

Bienes protegidos en el delito de pornografía infantil

Gonzalo Iglesias

Universidad Nacional de La Plata
drgonzaloiglesias@yahoo.com

Abstract. El presente trabajo analiza las implicancias éticas y jurídicas de la criminalización de la tenencia de imágenes representando menores en actividades sexuales.

1 Introducción:

A partir del año 2008, y con la modificación del art. 128 del código penal por la ley 26.388, se introdujo en nuestro derecho positivo la figura de producción, distribución y tenencia de la pornografía infantil como conducta criminalmente reprimible.

Históricamente, la figura es particularmente reciente, no solo en nuestro derecho, sino también en el comparado. Adler, refiere que no existe un debate de la cuestión hasta a fines de la década de 1970. En Mayo de 1977, un programa de la NBC informaba que aproximadamente unos dos millones de jóvenes americanos se involucraban en la actividad. Estas cifras se reducían sensiblemente en otros medios, como el Chicago Tribune, que estimaba en unos cien mil, los menores involucrados¹.

El advenimiento de internet constituyó un campo particularmente rico para la acción de los pedófilos. A la fecha, y según datos privados, se estima que en la red existen aproximadamente unos cuatro millones de sitios de material con sexo con menores, creándose aproximadamente unos quinientos en forma diaria. Anualmente, estas páginas reciben un total de dos mil millones de visitas, las que trafican con más de tres millones de imágenes diferentes².

Estos datos, lejos de pasar desapercibidos por la población, han generado una importante preocupación. En una reciente encuesta, el 86 % de los adultos

¹ Amy Adler, *The Perverse Law of Child Pornography*, *Columbia Law Review*, 2001.

² Fundación Anesvad *Informe Sobre la Pornografía Infantil en Internet*,

consultados identificó a la pornografía y la pederastía como una de la mayor causa de preocupación respecto del uso de internet por parte de menores³.

La respuesta gubernamental, en tal sentido, ha sido en la mayoría de los casos, la elaboración de políticas de tolerancia cero al fenómeno, criminalizando toda conducta relacionada con el mismo a través de la adopción de leyes penales más severas. La preocupación respecto de la exposición en la red de los menores a material con contenido sexual fue una de las justificaciones básicas para la sanción en 1996 de la Ley de la Decencia en las Comunicaciones por parte del congreso de los Estados Unidos. Sin embargo, este texto legal no pudo superar un análisis judicial, siendo declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia en base a la violación del derecho de libertad de expresión⁴.

Este hecho pone en relevancia una de las crisis básicas de la persecución de las conductas sexuales, como es el avasallamiento de otros valores jurídicamente protegibles como la ya mencionada libertad de expresión o la defensa de la intimidad de las personas. El debate regulación de este fenómeno adopta diferentes aspectos según la preeminencia que los distintos actores otorguen a dichos bienes, sacrificando unos en beneficios de otros.

El presente trabajo intentará reflexionar sobre cuáles son los valores que se defienden cuando se criminalizan estas conductas y de qué forma influyen en la regulación de las conductas en internet. A tales efectos, se expondrán las distintas formulaciones que el tipo penal ha adoptado, para luego analizar los debates actuales respecto a los aspectos más controversiales de estas figuras.

La regulación del instituto en la República Argentina y el derecho comparado:

En la república argentina, la figura se incorporó en el art. 128 dos tipos diferenciados que castigan conductas relacionadas con la representaciones sexuales explícitas de menores. La primera es el ofrecimiento, comercialización, publicación, facilitación, divulgación y distribución de representaciones sexuales explícitas relacionadas con la pornografía infantil. El segundo tipo penal previsto es la tenencia de representaciones sexuales explícitas relacionadas con la pornografía infantil, cuando la misma tenga por fin evidente la distribución o comercialización.

En ambos casos, la normativa es tecnológicamente neutra, de forma tal que no importa cuál es el soporte sobre el que se difunda las imágenes. Esto permite

³ Encuesta realizada por la firma ESET Latinoamérica en fecha 21 de octubre del 2011, disponible en www.eset-la.com

⁴ Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844

la incorporación de los medios informáticos como forma de comisión de este delito, ya sea que estos sean medios de almacenaje magnético (diskettes, discos rígidos), ópticos (cd o dvd) o puramente informáticos, como la distribución mediante redes p2p o servidores.

Los antecedentes del artículo deben buscarse en la Convención de los Derechos del Niño, tratado de rango constitucional desde 1994, cuyo artículo 34 establece que “Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.”

En el año 2003 se aprobó mediante la ley 25.763 el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en Pornografía, texto complementario de la convención. El art. 1 del texto establece la obligación de los estados miembros de prohibir la prostitución de menores como la pornografía infantil entendiendo esta según el artículo 2 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.

El art. 3 establece un mínimo al que deben atenerse los estados al momento de regular la conducta, obligando a una legislación penal que criminalice tanto la producción, como la distribución a título oneroso o gratuito, importación, exportación, oferta, venta o posesión con los fines anteriormente señalados de la pornografía infantil.

Debe tenerse en cuenta que la convención establece un mínimo obligatorio para los estados signatarios, los cuales pueden apartarse de considerarlo necesario, adoptando una legislación más severa. En tal sentido, la Convención de Cibercriminación de 2001 establece en su art. 9 un concepto más amplio de las acciones punibles, al incluir tanto el hecho de procurar el material para sí o terceros, así como la mera tenencia⁵.

En el mismo sentido, la convención amplía el concepto de pornografía infantil, al incluir no solo la imágenes de menores adoptando un comportamiento sexualmente explícito sino también los casos en imágenes

⁵ La convención, también conocida como Convención de Budapest en razón del lugar de su firma, es una convención originalmente elaborada por los países de la Unión Europea, a la que luego adhirieron países extra comunitarios

protagonizadas por mayores de edad aparentando ser menores de edad e incluso imágenes realistas que representen un menor en dicho comportamiento.

La República Argentina anunció que tenía la intención de adherir a la convención en el mes de marzo del año 2010⁶. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, de implementarse, los tipos penales aplicables en la Argentina entrarían en contradicción con lo normado por la convención. Ya en el año 1998 una comisión de expertos planteó la necesidad de plantear la reserva respecto de la penalización de la tenencia simple y las representaciones protagonizadas por mayores o sin intervención de persona alguna⁷.

Esta posibilidad está contemplada en el mismo convenio, que faculta los países firmantes apartarse de dichas soluciones de así considerarlo conveniente. Así, aún dentro de la Unión Europea, la regulación de este instituto varía sensiblemente, en particular respecto a la tenencia así como a la llamada pornografía virtual⁸.

El concepto de bien jurídico protegido.

Previo al análisis de las situaciones más complejas de la figura, resulta conveniente reflexionar brevemente sobre los fundamentos sobre los cuales se asienta el poder punitivo del estado, o dicho de otro modo, las razones que permiten a este determinar cuáles conductas constituyen un delito y cuáles no.

Existe una idea tradicional que entiende al delito como preexistente a su recepción jurídica, entiendo que el ordenamiento jurídico no hace más que receptar las conductas disvaliosas que contradicen las reglas éticas de una sociedad determinada.

Esta concepción entra en crisis cuando se advierte que en muchos casos las conductas éticamente disvaliosas no constituyen delitos. Así pues por ejemplo, la falta de cumplimiento de la palabra empeñada aun cuando la misma sea legalmente obligatoria en virtud de un contrato, en principio no constituye delito, salvo en la hipótesis de una defraudación. Al mismo tiempo,

⁶ <http://www.iprofesional.com/notas/96532-La-Argentina-adhiere-a-una-convencion-sobre-ciberdelito.html>

⁷ Dictamen de fecha 19 de junio de 2008. En su elaboración colaboraron entre otros, los doctores Saenz, Palazzi, Molina Quiroga, Brenna y Allmark. Disponible en <http://ciberdelincuencia.org/attachments/InformeAnalisisArgentina.pdf>

⁸ Hasta la actual reforma, España había evitado la penalización de la tenencia simple, a diferencia de Alemania o el Reino Unido.

conductas que, aunque dañinas no son vistas como disvaliosas socialmente, pueden constituir delitos, como es el caso de las infracciones fiscales o ciertos delitos contra la propiedad intelectual.

La doctrina en tal sentido habla del delito como aquellas conductas que afecta bienes jurídicos específicos, entendiendo tales como los intereses concretos de la vida en comunidad a los que el derecho penal brinda una particular protección. Así, por ejemplo el hurto de una cosa mueble constituye un delito por afectar el derecho de propiedad del dueño de la cosa sustraída.

Sin embargo no basta que el bien jurídico se vea afectado. En ejemplo anterior, tanto el incumplimiento del contrato como el hurto implican una violación del derecho de propiedad del sujeto perjudicado. La elección de sancionar uno como una infracción meramente civil y el otro como un delito de índole penal, es una aplicación del llamado principio de intervención mínima en cuya virtud las normas penales debe limitarse a proteger los intereses colectivos cuando esto es imprescindible para la vida en comunidad.

De esto podemos derivar una serie de principios. El primero es que no puede existir delito sin una conducta que afecte bienes jurídicamente defendibles. El segundo es que la intervención penal debe ser eficaz para la protección de estas conductas⁹.

El problema de las imágenes simuladas.

Como ya se ha mencionado, el convenio de cibercriminalidad establece un concepto amplio de pornografía infantil en el segundo párrafo de su art. 9, incluyendo lo que algunos autores han denominado pornografía virtual o pseudo pornografía.

Debemos entender dentro de esta categoría a aquellas imágenes que, más allá de su carácter lascivo, se encuentra protagonizadas por mayores de edad o simplemente en su realización no participó persona alguna, al ser realizadas mediante ordenadores o técnicas de animación tradicionales.

Lemineur Retama plantea que estamos frente a tres casos diferentes: El primero, que la imagen haya sido realizada en forma integral por computadora o animación sin intervención de persona alguna; el segundo que se haya modificado digitalmente para hacer aparecer a un adulto como menor (eliminando, por ejemplo, el vello corporal o suavizando las facciones). Por

⁹ A este respecto ver Righi, Esteban, Derecho Penal Parte General, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009

último, es posible la manipulación de los propios menores modificando el contexto de las imágenes y otorgándoles un contenido libidinoso¹⁰.

Debe tenerse en cuenta que, en algunas culturas, estas imágenes de contenido sexual se encuentran disponibles con mayor o menor restricción. Desde la década de 1970, la industria de la historieta japonesa elaboró un subgénero de manga, denominado lolicon caracterizado por el protagonismo de menores en tramas de contenido sexual. Si bien en los últimos años su venta ha sido limitada a mayores de edad¹¹, su producción y venta no ha sido objeto de prohibición.

En la república argentina, tal como ya se mencionó, se ha evitado la criminalización de estas representaciones, criterio que es seguido por otro país del Mercosur que legisla el delito. Brasil, mediante la ley 10.764 tipifica la conducta, pero deja fuera el problema de la pornografía simulada. Iriarte Ahon refiere que la inclusión de la pornografía virtual fue objeto de debate parlamentario al momento del tratamiento de la ley, mediante la propuesta del diputado Carlos Biscaia, con resultado negativo. Para Iriarte, esto trae una serie de consecuencias. En primer lugar evita la posibilidad de planteos de inconstitucionalidad basados en la limitación del derecho de expresión. Al mismo tiempo, plantea una dificultad en la persecución de los pedófilos, que podrían argumentar que las imágenes secuestradas no involucran a verdaderos menores, generando de tal forma una duda razonable en la existencia del tipo penal¹².

Ello no ha sido obstáculo para que otras legislaciones adopten la figura¹³. El congreso norteamericano promulgó en el año 1996 la denominada ley de prevención de la pornografía infantil (child pornography prevention act). Esta norma estuvo directamente centrada en la existencia de la llamada pornografía

¹⁰ Marie-laure Lemineur, *El combate contra la pornografía infantil en Internet: el caso de Costa Rica*, 1a ed. San José, Costa Rica: M. Lemineur, 2006

¹¹ Las autoridades policiales han declarado a ciertos libros como "potencialmente dañinos" limitando su venta a menores: Entre otros ver <http://web.archive.org/web/20080806212101/http://comipress.com/news/2007/06/11/2103>

¹² Iriarte Ahon Erik, "Brasil o crime de divulgacao de pornografia infantil pela internet: Breves comentarios a ley 10.764" disponible en la sección delitos informáticos de www.alfaredi.org.

¹³ En el mismo sentido, la legislación germana establece la pena de dos años de prisión a quien lleve actos de para procurarse la posesión de documentos pornográficos que reproduzcan un hecho real o con apariencia de realidad

virtual, estableciendo como delito la producción y distribución de la misma. En los fundamentos podemos advertir que tales fenómenos, aún cuando se realizan sin la participación de menores, debe ser reprimida, toda vez que “inflama el deseo de los abusadores, pedófilos y pornógrafos infantiles”, al mismo tiempo que “ofrece a la sociedad la percepción de los niños como objetos sexuales”¹⁴

Esta postura no es aislada. Muchas de las organizaciones que luchan contra la explotación de menores promueven modificaciones en tal sentido. Así por ejemplo, Save the Children recomienda la penalización de tales imágenes, por entender que las mismas reducen a los menores a meros objetos sexuales¹⁵. De la misma forma, ECPAT INTERNATIONAL plantea la necesidad de su persecución, atento el efecto desensibilizador que en la población puede tener este tipo de mensajes, corriéndose el riesgo de establecer tales conductas como admisibles¹⁶.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que desde el punto de vista legal, estas imágenes no constituyen otra cosa que un discurso teórico, que mientras no involucre a menores, no genera un daño a terceros. No cabe duda que este tipo de imágenes produce un rechazo visceral en la gran mayoría de la población, pero no dejan de ser solamente imágenes. La criminalización de su producción no constituye la persecución de un accionar determinado, sino de una conducta o calidad del autor.

Podría argumentarse que la obtención de estas imágenes, tal como sostiene la legislatura norteamericana, constituye un primer paso hacia delitos más graves. Sin embargo, en este planteo, la acción externa del pedófilo es una mera posibilidad, carece de efectos en el mundo real. Dicho de otro modo, castigamos al sujeto no por lo que hace, sino por lo que piensa, o quizás, por lo que es.

Estos argumentos fueron expuestos por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el fallo *Ashcroft v. Free Speech Coalition* de fecha 16 de abril de 2002. En él se puso en juicio la constitucionalidad de la ya mencionada ley de prevención de la pornografía infantil. En un fallo dividido, el máximo tribunal

¹⁴ Expresión de motivos de la ley, citado por Amy Adler, op cit.

¹⁵ *Save the children* es una ONG fundada en 1919 con el fin de asistir y defender los derechos de la infancia. En el 2003 elaboró un documento de trabajo para la unión europea donde recomendaba a los gobiernos locales la adopción de dicha solución.

¹⁶ *Ecpat International Report of the World Congress III Against Sexual Exploitation of Children & Adolescents*, disponible en la página web de la asociación www.ecpat.net

declaró violatorias las normas contenidas en el texto, por entender que las mismas violan los derechos de expresión de los ciudadanos¹⁷.

Más allá de las cuestiones eminentemente técnicas, son interesantes las consideraciones de los fallos tanto de la minoría como el de la mayoría, ya que ilustran en forma clara el problema ético que se presenta en estos temas¹⁸.

Uno de los argumentos básicos del fallo mayoritario es la amplitud de la ley. Si entendemos pornografía virtual a cualquier reproducción de menores en situaciones sexuales, muchos discursos y obras artísticas quedarían subsumidos en el delito. Películas como *Romeo + Julieta* de Baz Luhrmann, o *Belleza Americana* de Sam Mendes, contienen escenas que retratan a menores en situaciones sexuales, al igual que muchas obras pictóricas clásicas que recrean mitos grecoromanos. Diferenciar entre estos elementos y un discurso lascivo constituye un análisis de gusto o calidad artística, pero no directamente penal atento que en ninguno de los casos podemos plantear un daño a personas determinadas¹⁹. La ausencia de un análisis de obscenidad en la pornografía infantil, elemento necesario para la criminalización de la elaborada por adulto en la jurisprudencia norteamericana, se basa en que, en el primero de los casos, es imposible su realización sin que ello implique un daño a sus protagonistas. Esta circunstancia no se produce en la llamada pornografía virtual o simulada, por lo que no es posible censurar un discurso por la mera similitud con uno dañino.

Al mismo tiempo, el voto minoritario del Juez Rehnquist pone en evidencia algunos puntos interesantes que guardan relación con algunos problemas mencionados en el trabajo de Ahon Iriarte. La disidencia plantea la posibilidad de que, atento el adelanto tecnológico, resulte imposible distinguir entre la pornografía virtual y la elaborada con menores reales. En tal caso, nos encontramos frente a un impedimento real para la aplicación de una legislación válida. La prohibición de la pornografía virtual protegería entonces la función estatal de velar por el bien común mediante la aplicación de la ley.

¹⁷ Texto disponible en <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/ashcroftfreespeech.html>

¹⁸ Para un análisis más detallado de los aspectos legales, se recomienda la lectura de Dannielle Cisneros, *"Virtual Child" Pornography on the Internet: A "Virtual" Victim?* Disponible en <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1060&context=dltr>

¹⁹ Ello no ha impedido que ciertas obras como *Lost Girls*, el último comic del inglés Alan Moore, autor de *Watchmen* y *V de Vendetta* han tenido problemas de distribución en países como Francia atento la duda respecto de la legalidad de las escenas protagonizadas por menores

La mera tenencia de pornografía infantil como delito.

El art. 128 segundo párrafo del código penal, establece como delito “la tenencia de representaciones sexuales explícitas relacionadas con la pornografía infantil, en medios informáticos, a los fines de su distribución o comercialización”

Resulta claro de la lectura del texto legal que para que se cumpla el tipo penal, la posesión del material debe tener como miras la distribución o comercialización del mismo. Para Lucero y Kohen, la decisión del legislador de excluir la tenencia que no tenga estos fines obedece a lo normado por el art. 19 de la constitución nacional, que establece el principio de reversa en los siguientes términos: “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”²⁰

Esta es la posición, que con algunas diferencias, sostiene la mayoría de la doctrina argentina²¹. Sin embargo, debemos preguntarnos si verdaderamente estamos frente a una actividad que, tal como dice el artículo constitucional, no perjudica a terceros. Para ello, es necesario analizar cuáles son los bienes que el estado decide defender cuando penaliza o no el almacenaje de imágenes sexuales de menores de edad.

Lucero y Kohen refieren que resulta extremadamente complejo determinar cuál es exactamente el bien protegido en estos delitos. En principio sostiene que se tutela el derecho de las personas a no ser confrontadas involuntariamente con el acto sexual de otro, debatiéndose si este derecho tiene un carácter individual o resulta colectivo. En este último caso, estaríamos defendiendo la moral sexual pública.

Al mismo tiempo, se trata de proteger a la infancia de la explotación sexual comercial. Los autores establecen una relación entre distintas actividades que van desde el turismo sexual, el tráfico de personas a la prostitución infantil y la producción y distribución de pornografía. Y en este último caso, se identifica como objetivo el normal desarrollo sexual del menor.

En función de este razonamiento, la actividad de los meros poseedores de material pornográfico infantil aparece como apartada de la causa generadora

²⁰ Pablo Lucero y Alejandro Kohen, *Delitos Informáticos*, Ediciones D&D, Buenos Aires, 2010, pags. 53 y sigs.

²¹ Podemos citar entre otros Marcelo Riquert, *Delincuencia Informática en Argentina y el Mercosur*, Ediar, 2009 y Pablo Palazzi, *Los Delitos Informáticos en el Código Penal*, Abeledo Perrot, 2009.

del daño: Si lo que intentamos evitar es el menoscabo de la identidad sexual del menor, la misma se termina de configurar con el acto sexual registrado, careciendo de importancia las circunstancias posteriores a este hecho. Dicho de otro modo, no es posible proteger aquello que ya está perdido.

En el derecho comparado, como se ha manifestado anteriormente, son varios los países que penalizan la conducta. En este sentido podemos encontrar dos soluciones diferentes. Algunos países, como Estados Unidos, no diferencian entre la posesión simple y el tráfico aplicando a todas las conductas la misma pena. Otras legislaciones, establecen tipos separados para ambas conductas, reservando para la tenencia simple de material pornográfico una sanción disminuida. Esta es la solución adoptada por la mayoría de los países de la unión europea²².

Esquinas Valverde refiere que en el marco de la literatura científico penal germana se defiende la solución expuesta en el párrafo anterior mediante el argumento de evitar la posibilidad de que los menores sean convertidos en protagonistas de tales representaciones. El fundamento de la sanción es un criterio utilitarista que limita el uso privado atento su conexión con el acto sexual que ha causado el perjuicio y la industria que lo habilita. Se trataría entonces de evitar la generación de una oferta de la actividad mediante la sanción de la demanda que la justifica²³.

Sin embargo, si bien de esta forma podemos justificar la existencia de los tipos penales de comercialización y tenencia con fines de distribución, extender esta fundamentación a la mera posesión aparece como exagerado. De la misma forma que no podemos defender la indemnidad sexual de los menores una vez que esta se ha perdido, tampoco podemos combatir el tráfico penando actividades que suceden una vez finalizada la comercialización. A mayor abundamiento, si en realidad el consumidor forma parte de la cadena de comercialización, no se entiende la elección de una sanción atenuada para el caso de la mera tenencia.

Es necesario entonces la existencia de otro conjunto de bienes defendibles, cuyo ataque fundamente una respuesta estatal. En opinión del autor de la

²² Alemania, Austria, Francia y España establecen una sanción de multa y prisión por un máximo de dos años. Italia se aparta de esta solución elevando el máximo penal a 3 años y manteniendo la previsión de una condena pecuniaria

²³ Patricia Esquinas Valverde, *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 n° 18 , 2006, págs. 171-228.

presente, los bienes jurídicos defendibles no pasan ya por la indemnidad sexual del menor sino por la violación de su derecho a la imagen personal y el derecho al olvido.

Susan Sontang plantea que el acto de fotografiar implica una apropiación, no solo de la imagen, sino de la persona en su conjunto. El fotógrafo conoce al modelo fotografiado en una forma que este mismo jamás podrá, transformándolo en un objeto aprehensible, susceptible de construcciones simbólicas. En el caso bajo análisis el menor deja de ser una persona para transformarse en la substancia del deseo del consumidor de pornografía infantil²⁴.

Este fenómeno había sido reconocido anteriormente por otros autores, como Walter Benjamin. En su obra “El arte en la era de su reproducción mecánica”, el autor germano plantea que a diferencia de una representación teatral, el actor cinematográfico renuncia al contacto directo con el público, para ser capturado por un mecanismo de reproducción que lo aliena. En tal sentido expresa que “...El extrañamiento del actor frente al mecanismo cinematográfico es de todas todas, tal y como lo describe Pirandello, de la misma índole que el que siente el hombre ante su aparición en el espejo. Pero es que ahora esa imagen del espejo puede despegarse de él, se ha hecho transportable. ¿Y adónde se la transporta? Ante el público. Ni un solo instante abandona al actor de cine la consciencia de ello. Mientras está frente a la cámara sabe que en última instancia es con el público con quien tiene que habérselas: con el público de consumidores que forman el mercado. Este mercado, al que va lo sólo con su fuerza de trabajo, sino con su piel, con sus entrañas todas, le resulta, en el mismo instante en que determina su actuación para él, tan poco asible como lo es para cualquier artículo que se hace en una fábrica”²⁵

Nunca esta relación de poder queda más clara que la producción y consumo de pornografía infantil. El modelo queda reducido a un objeto involuntario por parte un público anónimo, que obtiene una satisfacción sexual de reproducción de un hecho dañoso. No es el ánimo de lucro lo que define a esta relación sino la cosificación del menor, hecho que continua sucediendo luego de la realización del acto en sí, merced a los medios mecánicos de reproducción.

²⁴ Susan Sontang, *Sobre la fotografía*, Alfaguara, Buenos Aires, 2006, pags. 31 y siguientes

²⁵ Walter Benjamin *El Arte en la Era de la Reproducción Mecánica* (1936) Traducción de Jesús Aguirre Ed. Taurus, Madrid 1973.

Algunos autores sostienen que la invasión a la privacidad de los menores por entender que el daño y la conducta penal se encuentran demasiado alejadas entre por el tiempo y espacio sí para servir de base para un reproche penal²⁶. Sin embargo, la mera existencia de las copias genera un perjuicio al impedir el olvido del abuso. Tal como ha sostenido la Corte Norteamericana, “*los materiales producidos son un permanente registro de la participación de los menores y el daño se ve exacerbado por su circulación*”²⁷. La pornografía infantil no solo documenta el acto en sí de abuso, sino que su grabación constituye una violación colateral de la dignidad del menor. La circulación de las imágenes vuelve a acosar a la víctima, de forma tal que el abuso inicial toma vida propia, exponiendo al menor a un daño perpetuo

Estas consideraciones llevan al autor de la presente a rechazar la postura respecto de que la mera tenencia constituye una acción privada, sin daños a terceros y, por lo tanto, amparada por el art. 19 de la constitución nacional.

2 Conclusiones

La explosión del fenómeno de la pornografía infantil por internet ha generado una crisis en las formas tradicionales en que entendemos la defensa de los intereses sociales.

En tal sentido, nos encontramos con dos peligros básicos y contrapuestos. En primer lugar la posibilidad de ignorar la existencia de una serie de problemas éticos nacidos de la aplicación de estas tecnologías y la necesidad de cómo sociedad responder a los mismos. En tal sentido, convenios como el de cibercriminalidad de Budapest o la sanción de modificaciones a la legislación penal constituyen una forma de admitir y resolver esta tensión.

Sin embargo, debemos tener cuidado en la forma en los parámetros que establecemos socialmente. En particular con el tema de la pornografía infantil y la natural preocupación por un medio nuevo como internet, se produce al tendencia a avanzar sobre los derechos individuales, imponiendo figuras que restrinjan las libertades de los individuos. En particular, cuando autores y agentes plantean justificaciones basadas en la necesidad de defender un estándar medio de moralidad social, básicamente estamos fundamentado el

²⁶ Patricia Esquinas Valverde, op cit.

²⁷ *New York c/Ferber*, Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, fallo de fecha 2 de Julio de 2012. Disponible en http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/ferber.html

avasallamiento de los derechos y discursos de las minorías sexuales o ideológicas, cuyo discurso, por mas enervante que nos resulte, debe ser defendido en una sociedad pluralista

Es, en verdad, no ya en el discurso sino en la existencia de un daño cierto y defendible que estamos frente al parámetro necesario para solicitar la intervención estatal. Toda otra justificación no constituye más que el aprovechamiento de las nuevas tecnologías para la vuelta de viejas persecuciones.