



Universidad de
San Andrés

Departamento de Derecho

Maestría en Derecho Penal

**El delito de tenencia de imágenes de explotación sexual infantil con fines
inequívocos de distribución o comercialización: un análisis desde la dogmática
aplicada al litigio**

Daniela Belén Romero

D.N.I. 37.805.445

Tutor de Tesis: Doctor Marcelo Lerman

Buenos Aires, 29 de octubre de 2024

Resumen

En el presente trabajo se estudia el modo en que, en el marco de un sistema penal acusatorio, se tiene por acreditado el dolo del delito de tenencia de imágenes de abuso o explotación sexual infantil con fines de comercialización o distribución.

A tal fin, se describen, en primer término, las características de los delitos cometidos a través de las tecnologías de la información y comunicación y el marco normativo aplicable. Luego, se examina particularmente la figura citada a través de las categorías tradicionales de la teoría del delito.

A continuación, se describe cómo la teoría del delito puede integrarse a la teoría del caso para fortalecer la argumentación jurídica. En ese contexto, luego de analizar cómo debería ser una acusación y defensa hipotéticas en un proceso de estas características, se hace referencia a ciertos casos jurisprudenciales que, si bien no constituyen un análisis exhaustivo, buscan ser una muestra representativa del litigio de la figura en fuero penal, contravencional y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

De esta manera, se examina puntualmente cómo se acreditan los elementos subjetivos del tipo y cómo lo han entendido los tribunales locales, aportando al respecto algunas consideraciones y recomendaciones prácticas.

Índice

I. ¿Qué es el cibercrimen?

- A. Marco normativo
- B. Particularidades de la cibercriminalidad

II. Análisis dogmático del delito de tenencia de material de explotación sexual infantil con fines inequívocos de distribución

- A. ¿Cómo debe entenderse la acción típica del delito?
- B. Tipicidad
 - 1. Tipo objetivo: elementos
 - 2. Tipo subjetivo
 - a. ¿Qué elementos debe abarcar el dolo?
 - b. ¿Qué implica el fin de distribución?
- C. Antijuridicidad y Culpabilidad

III. Análisis de los elementos del tipo subjetivo en un litigio concreto

- A. Proceso penal y teoría del delito
- B. Relaciones entre la teoría del delito y la teoría del caso
 - 1. ¿Cómo se utiliza la teoría del delito en el litigio de un caso concreto?
 - 2. ¿Cómo se construye la acusación fiscal en este delito en particular?
 - 3. Qué “versiones” o defensas pueden oponerse contra la acusación fiscal?
- C. Principales técnicas de investigación en entornos digitales
 - 1. Posibles cuestionamientos
- D. Rol de la judicatura y relaciones con el sistema de garantías
 - 1. ¿Qué procesos inferenciales deben construirse para tener por acreditado el dolo del autor?

IV. Consideraciones finales

V. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (en adelante, TICs) ha revolucionado la vida social en distintos aspectos. En lo que al derecho penal respecta, las TICs posibilitan nuevas clases de afectaciones a bienes jurídicos y nuevas formas de comisión de delitos ya existentes.

Tanto a nivel internacional como local, el derecho penal ha experimentado recientes modificaciones. Además del derecho penal de fondo, los ordenamientos procesales y los métodos de investigación debieron adaptarse a fin de combatir una corriente creciente de conductas lesivas vinculadas con las TICs: la ciberdelincuencia.

A modo de ejemplo de este fenómeno, según el informe realizado por la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia de la Procuración General de la Nación Argentina, entre abril de 2022 y marzo del 2023, se registraron más de 35.000 ciberdelitos. Según el mismo informe, esa cifra representa un aumento del 38,5% de los reportes recibidos en el año anterior. A su vez, en el informe referido, se destaca que las consecuencias de este tipo de comportamientos delictivos no se restringen según los límites geográficos tradicionales, sino que pueden tener efectos en más de un Estado. Para la citada Unidad Fiscal, parte del aumento de reportes obedecería a las alteraciones que las medidas de aislamiento adoptadas durante la pandemia de COVID-19 produjeron en los hábitos cotidianos, mientras que otra porción sería “producto del crecimiento que se viene observando año tras año, a nivel global, con relación a los crímenes cometidos mediante el uso de dispositivos informáticos”¹.

A su vez, se ha producido un acercamiento más temprano de los niños, niñas y adolescentes a las TICs, lo cual aumenta el riesgo de que se conviertan en víctimas de delitos cometidos en el ciberespacio y, principalmente, de sufrir afectaciones a su integridad sexual².

En este escenario, en el presente trabajo, se analizará un ciberdelito en particular vinculado con la integridad sexual: la tenencia de material de explotación sexual infantil

¹ Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia, *Informe de gestión de la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia 2022-2023*, pp. 8-10. Disponible en <https://www.fiscales.gob.ar/ciberdelincuencia/la-unidad-fiscal-especializada-en-ciberdelincuencia-senalo-un-alza-continua-de-los-delitos-informaticos-en-su-informe-de-gestion-2023/> [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].

² MAHIQUES, “Explotación sexual infantil a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). El estado de la cuestión en la jurisprudencia argentina” en *Revista Jurídica De La Universidad De San Andrés*, (15), 2023 pp. 1-26 Disponible en <https://revistasdigitales.udesa.edu.ar/index.php/revistajuridica/article/view/186>, p. 3. [Enlace verificado el 21 de marzo de 2024].

con fines inequívocos de distribución o comercialización, prevista en el artículo 128, párrafo tercero del Código Penal de la Nación (en adelante, C.P.). Puntualmente, se examinarán los elementos subjetivos del delito a través de su litigio, es decir: ¿de qué modo se le atribuye la conducta típica al autor del delito de tenencia de material de abuso o explotación sexual infantil con fines inequívocos de distribución (artículo 128 párrafo 3ero del C.P.)? ¿Cómo se acredita su dolo?

El objetivo central del análisis será verificar cómo dichos elementos típicos se dan por acreditados en el litigio y, de ese modo, identificar los desafíos que podrían plantearse de acuerdo con las particularidades del medio comisivo.

Así, en primer lugar, se mencionarán las características del denominado “cibercrimen”, el marco normativo aplicable y las características que distinguen a los delitos cometidos a través de o con ayuda de las TICs respecto de los delitos cometidos en espacios físicos. Todo ello, con especial énfasis en la conducta delictiva escogida.

En el capítulo II, se describirá la conducta reprimida en el artículo 128, tercer párrafo del C.P., según las categorías tradicionales de la teoría del delito.

A continuación, se analizará la acreditación de los elementos del tipo subjetivo en la práctica judicial. Un litigio puede ser visto como un escenario en el que las partes intentan sostener una determinada pretensión de culpabilidad o inocencia, presentando su versión de los hechos ante el/la juez/a o jurado. Este relato de los hechos se apoya sobre una teoría explicativa y autosuficiente compuesta por un elemento fáctico, otro jurídico y, finalmente, un componente probatorio: esto es, la “teoría del caso”. Así, se tratarán de identificar las formas en que una acusación y una defensa “hipotéticas” deberían trabajar este delito en debate. Dada la relevancia de la evidencia digital en estos procesos, se destacarán las principales técnicas de investigación utilizadas por el Ministerio Público Fiscal y sus posibles cuestionamientos.

En atención a que, en la Ciudad de Buenos Aires, el delito fue transferido por la Ley Nacional 26357 y la Ley CABA 2257 al fuero Penal, Contravencional y de Faltas³, el análisis se realizará con apoyo en la jurisprudencia de dicho fuero. Sin perjuicio de que la actividad probatoria dependerá del caso en concreto, se intentarán extraer y explicitar los procesos inferenciales que deben construirse para acreditar los elementos subjetivos del tipo penal en cuestión. A modo de cierre, se mencionarán las conclusiones de dicho ejercicio.

³ Donde me desempeño actualmente, puntualmente, en el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nro. 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

I. ¿Qué es el cibercrimen?

Existen distintas definiciones de lo que puede entenderse como un “cibercrimen”. En ese sentido, respecto del bien jurídico protegido, pueden diferenciarse delitos informáticos en sentido amplio o en sentido estricto. Estos últimos atacarían a la infraestructura cibernética y su adecuado funcionamiento⁴ mientras que los primeros implicarían el uso de tecnología para afectar de forma mediata a otro bien jurídico.

En similar sentido, suele describirse a este tipo de conductas cometidas en el ciberespacio como “pluriofensivas” puesto que se lesionan distintos bienes jurídicos al mismo tiempo⁵.

Ahora bien, la definición puede ser importante a la hora de analizar si se trata de nuevas conductas o bien de delitos tradicionales que encuentran en las TICs nuevos medios comisivos, pues ello repercutirá en la forma de legislarlos. En Argentina, a través de la Ley Nacional 26388 (2008) se incorporó al Código Penal un catálogo de figuras relacionadas con los delitos informáticos, dentro de títulos ya existentes⁶.

A modo de ejemplo, el delito previsto en el artículo 183 párrafo segundo del C.P. que pena a quien “alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos; o vendiere, distribuyere, hiciera circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños”⁷ es un delito informático en sentido estricto. Por el contrario, la conducta descrita en el artículo 173 inciso 16 del C.P. prevé un caso especial de defraudación penando a quien “defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos”, es decir, que alguien se vale de una técnica informática para ejecutar una acción ilegal ya prevista en el C.P., como lo es la defraudación.

El “Convenio de Budapest”, principal instrumento internacional sobre cibercriminalidad prevé distintas definiciones, pero no ha establecido explícitamente qué

⁴ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, Hammurabi, Buenos Aires, 2021, pp. 54-55.

⁵ AGUSTINA, “Nuevos retos dogmáticos ante la cibercriminalidad ¿Es necesaria una dogmática del cibercrimen ante un nuevo paradigma?” en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XLI, 2021, p. 737. Disponible en <https://doi.org/10.15304/epc.41.6718> ISSN 1137-7550: 705-777, [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].

⁶ GARAT/ REALE, “La reforma penal en materia de cibercrimen en la República Argentina”, en DUPUY (dir.) /KIEFER (coord.), *Cibercrimen II: nuevas conductas penales y contravencionales. Inteligencia artificial aplicada al derecho penal y procesal penal. Novedosos medios probatorios para recolectar evidencia digital. Cooperación internacional y victimología*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2020, p. 506.

⁷ República Argentina, Código Penal de la Nación, Ley 11179 (T.O. 1984 actualizado).

debe entenderse por cibercrimen o delitos informáticos. Ello obedecería a la finalidad principal del Convenio, que es la de homogeneizar la legislación de distintos Estados. En esta línea, representa sólo un consenso mínimo sobre las conductas que deberían tipificarse y no excluye las extensiones que puedan efectuarse en las leyes nacionales al interior de los Estados parte.

Señala en este sentido Marcelo Riquert que existen incluso distintos modelos de recepción para tipificar la delincuencia informática: dentro del Código Penal o bien mediante el dictado de leyes especiales. En esta línea, con cita de Sáez Capel, menciona que “la diferencia entre el modelo de regulación dentro del Código o fuera de este, en leyes especiales, no es sólo estética, sino que compromete importantes cuestiones valorativas, ya que la aproximación fenomenológica desvincula la nueva regulación del sistema de valores subyacente en el ordenamiento penal, lo que provoca problemas en términos de legitimación y coherencia. Evita reflexiones sobre las razones para penar y cómo hacerlo”⁸.

Por su parte, el autor José Agustina destaca que, en definitiva, los ciberdelitos no tienen una entidad propia porque el ciberespacio es una “realidad simulada” que existe únicamente en relación con un sustrato físico. Bajo esta lógica, los delitos “informáticos” no son una categoría propia “ontológicamente” distinta desde el punto de vista del catálogo de delitos. No obstante, según el mismo autor, cualquier delito en cuya comisión la tecnología tenga una “importancia significativa” amerita un análisis diferenciado⁹.

En lo sucesivo, se utilizará la definición amplia que considera como “ciberdelitos” o delitos “informáticos” a aquellas conductas en que las TICs tienen una incidencia relevante.

A. Marco Normativo

A nivel internacional, la preocupación por este particular tipo de delincuencia llevó a la creación, en el año 2001, del primer Convenio sobre ciberdelincuencia, conocido como “Convenio de Budapest”¹⁰. Como se anticipara, este tratado de cooperación en materia penal, creado en el seno del Consejo de Europa, prevé “tipos modelo” de delitos informáticos -sin individualizar penas ni escalas aplicables- que los

⁸ RIQUERT, (coord.), *Ciberdelitos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 43.

⁹ AGUSTINA, “Nuevos retos dogmáticos ante la cibercriminalidad ¿Es necesaria una dogmática del ciberdelito ante un nuevo paradigma?” en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2021, pp. 738-741.

¹⁰ Consejo de Europa, Convenio sobre la ciberdelincuencia, Budapest, 23/11/2001 – Entrada en vigor 01/07/2004.

Estados parte se comprometen a adoptar en su derecho local. Ello, a fin de homogeneizar la legislación entre los Estados, definir técnicas de investigación y establecer mecanismos de ayuda mutua¹¹. Asimismo, el Convenio establece medidas procesales relativas a las formas de proceder con la evidencia digital, medidas de cooperación y asistencia internacional.

En Argentina, a través de la ya citada ley 26388, sancionada el 4 de junio de 2008, se incorporaron al Código Penal distintas figuras relacionadas con los delitos informáticos. En 2017, el país aprobó al citado Convenio de Budapest a través de la Ley 27411,¹² convirtiéndose así en uno de los 72 Estados parte¹³. En febrero de 2023, se firmó la adhesión al “Segundo Protocolo Adicional” del Convenio incorporando nuevas medidas de cooperación internacional para detectar y prevenir el ciberdelito.

Entre los artículos número 2 a 10, el Convenio de Budapest establece cuatro categorías de conductas delictivas separadas en títulos de acuerdo con su fin: (i) delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos; (ii) delitos informáticos; (iii) delitos relacionados con el contenido y (iv) delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y derechos afines.

En lo que aquí interesa, el delito de “pornografía infantil” se ubica dentro del título “Delitos relacionados con el contenido” y allí se detallan los elementos normativos del tipo¹⁴. En el artículo 9 se establece que por “pornografía infantil” se entenderá todo material pornográfico que contenga la representación visual de: “a) Un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; b) una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; c) imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita”¹⁵.

La ubicación del delito dentro del título “delitos vinculados con el contenido” se encuentra en sintonía con lo mencionado en el acápite precedente, es decir, el delito de “pornografía infantil” no es un delito informático en sentido estricto.

A los efectos del artículo mencionado, el Convenio establece que por “menor” se entenderá toda persona menor de dieciocho años. No obstante, los Estados podrán establecer un límite de edad inferior, por encima de los dieciséis años.

¹¹ MAHIQUES, *Revista Jurídica De La Universidad De San Andrés*, (15), 2023, p.5.

¹² República Argentina, Ley 27411. 22/1/2017. Fecha de Publicación: B.O. 15/12/2017.

¹³ Cfr. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=185>, [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].

¹⁴ RIQUERT, (coord.), *Ciberdelitos*, 2020, p.95.

¹⁵ Consejo de Europa, Convenio sobre la ciberdelincuencia, Budapest, 23/11/2001 – Entrada en vigor 01/07/2004, artículo 9.

En cuanto a la tipificación a nivel local, el artículo 128 del C.P., modificado por última vez en 2018 mediante la Ley 27436, establece: “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.

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

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

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”¹⁶.

La reforma de 2018 tuvo como principal objetivo incorporar la tenencia simple de representaciones de menores de edad. Según se explica en el proyecto presentado por la senadora Lucila Crexell en el 2016, tanto la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño como el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Asamblea General de Naciones Unidas, 25/5/00) instan a los Estados miembro a sancionar la posesión o tenencia de material de explotación sexual infantil y, previo a la reforma, nuestro Código Penal no cumpliría con dicho estándar¹⁷.

En efecto, previo al 2018, la norma no contemplaba la tenencia de material de abuso o explotación sexual infantil a menos que aquel tuviera como fin la comercialización y distribución. Señalaba en ese sentido la parlamentaria: “Más allá que en la práctica judicial sea muy difícil de probar estos requisitos, la tenencia de pornografía

¹⁶ República Argentina, Código Penal de la Nación, Ley 11179 (T.O. 1984 actualizado), artículo 128.

¹⁷ Biblioteca del Congreso de la Nación, Dossier legislativo: Proyecto de Ley, Número: 363, Ingresado por: Senado Año: 2016, Período legislativo: 134, p. 2. Disponible en: [dossierlegislativon179tramilegleyes-sancionadas-2018.docx.pdf \(bcn.gob.ar\)](#) , [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].

infantil debe pensarse como un tipo autónomo, ya que de por sí es una conducta reprochable por la sociedad. El delito no se limita sólo a las acciones típicas ya previstas en el primer párrafo del artículo 128 del Código Penal, sino que la ofensa continúa en el tiempo con la mera tenencia de estas imágenes que circulan y se almacenan. 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 las representaciones. 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. Por ejemplo, la tenencia de armas de fuego (artículo 189 bis del C.P.) en donde se sanciona una situación de peligro antes de que se concrete un daño contra la vida o la salud de las personas. Lo mismo ocurre con la tenencia de estupefacientes sancionada por el artículo 14 de la ley 23737 cuya constitucionalidad no se encuentra objetada para el caso de que la afectación de su consumo trascienda el ámbito privado, según lo establecido en el precedente «Arriola» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el tipo proyectado, la afectación a terceros es evidente ya que la tenencia de pornografía infantil trasciende y perjudica a terceros que no son ni más ni menos que los niños cuyos derechos fueron vulnerados al realizarse las representaciones”¹⁸.

Respecto de la incorporación de la figura de tenencia simple, se destacó en las reuniones de comisión previas al debate del proyecto de ley la enorme dificultad para obtener pruebas de la comercialización o distribución dada la interacción anónima en medios virtuales y la dinámica de las redes de pornografía infantil, las cuales exigen a sus nuevos ingresantes el compartir material “inédito” para poder formar parte de la red¹⁹.

A su vez, a través de la mentada ley 27346 se realizó un incremento general de las penas para que fueran congruentes con otros delitos del C.P., como ser la corrupción de menores. De las transcripciones del debate en la Cámara de Senadores, donde inició el tratamiento del proyecto, se advierte que la razón de este aumento en la escala penal se vincula con la pretensión de aplicar penas de efectivo cumplimiento a quienes reciban sanciones por las acciones listadas en el primer párrafo del artículo²⁰.

En cuanto al agravante según la edad de las víctimas, aquel se explica por la

¹⁸ Biblioteca del Congreso de la Nación, Dossier legislativo: Proyecto de Ley, Número: 363, Ingresado por: Senado Año: 2016, Período legislativo: 134, p. 3.

¹⁹ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 18ª Reunión – 5ª Sesión Ordinaria 29 y 30 de noviembre de 2017, Posición del Senador Guastavino (O.D. N° 787/17)

²⁰ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 18ª Reunión – 5ª Sesión Ordinaria 29 y 30 de noviembre de 2017, Posición del Senador Cobos (O.D. N° 787/17)

necesidad de tutelar a los/as menores de trece años del mismo modo que en otros delitos contra la integridad sexual como aquellos establecidos en los artículos 119, primer párrafo; 129, segundo párrafo y 130, tercer párrafo del C.P. En esta línea, precisa el autor Gustavo Aboso, que se intentó guardar la correlación entre la edad para consentir cuando se pone en juego la autodeterminación sexual de la víctima²¹.

La tenencia simple pareciera quedar como “figura residual” cuando no exista o no pueda determinarse concretamente la finalidad inequívoca de distribución o comercialización.

Respecto de las dificultades probatorias para investigar esta conducta, días después de la sanción de la ley, el vocero de “Argentina Segura” señalaba: “Supongamos que durante un allanamiento nos encontrábamos con diez DVDs con material pornográfico, ¿cómo sabríamos si sus fines eran o no de distribución? ¿Ese material era para consumo personal o era para compartir? ¿Cuántas imágenes o videos se deben poseer para que haya intención de distribuirlo? ¿Se necesita que el material esté rotulado, clasificado y con listas de precios, para poder encuadrar la conducta en una posesión con fin de distribución, o por el contrario basta poseer un determinado número de material? Estos eran algunos de los interrogantes que aparecían a la hora de determinar la sanción”²².

Por otra parte, en cuanto a las disposiciones del citado Convenio, en su segunda sección se prevén medidas procesales sobre evidencia digital y, en la tercera sección, se establecen redes de cooperación internacional.

En nuestro país, existen al momento dos tipos de redes de cooperación relevantes. El “*National Center for Missing & Exploited Children*” (en adelante, NCMEC) es una organización privada sin fines de lucro con sede en Estados Unidos que ayuda en la búsqueda de niños/as perdidos/as y busca reducir la explotación sexual infantil. Dentro de NCMEC funciona la “CyberTipline”: un sistema centralizado para denunciar explotación sexual infantil en línea. Tanto los proveedores de servicios electrónicos como el público en general pueden denunciar sospechas de engaño en línea con fines sexuales, abuso sexual infantil extrafamiliar; pornografía infantil, turismo sexual infantil, tráfico

²¹ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, p. 35.

²² Argentina Segura, “Pornografía infantil: ¿Qué dice la ley argentina?”, Reale, J. Noticia del 2 de mayo de 2018. Disponible en la web [Pornografía Infantil: ¿Qué dice la ley argentina? | Argentina Cibersegura](#) . [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024]. Véase también: MAHIQUES, *Revista Jurídica De La Universidad De San Andrés*, (15), 2023, p. 15.

sexual infantil, envío de materiales obscenos no solicitados a niños/as, nombres de dominio engañosos y palabras o imágenes digitales engañosas en Internet²³. El personal del NCMEC revisa cada “Cybertip”, busca la posible ubicación del incidente denunciado y luego pone disposición de las fuerzas de seguridad el informe para iniciar la correspondiente investigación penal.

En lo que aquí interesa, en el año 2013, la Fiscalía General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires firmó un Convenio con NCMEC²⁴ para recibir reportes de actividades sospechosas relacionadas con usuarios/as de internet en Argentina. La red está diseñada principalmente para el delito de pornografía infantil y aquellos casos que no pertenecen a la jurisdicción de la Ciudad son derivados a través del Cuerpo de Investigaciones Judiciales al punto de contacto que haya sido designado por la jurisdicción que corresponda²⁵.

El segundo tipo de red de cooperación relevante es la denominada “Unidad 24/7”. creada a partir de la Resolución 1291/2019 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La “Unidad 24/7 de Delitos Informáticos y Evidencia Digital” responde al artículo 35 del Convenio de Budapest que establece que las partes designarán “un punto de contacto localizable, las VEINTICUATRO (24) horas del día, SIETE (7) días a la semana, denominado Red 24/7, con el fin de asegurar la asistencia inmediata en la investigación de infracciones penales llevadas a cabo a través de sistemas y datos informáticos o en la recolección de pruebas electrónicas de una infracción penal”²⁶.

La Unidad 24/7 contribuye además con la “Red 24/7 de crímenes de alta tecnología del G7” que se utiliza para preservar evidencia electrónica alojada en otros países, en particular, aquellos que no son miembros del Convenio de Budapest²⁷. En suma, la Unidad 24/7 no sólo es útil porque permite brindar asistencia a otros Estados sino también porque colabora en los pedidos de conservación de datos informáticos respetando el marco normativo, lo cual, dada la volatilidad de la evidencia y la posibilidad de que se halle alojada en servidores de distintos estados, es central para la investigación de estos delitos. En Argentina, la Unidad 24/7 funciona en el ámbito de la Dirección

²³ National Center for Missing & Exploited Children, *Quiénes somos*, [Somos \(missingkids.org\)](https://www.missingkids.org) [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].

²⁴ Fiscalía General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Resolución FG 435/2013 - 12/11/2013

²⁵ DUPUY (dir.) / KIEFER (coord.), *Ciberdelincuencia II*, 2020, p. 500.

²⁶ República Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Resolución N° 1291/2019, 25/11/2019, Considerando 3.

²⁷ Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia, *Guía de Buenas Prácticas para obtener Evidencia Electrónica en el Extranjero-UFECI*, 2020, p. 14. Disponible <https://www.mpf.gob.ar/cooperacionjuridica/> [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].

Nacional de Asuntos Internacionales en coordinación con la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, que es la autoridad central designada para la tramitación de solicitudes de asistencia mutua²⁸.

Tanto el convenio con NCMEC como la Unidad 24/7 son centrales para la investigación del delito que aquí se analiza, tal como se verá en el capítulo III del presente trabajo.

B. Particularidades de la cibercriminalidad

Lo dicho hasta aquí respecto de las redes de cooperación se comprenderá mejor al examinar algunas de las características que facilitan la comisión de ciberdelitos y dificultan su persecución.

En el libro “Principios del Cibercrimen” (2010), Jonathan Clough, resume las seis principales características de la cibercriminalidad²⁹:

-escalabilidad: Internet permite la comunicación entre millones de usuarios/as de un modo sencillo y poco costoso. Ello redundará en una cantidad de potenciales ofensores³⁰ y víctimas sin precedentes y permite lograr efectos a gran escala incluso a través de mecanismos automatizados.

-accesibilidad: la tecnología es cada vez más accesible para la población en general; lo cual genera mayor disponibilidad de ofensores y víctimas.

-anonimidad: el ofensor puede esconderse de diversas formas a través de maniobras simples como, por ejemplo, el uso de servidores “proxy”, casillas de correo falsas o programas para ocultar los puntos de ingreso a la red.

-portabilidad y transferibilidad: la tecnología digital garantiza una gran capacidad de almacenamiento de datos en espacios muy pequeños que se replican y transfieren fácilmente, sin perder calidad.

-alcance global: a diferencia del carácter territorial de la ley penal, las TICs permiten la comisión de delitos transnacionales, generando enormes desafíos para la

²⁸ Véase: [Asistencia jurídica internacional en material penal | Argentina.gob.ar](https://www.argentina.gob.ar/justicia/defensoria-procurador-general) [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].

²⁹ CLOUGH, *Principles of cybercrime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 5. Disponible en <https://ugcollege.ge/storage/books/April2023/Tp9d8vOmUTINUOQaaliz.pdf> [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].

³⁰ A todo evento, se aclara que, en algunos pasajes de la redacción de este y los capítulos que siguen, podrá utilizarse el lenguaje en masculino al referirse a las personas involucradas en la conducta en estudio. Esta elección obedece, únicamente, a la intención de mantener una escritura sencilla y clara que facilite la lectura del trabajo.

armonización de leyes y su aplicación.

-ausencia de “guardianes capaces”: un factor importante para disuadir a potenciales ofensores es la percepción del riesgo de detección y persecución. La naturaleza volátil de los datos electrónicos exige técnicas forenses sofisticadas para su recolección y preservación, para que su uso sea válido en un proceso penal. En ese sentido, el volumen de usuarios de las TICs, hace que la vigilancia de las redes de comunicación sea extremadamente dificultosa. Además, las fuerzas de seguridad deben lidiar con diferentes proveedores de servicios privados ubicados en distintas jurisdicciones, lo que complejiza la tarea de retención y recolección de datos. En este orden, la línea de lucha contra la cibercriminalidad podría correr por dos frentes: por quienes alojan el servicio o por los/as usuarios/as del contenido ilícito. Como señala Marcelo Riquert, “se programa la lucha contra los que facilitan o los que consumen, pero con eso se reconoce tácitamente una cierta impotencia para perseguir a los creadores del producto delictivo”³¹.

Las características señaladas impactan también en la decisión sobre quién debe juzgar los delitos cometidos en el ciberespacio y con qué ley habrá de castigar esas conductas, cuestiones que exceden el marco de este trabajo pero que continúan generando intensos debates.

En definitiva, la perseguibilidad y juzgamiento de los delitos cometidos en el ciberespacio sólo son una parte del problema. Existe también una tensión entre el control estatal y el derecho al pleno ejercicio de derechos y libertades en el ciberespacio. Así, por ejemplo, se ha destacado la pretensión de atipicidad de muchas conductas por el sólo hecho de cometerse a través de Internet y no en un “lugar” concreto; lo que se complejiza con la intervención de los diferentes proveedores que intervienen en Internet y que pueden actuar incluso desde Estados distintos y sometidos a diversas leyes: el proveedor de la red, el de acceso y servicio y el de contenidos³².

Respecto del delito de tenencia de imágenes de explotación o abuso sexual infantil en particular cabe destacar también un aspecto “criminológico” importante dado por el perfil vulnerable de las víctimas menores de edad; lo que contribuye a agravar el problema. Asimismo, según la investigación criminológica, la victimización es más

³¹ RIQUERT, (coord.), *Ciberdelitos*, 2020, p. 172.

³² ÍDEM, p. 168.

frecuente en niños, niñas y adolescentes que en adultos³³.

Respecto de las “facilidades” que las TICs implican para la comisión del delito que aquí se analiza, valen destacarse: la disponibilidad económica de los/as usuarios/as para acceder a equipos informáticos; la abundancia de material circulando en la red; la facilidad para descargar y compartir archivos con bajo o cero costes económicos; anonimato para el intercambio de material y la existencia de “manuales de ayuda” para acceder a material ilícito³⁴.

II. Análisis dogmático del delito de tenencia de material de explotación sexual infantil con fines inequívocos de distribución

Sin perjuicio de lo dicho en cuanto al carácter “pluriofensivo” de los delitos cometidos a través de internet, en la obra *“Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital”* (2022), Gustavo Aboso señala que el artículo 128 del C.P. protege un bien jurídico complejo: por un lado, tutela el normal desarrollo sexual y la dignidad de los/as menores de edad desde el punto de vista de no ser expuestos/as a la explotación sexual por parte de terceros y la cosificación inherente a dicha explotación³⁵. En esta línea, la conducta típica lesiona de manera directa a la indemnidad de quienes aparecen en las imágenes ilícitas.

Por otro lado, la norma refleja el reproche a una forma de actividad económica basada en la explotación sexual de las víctimas de abuso. Así, el Estado busca desalentar y sancionar hábitos pedófilos y, desde la perspectiva de los/as menores, evitar la revictimización que implica que sean expuestas indefinidamente imágenes que les representan siendo abusados/as sexualmente.

Fabián Riquert recuerda, con cita de Reinaldi, que el artículo 128 del Código Penal de 1921 era considerado por gran parte de la doctrina como una excepción dentro del título “Delitos contra la honestidad” puesto que la norma no protegía únicamente al individuo sino al “pudor público”³⁶.

³³ MAHIQUES, *Revista Jurídica De La Universidad De San Andrés*, 2023, p. 3 con citas de MONTIEL/AGUSTINA, “Victimización sexual de menores a través de las TIC”, en *Cibercrimen II: nuevas conductas penales y contravencionales. Inteligencia artificial aplicada al derecho penal y procesal penal. Novedosos medios probatorios para recolectar evidencia digital. Cooperación internacional y victimología*, eds. Daniela Dupuy y Mariana Kiefer (Montevideo: B de F, 2018), p. 405.

³⁴ DUPUY, *Diversos aspectos sobre el delito de pornografía infantil*, Erreius, Nota disponible en <https://www.erreius.com/actualidad/12/penal-y-procesal-penal/Nota/454/diversos-aspectos-sobre-el-delito-de-pornografia-infantil> [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].

³⁵ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, p. 59.

³⁶ RIQUERT/RIQUERT, *Difusión de imágenes y espectáculos pornográficos de niños, niñas y adolescentes*, Código Penal Comentado de Acceso Libre, Asociación Pensamiento Penal. Disponible en

Esta naturaleza “colectiva” que parece haber rodeado desde el inicio a la norma puede ser cuestionada en los casos en que dos menores comparten, con consentimiento, representaciones sexuales de sí mismos. Aboso menciona al respecto un caso del Tribunal Superior de Justicia de la C.A.B.A. en el que se juzgó que la distribución de imágenes pornográficas entre menores de dieciséis años mediante redes sociales era una conducta atípica, puesto que la función tuitiva de la norma no estaría dirigida a sancionar a menores de edad compartiendo imágenes entre sí. Señaló el mentado tribunal que debe realizarse una interpretación integral de la figura junto con los principios rectores que surgen de la Convención de los Derechos del Niño³⁷. En ese sentido, el autor concluye que el tipo penal sanciona las conductas que son realizadas por mayores de edad en perjuicio de menores, lesionando su autodeterminación sexual. Si dos menores de diecisiete años actuaran voluntariamente en un film pornográfico, no habría un delito sexual contra ellos, puesto que la criminalidad del hecho radica justamente en la explotación³⁸.

El límite de edad del tipo penal viene dado por normas convencionales con jerarquía constitucional y, en consecuencia, el parlamento no puede traspasarlo. No obstante, autores como Riquert y Reinaldi, señalan que la protección del artículo debería incluir también a las personas incapaces, tal como lo hace el Código Penal español³⁹.

Respecto del tipo de delito, la figura se caracteriza como de peligro abstracto puesto que no requiere la efectiva puesta en riesgo de los/as menores de edad. Comenta Aboso que, debajo de la tipificación de la conducta, subyace la idea kantiana de que ninguna persona debe ser utilizada como mero medio para alcanzar un fin, en este caso, la satisfacción de un/a espectador/a pedófilo/a. El artículo 128 C.P. establece, en definitiva, un delito de organización en el que las distintas acciones mencionadas presentan la misma cualidad lesiva⁴⁰.

La sucesión de verbos típicos busca alcanzar toda la cadena de elaboración y comercialización de la pornografía infantil⁴¹. Recuérdese que la misma técnica legislativa

<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpccomentado/cpc37753.pdf> [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].

³⁷ Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Arriola”, Expte. Nro. 15819/18, 07/10/19. Citado en ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, p. 85.

³⁸ DE LUCA/LÓPEZ CASARIEGO, *Delitos contra la integridad sexual*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 234 citado en FIGARI, *Comentario al art. 128 del C.P. (ley 27.436) sobre pornografía infantil*, Asociación Pensamiento Penal, Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/10/doctrina47068.pdf> p. 12. [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].

³⁹ RIQUERT, (coord.), *Ciberdelitos*, 2020, p. 262.

⁴⁰ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, p. 65.

⁴¹ RIQUERT, (coord.), *Ciberdelitos*, 2020, p. 263.

se utiliza para otros delitos complejos como, por ejemplo, la trata de personas.

Sin perjuicio de ello, parte de la doctrina, aclara Rubén Figari, critica a la lista de acciones del artículo 128 C.P. dado que muchas de ellas cubren aspectos relacionados con la participación criminal, como por ejemplo el “financiar” y “facilitar”⁴².

Por su parte, De Luca y López Casariego objetan que esta situación intermedia de punición -entre la mera tenencia y la distribución- buscaría, en rigor, alcanzar actos preparatorios, siendo la figura un delito de sospecha o de comisión anticipada⁴³. Para estos autores, si la posesión es un acto integrante de la comercialización, carecería de sentido la atenuación de la pena y, si no lo es, debería quedar impune⁴⁴. En esta línea, la técnica legislativa consistente en adelantar la punición “alejaría” la afectación del bien jurídico que se pretende tutelar, en violación a los principios de lesividad, intervención mínima y *última ratio* del derecho penal liberal⁴⁵.

Señala Figari al igual que lo hacen De Luca y López Casariego, que el almacenamiento con fines de distribución o comercialización podría considerarse un acto preparatorio, o un delito de sospecha o una modalidad de comisión anticipada⁴⁶; con una enorme dificultad forense para determinar dicha finalidad equívoca.

Al sancionar la norma se analizó la necesidad o no de la incriminación primaria -tenencia simple o con fines- y se reafirmó la idea de un injusto con referencia a un aspecto social que excede a las víctimas reales y se vincula con la prohibición de la explotación sexual infantil⁴⁷. A diferencia de otros delitos de tenencia con los cuales suele hacerse un paralelismo, en este caso, el objeto de la conducta no resulta ser el mismo individuo, sino que lo es una persona menor de edad. En la tenencia de estupefacientes, por ejemplo, la conducta es “autorreferencialmente dañina” y, por ese motivo, cobra sentido el amparo en el artículo 19 de la Constitución Nacional⁴⁸.

⁴² FIGARI, *Comentario al art. 128 del C.P. (ley 27.436) sobre pornografía infantil*, Asociación Pensamiento Penal, Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/10/doctrina47068.pdf> p. 12. [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].

⁴³ DE LUCA/LÓPEZ CASARIEGO, *Delitos contra la integridad sexual*, 2009, p. 240 citado en FIGARI, *Comentario al art. 128 del C.P. (ley 27.436) sobre pornografía infantil*, Asociación Pensamiento Penal.

⁴⁴ ÍDEM, p. 241.

⁴⁵ ÍDEM.

⁴⁶ FIGARI, *Comentario al art. 128 del C.P. (ley 27.436) sobre pornografía infantil*, Asociación Pensamiento Penal, p. 18.

⁴⁷ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, p. 61.

⁴⁸ En ese sentido, la jurisprudencia porteña descartó la analogía de los casos de tenencia simple de representaciones de abuso sexual infantil con el criterio del caso “Bazterrica” de la CSJN en cuanto a la tenencia de estupefacientes para consumo personal, Véase el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas – Sala II, “Morrison, Jim”, 7/07/2022, Caso Nro. 7655/2020-1 citado en MAHIQUES, *Revista Jurídica De La Universidad De San Andrés*, 2023, p. 15.

A. ¿Cómo debe entenderse la acción típica del delito?

Dentro del artículo 128 se mencionan acciones típicas con diversas consecuencias penales. Al tratarse de un delito de “organización”, en el primer inciso se establecen distintas conductas que deben entenderse como parte de una continuidad en la explotación comercial de actividades sexuales de menores de edad⁴⁹.

Entre dichas acciones típicas se reprime a quien “comerciare” o “distribuyere”, por cualquier medio, toda representación de un/a menor de dieciocho (18) años dedicado/a a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales. Dado que esas conductas coinciden con los fines que agravan la tenencia de este tipo de representaciones, se las define a continuación.

La acción de “comercializar” refiere al intercambio de representaciones con fines lucrativos. Para imputar esta conducta será necesario contar con evidencia relativa a la transacción comercial entre vendedor y consumidor. Destaca Aboso que, en algunos sitios webs dedicados a la venta de este tipo de material, suelen ofrecerse medios de pago y, en muchas oportunidades, la individualización de las tarjetas utilizadas para “comprar el servicio” puede servir para identificar al consumidor⁵⁰.

Por su parte, la acción de “distribuir” implica la distribución entre “un número determinado de consumidores” con cierto dominio del autor sobre la cantidad de destinatarios⁵¹. Ello, a diferencia de la acción de “divulgar” que implica la puesta a disposición del material sin que el autor tenga control sobre los posibles destinatarios.

Ocurre que aun cuando las definiciones sean claras, el concepto de distribución y comercialización plantea una serie de problemas probatorios en la jurisprudencia, como se verá en los capítulos que siguen⁵². Más allá de los reparos señalados en cuanto al adelantamiento de la punibilidad, la tipificación de la tenencia con fines responde a instrumentos internacionales que obligan al Estado argentino a reprimir la tenencia e incluso la tenencia de “pseudopornografía”⁵³.

⁴⁹ NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal, parte Especial*, Tomo III, vol 2da reimp. Marcos Letner Editora, Córdoba, 1988, p. 382. citado en ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021.

⁵⁰ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, p. 147.

⁵¹ Juzgado PCyF Nro. 6, “R.R.A. s/128CP” 33010/18, 06/11/2019

⁵² Véase también un breve análisis del concepto en MAHIQUES, *Revista Jurídica De La Universidad De San Andrés*, 2023, pp. 10-17.

⁵³ República Argentina, Ley 25763 Artículo 2.C) del “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”. Fecha de Publicación: B.O. 25/08/2003

B. Tipicidad

1. Tipo objetivo: elementos

Recordemos que el inciso tercero del artículo 128 reprime a quien “tuviera en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.”

En cuanto al sujeto activo, no se requiere ninguna cualidad especial del autor. El tipo penal no considera ningún agravante por la calidad del autor, por ejemplo, si fuera el padre o tutor del menor⁵⁴ ni tampoco atenuantes, como podría ser el compartir imágenes consentidas entre menores de dieciocho años.

El sujeto pasivo será aquel/aquella menor de dieciocho años cuyas representaciones adoptando comportamientos sexuales sean tenidas por usuarios con fines de distribución o comercialización. A los fines de la prohibición, es indistinta la actitud pasiva o activa en tales comportamientos sexuales, los que pueden involucrar a terceros o bien ser autorreferentes.

También se incluyen en el objeto de prohibición a las posturas corporales con evidente contenido sexual, por ejemplo, al exhibirse genitales⁵⁵. Quedan abarcadas también aquellas representaciones con sentido lujurioso o morboso como, por ejemplo, menores con disfraces o con vestimenta de tinte sadomasoquista⁵⁶.

El objeto de la conducta típica tiene características particulares. Según Pablo Palazzi, el término “representación” incluye cualquier imagen, fotografía, dibujo o video en el que menores de dieciocho años se dediquen a actividades sexuales explícitas o bien toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, por lo que no es necesario siquiera que se reproduzca una imagen completa a los fines de la prohibición⁵⁷.

El término “representación”, según la Real Academia Española, se define como una “imagen o idea que sustituye a la realidad”⁵⁸, quedando lógicamente excluidos escritos o audios. De acuerdo con De Luca y López Casariego, por aplicación del principio de máxima taxatividad y por razones exegéticas de orden teleológico y sistemático, frente a dos sentidos posibles de un mismo término, debe estarse por la forma

⁵⁴ RIQUERT, (coord.), *Ciberdelitos*, 2020, p. 268.

⁵⁵ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, p. 165.

⁵⁶ ÍDEM.

⁵⁷ PALAZZI, *Los delitos informáticos en el Código Penal. Análisis de la ley 26.388*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 35.

⁵⁸ Real Academia Española, Definición de “representación” disponible en <https://dle.rae.es/representaci%C3%B3n>

más restringida. En ese sentido, precisan que las imágenes deberían exigir la presencia del menor⁵⁹, excluyendo aquellas representaciones en las que no sea imperiosa su participación como, por ejemplo, un dibujo. También deberían quedar excluidas del objeto de prohibición aquellas expresiones artísticas que involucren a menores de edad. Sin embargo, la línea de diferenciación puede resultar difícil de trazar.

Según Palazzi, la finalidad de la imagen que busca convertir a la persona menor de edad en objeto sexual es lo que permitiría distinguir a una representación artística de aquellas prohibidas por la norma⁶⁰. Es por eso también, explica Figari, que la exhibición de partes genitales debe presentar algún tipo de finalidad sexual que la diferencie de aquellas imágenes con propósito educativo o similar⁶¹.

Por otro lado, el artículo en sí, tal como establece el Convenio de Budapest, se titula “pornografía infantil”. Este concepto, que resulta ser un elemento normativo del tipo, se presta a distintas interpretaciones por estar teñido de valoraciones sociales, culturales y hasta religiosas. Aun cuando así se suele referir al tipo penal en doctrina y jurisprudencia, en su redacción en el C.P., el delito no incluyó la expresión “pornografía infantil”; con excepción de la mención a “espectáculos pornográficos” o “material pornográfico” en el penúltimo párrafo, en el que el vocablo adquiere un sentido bien distinto puesto que no involucran esos espectáculos o material la participación de menores.

La exclusión de la expresión “pornografía infantil” se debe a que el uso del término implicaría el consentimiento de quienes participan en tales representaciones; consentimiento que no debe tenerse en cuenta cuando se involucran menores de dieciocho años⁶².

La Policía Internacional (Interpol) sugiere específicamente que no se utilice el término “porno infantil” porque los niños, niñas y adolescentes que allí se representan están siendo víctimas de abusos sexuales. Según las “Orientaciones de Luxemburgo”, elaboradas por distintas organizaciones internacionales en conjunto con la Interpol, se recomienda reemplazar el término “pornografía infantil” por “abuso sexual de menores”⁶³.

⁵⁹ DE LUCA/LÓPEZ CASARIEGO, *Delitos contra la integridad sexual*, 2009, p. 216 y 217.

⁶⁰ PALAZZI, *Los delitos informáticos en el Código Penal. Análisis de la ley 26.388*, 2009, p. 35.

⁶¹ FIGARI, *Comentario al art. 128 del C.P. (ley 27.436) sobre pornografía infantil*, Asociación Pensamiento Penal, p. 13.

⁶² ÍDEM.

⁶³ Policía Internacional, *Delitos contra menores*, <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delitos-contra-menores/Terminologia-apropiada> . [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].

Aboso comenta que, durante la codificación de los delitos sexuales, la ley se fue desprendiendo gradualmente de apreciaciones subjetivas vinculadas con una determinada moral social. Para el autor existe consenso en cuanto a que el objeto prohibido es la representación de menores en una práctica sexual o bien de sus órganos sexuales, donde están presentes “implicancias psicológicas y psiquiátricas de los comportamientos punibles”⁶⁴. En este orden, se advierte cierta tendencia a “subjetivar” el concepto teniendo en cuenta la impresión del usuario⁶⁵. Así, por ejemplo, un menor posando en la playa sin ropa o bien en ropa interior, pero en “actitud sexualizada” podría considerarse dentro del objeto de prohibición.

Aboso critica este desplazamiento de “lo objetivo a lo subjetivo” puesto que el mismo se apoya en peritajes psiquiátricos y puede conducir a una especie de “derecho penal de autor” centrado en la perversión en sí y no en la acción analizada objetivamente⁶⁶. Ello, puesto que el elemento normativo “pornográfico” quedaría atado a un componente subjetivo como lo es la reacción del espectador.

Por otro lado, pese a que el “*posing*”, es decir, la representación de menores realizando actividades cotidianas, sin participar de actividades sexuales pero desnudos o semidesnudos⁶⁷ no está incluido en el Convenio de Budapest, también ha generado controversia su inclusión dentro del objeto de prohibición. En opinión de Aboso, quien obtiene una fotografía o video de un menor en un lugar público como, por ejemplo, una playa o una pileta pública, no estaría cometiendo el delito en cuestión puesto que no influye sobre la conducta de la víctima y, por ende, no alcanza el grado de lesividad requerido por la norma⁶⁸.

Como se reseñó, el artículo 9 del Convenio de Budapest establece que por “pornografía infantil” se entiende un comportamiento de forma sexualmente explícita realizado por un/a menor de edad, una persona que parezca menor de edad o imágenes realistas que representen a un/a menor. De dicha redacción queda claro que, para el instrumento internacional, la “pseudopornografía” o “pornografía virtual” estaba incluida de forma expresa en el objeto de prohibición.

No obstante, este tipo de material no está incluido en nuestro ordenamiento. Ocurre que, si el bien jurídico protegido es el normal desarrollo sexual de las personas

⁶⁴ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, p. 105.

⁶⁵ ÍDEM, p. 127.

⁶⁶ ÍDEM, p. 128.

⁶⁷ ÍDEM, p. 133.

⁶⁸ ÍDEM, p. 146.

menores de edad, cuando el material de abuso no representa a una persona de carne y hueso, no correspondería hablar de explotación sexual.

Aboso enfatiza que, en caso de que se regule la prohibición de la “pornografía virtual” o “técnica” en el futuro, se deberá dar cuenta de qué modo se pone en riesgo la autodeterminación sexual, sobre todo considerando los principios de lesividad y *ultima ratio*⁶⁹. En países donde sí se la incorporado dentro del objeto de prohibición, tales como Chile, España y Estados Unidos -este último con distintos vaivenes jurisprudenciales sobre su constitucionalidad-, se ha fundamentado su punición recurriendo a bienes jurídicos colectivos como “la dignidad de la infancia en general”⁷⁰.

Respecto de la tenencia, el concepto se ve generalmente asociado a una relación de proximidad o disponibilidad entre el tenedor y la cosa en sí, pero, en el caso de la tenencia de representaciones de menores, esta relación ya no será de tipo “corporal” y he aquí lo novedoso del delito. En otras palabras, no se requiere un traspaso físico de las imágenes sino, más bien, un intercambio de datos⁷¹. El concepto de corporeidad desaparece en el caso y es por ese motivo que sería más apropiado hablar de “disponibilidad técnica” del material⁷².

La disponibilidad del material se vincula también con otra noción importante que es la del almacenamiento de la información. Existen distintas formas de almacenar datos informáticos: en un disco duro, memorias externas, archivos temporales, carpetas online, etc. Sobre el almacenamiento en el disco duro de una computadora o bien en memorias externas, no existe mayor discusión.

Respecto de las carpetas “online”, puede probarse que el acceso y dominio de esta corresponden a una determinada persona y que esta última tuvo disponibilidad técnica del material ilícito allí alojado, como se verá en los indicios que se utilizan para dar por acreditada esa relación. Sin embargo, podría presentarse un problema cuando el material se encuentra en la “*memoria caché*”, esto es: una memoria de rápido acceso⁷³. Es preciso destacar que este almacenamiento temporal no se asimila a la acción típica prohibida puesto que la acción de tenencia demanda cierto grado de permanencia del contenido⁷⁴.

Del mismo modo, la posesión debe prolongarse en el tiempo. Así, la acción de

⁶⁹ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, p. 171.

⁷⁰ ÍDEM, p. 173.

⁷¹ ÍDEM, p. 147.

⁷² ÍDEM, p. 147-148.

⁷³ Real Academia Española, Definición de “caché” disponible en <https://www.rae.es/dpd/cach%C3%A9> [Enlace verificado el 26 de octubre de 2024].

⁷⁴ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, p. 150/153.

quien ingresa a una página web con contenido prohibido por la norma no incurre en el delito de tenencia puesto que no tiene relación de disponibilidad técnica del material⁷⁵. A modo de ejemplo, será distinta la conducta de quien navega en Internet y accede a páginas web para consumir representaciones de menores *online* -no punible- de quien descarga los archivos para su posterior uso -punible-⁷⁶. También sería impune la conducta de quien consume representaciones a través de un servicio de *streaming* puesto que la mera disponibilidad técnica de los archivos, alojados en servidores externos lejos del dominio del usuario, no serán suficientes para imputar la acción típica⁷⁷. Se ha señalado al respecto que realizar una interpretación extensiva del tipo penal para cubrir los casos de acceso por *streaming* implicaría desconocer el principio de legalidad⁷⁸.

Al respecto, explica Figari que existen páginas de contenido para *streaming* y páginas de Internet que le envían a las primeras una solicitud para reproducir el contenido. Luego, este contenido es dividido en pequeños fragmentos y reproducido de modo fluido en el dispositivo del usuario, al que se accede sin tener el contenido alojado “físicamente” allí⁷⁹. El autor destaca que, si los archivos en cuestión fueren hallados en la investigación penal a partir de la recuperación de archivos eliminados por el usuario, no debería imputarse la tenencia puesto que ella implica acceder y disponer del contenido⁸⁰. En suma, el sujeto activo debe tener dominio fáctico y, por ende, disponibilidad técnica del material para que pueda reprochársele la conducta⁸¹.

Toda vez que el inciso tercero, es decir, la tenencia con fines remite al inciso primero, resulta aplicable lo allí establecido en cuanto a la forma en que deben alojarse o transmitirse dichas representaciones, esto es, “por cualquier medio”. Ello implica que la conducta puede cometerse a través de los modos tradicionales, por ejemplo, con imágenes

⁷⁵ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, p. 149.

⁷⁶ ÍDEM, p. 153 y 154.

⁷⁷ ÍDEM, p. 154.

⁷⁸ MAHIQUES, *Revista Jurídica De La Universidad De San Andrés*, 2023, p. 18.

⁷⁹ FIGARI, *Materiales sobre abuso infantil. Difusión. Médico pediatra. Comentario al Fallo "Russo, Ricardo Alberto Guillermo S/ art. 128, CP"*, SAIJ, Id SAIJ: DACF200132, 2009. Disponible en <http://www.saij.gob.ar/ruben-enrique-figari-materiales-sobre-abuso-infantil-difusion-medico-pediatra-comentario-al-fallo-russo-ricardo-alberto-guillermo-art-128-cp-dacf200132/123456789-0abc-defg2310-02fcanirtcod?&o=329&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=10168> [Enlace verificado el 26 de octubre de 2024].

⁸⁰ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, p. 157.

⁸¹ ÍDEM, p. 224.

en soporte físico o bien, a través de redes informáticas⁸².

Puntualmente, respecto de la acción de tenencia con fines de distribución o comercialización, vale realizar algunas aclaraciones. En primer lugar, el adjetivo “inequívoco” fue agregado en la discusión parlamentaria en la Cámara de Senadores⁸³, ya que originalmente no se incluía en la versión tratada en Diputados. Según Palazzi, en el dictamen de Senadores se aclaró que la inclusión de la finalidad obedece al principio de reserva. Aclara el autor que la finalidad está descrita de ese modo en el Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de ellos en la pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y que también han sido instrumentos base para la reforma del artículo 128 del C.P.⁸⁴.

Dicha finalidad específica, continúa explicando Palazzi, tendrá que analizarse en el caso concreto, pero advierte que, en ambientes digitales, la cantidad de representaciones halladas en poder de un usuario no debe traducirse necesariamente como un indicio del fin. Ello, porque una misma persona podría tener poco material, pero distribuirlo a muchas personas y un “coleccionista” descargar numerosas representaciones sólo para autoconsumo⁸⁵.

En este contexto, es preciso comentar brevemente el funcionamiento de los programas habitualmente utilizados por quienes acceden al material prohibido, por ejemplo, *E-Mule* o *E-Donkey*. Las redes “peer to peer” o redes de pares, como los programas citados, permiten que distintos usuarios se conecten y compartan archivos entre sí, logrando que todas las computadoras unidas a la red funcionen como nodo del resto. Así, se aprovecha mejor la capacidad de red y se reducen tiempos de carga y descarga de material⁸⁶. Generalmente, este tipo de redes son asociadas a la descarga ilegal de material puesto que permiten compartir con facilidad música, video y paquetes de software. No obstante, debe aclararse que el uso de la red en sí misma no es ilegal, sino que el contenido que allí se comparte podría infringir normas de protección de derechos de autor o bien, como en el caso del material de abuso sexual infantil, ser en sí mismo ilícito.

⁸² FIGARI, *Materiales sobre abuso infantil. Difusión. Médico pediatra. Comentario al Fallo "Russo, Ricardo Alberto Guillermo S/ art. 128, CP"*, SAIJ, 2009.

⁸³ ÍDEM.

⁸⁴ PALAZZI, *Los delitos informáticos en el Código Penal. Análisis de la ley 26.388*, 2009, p. 32.

⁸⁵ ÍDEM, p. 33.

⁸⁶ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, p. 150.

El problema con este tipo de redes es que puede que alguien desee descargar un archivo cuyo contenido sea lícito y, sin saberlo, descargue un archivo con representaciones de abuso sexual infantil. Tal persona estará inmediatamente compartiendo ese material con otros usuarios de la red a través de su “carpetita de intercambio” y manteniéndolos allí hasta tanto se eliminen. Esta situación hipotética ha generado distintos debates a nivel doctrinario y jurisprudencial relativos a la falta de conocimiento del usuario, a los cuales se hará referencia más adelante.

Con el tiempo, los programas *E-Mule* y *E-Donkey* dejaron de utilizarse, dando paso al protocolo *BitTorrent*. Este último es un “protocolo de intercambio de datos de forma descentralizada”⁸⁷ más moderno que también forma parte de las redes de pares, sin un servidor central y del cual se pueden descargar y compartir archivos entre distintos usuarios. En los últimos años, también ha ganado popularidad la “*Deep web*” que implica “contenido de internet que los motores de búsqueda estándar no pueden buscar”⁸⁸ y que, para ingresar, requiere de la descarga de un software específico. Este software permite navegar de forma anónima y acceder a contenido que no está indexado en los motores de búsqueda tradicionales como “*Google*”, “*Yahoo*”, etc⁸⁹. A su vez, dentro de la “*Deep web*” existe una porción denominada “*Dark web*” en donde se encuentran sitios con contenido ilegal, favoreciendo así la actividad criminal. Estos sitios implicarán, en el futuro, nuevos desafíos para la detección y persecución de este tipo de delitos.

2. Tipo subjetivo

A. ¿Qué elementos debe abarcar el dolo?

Para la mayoría de la doctrina⁹⁰, la figura sólo admite el dolo directo; es decir, el conocimiento de todos los elementos del tipo y la voluntad de realizarlos. En otras palabras, el autor debe conocer y querer los elementos del tipo, con el alcance visto en el acápite anterior.

De acuerdo con Riquert, el tipo penal en estudio es compatible con el dolo eventual⁹¹. Para De Luca y López Casariego también es perfectamente imaginable la

⁸⁷ Para más información véase: <https://www.xataka.com/basics/bittorrent-que-como-funcionan-torrents> [Enlace verificado el 26 de octubre de 2024].

⁸⁸ Para más información véase: <https://www.nationalgeographicla.com/ciencia/2023/02/deep-web-y-dark-web-cuales-son-las-diferencias-y-para-que-sirven> [Enlace verificado el 26 de octubre de 2024].

⁸⁹ Para más información véase: <https://www.infobae.com/tecno/2023/08/04/por-que-es-tan-peligroso-entrar-a-la-deep-web-o-lado-oscuro-del-internet-desde-mi-computador/> [Enlace verificado el 26 de octubre de 2024].

⁹⁰ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, p. 219.

⁹¹ RIQUERT, (coord.), *Ciberdelitos*, 2020, p. 269.

presencia del dolo eventual y este se verificará cuando el autor se represente la posibilidad y de todas formas continúe con la realización de la conducta⁹².

Ahora bien, por las características de la conducta, es difícil imaginar un caso en el que pueda darse una tenencia con fines con dolo eventual por lo que se entiende que la conducta únicamente admite el dolo directo. A ello se añade la específica referencia en la norma de la frase “a sabiendas”.

La existencia de un error sobre el sujeto pasivo excluirá la tipicidad puesto que el tipo no admite la figura culposa. Si bien la determinación del error dependerá de las circunstancias concretas del caso, se descartaría lógicamente en los casos de conocimiento previo de la víctima⁹³. Además de las características de quien comete la conducta y las circunstancias que rodean al hecho, debe verificarse si el error sobre la edad de la víctima es efectivamente posible o no. Así, no es suficiente alegar la existencia del error, sino que deben presentarse indicios que permitan sostenerlo.

Se ha debatido la posibilidad de que una empresa prestadora del servicio de internet, en tanto persona jurídica⁹⁴, responda como autora por comisión por omisión en razón de su posición de garante. No obstante, se discute cuál sería, en ese caso, la fuente legal de dicha posición de garante, ya que la ley argentina no obliga a las empresas prestadoras de servicios de internet a responsabilizarse o verificar los hechos delictivos de terceros cometidos en la red.

Al respecto, son claras las palabras de Palazzi: “en esos supuestos de mera provisión de herramientas tecnológicas no es posible inferir que se incurra en el delito del artículo 128, Cód. Penal. Para ello nos basamos en lo siguiente: i) no existe conocimiento efectivo de los contenidos ni de su ilicitud; ii) en la mayoría de los casos, no podría existir tal conocimiento por la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones (que les impide monitorear y tomar conocimiento de una comunicación, salvo que exista orden de juez competente); iii) ello sumado a la inexistencia de un deber de vigilancia o supervisión de contenidos”⁹⁵.

Nótese, sin embargo, que la ley 25690 establece la obligación de las empresas prestadoras del servicio de ofrecer programas de protección que impidan el acceso a sitios

⁹² FIGARI, *Comentario al art. 128 del C.P. (ley 27.436) sobre pornografía infantil*, Asociación Pensamiento Penal, nota al pie en p.22.

⁹³ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, p. 219.

⁹⁴ El Convenio de Budapest prevé la responsabilidad de las personas jurídicas en su artículo 12.

⁹⁵ PALAZZI, *Los delitos informáticos en el Código Penal. Análisis de la ley 26.388*, 2009, p. 38.

específicos al momento de ofrecer los servicios de internet⁹⁶. Opina Aboso que responsabilizar por comisión o por omisión a las empresas prestadoras es desproporcionado ya que los principios que gobiernan el mundo virtual son la libertad de expresión y de información, sin censura previa⁹⁷.

Para el caso de los establecimientos comerciales que prestan el servicio de internet, el Código de Faltas de la ciudad establece en el artículo 3.2.2 la pena de multa y/o clausura del local al titular o responsable que no instale en las computadoras a disposición del público filtros de contenido sobre páginas pornográficas o bien al que desactive dichos filtros en su artículo 3.2.3⁹⁸. En consecuencia, tampoco serían los responsables de locales comerciales que presten computadoras con internet al público autores o coautores del delito sino, en todo caso, responsables de una falta administrativa.

Por su parte, los motores de búsqueda (*Google, Yahoo, Bing*, entre otros) tampoco serían responsables porque su función es únicamente indexar contenido buscado por el usuario⁹⁹. En cuanto a las empresas que prestan el servicio de correo electrónico, sigue Aboso, les rige el deber de confidencialidad del contenido de los correos, razón por la cual no pueden acceder o controlar el material que allí se comparte, con excepción de los casos en que la autoridad judicial autorice que se intercepten las comunicaciones¹⁰⁰.

Distinto será el caso en que una empresa que presta el servicio de correo electrónico permita también almacenar contenido en carpetas virtuales. Véase que, por ejemplo, dentro de la política de privacidad de Google se destaca expresamente que la empresa puede revisar contenido para detectar incumplimientos con sus políticas de seguridad¹⁰¹. Es en este tipo de plataformas que se produce en la mayoría de los casos la detección del material ilícito que luego se reporta a NCMEC.

⁹⁶ Ley 25.690 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/80000-84999/81031/norma.htm>

⁹⁷ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, p. 376.

⁹⁸ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Régimen de faltas de la ciudad de Buenos Aires, Ley 451, artículo 3.2.3, Publicación: BOCBA N° 6323 del 21/02/2022.

⁹⁹ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, p. 380.

¹⁰⁰ ÍDEM, p. 381.

¹⁰¹ Para más información véase: https://support.google.com/docs/answer/148505?visit_id=638553838342865347-1281554515&rd=1#zippy=%2Cexplotaci%C3%B3n-y-abuso-sexual-infantil [Enlace verificado el 26 de octubre de 2024].

b. ¿Qué implica el fin de distribución?

Dada la relevancia que ha tenido en la jurisprudencia, puesto que su utilización en los casos se ha tomado como indicio del fin de distribución, es preciso analizar con mayor detalle el funcionamiento de un programa *peer-to-peer*¹⁰². En el caso de *E-mule*, el programa crea automáticamente una carpeta con el nombre *temp* para guardar fragmentos de archivos que se van descargando de otros usuarios y otra con el nombre *incoming* donde se alojan los archivos que ya se han descargado completamente. Ambas carpetas ponen automáticamente a disposición del resto de usuarios de la plataforma los archivos que allí se guardan a menos que se muevan o eliminen cuando se descargan en su totalidad, es decir, removiéndolos de la carpeta *incoming*. El programa lleva un inventario de los archivos que se han iniciado a descargar y la cantidad difundida, guardando distintos datos del material en un fichero denominado *Known.met*, aun cuando sólo se haya descargado una parte ínfima de aquel. A su vez, los usuarios pueden permitirle al programa que comparta archivos propios alojados en el disco duro de su computadora, poniéndolos a disposición del resto de los usuarios de la plataforma. Si un usuario no desea compartir automáticamente sus archivos, pero su dispositivo lo permite sin mostrarle ningún aviso de ello, podría discutirse la comisión de la tenencia con fines, aunque no la simple tenencia.

Para Aboso, la distribución de pornografía infantil “establece una ecuánime relación de proporcionalidad entre la simple tenencia y la tenencia con fines de distribución” y la práctica judicial indica que “la mera tenencia” engloba las conductas de distribución o difusión ya que es “inérito que el que obtenga ese material prohibido de sitios especialmente acondicionados en materia de seguridad informática se va a limitar a su simple almacenamiento, en especial, cuando el uso de programas idóneos para la descarga de ese material conlleva de modo necesario una distribución automática entre distintos internautas (v.g., los programas P2P, *E-Mule*, *E-Donkey*, entre otros)¹⁰³.

Lo cierto es que la detección de material ilícito ya no se da únicamente en programas *peer-to-peer* sino también en redes sociales o carpetas virtuales. En este orden, el fin de distribución se ha tenido por acreditado por distintos motivos, como se verá en el análisis de jurisprudencia.

¹⁰² Para más información véase: <https://peritoinformatico.es/claves-defensa-acusacion-pornografia-infantil/> [Enlace verificado el 26 de octubre de 2024].

¹⁰³ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, p. 97.

C. Antijuridicidad y Culpabilidad

Respecto de la posibilidad de que exista una causa de justificación en la comisión del delito, se encuentra el cumplimiento de un deber; circunstancia que alcanza a quienes integran las fuerzas policiales o judiciales involucradas en la investigación¹⁰⁴. Del mismo modo, el trabajo forense quedará abarcado por el cumplimiento de un deber, debiendo adoptarse siempre las medidas necesarias para que el material ilícito no se filtre a terceros ajenos a la práctica judicial¹⁰⁵.

Asimismo, de acuerdo con el Código Procesal Penal de la Ciudad, existe la posibilidad de designar a un agente encubierto o provocador para identificar a los posibles autores o recabar evidencia, con autorización judicial previa para actuar. En lo que aquí interesa, el accionar del agente encubierto o revelador autorizado judicialmente, aun cuando sea típico, estará justificado siempre y cuando no ponga en riesgo la vida o la integridad de terceros; no sea más grave que aquel delito que se le haya encomendado investigar y no opere provocando o induciendo a la comisión de un delito¹⁰⁶.

El empleo de las medidas especiales de investigación reguladas en el Código Procesal Penal de la Ciudad -en los artículos 153 a 156- genera distintas tensiones con el bloque de garantías constitucionales. Además de la posible afectación al derecho a la intimidad, podría traer implicancias a nivel de la garantía que prohíbe la autoincriminación forzada, el ejercicio pleno del derecho de defensa y el debido proceso¹⁰⁷; tensiones en las que, en este trabajo, no resulta posible adentrarse.

Finalmente, cabe resaltar que, sin perjuicio de lo dicho en cuanto a los archivos compartidos entre personas de edades cercanas a los dieciocho años, la doctrina no se ha ocupado particularmente de cuestiones de culpabilidad vinculadas con la comisión de este delito. En ese sentido, como en todo juicio de culpabilidad, la reprochabilidad o no del hecho dependerá del caso concreto y de la persona del autor.

III. Análisis de los elementos del tipo subjetivo en un litigio concreto

A. Proceso penal y teoría del delito

Según Mir Puig, la teoría del delito es la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del derecho penal, porque tiene como objetivo teórico más

¹⁰⁴ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, p. 185.

¹⁰⁵ ÍDEM, pp. 186-187.

¹⁰⁶ RUA/NEUMANN (dir.), *Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires comentado*, Tomo I, Editorial Jusbaire, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2024, p. 586.

¹⁰⁷ ÍDEM, pp. 574-575.

elevado la búsqueda de principios básicos del derecho penal positivo y su articulación en un sistema unitario¹⁰⁸. Para Roxin, la dogmática jurídico penal “no se conforma con exponer conjuntamente y tratar sucesivamente sus proposiciones doctrinales, sino que intenta estructurar la totalidad de los conocimientos que componen la teoría del delito en un todo ordenado”¹⁰⁹.

En ese sentido “ordenador” podemos decir que la teoría del delito es un modelo de aplicación de la ley a través de una serie de filtros para analizar la acción de una persona y determinar si aquella es o no merecedora de reproche. En otras palabras, es en la tarea de subsunción, es decir, al tratar de encontrar la identidad entre un caso previsto por una norma en abstracto y un suceso que efectivamente tuvo lugar en el mundo real, que la teoría del delito brinda un método al derecho penal.

Vale destacar que, en esa búsqueda, para algunos autores,¹¹⁰ la teoría del delito se constituye como un límite al poder punitivo¹¹¹. Este límite está dado no sólo por los “filtros” que debe superar una acción para que pueda reprochársele a una persona en concreto sino porque, al decir de Alberto Binder, el método debe edificarse sobre las garantías de primer orden: los principios de legalidad, culpabilidad, lesividad y proporcionalidad¹¹². Bajo esta lógica, el análisis estratificado de la teoría del delito protege al ciudadano de la posible afectación de estos cuatro principios básicos¹¹³.

A. Relaciones entre la teoría del delito y la teoría del caso

Sentado lo dicho, la dogmática ayuda a los/as litigantes a identificar las proposiciones fácticas o hechos que acreditan los elementos de la teoría jurídica en un caso (para la acusación) o bien la falta de alguno de elementos o la afectación a alguna de las garantías de primer orden (para la defensa)¹¹⁴. A su vez, es necesario traducir a través de la prueba los hechos o proposiciones fácticas que acreditan o no la teoría jurídica elaborando una teoría del caso que permita unir los tres componentes.

Ahora bien, la teoría del delito y la teoría del caso han sido históricamente pensadas como construcciones científicas sin contacto entre sí. No obstante, distintos

¹⁰⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General, Ad Hoc*, Buenos Aires, 2007, pp. 135-136.

¹⁰⁹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I., “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, Civitas, Madrid, 1997, p. 193.

¹¹⁰ Menciono a modo de ejemplo a Gonzalo Rua y Alberto Binder.

¹¹¹ RUA, *Planificación de un caso penal*, Didot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, p. 126.

¹¹² ÍDEM, pp. 126-128.

¹¹³ ÍDEM, p.129.

¹¹⁴ ÍDEM, p. 131.

autores proponen unir la teoría del caso con la teoría del delito en una visión integradora e interrelacionada para pensar las posibles estrategias a plantear en un litigio.

1. ¿Cómo se utiliza la teoría del delito en el litigio de un caso concreto?

En un sistema adversarial, la construcción de la verdad se realiza a través de procesos inferenciales que se asientan en distintos grados de probabilidad de ocurrencia de un suceso. Bajo esta lógica, la dogmática es un insumo que permite pensar defensas posibles o salidas al sistema, traducidas en hechos comprobables en un juicio oral. De esta manera, la teoría del caso que se presenta al tribunal debe reunir, idealmente, las siguientes características: ser única, simple, sencilla, lógica y creíble. Asimismo, debe contemplar todas las evidencias disponibles y direccionar la actividad probatoria del litigante¹¹⁵.

En un litigio, la judicatura debe poder conocer fácilmente la teoría del caso de cada parte e identificar cuál es la categoría jurídica en controversia¹¹⁶. Sin perjuicio de ello, vale aclarar que existirán casos donde el litigio no verse únicamente sobre lo que hace al tipo penal y sus elementos, sino que también se debatirán cuestiones de carácter procesal o constitucional¹¹⁷.

Frente a cada sustrato analítico de la teoría del delito podrán presentarse distintas defensas. Por un lado, al Ministerio Público Fiscal le corresponderá verificar si su caso tiene puntos débiles que puedan ser explotados por la defensa y, en función de los costos y tiempos que le demande elaborar una estrategia sólida, analizar las condiciones de negociación y la conveniencia o no de llevar el caso a juicio oral o bien optar por una salida alternativa¹¹⁸.

Por el contrario, a la defensa le bastará con probar que la acusación no ha podido acreditar alguno de los presupuestos fácticos de su caso. Desde el análisis estratificado de la teoría del delito se desprenden distintas defensas posibles para ordenar una buena teoría del caso, a las que la defensa debe estar atenta¹¹⁹. Asimismo, la parte debe anticiparse a las teorías del caso de la acusación debiendo, en primer lugar, verificar si cabe plantear

¹¹⁵ RUA, *Planificación de un caso penal*, 2022, pp. 79- 90.

¹¹⁶ ALONSO (dir.), *Relaciones entre la teoría del caso y la teoría del delito*, Fabián di Plácido Editor, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, p.63.

¹¹⁷ ÍDEM, 2021, p. 64.

¹¹⁸ RUA, *Planificación de un caso penal*, 2022, pp. 86-92.

¹¹⁹ ÍDEM, pp. 132-139. Véase tabla con análisis estratificado de la dogmática penal desde una concepción finalista.

algún tipo de exclusión de la antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad o bien la invalidez del procedimiento inicial. Por último, ambas partes deberán evaluar detenidamente la evidencia disponible para acreditar sus proposiciones fácticas ya son éstas las que, en definitiva, sustentan la teoría jurídica.

2. ¿Cómo se construye la acusación fiscal en este delito en particular?

La acusación tendrá que acreditar cada uno de los elementos que componen la figura legal a través de hechos o proposiciones fácticas basadas en pruebas admisibles y confiables.

Al litigar este delito, teniendo en cuenta la redacción del tipo penal y las aclaraciones efectuadas en el segundo capítulo, el Ministerio Público Fiscal debe acreditar que una persona “tiene”, en el sentido de cierta disponibilidad y poder de disposición, representaciones, ya sea imágenes o videos, de menores -de carne y hueso- de dieciocho años exhibiendo sus genitales o bien en posturas con contenido sexual. A su vez, dichas representaciones deben tenerse con el fin inequívoco de comercialización (intercambio con fines lucrativos) o distribución (entrega gratuita a otros usuarios determinados o determinables).

De lo hasta aquí analizado, la fiscalía deberá probar una disposición prolongada en el tiempo sobre archivos con material de abuso o explotación sexual infantil los que, a través de distintos indicios como ser el tipo, la cantidad, la categorización, la indicación de precio o bien la efectiva distribución, es posible sostener que se poseen con el fin requerido por la norma. Mejor dicho, la fiscalía deberá realizar un ejercicio de inferencia sobre las pruebas disponibles para convencer al tribunal. Dichas inferencias deben basarse en las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y el conocimiento científico¹²⁰. Asimismo, deberá contemplar los posibles planteos que pudiera hacer la defensa, en caso de que las circunstancias lo ameriten. Así, por ejemplo, deberá referirse a la legalidad del allanamiento, a la extracción forense y a la cadena de custodia.

Teniendo en cuenta que se trata de contenido sensible y, por ende, el acceso a los legajos de investigación o bien litigios es limitado, analizaré en este punto jurisprudencia del tribunal en el que me desempeño. Ello, a fin de identificar posibles patrones de las acusaciones fiscales, resaltar algunas particularidades que se han dado en la tramitación de los casos y responder a la pregunta sobre el modo en que se le atribuye esta conducta

¹²⁰ RUA, *Planificación de un caso penal*, 2022, p. 84.

típica a un autor y de qué forma se acredita el dolo previsto por la figura en particular.

En el caso “A., M. M. s/ 128 1 PARR - DELITOS ATINENTES A LA PORNOGRAFIA” se le imputó a M.M.A. *“el hecho ocurrido el día 28 de enero de 2020, oportunidad en la que utilizando el aparato celular marca Samsung, modelo xxx con tarjeta SIM de la empresa Personal N°xxx y tarjeta de memoria MicroSD de 2GB, a través de la aplicación de mensajería Instantánea WhatsApp, distribuyó seis (6) archivos de video de explotación sexual infantil, denominados “VID-xxx”, “VID-xxx”, “VID-xxx”, “VID-xxx”, “VID-xxx” y “VIDxxx”, en los que se observa a niñas menores de 18 años de edad, siendo abusadas sexualmente por adultos masculinos o exhibiendo sus partes genitales con fines predominantemente sexuales.”* A continuación, se detalló en el requerimiento fiscal *“Ello, conforme se desprende del informe elaborado por Departamento Técnico Científico del Cuerpo de Investigaciones Judiciales de este Ministerio Público Fiscal, con fecha de confección 05 de abril de 2022 y suscrito por los Agentes xxx y xxx.”*¹²¹.

En el acta de acuerdo de juicio abreviado, la fiscalía interviniente explicó que, si bien la investigación había dado con archivos compartidos a través de la red social “Facebook”, no se podía sostener de manera indubitada que el autor fuera M.M.A.; razón por la cual no se acusaría por tales hechos.

Puntualmente, la titular de la acción explicó que los datos del perfil denunciado y de la cuenta de correo asociada no coincidían con los datos filiatorios de M.M.A. y que, a partir de las medidas probatorias desplegadas al inicio de la investigación, se había podido constatar que en el inmueble que habitaba M.M.A. y desde dónde se habrían cometido las conductas, habitaban otras personas y el imputado ni siquiera era el titular del servicio de internet. A su vez, destacó que, durante el allanamiento, se había secuestrado un teléfono celular perteneciente a otro habitante del inmueble donde residía M.M.A. que contenía once archivos de imágenes de explotación sexual infantil en formato *thumbnail*, lo cual permitía inferir “que los archivos en cuestión no se encontraban físicamente en el dispositivo” pero que sí habían sido visualizados desde dicho dispositivo. Es que si bien dicha conducta —es decir, la mera visualización— no encuadraba en ninguno de los verbos tipos del artículo 128, aumentaba el grado de duda respecto de la autoría de los hechos ilícitos reportados por la firma “Facebook” ante el NCMEC. En contraposición, se destacó en la fundamentación del acuerdo que se había

¹²¹ Juzgado PCyF Nro. 6, “A., M. M. s/ 128 1 PARR - DELITOS ATINENTES A LA PORNOGRAFIA” DEB 95943/2021-1, 19/09/2023.

podido determinar de manera indubitada a través de un análisis pericial que en la carpeta de archivos enviados de la aplicación *Whatsapp* instalada en el celular del imputado, se encontraban los seis videos que en definitiva se le imputaron.

En este caso en particular, el magistrado convocó a la audiencia de conocimiento personal a la fiscalía, a fin de que desarrollara con mayor detalle lo expuesto en el acta de avenimiento y, en dicho marco, consultó puntualmente por la edad de los menores que se observaban en los videos, dado que no había acompañado ningún análisis pericial que explicara si las imágenes correspondían o no a menores de trece años; cuestión que a simple vista era difícil de determinar en el caso y que implicaría la aplicación de la agravante prevista en el artículo 128, último párrafo del C.P..

Es así como el Auxiliar Fiscal interviniente explicó que el imputado había reconocido únicamente tenencia con fines de distribución de material en el que se visualizaba a adolescentes y desde el equipo fiscal habían determinado que eso se comprobaba fácilmente en la mayoría de los videos que se le imputaban. Agregó que, de aplicarse la agravante prevista en la norma, no cabría la posibilidad de dejar la pena en suspenso y la fiscalía debía ser muy cuidadosa y restrictiva al adoptar ese tipo de temperamentos.

Sin perjuicio de que el hecho fue en definitiva reconocido por el imputado, puede advertirse en el caso cómo la fiscalía se refirió a indicios concretos para identificar al autor y acreditar su dolo o, por el contrario, las circunstancias que no le permitían sostener la acusación, esto es, los datos filiatorios del imputado y las semejanzas entre estos y los correos y cuentas utilizadas para cometer la conducta; el hallazgo de los archivos en una carpeta de elementos enviados de una aplicación de mensajería instantánea, el hecho de que hubiera más personas en el domicilio y que en el celular de una de ellas se hubiera hallado un rastro de visualización de imágenes de explotación sexual.

Véase también que, si el caso citado fuera debatido en juicio, posiblemente la teoría del caso de la defensa hubiera abarcado estos puntos; así como también el relativo a la edad de las menores representadas en los videos.

En esta línea, en un proceso que sí fue llevado a juicio, se debatió justamente sobre la intencionalidad del autor respecto de la tenencia de imágenes de menores desnudos/as. Puntualmente, me refiero al caso “R.R. A s/128 CP” en el que el imputado se desempeñaba como pediatra de un reconocido hospital infantil.

En tal caso, la fiscalía había hallado gran cantidad de material en la computadora laboral del imputado, así como también gran cantidad de archivos descargados y

compartidos a través de un programa *peer to peer*.

Al requerir el caso a juicio, la titular de la acción le imputó a R.R.A. distintas conductas, entre las cuales, luego del debate oral, se tuvieron por acreditadas, en lo que aquí interesa, las siguientes: *“entre el 9 de febrero de 2018 y el 21 de agosto de 2018, utilizando un usuario de la plataforma eMule, a través de la conexión brindada por la empresa Telecom Argentina SA, a su nombre, con domicilio de instalación en su domicilio que es en la calle xxx de esta ciudad, puso a disposición y facilitó de esa manera a terceros, 270 archivos de video con contenido de explotación sexual”*; *“el 12 de noviembre de 2018, , tuvo en su poder y mediante la plataforma eMule ofreció 66 archivos de vídeo de abusos o explotación sexual infantil en la que se observan a niñas menores de edad en actividades sexuales explícitas o bien exhibiendo sus partes genitales con clara connotación sexual”*; *“el 31 de julio del 2017, a las 20:15 horas, en el interior del consultorio médico “xxx”, utilizando su celular, extrajo dos fotos a una niña menor de edad, enfocando en sus partes genitales”* y *“el 30 de agosto del 2017 a las 11:17 horas, en su consultorio en el hospital de pediatría, extrajo dos fotografías, dos fotografías a una menor de edad, también enfocando nuevamente de la misma manera sus genitales, sus partes genitales.”*

Si bien en el caso citado se debatieron otras de las acciones típicas establecidas por la norma más allá de la tenencia con fines, vale destacar algunas de las conclusiones a las que arribó el tribunal en cuanto al dolo de distribución; sobre todo teniendo en cuenta que la defensa de R.R.A. planteó, por un lado, el desconocimiento de su asistido sobre el funcionamiento del programa *Emule* y, por otro, sobre la finalidad del imputado en la toma de fotografías.

Al respecto, el juez interviniente destacó distintas circunstancias que lo llevaban a la conclusión de que el imputado conocía y quería distribuir los archivos con material ilícito. En primer lugar, mencionó que, de acuerdo con lo que manifestó el personal que intervino en la medida de allanamiento, el imputado había expresado *“que no le dijeran nada a su mujer”*¹²². En segundo lugar, resaltó que había quedado acreditado que una de las palabras claves más utilizadas en la búsqueda del material descargado había sido *“kidcam”*, lo cual le permitía inferir que sabía qué es lo que estaba descargando.

¹²² Si bien no se profundizará en el marco de este trabajo, vale aclarar que la admisibilidad de las llamadas “declaraciones espontáneas” es un tema debatido a nivel jurisprudencial. En este sentido, se suele diferenciar la declaración de un imputado ante la autoridad policial de las declaraciones espontáneas que aquél puede efectuar en presencia del preventor y, al respecto, se debate si tal declaración fue libre o bien coaccionada.

Asimismo, los nombres de los archivos descargados eran llamativos por su referencia a menores de edad o contenido pedófilo.

Finalmente, subrayó la existencia de gran cantidad de imágenes de menores con foco en sus partes genitales, en los distintos dispositivos que se le secuestraron. Al respecto, señaló que la circunstancia apuntada por la defensa en cuanto a que R.R.A. albergaba esas imágenes con fines científicos puesto que era pediatra, ponía fuera de discusión su autoría sobre la toma de esas imágenes. No obstante, los fines presuntamente médicos no habían sido acreditados. En primer lugar, ningún testigo había encontrado en esas imágenes ningún tipo de finalidad médica o científica. Tampoco se había mencionado por ejemplo ninguna marca concreta que permitiera la extracción de esas imágenes y que pudiera probar la intención de registrar el avance de una enfermedad o retener signos objetivables. Por otro lado, el magistrado de grado destacó que parte de la teoría del caso de la defensa era el hecho de que R.R.A. había tomado algunas de las imágenes para un congreso médico al que iba a asistir. No obstante, no se había acreditado ni la existencia de tal congreso, ni la presentación del imputado, ni por qué era necesario que las menores estuvieran desnudas por la patología que padecían. Por último, destacó que esas imágenes tampoco habían sido compartidas con colegas; lo cual hubiera permitido acreditar la intervención multidisciplinaria que refería la defensa, ni constaban tampoco en la historia clínica de las menores.

Para cerrar este acápite, me referiré brevemente a los casos “P. J y OTROS s/128CP” y “F., B s/128CP” porque ilustran algunas de las formas de resolución recientes de este tipo de casos. En ambos procesos, los imputados reconocieron su responsabilidad firmando acuerdos de juicio abreviado. Lo llamativo de estas investigaciones es que, si bien se realizaron medidas de allanamiento y se secuestraron dispositivos informáticos, en ninguno se realizó un informe pericial sobre el contenido de dichos dispositivos. En el primero de los casos citados, el magistrado convocó a la audiencia de conocimiento personal a la fiscalía interviniente y, en dicha oportunidad, se aclaró que, con los datos recabados y analizados en el informe técnico elaborado por el Cuerpo de Investigaciones Judiciales sumado al reconocimiento del imputado, era suficiente para tener por acreditada la conducta que se le endilgaba.

En ambos casos, en la fundamentación de los acuerdos de juicio abreviado, la Fiscalía Especializada en Informática mencionó expresamente que daba por acreditado el fin de distribución “en función de la plataforma en la cual se alojan los archivos”. Ello, puesto que las redes de pedofilia exigen que se comparta material para ingresar o recibir

nuevos archivos. Lógicamente, al tratarse de acuerdos de juicio abreviado con reconocimiento sobre los hechos, esta afirmación no fue controvertida por ninguna de las defensas intervinientes.

3. ¿Qué “versiones” o defensas pueden oponerse contra la acusación fiscal?

En el armado de la teoría del caso, la defensa cuenta con cierta “ventaja” al conocer de antemano la imputación fiscal y es a partir de allí que debe comenzar a elaborar su estrategia, analizando el peso probatorio del caso y la versión de su defendido. Asimismo, tiene a su favor los principios políticos del proceso penal: la carga de la prueba en cabeza de la fiscalía; la prohibición de declarar contra uno mismo que impide que la acusación interroge al acusado bajo promesa o juramento de decir verdad; el principio de inocencia y la consecuente necesidad de acreditar el hecho “más allá de toda duda razonable” y, por último, el acceso irrestricto al legajo de investigación¹²³.

Ahora bien, en lo que hace al componente jurídico de la teoría del caso, pueden pensarse distintas estrategias desde el lado defensorista.

En primer lugar, va de suyo que la fiscalía deberá acreditar todos los elementos de la tipicidad objetiva: acción; sujeto activo; sujeto pasivo; nexo de imputación; elementos del tipo (descriptivos y normativos) y lesión (o tipicidad conglobante¹²⁴). En contrapartida, la defensa podrá plantear la ausencia de alguno de estos elementos. Me abocaré en lo que sigue a analizar las defensas posibles y más frecuentes en este delito en particular.

Atendiendo a la naturaleza del delito, en primer término, debe analizarse el objeto de prohibición verificando el tipo de representación y la edad de las personas representadas (sujeto pasivo). Si a simple vista fuera dudosa la edad de las personas representadas, habría espacio para discutir la ilicitud de las imágenes. De hallarse únicamente material “dudoso” posiblemente la acusación evalúe la inconveniencia de avanzar con el caso. De cualquier modo, sería razonable y conveniente exigir un informe pericial que permita evaluar la edad de las personas representadas en el material encontrado.

Por otra parte, en el caso de las imágenes prohibidas por la norma, cabe destacar

¹²³ RUA, *Planificación de un caso penal*, 2022, pp. 90-91.

¹²⁴ Según Zaffaroni, Alagia y Slokar “mediante la función conglobante del tipo objetivo se establece la existencia misma del conflicto, que para ser tal requiere comprobar tanto su lesividad como su pertenencia a un agente.” ZAFFARONI/ ALAGIA/ SLOKAR, *Derecho Penal. Parte general*, (2.ª ed.), Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 484.

que se identifican con un código *hash*, esto es, se les asigna un valor determinado de números y letras que sirve para identificar los pixeles que las integran. Concretamente, ante el envío de un archivo con posible contenido pornográfico, se activa automáticamente un aviso en el sistema de proveedor del servicio generado por un programa de algoritmo que registra la naturaleza del mensaje y realiza la respectiva comunicación al NCMEC y, en caso de detectar material ilícito, avisa a la autoridad federal para el procesamiento del caso¹²⁵.

Sentado lo dicho, difícilmente pueda discutirse en un caso iniciado por un informe NCMEC la naturaleza prohibida del contenido. Sin perjuicio de que, como se verá en el siguiente acápite, puedan surgir cuestionamientos procesales en cuanto a las formas de iniciación del caso o la posible injerencia arbitraria de organismos de seguridad en las comunicaciones digitales, lo cierto es que el uso de programas de detección a través de *hashing* presenta un alto nivel de precisión.

De acuerdo con los casos vistos en el capítulo anterior, aun cuando se secuestren diversos dispositivos a la persona acusada, no siempre se realiza un análisis pericial sobre su contenido. Al respecto, vale aclarar que las condenas reseñadas en el acápite anterior se fundaron en acuerdos de juicio abreviado; razón por la cual es posible que, ante el reconocimiento de responsabilidad sobre los hechos, realizar un informe pericial no fuera absolutamente necesario para la acusación.

Ahora bien, si se realiza un informe pericial sobre los dispositivos, en caso de no hallarse los archivos que dieran origen a la investigación, podría discutirse la tenencia del material. En ese sentido, en las imputaciones fiscales más recientes se advierten aclaraciones que parecieran adelantarse a este argumento. En el ya mencionado “F., B s/128CP” se precisó en la imputación fiscal: *“vale aclarar que la compañía Google Inc. tomó conocimiento de la existencia de los archivos objeto de imputación, los días 04 y 05 de julio del año 2022, por lo que, indudablemente, hasta ese entonces, el investigado tuvo en su poder con fines inequívocos de distribución los archivos denunciados en donde las víctimas resultan ser niñas y niños que no alcanzan la edad de 13 años”*¹²⁶. Al respecto, en consulta con el Licenciado Matías Fernández Noguera, Investigador digital y perito informático de la Fiscalía PCyF Nro. 17 de la Ciudad -Especializada en delitos informáticos-, cuando se menciona que “se detectó material entre determinadas fechas,

¹²⁵ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, pp. 286-287.

¹²⁶ Juzgado PCyF Nro. 6, “F., B s/128CP” DEB 64191/2023-1, Textual del acta de avenimiento del 19/04/2024.

básicamente lo que quiere decir es que en algún momento se detectó que ese material se compartió o se subió a la nube y estuvo presente hasta otra determinada fecha”¹²⁷.

Respecto de la “permanencia” de los archivos en los dispositivos, cabe recordar lo mencionado en cuanto a los *thumbnail* y la imposibilidad de imputar la mera visualización de un archivo. En similar sentido, el Licenciado Fernández Noguera aclaró que los archivos que se encuentran almacenados en la memoria caché “no son voluntariamente descargados por la persona, sino que en realidad obedecen a descargas automáticas que produce, por ejemplo, un navegador web como puede ser Google Chrome o Mozilla Firefox y ese navegador o ese programa realiza la descarga de este material para poder mejorar la experiencia del usuario en cuanto a la velocidad de navegación y también lógicamente mejorar los tiempos de respuesta para no tener que estar descargando una y otra vez el material que el usuario está visualizando en una página web. Normalmente ese material no se imputa, pero es relevante también tener en cuenta que, si dentro del material que se encontraba almacenado en el caché de navegación, por ejemplo, de Google Chrome, encontramos las imágenes que fueron denunciadas, lógicamente es un indicio más que aporta a la evidencia circunstancial de ese caso en particular”¹²⁸.

En cuanto al nexo de imputación, teniendo en cuenta que la mayoría de los casos inician por informes de NCMEC, la fiscalía tendrá que dirigir su investigación de modo tal de poder identificar a la persona detrás del usuario reportado. Esta tarea presenta cierta complejidad puesto que, como se vio, implica demostrar al tribunal en base a qué inferencias puede acreditar razonablemente que la persona imputada es quien cometió la conducta. Al respecto, Hugo Sorbo, perito especializado en informática en el Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad, menciona que, si distintas personas tienen acceso a un mismo dispositivo o bien el dispositivo se conecta a una red de wifi “libre”, más difícil le será a la acusación atribuirle el hecho a una determinada persona¹²⁹.

Asimismo, Sorbo señala que es posible probar técnicamente “cada vez que se ingresa a un archivo”; razón por la cual también sería posible acreditar si la persona eliminó inmediatamente una imagen o video de explotación o abuso sexual infantil, cayendo incluso cualquier imputación por tenencia simple. Si bien existen programas que permiten recuperar los elementos eliminados de un dispositivo, si el autor perdió acceso

¹²⁷ Entrevista del 29 de agosto de 2024.

¹²⁸ ÍDEM.

¹²⁹ Entrevista del 12 de agosto de 2024.

y disponibilidad del material, no debería imputársele la conducta.

Adentrándonos en el tipo subjetivo menciona Sorbo que, en algunos teléfonos celulares, se generan diariamente actualizaciones automáticas en las que el material descargado se “sube” a “nubes”. En ese sentido, a su juicio, no habrá dolo del autor puesto que no podría achacársele la conducta con el fin de distribución¹³⁰. En esta línea, si bien el tipo no requiere que efectivamente se hubiere compartido o distribuido el material¹³¹, el hecho de alojar imágenes o videos de contenido ilícito en un dispositivo electrónico no implica necesariamente que aquel se tenga con fines de distribución.

Si bien luce razonable la inferencia sobre el tipo de plataforma en el cual se aloja un determinado contenido, el hallazgo del objeto prohibido en un dispositivo electrónico, en principio, resulta compatible con la tenencia simple. Los fines inequívocos citados por la norma tendrá que acreditarse en base a otros indicios presentes en el caso como ser la cantidad de material, la categorización, el precio, etc.

En similar sentido, se ha argumentado la falta de conocimiento sobre el funcionamiento específico de los programas *peer to peer* y, por ende, la ausencia del dolo de distribución. No obstante, en líneas generales, este argumento no ha tenido acogida favorable en los tribunales locales¹³². En definitiva, el desconocimiento sobre el contenido de los archivos dependerá en gran medida del contexto y la prueba recabada en el caso, además del perfil de la persona imputada.

B. Principales técnicas de investigación en entornos digitales

El objetivo de una investigación fiscal en este tipo de delitos es, puntualmente, identificar al usuario investigado y corroborar su hipótesis. A tal fin, la fiscalía debe: (i) identificar y determinar el hecho a investigar de acuerdo con una figura legal; (ii) resguardar la evidencia digital y (iii) realizar diferentes medidas para identificar al usuario investigado: requerimientos a proveedores de servicios de internet, tareas de constatación, orden de presentación, allanamientos, análisis de fuentes abiertas, entre otras¹³³.

Actualmente, distintas técnicas de investigación pueden utilizarse para perseguir ciberdelitos: ciberpatrullaje; agente encubierto digital; softwares de reconocimiento

¹³⁰ Entrevista del 12 de agosto de 2024.

¹³¹ Así también se ha entendido en el caso

¹³² Véase, por ejemplo, Cámara de Casación y Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas - Sala II, “R.R.A. s/128CP” DEB 33010/2018-8, resolución del 11/12/2020.

¹³³ DUPUY (dir.) /NEME (coord.), *Acosos en la red a niños, niñas y adolescentes*, Hammurabi, Buenos Aires, 2021, p. 249.

facial; softwares de inteligencia artificial¹³⁴. No obstante, algunas de ellas son discutidas por la posible afectación a garantías constitucionales y otras no se encuentran reguladas en la legislación procesal. Por razones de espacio, en lo sucesivo se desarrollarán únicamente las técnicas de investigación más habituales para este tipo de delitos.

Según el Licenciado Fernández Noguera, un caso por infracción al artículo 128 del C.P. inicia, normalmente, por una denuncia. Esa denuncia puede ser realizada por una persona física que observó que otra persona distribuyó algún tipo de material en alguna red social o en algún grupo de alguna aplicación de mensajería instantánea, en cuyo caso llegará por un informe de NCMEC (modo de inicio por excelencia). También puede ocurrir que, en el marco de una investigación dada en extraña jurisdicción llegue a nuestro país la *notitia crimini* al advertir que los posibles autores se encuentran en el país¹³⁵.

NCMEC generará entonces un informe con: la información de la empresa que reporta el incidente; los datos del usuario reportado; datos de los archivos con material ilícito y los datos de tráfico del material en cuestión (dirección IP, fecha y hora). A partir de ese informe, se traza una línea de investigación sobre la información a requerir respecto del usuario investigado.

Si, por ejemplo, la conducta se cometió a través de una plataforma de mensajería (ej. *Whatsapp*) se toman los datos del abonado telefónico para luego requerir información a la empresa prestataria de telefonía¹³⁶. Dichas empresas podrán develar datos de titularidad del abonado; tipo de servicio, domicilio -en algunos casos- y fecha de alta del servicio. Si el material fue detectado por redes sociales, la fiscalía interviniente oficiará a la empresa que corresponda y solicitará: datos de registración del usuario; del registro de direcciones IP utilizadas para la creación o el acceso; información registrada; cuentas asociadas; etc. Al mismo tiempo, para evitar que las empresas proveedoras de servicios de internet borren o pierdan dicha información, la fiscalía suele solicitar la conservación de los datos¹³⁷ de tráfico o contenido.

Luego, se consulta a las empresas proveedoras de servicios por la información de una determinada dirección de protocolo de Internet (IP). Puede ocurrir que una empresa provea una dirección “estática” siempre asignada a un mismo cliente o bien “dinámica”, es decir, que puede ser asignada a distintas personas en el tiempo. Será importante para

¹³⁴ DUPUY (dir.) /NEME (coord.), *Acosos en la red a niños, niñas y adolescentes*, 2021, pp. 302-333.

¹³⁵ Entrevista del 29 de agosto de 2024.

¹³⁶ Para ello se utiliza la web numeración.enacom.gob.ar

¹³⁷ Nótese que esta medida no se encuentra regulada en el CPP CABA. No obstante, en rigor no es considerada una medida probatoria porque únicamente tiende a conservar datos; no a producir prueba.

la hipótesis fiscal conocer, además de la dirección IP, la fecha, hora y zona horaria del evento vinculado porque de ese modo podrá la empresa identificar puntualmente al cliente investigado. Obtenida esa información, se iniciarán las tareas de constatación para determinar si la persona investigada reside en el domicilio informado por la empresa de telefonía o red social y se intentarán buscar coincidencias entre el usuario y el cliente informado.

Paralelamente a las tareas en el domicilio informado, la fiscalía realiza búsquedas en fuentes abiertas para determinar la “huella digital” del usuario y entrecruza los datos recabados con la información pública disponible para vincular al usuario con la persona física. Evaluada la información recabada, se elabora un informe técnico y se solicita al tribunal de garantías una orden de allanamiento para secuestrar dispositivos electrónicos y, eventualmente, extraer, peritar y presentar los datos almacenados en ellos.

A tal fin, el Cuerpo de Investigaciones Judiciales del MPF seguirá estrictos protocolos de buenas prácticas para la obtención y preservación de la evidencia digital, cuidando en todo momento la cadena de custodia, para evitar futuros planteos de nulidad¹³⁸.

1. Posibles cuestionamientos

Una de las cuestiones más debatidas por las defensas en este tipo de casos ha sido el informe generado por instituciones extranjeras como el NCMEC. Por un lado, se ha cuestionado la recepción del informe por estar redactado en inglés¹³⁹ -argumento que no ha prosperado¹⁴⁰- y por otro, por la posible afectación al derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones. Respecto de este último punto, se ha solicitado la nulidad de los informes NCMEC sosteniendo que no hubiera podido detectarse el material sin haberse previamente interceptado las comunicaciones.

Explica Aboso que generalmente el organismo no explica de qué modo pudo conocer la comunicación entre dos usuarios ni por qué tendría jurisdicción para intervenir. No obstante, señala el autor, la respuesta de los tribunales refiere al contrato celebrado entre el usuario y el administrador del recurso técnico en tanto “existiría una renuncia

¹³⁸ Para el desarrollo completo ver DUPUY (dir.) /NEME (coord.), *Acosos en la red a niños, niñas y adolescentes*, 2021, pp. 249-338.

¹³⁹ Entrevista del 12 de agosto de 2024 con el perito informático Hugo Sorbo.

¹⁴⁰ Véase al respecto: Cámara de Casación y Apelaciones del Fuero Penal, Contravencional y de Faltas, Sala I, “G, F. E s/art. 128 párr. 1 CP -Delitos atinentes a la pornografía (producir/publicar imágenes pornogr. C menores 18)” Causa N.º 11634-00-00/15 07/03/2017.

anticipada a la privacidad de ciertos datos cuando la empresa gestora de los motores de búsqueda considerara de buena fe que existe la probabilidad de la comisión de delitos”¹⁴¹. En ese sentido, en el caso 7759/2017-1 “N. N.”, la Sala III de la Cámara del fuero PCyF consideró que, al aceptar los términos y condiciones de una empresa, el usuario autorizó a compartir el contenido de su actividad cuando pudiere configurar un delito; razón por la cual concluyeron que no se había violado el derecho a la intimidad ni privacidad¹⁴².

En otro caso porteño ya citado se destacó que “de ningún modo puede asimilarse los archivos electrónicos que un sujeto decide compartir a través de internet con infinidad de personas indeterminadas que utilicen la misma aplicación –nótese que cualquiera que descargue la aplicación “Emule Plus” puede acceder a los archivos compartidos allí– con correspondencia o papeles privados. En este sentido, la expectativa de intimidad o privacidad de quien comparte de la manera indicada determinado material es nula...”¹⁴³. De ese modo, se convalidó el inicio del caso a través de una denuncia de NCMEC y se descartó el argumento que cuestionaba el modo de inicio del caso por una operación en Brasil.

En nuestro país, no se han incorporado regulaciones procesales para la interceptación y secuestro de comunicaciones telemáticas, aunque, en líneas generales, se entiende que esas comunicaciones están amparadas por la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional. Al respecto, Aboso precisa que la posibilidad o capacidad técnica de análisis de las telecomunicaciones no debe quedar fuera de cualquier tipo de control judicial. Así, toda injerencia en el ámbito de las comunicaciones privadas debe estar precedida por una ponderación de los intereses sociales e individuales en juego¹⁴⁴. Al contratar un servicio digital, se presta consentimiento para el control interno de la empresa sobre el contenido de los datos. Dicho control no podrá ser arbitrario ni abusivo y la

¹⁴¹ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, p. 278.

¹⁴² Cámara de Casación y Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Sala III, “N. N.”, 5/11/2018, Caso Nro. 7759/2017-1 citado en MAHIQUES, *Revista Jurídica De La Universidad De San Andrés*, 2023, p. 13. En similar sentido véase el caso del Tribunal Supremo español, 694/2020 del 15/12/2020. En tal caso, se discutía la vulneración de la privacidad de la empresa prestataria del servicio. Allí, Tribunal destacó que el usuario había prestado su consentimiento en el contrato de adhesión original y nada indicaba que lo hubiera suscripto contra su voluntad.

¹⁴³ Cámara de Casación y Apelaciones del Fuero Penal, Contravencional y de Faltas, Sala II, “Causa R., R. A. G. SOBRE 128 1 PARR - DELITOS ATINENTES A LA PORNOGRAFIA (PRODUCIR/PUBLICAR IMAGENES PORNOGR. C MENORES 18), DEB 33010/2018-8”, resuelta el 11 de diciembre de 2020 con cita a su vez del fallo de Sala II, causa n° 9464-3-13, “Vasallo, Julián Darío y otro s/ inf. Art. 128 CP”, rta. el 27/12/16. Allí también el Licenciado Fernández Noguera -que declaró como perito en el caso-señaló que el sistema únicamente controla “datos de tráfico”.

¹⁴⁴ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, pp. 286-287.

empresa prestataria deberá informar detalladamente el modo y la frecuencia del control aleatorio de los datos¹⁴⁵.

Otro cuestionamiento habitual está dado por los denominados “hallazgos fortuitos”, es decir, cuando en una búsqueda forense se encuentra material ilícito que excede el decreto de determinación de los hechos inicial o bien no se vincula con el delito originalmente investigado. En estos casos, la acusación debe solicitar una ampliación de la orden de registro original para seguir investigando y así evitar los planteos de nulidad. De no proceder de este modo, en líneas generales, los tribunales han utilizado la teoría de la “*plain view doctrine*” o bien justificado el accionar policial o forense en base a la llamada “doctrina de la buena fe” de los funcionarios intervinientes quienes, en definitiva, se ven obligados a denunciar los delitos que lleguen a su conocimiento¹⁴⁶.

Distinto es el caso en el que se cuestiona la cadena de custodia de la evidencia digital. En este supuesto sí será necesario contar con un protocolo que obligue a funcionarios y peritos a detallar cuidadosamente los pasos en la extracción forense y el informe pericial.

Respecto de la copia forense, se ha debatido sobre la necesidad de convocar o no a la defensa. Al respecto, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ha rechazado un planteo de nulidad por considerar que, en tanto medida reproducible, siempre que se utilicen herramientas forenses que garanticen mediante un código *hash* la inalterabilidad del original, la omisión de notificar a la defensa no acarrea la nulidad del acto¹⁴⁷. En tal caso, la copia forense implica la “culminación del secuestro”, es decir, la obtención de un dato que sólo posteriormente será analizado. No obstante, en tanto injerencia en la privacidad del dueño del dispositivo no es irrazonable contar con un control externo. En tal sentido, al llevarse a cabo la medida podría requerirse, de mínima, la presencia de dos testigos y, de máxima, la intervención de peritos.

Por otro lado, se ha cuestionado la colaboración solicitada al imputado para conceder el acceso a dispositivos informáticos brindando la clave o datos biométricos para desbloquearlos; por la posible afectación a la garantía del *nemo tenetur*. Excepto casos extremos de intimidación o violencia sobre la persona, los tribunales no suelen afirmar la vulneración a dicha garantía¹⁴⁸ por la misma ponderación de intereses sociales

¹⁴⁵ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, pp. 289-290.

¹⁴⁶ ÍDEM, pp. 292-294.

¹⁴⁷ CNCC, Sala IV, “A.,J.A. y otros s/nulidad”, causa CCC 81978/2018/11/CA9, 20/09/2019 citado en DUPUY (dir.)/NEME (coord.), *Acosos en la red a niños, niñas y adolescentes*, 2021, p. 294.

¹⁴⁸ ABOSO, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 2021, pp. 306-307.

e individuales ya citada.

Sin perjuicio de ello, la discusión sobre la autoincriminación y las nuevas tecnologías¹⁴⁹ no está saldada, como tampoco están saldadas otras discusiones profundas e interesantes relativas a la conservación y obtención de evidencia digital; el conocimiento de los códigos utilizados por los programas “espías”; el seguimiento en fuentes abiertas, etc. Nuevamente, por razones de espacio, en este acápite se han mencionado únicamente los cuestionamientos procesales más habituales.

D. Rol de la judicatura y relaciones con el sistema de garantías

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la actuación de la judicatura en el proceso penal se vio modificada a partir de la implementación de la justicia adversarial y el abandono de los juzgados de instrucción. La adopción del principio acusatorio implica, básicamente, un sistema en el que existe una parte que acusa, otra que se defiende y un tercero ajeno a los intereses en controversia que toma la decisión sobre el caso¹⁵⁰.

Ello no implica que el juzgador sea un mero espectador ni que se desinterese por la verdad. Por el contrario, explica Alberto Binder, el principio básico de todo sistema republicano es que el juez debe exigir la verdad a los acusadores¹⁵¹. En este orden, el juzgador tiene un rol proactivo en el desarrollo del proceso para favorecer la contradicción entre las partes, comprender el objeto litigioso y supervisar el cumplimiento del sistema de garantías¹⁵². La “verdad” del hecho se construirá en el ejercicio colectivo del litigio, es decir, a partir de la actividad de las partes.

Así, la teoría del caso será útil para la conducción de las audiencias incluso de forma previa al debate. En este escenario, desde la perspectiva de la judicatura de garantías, la teoría del caso permite descomponer el relato de las partes y analizar sus argumentos¹⁵³. Asimismo, siguiendo la lógica citada más arriba, los jueces y juezas deben controlar el cumplimiento del sistema de garantías de modo tal de evitar el uso injustificado de la fuerza estatal¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Ver al respecto: PÉREZ BARBERÁ, *Nuevas tecnologías y libertad probatoria en el proceso penal*, NDP, 2009; POLANSKY, *Garantías constitucionales del procedimiento penal en el entorno digital*, Hammurabi, 2020, pp. 157-213; PORTILLO / MATTEO, *Autoincriminación y nuevas tecnologías*, en RIQUERT y otros *Sistema Penal e informática 2*, Buenos Aires, 2019

¹⁵⁰ ALONSO (dir.), *Relaciones entre la teoría del caso y la teoría del delito*, 2021, p. 56.

¹⁵¹ BINDER, *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 222-223 citado en ALONSO (dir.), *Relaciones entre la teoría del caso y la teoría del delito*, 2021, p. 57.

¹⁵² ALONSO (dir.), *Relaciones entre la teoría del caso y la teoría del delito*, 2021, p. 54.

¹⁵³ ÍDEM, p. 62.

¹⁵⁴ ÍDEM, p. 66.

1. ¿Qué procesos inferenciales deben construirse para tener por acreditado el dolo del autor?

Sentado lo dicho, la acusación deberá acreditar a través de la prueba reunida en el caso todas las proposiciones fácticas y los elementos del tipo penal, de modo tal de demostrarle al juez o jueza que su ejercicio de inferencias es correcto según las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y el conocimiento científico. Puntualmente, deberá acreditar más allá de toda duda razonable que la persona imputada es quien tuvo determinado material ilícito con fines de distribución o comercialización.

A continuación, se citarán algunos extractos (con destacado propio en todas las citas) de fallos de la Cámara de Casación y Apelaciones del Fuero Penal, Contravencional y de Faltas para ilustrar de qué modo se ha analizado el dolo requerido por la norma:

-Cámara PCyF, Sala III, “Causa N° 0041479-01-00/10, “P, L E s/ inf. artículo 128 primer párrafo CP: producir/publicar imágenes pornográficas con menores de dieciocho años”, resuelta el 04 de abril de 2012. *“La defensa postula asimismo que el imputado pudo desconocer la edad real de las personas filmadas y señala, en este sentido, que las grafías insertas dan cuenta que tenían 18 años, esto es, se centra en la falta de acreditación del dolo en el autor. (...) P admitió haber subido los archivos que contienen las imágenes cuestionadas desde las computadoras de sus empleadores Microsoft y Galeno. Al haber subido esas imágenes desde sus lugares de trabajo su conducta evidencia elusión u ocultamiento de su identificación, lo que contradice su tacha. La grafía, por otra parte, señala que son “nenitas” y esto es realmente lo que define la imagen que el que se encuentra frente a su monitor va a ver. Por ello, resulta acertado el razonamiento de la a quo que consideró que el imputado actuó conociendo la contrariedad de su acto con el derecho vigente.”* (Del voto de los Dres. Marta Paz y Jorge A. Franza).

-Cámara PCyF, Sala I, “Causa N° 11634-00-00/15 “G, F. E s/artículo 128 párr. 1 CP -Delitos atinentes a la pornografía (producir/publicar imágenes pornogr. C menores 18)”, resuelta el 7 de marzo de 2017: *“(...) en el caso, la configuración de las acciones típicas que se le imputaron a G, se relacionan directamente con el medio elegido para su comisión, es decir con la utilización del programa “Google Plus”, a través del cual, habría compartido las fotografías de pornografía infantil con otros usuarios. Al respecto, se ha sostenido que “El envío de material desde la cuenta del imputado a un sitio de acceso público, lugar en el que pudo ser observado por un número indeterminado de*

personas, constituye la acción de distribuir imágenes pornográficas en las que se exhiben menores de dieciocho años de edad” (CNCrim.y Corr. Sala I, Malomo E. 27/6/2005, el resaltado apunta a enfatizar la idea). Por otra parte, el hecho de que no se haya identificado a qué usuarios del programa fue distribuido el material pornográfico que habría compartido el imputado, no impediría (tal como pretende la defensa) tener por configurado el tipo objetivo del delito atribuido. A su vez, dado que el procedimiento que dio inicio a esta causa se originó en una denuncia enviada por la Missing & Exploited Children al CIJ, sería posible concluir que las personas que trabajan en dicha organización pudieron tomar conocimiento de las imágenes mientras navegaban en internet. Por lo tanto, podríamos entender que los archivos se encontraban en estado público en internet y de esa forma tomó conocimiento la ONG denunciante.” (Del voto de la la Dra. Elizabeth A. Marum)

- Cámara PCyF, Sala II, “Causa R., R. A. G. SOBRE 128 1 PARR - DELITOS ATINENTES A LA PORNOGRAFIA (PRODUCIR/PUBLICAR IMAGENES PORNOGR. C MENORES 18), DEB 33010/2018-8”, resuelta el 11 de diciembre de 2020: *“En cuanto al dolo requerido por la figura en análisis, cabe señalar que no pueden ser de recibo las objeciones planteadas por la defensa en punto a que R, no habría tenido la intención de compartir tales archivos con terceras personas y que, en todo caso, de haber ocurrido ello resultaba atribuible al sistema informático que lo realizaba de manera automática. En este sentido, cabe destacar las consideraciones que surgen del fallo en punto a la acreditación de que el condenado utilizaba asiduamente el programa “Emule” y según explicaron los distintos expertos en la materia, los usuarios de programas como tales justamente los utilizaban con la finalidad de compartir distintos archivos. Además, en el juicio quedó demostrado de qué manera la pantalla mostraba los archivos que se descargaban al tiempo en que en otra se detallaban aquellos que estaban siendo requeridos y descargados por otros usuarios. En este punto, debe destacarse que el propio R, reconoció esta modalidad al señalar que solía reducir la solapa correspondiente a los archivos que el resto de los usuarios se descargaban de su servidor. En relación con ello, incluso de la pieza recursiva queda en evidencia el conocimiento de esta circunstancia cuando se afirma que “el usuario (...) puede restringir algunos parámetros como ser la velocidad de descarga o la de transmisión o la cantidad de archivos simultáneos a recibir o los que se quiere permitir compartir (ya que esta es una condición esencial de programa P2P tal es el eMULE). También se puede poner una tilde en un casillero indicando que no se quiere compartir, pero esto limita el*

acceso del usuario a los archivos de otros usuarios” (...) La prueba producida a lo largo del debate, particularmente la reseñada párrafos antes, termina por conformar un cuadro cargoso sólido y apto para acreditar las proposiciones fácticas de la acusación, concretamente que R, conocía el funcionamiento del programa “Emule” y que los archivos descargados en la carpeta “Incoming” los estaba compartiendo, en otras palabras, su intención al descargarlos y dejarlos allí de contribuir en el intercambio de los mismos entre los distintos usuarios de la red.” (Del voto de los Dres. Pablo Bacigalupo y Fernando Bosch).

Vale destacar respecto de este último caso que en el fallo de primera instancia se aclaró que, aun cuando la gravedad de la conducta fuere la misma, el tener archivos en la carpeta de elementos compartidos en el programa *Emule* se correspondía con la acción de “facilitar” que implica poner a disposición de otras personas indeterminadas y no de “distribuir” que implica una entrega concreta. Señaló en ese sentido el magistrado de grado que la acción implica necesariamente una tentativa acabada de la acción de distribución y que la intencionalidad requerida es exactamente la misma¹⁵⁵.

Finalmente, tiene dicho el Tribunal Supremo español al respecto *“El problema de la distribución (o, en otros términos, facilitar su difusión) de archivos pornográficos en los que hayan intervenido menores de trece años, debe ser, en consecuencia, analizado caso por caso, en función de las características del material intervenido, el conocimiento por parte del autor de los hechos de los medios informáticos, la distribución que se produzca a terceros (por ejemplo, acreditando la llegada a terminales de usuarios concretos, ajenos al autor de la difusión, en la que debe enmarcarse una búsqueda aleatoria de la policía judicial, que en este caso ha sido totalmente impersonal), el dato de que el material ya se encuentre “difundido” en internet, distribución de la que se sirve el autor para “ver”, no para facilitar su difusión, pues tales imágenes se encontraban a disposición de cualquier usuario que quisiera conectarlas, mediante la “bajada” de la red, etc.*¹⁵⁶”

En la misma línea, más recientemente mantuvo tal criterio agregando que *“La reiteración de descargas e intercambios de archivos con títulos semejantes, como puede observarse a través del listado de los casi 50 folios, demuestra la búsqueda deliberada de los mismos, convirtiéndose así en nuevo centro de difusión y puesta en común con otros usuarios de la red de intercambio que desgraciadamente pudieran estar interesados*

¹⁵⁵ Juzgado PCyF Nro. 6, “R.R.A. s/128CP” DEB 33010/18, 06/11/2019.

¹⁵⁶ España, Tribunal Supremo, Sala Penal, 105/2009, 30/01/ 2009.

en el mismo tipo de archivos.... Por ello se puede concluir que el dolo, en cuanto conocimiento de la significación antijurídica del hecho no puede negarse que estuvo presente en la conducta del acusado... ”¹⁵⁷.

A partir de los fallos reseñados puede concluirse que, a fin de acreditar el dolo del autor, los tribunales consideran, más allá de las particularidades del caso en concreto, una serie de indicios comunes: el programa o plataforma donde se alojan los archivos con material ilícito; los conocimientos que la persona imputada pueda tener en informática; si el archivo se encuentra en un programa *peer to peer*; la reiteración o no de “descargas” y las expresiones del imputado, en caso de que declare sobre el hecho. En cuanto a la concreta distribución o comercialización, como se sostuvo más arriba, la norma no exige que efectivamente se concreten para que se configure la conducta y, en ese sentido, no es tampoco una exigencia de los tribunales¹⁵⁸.

Ahora bien, en líneas generales, el Ministerio Público Fiscal no explica cómo funciona la plataforma en la que se detecta el material ilícito, a menos que la defensa cuestione el punto. Tampoco se advierte que se discuta el punto de la privacidad o no de las carpetas virtuales en que se encuentran los archivos y, en ese sentido, pareciera bastar la noticia del informe NCMEC para considerar que el material ilícito pudo llegar a conocimiento de terceras personas.

IV. Consideraciones finales

En este trabajo se ha abordado el estudio del delito de tenencia de material de explotación o abuso sexual infantil desde una óptica teórico-práctica, enfocada en el litigio y la acreditación de los elementos subjetivos del tipo.

En los dos primeros capítulos, se analizaron las dificultades que presentan, en general, los delitos cometidos a través de Internet y, en particular, las características de la figura citada, de acuerdo con las categorías tradicionales de la teoría del delito. A partir de ese análisis, se concluyó que el tipo penal previsto en el artículo 128 C.P. es un delito informático en sentido amplio puesto que el autor se vale de la tecnología para afectar a otro bien jurídico de forma mediata. En este sentido, se aclaró que los delitos informáticos en sentido estricto no son ontológicamente distintos a los delitos tradicionales.

¹⁵⁷ España, Tribunal Supremo, Sala Penal, 1239/2016, 28/1/16.

¹⁵⁸ En ese sentido, véase también en la Provincia de Buenos Aires: Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental de Lomas de Zamora – Sala II, “Galeppi, Vicente Omar”, 24/11/2010, Caso Nro. 842260 y en el ámbito de la ciudad: Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional – Sala I, “Malomo”, 27/06/2005 citados en MAHIQUES, *Revista Jurídica De La Universidad De San Andrés*, 2023, p. 11.

Dada la relevancia a nivel internacional de la delincuencia informática, se hizo especial referencia, además del marco normativo local, al Convenio de Budapest. Al respecto, se destacaron las exigencias aún pendientes de regulación en nuestro país: la inclusión de la *pseudopornografía* técnica y la prohibición de la simple adquisición de material ilícito sin posesión; destacando los posibles cuestionamientos que su inclusión podría generar.

A partir del análisis dogmático, se caracterizó a la tenencia de material de explotación o abuso sexual infantil con fines inequívocos de distribución o comercialización como un delito de peligro abstracto en el que no es necesario que se acredite efectivamente tal distribución o comercialización para su consumación. En cuanto a las particularidades del medio comisivo, se destacó la relación de disponibilidad técnica que debe existir entre el autor y el material ilícito y las distintas formas en que tal material puede estar alojado en un dispositivo electrónico.

Respecto de los elementos subjetivos del tipo, se advirtió sobre la existencia de una suerte de “presunción” sobre el fin de distribución o comercialización por la dinámica propia del delito y la plataforma en la cual se hallen los archivos con material prohibido.

A fin de verificar cómo se trabajan puntualmente dichos elementos en la práctica forense, se abordaron a continuación las relaciones entre la teoría del delito y la teoría del caso, con especial énfasis en las estrategias de litigación que acusación y defensa pueden articular en un proceso de estas características. Al entender que, dentro de la teoría del caso uno de sus componentes es la teoría del delito, se señaló la utilidad de esta última para identificar las proposiciones fácticas que debe acreditar la fiscalía y aquellas defensas posibles frente a la acusación. En este ejercicio, se destacaron los desafíos que presenta el tipo penal y cómo se desarrolla en la práctica el litigio de la figura.

De acuerdo con las imputaciones o requerimientos de elevación a juicio tratados en el tercer capítulo, advertimos que, en la mayoría de los casos, el análisis sobre la disponibilidad y el poder de disposición sobre los archivos con material ilícito es más bien limitado. En líneas generales, la afirmación sobre el tipo de plataforma en el que se detectan los archivos bastó, en los requerimientos e imputaciones fiscales analizadas, para afirmar la existencia del fin de distribución o comercialización. Tampoco se consideró necesario en todos los casos reseñados realizar un análisis sobre la permanencia de los archivos en los dispositivos secuestrados a la persona imputada.

En este orden, podría pensarse que la indicación relativa a la fecha en que una plataforma toma conocimiento de que determinado contenido ilícito se halla alojado por

uno de sus usuarios podría “adelantar” el argumento de que efectivamente en ese lapso temporal ese archivo se encontraba a disposición de la persona, sin perjuicio de que luego se hubiera eliminado o no se haya podido encontrar concretamente en ninguno de los dispositivos a su disposición. Fuera de los acuerdos de juicio abreviado, en los cuales media un reconocimiento por parte de la persona acusada, lo cierto es que sería razonable exigir un informe pericial sobre los elementos secuestrados para evitar caer en automatismos.

Con relación a las posibles estrategias de la defensa, observamos que el hecho de que la conducta se cometa a través de Internet implica una dificultad de la fiscalía para identificar su autor/a; por esta razón pueden elaborarse argumentos vinculados con la cantidad de personas que habitan un mismo inmueble y que acceden a dispositivos electrónicos; al carácter público o privado de la red y a la permanencia o no de los archivos en los dispositivos secuestrados. Asimismo, se reseñaron los principales cuestionamientos vinculados con el modo de inicio de las actuaciones y su recepción, en general negativa, por parte de los tribunales locales.

A continuación, se explicaron las principales técnicas de investigación y los modos de inicio habituales de este tipo de pesquisas, así como también los problemas vinculados con la integridad de la cadena de custodia, los denominados “hallazgos fortuitos” y las dificultades para acceder a la información en dispositivos bloqueados por el usuario. Por cuestiones de espacio, no se profundizó en las técnicas de recolección y conservación de evidencia ni en los cuestionamientos citados.

En lo atinente al rol de la judicatura en el sistema acusatorio, se resaltó su función en la dirección del debate para generar un buen contradictorio entre las partes y así lograr decisiones de mayor calidad. Sobre la forma en la que los tribunales tienen concretamente por acreditada la autoría del tipo penal, a partir de la compulsión de la jurisprudencia del fuero Penal, Contravencional y de Faltas se destacaron: la semejanza de datos filiatorios y usuarios investigados y la existencia o no de otras personas en el domicilio. Puntualmente, en cuanto a la acreditación del dolo requerido por la norma, se hizo hincapié en los siguientes indicios: cantidad de material; nombres de los archivos; características de la persona imputada; su nivel de conocimiento informático; la conducta que aquella haya demostrado en el transcurso de la investigación; la indicación de precios y el tipo de plataforma en la que se hallan los archivos. Si bien la acreditación del elemento subjetivo es problemática, los criterios e indicios considerados por la jurisprudencia son estables.

En suma, a partir de desarrollos doctrinarios y luego en base al análisis que deben realizar las partes concretamente en un litigio, se examinó en este trabajo tanto la actuación de la acusación fiscal como los posibles planteos de la defensa. En ese sentido, el estudio realizado buscó ofrecer una comprensión más profunda del litigio de la conducta, así como también aportar recomendaciones para su práctica.

Las conclusiones de este trabajo reflejan que, para abordar los ciberdelitos, es necesario contar con técnicas y herramientas de trabajo actualizadas para comprender las particularidades de la evidencia digital y adaptarse a los desafíos que los aspectos tecnológicos presentan para el litigio de la figura.



Universidad de
San Andrés

V. Bibliografía

Libros y revistas

- ABOSO, Gustavo, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, Hammurabi, Buenos Aires, 2021
- AGUSTINA, José, “Nuevos retos dogmáticos ante la cibercriminalidad ¿Es necesaria una dogmática del ciberdelito ante un nuevo paradigma?” en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XLI, 2021, Disponible en <https://doi.org/10.15304/epc.41.6718>, ISSN 1137-7550: 705-777, [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].
- ALONSO, Silvina (dir.), *Relaciones entre la teoría del caso y la teoría del delito*, Fabián di Plácido Editor, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021
- CLOUGH, Jonathan, *Principles of cybercrime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 5. Disponible en <https://ugcollege.ge/storage/books/April2023/Tp9d8vOmUTINUOQaaIiz.pdf> [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].
- DUPUY, Daniela, *Diversos aspectos sobre el delito de pornografía infantil*, Erreius, Nota disponible en <https://www.erreius.com/actualidad/12/penal-y-procesal-penal/Nota/454/diversos-aspectos-sobre-el-delito-de-pornografia-infantil> [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].
- DUPUY, Daniela (dir.)/NEME, Catalina (coord.), *Acosos en la red a niños, niñas y adolescentes*, Hammurabi, Buenos Aires, 2021
- FIGARI, Rubén, *Materiales sobre abuso infantil. Difusión. Médico pediatra. Comentario al Fallo "Russo, Ricardo Alberto Guillermo S/ art. 128, CP"*, SAIJ, Id SAIJ: DACF200132, 2009. Disponible en <http://www.saij.gob.ar/ruben-enrique-figari-materiales-sobre-abuso-infantil-difusion-medico-pediatra-comentario-al-fallo-russo-ricardo-alberto-guillermo-art-128-cp-dacf200132/123456789-0abc-defg2310-02fcanirtcod?&o=329&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B%2C1%5D%7CTema%7COrganismo%5B%2C1%5D%7CAutor%5B%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B%2C1%5D%7CTribunal%5B%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Eltica%5B%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=10168> [Enlace verificado el 26 de octubre de 2024].
- FIGARI, Rubén, *Comentario al art. 128 del C.P. (ley 27.436) sobre pornografía infantil*, Asociación Pensamiento Penal, Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/10/doctrina47068.pdf> p. 12.

[Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].

- GARAT, Sebastián/ REALE, Julián “La reforma penal en materia de cibercrimen en la República Argentina”, en DUPUY (dir.) /KIEFER (coord.), *Cibercrimen II: nuevas conductas penales y contravencionales. Inteligencia artificial aplicada al derecho penal y procesal penal. Novedosos medios probatorios para recolectar evidencia digital. Cooperación internacional y victimología*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2020
- MAHIQUES, Juan Bautista, “Explotación sexual infantil a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). El estado de la cuestión en la jurisprudencia argentina” en *Revista Jurídica De La Universidad De San Andrés*, (15), 2023 pp. 1-26. Disponible en <https://revistasdigitales.udesa.edu.ar/index.php/revistajuridica/article/view/186>, p. 3.

[Enlace verificado el 21 de marzo de 2024].

- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 155-156.
- PALAZZI, Pablo, *Los delitos informáticos en el Código Penal. Análisis de la ley 26.388*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009
- RUA, Gonzalo, *Planificación de un caso penal*, Didot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022
- RUA, Gonzalo/NEUMANN, Juan Manuel (dir.), *Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires comentado*, Tomo I, Editorial Jusbaire, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2024
- RIQUERT, Marcelo (coord.), *Ciberdelitos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020
- RIQUERT, Marcelo/ RIQUERT, Fabián, *Difusión de imágenes y espectáculos pornográficos de niños, niñas y adolescentes*, Código Penal Comentado de Acceso Libre, Asociación Pensamiento Penal. Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37753.pdf> [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I., “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, Civitas, Madrid, 1997, p. 193.
- ZAFFARONI, Eugenio/ ALAGIA, Alejandro/ SLOKAR, Alejandro, *Derecho. Penal. Parte general*, (2.^a ed.), Ediar, Buenos Aires, 2002

Informes

- Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia, *Informe de gestión de la Unidad*

Fiscal Especializada en Cibercriminalidad 2022-2023 Disponible en <https://www.fiscales.gob.ar/cibercriminalidad/la-unidad-fiscal-especializada-en-cibercriminalidad-senalo-un-alza-continua-de-los-delitos-informaticos-en-su-informe-de-gestion-2023/> [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024]

Jurisprudencia

- Juzgado PCyF Nro. 6, “R.R.A. s/128CP” DEB 33010/18, 06/11/2019
- Juzgado PCyF Nro. 6, “A., M. M. s/ 128 1 PARR - DELITOS ATINENTES A LA PORNOGRAFIA” DEB 95943/2021-1, 19/09/2023
- Cámara de Casación y Apelaciones del Fuero Penal, Contravencional y de Faltas, Sala I, “G, F. E s/art. 128 párr. 1 CP -Delitos atinentes a la pornografía (producir/publicar imágenes pornogr. C menores 18)” Causa N.º 11634-00-00/15, 07/03/2017
- Cámara de Casación y Apelaciones del Fuero Penal, Contravencional y de Faltas, Sala III, “Causa N° 0041479-01-00/10, “P , L E s/ inf. artículo 128 primer párrafo CP: producir/publicar imágenes pornográficas con menores de dieciocho años”, 04/04/2012
- Cámara de Casación y Apelaciones del Fuero Penal, Contravencional y de Faltas, Sala II, “Causa R., R. A. G. SOBRE 128 1 PARR - DELITOS ATINENTES A LA PORNOGRAFIA (PRODUCIR/PUBLICAR IMAGENES PORNOGR. C MENORES 18), DEB 33010/2018-8, 11/12/2020
- España, Tribunal Supremo, 694/2020 del 15/12/2020
- España, Tribunal Supremo, Sala Penal, 105/2009, 30/01/ 2009
- España, Tribunal Supremo, Sala Penal, 1239/2016, 28/1/16

Legislación

- República Argentina, Código Penal de la Nación, Ley 11179 (T.O. 1984 actualizado).
- República Argentina, Ley 27411. 22/1/2017. Fecha de Publicación: B.O. 15/12/2017.
- Biblioteca del Congreso de la Nación, Dossier legislativo: Proyecto de Ley, Número: 363, Ingresado por: Senado Año: 2016, Período legislativo: 134, p. 2. Disponible en: dossierlegislativo179tramilegleyes-sancionadas-2018.docx.pdf (bcn.gob.ar) , [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].
- Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 18ª Reunión – 5ª Sesión Ordinaria 29 y 30 de noviembre de 2017
- Fiscalía General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Resolución FG 435/2013 - 12/11/2013

- República Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Resolución N° 1291/2019, Fecha de Publicación: B.O. 25/11/2019.
- República Argentina, Ley 25763 Aprobación del “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”. Fecha de Publicación: B.O. 25/08/2003
- Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Régimen de faltas de la ciudad de Buenos Aires, Ley 451, artículo 3.2.3, Fecha de Publicación: BOCBA N° 6323 del 21/02/2022.
- Consejo de Europa, Convenio sobre la ciberdelincuencia, Budapest, 23/11/2001 – Entrada en vigor 01/07/2004.

Enlaces web

- Argentina Segura, “Pornografía infantil: ¿Qué dice la ley argentina?”, Reale, J. Noticia del 2 de mayo de 2018. Disponible en la web [Pornografía Infantil: ¿Qué dice la ley argentina? | Argentina Cibersegura](#) . [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].
- *National Center for Missing & Exploited Children*, *Quiénes somos*, [Somos \(missingkids.org\)](#) [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].
- Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia, *Guía de Buenas Prácticas para obtener Evidencia Electrónica en el Extranjero-UFECI*, 2020, p. 14. Disponible <https://www.mpf.gob.ar/cooperacionjuridica/> [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].
- Real Academia Española, Definición de “representación” disponible en <https://dle.rae.es/representaci%C3%B3n>[Enlace verificado el 26 de octubre de 2024].
- Policía Internacional, *Delitos contra menores*, <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delitos-contra-menores/Terminologia-apropiada> . [Enlace verificado el 26 de mayo de 2024].