



## Difusión de imágenes y espectáculos pornográficos de niños, niñas y adolescentes

Por Fabián Luis Riquert\* y Marcelo Alfredo Riquert\*\*

*Art. 128<sup>1</sup>: “Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgar e distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.*

*Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización.*

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

---

\*\* Profesor Titular de la “Práctica Procesal Penal”, Universidad Atlántida Argentina, Sede Mar del Plata. Docente de “Derecho Constitucional”, Universidad Nacional de Mar del Plata.

\*\*\*\* Profesor Titular Regular de “Derecho Penal I. Parte General”, Universidad Nacional de Mar del Plata.

1 Artículo sustituido por art. 2° de la Ley 26388, B.O. 25/6/2008

## **1. Antecedentes (genealogía del tipo)**

Se comenzará por la presentación de la genealogía típica en el derecho argentino y, además, se brindará un breve paneo sobre el estado actual de la legislación similar en el ámbito regional más inmediato, es decir, el Mercado Común del Sur (Mercosur)<sup>2</sup>.

### **a) Normativos nacionales**

a.1. *Código Penal de 1906*: tipificaba la conducta de “Escritos é imágenes obscenas” en el art. 133, que decía: “*Será reprimido con prisión de quince días á un año, el que publicare, fabricare, ó reprodujere libros, escritos, figuras, imágenes ú objetos obscenos, y el que los expusiere, distribuyere ó hiciere circular*”<sup>3</sup>.

a.2. *Texto originario, Código de 1921 (Ley 11179)*: fue texto inmediato anterior a la reforma vigente. Tenía su fuente en el art. 133 del Proyecto de 1906 y en los arts. 36, 97, inc. 3º, y 141, inc. 1º de la ley 816<sup>4</sup>. El texto derogado decía: “*Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que*

---

2 Al momento de formular este trabajo resultan ser sus miembros plenos Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Está en trámite la solicitud de pasar tal condición del estado asociado Bolivia, siendo los restantes que tiene esta última calidad Chile, Colombia, Ecuador y Perú.

3 E. Raúl Zaffaroni y Miguel Alfredo Arnedo, “*Digesto de Codificación Penal Argentina*”, A-Z editora, Madrid, España, diciembre de 1996, Tomo III, pág. 347.

4 Cf. Jorge L. Marín, “*El Código Penal argentino*”, 2ª ed., Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1997, pág. 166.



*publicare, fabricare o reproducere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular”*. Esta redacción estuvo vigente también durante los períodos comprendidos entre el 29/4/22 y el 31/3/68, así como entre el 6/6/73 y el 15/7/76. En los interregnos que fueron primero entre el 1/4/68 y el 5/6/73, y después entre el 16/7/76 y el 3/9/84, estuvo vigente un texto reformado introducido por las leyes 17.567 (derogada por ley 20.509) y 21.338 (derogada por ley 23.077), respectivamente, en ambos casos con idéntico contenido, que decía: *“Será reprimido con prisión de dos meses a dos años el que publicare, fabricare o reproducere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos, con el propósito de difundirlos o de exponerlos al público y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular. La misma pena se aplicará al que diere espectáculos obscenos de teatro, cinematográficos o televisión, o efectuar transmisiones radiales de ese género. La misma pena se impondrá al que exhiba, venda o entregue a un menor de dieciséis años, libros, escritos, imágenes u objetos que aun no siendo obscenos, puedan afectar gravemente el pudor de aquél, o excitar o pervertir su instinto sexual”*. Sufrió modificaciones por la reforma introducida al Código Penal por la ley 25.087 (BO, 14/5/99), art. 9°.

a.3. *Proyecto Coll - Gómez, de 1937*: preveía la figura de “Publicaciones obscenas y otros hechos similares” en el art. 168, con este texto: *“Se impondrá prisión de tres meses a dos años o multa de cien a mil pesos, al que publicare, fabricare o reproducere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y al que los expusiere, distribuyere o hiciere circular. Se impondrá prisión de uno a tres años, si el delito fuere cometido con fines de lucro o mediante transmisiones de radiotelefonía o en espectáculos teatrales o cinematográficos”*<sup>5</sup>.

a.4. *Proyecto Peco, de 1941*: regulaba las “publicaciones y espectáculos obscenos” en el art. 191, que decía: *“Al que publicare, fabricare o reproducere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos, así*

---

<sup>5</sup> Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., Tomo IV, pág. 692.

*como al que los expusiere, distribuyere o pusiere en circulación, se les aplicará privación de libertad de tres meses a tres años*”<sup>6</sup>.

a.5. *Proyecto de 1951*: en el Capítulo II, “Ofensas al pudor y al honor sexual”, del Título V, “De los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres”, mediante su art. 274 punía los “Fines comerciales o de distribución”. Su texto: “*Se impondrá prisión de uno a tres a años al que, con fines comerciales o de distribución o exposición pública, introdujere al país, exportare, publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos; los expusiere, distribuyere o pusiere en circulación; adoptare cualquier medio de publicidad para favorecer la circulación o el comercio de tales objetos; o ejecutare o hiciere ejecutar espectáculos o audiciones obscenas*”<sup>7</sup>.

a.6. *Proyecto Soler (1960)*: el art. 174 decía: “*Será reprimido con prisión de un mes a dos años el que con propósito de lucro publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos, y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular. La misma pena se aplicará al que con propósito de lucro diere espectáculos obscenos de teatro, cinematógrafo o televisión, o efectuare transmisiones radiales de ese género*”<sup>8</sup>.

## **b) Derecho comparado regional**

La reforma introducida por Ley 26388, en general, ha servido no sólo para actualizar el Código, sino para acercar nuestra legislación interna a las demandas del “*Convenio sobre Cibercriminalidad*” de Budapest (2001) en materia fondal. En el Título 3 dedicado a las “*Infracciones relativas al contenido*”, se prevé un solo artículo, el 9 “*Infracciones relativas a la pornografía infantil*”<sup>9</sup>, que incluye no sólo una

---

6 José Peco, “*Proyecto de Código Penal. Exposición de motivos*”, Instituto de Altos Estudios Jurídicos, Instituto de Criminología, Universidad Nacional de La Plata, 1942, pág. 726..

7 Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., Tomo VI, págs. 104/105.

8 Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., Tomo VI, págs. 455/456.



serie de conductas que propone tipificar, sino también de conceptos que precisan lo que serían para nosotros elementos normativos del tipo.

La propuesta del Convenio con relación a la pornografía limita la intervención penal a los casos que compromete a menores por lo que, desde esta perspectiva, la conflictividad con los ordenamientos locales –en principio– no existe. La salvedad corresponde, en general, porque resulta inevitable la verificación de discrepancias al momento de interpretar los alcances de un elemento normativo teñido fuertemente por condicionantes culturales como es “pornografía” (al igual que, por ejemplo, “obscenidad”) y, en particular, porque la punición de casos en lo que efectivamente no hay intervención de menores en el material pornográfico, sino de persona que aparece como menor o se trata imágenes realistas que representen a un menor (incs. 2.b y 2.c), por lo que quedarían comprendidos casos de imágenes puramente virtuales, sin ninguna base real.

Aquel alcance jurídico del concepto de “pornografía infantil”, para muchos estados que lo han firmado, viene delineado 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). Su art. 2º inc. c), en concordancia con la previsión de Budapest que ahora nos ocupa, dice que *“por pornografía infantil se*

---

9 Su texto: *“1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prever como infracción penal, conforme a su derecho interno, las siguientes conductas cuando éstas sean cometidas dolosamente y sin autorización:*

- a. la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático;*
  - b. el ofrecimiento o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático;*
  - c. la difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático;*
  - d. el hecho de procurarse o de procurar a otro pornografía infantil a través de un sistema informático;*
  - e. la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos.*
- 2. A los efectos del párrafo 1 arriba descrito, la «pornografía infantil» comprende cualquier material pornográfico que represente de manera visual:*
- a. un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;*
  - b. una persona que aparece como un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;*
  - c. unas imágenes realistas que representen un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.*
- 3. A los efectos del párrafo 2 arriba descrito, el término «menor» designa cualquier persona menor de 18 años. Las Partes podrán exigir un límite de edad inferior, que debe ser como mínimo de 16 años.*
- 4. Los Estados podrán reservarse el derecho de no aplicar, en todo o en parte, los párrafos 1 (d) y 1 (e) y 2 (b) y 2 (c)”.*

*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”.*

En la región, tanto en Argentina como en Brasil (en su primera aproximación en 2003), en la discusión parlamentaria de sus respectivas leyes modificatorias internas se optó por excluir las meras simulaciones de los tipos penales por su conflictividad constitucional, ya sea por contraposición con la libertad de expresión (representaciones artísticas, por ejemplo) o por posible derecho penal de autor (punición de la tendencia pederasta). No obstante, se trata conforme el inc. 4 del Convenio de dos de los casos en que los estados pueden formular reserva (los otros son el procurarse o procurarle a otro, y la simple posesión de material prohibido). Corresponde aclarar que, en su segunda reforma del año 2008, en Brasil, se cambió de posición e incluyó a la pornografía “virtual” y también a la simple tenencia de imágenes como las referidas.

Escrutadas las legislaciones nacionales, se encuentran tipos específicos en:

b.1. *Brasil*: el Estatuto del Menor y del Adolescente (ECA, Estatuto da Criança e Adolescente, Ley 8069/90), tipifica la conducta desde su reforma por Ley 10.764 (del 12/11/03) al art. 241, ampliando el crimen de “*pornografía infantil*”. En 2008, el “ECA” fue de nuevo modificado masivamente en sus previsiones penales por Ley 11829/08, con la intención de actualizarlo en el tema pedofilia.

Al presente las normas de interés en la materia que nos ocupa son los arts. 240<sup>10</sup>, 241<sup>11</sup>, 241-A<sup>12</sup> (cuyo parág. 2º incluye la responsabilidad del ISP que debidamente notificado no deshabilita el acceso

---

10 Su texto: “*Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente. Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.*

§ 1º *Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contraseña.*

§ 2º *Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:*

*I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;*

*II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou*

*III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento”.*

11 Dice: “*Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa”.*



al contenido), el 241-B<sup>13</sup> (punición de la simple tenencia de material pornográfico infantil), el 241-C<sup>14</sup> (incorpora la punición de las escenas simuladas, que son también incluidas en la previsión de aclaración conceptual en el art. 241-E<sup>15</sup>) y, finalmente, el art. 241-D<sup>16</sup> (punición del grooming).

b.2. *Chile*: por ley N° 19927 del 14/1/04, modificatoria tanto del código sustantivo como adjetivo, entre otros delitos contra la integridad sexual de los menores se trata la pornografía infantil. En lo que hace al primero, que es lo que aquí interesa, los tipos de mayor interés son los de los arts. 366 quáter<sup>17</sup> (conductas de significación sexual frente a menores), 366 quinquies<sup>18</sup> (producción de material pornográfico con menores), 374bis<sup>19</sup> (cadena de comercialización a exhibición en cualquier soporte del

---

12 Con esta redacción: *“Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.*

§ 1º *Nas mesmas penas incorre quem:*

*I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;*

*II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.*

§ 2º *As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo”.*

13 Su texto: *“Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:*

*Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*

§ 1º *A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo.*

§ 2º *Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por:*

*I – agente público no exercício de suas funções;*

*II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo;*

*III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário.*

§ 3º *As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido”.*

material prohibido, así como adquisición y almacenamiento de aquel) y 374ter<sup>20</sup> (fija competencia a partir de un punto de acceso en territorio chileno).

b.3. *Colombia*: los tipos penales concernientes a la pornografía infantil han quedado delineados mediante sendas reformas al C.P. del año 2009. La pornografía con personas menores de 18 años en el art. 218<sup>21</sup> (cf. Ley 1336) y la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años en el art. 219-A<sup>22</sup> (cf. Ley 1329).

b.4. *Ecuador*: mediante la Ley 2005-2 (del 23/6/05) introdujo en su C.P. un capítulo sin número concerniente a los “Delitos de Explotación Sexual” que, a través de varios artículos también sin número,

14 Dice: *“Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.*

*Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo”.*

15 Con la siguiente redacción: *“Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”.*

16 Su texto: *“Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.*

*Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:*

*I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;*

*II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita”.*

17 Su texto: *“Artículo 366 quáter.- El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.*

*Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, la pena será presidio menor en su grado máximo.*





pune la pornografía infantil entre otras conductas disvaliosas que incluyen hasta la oferta de turismo sexual. La norma que aquí interesa es el primer artículo sin número<sup>23</sup>.

b.5. *Paraguay*: la Ley 2861/06 “*De represión del comercio y la difusión comercial o no comercial de material pornográfico, utilizando la imagen u otra representación de menores o incapaces*”, introdujo la punición de la utilización de niños, niñas y adolescentes en pornografía (art. 1º) o su exhibición en actos sexuales (art. 3º), la difusión o comercialización de pornografía infantil (art. 2º), contemplándose diversas situaciones agravantes (art. 4º). Luego, la reforma por Ley 4439 (2011) al C.P.,

---

*Con iguales penas se sancionará a quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1º del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363”.*

18 Dice: *“Artículo 366 quinquies.- El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo.*

*Para los efectos de este artículo y del artículo 374 bis, se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales”*

19 Tiene la siguiente redacción: *“Artículo 374 bis.- El que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.*

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

20 Su texto: *“Artículo 374 ter.- Las conductas de comercialización, distribución y exhibición señaladas en el artículo anterior, se entenderán cometidas en Chile cuando se realicen a través de un sistema de*

modificó su art. 140<sup>24</sup> que es el ahora regente y entre su variado catálogo de conductas típicas incluye la simple posesión de material prohibido (parág. 4°).

b.6. *Perú*: por la modificación al art. 181-A<sup>25</sup> del CP mediante Ley N° 29408 (18/9/09) se tipificó la promoción, publicidad, favorecimiento o facilitación de la explotación sexual comercial de menores por cualquier medio, incluyendo expresamente los electrónicos, magnéticos y a través de Internet. A su vez, dentro de las ofensas al pudor público, el art. 182-A sanciona la publicación en los medios de comunicación sobre delitos de libertad sexual a menores, mientras que más específico a nuestro objeto,

---

*telecomunicaciones al que se tenga acceso desde territorio nacional*".

21 Su texto: *"El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro.*

*La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima*".

22 Dice: *"El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación, para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de 18 años de edad, incurrirá en pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y siete (67) a (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán hasta en la mitad (1/2) cuando las conductas se realizaren con menores de catorce (14) años*".

23 En su parte pertinente dice: *"Art. ... (1).- (Agregado por el Art. 18 de la Ley 2005-2, R.O. 45, 23-VI-2005).- Quien produjere, publicare o comercializare imágenes pornográficas, materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato, u organizare espectáculos en vivo, con escenas pornográficas en que participen los mayores de catorce y menores de dieciocho años, será reprimido con la pena de seis a nueve años de reclusión menor ordinaria, el comiso de los objetos y de los bienes producto del delito, la inhabilidad para el empleo, profesión u oficio.*

*Con la misma pena incurrirá quien distribuyere imágenes pornográficas, cuyas características externas hiciere manifiesto que en ellas sea (SIC) grabado o fotografiado la exhibición de mayores de doce y menores de dieciocho años al momento de creación de la imagen.*



el art. 183 pena las exhibiciones y publicaciones obscenas a menores y el art. 183-A<sup>26</sup> se ocupa de la pornografía infantil (texto modificado por Ley 28251 del 8/6/04).

b.7. *Uruguay*: el viejo art. 278<sup>27</sup> del C.P. mantiene la punición de la pornografía en general. No obstante, por Ley 17559 (27/9/02) se aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía. Además, por Ley 17815 (6/9/04), se reguló la “Violencia sexual comercial o no comercial cometida contra niños, adolescentes e incapaces”, consagrando varios nuevos tipos penales: la

---

*Con la misma pena será reprimido quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico en cuyas imágenes participen menores de edad...”*

**24** Dice: “*Pornografía relativa a niños y adolescentes.*”

*1° El que:*

- 1. produjere publicaciones, en el sentido del Artículo 14, inciso 3°, que representen actos sexuales con participación de personas menores de dieciocho años de edad o la exhibición de sus partes genitales;*
- 2. organizara, financiara o promocionara espectáculos, públicos o privados, en los que participe una persona menor de dieciocho años en la realización de actos sexuales, o;*
- 3. distribuyera, importara, exportara, ofertara, canjeara, exhibiera, difundiera, promocionara o financiara la producción o reproducción de publicaciones en sentido del numeral 1, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa.*

*2° El que reprodujera publicaciones según el numeral 1 del inciso 1°, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa.*

*3° La pena de los incisos anteriores podrá ser aumentada hasta diez años cuando:*

- 1. las publicaciones y espectáculos en el sentido de los incisos 1° y 2° se refieran a menores de catorce años o se dé acceso a los menores de dicha edad a publicaciones y espectáculos, en sentido de los incisos citados;*
- 2. el autor tuviera la patria potestad, deber de guarda o tutela del niño o adolescente, o se le hubiere confiado la educación o cuidado del mismo;*
- 3. el autor operara en connivencia con personas a quienes compete un deber de educación, guarda o tutela respecto del niño o adolescente;*
- 4. el autor hubiere procedido, respecto del niño o adolescente, con violencia, fuerza, amenaza, coacción, engaño, recompensa o promesa remuneratoria de cualquier especie; o*
- 5. el autor actuara comercialmente o como miembro de una banda dedicada a la realización reiterada de los hechos punibles señalados.*

*4° El que obtuviera la posesión de publicaciones en el sentido de los incisos 1° y 3°, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.*

*5° Se aplicará, en lo pertinente, también lo dispuesto en los Artículos 57 y 94”.*

**25** Dice: “*Artículo 181-A.- Explotación sexual comercial infantil y adolescente en ámbito del turismo*”

fabricación o producción de material pornográfico con utilización de personas menores de edad o incapaces (art. 1<sup>28</sup>), el comercio y difusión de material pornográfico en que aparezca la imagen u otra forma de representación de personas menores de edad o personas incapaces (art. 2<sup>29</sup>), el facilitamiento de la comercialización y difusión de material pornográfico con la imagen u otra representación de una o más personas menores de edad o incapaces (art. 3<sup>30</sup>), la retribución o promesa de retribución a personas menores de edad o incapaces para que ejecuten actos sexuales o eróticos de cualquier tipo (art. 4<sup>31</sup>), la contribución a la explotación sexual de personas menores de edad o incapaces (art. 5<sup>32</sup>) y el tráfico de personas menores de edad o incapaces (art. 6<sup>33</sup>).

---

*El que promueve, publicita, favorece o facilita la explotación sexual comercial en el ámbito del turismo, a través de cualquier medio escrito, folleto, impreso, visual, audible, electrónico, magnético o a través de Internet, con el objeto de ofrecer relaciones sexuales de carácter comercial de personas de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro (4) ni mayor de ocho (8) años.*

*Si la víctima es menor de catorce años, el agente, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis (6) ni mayor de ocho (8) años.*

*El agente también será sancionado con inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 4 y 5.*

*Será no menor de ocho (8) ni mayor de diez (10) años de pena privativa de la libertad cuando ha sido cometido por autoridad pública, sus ascendientes, maestro o persona que ha tenido a su cuidado por cualquier título a la víctima”.*

26 En su parte pertinente dice: *“Artículo 183-A.- Pornografía infantil. El que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o publica, importa o exporta objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas, o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico, en los cuales se utilice a menores de catorce a dieciocho años de edad, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa.*

*Cuando el menor tenga menos de catorce años de edad la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento cincuenta a trescientos sesenta y cinco días multa...”.*

27 Dice: *“Comete delito de exhibición pornográfica el que ofrece públicamente espectáculos teatrales o cinematográficos obscenos, el que transmite audiciones o efectúa publicaciones de idéntico carácter. Este delito se castiga con la pena de tres a veinticuatro meses de prisión”.*

28 Con la siguiente redacción: *“El que de cualquier forma fabricare o produjere material pornográfico utilizando a personas menores de edad o personas mayores de edad incapaces, o utilizare su imagen, será castigado con pena de veinticuatro meses de prisión a seis años de penitenciaría”.*



b.8. *Venezuela*: en el capítulo IV “De los delitos contra niños, niñas o adolescentes” de la LECDI de 2001 se pune la difusión o exhibición de material pornográfico (art. 23<sup>34</sup>) y la exhibición pornográfica de niños o adolescentes (art. 24<sup>35</sup>) usando tecnologías de información.

b.9. *Bolivia*: es el estado que no ha actualizado su legislación pese a su relativamente joven código de 1997, en el que mantuvo la tradicional punición de los llamados “ultrajes al pudor” en sus arts. 323<sup>36</sup> y 324<sup>37</sup>.

---

29 Su texto: *“El que comerciare, difundiere, exhibiere, almacenare con fines de distribución, importare, exportare, distribuyere u ofertare material pornográfico en el que aparezca la imagen o cualquier otra forma de representación de una persona menor de edad o persona incapaz, será castigado con pena de doce meses de prisión a cuatro años de penitenciaría”.*

30 Su texto: *“El que de cualquier modo facilitare, en beneficio propio o ajeno, la comercialización, difusión, exhibición, importación, exportación, distribución, oferta, almacenamiento o adquisición de material pornográfico que contenga la imagen o cualquier otra forma de representación de una o más personas menores de edad o incapaces será castigado con pena de seis meses de prisión a dos años de penitenciaría. A los efectos del presente artículo y de los anteriores, se entiende que es producto o material pornográfico todo aquel que por cualquier medio contenga la imagen u otra forma de representación de personas menores de edad o incapaces dedicadas a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o la imagen o representación de sus partes genitales, con fines primordialmente sexuales”.*

31 Dice: *“El que pagare o prometiére pagar o dar a cambio una ventaja económica o de otra naturaleza a persona menor de edad o incapaz de cualquier sexo, para que ejecute actos sexuales o eróticos de cualquier tipo, será castigado con pena de dos a doce años de penitenciaría”.*

32 Su redacción es: *“El que de cualquier modo contribuyere a la prostitución, explotación o servidumbre sexual de personas menores de edad o incapaces, será castigado con pena de dos a doce años de penitenciaría.- La pena será elevada de un tercio a la mitad si se produjere con abuso de las relaciones domésticas o de la autoridad o jerarquía, pública o privada, o la condición de funcionario policial del agente”.*

## 2. Tipo Objetivo

### a) Bien jurídico

Respecto del originario art. 128 del C.P. de 1921, recuerda Reinaldi que un amplio sector de la doctrina y jurisprudencia consideraban que se trataba de una excepción al título de los “Delitos contra la honestidad”, porque no se protegía al individuo sino a la sociedad, toda vez que lesionaban al pudor público, mientras que otros estimaban que, en esos casos, el bien jurídico protegido no era la sociedad

---

33 Su texto: *“El que de cualquier modo favorezca o facilite la entrada o salida del país de personas menores de edad o incapaces, para ser prostituidas o explotadas sexualmente, será castigado con pena de dos a doce años de penitenciaría”.*

34 Dice: *“Todo aquel que, por cualquier medio que involucre el uso de tecnologías de información, exhiba, difunda, transmita o venda material pornográfico o reservado a personas adultas, sin realizar previamente las debidas advertencias para que el usuario restrinja el acceso a niños, niñas y adolescentes, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias”.*

35 Con esta redacción: *“Toda persona que por cualquier medio que involucre el uso de tecnologías de la información, utilice a la persona o imagen de un niño, niña o adolescente con fines exhibicionistas o pornográficos, será penada con prisión de cuatro a ocho años y multa de cuatrocientas a ochocientas unidades tributarias”.*

36 Dice: *“(ACTOS OBSCENOS).- El que en lugar público o expuesto al público realizare actos obscenos o los hiciere ejecutar por otro, incurrirá en reclusión de tres meses a dos años”.*

37 Su texto: *“(PUBLICACIONES Y ESPECTACULOS OBSCENOS).- El que con cualquier propósito expusiere públicamente, fabricare, introdujere en el país o reprodujere libros, escritos, dibujos, imágenes u otros objetos obscenos, o el que los distribuyere o pusiere en circulación, o el que públicamente ofreciere espectáculos teatrales o cinematográficos u otros obscenos, o transmitiere audiciones de la misma índole, será sancionado con reclusión de tres meses a dos años”.*



sino la libertad del individuo<sup>38</sup>. Con mayor ceñimiento, Jiménez de Asúa apuntaba que el problema de la punición era sólo respecto a los menores de edad: “*es decir la protección de la moralidad, del pudor y de la honestidad de quien aún no es adulto*”<sup>39</sup>.

Luego de la reforma, siguiendo en este punto a Cafferata Nores, parece claro que “*el objetivo primario de la incriminación reside en reprimir la explotación de niños en la producción de imágenes pornográficas*”<sup>40</sup>. De lo expuesto se puede colegir, que ya no se protege lo que puedan ver mayores de edad, sino que el paradigma es otro: es la prohibición de utilizar menores de 18 años para la realización de las acciones que prescribe la norma, en cuanto implican un ataque a la indemnidad o integridad sexual de los menores, sin diferencia obviamente de sexo, ni interferencias de terceros en su desarrollo. Por eso, tanto Gavier<sup>41</sup> como Reinaldi<sup>42</sup> apuntan que el bien jurídico que se ha querido tutelar es el normal

---

38 Reinaldi, Víctor Félix; *Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25087*, Marcos Lerner Editora, 1999, pág. 203.

39 Jiménez de Asúa, Luis; “*La protección penal del pudor público*”, en “*El Criminalista*”, 2º serie, Tomo V, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1961.

40 “*Antecedentes Parlamentarios*”, LL, Año VI, N°5, junio 1999, p.1616

41 Gavier, Enrique A., *Delitos contra la integridad sexual. Análisis de la ley 25.087*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999, pág. 89.

42 Ob.cit., pág. 206.

desarrollo psíquico y sexual de quienes no han cumplido la edad de dieciocho años y que, por lo tanto, no han alcanzado suficiente madurez, e impedir que se recurra a ellos para protagonizar esas exhibiciones sin medir los daños que a causa de ello puedan sufrir. Nosotros hemos agregado en su oportunidad, patentizando la complejidad del objeto de protección, a la dignidad del menor que es ciertamente un bien jurídico comprendido y al que se atiende cuando se penalizan conductas como las de producción, publicación o distribución de imágenes pornográficas en que se exhiben menores<sup>43</sup>.

El límite de edad viene establecido por normas convencionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.). Así, la Convención sobre los Derechos del Niño que establece en el art. 1° hasta los 18 años de edad para ser considerado menor y que, por ende, el legislador nacional no lo puede trasvasar (art. 75 inc. 12 C.N.). Con acierto advierte Reinaldi que debería ampliarse la protección comprendiendo no sólo a los menores de edad, sino también a los incapaces, como lo hace el código penal español<sup>44</sup>.

El problema de la extensión del tráfico de material y producción de contenidos de pornografía vinculada a los menores se ha visto facilitado por las nuevas tecnologías de la información y reflejado, en los últimos tiempos, en el incremento de procedimientos judiciales internacionales sobre los que a diario dan cuenta diversos medios periodísticos. La NHC, organización no gubernamental del Reino Unido dedicada a la protección de la infancia, ha revelado estadísticas que indican que los delitos relacionados con la pornografía infantil, gracias a Internet, se han incrementado un 1500 % desde 1988<sup>45</sup>. Hay quien, incluso, aventura la detección de un nuevo tipo de “delincuente sexual”, que establece contacto con un niño por medio de Internet “*y está dispuesto a recorrer distancias quizás*

---

43 En el comentario a esta norma que realizara M.A.Riquert en AAVV “*Código Penal y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*”, dirigido por Baigún-Zaffaroni, Hammurabi, Bs.As., tomo IV, 2° edición, 2010.

44 Ob.cit., p.206/207.

45 Cf. informa Martín Rico, en su trabajo “*La interpretación del art. 2 de la ley 26388 a la luz de las recomendaciones internacionales en materia de ciberdelitos*”, pub. en el “Suplemento de Derecho y Altas Tecnologías” de la Biblioteca Jurídica Online “el Dial.com” ([www.elDial.com.ar](http://www.elDial.com.ar)), edición del 13/6/08.





*enormes, a través de Estados, continentes y países, a fin de encontrarse con el niño y abusar sexualmente de él*<sup>46</sup>.

Estamos frente a una actividad gravemente disvaliosa en la que la nota de globalización se ha acentuado justamente por la aparición de herramientas que permiten la configuración de verdaderas “redes” delictivas. Se trata, además, de un tema que genera alto nivel de consenso en cuanto a la necesidad de afrontarlo a nivel global, siendo muy importante la cantidad de documentos suscriptos sobre el particular, partiendo de la “Convención sobre los Derechos del Niño” de Naciones Unidas, en vigor desde 1990, aprobada en Argentina por ley 23849 y que goza de jerarquía constitucional, por vía del art. 75 inc. 22 desde la reforma de nuestra Carta Magna de 1994 y prevé en su art. 34 la protección al menor “*contra todas las formas de explotación y abusos sexuales*”, formando parte de las obligaciones que impone, como resalta Marcelo P. Vázquez, “*la adopción de todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral para impedir la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; y la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos*”<sup>47</sup>.

### **b) Verbo Típico**

El artículo establece en sus párrafos distintos tipos penales que, además, siguiendo una práctica asumida por el legislador en otras ocasiones, utilizan una sucesión de verbos típicos con los que procura alcanzar todo lo que configuraría la cadena de elaboración y comercialización de la pornografía infantil. Así, las diferentes acciones son presentadas como una secuencia o conformando una suerte de cascada en la que, sin importar el momento o eslabón en que se detenga la actividad, a todo se lo conmina con la misma pena en abstracto. Pasemos al detalle:

---

46 Cf. Marcelo P. Vázquez, en su trabajo “*La explotación sexual comercial de la niñez y su relación con la red Internet*”, pub. en CDJP, Ad-Hoc, Bs.As., Nº 18-19, 2005, págs. 644/645.

47 Antes citado, pág. 646.

**b.1.** En el primer párrafo se punen las acciones de *producir, financiar, ofrecer, comerciar, publicar, facilitar, divulgar o distribuir*, por cualquier medio, imágenes pornográficas de menores de 18 años, así como *organizar* espectáculos en vivo de aquel tenor en que participen menores.

Así, debemos entender las acciones típicas con los siguientes alcances:

a) Produce: aquella persona que las fabrica, las hace o las crea por medios mecánicos o electrónicos<sup>48</sup>.

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

c) Ofrece el material: quien compromete la entrega del material en forma voluntaria.

d) Comercia: quien como eslabón intermedio entre quien produce y quien consume, realiza una actividad de facilitación y promoción de la cadena del circuito comercial, a título lucrativo, ya sea comprándolas, vendiéndolas o de alguna otra forma que implique una circulación de dinero o bienes de naturaleza económica.

e) Publica: en principio es lo que hace quien las imprime a las fotos o imágenes en un soporte físico con la intención de que otros conozcan. Como el tipo dice que puede serlo por cualquier medio, se incluiría a quien las “publica” subiéndolas y poniéndoles a disposición en la Internet. Queda claro que la facilidad de propagación de una imagen en la web es muy superior a la de un medio gráfico. No obstante, advertimos que no sería de descartar se propiciaran interpretaciones más cerradas, vinculadas al mundo físico, con base en supuesto quebranto del principio de *lex stricta*, por aplicación de una suerte de analogía *in mala partem*. Sin embargo, parece que la actual redacción, al no distinguir entre medios, aventa tal posibilidad.

f) Facilita: aquel que proporciona o hace entrega a otro el material.

g) Divulga o distribuye: significa entregar o hacer llegar a los adquirentes o destinatarios el material sabiendo de su contenido<sup>49</sup>.

---

48 Reinaldi, Víctor F; ob. cit.; pág. 207/08. Señala el autor, citando a Adolfo Roberto Vázquez, que muchas veces que a partir de fotografías inocuas obtenidas a niños o niñas luego se alteran por medio de la tecnología y aparecen desnudos y en posiciones sexuales con mayores de edad.

49 En igual sentido Núñez, ob.cit., T.IV, pág. 382; Creus, ob.cit. T.I., pág. 244, Donna, T.I, ob.cit., pág.735.



h) Organiza espectáculos en vivo: aquel que se encuentra a cargo de la coordinación de todos los medios, ya sea personas, técnicos e infraestructura para poder llevar a cabo la representación. Cumpliría esta persona la función de una suerte de *productor ejecutivo*.

Adviértase que la última parte, vinculada a la organización de espectáculos, bien podría haber sido un párrafo separado ya que no guarda la estrecha vinculación que tienen los otros verbos que le preceden al no relacionarse con una actividad en vivo y directo. En todos los casos, se trata de tipo activo, de resultado e instantáneo, de pluralidad de actos, también denominado mixto alternativo<sup>50</sup>.

Referencia jurisprudencial de interés, la Sala 1 de la CNCyC, ha señalado que *“La figura de la distribución de imágenes pornográficas de menores de dieciocho años de edad que regula el artículo 128, 2º párrafo del Código Penal, castiga la distribución de imágenes pornográficas de menores de dieciocho años de edad y no el mero hecho de recibir este tipo de fotografías. Es necesario no sólo recibir, sino además, enviar a otras personas imágenes pornográficas de menores de edad. Aquí también es importante señalar que la descripción penal alude a la voz distribución de imágenes, hecho éste que descarta el mero envío de textos sólo referidos a ella”*<sup>51</sup>.

Por lo pronto, es claro que las TICs han dado lugar al surgimiento de nuevas formas de intercambio y obtención de representaciones sexuales de menores que van desde la difusión mediante la creación de páginas web (primera fase), la aparición de los “clubes de pornografía infantil” (segunda

---

50 Arocena, Gustavo A; *“Ataques a la integridad sexual”*, Astrea, Bs.As., 2012, pág. 107.

51 Fallo del 25/4/02, causa Nº 18108 “N., G.A.”, citado por Donna, de la Fuente, Maiza y Piña, en su obra *“El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia”*, Rubinzal-Culzoni editores, Tomo II, arts. 79 a 161, Bs.As./Santa Fe, 2003, pág. 630. Allí, puede consultarse la síntesis del caso “M., E.” de la Sala V del mismo Tribunal (fallo del 16/10/02, causa Nº 19902), que sobreseyó respecto de la conducta de distribución sobre la base de entender que pune algo más que el simple envío a un destinatario, sino que presupone un número indeterminado de receptores, el que fuera revocado por prematuro por la Sala 1 de la C.N. de Casación Penal.

fase) y la información, captación, publicidad y puesta en contacto con el cliente consumidor de materiales o servicios (tercera fase) —sin desconocer que convive junto al comercio un fenómeno asociativo informal y sin ánimo de lucro económico—<sup>52</sup>; así como “*otros modos de satisfacer o incitar las inclinaciones sexuales con menores a través de la red, generando un amplio debate en torno a su criminalización, al entenderse como propiciadoras o favorecedoras de la explotación sexual infantil, pues la estimulan o justifican: la pornografía infantil técnica, la pseudopornografía infantil, la pornografía infantil virtual, la apología de la pornografía o de la pedofilia, etc.*”<sup>53</sup>.

**b.2.** En el segundo párrafo se introduce como típica la *tenencia* de tales representaciones con fines inequívocos de distribución o comercialización. La nota de “inequívocidad” es producto acertado de la intervención de la llamada Cámara “vieja”, ya que la Diputados no había incluido tal precisión.

Refiriéndonos al texto ahora sustituido<sup>54</sup>, habíamos señalado nuestra coincidencia con la acertada observación de Hugo Alfredo y Gustavo Juan Vaninetti sobre la necesidad de un debate acerca de la eventual incorporación de las figuras de posesión simple de material pornográfico infantil y posesión preordenada para venta, distribución o exhibición de material pornográfico infantil. El 2º párrafo del tipo actual, recoge la previsión del Protocolo aprobado por Ley 25763, cuyo art. 3º dispone: “*todo Estado parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeren queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente... c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil*”<sup>55</sup>.

---

52 Ruiz Rodríguez y González Agudelo, “El factor tecnológico en la expansión del crimen organizado”, pub. en AAVV “Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de política criminal”, Comares, Granada, 2008, págs. 25/27.

53 Ruiz Rodríguez y González Agudelo, ob.cit., pág. 24.

54 En M.A.Riquert, “Comentario...”, ya citado, T. 4, 1º edición.



Similar en el derecho comparado puede citarse el art. 189.1.B del C.P. español, vigente desde 1999, que incluye con pena de forma atenuada la mera posesión si es para uso propio. Si bien ofrece como dificultad la de probar tal preordenación, esto es un problema de índole procesal que en nada obstaculiza la razonabilidad del tipo.

En cuanto a la simple posesión, no incorporada por la Ley 26388, si bien como ya se vio tiene un antecedente importante en el Convenio de Budapest, ciertamente se trata de un tipo que merece un debate amplio que, por un lado, conlleva el problema de la polémica acerca de su posible incursión en ámbitos de reserva de moral sexual en equiparación con otras conductas mucho más graves y de directa lesividad<sup>56</sup> y, por otro, no difiere demasiado del genérico alrededor de las figuras de “tenencia” punibles y los delitos de peligro abstracto, que excede el objeto de este trabajo. Martín Rico sostiene que, al no incorporar la ley como supuesto típico este orden de tenencias, se estaría obedeciendo a lo normado en el art. 19 de la C.N. (principio de reserva), por lo que “*no estaría cometiendo delito quien navega en páginas que contienen pornografía infantil*”<sup>57</sup>.

**b.3.** Por último, el tercer párrafo tipifica la *facilitación* de acceso al menor a *ver espectáculos pornográficos* o el *suministro* de material de ese cariz. Las acciones típicas establecidas en la norma son las de facilitar el acceso, que es lo que hace quien permite el ingreso de un menor, ya sea no controlando su documento de identidad, o directamente permitiendo el ingreso y que puede serlo a título gratuito u

---

55 Cf. Vaninetti-Vaninetti, “*La posesión simple y preordenada de material con pornografía infantil. Internet: su incidencia. Necesidad de una doble inclusión en el Código Penal*”, pub. en “El Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia”, ED, Nº 7, julio de 2007, págs. 6/12.

56 Cf. Ruiz Rodríguez y González Agudelo, ya citados, pág. 22.

57 Antes citado, pág. 2.

oneroso; y además la de suministrar material, que es lo que realiza aquel que se lo provee al menor para que pueda verlo en el lugar o se lo lleve<sup>58</sup>.

Un tema interesante que plantea este párrafo cuando pune el “suministro” de material pornográfico a menores de 14 años es mencionado por Pont Vergés, quien entiende que esta acción alcanza a quienes crean y mantienen un sitio web (proveedores de contenidos), que pone a disposición del público en general material pornográfico, siempre que no tomen los recaudos plausibles para que los menores de 14 años no ingresen a ellos. Recuerda además, en cuanto a los ISP, la vigencia de la Ley 25690, que les obliga a ofrecer software de protección (filtros) que impida el acceso de menores a sitios específicos para adultos, al momento de prestar su servicio<sup>59</sup>.

**b.4.** Para cerrar este punto, si se hace un rápido repaso de las modificaciones más significativas introducidas mediante la Ley 26388, deben destacarse las siguientes:

b.4.1. Se pasó de no mencionar ningún medio de concreción para las acciones típicas a explicitar que puede serlo cualquiera;

b.4.2. El elenco de conductas típicas anterior (“producere”, “publicare”, “distribuyere” y “organizare”, de sus primeros dos párrafos), se concentraron en el primer párrafo actual, en el que se agregaron las de “financiare”, “ofreciere”, “comerciare”, “facilitare” y “divulgare”;

b.4.3. Con pena atenuada se incorporó en el nuevo segundo párrafo la conducta de “*tenencia... con fines inequívocos de distribución o comercialización*” de las representaciones pornográficas de menores.

### **c) Otros Elementos**

El primer párrafo de la norma nos ayuda, en una interpretación sistémica, para comprender el último del artículo en estudio, toda vez que se reemplaza el concepto de lo “obsceno” (como lo establecía el texto originario de 1921), por lo “pornográfico”. Si bien ambos conceptos resultan ser

---

58 En igual sentido Gustavo Arocena, ob.cit.; pág.115

59 Francisco Pont Vergés, en su trabajo “¿Debe prohibirse y sancionarse penalmente la divulgación de pornografía?”, pub. en el “Suplemento de Derecho y Altas Tecnologías” de la Biblioteca Jurídica Online “el Dial.com” ([www.elDial.com.ar](http://www.elDial.com.ar)), edición del 12/9/07, pág. 8.



ambiguos, a la hora de encontrar un concepto normativo satisfactorio que exige la ley penal, debemos recordar que el primer párrafo establece “*actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales*” lo que, como primera aproximación diferencial, implica un requerimiento de mayor grado de intensidad que el texto anterior. Se alude a que esas imágenes (pinturas, fotografías, películas), deben tener contenido de sexo explícito y no meramente de carácter sexual u obsceno. Debe tratarse de imágenes de menores de 18 años de edad, lo que se conoce como “pornografía infantil”.

Pero, insistimos, se afronta la siempre difícil determinación conceptual de elementos normativos de enorme porosidad e imprecisión que llevan este tipo de figuras, como qué debe entenderse justamente por “pornografía infantil”. En anterior trabajo<sup>60</sup> hemos señalado que, para un sector de la doctrina, habiendo quedado fuera la pornografía entre y para adultos, podría entenderse que algo del problema se ha minimizado. Así, Fernando M. Bosch recuerda que la Corte Suprema estadounidense en el caso “New York c. Ferber”, de 1982, resolvió que la pornografía infantil no requería siquiera ser legalmente calificada como obscena antes de ser prohibida<sup>61</sup>. Sobre lo correcto de aquella limitación, tan postergada, puede recordarse que ya decía a comienzos de la década del sesenta Jiménez de Asúa: “*Me parece una pretensión absurda tratar de obligar a gente adulta a que vea o deje de ver lo que a una ley, a un fiscal, a un juez o a un censor se le antoje ordenar o prohibir... El único problema, a mi juicio, es el de los menores: la protección de la moralidad, del pudor y de la honestidad de quien aún no es adulto*”<sup>62</sup>.

60 En la obra de M.A.Riquert “*Delincuencia informática en Argentina y el Mercosur*”, prologada por el Dr. David Baigún, Ediar, Bs.As., 2009.

61 Bosch, en su trabajo “*Las publicaciones obscenas, la pornografía y un fallo ejemplar*”, pub. en L.L., T. 1986-D, pág. 441.

62 Luis Jiménez de Asúa, en “*La Protección Penal del Pudor Público*”, pub. en “*El Criminalista*”, 2º serie, Tomo V, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1961, págs. 146/147.

Por su parte, Zulita 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 entraña la producción, la distribución o el uso de ese material”*. Aclara que la expresión “utilización de niños en la pornografía” dio paso a varias interpretaciones, entre las que destaca las siguientes: *“todo material audiovisual que utilice a los niños en un contexto sexual”* y *“Una representación permanente de un menor de 18 años en un acto sexual explícito, real o simulado, o la exhibición obscena de sus órganos genitales. Se incluye en el acto sexual explícito, sin quedar limitada a ellas, las siguientes operaciones: relación vaginal, relación anal, fellatio, cunnilingus y analingus”*<sup>63</sup>.

Más allá de que podrían enumerarse cantidad de opiniones y conceptos, en nuestro derecho se ha entendido en tiempos recientes que el alcance jurídico del concepto de pornografía infantil viene delineado por la Ley 25763<sup>64</sup>, cuyo art. 1º aprueba 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). El art. 2º inc. c) dice 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”*.

Adviértase la inclusión expresa de las simulaciones de acto sexual explícito de un menor. Destaca Palazzi con referencia al trámite parlamentario de la Ley 26388 que el texto de Diputados incluía las actividades “simuladas”, que fueron excluidas en Senadores por considerárselo un tema controvertido pese a su previsión por el Protocolo citado<sup>65</sup>. Ciertamente tema espinoso, en la medida que

---

63 En su trabajo *“Comentarios a la ley 25.087 sobre “Delitos contra la Integridad Sexual”*. Modificaciones al Código Penal”, pub. en L.L., Actualidad, diario del 25/11/99. La cita corresponde a págs. 2/3.

64 Pub. en el B.O. del 25 de agosto de 2003.

65 En el trabajo *“Análisis de la ley 26388 de reforma al Código Penal en materia de delitos informáticos”*, pub. en *“Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”*, dirigida por D’Alessio y Bertolino, LexisNexis, Bs.As., N° 7/2008, julio, pág. 1214.





se hiciera públicamente, surgirá rápidamente la dificultad de deslindar límites entre libertad de expresión/manifestación artística y simple apología del delito, en general reprimida por el art. 213 del código penal.

#### **d) Sujeto Activo**

Puede ser cualquier persona que realice las conductas establecidas en la norma por lo que se trata de un delito común, pudiéndose aplicar las reglas generales de la participación. No se ha contemplado agravante por la calidad del autor (por ejemplo, el padre, tutor, curador, etcétera).

#### **e) Sujeto Pasivo**

Hay una razonable diferenciación, ya que las asimétricas modalidades de victimización lo justifican (se insiste desde esta perspectiva en la exigencia de actividad y la nota de pasividad que ofrecen los distintos segmentos del tipo). En definitiva, sólo lo serán los menores de edad de 18 años con relación a la primera parte de la norma. El límite desciende a los de 14 años respecto a menores a los que se le facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o le suministren material pornográfico (3er. párrafo).

### **3. Tipo Subjetivo**

En principio, estamos frente a un tipo penal doloso, no sólo directo sino compatible con un posible dolo eventual. Cuestión que aparece conflictiva es el error acerca de la edad de los menores en las distintas figuras, toda vez que no existe la figura culposa.

Con relación al segundo párrafo, se verifica la exigencia de una ultraintencionalidad, ya que la *tenencia* demanda que sea con fines inequívocos de distribución o comercialización.

### **4. Iter críminis**

---

Todas las conductas descritas por la norma admiten en el íter criminis la tentativa, sin perjuicio de tratarse en la mayoría de los verbos típicos de un delito de mera actividad. Situación diferente, por ejemplo, es la relativa a la publicidad o puesta en circulación de imágenes, filmaciones de menores establecidas en el primer párrafo. Allí, el delito de consuma una vez realizadas las tomas o filmaciones, sin necesidad de que se acredite su divulgación a terceras personas, más allá de las que participaron en la toma de las imágenes. Debemos recordar que lo que protege es la indemnidad sexual y la dignidad de los menores.

El profesor Reinaldi sostiene que al cambiar el bien jurídico protegido, la publicidad deja de ser un requisito del tipo penal, por lo que bastará para que el delito se consuma con la realización de las acciones típicas. Destaca que se utiliza menores como objeto y por ende se los deshumaniza<sup>66</sup>.

Si no fuese un caso de incriminación autónoma de acto preparatorio, el segundo párrafo podría constituir un supuesto de tentativa cuando por razones ajenas a su voluntad, se lo sorprende al distribuidor o comercializador con la tenencia del material pero aún no lo ha puesto en circulación o no alcanzó a venderlo.

De igual forma admitiría la tentativa, el caso del menor al que se le facilita una revista con contenido pornográfico y no logra mirarla por razones ajenas a su voluntad, (ej., vienen sus padres u otro mayor y le sacan el material). O el caso de la persona que le entrega al menor la entrada correspondiente para un espectáculo pornográfico, pero un tercero, que puede ser la persona encargada de recoger los boletos, exige la exhibición del documento de identidad y, por carecer de este o haberse verificado su real edad, se le impide la entrada<sup>67</sup>.

## **5. Concursalidad**

Según Donna, citando a Núñez y Creus, la multiplicidad de conductas del mismo sujeto sobre un mismo objeto no multiplica la delictuosidad, ya que se trata de un delito continuado<sup>68</sup>.

---

66 Ob.cit., pág. 211.

67 Ejemplo mencionado por Gustavo Arocena, ob.cit., pág. 116.



Las figuras descriptas admiten la posibilidad de concurso de delitos, ya sea ideal o real con otros que le preceden en el mismo título, como eventualmente con otras figuras vinculadas a la protección de la integridad física o de la libertad que pudieran conformar el marco en que se da el abuso de los menores.

## 6. Pena

Como se anticipó al momento de presentar los verbos típicos del primer párrafo, el problema básico de la pena conminada en abstracto (recordamos, seis meses a cuatro años de prisión), es que a toda la secuencia de conductas alternativas que allí se enuncian se la asigna idéntica escala y, realmente, cuesta ya no sostener sino entender cuál es la lógica de atribuir idéntico contenido de injusto a quien produce que a quien divulga, a quien ofrece que a quien financia. Valorativamente, ¿es lo mismo publicar unas imágenes pornográficas con intervención de menores que organizar un espectáculo de sexo en vivo con ellos?

La reducción de pena del segundo párrafo, cuatro meses a dos años de prisión para la tenencia inequívoca con fines de distribución o comercialización, rompe con la tradición propia del régimen de estupefacientes (art. 5, Ley 23737), donde la tenencia con fines es equiparada a la comercialización y la distribución. Digámoslo así, en este último régimen, esta particular tenencia se inserta en la secuencia del primer párrafo. Pareciera entonces que, al menos, aquí, al separarse y conminarse con distinta sanción se supera el defecto apuntado respecto de aquel párrafo inicial. Sin embargo, no queda nada claro por qué el mínimo se reduce a dos tercios de aquella escala mientras que el máximo lo hace a la mitad. ¿Por qué esa desproporción?. Vale la pena aclarar que la reducción se debe al trámite en la Cámara de Senadores, ya que la de Diputados la preveía equiparada con la del primer párrafo (manteniendo el criterio ahora abandonado).

---

68 Donna, *"Derecho penal. Parte especial"*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 1999, t. I, pág. 167, donde cita de idéntico temperamento a Núñez y Creus.

Y en cuanto al tercer párrafo, la *facilitación* de acceso al menor de 14 años de edad a *ver espectáculos pornográficos* o el *suministro* de material de ese cariz (en ambos casos, se entiende que protagonizado por mayores), tiene también una reducción que aparece como lógica toda vez que la actitud del menor frente al hecho pornográfica es pasiva –está en posición de observador- y no es el actor o participe del acto sexual, como en los supuestos anteriores. Ahora, frente a esta escala de un mes a tres de prisión, también luce incongruente que si el anticipo punitivo que importa la criminalización de la tenencia del segundo párrafo es considerado, en principio, tres veces más grave en su escala mínima (4 meses) que las conductas de facilitar y suministrar, esto también debiera haber tenido correlato en el máximo. Aclaremos que no estamos postulando incremento de pena, sólo enunciando problemas de proporcionalidad que habría que solucionar.