

quienes pagan por las relaciones sexuales, existen también traficantes e intermediarios que se benefician con ello, sin dejar de mencionar los viajes turísticos con fines sexuales“

69

Esta realidad nos muestra que la hipótesis contemplada en los dos primeros párrafos del art.128 C.P. no sólo está relacionada con la paidofilia, sino también con la prostitución y el tráfico de menores, como así también, el llamado “turismo sexual”.

Nuestro país, al igual que otros del planeta, no es ajeno a esta realidad. Es más, en la “Declaración de Presidentes del MERCOSUR, sobre Erradicación del Trabajo Infantil“ realizada en Buenos Aires el 5 de julio de 2002 se reconoció que en la ciudad de Puerto Iguazú se verificaba la explotación sexual de menores de 18 años. Por lo tanto, no puede haber duda alguna acerca de la razonabilidad de la primera conjetura (1ª y 2da. Párrafos) ni del evidente perjuicio que implica para la salud de una persona menor de edad, sea sometida a un abuso sexual y que éste es publicado e incluso suele ser comercializado.

En cuanto a la tercera hipótesis del art. 128 del C.P, en primer lugar porque el sujeto experimenta desde el nacimiento hasta los 14 años diversos períodos evolutivos, por lo que la conducta descrita (“...prisión de un mes a tres años a quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministre material pornográfico a menores de catorce años....”) puede ser nociva, tanto en la primera infancia como en la segunda infancia hasta el comienzo de la adolescencia, o sea la prepubertad; pues la situación representada en un objeto o en un espectáculo de índole sexual no puede ser elaborada psicológicamente por un niño.

Incluso suele ser el preámbulo de un abuso sexual, por lo que concuerda con el criterio legal adoptado.

D) La tenencia

A fin de iniciar el tratamiento del tema, vale la pena recordar que el verbo “tener”⁷⁰ no implica ni una acción ni una omisión, salvo que ese “tener” sea con la intención de

⁶⁹ Protocolo realizado en el marco referencial de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada en 1990 por Ley N° 23.849 y jerarquizada a nivel Constitucional con la reforma de 1994, -art. 75, inc.22 de la C.N.

⁷⁰ Según la Real Academia Española el verbo tener significa: 1.-Asir o mantener asido algo.2. tr. poseer (□ tener en su poder). 3. tr. mantener (□ sostener). U. t. c. prnl.4. tr. Contener o comprender en sí.5. tr. dominar (□ sujetar).6. tr. guardar (□ cumplir). Tener la palabra, la promesa7. tr. hospedar (□ recibir huéspedes).8. tr. Estar en precisión de hacer algo u ocuparse en ello. Tener clase Tener junta9. tr. Juzgar, reputar, considerar. Tener a alguien POR rico. Tener A gala, A honra algo. U. t. c. prnl. Tenerse POR sabio10. tr. Estimar, apreciar. Tener EN POCO, EN MUCHO. U. t. c. prnl.11. tr. Emplear, pasar algún espacio de tiempo en un lugar o sitio, o de cierta manera. Tener las vacaciones en Barcelona Tener un día aburrido12. tr. experimentar. Tener cuidado, vergüenza, miedo, hambre, calor, nervios13. tr. Profesar o sentir cierta actitud hacia alguien o algo. Tener cariño, odio14. tr. U., con los nombres que significan tiempo, para expresar la duración o edad de las cosas o personas de que se habla. Tener años Tener días15. tr. U. como auxiliar con participio conjugado, haber. Te tengo dicho que no salgas16. tr. Denota la necesidad, precisión o

realizar otra acción, o sea, que se tenga para algo. La ausencia del elemento volitivo, acarrea, desde mi punto de vista, la atipicidad de la conducta por la orfandad de acción u omisión alguna, encontrándose amparado por el principio de reserva (art. 19 C.N).

En tal sentido, resulta ilustrativa la descripción formulada por Ariel Lijo, quien manifestó en su artículo...que "... el legislador en lugar de acudir al modelo de mandatos imperativos -delitos de omisión- o mandatos prohibitivos -delitos de comisión- adscribe una pena a quien simplemente tiene; y tiene, por ejemplo, las cosas del lugar, quien permanece en la casa cuando el dueño la abandona, aunque más no sea por unas horas. Quien repara un arma, la tiene. Todo parecería indicar, entonces, que aunque con estos tipos penales se haya querido señalar conductas (evitables) como hacer o no hacer algo, y no una relación eminentemente física entre una persona y un objeto, la formulación es deficiente."

Por su parte, Francisco Muñoz Conde señala diversas dificultades acerca de esta problemática tan similar con la posesión de drogas pues se "... ha creado nuevos tipos penales en relación con este tema, penalizando la posesión, "para su propio uso", de material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizados menores de edad..., o la producción o difusión de material pornográfico "en el que no habiendo sido utilizados directamente.... En el primer caso, se penaliza ciertamente un favorecimiento indirecto de la pornografía con menores, en la medida en que el consumidor de la misma, aunque sólo la obtenga para su propio uso, está fomentando que la misma se lleve a cabo; pero el precepto, igual que otras conductas meramente posesorias para el propio consumo como la de drogas ilegales, está criminalizando ex post a alguien que directamente ex ante no ha participado en el delito de utilización de menores o incapaces en la elaboración de material pornográfico. En el segundo, se llega incluso más lejos, pues ni siquiera se exige la utilización directa del menor, sino que basta la utilización de imágenes virtuales sin ninguna base real ¿No estamos aquí de nuevo ante un "Derecho penal de autor" que penaliza la tendencia pederasta como tal, aún sin traducirse en actos que incidan directamente en el menor o incapaz? Por lo demás, objeción común a ambos preceptos es la posible lesión del derecho fundamental a la intimidad y las dificultades de prueba que para la persecución de los mismos se pueden dar: ¿Bastará la sospecha de que alguien tiene este tipo de material en casa, incluso para uso privado, para justificar una orden judicial de allanamiento y registro? ¿Qué cantidad se considerará que excede del simple uso y constituye ya posesión para el tráfico?".⁷¹

determinación de hacer lo que el verbo pospuesto significa. Tendré que salir¹⁷. tr. p. us. Detener, parar. U. t. c. prnl.¹⁸. tr. ant. Guardar, cuidar, defender algo.¹⁹. intr. Dicho de una persona: Ser rica y adinerada.²⁰. prnl. Dicho de una persona: Afirmarse o asegurarse para no caer.²¹. prnl. Dicho de un cuerpo: Hacer asiento sobre otro.²². prnl. Resistir o hacer oposición a alguien en una riña o una pelea.²³. prnl. Atenerse, adherirse, estar por alguien o por algo.²⁴. prnl. desus. Detenerse.

⁷¹ Lijo, Ariel O. "Los delitos de tenencia. O el tótem normativo al que se recurre para prohibir con tipos penales constitutivos". Publicado en www.eldial.com.ar, 19/3/2009.

Según, Alvaro E. Crespo en el dictamen del Senado "...No se consideró conveniente reprimir con la misma pena a quien distribuya representaciones de las descritas en el párrafo anterior como a quien las tenga en su poder, ya que son ilícitos de diferente peligrosidad". De esta forma, se ha buscado penalizar de manera diferente conductas de distinta gravedad, de acuerdo al principio de proporcionalidad en sentido abstracto, entendido como el adecuado equilibrio entre la amenaza penal y el daño social del hecho (concepto vinculado a la índole del bien jurídico lesionado o amenazado). Además, se agregó un requisito más a la tenencia para penalizar sólo aquella que tenga fines inequívocos de comercialización o distribución. A nuestro modo de ver, tal modificación implica que el legislador no ha caído en la tentación de expandir indebidamente la intervención penal sobre conductas que no causan lesión alguna al bien jurídico que protege la figura. Se respetan, de esta manera, los principios de mínima intervención y de lesividad propios de un derecho penal liberal"⁷².

Comparto el criterio del Dr. Crespo, además, que al establecerse que si tal tenencia es para la difusión del producto, sea a título oneroso o gratuito; se soluciona la problemática planteada pues en definitiva la divulgación de aquel profundiza los efectos lesivos sobre la salud psicofísica y social de la víctima, trascendiendo así la esfera de reserva amparada por el art.19 de la C. N.⁷³

Aún así, resulta obvio que nadie puede tener una "representación en vivo".

E) Tratamiento de una posible solución:

Tal como se anticipara, no caben dudas de la razonabilidad de la primer conjetura (1ª y 2do. Párrafos). Asimismo, debemos tener en cuenta que la ley, debe ser confeccionada para la generalidad de la población. Empero, considero que dada la naturaleza intrínseca de tales eventos (abuso sexual) deberían integrar el catálogo de las dispuestas en el art. 119 del C.P.

Esta modificación sería más coherente con la naturaleza del hecho en sí mismo y permitiría, al momento de aplicar la ley, una resolución más apropiada a las características propias del suceso y, en consecuencia, una mejor solución del conflicto.

Por lo tanto, si partimos de la base que el objetivo político criminal es tratar de evitar, mediante la persecución penal, que los adultos involucren a menores de 18 años

⁷² Crespo, Alvaro E. "La pornografía infantil en el marco de los delitos informáticos y del llamado "derecho penal de las sociedades de riesgo". *Cuestiones problemáticas*". Publicado en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=41,689,0,0,1,0>

⁷³ Francisco Muñoz Conde. *Las Reformas de la Parte Especial del Derecho Penal Español en el 2003: de la "tolerancia cero" al "derecho penal del enemigo"*.< http://revista.ampem.org.br/2005/02.01_ReformasDeLaParte-RECJ.02.01-05.pdf>

en manifestaciones culturales de índole sexual, la norma penal que contemple tal situación, deberá tener la ductilidad y creatividad suficiente adaptarse a cualquier época y desarrollo tecnológico del ser humano, pero respetando siempre los límites de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales suscriptos que tengan rango de garantía constitucional.

Ya dijimos que la pornografía infanto juvenil es la manifestación cultural de la paidofilia y que esta se produce para ser consumida, al igual que otros tantos objetos culturales. Por lo tanto, se debería perseguir: a quien la crea, la divulga y la adquiere.

Me abstengo de utilizar los verbos “publicar” y “consumir”, pues más allá de la vaguedad y ambigüedad de los mismos, el primero puede perder vigencia por la dinámica de las comunicaciones.

Por ello, propongo perseguir penalmente a quien “hace, divulga o adquiere objetos o manifestaciones culturales de índole sexual representativos de actos paidofílicos”.

Una redacción de ésta índole debe integrar el catálogo del art. 119 del C.P. y le permitiría al juez evaluar, ante el hecho concreto, si en aquellos se verifica alguna otra hipótesis agravante: por ejemplo, el acceso carnal, una situación gravemente ultrajante para la víctima, la intervención de sus parientes en el sometimiento sexual, etc.

Por otra parte, también permite evaluar si la conducta investigada concurre con otros tipos penales, por ejemplo la prostitución infantil, el tráfico de menores, etc.

-Solución para las hipótesis del tercer párrafo:

Tal como se adelantara, en el caso de las hipótesis del tercer párrafo del art. 128 del C.P.; considero conveniente la persecución penal cuando la víctima sea menor de 18 años. Empero como ya se anticipara, esta situación debería ser otro ítem más del artículo 119 del C.P. a los mismos fines que los explicados anteriormente.

En síntesis, se derogaría el art. 128 del C.P; se reformularían las hipótesis del mismo en la forma planteada y se las integraría como variables de los abusos sexuales abarcados en el art. 119. Esto simplificaría el decálogo de conductas del código penal, las especificaría y por ende permitiría una mejor aplicación práctica del C.P. Por último, y dado que las provincias delegaron la facultad de dictar los códigos de fondo, lo cual implicó que mantienen su potestad legisferante, en torno a las materias que el Congreso Nacional no legisle (ya sea por la nimiedad de la cuestión en relación a los bienes jurídicos protegidos o para solucionar una laguna legal) queda abierta la posibilidad que éstas contemplen la protección de los menores de 14 años (tercer párrafo del art.128 CP) como una contravención o una falta. A mayor abundamiento, “...Zaffaroni, insiste en que

la materia de faltas no es de las que se han reservado a las provincias sino que es de las delegadas por ellas a la Nación... apoyándose... en que la diferencia entre falta y delito es meramente cuantitativa.”.

5.- RELACIÓN DEL INSTITUTO CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

-Tratados Internacionales:

La última reforma constitucional, en la cual se incluyó por medio del reenvío previsto en el art. 75 inc 22 de nuestra Carta Magna, las normas previstas en los tratados internacionales implicó un cambio en la jerarquía de las normas a aplicar, quedando establecida la misma de la siguiente manera: Constitución Nacional y Tratados Constitucionalizados; Tratados de derecho Internacional; el Derecho Federal; y el Derecho Provincial y el Derecho común en sus respectivas áreas, prevaleciendo en caso de conflicto los que correspondan por atribución y reparto de funciones constitucionales.

Una de las consecuencias de la reforma ha sido la hipertrofia legislativa, en la cual muchas veces se observa superposición de normas. Por ejemplo: la garantía acerca de la inexistencia de delito ni pena sin conducta) está previsto en el art.19 y en arts. 11, 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. N.U.10/12/1948; art 15,1 del Pacto Internacional de Derechos Cívicos y Políticos, N.U. 16/12/1966; art.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 22/11/1969; art. 40.2, a de la Convención sobre Derechos del Niño, N.U., 20/11/1989 y art.18 de la C.N.

Empero, esta situación excede el marco de este trabajo y en lo que hace al mismo, se observa que la mencionada Convención de los derechos del niño concuerda con 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 (esta última de rango constitucional según el art. 75 inc. 22 CN).

El artículo 1º de dicho Protocolo dispone que “Los Estados Parte prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo”. Así las cosas, se observa que nuestro país adecuó mediante la última reforma implementada, la legislación interna al mencionado Protocolo.

El mencionado Protocolo definió la pornografía infantil en su art. 2º, inc. c, establece que “por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales” y la ley 26.388, repitió parcialmente esa definición al describir la conducta como “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 adhirió a la definición de pornografía de dicho instrumento, salvo el caso de

las actividades sexuales explícitas simuladas, es decir las llamadas pornografía infantil virtual.

-Garantías constitucionales:

Un somero análisis del artículo 18 de la C. N., muestra que, al exigir que los tipos legales describan las conductas punibles -“nullum crimen sine lege”- está revelando rasgos de un modelo político criminal fundado en el concepto de la libertad y éste se tiene límites que se basan en el principio de legalidad y certidumbre, para así lograr que el ejercicio de la política criminal sea racional y limitado. Incluso, el principio “nullum crimen sine lege”⁷⁴ cumple una doble función, por un lado la protección de los ciudadanos frente a una persecución estatal arbitraria, y por el otro tiende en evitar la perpetración de delitos; pues éstos ya saben clara y precisamente cuales son las conductas perseguidas penalmente.⁷⁵

El sistema demanda coherencia ideológica y jurídica entre las distintas normas que lo integran. Sin embargo, recién se pudo afianzar en la reforma instaurada en el año 2008 mediante la ley 26.388, que adopta la descripción de las conductas efectuada en 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.

En efecto, desde su sanción originaria se observaba una tensión extrínseca entre la norma del C.P y la garantía constitucional aludida, pues la vaguedad del texto de aquella, permitía que sea el juez quien determine, con posterioridad a la comisión de la conducta y a su libre arbitrio, si ésta era o no típica.

En el caso puntual del art.128 del C.P se verifica lo expuesto pues la propia C.S.J.N, en el fallo Musotto, dijo en relación a la constitucionalidad del art.128 del C.P que: “El principio de legalidad en materia penal (art.18 C.N) exige indisolublemente la doble precisión de los hechos punibles y de las penas a aplicar. El art. 128 del C.P. satisface el principio de legalidad en materia penal, en cuanto exige la precisión de los hechos punibles, pues si bien la configuración de los tipos penales obliga a precisar los modos de conducta sujetos a punición, la “ley previa” no importa necesariamente que la figura penal contenga una descripción formalmente agotada y no existe obstáculo

⁷⁴ Nota de la autora: El principio concuerda con previsto en el art.19 y en arts. 11, 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. N.U.10/12/1948; art 15,1 del Pacto Internacional de Derechos Cívicos y Políticos, N.U. 16/12/1966; art.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 22/11/1969; art. 40.2, a de la Convención sobre Derechos del Niño, N.U., 20/11/1989 y art.18 de la C.N.

⁷⁵ Nota de la autora: En efecto, lo que no está expresamente prohibido, está permitido (art. 19 C.N) y, además, en función del principio de culpabilidad penal: no hay pena si al sujeto, por no haberse podido contra motivar en la norma penal, no le es exigible una conducta diferente de la realizada (arts. 1, 18, 19 y 33 de la C.N).

constitucional alguno para que cuando el contenido de los deberes o de las prohibiciones dependa sustancialmente de una valoración a realizarse en vista de circunstancias concretas insusceptibles de enumeración previa, sea la autoridad jurisdiccional quien determine y aplique esa valoración cultural.”⁷⁶.

Obviamente, la Corte se abrogó el papel de legislador y esto acarreó peores consecuencias a las que podría producir una ley penal en blanco. En efecto, mientras esta última tiene sanción pero el contenido será determinado por una ley posterior, solo será obligatoria y aplicable luego de la publicación de la norma que la completa y recién cumplido ése plazo los ciudadanos sabrán a que pautas atenerse. En cambio, en el caso del artículo estudiado, esto ocurre con posterioridad a la comisión del hecho; dando por tierra con el principio de legalidad, la división de poderes y el propio sistema jurídico. Es cierto que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un hecho de gravedad institucional que debe ser realizado con suma prudencia, pero mucho peor es que una institución no cumpla, auto contradicción mediante, con su obligación legal.

En definitiva, la C.S.J.N no sólo puso en jaque la libertad de los ciudadanos, pues conculcaba el principio ya citado sino que también intervirtió su función de custodia de la constitucionalidad de las leyes, avasallando la seguridad jurídica y demostrando así que ésta no solo exige la correcta redacción de las leyes sino también que sean respetadas tanto por los ciudadanos en general como por los operadores jurídicos en particular.

En cambio, la última redacción resulta más acorde con las exigencias del art. 18 de la Constitución Nacional⁷⁷; pues el bien jurídico protegido ya no es “...el pudor de manera...impersonal, como bien social consistente en el concepto medio de decencia y de buenas costumbres...”⁷⁸, sino que se encuentra delimitado a una modalidad de abuso sexual de menores de edad que pone en jaque la salud psicofísica de los mismos y al mismo tiempo compromete su futuro y el de la comunidad a la cual pertenecen⁷⁹.

Evidentemente, el Parlamento ha extremado los esfuerzos en pos de evitar la violación de los principios de legalidad y la prohibición de la analogía en los casos de la llamada ciberpornografía, mediante la enumeración de las diversas conductas descriptas en el tipo penal.

Tampoco se debe soslayar, que las conductas enunciadas por el nuevo tipo penal describen hechos de una violencia tal que resultan insoportables para el normal desarrollo pacífico de la vida comunitaria y, por ende, no sólo resulta razonable su persecución

⁷⁶ CSJN. 29/9/87. Musotto, Nestor J. Y otro. J.A. 1987-IV-755.

⁷⁷ Nota de la autora: Esto, sin perjuicio de señalar mi criterio personal, acerca de que, la llamada pornografía infantil es la manifestación cultural de la pedofilia.

⁷⁸ Soler op.citada.

⁷⁹ Nota de la autora: la nueva redacción cumple con el principio de exigencia de daño a terceros como presupuesto de pena -no hay pena sin afectación a bienes jurídicos ajenos al autor. (art.19 CN)-.

penal, lo cual está en consonancia con el art. 1° de la C. N. y con los postulados del Protocolo citado, mejorándose así el encuadramiento de las figuras ya existentes en la anterior legislación, al establecer que las conductas descriptas pueden materializarse “por cualquier medio”, lo cual, reitero, afianza el principio de legalidad y la prohibición de analogía *in malam partem* y redundante en beneficio de la mínima intervención del derecho penal.

El artículo resulta respetuoso del art.19 de la Carta Magna. En efecto, ha dejado fuera de la persecución la simple tenencia, ni la situación de los administradores de internet que desconocían los contenidos pedófilos como así también las llamadas imágenes virtuales armadas artificialmente y aquellos contenidos que no fueron “bajados” intencionalmente (art. 19 CN).

Párrafo aparte merece el caso puntual de las garantías previstas en el art.14 de la C.N. En tal sentido y tal como enseña Alvaro E. Crespo y cuya opinión comparto, “Con la redacción actual del artículo, una representación, aun de carácter pretendidamente artístico, será pornográfica (aunque la ley 26.388 haya suprimido este término) y, por ende, su producción, distribución, etcétera, caerá en la figura aquí estudiada, cuando objetivamente incluya imágenes de menores dedicados a actividades sexuales explícitas (reales) o de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales. Se trata, así, de un concepto de carácter objetivo en el que no interesa la pretendida finalidad artística del autor, pues la verdadera finalidad surge del modo y contexto en el que se ha realizado la acción; en el caso de la pornografía –afirma Soler–, la finalidad es patente y hace imposible, en realidad, que en la producción se concrete una verdadera voluntad artística. No se trata, pues, de un problema moral, o al menos no desde un punto de vista meramente subjetivo: ya dijimos que una cuestión moral sólo se torna relevante para el derecho cuando la conducta reprobable produce objetivamente una lesión a un derecho. En el presente caso, cuando la obra presuntamente artística atenta contra el normal desarrollo psíquico y sexual de los menores, debido a la participación de éstos en aquélla. Está claro, pues, que no se condena la inmoralidad por sí misma, sino la afectación de un bien jurídico que la sociedad estima digno de protección. La infancia es un bien jurídico que debe ser preservado y cuya defensa y protección adquiere preeminencia ante otros bienes jurídicos también tutelados en nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, si bien nuestra constitución consagra como garantía fundamental la libertad de expresión, ésta debe ceder cuando se afecta la integridad sexual de los menores, bien jurídico considerado preponderante por la sociedad”⁸⁰.

6.- VINCULACIONES INTRÍNSECAS DEL ART.128 C.P CON OTROS INSTITUTOS DEL MISMO CÓDIGO PENAL.

⁸⁰ Crespo, Alvaro E.Op.cit.

-Cuestiones relativas a la autoría y a la participación.

El tipo previsto en el art. 128 del C. P es una figura dolosa. Tan es así, que no pune la simple tenencia, pues requiere que ésta sea con “...*finis inequívocos de distribución o comercialización...*”⁸¹. Es decir, que se verifique un dolo específico. Por lo tanto, éste elemento integra el elemento subjetivo del tipo que influye directamente en la autoría y la participación, pues en cualquiera de las hipótesis del art. 45 y sus concordantes, los sujetos activos deberán actuar, valga la redundancia, con dolo, el cual debe ser demostrado.

Esto “... generó preocupación en las empresas que actúan como intermediarios en internet, quienes consideraron que podría llegar a imputárseles responsabilidad penal por los contenidos que transitan o se albergan en sus servidores, pese a que usualmente no tienen conocimiento acabado de la ilicitud del contenido en cuestión”⁸². Empero, para que ello ocurra, deberá probarse que los proveedores tienen efectivo conocimiento de los contenidos e ilicitud de los mismos y, “...en la mayoría de los casos no podría existir tal conocimiento por la inviolabilidad de las comunicaciones. Por último, debe recordarse que no hay un deber de vigilancia ni de supervisión de los contenidos, al igual que ocurre en otros países del globo, como (por Ej. España).

La única posibilidad para que el proveedor de internet sea considerado partícipe del delito es que contribuya activa y dolosamente a que los mismos tomen estado público. Esta problemática ha sido resuelta por los países de la Unión Europea, fomentando la auto regulación, es decir que sean los propios proveedores de internet “...quienes desempeñen un papel central y eficaz para evitar la distribución de contenidos ilícitos en la red...”⁸³.

Por último, y dado que la ausencia de dolo implica la inexistencia del delito, se encuentran al margen de la persecución punitiva los usuarios que poseen imágenes sin su conocimiento. Tal es el caso de quien “baja” directamente de internet un archivo “zipeado” sin conocer su contenido en el entendimiento que es una película o archivo musical según el título del archivo, pero que luego resulta que contiene imágenes abarcadas por el tipo legal; pues tampoco existe la intención de distribuir o comercializar exigida (dolo específico).

Además, tampoco está prohibida la visualización de las imágenes on line, por lo que aunque las mismas queden registradas en la memoria caché del navegador, lo dejan al margen de la persecución penal.

⁸¹ Art. 128 CP.

⁸² Crespo, Alvaro E, Op. Cit.

⁸³ Crespo, Alvaro E. Op.cit.

-Relación con los arts.71 y 72 del C.P.:

A pesar de las sucesivas reformas, aun se observan las tensiones con los arts. 71 y 72 del C.P. En efecto, salvo por excepción, la acción penal es pública (CP 71) y si bien la reforma instaurada por la ley 25087 incluyó dentro del articulado del art.72 las hipótesis de los art.119, 120 y 130 no abarcó las del art. 128 del mismo digesto legal, puesto que las conductas reprimidas implican por sí mismas, entre otras cosas, la publicidad del abuso de menores de edad. Esto no sería objetable si se contemplara que la acción fuera de oficio cuando tales hechos fueran cometidos por quienes ejercen la patria potestad o su guarda, y ante tal hipótesis sería conveniente la intervención oficiosa y desde este punto de vista, la reforma quedó inconclusa.

En la última modificación del Código Penal (Ley 26.738) que fue sancionada el 21 de marzo de 2012, se reformó el art. 132 por el siguiente: “Artículo 132: En los delitos previstos en los artículos 119: 1°, 2°, 3° párrafos, 120: 1° párrafo, y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas”.

Por lo tanto, al no contemplar a la víctima del art. 128 de ese mismo cuerpo legal, incomprensiblemente, se la privó de la asistencia de las instituciones que sí actúan en otros casos de agresiones sexuales, desconociéndose el motivo de tal diferente trato.

-La tentativa:

Salvo el caso planteado en el tercer párrafo del art.128, los restantes modos de comisión admiten la tentativa pues la figura ya no constituye un delito de peligro abstracto.

-Tensiones con la suspensión del juicio a prueba

La probation constituye una derivación del principio de oportunidad procesal al acotar la persecución penal e incluso constituye un modo anormal de finalización del proceso.

En efecto, nuestro sistema judicial –al igual que otros del globo- suele aplicar el control social a los sectores más vulnerables y, en el caso particular del código penal argentino, tiene un amplísimo decálogo de conductas reprimidas penalmente. Este instituto tiende a suspender en numerosos casos el proceso penal, la eventual condena y la probable aplicación de una pena privativa de la libertad de corta duración.

El instituto está legislado en el art. 76 bis y siguientes y entre otras condiciones establece, como requisito objetivo, que la pena máxima del delito imputado no debe superar los tres años prisión o reclusión; por lo que solo resultarían susceptibles de aplicación de la suspensión del juicio a prueba las conductas descriptas en los últimos dos párrafos del art. 128.

Sin embargo, el 23 de abril de 2008 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el fallo “Acosta, Norberto”, el cual permite la aplicación del instituto a todas las hipótesis en estudio.⁸⁴

-El concurso de delitos:

Por los motivos que se adelantaron en el análisis efectuado es fácil observar que las hipótesis previstas en el art. 128 pueden concurrir tanto ideal como realmente con las conductas descritas por los arts. 119, 124, 125, 125 bis, 126., 127 y 130. Incluso, podría verificarse el concurso aparente de tipos penales, cuyo estudio puntual excede el presente trabajo.

-La prescripción de la acción

Dado que es un delito de efectos permanentes, estimo que el plazo de prescripción de la acción comenzará a correr desde que el delito dejó de producirse.

7.- LA VINCULACIÓN DEL INSTITUTO CON LAS NORMAS ADJETIVAS:

-Competencia:

⁸⁴ “Buenos Aires, 23 de abril de 2008. Vistos los autos: «Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de Alejandro Esteban Acosta en la causa Acosta, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, 1.er párrafo ley 23737 –causa n.o 28/05–», para decidir sobre su procedencia. Considerando: [...] 5.o) Que, como se dijo, la suspensión del juicio a prueba fue denegada por considerar que la pena sobre la que debe examinarse la procedencia de este instituto es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años. Para el apelante, por el contrario, el art. 76 bis comprende dos grupos de delitos, un primero que encierra a aquellos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supera los tres años (párrafos 1.o y 2.o), y un segundo que comprende a delitos –no incluidos en el primer grupo– que, previendo la ley penal un máximo de pena superior a los tres años de privación de libertad, permiten el dictado de una condena cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso de acuerdo al art. 26 del Código Penal (párrafo 4.o). 6.o) Que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal. 7.o) Que, en tales condiciones, cabe concluir que el criterio que limita el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante. Por ello y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Hágase saber y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento. Ricardo Luis LORENZETTI - Elena I. HIGHTON de NOLASCO (en disidencia) - Carlos S. FAYT - Enrique Santiago PETRACCHI (en disidencia) - Juan Carlos MAQUEDA - E. Raúl ZAFFARONI”.

Según ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resulta competente para conocer en este delito la Justicia Federal.⁸⁵ Salvo que el hecho se haya cometido en la ciudad de Buenos Aires pues, a partir del Convenio de Transferencias progresivas penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la C.A.B.A –ley 26.357-, deberá conocer en la cuestión la Justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de dicha ciudad.

Salvo el caso en que sea competencia originaria de la C.S.J.N., en función de la inmunidad diplomática del imputado⁸⁶.

En cambio, en una contienda negativa de una investigación penal en el marco de la causa “Embajada Alemana s/corrupción de menores de 13 años” y en la que se tomó conocimiento de los hechos a partir de la información suministrada por la mencionada Embajada que había detectado que “...comunidades cerradas de usuarios de Internet en las que se intercambiaba, distribuía o divulgaba imágenes de pornografía infantil...” el mencionado Tribunal resolvió el 27 de diciembre de 2005, privilegió asignar la competencia a la justicia nacional en vez de la bonaerense “...dado el avanzado estado de la investigación realizada por la División Informática de la Policía Federal.”⁸⁷

-Querellante, particular damnificado y actor civil:

La determinación de la víctima, incide según las instituciones que tenga prevista cada código adjetivo, en la figura del querellante o del particular damnificado. También influye en su posibilidad de ser actor civil. En efecto, el menor de edad, tiene vedada tal intervención la que está a cargo de quien detenta la patria potestad o, en su caso la tutela.

Esto es así, a diferencia de otros delitos de índole sexual, que en virtud de lo previsto por la ley 26.738, las víctimas de los delitos previstos por los arts. 119: 1°, 2°, 3° párrafos, 120: 1° párrafo, y 130, quienes pueden instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas (art. 132 C.P).

-Allanamiento e interceptación de elementos:

La Cámara Federal de Casación penal tiene dicho que dadas las características del delito “es claro que la información suministrada fue obtenida en el marco de un proceso

⁸⁵ CS. Comp.Nº 737 “PSA c/Prima SA y U.S.S.A s/amparo. 25/11/2005.www. eldial.com.ar.

⁸⁶ C.S.J.N. 20/12/2005. “N.N. s/Publicaciones Obscenas” eldial – AA31AC, cit. En 24, 2da ed. T. 1. Ps. 534 y 535, ap. 8º.

⁸⁷ Baigún David y Zaffaroni Eugenio Raúl. “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial.” Pag. 761.

sustanciado en la ciudad de Madrid, Reino de España, del cual resultó la detención de un ciudadano de ese país -del que se aportó nombre y apellido-, no existiendo ningún indicio que nos permita sospechar la ilegitimidad invocada por la parte. Por el contrario, la referida comunicación proviene de la “Comisaría General de Policía Judicial. Servicio Interpol”, lo que tal como lo señala el a quo “...corroboración que la obtención de los correos electrónicos, apertura y lectura en el país europeo, fue en el marco de un proceso absolutamente legítimo y con participación judicial”. Es que, de las referidas constancias surge que la apertura de correos electrónicos tuvo lugar en el marco de una investigación penal sobre intercambio de material pornográfico infantil, y no existe razón alguna para dudar de la legalidad de la medida, de modo tal que, contrariamente a lo sostenido por la defensa, la carga de la prueba de su ilegalidad pesa sobre quien la invoca, desde que es principio conocido que los actos emanados de las autoridades públicas se presumen legítimos”.⁸⁸

-Excarcelación:

Si bien el monto de la pena con que se sanciona el delito permite tener por cumplido el elemento objetivo para la obtención de la excarcelación, tanto en el Código Procesal Penal de La Nación y Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, se ha verificado la denegatoria de la misma a fin de evitar que el imputado destruya, modifique, oculte o falsifique elementos de prueba y se basó en la verosímil presunción de la facilidad con que podría ser destruida la misma⁸⁹.

8.- CONCLUSIONES

Tanto el Derecho en general como el Derecho Penal en particular intentan proteger bienes jurídicos y esto constituye el objetivo político concreto de todo el ordenamiento positivo. El concepto de bien jurídicamente protegido no está explicitado en el código penal, es un concepto tácito pero imprescindible. Esta intrínsecamente vinculado con el art. 1º y el art. 19 de nuestra C. N; el primero porque al establecer la forma republicana de gobierno, exige la razonabilidad de sus actos y, en cuanto al segundo, porque se exige implícitamente, que la conducta acarree un daño, como “*sine qua non*”, e implica una regla general, para poder ser sometida a la autoridad de los magistrados (principio de lesividad).

Esta regla reconoce una excepción, las llamadas figuras de peligro en las que no hay daño determinado y son el reflejo de aspectos de un modelo político criminal que apunta al riesgo.

⁸⁸ CNCP S. III. FALLO ROCCA CLEMENT. Registro nº 970/09. Rto. 3 de julio de 2009.

⁸⁹ Juzg. De Garantías nº5 de Mar del Plata, causa 1081, “Perez” rta.24/1/2009, citado en Baigún David y Zaffaroni Eugenio Raúl. “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial.” Pag.782.

Desde el punto de vista histórico, las opiniones enunciadas hasta finales del Siglo XX muestran una tendencia muy rígida y conservadora acerca del bien jurídico protegido por el art.128 C.P. y revela las reminiscencias del tabú religioso, porque no protegía el pudor de las personas sino el de toda la sociedad.

La “decencia sexual como sentimiento público”, se relaciona con los distintos aspectos culturales y religiosos de las nuestra sociedad; independientemente de la edad de sus integrantes. Así las cosas, el Estado se adjudicó el rol el papel de pater familiae de la sociedad, la cual era vista como un ser desprotegido, en riesgo de ser corrompido y que, necesitaba, sin importar la voluntad de los individuos, ser cuidada y resguardada, pues éstos eran considerados una suerte de “inimputables” o “seudo inocentes”.

Desde este punto de vista, la decisión política criminal de mantener la misma vigencia del art.128 del C.P, durante varias décadas, manifestaba el mismo miedo a la corrupción y a la depravación; es decir el miedo a la enfermedad. Al mismo tiempo, se le atribuía a la ley el efecto terapéutico de impedir el mal tan temido, o sea el delito. Obviamente, la víctima no estaba individualizada y podía ser cualquier ciudadano, independientemente de su edad u otro criterio de calificación. Esto constituye una intromisión en el ámbito de libertad individual (art.19 C.N).

El delito estaba caracterizado como de peligro abstracto y tiene que ver con paradigma político criminal que apunta al riesgo y resulta concordante con un modelo autoritario de gobierno, el cual mantuvo su presencia, incluso, durante la vigencia del Estado de Derecho.

Cabe recordar que el delito perseguía la pornografía y la obscenidad, y su redacción presentaba serias contradicciones con los arts. 1º y 18 de la C.N.

En el año 1999 se reformó el artículo 128 del código de fondo y, según los criterios doctrinarios y jurisprudenciales ya expresados que tuvieron en consideración su ubicación dentro del decálogo punitivo, desde el punto de vista general, el bien jurídico mutó por el de “integridad sexual”, lo cual no es ajeno a diversos problemas epistemológicos. En efecto, y tal como lo señala Creus, cuya opinión comparto, la palabra “integridad” se refiere a la composición de todas las partes que integran por naturaleza un todo, lo cual traería como referencia al normal ejercicio de la sexualidad y ello no está libre de las circunstancias individuales ni el entorno social. Además, amplía las hipótesis de modos comisivos del delito, pero al reiterar la persecución de actividades pornográficas sin definir en qué consisten las mismas, mantiene, en este aspecto, las tensiones con los principios del art. 18 de la C.N.

Empero, su redacción presenta un avance y éste consiste en la víctima –menores de 18 años-, ya no contradice el principio de lesividad. En tal sentido, Por lo tanto, específicamente, el bien jurídico protegido por el instituto estudiado resulta ser, según las enseñanzas de los Dres. Baigún y Zaffaroni, “...el normal desarrollo psíquico y sexual del menor...Sin embargo eso no significa que sea el único. La dignidad del menor es ciertamente un bien jurídico que también está protegido y al que se atiende cuando se penalizan conductas como la producción, publicación o distribución de imágenes pornográficas en que se exhiben menores.”⁹⁰.

Así las cosas, el instituto resultó concordante con tipo legal en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual goza de jerarquía constitucional (art.75 inc.22 C.N).

Desde el punto de vista de la técnica legislativa implementada en el año 1999 fue un avance pues se acotó el tipo penal, no sólo mediante la determinación de sujeto pasivo –menores de edad- sino también porque implicó una mejor descripción de las conductas punibles. Incluso, estimo que, a partir de esta redacción, ya no se trata de un delito de peligro abstracto sino de peligro concreto, lo cual resulta recomendable en pos del afianzamiento del Estado de Derecho. Empero, siguió utilizándose términos vagos e imprecisos, no lográndose definir aquello que sería “pornográfico”.

Obviamente, el derecho es un producto cultural instituido por el ser humano y cabe recordar que, si se pretende construir una norma que se mantenga vigente, más allá del momento histórico de su redacción y el de su aplicación, deberán tenerse presente, los cambios que experimenta una sociedad, tanto en relación a las costumbres (sean o no sexuales) como a la celeridad de la evolución tecnológica (sobre todo a nivel de los medios masivos de comunicación). Quizás, una primera aproximación a la definición de pornografía como una “manifestación cultural de índole sexual”, sea la más acorde a su propia naturaleza.

Además tiene la adaptabilidad suficiente para sostenerse más allá de los cambios culturales y la continua evolución tecnológica, ya sean los existentes como los por venir. Tal como se adelantara, la ley está en el orden del discurso. Justamente, por eso, mal se puede perseguir penalmente aquello que no se logra describir con palabras. Entonces, si aquel carece de significado la norma puede resultar, paradójicamente, insignificante, más allá de las mejores intenciones de los operadores políticos. En síntesis, los defectos que padezca la ley resultarán ser los obstáculos concretos a la aplicación del derecho, vulnerándose así la seguridad jurídica, pilar del Estado de Derecho.

⁹⁰ Baigún David y Zaffaroni Eugenio. Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Ed. Hammurabi, pág. 661

Según el miembro informante de la Cámara de Diputados de la Nación, Dr. Cafferata Nores en que: **“El objetivo primario de la incriminación es reprimir la explotación de niños en la producción de imágenes pornográficas.”**. “Este precepto normativo también amplió la incriminación a fin de abarcar actos pornográficos que no son filmados, grabados o fotografiados, sino directamente actuados en vivo, a modo de espectáculo”.

Estos motivos concuerdan con los postulados de la Convención de los Derechos del Niño y las formulaciones del Protocolo Facultativo de dicha convención, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía. Así las cosas, la nueva ley individualiza la víctima y justifica su protección, pues se trata de un menor de edad, resultando ajustada a las previsiones de los arts. 1, 18, 19 y cc de la Constitución Nacional.

En efecto, es fácil concluir que el tipo penal reprime las manifestaciones culturales de índole sexual en las cuales intervengan menores de edad, pues aquellas son la representación cultural, valga la redundancia, de la pedofilia; es decir el abuso sexual padecido por un menor de edad, que en algunos casos resulta agravado por la divulgación del ultraje sexual y su vinculación con otras figuras penales⁹¹.

El 4 de junio de 2008 se modificó por última vez el artículo 128 del C.P., -ley 26.388-. Tanto esta reforma como la anterior, apuntan a la persecución de un fenómeno globalizado: la explotación sexual infantil y reconocen sus antecedentes tanto en la legislación comparada como así también en la jurisprudencia y en las recomendaciones de organismos internacionales. La nueva redacción sigue utilizando la palabra “pornográfico” -en el último párrafo-, pero, si bien no especifica su significado, intentaría definirlo mediante la frase **“...*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*”**, la cual ha sido tomada del texto del 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.

En el nuevo tipo legal no se observan tensiones ni con los Tratados Internacionales ni con las garantías constitucionales, tal como se desarrollara oportunamente.

En cuanto a la reforma instaurada en el año 2008, que prevé la creación de “...representaciones de un menor...” mediante el uso de recursos tecnológicos, está mostrando su consonancia con el avance de la informática y la utilización de la red mundial de información (internet), para superar los aspectos pétreos que tiene toda norma

⁹¹ Por ej: la corrupción de menores, la violación, etc.

en relación a la permanente evolución de otros aspectos de la cultura, como lo es la tecnología.

En efecto, la nueva norma trata de perseguir uno de los peores aspectos negativos de la internet (International Network of Computers), es decir, el tráfico de imágenes de prostitución infantil, el cual constituye uno de los modos consumativos del delito previsto en el art. 128 del C. P, en tanto y en cuanto afecta la libertad y la indemnidad sexual de la víctima. La última reforma no solo implica el establecimiento de normas que lo repriman y ello, sino también la adaptación del derecho interno a los instrumentos internacionales suscriptos por la República Argentina.

Desde otro punto de vista, se observa que la ley 26.388 no incluyó la llamada pornografía infantil virtual, es decir la creada artificialmente mediante la manipulación de datos, la cual si fue abarcada por 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, sesión plenaria del 25 de mayo de 2000). Estimo que la decisión es correcta pues más allá de las dificultades probatorias para identificar la identidad de las víctimas, al ser una imagen que no tiene correlato con la realidad su persecución puede vulnerar el principio de lesividad y, quizás, el ámbito de reserva del justiciable.

La determinación del menor de edad como víctima fue ratificada posteriormente por la ley 26.388 y su protección resulta razonable (art.1° de la C.N), pues su juventud permite presumir *iure et de iure*, la inexistencia de un consentimiento válido para tales prácticas. En tal sentido son ilustrativas las palabras de Roxin, quien sostiene que la difusión de pornografía si son realizadas por personas adultas y con acuerdo recíproco entre las mismas no menoscaban derechos individuales ni bienes en el sentido de estados vulnerables, protegibles y valiosos. En ellas falta una "real causalidad lesiva".⁹².

Empero, la situación resulta ser diametralmente opuesta cuando se trata de menores de edad. En efecto, tanto desde el punto de vista médico como psicológico, la protección de los menores se encuentra plenamente justificada.

Además, se observa la presencia de una falencia en el tipo legal y es que no preveía la protección hacia los incapaces que también podrían resultar ser víctimas del delito y, a mi modo de ver, esto es una laguna que se mantiene luego de la última reforma del artículo (ley 26.388). Por otra parte, ninguno de los últimos cambios legislativos tuvo en cuenta la participación de ascendientes, tutores o guardadores en la perpetración del injusto penal, como agravante del mismo.

⁹² Roxin, Derecho Penal. Parte General. Civitas, Reimpresión de la 1° edición,. Madrid 1999. T°.I. Pags.52 y 53.

En cuanto a la simple tenencia, considero que ésta no es delito porque no hay ni acción ni omisión, salvo que el fin específico sea la comercialización o la distribución sea, al título que sea. Obviamente, la tenencia no abarca los llamados “espectáculos en vivo”.

Se propone como solución a los distintos aspectos desarrollados, que el tipo penal estudiado integre, dada la naturaleza intrínseca de tales eventos que describe el catálogo de las hipótesis desarrolladas en el art. 119 del C.P.; la pornografía infanto juvenil es la manifestación cultural de la paidofilia y que esta se produce para ser consumida, al igual que otros tantos objetos culturales. Por lo tanto, se debería perseguir: a quien la crea, la divulga y la adquiere. Por ello, propongo perseguir penalmente a quien “hace, divulga o adquiere objetos manifestaciones culturales de índole sexual representativos de actos pedofílicos. En cuanto al tercer párrafo, solo elevaría la protección de la víctima, es decir los menores de 18 años.

Con respecto a la autoría y participación, el tipo previsto en el art. 128 del C. P. es una figura dolosa. Tan es así, que no pune la simple tenencia, pues requiere que ésta sea con “...fines inequívocos de distribución o comercialización...”. Los proveedores de internet se encuentra al margen de la persecución penal, salvo que se demuestre que tienen efectivo conocimiento de los contenidos e ilicitud de los mismos. En efecto, la única posibilidad para que el proveedor de internet sea considerado partícipe del delito es que contribuya activa y dolosamente a que los archivos pedófilos tomen estado público.

Tampoco son perseguidos penalmente quienes posean imágenes sin su conocimiento, o sin la intención de distribuir o comercializar exigida (dolo específico). La norma no prohíbe la visualización de las imágenes on line, por lo que aunque las mismas queden registradas en la memoria caché del navegador, lo dejan al margen de la persecución penal.

La acción es pública. En la última modificación del Código Penal (Ley 26.738) que fue sancionada el 21 de marzo de 2012 no se incluyó a la víctima del art. 128 privándosele de la asistencia de las instituciones que sí actúan en otros casos de agresiones sexuales.

En cuanto a la tentativa, y salvo el caso planteado en el tercer párrafo del art.128, los restantes modos de comisión la admiten pues la figura ya no constituye un delito de peligro abstracto.

En relación a la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis y cc del CP) y a pesar del requisito objetivo establecida en cuanto al máximo de la pena, solo resultarían susceptibles de aplicación de la suspensión del juicio a prueba las conductas descriptas en los últimos dos párrafos del art. 128. Sin embargo, el 23 de abril de 2008 la Corte

Suprema de Justicia de la Nación dictó el fallo “Acosta, Norberto”, el cual permite la aplicación del instituto a todas las hipótesis en estudio.

En cuanto al concurso de delitos (tanto ideal como real), se verifica que resulta muy probable el mismo en relación a los arts. 119, 124, 125, 125 bis, 126, 127 y 130 del Código Penal.

Con relación a la prescripción de la acción, dado que es un delito de efectos permanentes, estimo que el plazo de prescripción de la acción comenzará a correr desde que el aquel dejo de producirse.

En cuanto a la relación del instituto con la competencia, debe tenerse presente que si delito o los efectos del mismo se produjeron en la Ciudad de Buenos Aires, intervendrá la Justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de dicha ciudad, de lo contrario, será la de la provincia correspondiente, salvo que intervenga la C.S.J.N, al estar imputado un representante de un país extranjero y ser ello, motivo de su competencia originaria.

La víctima, mediante la representación de sus padres o tutor podrá intervenir como querellante, del particular damnificado, o actor civil según las instituciones y pautas establecidas en la ley adjetiva que se aplique al proceso.

9.- BIBLIOGRAFÍA:

-Atienza, Manuel, “*Tras la justicia*”. 1993. Ed. Ariel.

-Baigún David y Zaffaroni Eugenio Raul. “*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial.*” Ed. Hammurabi. T°4. 2da. Edición actualizada y ampliada.

- Bauman, Zygmunt. “*Modernidad líquida*”. 2003. Ed. Fondo de Cultura Económica. Bs.As.

-Binder, Alberto M. “*Pornografía: Dignidad humana y represión cultural*”. 1986. Doctrina Penal. N°9. Depalma. Bs. As. Sección Jurisprudencia.

-BonorinoPeró, Abel “*La obscenidad en el campo del Derecho Penal Argentino*” (1980), Bs. As. Rev. Jurídica La Ley, 1980-D-883.

-Bosch, Fernando “*Las publicaciones obscenas, la pornografía, un fallo ejemplar*” (1986). L.L. 1986-D-437.

-Calvete, Federico H. “*Análisis de la ley 25.087. Delitos contra la integridad sexual*”. 2005. Doctrina Judicial. N°3. Pag.283/298.

-Campos, Alberto A. “*Obscenidad*”, Año1964, publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba, T°20, Bs. AS, Ed. Bibliográfica Omeba, pág. 895 y ss.

- Carrió, Genaro Y Carrió, Alejandro *“El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria”*,1983. Bs.As. Ed. AbeledoPerrot, 3ra. Edición.Pág. 190.
- Crespo, Alvaro E. *“La pornografía infantil en el marco de los delitos informáticos y del llamado “derecho penal de las sociedades de riesgo”. Cuestiones problemáticas”*. Publicado en el link:
<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=41,689,0,0,1,0>
- Creus, Carlos; *“Derecho Penal- Parte General”*.1990.Bs.As. Editorial Astrea 2da Edición. 1990.
- D'Alessio, Andrés José *“Código Penal. Comentado y anotado. Parte Especial”*. 2004. Bs.As. Editorial La Ley. 1º Edición.
- “Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado”* (1995). Bs. As. Editorial Larouse.
- “Diccionario de la Real Academia Española”*. Link: <www.rae.es>
- Donna Edgardo Alberto *“Delitos contra la integridad sexual”*. Segunda edición actualizada. Ed. Rubinzal Culzoni. Bs.As
- Estrella Oscar Alberto y Godoy Lemos, Roberto. *“Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular”*. Ed. Hammurabi.
- Edwards Carlos E. *“Delitos contra la integridad sexual”*. Año1990. Ed. Depalma. Bs. As.
- Gómez, Eusebio, *“La tutela jurídica de los derechos individuales”*(1947). Bs. As. Rev. De Derecho Penal Gómez, Eusebio. *“La tutela jurídica de los derechos individuales Revista de Derecho Penal, año 3, sec. 1ª págs. 203-218 .*
- Hendler, Edmundo S. *“Los tabúes sexuales en el Código Penal Argentino”*(1982). Buenos Aires Rev. Doctrina Penal. Año 5, N°18, Abril-Junio. Ed. Depalma..
- Laje Anaya, Justo y Gavier, Enrique A., *“Notas al Código Penal Argentino”* (1995),Córdoba, Tº II, Parte Especial. Ed. Lerner.
- Lijo, Ariel O. *“Los delitos de tenencia. O el tótem normativo al que se recurre para prohibir con tipos penales constitutivos”*. 19/3/2009. Publicado en www.eldial.com.ar..
- Mercado, Ángel *“El “destape” y el delito de publicaciones obscenas”*(1984). Bs. As. L.L. 1984. A. pág. 978.
- Moreno, Rodolfo. *“El problema Penal”* (1933).Buenos Aires.
- Muñoz Conde; Francisco. *“Las Reformas de la Parte Especial del Derecho Penal Español en el 2003: de la “tolerancia cero” al “derecho penal del enemigo”*.
<http://revista.ampem.org.br/2005/02.01_ReformasDeLaParte-RECJ.02.01-05.pdf>
- Núñez, Ricardo C. *“Manual de Derecho Penal”* (1986). Parte Especial. Córdoba, Argentina. Ed. Lerner.
- Pandolfi, Oscar A. *“Delitos contra la integridad sexual (ley 25.087)”*. Año 1999. Bs. As. La Rocca.

-“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 pornografía”.

http://72.14.209.104/search?q=cache:llWRqt79FR8J:www.trabajo.gov.ar/conaeti/actividades/files/luzdeinfancia_iguazu.doc+pornografia+juvenil&hl=es&gl=ar&ct=clnk&cd=9

-Ouviña, Guillermo J. “*Nuevas bases para una estrategia racional de seguridad*” (1991) Córdoba. Argentina. Ed. Lerner Editores.

-Ouviña, Guillermo J. “*Estado constitucional de derecho penal*” publicado en “*Teorías actuales en el Derecho Penal. 75° Aniversario del Código Penal*”. Año 1998. Ed. “Ad-Hoc”. Bs. As.

- Dr. Pichot, Pierre, Juan J. Lopez Ibor Aliño (Cordinador De La Edicion Española) Y Manuel Valdes Miyar. DSM IV Criterios Diagnosticos. Año 1995 Editorial Mason SA Barcelona, Madrid Paris- Milano Bs As Rio De Janeiro.

-Reinaldi, Victor F. “*Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25.087*”. Año 1999. Cordoba. Ed. Marcos Lerner.

-Roxin, “*Derecho Penal. Parte General*”. Año 1999. Ed. Civitas, Reimpresión de la 1° edición,. Madrid. T°I.

-Romero Villanueva, Horacio J. “*Código Penal anotado*”. Año 2005. Ed. Lexis Nexis. Bs. As.

-Russo, Carlos María. “*El bien jurídico protegido en los delitos sexuales (análisis a la luz de la ley 25.087)*”. Año 2004. Publicado en la revista “*El Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia*”. Ed. El derecho..

-Soler, Sebastián; “*Derecho Penal Argentino*” (1951). T°I. Ed Tea.

-Ugarte, Fernando; “*Manual de medicina infantil*”, 1965. Edición : 2a ed. Editorial Lopez Libreros. Buenos Aires.

-Vazquez, Marcelo P. “*La explotación sexual comercial de la niñez y relación con la red internet*”. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Ed. Ad.Hoc. pag. 644/692.

-Vitale, Gustavo L. “*El Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal*”. Teorías Actuales en el Derecho Penal. 75° aniversario del Código Penal. Año 1998. Ed. Ad hoc.

-Zaffaroni, Eugenio Raúl. “*Manual de Derecho Penal*”(1985), Bs. As. Ed. Ediar.

-Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro et Slokar, Alejandro “*Manual de Derecho Penal*” (2005), Bs. As. Ed. Ediar.