

Voces: CORRUPCIÓN DE MENORES - GROOMING - PUBLICACIONES OBSCENAS - INTERNET - PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES - INTERPRETACIÓN DE LA LEY - DELITOS INFORMÁTICOS - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - PERICIA MÉDICA - DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL - PROCEDIMIENTO PENAL - PRUEBA PERICIAL - VALORACION DE LA PRUEBA - IN DUBIO PRO REO - DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES - BIEN JURIDICO PROTEGIDO - DELITOS INFORMATICOS - INTERPRETACION DE LA LEY - TRATADOS INTERNACIONALES

Título: Comentario a un caso sobre corrupción de menores. Pornografía infantil o 'cibergrooming'. Tutela penal del normal desarrollo sexual de las personas menores de edad

Autor: Bentivegna, Silvina A.

Fecha: 19-feb-2015

Cita: MJ-DOC-7076-AR | MJD7076

Producto: MJ,SYD

Por Silvina A. Bentivegna (*)

El presente caso aborda una cuestión tan compleja y álgida cómo es el mercado de la pornografía infantil o "Medienstrafrecht", también conocido en la Argentina cómo "cibergrooming", que involucra no solo los nuevos medios telemáticos de comunicación, sino también a los clásicos vinculados con las actividades de prensa, radio y televisión, en especial relacionado con el auge de la pornografía infantil. Delito que afecta gravemente a los niños y adolescentes, hiriendo su indemnidad sexual, sin dejar de mencionar las profundas huellas que dejan en su psiquismo.

En tal sentido, en el particular se debatió si el acusado había ofrecido, publicado y divulgado una videofilmación y sus imágenes de dos niñas manifiestamente menores de 18 años con sus partes genitales expuestas y manteniendo ambas relaciones sexuales explícitas con un sujeto masculino, en dos sitios web, facilitando asimismo su distribución a todas aquellas personas que ingresaron en dichas páginas. No cabe duda de que dicha conducta descripta precedentemente resulta subsumible en el art. 128 del CPen. (1)

En ese orden de ideas, la cuestión sustancial a dilucidar consistió en determinar la "minoridad" de las participantes del video titulado Follándose a dos nenitas de dieciocho.

En efecto, de las pericias y análisis de las imágenes llevadas a cabo en el marco de la causa conforme a los conocimientos técnicos y siguiendo los parámetros científicos se arribó a la conclusión de que dichas imágenes eran compatibles con niñas menores de 18 años de edad, para lo cual se tuvo en cuenta la observación de tres variables: los genitales externos, el desarrollo mamario y el vello púbico. Dando

plenamente por probado en tal sentido que las niñas que aparecían en el film se encontraban dentro de la franja etaria de protección legal.

Amén de lo expuesto, una de las magistradas del tribunal consideró que la pericia llevada a cabo adolecía de eficacia atento a que solo se sustentó en la observación de los caracteres sexuales secundarios, siendo este el método menos preciso. A su vez, advirtió que ni siquiera se había realizado un análisis particular de cada una de las dos jóvenes que se observaban en el video en cuestión, sino que la perita se refirió a ellas casi siempre de modo general. Asimismo, adujo la magistrada que no se efectuó una comparación de los genitales externos de cada una de las jóvenes, con los de una mujer de 18 años, siendo que las fotografías que surgían del informe ilustraban sobre genitales de mujer adulta, pero sin establecer la edad de tal elemento indubitable. En tal sentido, estimó que atento a la observación de caracteres sexuales a partir de un video y cuando la perita fue preguntada en el debate sobre la precisión de su estimación etaria señaló que: "[...] a mi criterio creo que son menores de edad [...] podría decirse que las menores tienen menos de 18 años según mi experticia" de tal modo, teniendo en cuenta la ausencia de precisión en las conclusiones de la perita dicha magistrada estimó aplicar el principio constitucional del *in dubio pro reo*(2) absolviendo y revocando en tal sentido la sentencia dictada en primera instancia donde el acusado fuera condenado como autor del delito previsto en el art. 128 inc.1 del Código Penal por considerarse probado que, ofreció, publicó y divulgó en dos sitios web una videofilmación con imágenes de dos niñas evidentemente menores de 18 años con sus genitales expuestos y manteniendo relaciones sexuales explícitas con un sujeto masculino, facilitando la distribución del mismo a todas aquellas personas que ingresaron en la página.

A su vez, los restantes magistrados del tribunal sostuvieron que el delito por el que se dictó sentencia condenatoria requiere en el sujeto pasivo una sola condición, ergo, que sea menor de 18 años. En tal sentido, la actual redacción del artículo 128 del CPen se inspiró en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. (3) Dicho instrumento internacional define en su art. 2 inciso c, la pornografía infantil, (4) a su vez, el art. 9 inciso 2 del Convenio sobre Ciberdelito al que Argentina adhirió obliga a nuestro país a adecuar su legislación a las recomendaciones propuestas.(5) Asimismo, establece que los Estados partes se comprometerán a incluir en su legislación penal, entre otras acciones, "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". Asimismo, los magistrados entendieron que en este último convenio, conocido como "Convenio de Budapest" se distinguen tres categorías de pseudopornografía: la primera consiste en retratar personas creadas por completo de forma digital; la segunda representa a personas cuyos rasgos han sido retocados de tal modo que terminan siendo otras personas; y la tercera consiste en colocar imágenes "no sexuales" de personas menores de edad reales en escenarios sexuales. En tal sentido, señalaron que poco importa si la víctima es real ya que lo que prevalece es la voluntad de la sociedad de impedir que estas imágenes, al igual que las reales, se conviertan en un instrumento más de promoción de este tipo de pornografía entre la comunidad y en una herramienta que puede ser usada para desinhibir a menores durante el proceso de seducción (*grooming*) que se lleva a cabo para convencer a la persona menor de dejarse retratar en conductas explícitamente sexuales [...].

En efecto, los magistrados consideraron que dicho convenio pretende evitar una interpretación en los tribunales muy restrictiva de la persona menor de edad, que no se incluyan los elementos que hacen referencia a su imagen, especialmente a las alteraciones que se pueden hacer con la nueva tecnología, tan comunes en Internet, en suma lo que se quiere evitar es que [...] se utilicen imágenes adulteradas argumentando que no son de la persona menor de edad, sino aspectos de su imagen [...]. En fin, que no se siga promoviendo, de un modo u otro, la explotación sexual de las personas menores de edad.

Otro de los análisis que ponderaron versó en fundar la edad legal a partir de la que se puede representar a una persona en materiales pornográficos. En tal sentido, nuestro país ajustó su legislación con la

mayoría de edad -18 años- con la edad legal a partir de la que se puede representar a una persona en materiales pornográficos. Esta tendencia se acopla a lo que dispone el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía que, para tales efectos, establece como límite sin excepciones los 18 años. Asimismo el Convenio sobre la Ciberdelincuencia en el inciso 3 de su art.9 establece que la edad para poder ser representado en material pornográfico debe ser los 18 años; sin embargo, en el mismo inciso deja en libertad a los Estados partes para establecer un límite por debajo de los 18 años, siempre y cuando no sea menor de los 16 años.

En efecto, en nuestro país la Ley 25.763 aprobó el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en tal sentido, el art. 1 de dicho protocolo dispone que: "Los Estados parte prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo". En definitiva -sostuvieron los magistrados- la creciente ola de pederastia a través de internet, por un lado, y la adopción de instrumentos internacionales, por el otro, hacían necesaria la pronta previsión legal de la ciberpornografía infantil como delito.

Empero, los jueces, a fin de determinar la edad contemplada en el art. 128 del CPen afirmaron que solo la partida de nacimiento sirve para acreditar la edad, adujeron que si no fuera posible contar con tal documento podría validarse su determinación por medio de análisis médicos, de los cuales los exámenes radiológicos permiten presentar aproximaciones bastante certeras, lo que tornaría necesario en todos estos casos haber individualizado al menor y poder presentarlo físicamente ante el médico forense. Podría afirmarse que, aun en el caso que los menores no sean habidos como para realizar estudios sobre ellos, se puede determinar la edad mediante el estudio de las imágenes [...]. En efecto, consideraron que la prueba producida en el juicio permitió acreditar sin lugar a duda razonable que la edad de las menores cuya imagen se visualizaba en el video era inferior a 18 años.(6)

Por su parte, el imputado en el debate admitió haber subido los archivos que contenían las imágenes cuestionadas desde las computadoras de sus empleadores, por lo que los magistrados adujeron que al haber subido esas imágenes desde sus lugares de trabajo su conducta evidenciaba elusión u ocultamiento de su identificación, lo que contradecía su tacha. A su vez, la grafía, por otra parte, señalaba que eran "nenitas" y esto era realmente lo que definía la imagen que el que se encontraba frente a su monitor iba a ver. Por tal motivo -sostuvieron los magistrados- resulta acertado el razonamiento de la a quo que consideró que el imputado actuó conociendo la contrariedad de su acto con el derecho vigente [...]. Con dichos fundamentos rechazaron el recurso de apelación interpuesto por la defensa y confirmaron la sentencia recurrida en todo cuanto fuera materia de agravio.

La presente sentencia es ajustada a derecho, a través de la misma se resolvió un problema tan actual como es condenar los actos de producción, publicación o reproducción, distribución o circulación de imágenes obscenas, las cuales representan un menoscabo al ideario colectivo de una sana y aceptable moralidad sexual. Las pruebas periciales aportadas en el marco del proceso permitieron al tribunal demostrar el hecho imputado al acusado y condenarlo en aplicación al art. 128 de la ley fundal.

La sentencia representa un precedente interesante en la materia, ya que condena aquellas acciones punibles que se concentran en la producción de imágenes pornográficas representando menores de 18 años, y la difusión o distribución de dichas imágenes.

Empero, estamos frente al peligro que representa la pornografía infantil, por un lado, y, por el otro, la explotación sexual de los menores afectados por dicha actividad lucrativa que vulnera su dignidad como persona al ser utilizada como un medio para satisfacer los deseos sexuales de terceros.(7)

Conforme al delito abordado en el presente fallo, tenemos por un lado la acción de financiar, es decir,

aportar los medios económicos para producir las imágenes prohibidas. El acto de ofrecimiento es la puesta en marcha de ese material. La comercialización, se le adjudica un precio o valor al mencionado material para el consumo ajeno, a modo de ejemplo, el envío por correo de distintos videos que contienen pornografía infantil se subsume dentro de los parámetros exigidos por esta acción de comercializar.

Los actos de publicar, facilitar, divulgar o distribuir tienen la participación de terceros y su exteriorización. Todas estas acciones guardan relación entre sí y se correlacionan. Quien distribuye, el autor, tiene cierto dominio sobre el número de personas a las que envía las imágenes pornográficas, no siendo necesario para su tipificación que los destinatarios hayan a su vez accedido a dicho material. Mientras que la acción de divulgar no incluye esta limitación de los destinatarios, el autor que divulga esta clase de imágenes pornográficas de naturaleza pedófila no tiene control sobre el número ni la identidad de los usuarios o destinatarios de ese material.

En los casos de difusión o distribución de esta clase de imágenes pornográficas mediante internet es indiferente que el autor suba dichos contenidos en la red informática (upload) o sea necesaria una previa autorización o contraseña para que los usuarios los puedan descargar (download).

Aquellas personas que padecen parafilia o pedofilia operan de manera coordinada a fin de evitar ser atrapados y poder desarrollar la actividad ilícita de modo más seguro y anónimo. Existen grupos de pedófilos que desarrollan plataformas digitales especialmente diseñadas para evitar la intrusión y así posibilitar las llamadas salas de chat donde los usuarios o miembros de este sistema pueden mantener conversaciones en línea.

Ahora bien, adentrándonos al bien jurídico protegido de esta clase de delito, el cual alcanza a la producción, publicación o distribución de imágenes pornográficas con la participación de menores de 18 años, no cabe dudas que el interés jurídicamente protegido es el normal desarrollo sexual de las personas menores de edad desde la perspectiva de no ser expuestas a la explotación sexual por parte de terceros. (8)

De modo tal, soy del criterio de que la pornografía infantil en la era cibernética, mediante la transmisión de material pornográfico centrado en el abuso sexual infantil, la existencia de salas de chat o "newsgroups" de usuarios agenciados en el tránsito de este material, genera la vulneración de los derechos humanos de los niños, mediante este proceder se promociona la perpetración de delitos sexuales contra ellos, con este accionar aumenta la proliferación de este tipo de intercambios cibernéticos, de manera global.

A través de ellos, los niños y adolescentes son expuestos a situaciones abusivas y a la explotación por terceros y organizaciones criminales dedicadas exclusivamente a ello, la comercialización o distribución de imágenes pornográficas de los niños, por lo expuesto es que la presente sentencia es acertada al ajustarse a la materialidad del hecho y la participación que en ella tuvo el imputado al cometer tan aberrante delito, generando con su conducta -de naturaleza sexual- tan vasta consecuencia, cual es, la alteración normal del desarrollo de la psicosexualidad del infante.

(1) Dicha norma dispone en su parte pertinente: "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".

(2) Entendiéndolo como el principio jurídico por el cual, en caso de duda, por insuficiencia probatoria, se favorecerá al imputado.

(3) Aprobado por la República Argentina por Ley 25.763 (BO 25/8/03).

(4) "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."

(5) Entiende por pornografía infantil: "Todo material pornográfico que contenga la representación visual de: a) Un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito; b) Una persona que aparece como un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito; c) Unas imágenes realistas que representen a un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito".

(6) Las imágenes trataban de niñas con una edad ubicada entre los 12 y los 16 años, individualizando las que se veían en el video eran menores de 18 años. Se observaron las imágenes de dos niñas que cuando inició la filmación estaban con un hombre y se veían vestidas, luego desvestidas, haciendo una fellatio y realizando actos sexuales. Se observaron sus cuerpos en la mayor parte de lo filmado vistos de cuerpo entero. La imagen corporal completa se correspondía con dos menores de corta edad. Tan corta edad y tan escaso desarrollo corporal que se advertía que maquillaje alguno podría hacerlas aparecer tan pequeñas.

(7) ABOSO, Gustavo Eduardo, Derecho penal sexual, Buenos Aires, 2014, pág. 399

(8) ESTRELLA, De los delitos sexuales, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 219.

(*) Abogada, UBA. Especialista en Derecho de Familia, UBA. Magíster en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, UBA. Docente, UBA. Coautora de Violencia familiar. Aspectos prácticos, Hammurabi. Disertante en congresos y seminarios. Letrada adjunta de Casa Refugio para Mujeres en Situación de Violencia "Mariquita Sánchez". Letrada patrocinante de Fundación Salud Activa. Autora en publicaciones jurídicas.