

Tipo de documento: Tesis de maestría

Escuela de Derecho. Maestría en Derecho Penal

Análisis de legitimidad de la criminalización de la tenencia simple de representaciones de contenido sexual de niños, niñas y adolescentes

Autoría: Artola, Gonzalo Ezequiel

Fecha:2023

¿Cómo citar este trabajo?

Artola, G. (2024). *"Análisis de legitimidad de la criminalización de la tenencia simple de representaciones de contenido sexual de niños, niñas y adolescentes"*. [Tesis de maestría. Universidad Torcuato Di Tella]. Repositorio Digital Universidad Torcuato Di Tella.
<https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/12941>

El presente documento se encuentra alojado en el Repositorio Digital de la Universidad Torcuato Di Tella bajo una licencia Creative Commons Atribución-No comercial-Sin derivadas 4.0 Internacional
Dirección: <https://repositorio.utdt.edu>



UNIVERSIDAD TORCUATO DI TELLA

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

***ANÁLISIS DE LEGITIMIDAD DE LA
CRIMINALIZACIÓN DE LA TENENCIA
SIMPLE DE REPRESENTACIONES DE
CONTENIDO SEXUAL DE NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES.***

AUTOR: GONZALO EZEQUIEL ARTOLA

DIRECTOR: LEANDRO DÍAS LESTON

**FECHA DE PRESENTACIÓN: 27 DE NOVIEMBRE DE
2023**

Análisis de legitimidad de la criminalización de la tenencia simple de representaciones de contenido sexual de niños, niñas y adolescentes.

Gonzalo Ezequiel Artola

1. Introducción y marco teórico.

El trabajo se centra en el delito de tenencia simple de representaciones de contenido sexual de niños, niñas y adolescentes¹ (sin fines de comercialización o para propia visualización), tipificado en el art. 128 del Código Penal. Luego de una serie de reformas al tipo penal², en el año 2018 por ley 27.436 se modificó el art. 128 y se incluyó la simple posesión:

“Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

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

¹ En adelante, NNyA. Además, de acuerdo con las Directrices de Luxemburgo, que brindan orientaciones terminológicas para la protección de NNyA contra la explotación y el abuso sexual, se procurará no utilizar - más allá de lo estrictamente necesario- la expresión “*pornografía infantil*”.

² La reforma introducida al Código Penal por la ley 25.087 (Promulgada el 7 de mayo de 1999), cambió el Título III del Libro Segundo, *Delitos contra la honestidad*, por el de *Delitos contra la integridad sexual*. Aquí se instituyó el tipo penal base, pero únicamente se penaba la distribución de imágenes pornográficas que captasen menores de dieciocho años, no la tenencia. En su parte pertinente, el art. 128 estaba redactado del siguiente modo:

“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”

En el año 2008, se sancionó la ley 26.388 de Delitos Informáticos, que modificó el art. 128 del Código Penal. Aquí es donde se configura el tipo penal como uno de tenencia, únicamente reservado a los fines de distribución o comercialización y, así, el artículo quedó redactado -en su parte pertinente- del siguiente modo:

“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”.

Finalmente, en el año 2018 (ley 27.436), se volvió a reformar el tipo penal, y se incluyó la simple posesión.

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

(...)

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

El hecho de prohibir penalmente la mera tenencia no es una cuestión aislada en nuestro país, sino que se produjo como fruto de un contexto político-criminal internacional que así lo demandaba. Dentro de este contexto, resulta imprescindible citar la Convención de Ciberdelito (Convenio de Budapest) del año 2001³. La Convención contempla, dentro de las acciones punibles, el hecho de procurar el material para sí o terceros (art. 9.1.d), y la mera tenencia (art. 9.1.e). Además, amplía las representaciones cuya tenencia está prohibida, al incluir no solamente las de personas menores adoptando un comportamiento sexualmente explícito (art. 9.2.a), sino también los casos en imágenes protagonizadas por mayores que parecen ser menores de edad (art. 9.2.b) e incluso imágenes realistas que representen a un menor en dicho comportamiento (art. 9.2.c).

Pocos meses antes de criminalizar la mera tenencia, mediante la ley 27.411⁴ Argentina aprobó el Convenio, y estableció como reserva que no regirán “*por entender que son supuestos que resultan incompatibles con el Código Penal vigente*”, los arts. 9.1.d (procurarse representaciones para sí o para un tercero), 9.2.b (imágenes de personas que aparecen como un menor de dieciocho años) y 9.2.c (imágenes realistas que representen a un menor de dieciocho años). En cuanto a la mera posesión (art. 9.1.e), la ley refiere que “*no regirá en su jurisdicción por entender que el mismo sólo es aplicable de acuerdo a legislación penal vigente hasta la fecha, cuando la posesión allí referida fuera cometida con inequívocos fines de distribución o comercialización*”. Esta última cuestión, como se vio párrafos arriba, fue dejada de lado por ley 27.436, que finalmente tipificó la mera tenencia como conducta punible.

Ahora bien, el conocimiento del contexto en el que aparece el delito contribuye a comprender mejor las razones que tuvo el legislador para instituirlo, pero no nos exime de un análisis de legitimidad del tipo penal. Dentro de este marco, puede advertirse el siguiente problema: ¿Cuál es el *contenido de injusto* de la conducta? ¿Qué *fin* persigue la prohibición?

³ La Convención de Budapest, a su vez, tiene como antecedente la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que los Estados parte deben tomar medidas preventivas para hacer frente a la explotación y abuso sexual de niños, llevando adelante las acciones de alcance nacional, bilateral y multilateral para prevenir la explotación de menores en espectáculos o materiales pornográficos (art. 34.c). Por su parte, el Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Aprobado por ley 25.763. Boletín Oficial, 25 de agosto de 2003) define al objeto de criminalización como: “*toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales*” (artículo 2.c). Además, el protocolo establece en su artículo 3.1. que todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, una serie de actos y actividades queden íntegramente comprendidos en su legislación penal. En cuanto a ello, en el inciso “c” se refiere a: “*La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2*”.

⁴ Boletín Oficial, 15 de diciembre de 2017.

En otros términos, ¿cuál es el *bien jurídico* protegido? Esto no está claro, y la incertidumbre pone en cuestión la legitimación de la criminalización de este delito. Para dar respuesta a estos interrogantes, se tomará como punto de partida una concepción que entiende al delito no como la mera infracción a la norma, sino que el delito debe, además de estar legislado, capturar un injusto: una conducta considerada dañina para un bien jurídicamente protegido (*teoría del bien jurídico*⁵).

En un Estado de derecho, además de la justificación del castigo en general (por qué es legítimo castigar a otro y qué fines se persiguen con ello), es importante también tratar la justificación del castigo en particular (por qué es legítimo prohibir penalmente cierta conducta genérica, y qué fines se persiguen con la prohibición puntual). En cuanto al castigo en particular, los fundamentos pueden ser brindados en el proyecto de ley que establece la prohibición, en el debate parlamentario o, en caso de ausencia de fundamentos filosóficos sólidos, la tarea de determinar si hay un fundamento legítimo de la prohibición penal puede recaer en la doctrina o la jurisprudencia. En cualquier caso, es necesario partir de un punto de partida legítimo que justifique la prohibición penal.

El hecho de que se tengan que brindar razones legítimas para prohibir estas conductas genéricas, implica también que ciertos actos que ocurren en el mundo real que, a primera vista, caen dentro del tipo penal, no puedan considerarse prohibidos, por encontrarse fuera del ámbito de aplicación legítima del delito en cuestión. En definitiva, exigir justificación de las prohibiciones penales contribuye a delimitar el ámbito de lo prohibido. En el punto que sigue, se examinarán los principales argumentos utilizados para legitimar la prohibición de la mera tenencia de representaciones de contenido sexual de NNyA, y se comprobará si hay fundamentos convincentes que sustenten la prohibición.

La hipótesis que sostengo es que los argumentos tradicionales encaminados a legitimar la punición de la mera tenencia (por ejemplo, los que surgen de los proyectos que luego se convirtieron en la ley 27.436) no son convincentes. Sin embargo, desarrollaré en este trabajo otro camino argumentativo que *sí* permite legitimar la prohibición de esta conducta, a partir de la protección penal de la intimidad. En última instancia, abordaré las posibles objeciones que podría recibir la justificación de la criminalización que propongo.

2. Argumentos usuales para justificar la criminalización.

a. Integridad sexual de los NNyA.

El primer argumento invocado consiste en postular que el bien jurídico protegido es la integridad sexual de los NNyA⁶, haciendo hincapié en que el material reproduce un hecho

⁵ Sobre el punto, ROXIN Claus, “*Derecho Penal. Parte General*”. Tomo I. Thomson Reuters, Civitas, 1ra. Ed. en español, 2014. Capítulo 2.

⁶ DONNA a la hora de comentar el art. 128 afirma que lo que se protege “*es la libertad sexual del menor ya que, debido a su inmadurez, no puede todavía decidir por sí mismo y, de ese modo, se interrumpe su desarrollo de acuerdo a las pautas sociales y valorativas que rigen, aunque siempre relativas*”. Edgardo DONNA. Derecho Penal Parte Especial. Tomo I. 4ta. Ed. Rubinzal-Culzoni. 2011. Pág. 702. En la misma línea, BASÍLICO y VILLADA entienden que “*se procura salvaguardar la libre determinación sexual de los menores de edad,*

previo de violencia sexual⁷, como también en que el tipo penal se encuentra en el Título III del Libro Segundo del Código Penal, titulado actualmente “*Delitos contra la integridad sexual*”.

Argumentos de este tenor observamos en el proyecto de ley del senador Roberto Gustavo BASUALDO, puntualmente en el siguiente pasaje: “...*el bien jurídico protegido es el normal desarrollo psíquico y sexual de los menores de 18 años, en otras palabras protege la libertad sexual de los menores, que por su inmadurez todavía no pueden decidir por sí mismos en dicho ámbito*”⁸. También en el proyecto presentado por la senadora Sigrid KUNATH vemos: “*el bien jurídico protegido por esta norma ha cambiado, ha dejado de ser un atentado al pudor público y es ahora un ataque al desarrollo psíquico y sexual de menores y es en base a esta interpretación que debemos determinar si la simple tenencia vulnera o no la integridad de los niños, niñas o adolescentes*”⁹. Observamos esta clase de argumentos también durante el debate parlamentario, puntualmente en la exposición de la diputada María Gabriela BURGOS: “*El derecho que estamos protegiendo acá es el de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados, ultrajados para la producción de ese material pornográfico*”¹⁰.

Este argumento no puede ser sostenido. En primer lugar, destaco que la integridad sexual es entendida por la doctrina como un desprendimiento de la libertad que merece tratamiento autónomo¹¹. Se habla de *libertad sexual*, que comprende una porción positiva, como derecho a ejercer la sexualidad conforme a las propias convicciones, y una negativa, como derecho a no involucrarse sexualmente con una persona o no realizar cierta práctica. Además, en cuanto a las personas que no alcanzaron la edad para consentir un acto sexual, se alude a un desarrollo sin injerencias que les dificulten ejercer en el futuro la *libertad sexual*¹².

entendida como el normal desarrollo de su personalidad”. Ricardo, BASÍLICO, L. y Jorge VILLADA. Código Penal, 3ª ed. Hammurabi, 2023. Pág. 380.

⁷ ABOSO, a la hora de analizar el tipo penal de mera tenencia, afirma que “*existe cierto nivel de consenso en que el bien jurídico tutelado es la integridad sexual de los menores de edad representados en los registros visuales. Los menores de edad que aparecen representados en esas imágenes o videos son las auténticas víctimas del delito*”. Más adelante refiere “*Existen razones instrumentales en la fundamentación del castigo de la tenencia para autoconsumo de pornografía infantil que pasan por la idea de querer castigar los abusos sexuales de los menores de edad representados a través de la sanción del tenedor para autoconsumo*”. Gustavo ABOSO. “*Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*”. Hammurabi, 2021. Pág. 117/121.

⁸ Proyecto de ley S-1430/2016. Texto completo en Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 2017, Orden del Día N°787. Págs. 6/10.

⁹ Proyecto S-1289/2017. Texto completo en Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 2017, Orden del Día N°787. Págs. 18/24.

¹⁰ Cámara de Diputados, Período 136º, 2ª. Sesión ordinaria. 21 de marzo de 2018. Versión taquigráfica. Pág. 14.

¹¹ En el pasado, las concepciones sobre el bien jurídico de los delitos sexuales no se centraban en la integridad sexual, en tanto autodeterminación o libertad sexual, sino en la honestidad. Sobre cómo estas ideas, basadas en un entendimiento de la sexualidad hoy superada, han ido evolucionando en el tiempo, véase solamente HÖRNLE Tatjana, “*Violación como relaciones sexuales no consentidas*”, En Letra: Derecho Penal, nro. 10, 2020, 197-217.

¹² DE LA FUENTE la define como “*la libertad sexual de los mayores, el libre o normal desarrollo de la sexualidad de los menores y la dignidad de las personas incapaces, en el sentido de que no sean utilizadas como objeto sexual*”. En cuanto a la libertad sexual, explica que comprende “*el derecho a ejercer la sexualidad conforme a sus propias convicciones, sin interferencias o injerencias arbitrarias de terceros —libertad positiva—, y el derecho de negarse a llevar a cabo un acto o práctica sexual, es decir, de no involucrarse sexualmente con otra persona —libertad negativa—. Se trata, claro está, de un aspecto del derecho fundamental de la libertad, inherente a todo ser humano, pero debido a las especiales connotaciones que adquiere, se justifica su tratamiento independiente*” DE LA FUENTE Javier E. “*Abusos sexuales*”. 1ª Ed. 2021. Hammurabi. Pág. 26/28.

En esta línea, resulta evidente que la violencia sexual contra un niño y su captación filmográfica vulnera su integridad sexual, en tanto constituyen invasiones contra una persona que no puede ejercer su libertad sexual. En estos casos, la integridad sexual de los NNyA ya fue vulnerada, en lo que constituye un acto previo y ajeno a la tenencia. Esta última, envuelve una fase temporal posterior¹³. Coincido con ESQUINAS VALVERDE, quien afirma que “consumado el delito originario de abuso sexual, terminada la acción peligrosa desde el punto de vista estricto de la intangibilidad sexual del menor y, en definitiva, agotadas las distintas etapas del curso lesivo (abuso sexual, fabricación del material, distribución y comercialización del mismo), ya la mera conducta de posesión de la pornografía no implica per se más efectos perjudiciales para ese concreto bien”¹⁴.

No puede asociarse, sin más, al tenedor del material con la persona que efectivamente abusó de un niño y produjo una representación, si partimos de un sistema de responsabilidad penal personal. En todo caso, deberá perseguirse penalmente a aquél. Comparto el criterio de MAYER LUX, quien sostiene que “Desde el punto de vista de la integridad sexual, la conducta consistente en almacenar pornografía infanto-juvenil puede, a lo sumo, ser considerada una inclinación inmoral, pero, en caso alguno, apreciada por sí sola como un comportamiento delictivo contrario a la indemnidad sexual”¹⁵.

Asimismo, remarco que este argumento asume que todas las representaciones cuya tenencia se prohíbe reflejan un hecho previo de abuso, pero lo cierto es que no toda

En la misma línea se expide MUÑOZ CONDE, quien afirma que “La libertad sexual tiene efectivamente su propia autonomía y, aunque los ataques violentos o intimidatorios a la misma son también ataques a la libertad que igualmente podrían ser castigados como tales, su referencia al ejercicio de la sexualidad le da a su protección penal connotaciones propias”. En cuanto a los NNyA, afirma que “Actualmente, en nuestro ámbito cultural existe una especie de consenso no escrito sobre la ‘intangibilidad’ o ‘indemnidad’ que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a estas personas. Más que la libertad del menor o de la persona con discapacidad, que obviamente no existe en estos casos, se pretende, en el caso del menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; y, en el caso de la persona con discapacidad, evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales”. En “Derecho penal. Parte especial”, 20ª ed., 2015, Tirant lo Blanch, pág. 187/188.

¹³ En esta línea se expide Iván SALVADORI en “Lucha contra la pornografía infantil e incriminación de actos preparatorios en el derecho penal europeo comparado”, en “Garantías Constitucionales y Derecho Penal Europeo”. Marcial Pons, 2012. Afirma que “El interés protegido por el último tipo no puede coincidir con la integridad sexual de los menores víctimas de abuso sexual. Es evidente que la posesión de pornografía infantil producida a través del abuso o la explotación de menores es un acto que se coloca en una fase temporal sucesiva respecto a la efectiva lesión de la integridad sexual y física de los menores, objeto de la representación pornográfica”. Pág. 460. Remarco que el autor, luego de analizar algunos de los fundamentos invocados para legitimar la criminalización, entiende correcta la tesis que considera que la posesión “perpetúa la lesión a la dignidad de los menores”, y afirma que “la ratio de la incriminación de la posesión respondería por tanto a una lógica ‘postconsumativa’, similar a la que está en la base de la incriminación de la receptación” (Pág. 460/461). Tanto el argumento de la dignidad como el de la estructura post consumativa serán abordados más adelante.

También Patricia ESQUINAS VALVERDE en “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el código penal español (art. 189.2): razones para su destipificación”, cuando afirma que “resulta desconcertante afirmar que quien contempla de modo privado las fotografías del menor, tratándose de un acto definitivamente alejado en el tiempo, en el espacio y en la línea de acción de aquel episodio de abuso sexual que haya dado origen al material pornográfico, pueda estar todavía vulnerando la indemnidad sexual de tal menor” (Pág. 175). Remarco que la autora, luego de analizar el tipo penal, concluye que “a mi juicio, de lege lata ninguna otra alternativa aceptable más que la de rechazar de modo categórico la tipificación penal del comportamiento de mera posesión de pornografía infantil, proponiendo de lege ferenda su futura derogación...” (Pág. 225/226).

¹⁴ ESQUINAS VALVERDE Op. cit. Pág. 187.

¹⁵ Mayer Lux, Laura. “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”, versión On-line ISSN 0718-3399, Polít. crim. vol.9 no.17 Santiago, 2014. Pág. 13. Remarco que, a diferencia de lo que se postulará en este trabajo, la autora concluye en que el tipo penal resulta inútil, porque “para respetar los postulados de un Derecho penal liberal y los derechos fundamentales de la persona, su ámbito de aplicación quedará reducido a supuestos marginales y de escasa relevancia práctica”.

representación cuya tenencia está prohibida implica la vulneración previa de la integridad sexual. Piénsese, por ejemplo, en adolescentes que consintieron la relación sexual que captura la representación. En esos casos no habría un abuso previo, aunque de todos modos podría estar justificada la prohibición de la tenencia de una representación de tal acto por otras razones. El argumento aquí analizado no logra, entonces, explicar por qué igualmente podría ser legítima su criminalización.

El principal déficit de este argumento es que coloca el foco en el daño que genera el acto que es reflejado a través de la representación, en vez de centrarse en la lesión autónoma que implica la tenencia del material. La integridad sexual se ve afectada por un abuso sexual cometido contra un niño, junto con la producción de una representación de ese hecho. Resulta incontrovertible que tales actos afectan la libertad sexual y el libre desarrollo del niño. Ahora bien, si atendemos a la tenencia simple del material, ya no es claro de qué modo este acto afectaría *nuevamente* la integridad sexual. Por supuesto, podríamos enrolarnos en una concepción lo suficientemente amplia de la integridad sexual y sostener genéricamente que la tenencia simple la vulnera, pero partir de afirmaciones genéricas reduce la capacidad de análisis crítico del derecho. Por ello, aún en ese caso, resulta muy relevante distinguir qué derecho o interés específico afecta la mera tenencia, salto que el argumento aquí analizado no realiza.

Por último, cabe destacar que, por poner el foco en el hecho previo, este argumento está íntimamente vinculado con los fundamentos probatorios que se tratarán en el acápite “c”, en tanto se busca penar al tenedor como “*solución subóptima*” por no contar con pruebas suficientes para castigar a la persona que efectivamente vulneró la integridad sexual de un menor. No obstante, se trata de argumentos que deben ser diferenciados analíticamente.

b. Eliminar la demanda.

Este fue el principal argumento utilizado en los proyectos que se convirtieron en ley, como también durante el debate parlamentario. Se postula que el fin de la prohibición es eliminar la producción de estos materiales y, por añadidura, el abuso de NNyA. Ello, mediante la persecución penal de los consumidores. En definitiva, el argumento apunta a una lógica de mercado en la que se ataca la demanda para disminuir la oferta¹⁶. Del proyecto de ley presentado por la senadora Carmen Lucina CREXELL podemos observar: “*El delito propuesto no solo comprendería a quien produce o comercializa el material pornográfico sino también al consumidor quien hace posible con su demanda la producción y oferta de*

¹⁶ ABOSO se refiere a este argumento cuando afirma que “*también la necesidad político-criminal de sancionar la tenencia para autoconsumo se fundamenta en el paradigma de la demanda, es decir, como sucedió con el tráfico de estupefacientes, se propone aplicar la ley de naturaleza económica que dice que si no hay demanda no hay oferta*” Gustavo, ABOSO. Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital. Hammurabi, 2021. Pág. 121.

Por su parte, DUPUY afirma “*...el fundamento para castigar a la persona que consume material pornográfico con menores de edad se basa en que la demanda incide directamente en el aumento de oferta, y para ello será necesario producir incluso más cantidad de material pornográfico con la intervención de menores*”. DUPUY Daniela, “*Diversos aspectos sobre el delito de pornografía infantil*”, Errejus, Pág. 7.

las representaciones”¹⁷. También podemos ver argumentos similares en el proyecto de los senadores Dalmacio MERA, Daniel PERSICO, María Pilatti VERGARA, Sigrid KUNATH y Beatriz MIRKIN: “Teniendo en cuenta que el consumidor resulta un eslabón en grandes cadenas de distribución de material pornográfico infantil, que tienen estricta vinculación con otros delitos tales como la trata de personas y la explotación sexual infantil, es que creemos esencial dar una pronta respuesta a esta verdadera inquietud social”¹⁸. Del proyecto presentado por la senadora Sigrid KUNATH vemos: “No debemos ignorar que detrás de personas que consumen, producen y distribuyen pornografía infantil existe un negocio millonario, existe oferta y demanda de este tipo de material. (...) Una de las formas más eficaces de combatir la explotación sexual de menores consiste en penalizar a todos los sujetos que intervienen en la creación, producción, distribución, publicación y comercialización de este material, incluidos los consumidores ya que muchas veces detectar material en posesión de ciertas personas puede ser el puntapié inicial para descubrir redes de tráfico de pornografía infantil”¹⁹.

A su vez, en el debate parlamentario el senador Julio César COBOS expuso: “creo importante traer a colación las palabras de la especialista en delitos informáticos, la doctora Daniela Dupuy, quien está a cargo de la Fiscalía Especializada en Delitos Informáticos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En reunión con ella, explicó: ‘quien consume pornografía infantil comienza por un perfil de personas en el que demandan constantemente cada vez más material de pornografía infantil. No se conforman con tener siempre el mismo material, siempre quieren más y distinto. Y, para que esto suceda, esta gran demanda genera oferta. Es decir, cuanto más demanda se exige, más oferta. ¿Qué es lo que implica la oferta? La oferta implica que haya mayor producción, porque yo para poder ofrecer material diferente tengo que producir. ¿Qué implica producción? La producción propiamente dicha con los menores de edad es el abuso sexual. Con lo cual el primer eslabón es el abuso sexual para que se pueda ofertar, para que se pueda demandar y tener...’”²⁰.

Entre muchas objeciones que tiene este argumento, podemos decir que estas meras afirmaciones no ofrecen constataciones empíricas respecto de que castigar al consumidor disminuya la demanda de videos, como tampoco que ello disminuya la oferta. A la vez, tampoco se han brindado pruebas respecto de que la persecución del consumidor repercute finalmente en una disminución de la producción de videos. Para poder afirmar algo así, entonces, es necesario brindar datos empíricos y no solamente hacer afirmaciones genéricas. En definitiva, con meras conjeturas, se presupone que: **(A)** La mera tenencia genera un aumento en la demanda; **(B)** esta señal de aumento de demanda es advertida por terceros; **(C)** los terceros, motivados por ese aumento en la demanda, producen nuevos materiales que

¹⁷ Proyecto de ley S-0363/16. Texto completo en Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 2017, Orden del Día N°787. Págs. 2/5.

¹⁸ Proyecto de ley S-1451/2016. Texto completo en Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 2017, Orden del Día N°787. Págs. 10/14.

¹⁹ Proyecto S-1289/2017. Texto completo en Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 2017, Orden del Día N°787. Págs. 18/24.

²⁰ Cámara de Senadores, Período 135°, 5ª. Sesión ordinaria. 29 y 30 de noviembre de 2017. Versión taquigráfica. Pág. 138.

involucran abuso sexual de NNyA. Estas afirmaciones de ningún modo están constatadas. En cuanto a (A), podría replicarse que la mera tenencia no indica necesariamente que el tenedor esté dispuesto a comprar materiales. En todo caso debería tomarse a la adquisición o a la promesa de adquisición como señal clara de demanda, pero no a la mera tenencia. Aún si tomáramos (A) como correcta, se debería explicar cómo es que sucede (B), porque justamente los tenedores almacenan el material en secreto, no emiten un acto comunicativo hacia posibles productores, como sí sucedería en un acto de adquisición u promesa de adquisición. Finalmente, aún si concediéramos (A) y (B), tampoco es claro que necesariamente ocurra (C) pues podría suponerse que los terceros que reciben la señal de aumento de demanda no opten por producir nuevos materiales, sino simplemente decidan elevar los precios.

MAYER LUX critica también la lógica de mercado y afirma que, en todo caso, debería exigirse una influencia activa y concreta en el mercado mediante la tenencia. En esta línea, propone como ejemplos que *“podría influirse activa y concretamente en el comportamiento del mercado de la pornografía infanto-juvenil si se hiciera ver o escuchar en forma privada el material que maliciosamente se almacena -y mientras se almacena- a un mayor de edad dedicado a la producción de esa clase de contenidos, a fin de generar una oferta de material adicional. O bien, tratándose de comunidades de usuarios dedicados al intercambio de pornografía infanto-juvenil, podría indicarse el supuesto en que uno de sus integrantes descargara o guardara el material en una ‘nube’, permitiendo conocer el almacenamiento -mientras lo lleva a cabo-, a otros miembros del grupo, a fin de incentivar la demanda y, con ello, la oferta por material ulterior”*²¹. En definitiva, se trata de casos que evidencian una participación mucho más directa en producciones ulteriores, que bien podrían ser criminalizados a título de instigación a la producción y el abuso sexual de NNyA, y no como mera tenencia.

Argumentos análogos a los aquí invocados para justificar la criminalización, respecto a los que poseen drogas para consumo personal, han sido puestos en duda por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puntualmente en el precedente “Arriola” (Fallos: 332:1963). Si bien se trata de otro delito de tenencia que difiere en muchos aspectos al aquí analizado, ambos se asemejan en cuanto a que se los intentó justificar con el argumento de mercado, por lo que vale la pena el repaso. En el fallo citado se sostuvo que las razones invocadas en el precedente “Montalvo” (Fallos: 313:1333) para legitimar la criminalización de los consumidores en base a la lógica de mercado fracasaron, y se afirmó:

“...han pasado diecinueve años de la sanción de la ley 23.737 y dieciocho de la doctrina ‘Montalvo’ que legitimó su constitucionalidad. Este es un período, que por su extensión, permite descartar que un replanteo del thema decidendum pueda ser considerado intempestivo.

Por el contrario, la extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba ‘Montalvo’ han fracasado. En efecto, allí se

²¹ Op. cit. Pág. 14.

había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido (ver considerando 26 de Fallos: 313:1333), pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales”.

En cuanto a esto, si bien resulta relevante repasar la posición negativa de la CSJN en un caso donde se echaba mano a la criminalización de los tenedores para socavar el mercado, destaco que evaluar la prohibición de una conducta únicamente con argumentos de eficiencia resulta problemático. Ello es así debido a que el carácter empírico del argumento lo convierte en contingente, a la par que deja la consideración por el respeto al individuo en un segundo plano. En definitiva, pueden utilizarse esta clase de argumentos de eficiencia (si se cuenta con datos empíricos que los avalen), pero no como único punto que dirima la cuestión. Como conclusión, para evaluar si es adecuada la criminalización de una conducta es necesario indagar primero si la prohibición puede justificarse ante el individuo para, recién luego, observar si la criminalización genera ganancia social (entendida en el caso como eficiencia para socavar el mercado)²².

Añado que no resulta legítimo castigar a un único consumidor por una demanda que estaría configurada por miles de sujetos, pues un consumidor no podría, por sí solo, aumentar la oferta²³. De este modo, se está instrumentalizando al tenedor como medio para disminuir una demanda conformada por miles de sujetos. Es claro que el castigo de un hecho de tenencia puntual no cumple con el fin de disminuir la demanda, y mucho menos la producción. Sin embargo, podría intentarse una justificación mediante la tesis de los delitos de acumulación²⁴, que es invocada para explicar la criminalización de conductas que, por sí solas, no afectan a un bien jurídico (o no lo hacen con una magnitud relevante), y es utilizada principalmente para fundamentar la punición de los daños ambientales. Ahora bien, este no sería el supuesto que ocurre con la mera tenencia, ya que en este trabajo se justificará por qué

²² En esta línea se expide Luis GRECO, en *“Tortura, incesto y drogas: reflexiones sobre los límites del derecho penal”*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014. Págs. 93-125.

²³ Coincide con esto TURIENZO FERNÁNDEZ en su artículo *“¿Castigar o no castigar? Esa es la cuestión. Los consumidores de pornografía infantil en el punto de mira”*, en *“Un modelo integral de derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo”*, Madrid, 2022. Allí analiza los argumentos de lógica de mercado y agrega *“Si bien es cierto que el volumen de archivos de pornografía infantil manejados pueden variar significativamente de un usuario a otro, cuesta mucho ver cómo la descarga, posesión o visualización por una sola persona de material pornográfico-infantil va a poder influir de algún modo en la evolución del mercado. Únicamente se me ocurre un caso en que aquello hecho por un consumidor lo fomentaría indudablemente: cuando este encargase a otra persona la elaboración de dicho tipo de contenidos. Pero aquí los delitos relativos a las conductas de consumo no servirían de nada: ya contaríamos con las herramientas necesarias para castigar al solicitante con la misma pena que al elaborador en tanto inductor”*. Pág. 1438.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, crítico de esta concepción, explica que la tesis de los daños acumulativos *“entiende que es posible sancionar penalmente una conducta individual aun cuando ésta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico (ni lo ponga por sí misma en peligro relevante), si se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta -per se no lesiva- se realice también por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí vaya a acabar lesionando el correspondiente bien jurídico”* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *“La expansión del derecho penal”*, 2da. Ed., Buenos Aires, BdeF, 2006, Pág. 143.

Por su parte, TRUCCONE define a los delitos acumulativos como *“conductas que en sí mismas acarrear consecuencias lesivas muy pequeñas, pero que sumadas a otras de igual naturaleza pueden producir graves afectaciones”*. TRUCCONE, Santiago. *“Delitos acumulativos ambientales: Una aproximación desde el republicanismo”*. Revista de Derecho Ambiental. Universidad de Palermo. 2013. Pág. 60.

un caso individual de tenencia sí afecta a un bien jurídico de forma suficiente para legitimar su criminalización.

De todos modos, remarco una diferencia sustancial entre los delitos ambientales y la tenencia de representaciones de contenido sexual de NNyA: En los delitos ambientales, se parte de que la acumulación de pequeños actos puede dañar al medio ambiente. Piénsese en el acto de arrojar residuos a un río. Una vez que se arriba a un número x de conductas de arrojar residuos, el medio ambiente efectivamente se encuentra dañado, sin que sea necesario nada más. Es decir, el daño puede ser explicado mediante la suma de los actos individuales. Ahora bien, en la posesión de materiales de contenido sexual no es posible conectar directamente la acumulación de casos individuales al daño a la integridad sexual de NNyA, ya que el daño no puede ser explicado simplemente mediante la suma de los actos individuales de tenencia, en tanto para que se produzca la afectación es necesario un salto adicional, que consiste en un acto de producción y/o abuso llevado a cabo por un tercero ajeno a los actos individuales de tenencia. Así como la suma de los actos de arrojamiento de residuos daña al ambiente, la suma de los actos de posesión no daña la integridad sexual de NNyA, sino que oficiaría de pseudo instigación o complicidad de la producción y/o el abuso.

En cuanto a esta pseudo instigación o complicidad, TURIENZO FERNÁNDEZ coincide con PASTOR MUÑOZ en que, a lo sumo, lo único que se le podría atribuir a los consumidores es ofrecer motivos a los productores para elaborar esta clase de materiales, *“pero, por mucho que causalmente esa contribución motivacional pueda tener algo que ver con la realización futura de esa serie de lesiones típicas, en el plano normativo no reuniría los requisitos necesarios para integrar una conducta de complicidad psíquica, en caso de que los productores ya hayan resuelto delinquir pero la existencia de esa demanda refuerce tal predisposición, o de inducción, si es que su resolución delictiva surge fruto de esa demanda previa. Ni habría un influjo psíquico de una entidad tal como para estimarlo penalmente relevante ni tan siquiera mediaría una relación comunicativa entre consumidores y productores como para establecer una conexión jurídicamente trascendente entre ambos”*²⁵.

Finalmente, no debe dejar de observarse un argumento adicional: La lógica de mercado asume necesariamente la compraventa de los materiales. Pero, en muchos casos, las representaciones se descargan desde internet de forma gratuita, por lo que tampoco aplicaría esta lógica a buena parte del proceso de distribución y adquisición²⁶. Incluso se ve, entre los argumentos de los proyectos, algunos que van en esta dirección, invalidando así el argumento de mercado. Vemos en el proyecto de los senadores Dalmacio MERA, Daniel PERSICO, María PILATTI VERGARA, Sigrid KUNATH y Beatriz MIRKIN lo siguiente: *“Cabe considerar que es acertado que ‘en la actualidad se constata una tendencia según la cual el tráfico de*

²⁵ Op. Cit. (2022). Pág. 1438/1439.

²⁶ Se podría contra argumentar que actualmente no es necesaria una compraventa del material para que exista un rédito económico, porque se puede lucrar igualmente mediante la colocación de publicidad en el marco de descargas gratuitas o visualizaciones del material. Pero lo cierto es que, en un mercado online ilegal, como en el que circulan estos materiales, resulta mínima la posibilidad de monetizar mediante el uso de publicidad, a diferencia de lo que sucede en plataformas de contenido legal. En especial, las plataformas masivas tienen lineamientos específicos que prohíben la publicación de esta clase de material y, por supuesto, también su monetización.

*pornografía infantil no viene presidido por el ánimo de lucro ni por motivos comerciales*²⁷. En definitiva, si bien parece justificado perseguir penalmente la producción y oferta de materiales de contenido sexual de NNyA, los fundamentos de mercado no resultan convincentes para justificar la criminalización de la mera tenencia.

c. Fundamentos probatorios.

Se postula que a quienes se busca penar es, en verdad, al productor y al que comercia con el material. Pero como en la mayoría de los casos es difícil probar quién llevó a cabo el abuso y/o distribuye el material pornográfico, el legislador opta por prohibir la mera tenencia, en el entendimiento de que el tenedor puede ser la persona que abusó sexualmente y/o distribuye el material. Y si no lo es, también sería útil perseguir penalmente al mero tenedor como medio para llegar a la persona que realmente se busca penar. En definitiva, se parte de las dificultades probatorias propias de estos casos, para justificar el tipo penal²⁸.

En el proyecto de ley del senador Roberto Gustavo BASUALDO vemos el siguiente pasaje: *“En definitiva, se obliga a los Estados que hayan ratificado el Protocolo a adoptar medidas tendientes a incorporar a la legislación penal interna las conductas allí descritas, especialmente la posesión de pornografía infantil, ya que penalizar esa conducta en el Código Penal facilitaría la averiguación de los casos de comercialización de pornografía infantil”*²⁹. También podemos ver argumentos similares en el proyecto de los senadores Dalmacio MERA, Daniel PERSICO, María PILATTI VERGARA, Sigrid KUNATH y Beatriz MIRKIN: *“...se ha puntualizado que el hecho que la mera tenencia de este tipo de material no esté tipificada en nuestro Código Penal es ‘uno de los principales obstáculos legales para los investigadores policiales, quienes no pueden intervenir sino hasta que el delito -la cesión o distribución de fotografías hacia otros usuarios de la red- se concreta”*³⁰.

Durante el debate parlamentario, en la exposición del diputado Juan Fernando BRUGGE, vemos argumentos de este estilo: *“La característica de este tipo penal lleva a que efectivamente se incorpore esa faceta y que facilite la investigación. Se sostuvo que se hacían allanamientos y se encontraba material, pero no estaba siendo puesto a disposición en las redes ni estaba siendo difundido. Por lo tanto, el tipo penal tenía un verdadero vacío”*³¹.

²⁷ Proyecto de ley S-1451/2016. Texto completo en Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 2017, Orden del Día N°787. Págs. 10/14.

²⁸ En cuanto a esto, ABOSO refiere que *“los esfuerzos de los organismos de prevención e investigación se concretan sobre la tenencia para autoconsumo, vale decir, es mucho más sencillo en términos investigativos individualizar el IP de un usuario, allanar el domicilio y secuestrar todos los dispositivos electrónicos y así asegurar la imposición de pena, que liderar investigaciones mucho más arriesgadas y que se solapan de modo ineludible con otras jurisdicciones, lo que a su vez demanda mayor cooperación intergubernamental y una actuación coordinada en los procesos penales para evitar fugas o la eliminación de pruebas. Frente a esta realidad no es asombroso que los éxitos que coronan las investigaciones judiciales en los últimos tiempos se hayan centrado en individuos y no en organizaciones criminales que lucran con la explotación sexual de los menores de edad”*. Gustavo, ABOSO. Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital. Hammurabi, 2021. Pág. 121.

²⁹ Proyecto de ley S-1430/2016. Texto completo en Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 2017, Orden del Día N°787. Págs. 6/10.

³⁰ Proyecto de ley S-1451/2016. Texto completo en Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 2017, Orden del Día N°787. Págs. 10/14.

³¹ Cámara de Diputados, Período 136°, 2ª. Sesión ordinaria. 21 de marzo de 2018. Versión taquigráfica. Pág. 20.

Además, en la exposición del Senador Pedro Guillermo GUASTAVINO. Puede observarse lo siguiente: *“Nos comentaron también cómo, en la mayoría de los casos, los intercambios de material pornográfico se realizan en medios virtuales anónimos, donde puede ser dificultosa la obtención de pruebas relativas a la comercialización o distribución”*³².

Este argumento tampoco es convincente. En primer lugar, no es legítimo que el legislador resuelva una dificultad de corte probatoria mediante un tipo penal. No es adecuado que se cargue un déficit probatorio (la de la producción o la distribución) en la cuenta del tenedor. En todo caso, si se puede confirmar que los tenedores son los autores del delito que se captura en el material, deberán ser juzgados por el tipo penal de abuso sexual (art. 119, CP), o el de producir representaciones (art. 128 primer párrafo, CP), más no por el de meros tenedores. Como señala Mayer Lux:³³

“De acuerdo con el principio de ofensividad, no resulta legítimo consagrar tipos penales arguyendo los problemas probatorios que pueda enfrentar el órgano persecutor penal al indagar la participación de un sujeto en la comisión de delitos. La persona, en tanto titular de derechos fundamentales, no tiene por qué sacrificar dichos derechos a fin de compensar las dificultades que el Estado enfrente al pesquisar la perpetración de un delito.

No obstante lo indicado, al almacenamiento de pornografía infanto-juvenil parece subyacer justamente lo contrario, esto es, que el legislador puede ser soberano para introducir una figura carente de ofensividad, y además, de mera sospecha, o bien, de ‘consuelo’ para el órgano persecutor, destinada a compensar sus dificultades fácticas en la pesquisa. De sospecha, de que quien almacena, produjo o cometió incluso alguno de los delitos sexuales necesarios para la elaboración de pornografía infanto-juvenil; de ‘consuelo’, frente a la imposibilidad de determinar quien intervino en la producción o comercialización del material, pero con una pena menor a la de la elaboración o del tráfico”.

Ahora bien, si únicamente nos centramos en el hecho previo (producción y/o abuso) cuya autoría por parte del tenedor no podemos confirmar, y no explicamos por qué la tenencia es en sí misma ilícita, se castigaría por la mera sospecha de haber cometido el delito previo, y se colocaría al tenedor en la obligación de probar su inocencia, en contra de uno de los principios del Derecho penal más aceptado, que indica que *“el fiscal debe siempre probar la culpabilidad más allá de toda duda razonable”*³⁴. Esta forma de proceder fue criticada con acierto por SANCINETTI respecto del delito de enriquecimiento ilícito, quien afirmó que *“la garantía de que incumbe al Estado demostrar los hechos en los que se funda una acusación no está limitada a los casos en que es ‘sencillo’ cumplir con la garantía: justamente es una garantía porque rige aun para los casos en que el hecho punible es de ‘difícil’*

³² Cámara de Senadores, Período 135º, 5ª. Sesión ordinaria. 29 y 30 de noviembre de 2017. Versión taquigráfica. Pág. 136.

³³ Laura MAYER LUX, op. cit., pág 13.

³⁴ FLETCHER enumera a este principio como uno de los principios más aceptados del Derecho penal, y afirma que *“estas proposiciones se admiten, con mayor o menor amplitud, por cualquier penalista a nivel mundial... Pertenecen a la Parte General tanto porque son aplicables a todos los delitos, como porque operan implícitamente en la ‘estructura profunda’ del Derecho penal”*. FLETCHER, George, *“Gramática del derecho penal”*. 1ª edición. 2008. Buenos Aires. Editorial Hammurabi. Págs. 148/149.

demostración”³⁵, y que “la escasez de medios del legislador no empalidece su violación constitucional; las garantías no están sujetas a la capacidad de recursos del Estado”³⁶. Finalmente concluyó que “si un esquema como ése fuese legítimo, el Estado podría resolver todas las dificultades probatorias estableciendo, junto a cada delito determinado (...), una figura omisiva, (...), consistente en no demostrar la inocencia de aquel mismo delito, presumido por alguna circunstancia que generase una sospecha”³⁷. Esto ocurriría en el presente caso si asumimos que se pena únicamente por no poder acreditar el abuso y/o producción (es decir, por déficits probatorios), y tomamos a la mera tenencia como sospecha de su autoría.

Además, al fundamentar la criminalización de la tenencia únicamente en los déficits para probar otra conducta que se considera especialmente grave, se renuncia a buscar el daño que la mera tenencia genera por sí misma. En esta línea, coincido con PASTOR MUÑOZ, quien entiende que “Este modo de emplear el derecho penal material resultará peligroso cuando la razón del castigo se encuentre exclusivamente en el ‘hecho principal’ que no ha podido ser probado y el tipo de posesión sea únicamente una excusa u ocasión para el castigo de un ‘sospechoso’. En efecto, si la voluntad de castigar al supuesto autor de un hecho grave fuera la única razón de la tipificación del correspondiente tipo de posesión, la criminalización de este último no sería legítima; en cambio, sí sería posible legitimar dichos tipos si se puede encontrar en ellos el fundamento de su propio injusto”³⁸. En definitiva, únicamente se podría legitimar la criminalización si se brindan fundamentos acerca del injusto propio de la tenencia, independientes de un mero déficit probatorio de la producción del material o el abuso sexual.

Si el fundamento para criminalizar la tenencia es la sospecha de que el tenedor puede ser la persona que abusó sexualmente, produjo el material o lo comercializa, la prohibición no estaría legitimada, porque una mera sospecha puede alcanzar para iniciar una investigación, pero nunca para aplicar una pena. No podemos castigar a una persona por si acaso, sin una acreditación de que efectivamente es autor o cómplice de la conducta que verdaderamente se considera dañosa. Por otro lado, también fracasará la argumentación si se intenta legitimar la criminalización arguyendo que, en verdad, se criminaliza al mero tenedor como medio útil para llegar a la persona que realmente se busca penar atento a que, en el marco de investigaciones iniciadas contra meros tenedores, se podría identificar a verdaderos abusadores, productores y distribuidores. Esto implicaría asumir que la conducta del tenedor no viola en sí misma un bien jurídico, sino que simplemente se lo utiliza como un mero medio para perseguir penalmente a quienes sí realizaron una conducta incorrecta.

Mientras no se explicita cuál es el injusto cometido por los meros tenedores, no se los estará tomando como un fin en sí mismos, sino que únicamente se los castigará como un

³⁵ SANCINETTI, Marcelo. “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público -art. 268, 2, CP.-“. Ad Hoc. 1994. Buenos Aires. Pág. 28.

³⁶ Op. Cit. Pág. 81.

³⁷ Op. Cit. Pág. 94.

³⁸ PASTOR MUÑOZ, Nuria. “Aproximación a los delitos de posesión y a los delitos de pertenencia”. En “Delitos de posesión o tenencia”, Ad Hoc. 2016. Pág. 109.

medio para acceder a quienes verdaderamente cometieron un hecho dañoso. En definitiva, si bien el fin perseguido resulta legítimo (castigar penalmente los abusos de NNyA, la producción de material que refleje los abusos, y su comercialización), el medio escogido no lo es, porque instrumentaliza a los meros tenedores. A menos, claro está, que se encuentre en la mera tenencia el fundamento de su propio injusto³⁹. En este último caso, los meros tenedores dejarían de ser personas inocentes a las que se las instrumentaliza sin más, sino que serían personas que lesionan un bien digno de protección penal, cuya criminalización estaría justificada. Pero los argumentos probatorios aquí analizados no ofrecen ese fundamento, y por tanto deben ser descartados.

d. Sobre la estructura postconsumativa del delito.

Otra de las maneras de intentar justificar el tipo penal consiste en afirmar que atiende a una estructura postconsumativa, en el sentido de postular que lo que se quiere castigar es, en verdad, una ayuda que el mero tenedor le brinda al productor. En definitiva, se coloca al mero tenedor como una figura que, luego de consumado el delito, colabora con el autor.⁴⁰

Sin embargo, la simple lectura del tipo penal de mera tenencia permite advertir que no atiende a una estructura de receptación ni de favorecimiento. Sin perjuicio de eso, existen otras razones por las que no resulta convincente el argumento. Si planteamos que lo que se pretende castigar es, en verdad, una ayuda al que cometió un delito previo (en este caso, un abuso sexual con una producción de material pornográfico), la figura que mejor se adecuaría a esta estructura es la de favorecimiento real, contenida en el art. 277 I.c, CP, en tanto castiga al que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, “*adquiriere, recibiere u ocultare (...) efectos provenientes de un delito*”.

El favorecimiento real es un delito que protege la administración de justicia, concretamente la función de los organismos estatales encargados de proceder al decomiso de los bienes provenientes de un delito⁴¹. A partir de esto, se castiga al que, mediante las

³⁹ Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con los delitos de favorecimiento real y personal. Si bien la prohibición de estas conductas elimina obstáculos para la persecución de los autores y cómplices del hecho anterior, su criminalización no se fundamenta únicamente en esta utilidad para facilitar investigaciones penales, sino que su propio injusto está justificado. Tanto el favorecimiento real como el personal vulneran bienes jurídicos autónomos a los vulnerados con el hecho previo. En cuanto a estos tipos penales y el bien jurídico autónomo afectado hace un gran desarrollo Alejandra VERDE en “*Formas de encubrimiento: personal y real. Bases para una delimitación adecuada entre encubrimiento, lavado de activos y receptación*”. InDret, 2020.

⁴⁰ SALVADORI se refiere a ese argumento, cuando afirma que: “*La ratio de la incriminación de la posesión respondería por tanto a una lógica ‘postconsumativa’, similar a la que está en la base de la incriminación de la receptación*”. Op. Cit. Pág. 460/461.

Por su parte, ÁLVAREZ afirma algo similar: “*...entiendo que la mera tenencia de pornografía infantil ya se encontraba castigada en nuestro código de fondo al tratarse de un comportamiento alcanzado por el delito de encubrimiento. En efecto, el art. 277 de nuestro Código Penal reprime a quien tras la comisión de un ilícito ejecutado por otro en el que no hubiera participado, entre otros supuestos, adquiriere o recibiere cosas o efectos provenientes de un delito. En ese sentido, la pornografía infantil lleva implícita la existencia como delitos precedentes los abusos sexuales que han sufrido los menores involucrados en las imágenes o videos; por lo que su ilicitud se presupone con la simple adquisición del material...*”. ÁLVAREZ Teodoro “*La reforma del art. 128 del Código Penal por la Ley 27436: Apreciaciones sobre la prohibición de la simple tenencia de pornografía infantil*”. 2018. En www.rubizalonline.com.ar. Pág. 3/4.

⁴¹ Parto de la postura de Alejandra VERDE, quien desarrolla el tema del bien jurídico protegido en esta clase de delitos. Por ejemplo, en “*Formas de encubrimiento: personal y real. Bases para una delimitación adecuada entre encubrimiento, lavado de activos y receptación*”. InDret, 2020.

conductas detalladas, ayudare al autor o cómplice de un delito a asegurarse sus beneficios o, dicho de otro modo, obstaculice la labor de la administración de justicia a la hora de proceder al decomiso de los bienes. Un ejemplo clásico es el de un sujeto que, sin haber participado de un robo, colabora con su autor y recibe en su domicilio los bienes sustraídos, para ayudar así a que no sean hallados por las autoridades y que, al cabo de un tiempo, el autor pueda poder disponer libremente de ellos. En este sentido, si ese fuera el fundamento de la punición de la tenencia, alcanzaría con la aplicación del art. 277 l.c CP que, en definitiva, es un tipo penal más específico en cuanto a la ayuda brindada y, además, es un delito que prevé una pena mucho mayor (uno a seis años de prisión, atento a que el hecho precedente sería un delito especialmente grave).

El argumento que coloca a la mera tenencia como una especie de favorecimiento real resulta implausible, también por otras razones: **(A)** Asume que los tenedores no participaron del hecho previo, situación que, fácticamente, puede no ser así. Además, para que una imputación prospere se requeriría descartar que el tenedor no haya cometido el delito previo, cuestión que no puede dilucidarse en la inmensa mayoría de los casos. **(B)** En general, el tenedor no ayuda al productor, sino más bien lo contrario. Cuantas más personas tengan el material, más probable es que se enteren las autoridades, e inicien investigaciones que desemboquen en la identificación del productor. **(C)** El mero tenedor no conserva el material para evitar que éste sea decomisado y, así, ayudar al productor. Puede darse algún caso aislado en que el productor, para eludir la acción de las autoridades, entregue el soporte físico donde obra el material a un tercero por un tiempo, para luego poder disponer de él. Pero esto no es lo que sucede en la inmensa mayoría de los casos de tenencia. En tal caso, ese supuesto aislado puede ser castigado, pero vía del tipo penal de favorecimiento real. **(D)** Las representaciones, en general, son productos digitales replicables. El hecho de que un tenedor tenga una representación no implica que otras personas no puedan tenerla, ni que el productor al entregar el material no disponga más de él, por las propias características de los archivos informáticos.

Lo expuesto deja en evidencia que no es convincente justificar el injusto de la mera tenencia planteándolo como una especie de favorecimiento real. Pero tampoco resulta convincente fundamentar la ilicitud de la mera tenencia equiparándolo a la receptación. En cuanto a la receptación, parto de la definición de VERDE, quien plantea que “*consiste en adquirir, comprar o recibir, con fines de lucro, alguna cosa proveniente de un delito (hecho antijurídico), con conocimiento -o por lo menos sospecha- de su origen ilícito*”⁴². Además, coincido con su postura en cuanto a que se trata de un delito contra el mercado formal de la clase de cosas que han sido objeto del delito previo⁴³. El hecho paradigmático de receptación

⁴² Op. Cit. (2020). Pág. 77.

⁴³ Op. Cit. (2020). Pág. 79. La autora plantea que “*La receptación, a mi juicio, sí produce un daño. De modo general, puede decirse que genera un peligro abstracto de dañar al mercado legal o formal de la clase de cosas que han sido objeto de este delito, en la medida en que vulnera las legítimas expectativas de los compradores y comerciantes legales (considerados colectivamente como el conjunto conformado por todos ellos, y no en forma individual) de que esas operaciones de compra y venta se efectúen únicamente en ese mercado formal, pues solo aquel puede generar un derecho de propiedad no viciado respecto de los compradores y ganancias lícitas respecto de los vendedores*”.

consiste en comprar un objeto robado en un mercado informal. A partir de esto, queda en evidencia que la estructura del delito de tenencia de representaciones de contenido sexual de NNyA no puede equipararse a la de la receptación, porque esta requiere que los objetos en cuestión estén en el comercio, y exista un mercado formal donde se comercialicen, elementos que no se dan en el delito que nos ocupa. En definitiva, tampoco resulta plausible asimilar la mera tenencia al delito de receptación y, de ese modo, justificar su punición.

e. El tenedor como un potencial delincuente.

Este argumento sostiene que se castiga al tenedor en tanto potencial productor de representaciones de contenido sexual y/o agresor sexual de NNyA⁴⁴. Observamos esta clase de argumentos en el debate parlamentario, puntualmente en la exposición de la diputada María Gabriela BURGOS: “*Creo que no debemos tener ningún tipo de temor, lo tenemos que decir con todas las letras: el que tiene pornografía infantil es un pedófilo, porque es el paso previo para la materialización del abuso sexual infantil*”⁴⁵. También en la exposición del senador Pedro Guillermo GUASTAVINO: “*Hemos aprendido la perversa dinámica de las redes de pornografía infantil; quienes quieren ingresar a ellas deben subir a su vez ‘material’ inédito. Funcionan como un club, una logia, una red con códigos y rituales propios. Con esta premisa es fácil detectar cómo la tenencia de pornografía se relaciona con el abuso sexual. Quienes pertenecen a estas redes son claramente pedófilos, predadores sexuales de la peor calaña*”⁴⁶. Más adelante se refiere puntualmente al tipo penal como una punición de un estadio anterior al abuso sexual: “*Quienes argumenten contra la penalización de la tenencia simple de pornografía infantil basándose en el artículo 19 de la Constitución, seguramente pasen por alto la dinámica de numerosos delitos en nuestro Código Penal en los cuales el legislador, considerando superior al bien jurídico, adelanta la punibilidad a estados anteriores como forma de prevención. No queremos esperar a que haya abusos sexuales para tener que actuar*”⁴⁷.

Esta corriente debería ser descartada de plano, en tanto utiliza una categoría de peligrosidad diametralmente opuesta a los presupuestos del derecho penal liberal. Este fundamento parte de una concepción de derecho penal de autor, que se contrapone al principio de hecho. Pretende castigar al tenedor por lo que es, y no por sus actos. Toma el

⁴⁴ Sostiene esta postura DUPUY, quien afirma “*entiendo que quienes almacenan en sus dispositivos informáticos imágenes de pornografía infantil para satisfacer sus deseos personales tienen probabilidad de agredir o abusar sexualmente de los niños; entonces, su tipificación operaría como una forma de control discrecional de la sociedad, entendiéndose como una manifestación de criminalidad objetiva, por cuanto la tenencia de material pornográfico infantil puede provocar graves riesgos y peligros*”. Op. Cit. Pág. 10.

⁴⁵ Cámara de Diputados, Período 136°, 2ª. Sesión ordinaria. 21 de marzo de 2018. Versión taquigráfica. Pág. 14.

⁴⁶ Cámara de Senadores, Período 135°, 5ª. Sesión ordinaria. 29 y 30 de noviembre de 2017. Versión taquigráfica. Pág. 136.

⁴⁷ Cámara de Senadores, Período 135°, 5ª. Sesión ordinaria. 29 y 30 de noviembre de 2017. Versión taquigráfica. Pág. 136

hecho de la tenencia como una prueba de que el tenedor es una persona peligrosa, y pretende penarlo en tanto sujeto peligroso⁴⁸.

Incluso si se admitiese la legitimidad de esta clase de argumentación, no se encuentra acreditado en absoluto que la tenencia y visualización de estos materiales convierta a las personas en abusadores de niños, o genere en ellos la decisión de abusar de una persona menor de edad concreta. Bien podría argumentarse lo contrario, que una persona que se siente atraída hacia NNyA sacie su deseo consumiendo estos materiales. Sin investigaciones serias respecto de los efectos de esta clase de contenidos, las afirmaciones carecen de sustento y difícilmente puedan ser consideradas suficientes para criminalizar conductas en un Estado de derecho⁴⁹.

f. El tenedor como persona que padece una patología.

En estrecha relación con el argumento desarrollado en el punto anterior, también se intenta justificar la criminalización mediante la afirmación de que los tenedores son, lisa y llanamente, pedófilos, entendido ello como personas que padecen un trastorno que les genera una tendencia a cometer abusos sexuales de niños. En cuanto a estos argumentos, y los del punto anterior, vemos también pasajes en el proyecto de Juan Manuel ABAL MEDINA y Julio César COBOS: “*Distintos especialistas concuerdan en la relación existente entre el consumo de pornografía infantil y el abuso de menores. La neuropsiquiatra Rafi Santos, presidente de la Fundación Humanae, declaró que ‘Muchas veces, después de consumir lo que ven a través de las redes, tratan de buscar su protagonismo y es cuando empiezan ellos mismos a grabar a los menores. La búsqueda de su placer es cada vez más insuficiente, necesitan cada vez más incentivos para conseguir el mismo efecto y van buscando cosas nuevas, algo distinto que les motive’*”⁵⁰.

Cabe decir que la pedofilia es considerada una parafilia por el DSM-V⁵¹, que requiere como criterios para el diagnóstico: “*A. Durante un período de al menos seis meses, excitación*

⁴⁸ TURIENZO FERNÁNDEZ coincide con la postura aquí adoptada. En concreto, refiere “*Concibiendo así las conductas de consumo de pornografía infantil, las barreras de punición serían adelantadas excesivamente, hasta el punto de sancionarse penalmente un hecho que tan siquiera cabría incluir dentro de la categoría de los actos preparatorios (a lo sumo, contaría como acto pre-preparatorio). En el fondo, el castigo estaría sustentado en la consideración del consumo de pornografía infantil como síntoma de una peligrosa tendencia criminal que ha de ser controlada, lo que recuerda más al modo de fundamentar la imposición de una medida de seguridad que al de una pena. (...) Estaríamos, en todo caso, frente a una suerte de tipo penal que censuraría la peligrosidad subjetiva en sí, cosa por completo inaceptable*”. En *¿Castigar o no castigar? Esa es la cuestión. Los consumidores de pornografía infantil en el punto de mira*, en *Un modelo integral de derecho penal*. Pág. 1434/1435).

⁴⁹ En esta línea también se expide MAYER LUX, op. cit., pág 7. Sostiene que “*la constatación empírica de que en un número significativo de casos, el consumo es determinante para la comisión de ulteriores delitos, sea creando o intensificando la resolución de cometer un delito sexual contra un menor de edad, sería relevante al momento de consagrar o modificar figuras delictivas que tengan por objeto pornografía infanto-juvenil. (...) En realidad, la divergencia de opiniones en cuanto al análisis y a la consideración de la evidencia sobre el vínculo entre el consumo de pornografía infanto-juvenil y la comisión de delitos sexuales contra menores de edad, plantea más dudas que certezas respecto del papel que desempeña dicha evidencia en la creación y aplicación de normas penales*”.

⁵⁰ Proyecto de ley S-1155/2017. Texto completo en Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 2017, Orden del Día N°787. Págs. 15/18.

⁵¹ Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría. 302.2 (F65.4).

sexual intensa y recurrente derivada de fantasías, deseos sexuales irrefrenables o comportamientos que implican la actividad sexual con uno o más niños prepúberes (generalmente menores de 13 años); B. El individuo ha cumplido estos deseos sexuales irrefrenables, o los deseos irrefrenables o fantasías sexuales causan malestar importante o problemas interpersonales; y C. El individuo tiene como mínimo 16 años y es al menos cinco años mayor que el niño/niños del criterio A". Efectuada esta aclaración, cabe decir que no se encuentra acreditada la afirmación de que todos los tenedores son pedófilos, ni que todos los pedófilos lleven a cabo abusos de niños. Se aplica, entonces, la misma crítica señalada en la sección anterior sobre las afirmaciones sin sustento en investigaciones científicas serias.

Además, remarco que el uso de conceptos patológicos para justificar la prohibición penal de una conducta no es admisible. En primer lugar, porque si una persona experimenta fantasías o deseos sexuales hacia niños, ello no implica que indefectiblemente actuará abusando de uno. En segundo lugar, porque si efectivamente tuviera una tendencia irrefrenable que le impide o dificulta controlarse, bien podría considerarse que padece un trastorno mental trastorno peligroso para terceros, que requiere tratamiento médico por fuera del derecho penal. En tercer lugar, porque si, determinado por tal trastorno, efectivamente cometiera alguna conducta dañosa, sería muy discutible la capacidad de culpabilidad del sujeto (es decir, si su trastorno mental le permite comprender la criminalidad de sus actos y si, en caso afirmativo, le permite actuar conforme a esa comprensión). Enfatizo en que estas asociaciones de patologías con delitos no son nuevas pues, si traemos a colación nuevamente la tenencia de drogas, mucho tiempo se ha tratado a todo tenedor de ellas como un adicto al que la prohibición penal pretendía curar, cuestión que ha fracasado.

g. Tenencia de representaciones como acto moralmente reprochable y dañino para la sociedad.

A la hora de estudiar la compatibilidad entre la prohibición de la mera tenencia y el art. 19 de la CN, se observan también muchas afirmaciones que colocan a la posesión como un acto reprochable y que daña a terceros, pero sin explicar profundamente por qué ello es así. Del proyecto de ley para sustituir el art. 128 del Código Penal y añadir la mera tenencia presentado por la Senadora Carmen Lucina CREXELL, podemos observar algunos pasajes: "*Más allá que en la práctica judicial sea muy difícil de probar estos requisitos, la tenencia de pornografía infantil debe pensarse como un tipo autónomo, ya que de por sí es una conducta reprochable por la sociedad*" (...) "*Nuestro Código Penal tiene varios ejemplos en donde se pena la tenencia de algún elemento que de por sí es considerado peligroso para la sociedad. (...) Lo mismo ocurre con la tenencia de estupefacientes (...) cuya constitucionalidad no se encuentra objetada para el caso de que la afectación de su consumo trasciende el ámbito privado, según lo establecido en el precedente 'Arriola' de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*"⁵². También vemos pasajes por ejemplo en el proyecto de

⁵² Proyecto de ley S-0363/16. Texto completo en Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 2017, Orden del Día N°787. Págs. 2/5.

Juan Manuel ABAL MEDINA y Julio César COBOS: *“Actualmente el Código Penal, en su artículo 128, excluye de responsabilidad al adulto que consume o usa pornografía infantil. (...) En el mismo sentido, y es coincidente con la mayoría de la doctrina nacional, que la decisión del legislador de excluir la tenencia que no tenga estos fines obedece a lo normado en el art. 19 de la Constitución Nacional, que establece el principio de reserva en los siguientes términos (...). En este sentido corresponde preguntarnos cuánto tiene de verdad el hecho de que la posesión o tenencia de material pornográfico realizado con menores, no sea una actividad que, tal como dice el artículo constitucional, no perjudica a terceros. Ante esta interrogante entendemos de forma contundente que los derechos del niño deben primar por sobre las libertades individuales, dado que sí se lesiona la honorabilidad de los menores de 18 años”*⁵³.

Observamos esta clase de argumentos en el debate parlamentario, puntualmente en la exposición del diputado Juan Fernando BRUGGE, vemos argumentos de este estilo: *“No se vulnera la intimidad de la persona porque justamente el artículo 19 de la Constitución Nacional dice que las acciones privadas de los hombres están exentas del control de los magistrados, siempre y cuando no afecten los derechos de los terceros. Y en este obviamente se están afectando los intereses de los terceros y los de toda la sociedad porque el interés del niño también es un derecho humano”*⁵⁴.

Estos argumentos no son convincentes, debido a que constituyen meras invocaciones genéricas. Es cierto que la tenencia de representaciones de contenido sexual de NNyA en la actualidad es un acto que es considerado reprochable por la sociedad. Es decir, su incorrección de acuerdo con la moral positiva es casi indiscutible, y su afirmación no requiere una gran carga argumental. Además, adscribo a una teoría que entiende que debe distinguirse analíticamente la afectación al bien jurídico (o daño) de la incorrección moral de una conducta, y que ambos son presupuestos necesarios para la criminalización⁵⁵. En definitiva, necesitamos que la incorrección moral se encuentre de la mano de una afectación a un bien jurídico, punto sobre el que es necesaria una carga argumental fuerte, y no invocaciones genéricas. Además, en algunos pasajes citados pareciera que se afirma una lesividad a terceros únicamente cuando la tenencia trasciende el ámbito privado, trazando un paralelo con la tenencia de drogas, cuestión que pareciera ir a contramano de la reforma que establece el tipo penal, donde el tenedor suele justamente disponer del material en su computadora o dispositivo móvil para visualizarlo en privado.

Como conclusión, si entendemos que la criminalización debe ser justificada al máximo posible, no puede tenerse por satisfecho el requisito de legitimación mediante una

⁵³ Proyecto de ley S-1155/2017. Texto completo en Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 2017, Orden del Día N°787. Págs. 15/18.

⁵⁴ Cámara de Diputados, Período 136°, 2ª. Sesión ordinaria. 21 de marzo de 2018. Versión taquigráfica. Pág. 21.

⁵⁵ Coinciden con esta postura, por ejemplo, PÉREZ BARBERÁ *“El ilícito material del delito tributario”* En Institutos de Derecho Penal Tributario, Buenos Aires, Ad Hoc, 2017. También GREEN *“Lying, cheating and stealing”*, Oxford University Press, Nueva York, 2006.

invocación genérica a que la tenencia es un acto moralmente reprochable y dañino para la sociedad.

h. Sobre la comparación genérica con la tenencia de armas.

Otro argumento utilizado para legitimar la criminalización es la comparación con el delito de tenencia de armas. En esta línea, se asume que la persecución penal de la posesión de armas es legítima y, sin más, se la asimila a del delito aquí analizado, para afirmar mediante ese salto que la criminalización está justificada. En otras palabras, se plantea que, si está prohibida legítimamente la tenencia de armas, también sería legítima la persecución penal de la posesión de representaciones de contenido sexual de NNyA.

BARRIO y SARRICOUER exponen este argumento de forma clara: “...*el argumento de las acciones privadas en este caso conlleva una gran incongruencia con el ordenamiento penal como un todo, habiendo en el CP un sinnúmero de delitos en los cuales la acción del sujeto activo no afecta de manera alguna a terceros y lo que se protege es algún bien jurídico vago e ideal como, por ejemplo, la seguridad pública. Resulta incongruente permitir que un individuo posea un material producto del abuso sexual a un menor que le ha causado un daño al mismo, como es la pornografía infantil, pero se le imponga una pena de seis meses a dos años si tiene un arma de fuego de uso civil sin la autorización correspondiente...*”⁵⁶.

Este argumento no puede prosperar, fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, porque no se puede asumir, sin más, que la criminalización de la tenencia de armas es legítima. En tal caso, primero se deberá analizar si los fundamentos en los que se basa el delito de tenencia de armas son válidos, discusión que excede el objeto de este trabajo.

En segundo lugar, incluso considerando válidos los argumentos que justifican la criminalización de la tenencia de armas, advierto que, si bien ambos tipos penales son categorizados como de posesión o tenencia, la posesión de armas atiende a fines diferentes que la prohibición de las representaciones de contenido sexual de NNyA. En cuanto a ello, PASTOR MUÑOZ efectúa una amplia clasificación de esta clase de delitos según a la lógica a la que responden⁵⁷. Los divide según si responden a una lógica de la anticipación, o a una lógica postconsumativa. La tenencia de armas la sitúa dentro de la lógica de la anticipación y, dentro de esta clasificación, explica que los casos concretos pueden caer dentro de tres estructuras. La primera se basaría en una posesión que en sí es peligrosa, sin que sea necesaria una conducta adicional. Dentro de este supuesto tendríamos, por ejemplo, la tenencia de explosivos por fuera de las condiciones de seguridad, o armas en condiciones tales que hacen posible su acceso a un niño. Las otras dos estructuras se basan en supuestos donde la posesión en sí no es peligrosa, pero **(A)** existe la posibilidad de que el poseedor en el futuro utilice el arma para la comisión de un delito, o **(B)** la tenencia se encuentra acompañada de un plan

⁵⁶ BARRIO Fernando J. y SARRICOUET María Cecilia, “*El derecho penal y la pornografía infantil en el derecho comparado a nivel internacional, de Argentina, Estados Unidos y Europa*”, ScriptEd, Volumen 13, Pub. 2, pág. 194.

⁵⁷ PASTOR MUÑOZ, Nuria. Op. Cit., Págs. 112/122.

inequívocamente delictivo, de manera que la posesión tiene el sentido objetivo de acto preparatorio de un delito.

Finalmente, PASTOR MUÑOZ coloca a la tenencia de representaciones de contenido sexual dentro de una lógica opuesta, la lógica postconsumativa. Específicamente, en la estructura de delitos de tenencia que responde a supuestos en que el autor posee objetos procedentes de la comisión de un delito⁵⁸. Más allá de que no comparto que el delito aquí analizado pueda reconducirse a la lógica postconsumativa⁵⁹, lo citado pone en evidencia que la criminalización de la tenencia de armas no puede ser comparada sin más con la tenencia de representaciones de contenido sexual de NNYA. En definitiva, si bien ambos tipos penales son de tenencia o posesión, su persecución no atiende a idénticos fines, por lo que la legitimidad de uno no suma ni resta nada a la validez del otro.

i. Violación a los derechos de los niños.

Se observan también invocaciones genéricas a los derechos de los niños o a su interés superior para legitimar la prohibición penal. Argumentos de este estilo vemos en la exposición del senador Julio César COBOS: *“Es evidente que la tenencia o posesión de pornografía infantil perjudica a terceros, con el agravante de que estos son niños, y este es el punto fundamental a tener en cuenta. (...) Estoy convencido de que los derechos del niño deben primar por sobre las libertades individuales, dado que sí se lesiona la honorabilidad de los menores de edad”*⁶⁰. También durante el debate parlamentario, en la exposición del diputado Juan Fernando BRUGGE se aprecia: *“A veces también se tenía que recurrir a otros tipos penales para avanzar sobre lo que hoy queremos proteger, que es nada más ni nada menos que el interés superior de los niños”*⁶¹.

Cabe considerar que el interés superior de la infancia es un concepto impreciso como bien jurídico. Si bien es cierto que los bienes jurídicos protegen, en definitiva, ciertos intereses que las personas consideran importantes o superiores, lo relevante es determinar cuáles son. En suma, si bien es indiscutible que, conforme indica la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados Parte deben tener en todos sus actos una consideración primordial al interés superior del niño⁶², eso no nos exime en la presente discusión de explicar cuál o cuáles derechos de los niños son los afectados por la conducta que se pretende criminalizar.

En otro orden de ideas, se advierte que sí es un punto importante por considerar que la posesión refiere únicamente a materiales que involucren a NNYA, y no alude a materiales que reflejen a adultos. A partir de eso, extraigo que el interés superior establecido en la

⁵⁸ Pastor Muñoz, Nuria. Op. Cit., Págs. 112/113.

⁵⁹ Ver acápite 2.d.

⁶⁰ Cámara de Senadores, Período 135°, 5ª. Sesión ordinaria. 29 y 30 de noviembre de 2017. Versión taquigráfica. Pág. 138.

⁶¹ Cámara de Diputados, Período 136°, 2ª. Sesión ordinaria. 21 de marzo de 2018. Versión taquigráfica. Pág. 20.

⁶² Art. 3.1 CDN.

Convención, si bien no constituiría un bien jurídico ni explicaría por qué la tenencia daña, sí podría ser un concepto útil para justificar que, una vez determinado un derecho específico de los niños afectado con la tenencia, éste sea protegido vía derecho penal. Ello, en atención a esa protección adicional que merecen por parte del sistema jurídico los derechos de los NNyA. Esta cuestión será retomada más adelante.

j. Violación a la dignidad de los NNyA.

En ocasiones se toma a la dignidad como lo verdaderamente lesionado. Por ejemplo, SALVADORI concluye: *“Más correcta parece aquella tesis que considera que la posesión tiene que ser castigada en cuanto que no solamente estimula la producción y la demanda de dicho material sino que perpetúa la lesión a la dignidad de los menores víctimas de delitos sexuales. (...) Por un lado, cada vez que el poseedor de pornografía infantil mira las imágenes poseídas, perpetúa la lesión a la libertad y a la dignidad de los menores”*⁶³. En cuanto a esta justificación, coincido en que, en términos generales, el delito pareciera vulnerar ese valor intrínseco que tiene todo ser humano. Pero, al fin y al cabo, la gran mayoría de los delitos pueden ser reconducidos, en el fondo, como afectaciones a la dignidad de las personas.

Hay delitos donde el injusto radica centralmente en una reducción directa de la víctima a la calidad de objeto, una negación de la persona como fin en sí misma, y la justificación de su criminalización no requiere de mayores fundamentos, porque resulta evidente el modo de afectación de la dignidad. Vemos una instrumentalización patente, por ejemplo, en los delitos de torturas o reducción a la servidumbre, donde la dignidad de la víctima resulta absolutamente negada por el autor.

En otros delitos, como el caso de la tenencia, si bien en última instancia la afectación puede ser reconducida a ese valor intrínseco que tiene todo ser humano, entiendo que debemos ser más específicos en cuanto a qué derecho o interés se ve lesionado, que justificaría la aplicación de poder penal. Distinguir con precisión cuál es el bien jurídico afectado permitirá analizar críticamente el derecho, cuestión que se ve dificultada si asumimos genéricamente que lo afectado es la dignidad.

Piénsese por ejemplo en el delito de hurto, donde puede afirmarse genéricamente que el acto de apoderarse de una cosa ajena implica negar la dignidad de su tenedor anterior, o el de abuso sexual, donde también se puede sostener que al abusar sexualmente de una persona se la coloca en calidad de objeto para satisfacer fines propios. Ambos delitos en última instancia afectan la dignidad humana, pero resulta imprescindible continuar el análisis y distinguir analíticamente que uno afecta la propiedad⁶⁴, y el otro la integridad sexual. En otras palabras, si se utiliza un concepto indeterminado como “dignidad” de este modo, entonces posiblemente todos los delitos que protegen bienes jurídicos individuales, en algún

⁶³ SALVADORI, Iván. Op. Cit. Pág. 461.

⁶⁴ También puede afectar la posesión o la tenencia.

sentido, la vulnerarían. Si se quiere captar qué es lo específicamente ilícito de la tenencia de representaciones, entonces es necesario explicar al menos en qué sentido se produciría una violación a la dignidad y que esa explicación vaya más allá de meras afirmaciones genéricas.

La tenencia de representaciones de contenido sexual de NNyA cae en ese grupo de delitos que pueden ser reconducidos a una violación a la dignidad, pero que no resulta evidente por qué, por lo que haría falta indagar un poco más acerca de qué derecho o interés específico daña el delito, cuestión que abordaré luego de la conclusión preliminar.

k. Conclusión preliminar.

Fueron repasados los argumentos que se utilizan para justificar la criminalización de la simple tenencia. A partir de este análisis se puede ver que todos presentan fuertes objeciones y no resultan convincentes para legitimar la criminalización.

En resumen: No puede tomarse al hecho de violencia que el material refleja como fundamento dirimente, pues se trata de un acto anterior cuya persecución bien puede estar justificada pero no contribuye a explicar qué lesiona el acto de tenencia. Tampoco son válidos los fundamentos de corte probatorio, porque no es legítimo resolver una dificultad en la labor investigativa mediante un nuevo tipo penal. En cuanto a la lógica de mercado, no se ha acreditado que la persecución del consumidor repercute en una disminución de la producción, a la par de proponer instrumentalizar al tenedor castigándolo por una pseudo instigación o complicidad. Tampoco el fundamento puede ser la ayuda que tenedor le brinda al productor pues, de ser así, alcanzaría con el tipo penal de encubrimiento y, además, el tipo penal no atiende a una estructura de favorecimiento real ni de receptación. No puede centrarse tampoco una justificación válida en el análisis de otros tipos de tenencia, como la de armas, porque estos delitos no atienden al mismo fin ni tienen idéntica estructura.

También se descartaron los argumentos que apuntan a neutralizar al tenedor en tanto potencial delincuente, como también los que lo catalogan como persona que padece una patología. Ambos utilizan categorías de peligrosidad opuestas a los presupuestos del derecho penal liberal, y se apartan del principio de acto.

No puede justificarse la criminalización únicamente en la incorrección moral de la conducta pues, deberíamos justificar por qué, además de ser moralmente incorrecta, afecta a un bien jurídico. Tampoco resultan decisivos argumentos genéricos como la afectación a los derechos de los niños, su interés superior o su dignidad. Si bien es cierto que el delito parece vulnerar derechos o intereses de los NNyA, como también ese valor intrínseco que tiene todo ser humano, haría falta indagar un poco más acerca de qué derecho concreto afecta o qué interés daña.

A partir de lo dicho hasta ahora, si bien la tenencia de representaciones de contenido sexual de NNyA aparece como una conducta reprochada por la sociedad, la criminalización no estaría legitimada, por no tener un fundamento convincente en cuanto a la existencia de daño. No se encuentra claro cuál sería el bien jurídico protegido, o cuál es el daño a terceros

que se intentaría proteger. No resultaría proporcional el castigo de la conducta, porque éste no apuntaría a un fin legítimo.

En este escenario de crisis de legitimación de la criminalización, postularé un argumento decisivo que podría justificarla, y es la protección de la intimidad de los NNyA, cuestión que será explicada en el punto que sigue.

3. La hipótesis que sostengo: la protección penal de la intimidad.

Concibo a la intimidad como ese espacio o esfera de libertad que se reconoce a todo ser humano, sobre el que se entiende que tiene facultad de excluir a terceros de su acceso o conocimiento. En definitiva, la porción de libertad que el individuo se reserva al organizar la vida en sociedad comprende un espacio, que no necesariamente es físico, al que los terceros y el Estado no pueden acceder sin su consentimiento⁶⁵. La intimidad, como derivación del principio de inviolabilidad de la persona, constituye un elemento imprescindible de la vida en sociedad⁶⁶, a la par de bienes como la vida, la integridad física, la libertad, y la propiedad. No podría concebirse una sociedad que preserve estos bienes, pero no reconozca a las personas este espacio de libertad.

En esta línea, si bien podría pensarse que no es un bien jurídico que justifique la criminalización, lo cierto es que la intimidad juega un rol muy importante en nuestro diseño constitucional, y también es protegida de forma robusta por el derecho procesal penal y el derecho penal. En cuanto al derecho procesal penal, basta observar las limitaciones que existen en todos los sistemas procesales para invadir la intimidad de una persona en todas sus derivaciones. Me refiero a los recaudos que deben tomarse para requisar, inspeccionar el vehículo, intervenir las comunicaciones, acceder a los papeles privados o allanar el domicilio de una persona. Desde el punto de vista del derecho penal, los tipos penales de allanamiento ilegal (art. 151 CP) y violación de domicilio protegen en definitiva la intimidad (art. 150 CP). También está prohibida penalmente la interceptación de correspondencia, comunicaciones

⁶⁵ Además de una concepción liberal de intimidad como defensa frente a intromisiones en la vida privada (status negativo), se reconoce también a la intimidad como un derecho activo de control sobre el flujo de informaciones que conciernen a la persona (status positivo). En esta línea se expide PÉREZ LUÑO, quien agrega "...la propia intimidad ha dejado de ser un privilegio del hombre aislado para devenir en un valor constitucional de la vida comunitaria". PÉREZ LUÑO Antonio "Dilemas actuales de la protección de la intimidad". *Ius Et Praxis*, pág. 17.

⁶⁶ Desde fines del siglo XIX en el ámbito del *common law* se advertía la necesidad de reconocer el derecho a la intimidad. En concreto, Samuels WARREN y Louis BRANDEIS, en un famoso trabajo de 1890, se propusieron "considerar si en el derecho vigente existe algún principio que pueda ser debidamente invocado para amparar la intimidad de la persona; y, en caso afirmativo, determinar la naturaleza y extensión de dicho amparo". Ello, en tanto afirmaban que "La intensidad y complejidad de la vida, que acompañan a los avances de la civilización, han hecho necesario un cierto distanciamiento del mundo y el hombre, bajo la refinada influencia de la cultura, se ha hecho más vulnerable a la publicidad, de modo que la soledad y la intimidad se han convertido en algo esencial para la persona; por ello, los nuevos modos e inventos, al invadir su intimidad, le producen un sufrimiento espiritual y una angustia mucho mayor que la que le pueden causar los meros daños personales" (Págs. 26/27). Concluyeron que "El principio que ampara los escritos personales, y toda otra obra personal, no ya contra el robo o la apropiación física, sino contra cualquier forma de publicación, no es en realidad el principio de la propiedad privada, sino el de la **inviolabilidad de la persona**. Si estamos en lo cierto, el derecho vigente proporciona un principio que puede ser invocado para amparar la intimidad del individuo frente a la invasión de una prensa demasiado pujante, del fotógrafo, o del poseedor de cualquier otro moderno aparato de grabación o reproducción de imágenes o sonidos" (Págs. 46/47. Resaltado propio). En "El derecho a la intimidad". Traducción de Pilar Baselga, Civitas, 1995. La edición original, bajo el título "The right to privacy", fue publicada en Harvard Law Review, vol IV, núm. 5, 1890.

electrónicas y telecomunicaciones (art. 153 CP), y el acceso a un sistema o dato informático restringido (art. 153 *bis* CP), como también a un banco de datos personales (art. 157 *bis* inc. 1 CP). Entonces, vemos que la intimidad juega un rol importante en el derecho penal y, así como justifica la prohibición de las conductas mencionadas, bien puede justificar la prohibición de la tenencia de materiales de contenido sexual de NNyA.

Como se dijo, el poseer estos materiales no afecta la integridad sexual de los NNyA entendida como libertad sexual y desarrollo sin injerencias⁶⁷ (pues ella resultaría afectada en un acto previo, el de la producción, que implica en la mayoría de los casos un abuso sexual), tampoco presupone una ayuda posterior al productor, ni una instigación a cometer futuros abusos sexuales. El hecho de que una persona ostente el poder de disponer y visualizar una representación de un niño o adolescente en un acto sexual implica una afectación a su intimidad⁶⁸. Lo que proyecta el material que el autor posee forma parte de la esfera de intimidad de un tercero y, como tal, su acceso se encuentra vedado a particulares e incluso al Estado. Ese es un objetivo legítimo que permite justificar la criminalización de la conducta.

Además, está justificado que se proteja mediante el derecho penal un acto que vulnera la intimidad de NNyA, pues la normativa internacional confiere a este colectivo un plus de derechos, una protección superior a la de las personas mayores de edad. Es razonable y esperable, entonces, que el legislador proteja con mayor firmeza la intimidad de los NNyA que la de las personas mayores de edad, incluso si tiene que utilizar como medio el poder penal.

Una argumentación planteada esta línea creo que es la que mejor explica el interés concreto a tutelar, cuál es el perjuicio que el tipo penal captura, a la vez que justifica por qué el medio utilizado (prohibición penal) es necesario y proporcionado para lograr el fin propuesto.

Ahora bien, el objeto de este trabajo no se limita únicamente a identificar el bien jurídico protegido para justificar el tipo penal. Sino que, en pos de analizar críticamente el derecho, examinaré posibles objeciones al argumento basado en la protección de la intimidad, que contribuirán a delimitar el ámbito de lo prohibido, en temas muy controvertidos como la llamada “pornografía virtual”, la “pornografía simulada”, la cuestión del consentimiento, entre otros temas.

4. Objeciones al argumento basado en la protección de la intimidad.

⁶⁷ Se podría plantear que la integridad sexual es un bien jurídico amplio que permitiría, incluso, colocar bajo su protección los actos que lesionan la intimidad en su faceta sexual. No obstante, entiendo -como desarrollé en el punto 2.a- que no distinguir analíticamente entre la integridad sexual y la intimidad conllevaría a una pérdida de capacidad crítica. En definitiva, partir de un concepto extremadamente amplio impide delimitar con precisión el ámbito de lo prohibido, tarea fundamental de la teoría del bien jurídico.

⁶⁸ Coincide con esta postura TURIENZO FERNÁNDEZ (2022), cuando afirma “*En los contenidos pornográficos figura algo tan íntimo como es la aparición de un menor en un contexto sexual (y, en su caso, una intromisión ilegítima en su propia imagen). Y dicho aspecto sin duda esencial de la intimidad es vulnerado gravemente cada vez que un consumidor de pornografía infantil visualiza unas imágenes que la víctima desearía que no estuvieran al alcance de otros, lo que puede comportar para ella una nueva victimización respecto a la sufrida tiempo atrás (en clave de depresiones, sentimiento de impotencia, medio a ser reconocida, etc.)*”. Pág. 1442/1443.

a. La pornografía virtual.

Podría objetarse que, si bien la protección de la intimidad legitimaría la criminalización de la mayoría de los casos que pueden imaginarse, no permitiría criminalizar los casos de representaciones de menores genéricos. Es decir, puros productos digitales que proyectan la figura de una persona menor de dieciocho años. En esos casos, no habría un niño cuya intimidad estaría afectada por lo que la prohibición penal no estaría justificada.

Esta objeción es atinada, porque una prohibición penal de la mera tenencia de estos materiales fundada no ya en los argumentos tradicionales (cuya validez en este trabajo se cuestionó), sino en la protección penal de la intimidad, obliga a acotar el margen de lo prohibido por este tipo penal a lo que estrictamente vulnera la intimidad de un niño o adolescente. Si miramos la prohibición desde el punto de vista de la protección de la intimidad, no luce justificado criminalizar la tenencia de pornografía virtual, pues no hay en ella un tercero cuya intimidad esté afectada. Por otro lado, cabe resaltar que tampoco estaría legitimada la criminalización de la pornografía virtual bajo muchos de los argumentos tradicionales cuya validez se cuestionó en este trabajo, como ser la protección de la integridad sexual del menor que el material refleja y la estructura postconsumativa. En definitiva, si no hay un niño real que el material capture, difícilmente puede hablarse de proteger su integridad sexual. Además, si la pornografía virtual no captura un delito previo, no se puede hablar de un favorecimiento o receptación posterior a la comisión de un delito que lo coloque dentro de una estructura postconsumativa.

En cuanto a este punto, viene bien repasar una discusión producida en Estados Unidos. El debate se produjo en el precedente “*Ashcroft v. The Free Speech Coalition*”⁶⁹ del año 2002, y giró en torno a si el Estado puede criminalizar o no la producción y posesión de pornografía virtual. Si bien en Estados Unidos la discusión acerca de la criminalización de la tenencia de representaciones apunta, en general, a la tensión con el derecho a la libertad de expresión, los argumentos volcados en el fallo enriquecen el análisis que en este trabajo se efectúa.

En el caso, el Estado presentó cuatro argumentos para sostener la constitucionalidad de la ley “*Child Pornography Prevention Act*” de 1996, que criminalizaba la tenencia de pornografía virtual. Los argumentos, como se verá, son similares a los tratados en el punto 2 de este trabajo. En primer lugar, afirmó que la pornografía virtual causa daños indirectos a niños reales, argumentando que la producción de imágenes virtuales puede conducir al abuso infantil. La Corte no aceptó el argumento de daño indirecto, y señaló que “*la pornografía infantil virtual no está 'intrínsecamente relacionada' con el abuso sexual de niños*” y que “*el vínculo causal es contingente e indirecto*”.

En segundo lugar, el Estado argumentó que esa clase de pornografía podría tener la tendencia de persuadir a la audiencia para que cometa delitos. La Corte rechazó el argumento, y afirmó que “*la perspectiva de crimen, sin embargo, por sí misma no justifica leyes que*

⁶⁹ *Ashcroft v. The Free Speech Coalition*, 122 S. Ct. 1389 (2002). Traducción propia.

supriman la libertad de expresión”, incluso si la pornografía virtual alienta actos ilegales, “*no es una razón suficiente para prohibirla*”. La Corte también afirmó que “*el Estado no ha demostrado más que una conexión remota entre el discurso que podría alentar pensamientos o impulsos y cualquier abuso infantil resultante*”. En esta línea, la Corte indicó que el Estado puede castigar a los perpetradores de abuso sexual infantil y también a las personas que proporcionan material explícito a los niños para seducirlos o convencerlos de participar en actividades sexuales. Pero ello no implica que pueda prohibir a los adultos el acceso a material protegido por la libertad de expresión.

Como tercer punto, el Estado invocó el argumento con lógica de mercado, y sostuvo que la eliminación del mercado de las representaciones de hechos reales era una razón suficiente para que la Corte confirmara la constitucionalidad de la ley. La Corte lo rechazó, y señaló lo contrario, es decir, que el mercado de representaciones reales podría ser eliminado si hubiera una fuente alternativa. Afirmó que “*si las imágenes virtuales fueran idénticas a la pornografía infantil ilegal, las imágenes ilegales serían expulsadas del mercado por los sustitutos indistinguibles. Pocos pornógrafos se arriesgarían a ser procesados por abusar de niños reales si las imágenes ficticias computarizadas fueran suficientes*”. El Tribunal también sostuvo que la pornografía virtual no promueve necesariamente el mercado de las representaciones de hechos reales.

En cuarto lugar, el Estado también invocó argumentos de corte probatorio, y afirmó que permitir la pornografía virtual podría implicar investigaciones más complicadas contra los abusadores y productores de pornografía real, ya que las imágenes virtuales lucen muy realistas. En este marco, propuso trasladar esta dificultad al acusado a través de una “*defensa afirmativa*”, en la que podría acogerse si prueba que el material se realizó con menores virtuales, o con personas reales pero mayores de edad. En cuanto a esto, la Corte señaló que “*el Gobierno no puede suprimir el discurso lícito como medio para suprimir el discurso ilícito. El discurso protegido no se convierte en discurso desprotegido simplemente porque se parece a este último*”.

En definitiva, a partir de este repaso de un precedente estadounidense, vemos que los argumentos invocados por los Estados para fundamentar la criminalización son similares y poco convincentes. Específicamente en cuanto a las consecuencias que podría tener la asunción de que no es legítima la criminalización de la pornografía virtual, cabe resaltar que no es claro que esto genere consecuencias negativas, sino todo lo contrario pues, tal como afirma CISNEROS “*prohibir la pornografía infantil virtual podría estimular el mercado real de la pornografía infantil si las sanciones son las mismas y es más costoso crear pornografía virtual. Si se permitiera la pornografía infantil virtual, los perpetradores de la pornografía infantil real podrían pensar dos veces antes de explotar a los niños reales, ya que habría una alternativa legal y sin víctimas. (...) La pornografía infantil virtual podría potencialmente*

*proteger a los niños del abuso, ya que los pedófilos podrían usar esta fuente alternativa para cumplir sus deseos, por repugnantes que sean*⁷⁰.

Cabe destacar, además, que la solución aquí propuesta se condice con la reserva efectuada por en la ley 27.411 de aprobación del Convenio de Budapest, donde se estableció “por entender que son supuestos que resultan incompatibles con el Código Penal vigente” que no regirá el art. 9.2.c, que refiere a la pornografía virtual e incluye dentro de las representaciones prohibidas las “*imágenes realistas que representen a un menor*”. Sin perjuicio de ello, quisiera remarcar que, más allá de que no se encuentra criminalizada en nuestro país la prohibición de la tenencia de puros productos digitales, esta se encuentra prevista en el Convenio, y está prohibida expresamente en muchos países, entre ellos, Alemania⁷¹. Por esa cuestión, no descarto que en el futuro el legislador argentino pretenda incluir expresamente dentro de la prohibición penal a la pornografía virtual, y abordo una cuestión adicional:

La tenencia de pornografía virtual no afecta la intimidad de una persona, pero igualmente puede generar sentimientos negativos, tales como asco o indignación. Incluso podría considerársela un tabú. En cuanto a esto, es esclarecedor el trabajo de HÖRNLE ⁷², quien deja en claro que cuando las acciones criminalizadas causan daños materiales o lesionan derechos, no es necesario argumentar acerca de la justificación del castigo de conductas que generan sentimientos negativos o cuestionan tabúes sociales. Este sería el caso de la tenencia de representaciones de hechos reales que, tal como aquí se ha argumentado, lesiona el derecho a la intimidad. Dicho esto, la prohibición penal de la tenencia de pornografía virtual únicamente se podría intentar justificar mediante la afirmación de que vulnera tabúes sociales o genera sentimientos negativos. Pero esta justificación, a diferencia de lo que sucede con la afectación del derecho a la intimidad, es sumamente controvertida, ya que no tiene cabida dentro la corriente liberal tradicional.

Por último, quisiera destacar que, sin perjuicio de que ha quedado claro que la tenencia de puros productos digitales no afecta derechos individuales en general, ni la intimidad en particular, la prohibición podría intentar justificarse mediante la invocación de un interés colectivo difuso como, por ejemplo, “el interés superior de la infancia”⁷³. En cuanto a ello, HÖRNLE y KREMNIETZER exploraron la posibilidad de justificar la criminalización de estas conductas mediante la apelación a un bien colectivo como “la dignidad en general”, y concluyeron que ello puede brindar una buena *razón adicional* para justificar la prohibición⁷⁴. En este sentido, coincido en que estas invocaciones pueden

⁷⁰ CISNEROS, Danielle, Virtual Child Pornography on the Internet: A “Virtual” Victim?, *Duke Law & Technology Review* 1-8, 2002, Pág. 5. Traducción propia.

⁷¹ StGB § 184b.

⁷² HÖRNLE Tatjana, *La protección de sentimientos en el StGB*. En “*La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*”. Coord. por Roland HEFENDEHL, 2007, ISBN 978-84-9768-358-6, págs. 383/402.

⁷³ Argumento que es invocado también como justificación de la tenencia en general, y he criticado en el punto 2.i.

⁷⁴ Tatjana HÖRNLE y Mordechai KREMNIETZER. Op. cit. (2012). Pág. 166/167. En cuanto a ello, afirmaron que “esto implica un paso decisivo: aceptar la dignidad humana como un valor objetivo y, por tanto, considerar

brindar, en el mejor de los casos, *razones adicionales* para reforzar una criminalización que ya se encuentre justificada, pero no constituyen argumentos suficientes para cimentar una prohibición penal. Lo mismo ocurre con la pornografía simulada, que se analizará en el siguiente acápite.

b. La pornografía simulada

También se podría objetar que la prohibición penal fundada en la protección de la intimidad de los NNyA no permite justificar la criminalización de la tenencia de pornografía simulada, que estaría constituida por las representaciones que capturen a mayores de edad que simulan ser o aparecen como menores de dieciocho años. Esto sería así, porque en verdad no habría un niño o adolescente cuya intimidad esté afectada.

La objeción también sería atinada, porque si aceptamos que el bien jurídico protegido es la intimidad del niño o adolescente capturado en la representación, queda fuera del ámbito de justificación la criminalización de la tenencia de representaciones que involucran a mayores de edad. No resultaría relevante el hecho de que los mayores en cuestión simulen ser personas menores de dieciocho años. Lo dirimente para entender justificada la criminalización no es lo que aparentan ser, sino lo que son.

En idéntica línea con lo expuesto en el punto anterior, esta solución también se condice con la reserva efectuada por en la ley 27.411 de aprobación del Convenio de Budapest, donde se estableció que no regirá “*por entender que son supuestos que resultan incompatibles con el Código Penal vigente*” el art. 9.2.b, que refiere a la pornografía simulada e incluye dentro de las representaciones prohibidas las de personas “*que aparecen como un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito*”.

En definitiva, en la pornografía simulada hay una representación de una persona real, pero esta no resulta ser menor de edad. Por consiguiente, no hay una afectación a la intimidad de un menor que justifique la criminalización de la posesión de esa clase de representación.

c. Los adolescentes que consienten la producción y posesión.

argumentos morales que no están relacionados con los derechos individuales. Este paso supone entrar en terrenos resbaladizos. Se podría objetar a este paso argumentando que el argumento de la ‘dignidad humana objetiva’ podría ser un caballo de Troya para re moralizar cuestiones relativas a la criminalización.

Como tendencia general, esto merecería críticas. No obstante, en el ámbito limitado del contenido multimedia que incluye escenas profundamente humillantes, se podría considerar la posibilidad de reforzar los argumentos existentes sobre la puesta en peligro. Es difícil juzgar empíricamente si los espectadores de películas pornográficas violentas, películas de terror extremo o representaciones ficticias de sexo con niños tienden a replicar lo que ven. Basarse en la dignidad humana como valor objetivo podría suponer una razón adicional para prohibir la producción y venta de dichos materiales” (Traducción propia).

Si tomamos por válidos algunos de los fundamentos cuya legitimidad fue cuestionada, resultaría irrelevante a los efectos de la criminalización un eventual consentimiento de un adolescente en la producción y posesión del material. En definitiva, si consideramos como fundamento de la criminalización al tenedor como un potencial delincuente, como una persona que padece una patología, o si partimos de la tenencia genéricamente como acto moralmente reprochable y dañino para la sociedad, no gravitaría en nada el hecho de que el material refleje a un adolescente que haya consentido la tenencia. Ahora bien, si tomamos a la intimidad como el bien que el tipo penal protege, ya no aparece como irrelevante el consentimiento, y genera dudas si se encuentra legitimada la punición de un material obtenido de, por ejemplo, un adolescente de diecisiete años que se toma una fotografía y consiente su reproducción y tenencia en manos de un tercero. En definitiva, la intimidad es un bien que merece protección ante injerencias no consentidas, por lo que una intrusión consentida no podría considerarse dañina.

HÖRNLE y KREMNIETZER advierten este problema, y afirman que *“Si se trata de la participación voluntaria de menores (de 16 o 17 años), la cuestión del consentimiento merecería algo más de atención. Sin embargo, mientras no se considere que los menores actúan con el mismo grado de autonomía que la ley atribuye a los adultos, se puede justificar que se impida a los menores participar en producciones pornográficas. Se trata de una forma permisible de ‘paternalismo blando’”*⁷⁵. En esta línea, podría entenderse que los adolescentes que admitan la tenencia de una representación suya a manos de terceros pueden estar tomando una decisión sin considerar las consecuencias que ello podría causar a largo plazo, situación que podría generarles en el futuro sentimientos negativos como remordimiento, vergüenza o repugnancia, a la par de afectar su intimidad. Dicho eso, habría que explorar la posibilidad de fundar una prohibición paternalista, entendida como una medida que protege a un sujeto de realizar una acción que perjudica sus intereses.

En este sentido, resulta complicado justificar medidas paternalistas en un Estado liberal, máxime si estas consisten en una prohibición penal, pero bien pueden estar justificadas en casos conocidos como paternalismo blando e indirecto⁷⁶. En cuanto a las medidas paternalistas que estarían justificadas, FEINBERG diferencia entre el paternalismo duro, que define así: *“El paternalismo duro aceptará como razón para la legislación penal que es necesario proteger a los adultos competentes, contra su voluntad, de las consecuencias perjudiciales más allá de sus elecciones y compromisos plenamente*

⁷⁵ Tatjana HÖRNLE y Mordechai KREMNIETZER. *“Human dignity as a protected interest in criminal law”*. Israel Law Review Vol 44 (2012), 143-167. Pág. 156. Traducción propia. Continúa el argumento afirmando que *“Si los adultos consienten en actuar en películas pornográficas, la dignidad humana como derecho individual no está en juego. Con los menores, la falta de consentimiento válido significa que la dignidad humana individual está en juego, incluso si los menores afirman actuar voluntariamente”*.

⁷⁶ Cabe considerar que, incluso quienes se pronuncian en contra del paternalismo, por contraponerse a su modelo liberal, únicamente se expiden en contra de su versión aplicada en adultos. Por ejemplo, MONTI afirma *“La idea es que, así como quienes atacan ilegítimamente a otros pierden la autoridad para demandar que el otro no los dañe proporcionalmente a efecto de defenderse, quienes consienten una acción de otro pierden la autoridad para demandarle que no la realice. Nótese que esto explica el rol fundamental que el liberalismo asigna al consentimiento. La consecuencia es que el Estado no puede prohibir ninguna acción a efectos de evitar una actividad consensual entre adultos, por más inmoral o dañosa para los agentes que sea”*. MONTI, Ezequiel. *“Neutralidad, autonomía y paternalismo”*. En *Libres e iguales*, UNAM-III, (2017) 115-147. Pág. 143. Resultado propio.

voluntarios”, del paternalismo blando, que define así: “*El paternalismo blando sostiene que el Estado tiene derecho a impedir una conducta perjudicial [de un sujeto] para sí mismo (...) cuando, pero sólo cuando, esa conducta es sustancialmente no voluntaria, o cuando es necesaria una intervención temporal para establecer si es voluntaria o no*”⁷⁷. Por su parte, MONTI define el paternalismo directo y el indirecto del siguiente modo: “*El paternalismo directo consiste en prohibir una acción porque ella es contraria a los intereses del agente. Por ejemplo, prohibir el consumo de drogas porque ello es perjudicial para los consumidores. El paternalismo indirecto consiste en prohibir una acción de un tercero a efectos de evitar otras acciones que son perjudiciales para el agente que las realiza. Por ejemplo, prohibir la venta de drogas a efectos de reducir su circulación, en virtud de que es perjudicial para los consumidores*”⁷⁸.

En definitiva, entiendo que la prohibición en estos casos se justificaría si entendemos que la conducta del adolescente es sustancialmente no voluntaria debido a su inmadurez (paternalismo blando) y, además, la prohibición se dirige hacia la tenencia por parte de un tercero, no sobre el propio adolescente perjudicado (paternalismo indirecto). Ello implica que no sería legítima la criminalización del adolescente que posea representaciones propias (paternalismo directo), como tampoco lo sería en casos en que la conducta del adolescente de permitir la posesión a un tercero no pueda reputarse como inválida (paternalismo duro). A propósito de cuándo podemos reputar el asentimiento como inválido por inmadurez, destaco que no hay una línea divisoria clara entre las capacidades de la niñez, la adolescencia y la adultez, sino que se trata de un desarrollo continuo sobre el que, a lo sumo, podemos formular abstracciones⁷⁹.

MAYER LUX, a la hora de analizar la legislación chilena, que resulta análoga a la argentina, concluye que “*En la actualidad, según la literalidad del precepto, un adolescente tendría la posibilidad de practicar actividades sexuales, pero no podría consentir en que un tercero capte imágenes suyas dedicándose a tales actividades*”, y agrega que “*Plantear que un adolescente no está en condiciones de comprender los efectos que puede tener la reproducción de sus actividades sexuales no resulta convincente si es que se le reconoce una capacidad para comprender el ejercicio de su sexualidad*”⁸⁰. Coincido en cuanto a que la edad a partir de la que se admite a un adolescente brindar un consentimiento válido debe guardar armonía con el resto del ordenamiento jurídico⁸¹.

⁷⁷ FEINBERG, Joel. “*Harm to self*”. *The Moral Limits of the Criminal Law*. Volumen 3. Pág. 12. Traducción propia.

⁷⁸ MONTI, Ezequiel. “*Neutralidad, autonomía y paternalismo*”. En *Libres e iguales*, UNAM-III, (2017) 115-147. Pág. 136.

⁷⁹ En esta línea, FEINBERG. Op. cit. (1986). Pág. 326. También, Roxin, quien sostiene que “*cuándo existe una ‘concreta capacidad de comprensión y de juicio’, es una cuestión de hecho y no depende de determinados límites de edad*”. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Civitas. 1997 Madrid. pág 538.

⁸⁰ MAYER LUX, Laura. Op. Cit. Pág. 10.

⁸¹ Destaco también que esta cuestión del consentimiento de los adolescentes es advertida por la Directiva 2011/92/ue del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que en su artículo 8.3 establece que “*quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si el artículo 5, apartados 2 [criminalización de la adquisición y posesión de pornografía infantil] y 6 [criminalización de la producción de pornografía infantil], será aplicable a la producción, adquisición o posesión de material pornográfico en el que intervengan menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual, cuando ese material haya sido producido y se posea*

A partir de esto, si analizamos la legislación argentina, vemos que los adolescentes alcanzan la edad de consentimiento sexual a partir de los trece años, y cuentan con una protección adicional para casos de aprovechamiento de su inmadurez sexual entre los trece y los dieciséis años⁸². Además, los mayores de dieciséis años pueden votar⁸³, son punibles para delitos con pena de prisión de más de dos años⁸⁴, y son considerados como adultos para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo⁸⁵.

A partir de esto, entiendo que aparece armónico con el resto del ordenamiento jurídico tomar el piso de los dieciséis años para evaluar la posibilidad de consentir, y propongo tres casos hipotéticos para analizar la cuestión:

Caso A: *Un sujeto de treinta años mediante un perfil falso de red social engaña a un adolescente de dieciséis años y este le envía una fotografía de sus partes genitales. El sujeto la guarda en su teléfono.*

Caso B: *Un sujeto de treinta años se aprovecha de la inexperiencia de un adolescente de dieciséis años, lo persuade, y el adolescente le envía una fotografía de sus partes genitales. El sujeto la guarda en su teléfono.*

Caso C: *Un adolescente de dieciséis años, a pedido de su novia de dieciocho años, se toma una fotografía de sus partes genitales y se la envía. Su novia la guarda en su teléfono.*

En el caso A la criminalización de la conducta estaría justificada en tanto no consentida, toda vez que el engaño excluye el consentimiento. La prohibición no se sustentaría en una protección paternalista del adolescente sino, lisa y llanamente, en la vulneración de su intimidad.

En el caso B hay un aprovechamiento injusto, una explotación del adolescente⁸⁶. En este caso estaría justificada la criminalización, como una medida de paternalismo blando e indirecto. El asentimiento no puede considerarse sustancialmente válido debido a un aprovechamiento de la inmadurez del adolescente, y la prohibición se dirige hacia la tenencia por parte de un tercero, no sobre el propio adolescente perjudicado.

En el caso C entiendo que no estaría justificada la criminalización, porque el consentimiento del adolescente mayor de dieciséis años debe reputarse válido. Esta solución

con el consentimiento de estos y se emplee exclusivamente para el uso privado de las personas involucradas, siempre que los actos no hayan implicado abusos”.

⁸² El art. 119 primer párrafo del Código Penal, mediante una medida de paternalismo blando e indirecto, presume que no hay consentimiento antes de los trece años. A su vez, el art. 120 criminaliza los contactos sexuales cuando obedezcan a un aprovechamiento de la inmadurez sexual de un menor de dieciséis años. Cabe destacar que la diferenciación entre el tipo penal de abuso sexual (art. 119) y el tipo atenuado de estupro (art. 120) ha sido criticada por la Corte IDH. En palabras de la Corte IDH, la diferenciación entre abuso sexual y estupro “*crea una jerarquía entre delitos sexuales que invisibiliza y disminuye la gravedad de la violencia sexual cometida contra niñas, niños y adolescentes, y no toma en cuenta la importancia de la figura del consentimiento*” (Caso Angulo Losada vs. Bolivia, sentencia de 18 de noviembre de 2022, Párr. 155), por lo que el Tribunal Internacional entiende que el tipo penal de abuso sexual debería capturar ambos supuestos. Esta cuestión no puede ser abordada en mayor detalle aquí.

⁸³ Código Electoral Nacional, art. 1.

⁸⁴ Régimen Penal de la Minoridad, Ley 22.278, art. 1.

⁸⁵ Código Civil y Comercial de la Nación, art. 26 *in fine*.

⁸⁶ Sobre la definición de explotación y sus problemas para conceptualizarla: FEINBERG, Joel. “*Harmless Wrongdoing*”. *The Moral Limits of the Criminal Law*. Volumen 4. Capítulo 31.

se compadece con el piso de edad establecido en otros puntos de la legislación. Además, la conducta aparece como una socialmente aceptada. En cuanto a esto último, coincido con KUBICIEL quien, a la hora de analizar la legitimación de medidas paternalistas, explica que *“el enfoque paternalista tendría que demostrar primero que no es contrario a las convicciones sociales de valores: solo entonces la pena fundada en el paternalismo puede restaurar el derecho de esa sociedad”*⁸⁷.

En definitiva, a la posible objeción de los adolescentes que voluntariamente permiten la tenencia de una representación propia, respondo que la prohibición bien puede fundarse en una medida de paternalismo blando e indirecto. Además, para el caso de los mayores de dieciséis años, piso sobre el que el resto del ordenamiento jurídico reconoce una gran autonomía, propongo diferenciar entre tres supuestos. En primer lugar, los casos de engaño o coacción, en los que el acto no puede reputarse consentido en absoluto, y donde la prohibición se funda, lisa y llanamente, en la protección de la intimidad. En segundo lugar, los casos de aprovechamiento de la inmadurez de NNyA, donde la prohibición se funda en una medida de paternalismo blando e indirecto. En tercer lugar, los casos consentidos libremente, en los que la prohibición no estaría justificada.

d. Los casos puros.

Otra objeción que podría oponerse al argumento fundado en el derecho a la intimidad es que, por las particulares características de los casos de tenencia, se presentan muchos supuestos en que la víctima ni siquiera tiene conocimiento acerca de la existencia de una representación suya poseída por un tercero. En esos casos de ignorancia de la víctima acerca de una afectación a sus intereses, denominados casos puros, se podría decir que la víctima no está afectada porque no sufrirá daño psicológico ni de ningún otro tipo.

Esta objeción es contestada a mi juicio muy acertadamente por TURIENZO FERNÁNDEZ, quien afirma que hay tipos penales que requieren el conocimiento de la víctima, como por ejemplo las amenazas, pero hay otros en los que sucede lo contrario, en los que la víctima ignora lo que está sucediendo, como por ejemplo la estafa. En ambos casos se encuentra muy justificada la prohibición penal. A partir de ello, y analizando los casos puros que pueden producirse en la tenencia de representaciones de contenido sexual de NNyA, concluye que *“Lo fundamental en Derecho Penal es si la conducta prohibida reúne unas condiciones tales como para afectar significativamente un interés merecedor de amparo jurídico-penal. Por tanto, aunque es indiscutible que el conocimiento de que las imágenes están circulando en la red le acarrearán dolor a la víctima de pornografía infantil en comparación a cuando desconozca dicha circunstancia, no creo que sea de recibo condicionar el castigo a si concurre tal factor. En los casos de ignorancia también la intimidad de la víctima se ve seriamente afectada”*⁸⁸.

⁸⁷ KUBICIEL Michael, *“La ciencia de la parte especial del derecho penal”*. Editores del Sur. Pág. 274.

⁸⁸ TURIENZO Fernández (2022). Pág. 1443/1444.

Por otro lado, en un trabajo más reciente dedicado especialmente a los casos puros⁸⁹, el autor diferencia entre algo que duele y algo que daña. Por supuesto, la mayoría de las conductas dañosas generan también dolor, pero, *“también pueden producirse daños sin que la víctima sea consciente de ellos durante su transcurso e incluso tras él y que, por consiguiente, no experimente subjetivamente nada”*. A partir de ello, *“...parece desacertado concluir que tales comportamientos son inocuos. Todo lo contrario: estos reúnen unas condiciones tales como para vulnerar de forma típicamente relevante un interés digno de protección jurídico-penal, sea, p. ej., la libertad sexual o la intimidad personal”*⁹⁰.

En definitiva, los casos puros aparecen como hechos menos graves, pues no generan daño psicológico en las víctimas, pero de ningún modo puede afirmarse que su criminalización no esté justificada, atento a que igualmente dañan la intimidad, como derecho a que cierto ámbito protegido no sea accedido por terceros.

e. La no inclusión de afectaciones a la intimidad de los mayores de edad.

Una posible objeción que se podría oponer al argumento es que, si lo que se quiere proteger es la intimidad, resulta incoherente a primera vista que se criminalice su afectación en casos de personas menores de edad, y no de mayores. TURIENZO FERNÁNDEZ, a la hora de analizar el tipo penal, coincide en que la mera tenencia debe criminalizarse porque afecta a la intimidad, pero se pregunta *“¿qué obstaría para criminalizar paralelamente el consumo de videos e imágenes de abusos y agresiones sexuales reales de personas mayores de edad y promover, como correlato, las medidas necesarias para retirarlos allá donde sean accesibles? (...) Si, como buena parte de la pornografía infantil, esta pornografía (en concreto, la basada en hechos reales) tiene origen en la comisión pretérita de un delito sexual y afecta a la intimidad de la persona que figura en los contenidos audiovisuales o fotográficos, no logro entender por qué nuestra actitud frente a un caso y otro debería ser distinta”*⁹¹.

La objeción impone evaluar si está justificada la distinción entre personas menores y mayores. Como expliqué en el punto 3, está justificado que se proteja mediante el derecho penal un acto que vulnera la intimidad de un menor, porque la sociedad y la normativa internacional les reconoce una protección superior a la de las personas mayores de edad. Es razonable y esperable, entonces, que el legislador proteja con mayor firmeza la intimidad de los NNyA. Ello no quiere decir que una conducta análoga que tenga como víctima a un mayor de edad, no vulnere su intimidad. Las dos conductas lesionan la intimidad, por lo que, en principio, pueden ser criminalizadas. Pero si atendemos a que en el caso de los NNyA se reconoce una protección superior, no aparece como incoherente que únicamente se proteja vía derecho penal las conductas que vulneren su intimidad.

⁸⁹ *“Ojos que no ven, corazón que no siente”: los llamados ‘casos puros’*. InDret. 2023.

⁹⁰ Op. Cit. (2023). Pág. 494/495.

⁹¹ TURIENZO FERNÁNDEZ (2022). Pág. 1445.

Ahora bien, lo dicho no invalida que en el futuro se criminalicen conductas análogas que afecten la intimidad de mayores. De hecho, en la Argentina hay varios proyectos de ley que postulan tipificar conductas de difusión no consentuada de representaciones de contenido sexual⁹², y específicamente en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires la difusión no consentuada de representaciones de carácter íntimo constituye una contravención⁹³.

f. La necesidad de reformar el tipo penal.

Otra objeción que podría hacerse al planteo de este trabajo es que, si tomamos como punto central la protección de la intimidad de los NNyA y si, además, esto implica no criminalizar la tenencia de puros productos virtuales, pornografía simulada, o materiales cuya producción y tenencia obtuvo un consentimiento libre de un adolescente mayor de dieciséis años, resultaría ineludible reformar la redacción del tipo penal. Esta posible objeción no resultaría atinada, porque el tipo penal, en su redacción actual, perfectamente permite capturar conductas que vulneren el fin legítimo de la prohibición (protección de la intimidad), a la par de excluir los casos en los que no se evidencie una vulneración a la intimidad.

Recuérdese que las definiciones de pornografía virtual y pornografía simulada que brinda el Convenio de Budapest no se encuentran plasmadas en el tipo penal del art. 128 CP, que alude a “*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*”. Además, como se vio, por ley 27.411 Argentina aprobó el Convenio, y estableció como reserva que no regirán “*por entender que son supuestos que resultan incompatibles con el Código Penal vigente*”, los arts. 9.2.b (imágenes de personas que aparecen como un menor de dieciocho años) y 9.2.c (imágenes realistas que representen a un menor de dieciocho años). Por otro lado, el tipo penal no tiene ninguna cláusula en cuanto al consentimiento, a diferencia de otros tipos penales que contienen la fórmula “*aunque mediare consentimiento de la víctima*”⁹⁴.

En definitiva, la letra de la ley no se contrapone con la postura aquí tomada y, además, el tipo penal puede ser interpretado (y, dado el caso, restringido) teleológicamente sin problemas de acuerdo con el fin de protección de la intimidad.

5. Conclusión.

En el trabajo se hizo un análisis de los fundamentos que se brindan habitualmente para justificar la criminalización de la tenencia simple de representaciones de contenido

⁹² Por citar algunos ejemplos, el proyecto S-2119/2016 de las Senadoras Marina R. RIOFRIO, Beatriz G. MIRKIN y Norma H. DURANGO; el S-43/2020 de los Senadores Claudia LEDESMA ABDALA, Gerardo A. MONTENEGRO y José E. NEDER; y el D-3763/2020 del Diputado Luis PETRI. En los tres proyectos se postula reformar el art. 155 CP (publicación indebida de correspondencia) o incluir un art. 155 *bis* para criminalizar la difusión no consentida de representaciones de desnudez, de contenido sexual o erótico. El proyecto más reciente es el de la denominada “Ley Belén”, D-2757/2022 de la Diputada Mónica MACHA, que propone no solamente criminalizar la difusión, sino también la captación no consentida.

⁹³ Art. 75 Código Contravencional.

⁹⁴ Por ejemplo, artículos 125 (“corrupción de menores”), 125 bis (“facilitación de la prostitución”), 127 (“explotación de la prostitución ajena”), y 145 bis (“trata de personas”).

sexual de NNyA, un delito que tiene una connotación moral tan negativa que sugeriría que su criminalización se encuentra sobradamente justificada y no merece mayor análisis. Pese a ello, se advirtió que los fundamentos tradicionales para justificar su castigo no son convincentes. A pesar de haber una gran diversidad de fundamentos que intentan justificar la criminalización, se los desmenuzó y se arribó a la conclusión preliminar de que ninguno puede legitimar la punición de la tenencia.

Una vez que se dejó en evidencia que los argumentos habituales encaminados a justificar la criminalización no son válidos, se trazó un camino alternativo que permitiría justificar la prohibición de la conducta, basado en la protección de la intimidad de los NNyA registrados en los materiales poseídos. Se explicó, además, por qué la tenencia vulnera la intimidad, como también se tomó la protección especial que merecen los NNyA por parte del Estado como el fundamento para proteger su intimidad echando mano al derecho penal.

A partir de esta toma de posición, se respondió a diversas objeciones que hipotéticamente podría recibir el argumento. En primer lugar, se justificó por qué la intimidad juega un rol muy importante en el diseño constitucional, en el proceso penal y en el derecho penal sustantivo. Luego, se expuso que una concepción fundada en la protección de la intimidad no permitiría el castigo de tenencia de materiales puramente virtuales, como tampoco de pornografía simulada, ya que no reflejan a ningún niño o adolescente concreto. En tercer lugar, se expuso que se encuentra justificada la prohibición incluso en caso de asentimiento de las personas menores de dieciocho años, como medida de paternalismo blando e indirecto; además, en el caso de los adolescentes de más de dieciséis años, se diferenció entre casos de engaño o coacción que excluyen el consentimiento, casos de aprovechamiento que justifican el paternalismo, y casos de consentimiento libre que excluirían una imputación. Por otro lado, se explicó por qué en los casos puros igualmente está justificada la criminalización, como también se desarrolló por qué no resulta incoherente que la protección penal se establezca únicamente respecto de personas menores de edad. Finalmente, se explicó que la postura ofrecida en este trabajo no exige reformar el tipo penal, que el fin de protección de la intimidad es compatible con la letra de la ley y que, además, el delito tal cual está redactado bien puede ser interpretado y aplicado teleológicamente conforme al fin de proteger la intimidad.

A partir de lo desarrollado, queda en evidencia la importancia de exigir a los legisladores un debate y una fundamentación más robusta a la hora de criminalizar una conducta, como también la necesidad de contar con mayor cantidad de trabajos que indaguen acerca de los fundamentos de la criminalización de cada una de las conductas castigadas actualmente, por más repugnantes o incorrectas que luzcan a primera vista. Trabajos de este estilo permiten, en primer lugar, analizar críticamente el derecho vigente, en el sentido de preguntarse si la persecución de las conductas penalmente prohibidas responde a fundamentos válidos o no. En segundo lugar, interpretar los tipos penales conforme a los fines válidos que se persiguen con su criminalización y, de este modo, circunscribir de forma precisa el ámbito de lo prohibido.

6. Bibliografía.

- Aboso Gustavo, “*Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*”, 1ª ed., Hammurabi, 2021.
- Álvarez Javier Teodoro, “*La reforma del art. 128 del Código Penal por la Ley 27436: Apreciaciones sobre la prohibición de la simple tenencia de pornografía infantil*”. Rubinzal Culzoni. 2018. En www.rubizalonline.com.ar.
- Barrio Fernando J. y Sarricouet María Cecilia, “*El derecho penal y la pornografía infantil en el derecho comparado a nivel internacional, de Argentina, Estados Unidos y Europa*”, ScriptEd, Volumen 13, Publicación 2, Agosto 2016.
- Basílico Ricardo L. y Villada Jorge. Código Penal, 3ª ed., Hammurabi, 2023.
- Cisneros Danielle, “*Virtual Child Pornography on the Internet: A ‘Virtual’ Victim?*”, Duke Law & Technology Review pp.1-8. 2002.
- Corte IDH “Caso Angulo Losada vs. Bolivia”, sentencia de 18 de noviembre de 2022.
- Corte Suprema de Estados Unidos “*ASHCROFT, ATTORNEY GENERAL, etal. v. FREE SPEECH COALITION etal.*”, resuelto el 16 de abril de 2002.
- Corte Suprema de Canadá, “Regina v. Sharpe”: <https://archive.crin.org/en/library/legal-database/r-v-sharpe.html#:~:text=The%20case%20concerned%20two%20interests,right%20of%20freedom%20of%20expression>.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Arriola” (Fallos: 332:1963) y “Montalvo” (Fallos: 313:1333).
- Javier De la fuente, “*Abusos sexuales*”, 1ª Ed., Hammurabi, 2021.
- Díez Ripollés José Luis, “*El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*”, Universidad de Málaga, en “*Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*”, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, 2003.
- Díaz Cortés Lina Mariola, “*Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la directiva 2011/92/ue en la reforma de 2015*”. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.ª Época, n.º 13 (enero de 2015), págs. 13-50.
- Donna Edgardo, “*Derecho Penal Parte Especial*”. Tomo I. 4ta. Ed., Rubinzal-Culzoni. 2011.
- Dupuy Daniela, “*Diversos aspectos sobre el delito de pornografía infantil*”, Errejus, 30 de mayo de 2019.
- Esquinas Valverde Patricia, “*El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el código penal español (art. 189.2): razones para su destipificación*”. Revista de derecho penal y criminología, 2.a Época, n.o 18 (2006), págs. 171-228.
- Feinberg, Joel. “*Harm to self*”. *The Moral Limits of the Criminal Law*. Volumen 3. Nueva York. 1986.

- Feinberg, Joel. *“Harmless Wrong-doing”*. *The Moral Limits of the Criminal Law*. Volumen 4. Nueva York. 1988.
- Fernández Mendía Valentín E., *“La simple tenencia y consumo de pornografía infantil en Argentina. Sus problemas legislativos, la privacidad y la Constitución Nacional”*. Thomson Reuters, AP/DOC/1013/2017.
- Fletcher, George, *“Gramática del derecho penal”*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. 1ª edición. 2008. Buenos Aires. Editorial Hammurabi.
- Greco Luis, *“Tortura, incesto y drogas: reflexiones sobre los límites del derecho penal”*, Buenos Aires, Hammurabi. 2014.
- Green Stuart *“Lying, cheating and stealing”*, Oxford University Press, Nueva York, 2006.
- Gómez Martín Víctor, Bolea Bardon Carolina, Gallego Soler José-Ignacio, Hortal Ibarra Juan Carlos, Ujala Joshi Jubert (Directores), Valiente Ivañez Vicente y Ramírez Martín Guillermo (Coordinadores) *“Un modelo integral de derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo”*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.
- González Pablo Gastón, *“Inconvenientes en la tipificación e investigación del delito de pornografía infantil (Artículo 128 del Código Penal Argentino)”*, Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686, Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), pp 299-316.
- Hilguendorf Eric y Valerius Eric, *“Derecho Penal. Parte General”*, Traducción de la 2da. Edición alemana de Leandro A. Días y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires, Ad-Hoc. 2017.
- Hornle Tatjana, *“El movimiento internacional contra la trata de seres humanos algunas consideraciones críticas”*, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 74, Fasc/Mes 1, 2021, págs. 55-71.
- Hörnle Tatjana, *“La protección de sentimientos en el StGB”*. En *“La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?”*. Coordinador Roland Hefendehl, 2007, ISBN 978-84-9768-358-6, págs. 383-402.
- Hörnle Tatjana, *“Violación como relaciones sexuales no consentidas”*, En *Letra: Derecho Penal*, nro. 10, 2020, págs. 197-217.
- Iglesias Gonzalo, *“Bienes protegidos en el delito de pornografía infantil”*. Universidad de La Plata, 2012.
http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/23871/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Kubiciel Michael, *“La ciencia de la parte especial del derecho penal”*, Traducción de Leandro A. Días y José R. Beguelin. Coordinadores Leandro A. Días y Marcelo D. Lerman. Buenos Aires, Editores del Sur. 2021.
- Malamuth Neil M., Hald Gert Martin, Koss Mary, *“Pornography, Individual Differences in Risk and Men’s Acceptance of Violence Against Women in a Representative Sample”*, <https://www.researchgate.net/publication/257663668>.

- Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría (DSM-V).
- Mayer Lux Laura, “*Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil*”, versión On-line ISSN 0718-3399, Polít. crim. vol.9 no.17 Santiago, 2014.
- Mir Puig Santiago y Corcoy Bidasolo Mirentxu (Directores), y Gómez Martín Víctor (Coordinador), “*Garantías constitucionales y derecho penal europeo*”. Marcial Pons, Buenos Aires, 2012.
- Monti, Ezequiel. “*Neutralidad, autonomía y paternalismo*”. En *Libres e iguales*, Marcelo Alegre (Director), UNAM-IIIJ, (2017) 115-147.
- Morillas Fernández David Lorenzo, “*Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*”. Dykinson S.L., Madrid, 2005.
- Francisco Muñoz Conde, “*Derecho penal. Parte especial*”, 20ª ed., Tirant lo Blanch, 2015.
- Oxman Nicolás, “*Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica*”. Polít. crim. Vol. 6, Nº 12 (Diciembre 2011), Art. 2, pp. 253-295. http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A2.pdf.
- Pérez Barberá Gabriel, “*El ilícito material del delito tributario*”. En *Institutos de Derecho Penal Tributario*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2017.
- Pérez Luño Antonio “*Dilemas actuales de la protección de la intimidad*”. *Ius Et Praxis*, Vol. 21, n.º 21-22, 1993, pp. 11-38.
- Proyectos de ley y debates parlamentarios de las leyes 27.436 y 26.388.
- Roxin Claus, “*Derecho Penal. Parte General*”. Tomo I. Thomson Reuters, Civitas, 1ra. Ed. en español, 2014.
- Schroeder Friedrich Christian, Eckstein Ken y Falcone Andrés (coordinadores), “*Delitos de posesión o tenencia*”. Buenos Aires. Ad-Hoc. 2016.
- Silva Sánchez, Jesús María. “*La expansión del derecho penal*”, 2da. Ed., Buenos Aires, BdeF, 2006.
- Solavagione Lucía, “*La incorrección moral como presupuesto de legitimidad de la criminalización*”. En revista “*En Letra: Derecho Penal*”, Año V, número 8, pp. 117-153.
- Truccone, Santiago. “*Delitos acumulativos ambientales: Una aproximación desde el republicanismo*”. En revista de Derecho Ambiental. Universidad de Palermo. 2013. ISSN: 2250-8120. Pp. 59-98.
- Verde Alejandra, “*Formas de encubrimiento: personal y real. Bases para una delimitación adecuada entre encubrimiento, lavado de activos y receptación*”, InDret, 2020.
- Warren Samuels y Brandeis Louis, “*El derecho a la intimidad*”. Traducción de Pilar Baselga, Civitas, 1995. La edición original, bajo el título “*The right to privacy*”, fue publicada en Harvard Law Review, vol IV, núm. 5, 1890.