

Proyecto de ley

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

Modificación artículo 128 del Código Penal

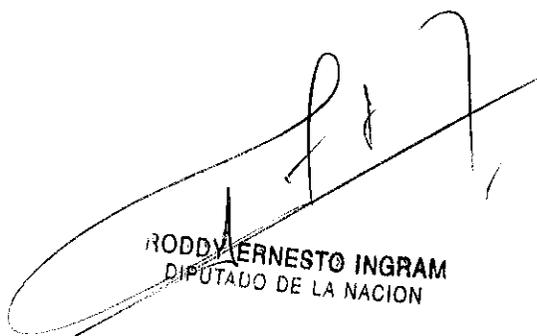
Artículo 1 - Modifíquese el Artículo 128 del Código Penal de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“**Artículo 128** - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el que produjere, financiare, comercializare, intercambiare, tenga en su poder, reprodujere, distribuyere, promocionare, exhibiere o publicare por cualquier medio imágenes pornográficas, sean reales o montadas, en las que se exhibieran menores de dieciocho años, al igual que el que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren dichos menores.

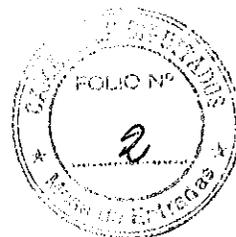
La misma pena se aplicará cuando se utilicen libros, escritos, dibujos u otros medios u objetos que puedan servir de sostén a la exhibición pornográfica de menores de edad.

Será reprimido con prisión de uno a tres años quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años.

Artículo 2 – Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.



RODDY ERNESTO INGRAM
DIPUTADO DE LA NACION



FUNDAMENTOS

Sr. Presidente:

La reforma introducida por la ley 25.087 sancionada el 7 de mayo de 1999 en el Código Penal, trajo un cambio trascendental sobre las figuras enumeradas en el Título III. Dicha reforma, no significó una sorpresa, ya que era una medida tan necesaria como reclamada por la gran mayoría de los doctrinarios en materia penal, desde hacía mucho tiempo. Los cambios introducidos no respondieron solo a una realidad de la sociedad actual, sino también a la necesidad de adecuar las normas a las exigencias que el derecho internacional nos impone a través de los tratados suscritos, y que hoy en virtud del art. 75 inc. 22 gozan de jerarquía constitucional.

El tipo penal del artículo 128 reformado en 1999 por la ley 25.087, busca atacar el mundialmente difundido problema de la prostitución infantil, tratando de desalentar toda actividad que “tienda al comercio de imágenes pornográficas” siempre que los objetos sexuales sean menores de 18 años de edad.

Lo criticable de la redacción de este artículo es que dejó libre de toda punición penal la comercialización del resto del material pornográfico, salvo el limitado supuesto del artículo siguiente, el 129. Asimismo, tampoco penó la tenencia de este material y terminó con el concepto de lo “obsceno”.

Lo claro es que la reforma no abarcó todas las posibilidades de realización del delito, cuestión que tuvo serias consecuencias, como jurisprudencia que no consideró delito a las imágenes contenidas en una computadora, y aun no culpable al dueño del locutorio en el cual se encontraron, por no estar comprendida la conducta en el tipo penal. (Cfr: Delitos contra la integridad sexual – Pandolfi – Ed. La Roca. 1999).

Ante esto es preciso avanzar en la revisión de este artículo, en razón de un delito que progresa con las desproporciones económicas de la población.

Existen en la sociedad determinados bienes o valores que por la importancia que revisten merecen tutela penal, y transformándose en un bien jurídico penalmente protegido, todas las conductas que ataquen a ese bien jurídico estarán sujetas a una pena. Es decir que como legisladores, con sentido valorativo, consideraremos que un bien requiere tutela penal, determinando típicamente las conductas que afectan a ese bien y las penas que deben reprimir tales conductas.

El objeto de tutela que determina la ley 25087 es diferente al de la anterior redacción del Código Penal, que sólo se refería a las publicaciones o reproducciones obscenas. En particular, intentó proteger a los menores de 18 años, a fin de que no intervengan en imágenes o exhibiciones de carácter pornográfico.

El anterior artículo 128 reprimía al que “publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular.”

El actual 128 del Código Penal tipifica la producción o publicación de las imágenes pornográficas en el primer párrafo y en el segundo la distribución de las mismas. Así,

la integridad sexual – como nuevo bien jurídico tutelado - se ve afectada con la producción, publicación y distribución de imágenes pornográficas, intentando proteger el normal desarrollo de la sexualidad de los menores de dieciocho años, la que se puede ver alterada como consecuencia de intervenir en actos o espectáculos de carácter pornográfico.

Pero las acciones típicas contenidas en el artículo tampoco resultaron suficientes para abarcar los extremos del delito, en tanto ha dejado abierta la posibilidad de configurar con otras conductas, la intervención de menores en la pornografía.

Precisando su alcance, semánticamente, pornografía alude al carácter obsceno de una obra. Respecto del carácter obsceno se ha sostenido que de todas las caracterizaciones “que pueden encontrarse en los textos de la doctrina y jurisprudencia internacional, pareciera deducirse que la idea de lo obsceno se circunscribe en torno a algo que se compadece en el tratamiento o mostración de lo sexual ya fuere en lo que atañe a relaciones o exhibición de las partes genitales del cuerpo. Asimismo, tal explicitación debe responder y propender a un fin lascivo, es decir, excitante a las apetencias sexuales [...] la idea se mueve en el terreno de las calificaciones emotivas y criterios apreciativos de índole no jurídica. En todos los casos, hay una permanente apelación a lo metajurídico, dado por un cierto contexto moral que se toma implícitamente como válido y que constituye el criterio de valoración. En definitiva, lo único que podemos saber sobre lo obsceno, es que tal calidad existe solo en la medida en que alguien, con autorización para hacerlo dice que algo lo es.”(Jorge E. Vázquez Rossi, Lo obsceno. Límites de la intervención penal, Rubinzal –Culzoni, 1985).

Compartimos con los autores que no podemos alcanzar un concepto absoluto y aplicable a todos los casos sobre lo que resulta pornográfico, al contrario, se presenta como una noción relativa, que dependerá de quien efectúe la valoración.(Cfr: Carlos Edwards, Delitos contra la integridad sexual –Ed. Depalma – 1999).

Sin embargo, consideramos que es saludable el cambio introducido por la ley 25.087, cuando lo que se persigue es lisa y llanamente, la producción, publicación, etc. de pornografía, cuando se exhibiera menores de dieciocho años.

Atravesado el tema de la análisis de la palabra pornografía como elemento del tipo, y a los efectos de lograr una acabada persecución del delito, en el presente proyecto de ley se reformula el primer y segundo párrafo del artículo 128, agregando nuevas acciones típicas, además de las dos existentes: la de producir o publicar y la de organizar.

Haciendo un análisis de las mismas:

a) **Produjere o publicare:** Produce el que crea u origina algo, publica quien difunde el material. El objeto de este delito deben ser imágenes pornográficas, es decir que lo que se produce o publica deben ser esas imágenes de carácter pornográfico, sin embargo con ello no basta para tipificar la figura, ya que el tipo penal exige que esas imágenes se refieran a la exhibición de menores de 18 años. B) **Organizare:** organiza quien establece u ordena algo. Lo que debe organizarse son espectáculos en vivo con escenas pornográficas en las que participen menores de 18 años de edad. Como se evidencia de estas conductas, lo típico reside en la participación o intervención del menor de 18 años en imágenes o espectáculos de carácter pornográfico. C) **Distribuyere:** El segundo párrafo del 128 reprime la conducta de

distribuir. Distribuye quien hace llegar al destinatario una cosa, en este caso lo que debe distribuirse son imágenes pornográficas de cuyas características externas surja manifiesto que en ellas se ha grabado o fotografiado la exhibición de menores de 18 años al momento de creación de la imagen. Nuevamente lo típico radica en la intervención de esos menores en imágenes de carácter pornográfico, castigándose en ese supuesto a quien distribuya ese material.

Por último el tercer párrafo del 128 contempla dos acciones típicas: facilitar y suministrar. Facilita quien permite el acceso a espectáculos pornográficos de un menor de 14 años, suministra quien entrega al menor de 14 años material de carácter pornográfico. En este caso lo típico consiste en permitir que el menor de 14 años pueda tener acceso al material.

Pero el tipo penal no incrimina todas las conductas posibles. La producción, publicación, organización y distribución de material pornográfico en donde hayan participado menores de 18 años, no agotan las posibilidades de comisión del delito. En esto radica fundamentalmente la razón de ser de la modificación del artículo. Por estas razones se amplían las conductas punibles del primer párrafo del artículo 128 a quien:

- a) **financiare:** la producción, en este caso de imágenes pornográficas. Como primer acepción se refiere a aportar el dinero necesario para algo, o dar crédito para sustentar un negocio o empresa. La conducta se configura cuando el dinero esté destinado a financiar la producción de imágenes pornográficas donde participen menores de 18 años de edad.
- b) **comercializare:** dar a algo carácter comercial para que pueda ser vendido, o poner en venta un producto. Se refiere específicamente a quien lucre con las imágenes anteriormente referidas. Se pena entonces el intercambio oneroso de las imágenes pornográficas.
- c) **intercambiare:** realizar cambio recíproco entre dos o más personas o entidades. Este cambio recíproco apunta a las personas que se dedican a intercambiar imágenes por la web los cuales actualmente quedan sin sanción.
- d) **tenga en su poder:** se refiere específicamente a la tenencia de material pornográfico. Acción de disponer de la cosa físicamente sea por mantenerla corporalmente en poder del autor, y cualquiera sea el origen o la razón, la cosa se encuentre dentro del ámbito de custodia del causante, pudiendo ejercer sobre la misma un poder de hecho tal que le permita por sola voluntad y sin necesidad de intervención de terceros disponer físicamente de ella. La falta de tipificación de esta conducta es la más criticable en tanto que con la tenencia de material pornográfico se promueve indudablemente el abuso sexual infantil. Y aún más, está penalizada la prostitución infantil pero no la posesión de estas imágenes de parte de los adultos. El concepto de "cosa" se desdibuja en los delitos cometidos a través de internet, pero no puede dejar de pensarse su alcance y su consideración cuando el material pornográfico es objeto de tráfico oneroso, y puede ubicarse dentro del ámbito de custodia de una persona.

- e) **reproducere:** es producir nuevamente, sacar copias de algo a través de distintos procedimientos tecnológicos. La acción típica se configura cuando el sujeto activo haga copia de las imágenes pornográficas de menores de 18 años, configurando el delito.
- f) **promocionare:** promocionar se refiere a ofertar productos tendientes a atraer a un comprador. Y si bien no será general, sí destinado al grupo consumidor de pornografía infantil.
- g) **exhibiere:** mostrare, generalmente en público. (Cfr: Diccionario de la lengua Española, ed. 2003).

La expresión “por **cualquier medio imágenes pornográficas**” amplía las posibilidades de la realización de las imágenes, las cuales no se circunscriben solamente al soporte fotográfico o la filmación, como veremos más adelante y lo que motiva la inserción de un nuevo párrafo.

“**Sean reales o montadas**” refiere tanto a la posibilidad de que el menor esté presente al momento de realizar la imagen, así como al montaje como “truca”, “ensamble” o “articulación”, es decir realizada a través de superposición, medios por los cuales también se puede producir pornografía, desvirtuando los extremos de su realización para lo cual no es necesario que el menor haya estado presente en el momento de producción del material.

Por su parte, y considerando el carácter de “obsceno” dejado de lado en la reforma de 1999, traemos un párrafo suprimido entonces: la aplicación de la misma pena cuando se “**utilicen libros, escritos, dibujos u otros medios u objetos que puedan servir de sostén a la exhibición pornográfica de menores de edad.**” El medio que pueda servir de sostén se refiere a cualquier otro soporte donde se pueda contener imagen, más allá de las fotografías y filmaciones.

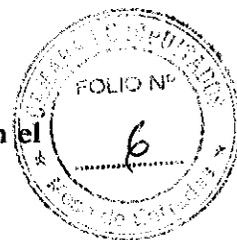
El artículo 128 de la reforma de 1999, redujo a la **imagen** los objetos que pueden servir de sostén a la exhibición pornográfica (elimina los libros, escritos y objetos que no sean imágenes), los que enunciaba la norma sustituida. En este aspecto el problema dogmático apunta a la noción de **imagen** pornográfica.

Imagen es la representación gráfica de algo (en el caso de menores de 18 años). Puede tratarse de una fotografía, filmación o de una representación pictórica, pero dudosamente quedan comprendidos los objetos en cuanto han sido excluidos del texto legal.

Por supuesto que los medios instrumentales para producir y transferir la imagen pornográfica serán todos aquellos capaces de cumplir su comunicación en su forma original, y hoy los canales de **Internet** que hoy son los más habituales.

Por otro lado, el bien jurídico protegido por el nuevo texto es la integridad sexual del menor de 18 años de acuerdo a un normal desarrollo (para algunos se protege la libertad sexual ante la inexperiencia del menor para poder decidir por sí). Por tanto según la reforma de 1999, los menores que figuren en la imagen tienen que ser personas reales (no representaciones), no coincidiendo con las nociones del derecho comparado, y dejando de lado la posibilidad de configurar “imagen” de otro modo que no sea la representación gráfica.

(Cfr: Creus **Problemas dogmáticos puntuales en la punición de la pornografía según el artículo 128 del Código Penal**).



El presente proyecto también aumenta los mínimos de las penas previstas en el artículo.

Así, hasta ahora, las leyes argentinas resultan insuficientes para combatir el material pedófilo. Un problema de la ley actual es que si en el soporte de las fotos (el e-mail, un compact) no hay un rótulo que hable de 'pornografía' **no se puede castigar al distribuidor**. Además, hay jueces que consideran que 'enviar' un mail no es 'distribuir'. A este respecto, un fallo del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 46, sobreseyó a un imputado en orden al delito de distribución de imágenes pornográficas de menores de edad por el que había sido indagado (art. 128, segundo párrafo, del C.P.), por considerar que "para que la conducta que se persigue quede comprendida en las previsiones del art.128, segundo párrafo, del código sustantivo tan sólo se requiere la puesta en circulación del material cuestionado". Ello, sin perjuicio de que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional revocó el fallo, decisión contra la cual luego el Fiscal interpuso recurso de casación, el que fue concedido. (Cfr: Malomo, Enrique s/recurso de casación - Tribunal: CNCasPenal Sala I - 07/03/2003).

Pero las dificultades que trae la frase agregada en el segundo párrafo del artículo 128 de 1999, tienen varios vértices. La frase dice: **"incurrirá en la misma pena el que distribuyere imágenes pornográficas cuyas características externas hicieren 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"**. De este párrafo del artículo se infiere que siempre que la publicación pornográfica tenga una cubierta que impida ver su contenido, la distribución no sería punible. Pero cabe considerar qué pasa con las páginas web que contienen pornografía infantil y en qué forma se consideran las mismas. ¿Basta la primera pantalla del sitio en la cual advierten que el mismo contiene material pornográfico?

Pero la mayor contradicción de este artículo reside en el hecho de que quien produce material pornográfico infantil es punible penalmente, pero quien la distribuye o publica en los términos señalados precedentemente queda sin sanción.

La reforma reciente, en este aspecto no ha sido la más feliz. No se puede equiparar la publicación o distribución de pornografía infantil a la pornografía de los adultos. La cubierta en la tapa de la pornografía adulta tiene su razón de ser en cuestiones morales y para evitar la exhibición obscena, luego el consumo de este material queda comprendido en el ámbito que alcanza el principio de reserva del artículo 19 de la CN. Pero en materia de pornografía infantil no entra en juego el principio de reserva dado que la producción de ese material configura en sí mismo un delito. Por esta razón el Estado no puede permitir que se comercialice bajo ningún aspecto el producto de una conducta delictiva, ni aun que el vacío legal habilite la comisión de un delito desde el reverso de la figura. Por esta razón en el presente proyecto ese párrafo del artículo fue suprimido

En cuanto al sujeto activo y pasivo de este delito, puede ser cualquier persona, no estableciéndose diferencias en razón del sexo aunque si por al edad. Autor puede ser cualquier persona física, tanto varón como mujer: las figuras no distinguen a este respecto.

En cuanto a la víctima, también puede ser cualquier persona que presente la edad exigida en la norma penal, sin distinciones en cuanto al sexo.

Se mantiene la distinción de edad de los párrafos 1 y 2 del artículo actual, en relación al 3. En los 1 y 2, la víctima debe ser un menor de 18 años, mientras que en el 3° párrafo, el sujeto pasivo será un menor de 14 años.

Tratando de desglosar los alcances de la conducta, y en relación con el agregado del 2° parrafo del presente proyecto, analizamos continuación qué clases de pornografía puede haber:

- a) **Pornografía fotográfica:** En la red los pedófilos pueden obtener pornografía infantil, con solo prender su PC conectarse a Internet e ingresar en uno de los miles sitios que se dedican, solapadamente a publicar fotos. El modo más utilizado es el de los chats, o conversaciones entre varias personas que pueden intercambiarse todo tipo de fotografías. Pero, no es necesario ir a un locutorio e iniciar un chat para conseguir estas fotos, basta con ingresar en una pagina web para conseguirlas. Las imágenes menos fuertes pueden adquirirse por una pequeña cuota mensual, pero si se busca algo más fuerte algunas webs incluyen una dirección de correo electrónico a la que uno puede dirigirse para solicitar más material difícil de anunciar.
- b) **Videos:** A través de Internet, las películas de video con todo tipo de escenas de pornografía infantil, desde la mera exhibición hasta el sadismo, pueden obtenerse del mismo modo que las fotografías.
- c) **Pornografía escrita:** Aunque parezca una paradoja, el contenido más peligroso de la pornografía infantil no se encuentra solo en las fotografías y filmaciones sino también en los textos escritos. Una característica muy difundida en la Web, copiada de las revistas pornográficas, es la inclusión de relatos bajo el epígrafe "Mails de nuestros visitantes" . En ellos, bajo seudónimos de supuestos visitantes del sitio, pueden encontrarse relatos dirigidos a excitar al cybernauta mediante la descripción de abusos de niños o de colegiales obsesionadas con seducir a todo adulto que se ponga en su camino. Estos relatos son los encargados de estimular la fantasía sexual de quien los lee y dar rienda suelta a su imaginación. Es de todo sabido además que el principal órgano sexual del ser humano es el cerebro.
- d) **Pornografía en Comics:** Determinados comics, muy conocidos en el submundo de la pornografía infantil gozan de más adeptos que algunos sitios, revistas y videos de pornografía real. Utilizan el dibujo para escenificar relaciones con menores y los textos para describir con más lujos de detalles cada situación. Los argumentos son muy burdos y el tema central siempre es el sexo y la violencia. Las escenas del comic son tan fuertes como las que aparecen en cualquier video o revista de este tipo. Sin embargo en esta ocasión, las adolescentes son vestidas con cuerpos de mujeres adultas. Muchos de estos comics son imitaciones de los clásicos comics japoneses tipo "manga". Las protagonistas suelen ser niñas y adolescentes de trenzas uniforme escolar y rostro angelical, que se dedican a seducir a todos los varones que se cruzan por su camino.



En cuanto al delito a través de Internet, se pueden ejercer sobre los menores de dos formas: ser captados por los pedófilos a través de la red, y tener acceso los mismos chicos, de forma voluntaria o involuntaria, a pornografía, no solamente infantil.

En Argentina hay alrededor de 10 millones de usuarios de la red, pero es realmente muy difícil dar un número exacto ya que hay muchas conexiones que no están registradas y es muy difícil poder referenciarlas, pero sí se puede afirmar que el 26% de estos usuarios son menores cuyo promedio de edad es de 18 años.

Las prácticas de internet que se mencionan dentro de las más peligrosas para los menores son: el **foro de discusión**, ya que es difícil detectar dónde se aloja la información que genera ese foro, el **chat**, ya que muchos pedófilos se hacen pasar porque tienen la misma edad de los chicos para ganarse su confianza y luego aspiran a tener un encuentro personal; y por último, el **cyber**, ya que dentro de las recomendaciones que se hacen de un pedófilo a otro está el cyber café como lugar para distribuir la pornografía, ya que allí no queda registrado quién usó determinada computadora para cometer algún delito de este tipo. (Cfr: www.cace.org.ar)

Por su parte, en los cybercafé se puede visitar páginas de contenido erótico y es un lugar de encuentro para los menores. Se juntan entonces muchos peligros: adultos consumiendo pornografía, chicos jugando y pedófilos enviando material.

En la Argentina las cosas no están mejores que en el resto del mundo, si bien no hay cifras oficiales respecto de la prostitución infantil, personal de la Policía Federal en conjunto con la Policía de Alemania han detectado sitios de pornografía infantil, en los cuales los rasgos de las imágenes que se exhiben corresponderían a menores de nuestro litoral mesopotámico.

También informa la Policía Federal que en el último año han crecido los sitios argentinos de pornografía infantil.

En un procedimiento realizado en España contra una organización que se dedicaba a producir y distribuir material pornográfico infantil se secuestraron 10.000 direcciones de emails de pedófilos de todo el mundo de los cuales 3.000 eran direcciones de pedófilos argentinos.

Cabe señalar que la Argentina de los últimos años se ha convertido en un país apto para la instalación de estas organizaciones, dado que tiene una legislación deficiente y una situación económico social recesiva.

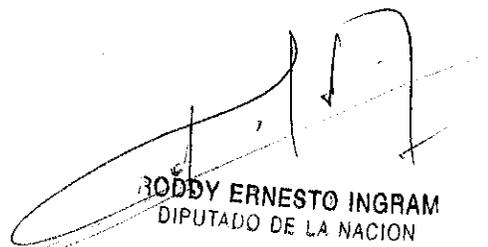
Según el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños celebrado en Estocolmo por representantes de 119 países de todo el mundo en 1996, "La pornografía infantil es la reproducción sexualmente explícita de la imagen de un niño o niña. Se trata, en sí misma de una forma de explotación sexual de los niños. Estimular, engañar o forzar a los niños a posar en fotografías o participar en videos pornográficos es ultrajante y supone un menosprecio de la dignidad y autoestima de los niños. Esto significa que el cuerpo de un niño o niña carece de valor y les demuestra que su cuerpo está a la venta".

Se calcula que una de cada cuatro niñas y uno de cada ocho niños serán agredidos sexualmente antes de cumplir los 16 años. Hay que tener en cuenta que detrás de cada chico hay una importante red de pedofilia que opera a escala mundial. Esta industria criminal, que mueve anualmente muchos millones, cuenta nuevos mecanismos, ya que los pedófilos de todo el mundo se comunican entre sí a través de imágenes enviadas por medio de técnicas sofisticadas como internet.

La pornografía infantil supone el 50% de los delitos que se cometen en internet. De acuerdo con la investigación de las redes de pedofilia se descubrió que muchas veces el requisito para ingresar es aportar fotografías pornográficas de niños, con lo cual, cada nuevo miembro deberá corromper por lo menos un menor. Se estima que cada año más de un millón de niños menores de 16 años son vendidos para brindar favores sexuales a más de 12 millones de "clientes", según el Coordinador Internacional de la Organización Filipina ECPAT (End Child Prostitution in Asian Tourism - Basta de Prostitución Infantil en el Turismo Asiático) La lucha contra la pornografía infantil y la pedofilia en internet requiere acciones estratégicas para solucionar los vacíos legales del Código Penal.

En razón de lo anteriormente analizado, considero oportuno introducir una modificación al artículo 128 del Código Penal, que se reclama urgente para la protección de los menores y de este modo hacer efectiva la protección del bien jurídico introducido en la reforma de 1999.

Por las razones expuestas solicito a mis pares la aprobación del presente proyecto de ley.


RODDY ERNESTO INGRAM
DIPUTADO DE LA NACION

