

SEMINARIO CIBERCRIMENES

# TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

Penalización Y Medios Probatorios De La  
Comisión Del Ilícito

MELINA SOLEDAD MORACCI

2018/19

# TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

## **PORNOGRAFÍA INFANTIL: PENALIZACIÓN DE LA TENENCIA.**

Melina Soledad Moracci.

---

### **RESUMEN:**

El presente trabajo, pretende ahondar en la problemática de la Pornografía Infantil, teniendo presente, que el medio de comisión de tal delito, es el cibernético. Es estas instancias, en donde la tecnología es parte fundamental de la vida de las personas, la pornografía, y en este caso la infantil, han encontrado una nueva manera de ser obtenidas.

### **ABSTRACT:**

The present work, intends to delve into the problem of Child Pornography, bearing in mind that the means of commission of such crime, is cybernetic. It is these instances, where technology is a fundamental part of people's lives, pornography, and in this case children's, have found a new way of being obtained.

**PALABRAS CLAVE:** DeepWeb. Tor. Internet. SurfaceWeb. DarkWeb. Redes P2P.

---

**SUMARIO:** *I. Introducción. I.a- Legislación. II. Evolución del delito de Pornografía Infantil en sus diversas épocas. III. Maneras de cometer el ilícito sin ser “descubierto” IV. Colisión entre el derecho a la intimidad y el interés superior del niño. Casos jurisprudenciales. V. Momento de consumación del delito. VI. Conclusión y corroboración de la hipótesis.*

---

## **I. INTRODUCCIÓN:**

A medida que evolucionan las tecnologías, lo hacen también los métodos utilizados por los criminales para adquirir el material ilícito. Y no es una posibilidad remota: desde los inicios de la fotografía, los aficionados a la *Pornografía Infantil* siempre han constituido uno de los primeros colectivos en descubrir y explotar el potencial de las innovaciones tecnológicas.

---

## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

Investigando acerca de la evolución de la Pornografía Infantil, se logra ver, fundamentalmente, cuatro etapas evolutivas en ella:

- 1) Comercial
- 2) Informatizada
- 3) Internet
- 4) Oculta, (Deep Web y Redes 2p2 sin filtro)

Este nuevo mecanismo de comisión de delitos, avanza mucho más rápido que cualquier tipo de compresión en su contra. Y es que es un mal de la humanidad la Pornografía y, ni que hablar, si en ella hay Niños, Niñas o Adolescentes.

La vinculación existente entre la *Pornografía Infantil y las Nuevas Tecnologías* ha supuesto numerosos cambios en este fenómeno a lo largo de los años, dificultando la investigación. Así, la utilización de foros privados de acceso restringido, la aparición de sistemas de almacenamiento compartido en la nube, la dificultad para rastrear a los usuarios de la Deep Web, o la utilización de aplicaciones móviles como Whatsapp o Skype para la obtención de pornografía infantil, han ido por delante de los intentos de impedir el tráfico ilícito, limitando la posibilidad de penetración de los investigadores, acostumbrados, durante los últimos años, al intercambio de archivos a través de las redes Peer to Peer (p2p).<sup>1</sup>

En nuestro país, el 85% de los delitos cibernéticos, están ligados a la Pornografía Infantil<sup>2</sup> y al grooming.

Es en este mapeo, en donde los delitos mutan de su forma tradicional de comisión, a nuevos rumbos, donde nuestro Código Penal, reforma su Artículo 128, para dar “más seguridad” y *criminalizar la simple tenencia de Pornografía Infantil*.

A simple vista, una diría que es la mejor decisión que nuestros legisladores podrían haber tomado... pero: ¿es la mejor decisión fácticamente o es, acaso, una respuesta social ante casos cada día más notorios de Pornografía Infantil?

En este trabajo, por consiguiente, y partiendo de la *HIPOTESIS* de que: **LA PENALIZACIÓN DE LA TENENCIA DE PORNOGRAFÍA INFANTIL NO VA A SURTIR EL EFECTO ESPERADO**, (que es hacer cesar el delito), es que pasaremos de lo

---

<sup>1</sup> Las redes P2P son muy útiles para todo lo que tiene que ver con compartir datos entre usuarios, y es muy utilizada en la actualidad para compartir entre los usuarios que se conecten con cualquiera de los clientes que existen en el mercado todo tipo de material, tanto de video, como de audio, programas y literatura, entre otros.

<sup>2</sup> <http://www.telam.com.ar/notas/201802/251124-ong-grooming-argentina-ciberdelitos-pornografia-infantil.html>

## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

básico hacia lo complejo, en donde, tras analizar objetivamente la fase de ¿cómo sabrán las autoridades que el ilícito está siendo cometido?, llegaremos a una fase probatoria, en donde se demandará no sólo la actuación de peritos especializados sino, también, la actuación de todo un conjunto de personas para asegurar la Cadena de Custodia hasta Jueces especializados en temas de esta índole, en donde, al final de cuentas, el medio de comisión es complejo y nuevo y no todos están a la altura de dictar sentencias justas y claras.

### **I.a- LEGISLACIÓN.**

**Código Penal- Art 128 según la Ley 27436:** “(...) 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 (...)”<sup>3</sup>

**Convención de los Derechos del Niño-Art 34 inc. C):** “El estado debe proteger contra toda forma de abuso o violencia sexual. Los países deben trabajar juntos con el objetivo de establecer las medidas necesarias para: (...) Inc. C) Evitar que sean utilizados para producciones pornográficas (fotos o videos)”

### **En el ámbito de las Naciones Unidas:**

**Resolución 1992/74 de la Comisión de Derechos Humanos,** mediante la cual se aprueba el programa de acción para la prevención de la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

**Resolución 48/156 de la Asamblea General** sobre la necesidad de adoptar medidas internacionales eficaces para prevenir la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

**Protocolo Facultativo de los Derechos del Niño,** relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, (adoptado en el año 2000 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y, en nuestro país, mediante la ley 25763 en el año 2003)

→**Art 1:** “Los estados parte, prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente protocolo”

→**Art 2:** Da la definición de “Pornografía Infantil”: Toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o

---

<sup>3</sup> El proyecto no tuvo votos negativos y sólo contó con dos abstenciones.

## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

*toda representación de las partes genitales del niño con fines primordialmente sexuales”*

*→Art 3: “Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto como si se han cometido dentro como fueras de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente: (...) C)La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o POSESIÓN, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que la define el Art 2.”*

### **Convenio Sobre Cibercrimitos de Budapest, al cual adherimos en el 2017, mediante la ley 27411.**

*→Art 9: Se requiere a los Estados Partes que legislen como infracción penal:*

*-Producción de pornografía infantil*

*-Oferta o puesta a disposición de pornografía infantil.*

*-Difusión o transmisión de pornografía infantil*

*-Adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informático para uno mismo o para otra persona.*

*-Posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos.*

*→ Según esta norma, se entiende por Pornografía Infantil:*

- 1) Un menor comportándose de una forma sexualmente explícita*
- 2) Una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita*
- 3) Imágenes realistas que representan a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita.<sup>4</sup>*

## **II. EVOLUCIÓN DEL DELITO DE PRONOGRAFÍA INFANTIL:**

Existe evidencia abundante desde tiempos muy remotos y en varios contextos culturales sobre el interés sexual, incluso la obsesión, de algunos adultos por los niños, lo que sostiene un mercado perdurable de material pornográfico e importa destacar que

---

<sup>4</sup> Respecto del inciso 2) y 3) nuestro país hizo RESERVA, por lo cual, no implican delito alguno en Argentina.

## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

el interés sexual por los menores no se limita a un pequeño segmento de personas demonizadas bajo la etiqueta de “pervertidos”, “pedófilos” o “pederastas”. El tratamiento de niños como objetos sexuales ha existido desde siempre, no es ajeno a la Antigüedad y ha pervivido a lo largo de la Historia de modo que en el siglo XIX abundaron relatos sobre sexo con menores e ilustraciones y grabados de adolescentes o pre-púberes desnudos. La aparición de la cámara fotográfica en el siglo XIX supuso el inicio de la producción, el comercio y el coleccionismo de imágenes sexuales de niños.

### **II.1) Pornografía infantil comercial:**

La historia reciente de la pornografía infantil comienza con la relajación general de la censura en los años 60 del pasado siglo, y el consiguiente incremento en la disponibilidad de imágenes y vídeos de menores en Europa y Estados Unidos. La experiencia europea parecía demostrar que la mayor accesibilidad a pornografía dura proporcionaba una *vía de escape para los instintos violentos y estaba estrechamente relacionada con la reducción de delitos sexuales*. La década de los 1970 (los “10 años de locura”), supuso el momento de máximo apogeo de la producción comercial de pornografía infantil. Las revistas publicadas durante estos años (unas 250 sólo en Estados Unidos), ofrecían una amplia variedad de materiales: de chicas adolescentes a niñas que apenas gateaban, desde simples desnudos en la playa hasta prácticas sexuales extremas. Al menos durante unos pocos años, era fácil entrar a una tienda y conseguir pornografía infantil y, algunas revistas, llegaron a constituirse como marcas comerciales de relevancia. Estas imágenes también influyeron en ámbitos ajenos al mundo del porno, como revistas de rock o películas de cine, donde era común el personaje de la “lolita”. Pero a mediados de los 70 los defensores de la decencia y los grupos feministas, difundieron la idea de que el material pornográfico estaba relacionado, directamente, con los delitos sexuales y el miedo a la explotación sexual de los menores cundió en Estados Unidos y llegó pronto a Europa, generando un consenso internacional sobre la necesidad de proteger a los menores; movimiento intensificado durante la década de 1990 a raíz de diversos escándalos europeos – redes de pederastia y asesinatos en serie de menores– que cambiaron radicalmente la imagen del consumidor de pornografía infantil, de un inadaptado a un violento violador

## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

o incluso un asesino, exigiendo una severa respuesta legal<sup>5</sup>. Ésta fue la época en la que empezaron a impulsarse medidas legislativas centradas en la prohibición de la producción, la venta y la distribución de pornografía infantil, como parte de una tendencia político-criminal punitivista aún imperante sustentada, “*en indemostrados pánicos morales*”<sup>6</sup>. Los activistas morales provocaron una mayor intervención gubernamental y presionaron a la policía neoyorkina para que actuaran de forma contundente contra la “cultura del vicio” que ubicó en Times Square el centro simbólico de la compra-venta, (cuanto más la tenencia), de pornografía infantil. Pero cuando las tiendas para adultos salieron del negocio, todavía quedaban proveedores privados de venta por correo; además comenzaron a importarse desde Holanda, donde seguían siendo legales y fácilmente accesibles, revistas de pornografía. Además, aunque la denigración por parte de los medios llevó al negocio lucrativo surgido en los ´70 al borde de la extinción en los ´80, pronto fue sustituido por material elaborado por aficionados mediante sus cámaras de vídeo, cuyo progresivo abaratamiento y la facilidad de copia, incrementaron la cantidad de material en circulación. Sin embargo, los riesgos de la venta por correo eran máximos, pues se generalizaron las operaciones policiales encubiertas.

### **II.2) Pornografía infantil informatizada:**

La presión mediática y policial impulsada por el activismo moral provocó que, a mediados de la década de 1980, prácticamente todas las vías tradicionales para obtener y así poseer este tipo de material, se hubieran cerrado. Pero fue precisamente en ese momento cuando las computadoras empezaron a ser accesibles para el ciudadano medio, y con ellos, la creciente red de bases de datos electrónicas que vino a ofrecer nuevas alternativas. Desde entonces, el desarrollo de las TIC se ha vinculado a una amplia variedad de comportamientos sexuales desviados de la norma social, junto con subculturas<sup>7</sup> que apoyan y aprueban tales conductas.

---

<sup>5</sup> De la Rosa-Cortina, 2011; Fernández-Teruelo, 2007; Jenkins, 2001

<sup>6</sup> En expresión de Villacampa Estiarte & Gómez-Adillón, 2016

<sup>7</sup> Entendiendo por “subcultura”, siguiendo a Cohen (1955), un “Sistema de valores y creencias que fomenta la comisión de actos delictivos, confiere rango social a sus miembros en razón de tales hechos y especifica la clase de relaciones que hay que mantener con las personas ajenas al mundo social de los delincuentes”, deben subrayarse diversos aspectos de la comunidad de aficionados a la pornografía infantil que apoyan categorizarla como tal: En cuanto al sistema de valores y creencias proclive al delito, el nexo de unión entre los usuarios de las redes no es jerárquico ni lucrativo (cierto que en ocasiones la gente gana dinero por la venta de este tipo de material, pero la mayoría de páginas de pago son falsas y las que no lo son se enfrentan a la ausencia de anunciantes dispuestos a publicitarse en ese tipo de contextos); la mayoría de gente que cuelga archivos no lo hace por dinero, sino por altruismo o

## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

Los espacios virtuales donde circula el tráfico de pornografía infantil se encuentran en un estado de evolución constante, dada la acuciante innovación tecnológica de nuestros tiempos y la necesidad de clandestinidad de sus usuarios; y proporcionan recursos a las minorías sexuales para intercambiar información de forma instantánea, siendo difícil su control debido al alto nivel de conocimiento técnico necesario para su descubrimiento.

Por otro lado, el escepticismo popular de la época respecto a la capacidad de los ordenadores de transmitir información visual, hizo que la policía y los medios se centraran en aquellos aspectos de las nuevas tecnologías que conocían, focalizando su atención en la utilización de estas plataformas para intercambiar información sobre víctimas potenciales o vender niños; prácticas reales pero puramente anecdóticas,

---

exhibicionismo (Jenkins, 2001), de forma que la Red mantiene su unidad y solidaridad gracias a sus intereses compartidos. Y estos intereses se apartan de lo estimado aceptable para el discurso cultural dominante, y entran de lleno en conductas criminalizadas. En cuanto a conferir rango social, a simple vista esta comunidad parece completamente desorganizada, descentralizada, y espontánea: los consumidores son anónimos y los distribuidores utilizan una variedad de nombres falsos. Pero esto es en cierta medida engañoso, y no por casualidad (los usuarios – mayoritariamente norteamericanos y europeos– tratan de evitar ser localizados alojando los contenidos en servidores geográficamente distantes –destacadamente, japoneses–; los idiomas más utilizados son el inglés y el alemán, pero debe advertirse que una de las recomendaciones de los tabloneros consiste en escribir en un idioma distinto al propio y evitar indicios sobre su localización en las imágenes (Jenkins, 2001); es común el uso de anonymous remailers (que permiten el envío de e-mails sin remitente), proxys o la alteración de la zona horaria del ordenador (Jenkins, 2001)). Pero, más allá de esta maniobra de distracción, en realidad, determinados miembros gozan de un singular respeto por sus conocimientos y experiencia en el mundo de la pornografía infantil. Dentro de la jerarquía, ocuparían el escalafón más bajo los novatos, seguidos por los mirones y los participantes de los tabloneros; a continuación se sitúan los veteranos, personas que han sobrevivido dentro de la comunidad durante varios años, son los asiduos, depositarios tanto del conocimiento como del material más preciado, y por ello merecen el mayor de los respetos; y aun por encima de ellos encontraríamos todavía un nivel superior, los sabios, que proyectan poder y autoridad sobre los otros usuarios e intentan cultivar este rol de líder (Jenkins, 2001). Esto explicaría la tendencia de algunos delincuentes a conservar el mismo pseudónimo (asociado a la notoriedad y el respeto ganado) a lo largo de su carrera delictiva online, a pesar de los riesgos que esto pueda suponer; así como la agresividad de las reacciones ante los intentos de suplantación de nicknames de algunos usuarios, dado que la calidad de las contribuciones determina la reputación de su responsable (Jenkins, 2001). Finalmente, en cuanto a la especificación de relaciones ad intra y ad extra, se trata de un grupo humano que posee un gran corpus de conocimiento especializado, construido y transmitido sin ningún tipo de contacto cara a cara, únicamente virtual (la identidad de los usuarios es desconocida dentro de los propios grupos y es algo que poco importa; de hecho, cualquier propuesta de encuentro fuera de la Red es objeto de mofa por parte de los otros usuarios, así como cualquier tipo de socialización no relacionada con el tema en cuestión (Jenkins, 2001)). La pertenencia a la comunidad se condiciona a la adquisición de conocimientos – pericia informática– y a la adopción de un lenguaje especializado: para atraer la atención o ganarse el respeto de los otros usuarios, uno tiene que colgar alguna imagen y esto, como mínimo, requiere conocimientos sobre las medidas de seguridad a tomar; el acceso a material nuevo y más selecto requiere el dominio de programas informáticos más complejos, y por ello los tabloneros están repletos de debates sobre cuestiones técnicas (Jenkins, 2001). Por otra parte, la comunidad, además de sus peculiaridades técnicas, cuenta también con su propio argot, necesario para garantizar la clandestinidad y útil al tiempo para separar a sus miembros del resto de la sociedad. Muchos términos provienen del mundo de la informática, pero otros son específicos del mundo de la pornografía infantil (Jenkins, 2001).



## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

desde una perspectiva cuantitativa, en comparación con el crecimiento masivo del tráfico de pornografía infantil.

### **II.3) Los Sistemas de Tablón de Anuncios (BBS):**

La precocidad de los consumidores de pornografía infantil en el uso de las nuevas tecnologías hizo que la pornografía informatizada se desarrollara al margen de Internet. Años antes de que el público general conociera Internet, las bases de datos y los tableros de anuncios<sup>8</sup> ya se habían convertido en las herramientas favoritas de este colectivo. Los servicios de pago como CompuServe permitían al usuario navegar a través de una amplia variedad de páginas y grupos de discusión, o salas de chat en las que los usuarios podían contactar de forma privada en tiempo real. Pero la utilización de este tipo de servicios en la época se convertía en una hazaña tosca y lenta que requería una amplia inversión en equipos, dinero y tiempo, reservada a los aficionados más entusiastas. Sin embargo, los BBS no requerían licencia ni registro en la mayoría de países, ofreciendo un medio idóneo para la comunicación privada entre los miembros de grupos clandestinos que debían ocultarse de los canales más convencionales. Ya en 1982, los aficionados a la pornografía infantil crearon sus propios BBS; en ellos podían colgar información o establecer contactos con otros pedófilos, pero también compartir imágenes de forma binaria: nació así la pornografía infantil informatizada.

### **II.4) Pornografía infantil en Internet:**

A mediados de la década de 1980 Internet seguía siendo una herramienta profesional limitada al terreno militar, universitario y gubernamental, aunque gradualmente se incrementaba su accesibilidad general. Pero en el año 1998, el número de páginas web superaba el millón, cifra que se duplicaba cada pocos meses, y con ello el número de Proveedores de Servicios de Internet (PSI) ofreciendo acceso a las mismas, hecho que aumentaba las posibilidades de camuflar, entre la multitud páginas con material ilícito. Internet revolucionó el mundo de la pornografía infantil eliminando costes, simplificando el proceso de descarga, elevando el número de usuarios y posibilitando el acceso anónimo al contenido. Con la aparición de Internet, todo el contenido de pornografía infantil de las revistas de los '70, (que proporcionaban una treintena de fotografías por una decena de dólares, en cualquier ciudad norteamericana), se puso a libre

---

<sup>8</sup> Bulletin Board System o BBS2, software para redes que permite descargar e intercambiar información, aunque no el acceso masivo y simultáneo de usuarios.

## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

disposición de los internautas, facilitando la acumulación gratuita de archivos de pornografía infantil, de forma que una persona que navegara durante aproximadamente un mes a través de Internet podría fácilmente acumular varios miles de archivos de pornografía infantil sin coste.

Por otro lado, la calidad del “producto” mejoró tanto en la variedad de material ofrecido como en la explicitud y dureza de las imágenes. Internet se constituyó así como un vehículo para la localización, el comercio y la distribución de pornografía infantil, incluyendo cómics, relatos, fotografías y vídeos; productos difíciles de conseguir offline. A finales de la década de 1980, los aficionados a la pornografía infantil constituían uno de los colectivos más experimentados y con mayores conocimientos del mundo de la comunicación a través de las computadoras.

El incremento de operaciones contra la pornografía infantil, desde mediados de la década de 1990, se relaciona con el crecimiento exponencial del acceso a Internet desde los hogares, un medio tecnológico de escaso coste para la población. De hecho, se ha comprobado que aquellos países con mayor acceso a Internet presentan también un mayor nivel de tráfico de pornografía infantil. Internet proporciona un contexto propicio para la proliferación de la pornografía infantil, facilitando su distribución, transmisión y posesión, convirtiéndolo en algo fácil, rápido y sencillo. De hecho, si no fuera por Internet, muchos de sus usuarios nunca habrían descubierto el mundo de la CiberPedofilia.

Las posibilidades que ofrece Internet para obtener, poseer y/o distribuir este tipo de material son múltiples, desde el acceso online a los archivos o la difusión por la red de vídeos domésticos hasta el intercambio a través de correo electrónico o las videoconferencias en tiempo real. El ciberespacio ha permitido que la transacción de pornografía infantil se lleve a cabo entre distintos actores sociales, los cuales se encuentran inmersos en un proceso de intercambio que va desde la producción al consumo de materiales ilícitos, pasando por su distribución. *En este contexto, cualquier usuario puede convertirse en productor, distribuidor o consumidor de pornografía infantil simultáneamente*, haciendo que la creación y distribución de pornografía infantil haya pasado de ser una actividad casi residual a generalizarse entre los internautas, sacando a la luz una importante demanda oculta. Pero además, Internet ha incidido sobre la naturaleza y la dinámica del abuso sexual, convirtiendo la producción y la distribución online de pornografía infantil en un componente frecuente del abuso

## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

sexual. Internet se convierte así en un vehículo que potencialmente puede incrementar el daño derivado de la dinámica del abuso sexual infantil, extrapolándolo al contexto virtual al subir a Internet las imágenes generadas offline para ser distribuidas, visualizadas y descargadas indefinidamente por otras personas.

### **II.5) Motores de búsqueda:**

Este tipo de archivos, que aprovechan para su difusión la enorme dimensión de la Red, deben ser buscados de *forma activa* por parte de los internautas para ser localizados, por lo que resulta altamente improbable, (aunque no imposible), que una persona pueda encontrar accidentalmente pornografía infantil buscando contenidos, por ejemplo, legales. Así, los motores de búsqueda como Google, Bing o Yahoo se constituyen como el método más común para localizar aquellas páginas o plataformas en las que es posible encontrar pornografía infantil en Internet. La introducción de *Palabras Clave* relacionadas con la subcultura de la pornografía infantil dirige al internauta a salas de chat, foros y páginas web donde poder descargar el material buscado. Por ello, los motores de búsqueda representan el *Mecanismo Principal* de los distribuidores para publicitar sus productos, mientras que el boca a boca puede ser utilizado dentro de los foros para advertir a sus usuarios sobre nuevas formas de obtener archivos. Pero para encontrar este tipo de foros sigue siendo necesario, al menos inicialmente, utilizar los motores de búsqueda.

### **II.6) E-Groups y grupos privados:**

Algunos servidores de Internet, como Yahoo, permitían crear grupos en los que colgar imágenes o escribir mensajes; se abría así algo parecido a Usenet, (Usenet es el acrónimo de Users Network (Red de usuarios), consistente en un sistema global de discusión en Internet)<sup>9</sup>, a cualquiera con acceso a la web. La apertura de un nuevo grupo era gratuita y no era necesaria la suscripción de sus usuarios para acceder, pero estos grupos permitían además el acceso a chats para contactar de forma privada entre los usuarios e intercambiar archivos. Los proveedores de este tipo de servicios seguían estrictas políticas de exclusión de contenidos relacionados con la pornografía infantil, pero no lograron controlarla. Algunos grupos discretos ocultaban el material de menores entre la pornografía de adultos, otros se orientaban de forma obvia a este tipo de intereses y contaban con un gran volumen de actividad. Los grupos temporales eran los que contenían las imágenes más extremas; se abrían sólo el tiempo necesario para

---

<sup>9</sup> <https://es.wikipedia.org/wiki/Usenet>

## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

descargar las imágenes, con nombres ajenos a connotaciones sexuales, conocidos únicamente por los aficionados a la Pornografía Infantil. Pero también existían grupos privados, que exigían una participación activa<sup>10</sup> para renovar los archivos comunes, reservados a aquellos usuarios con pericia técnica que buscaran las imágenes más difíciles de obtener – únicamente circulaba una fracción del verdadero repertorio–; pero resulta extremadamente difícil acceder a estos grupos privados, incluso para la policía.

### **II.7) Redes sociales:**

Las redes sociales, como el antiguo MySpace o el popular Facebook, cuentan con una gran popularidad entre adolescentes y adultos. Éstas son utilizadas por los delincuentes para iniciar relaciones sexuales con menores, para poder comunicarse con sus víctimas, para obtener información sobre éstas, para difundir información o imágenes de la víctima y/o para contactar con los amigos de la víctima. Redes sociales como Facebook o Tuenti, (actualmente transformada en empresa prestataria de servicios celulares), permiten que un extraño, introduciendo el nombre de otra persona, acceda a todo el contenido de ésta (imágenes, vídeos), siempre que su perfil sea público. Sin embargo, los datos obtenidos por Estados Unidos, en 2010, sugieren que únicamente el 3% de las detenciones relacionadas con las redes sociales en 2006 implicaban distribución de pornografía infantil; y los delincuentes sexuales que acudían a estas redes producían o poseían pornografía infantil en menor proporción que aquellos que no las utilizaban.

### **II.8) Redes P2P:**

Desde la aparición de Napster<sup>11</sup>, los sistemas de intercambio de archivos como Kazaa, Ares, eDonkey o BitTorrent han sido ampliamente utilizados por su alcance mundial, fácil manejo, gratuidad del servicio y la gran cantidad de archivos descargables.

Bissias indica que aproximadamente 3 de cada 10.000 internautas en todo el mundo, compartieron pornografía infantil a través de p2p en diciembre de 2014 (más de 840.000 usuarios); el número total de archivos de pornografía infantil identificados fue de 161.000, cifra que experimenta un crecimiento paulatino, mientras la longevidad de

---

<sup>10</sup> Hoy se ve, claramente, este mismo tipo de accionar, en diversos foros o páginas de la Internet Anónima, en donde, como regla excluyente, solicitan al usuario, que “suba” imágenes o videos personales, relacionados con pornografía infantil y hasta con abusos sexuales explícitos, para poder acceder a la descarga de sus contenidos.

<sup>11</sup> Napster es un servicio de distribución de archivos de música (en formato MP3). Fue la primera gran red P2P de intercambio. Su popularidad comenzó durante el año 2000. Su tecnología permitía a los aficionados a la música compartir sus colecciones de MP3 fácilmente con otros usuarios, lo que originó las protestas de las instituciones de protección de derechos de autor.

## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

esos archivos es más variable. Pero estas estimaciones se basan únicamente en archivos de pornografía infantil que ya habían sido identificados previamente por los cuerpos policiales; existen muchos otros que son introducidos en los sistemas p2p cada día. Estas plataformas permiten que todos los participantes sean servidores y que sus archivos conformen una enorme base de datos global, accesible a todos los conectados a la Red, quienes pueden descargarlos y ejecutarlos en su propia PC y, a su vez, compartir sus propios archivos. Toda la información es común y no hay individualización en los participantes, no hay conversaciones; el programa ofrece directamente los archivos, sin indicar su procedencia. El usuario, en la ventana de búsqueda, escribe las palabras clave del material que le interesa; normalmente nombres derivados de la jerga utilizada por los usuarios de los tablones, (lo que implica cierto nivel de sofisticación). En el caso de BitTorrent, los usuarios usan torrents<sup>12</sup>, (que no contienen el archivo, sino que indican el **valor hash**<sup>13</sup> del contenido en cuestión) para anunciar los archivos que están compartiendo; la investigación policial de estos casos obliga a localizar primero los torrents y luego evaluar su relación con los archivos de pornografía infantil ya conocidos.

Pero la peculiaridad de la red P2P reside en su estructura descentralizada: conexión directa entre ordenadores sin la necesidad de un servidor central; los propios usuarios actúan al mismo tiempo como servidor y cliente, lo que dificulta su localización. Las redes P2P permiten mantener el anonimato de sus usuarios en mayor medida que otros medios que requieren un contacto más directo entre estos, (e-mail, SMS, foros). El usuario simplemente tiene que buscar el material y descargar lo que encuentre en una carpeta compartida; o subir archivos en una carpeta compartida, que permitirá a los otros usuarios encontrar el material cuando lo busquen; por lo que el miedo a ser descubierto en una de estas redes que cuentan con millones de usuarios es bastante bajo. Sin embargo, la mayoría de los gestores de descarga P2P establecen conexiones no cifradas<sup>14</sup>, lo cual permite la extracción tanto de los hashes de los archivos que se

---

<sup>12</sup> Un archivo torrent almacena metadatos usados por un cliente de BitTorrent. Está definido en la especificación de BitTorrent. Simplemente, un torrent es información acerca de un archivo de destino, aunque no contiene información acerca del contenido del archivo.

<sup>13</sup> El valor hash, es como un ADN que permite a, ciertas compañías, reconocer el tráfico y la descarga de Pornografía Infantil.

<http://www.cioal.com/2010/01/12/pornografia-infantil-microsoft-da-un-gran-paso-para-desterrarla-de-la-web/>

<sup>14</sup> O sea, no protegidas. Ya que al cifrar, evitamos “escuchas” o “intrusiones” entre nosotros y nuestros datos.  
<https://www.unirioja.es/servicios/si/seguridad/difusion/cifrado.shtml>

## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

comparten, como de las direcciones IP de los usuarios involucrados; nada que no pueda evitarse utilizando proxys<sup>15</sup>, bloqueadores de IP o anonimadores, o configurando el gestor de descargas con carácter cifrado. Para evitarlo, eDonkey, Gnutella y Gnutella2 asignan un identificador global único a la aplicación (GUID, que se mantiene aunque la dirección IP cambie) cuando es instalada inicialmente en un dispositivo –identificando así dispositivos, aunque no usuarios–. Por su parte, Ares y BitTorrent carecen de los identificadores GUID, proporcionando únicamente direcciones IP, las cuales suelen ser reasignadas con frecuencia por parte de los PSI y reutilizadas por varios usuarios a lo largo del tiempo. De hecho, los proxys, redes virtuales privadas (VPNs) o la **red TOR** permiten esconder a varios de sus participantes bajo una misma dirección IP. La Policía Nacional utiliza softwares como “Gnuwatch” para la geolocalización e identificación de las IP’s de los consumidores o “Florencio”<sup>16</sup> para identificar redes de intercambio de archivos p2p. En Estados Unidos se utilizan programas como RoundUp, Gridcop o Ephex, que utilizan el valor hash de los archivos identificados como pornografía infantil en investigaciones anteriores para analizar el tráfico de este tipo de archivos (geolocalización de las direcciones IP que los comparten, fecha y tiempo durante el que han sido compartidos). Argentina utiliza el programa Hispalis, desarrollado por la Guardia Civil Española<sup>17</sup>.

Los peligros derivados del fácil acceso a este tipo de materiales en las redes P2P son varios. Por un lado, aquellos usuarios que tengan curiosidad por la pornografía infantil pueden satisfacer esa curiosidad fácilmente, y esa facilidad para localizar los archivos puede hacer que el visionado de pornografía infantil parezca normal y aceptable. Aquellos que no pretendían convertirse en traficantes de pornografía pueden serlo después de toparse con los archivos en la red.

Asimismo, este fácil acceso contribuye a la proliferación de la pornografía infantil en Internet: cada vez que uno de estos archivos es descargado se crea una nueva copia de la imagen que permanece en las carpetas compartidas, incrementando la cantidad de pornografía infantil disponible en la Red; al descargarse y compartirse entre los usuarios, estos archivos se van duplicando continuamente.

---

<sup>15</sup> <https://www.saporedicina.com/es/vpn-vs-proxy-vs-tor/>

<sup>16</sup> <https://www.europapress.es/portaltic/internet/noticia-florencio-herramienta-detectar-pornografia-infantil-redes-p2p-20091124145530.html>

<sup>17</sup> <https://www.lanacion.com.ar/784639-nueva-arma-contra-la-pedofilia-en-internet>

### **II.9) Dispositivos móviles:**

La llegada de los teléfonos móviles multimedia, con cámara incorporada, desencadenó una oleada de toma clandestina de fotos de menores en lugares públicos. Tablets y smartphones han desbancado a las tradicionales computadoras de escritorio y notebooks, como se ve reflejado en los registros domiciliarios practicados a los consumidores de pornografía infantil: ya no resulta necesaria la utilización de una computadora o de una cámara de vídeo para poner en circulación pornografía infantil,<sup>2</sup> ni para consumirla; así, el 32% de todas las búsquedas en Bing relacionadas con la pornografía infantil en 2014 se realizaron con tablets y smartphones. Sin embargo, en esto, los productores de pornografía infantil, no han ido por delante de otros usuarios de la red: aunque el consumo se produce cada vez más a través de este tipo de dispositivos, (y es esperable aún que se dispare durante los próximos años por la proliferación de pantallas cada vez más grandes en los smartphones, el incremento en las ventas de tablets o la adaptación de software p2p para las plataformas móviles), la creación o distribución sigue produciéndose a través de otras tecnologías. En este sentido, se ha investigado la transmisión de pornografía infantil vía MMS (por ejemplo, respecto al fenómeno del sexting), pero los patrones de uso y los perfiles de sus usuarios parecen ser muy diferentes a los del consumidor general de pornografía infantil. Se trata de menores que intercambian, producen y/o difunden imágenes sexuales, (explícitas o sugerentes), de ellos mismos o de otros menores con distintas motivaciones; imágenes que en muchos casos podrían ser calificadas como pornografía infantil según las leyes vigentes.

### **II.10) Pornografía infantil oculta, La Deep Web:**

La defensa de los internautas frente a la vigilancia de la Red, considerada como una amenaza para la libertad y la privacidad de las personas, ha derivado en la creación de enrutadores cebolla como TOR (The Onion Router)<sup>18</sup> que proporcionan una red que garantiza en gran medida el anonimato de sus usuarios. Se trata de dificultar que pueda establecerse una relación con el punto de acceso desde el que se navega,

---

<sup>18</sup> Tor es la sigla de The Onion Router (Enrutador de Cebolla). Es un proyecto cuyo objetivo principal es el desarrollo de una red de comunicaciones distribuida de baja latencia y superpuesta sobre internet, en la que el encaminamiento de los mensajes intercambiados entre los usuarios no revela su identidad, es decir, su dirección IP (anonimato a nivel de red) y que, además, mantiene la integridad y el secreto de la información que viaja por ella. Por este motivo se dice que esta tecnología pertenece a la llamada *darknet* o red oscura también conocida con el nombre de *deep web* o web profunda.  
[https://es.wikipedia.org/wiki/Tor\\_\(red\\_de\\_anonimato\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Tor_(red_de_anonimato))



## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

gracias al empleo de técnicas de criptografía en una estructura multicapa (cebolla) y al uso de distintos equipos para deslocalizar a emisor y receptor. De esta manera, la dirección IP permanecerá oculta, lo cual impide conocer la geolocalización de sus usuarios, así como conocer las páginas que han visitado (al menos no rápidamente). La Deep Web se compone de páginas web dinámicas que no se encuentran indexadas en los motores de búsqueda habituales (Google, Bing); para localizar el material, en muchas ocasiones, el usuario tendrá la necesidad de llevar a cabo una investigación previa en la World Wide Web. Sin embargo, durante los últimos años los buscadores de este tipo de redes han experimentado una notable mejoría. La red TOR cuenta además con su propia Wikipedia, la denominada Hidden Wiki<sup>19</sup>, donde los interesados por la pornografía infantil pueden encontrar enlaces a páginas de dominio .onion donde descargar este tipo de contenidos, con enlaces que en muchas ocasiones actúan como anzuelos, formas de acceso a material totalmente deslocalizado. Sin embargo, ataques como los organizados por el colectivo Anonymous durante 2015, demuestran que ni siquiera este tipo de redes, garantizan por completo el anonimato; especialmente cuando el usuario navega habitualmente con un patrón determinado. Aunque lo cierto es que el nivel de deslocalización de estas redes dificulta enormemente la labor de los cuerpos policiales a la hora de establecer qué pertenece a quién.

### III. MANERAS DE COMETER EL ILÍCITO SIN SER “DESCUBIERTO”

El “*descubrimiento*” de la comisión de este delito, no queda claro, sobre todo al hablar de medios anónimos de navegación.

Hemos visto la evolución que sufrió la Pornografía Infantil a través de la historia y es, por demás notorio, que hoy, los cibernautas, están mutando su manera de comunicación y de obtención del material.

Antes de precisar el por qué de las formas anónimas de navegación, veamos en qué se diferencian la SurfaceWeb, la DeepWeb y la DarkWeb.

En términos generales, la SurfaceWeb, es aquella parte de internet a la cual todos tenemos acceso mediante los buscadores más comunes, como por ejemplo: Google Chrome. Es considerada la “Internet Limpia”, ya que los cibernautas, son fácilmente rastreables por su dirección IP.

---

<sup>19</sup> Al entrar a al buscador Tor y una vez entablada la conexión de Duck Go, los usuarios no tienen más que ingresar “links de la deep web”, accediendo, de esta manera, al catalogo de direcciones de dicha parte de internet.



## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

En segundo lugar, tenemos a la DeepWeb o HiddenWeb, es aquella con contenido online pero con acceso restringido. Aquí podemos encontrar, por ejemplo, la información del HomeBanking o de AFIP, por mencionar alguno.

En último lugar, encontramos la DarkWeb, esta, contiene información, de todo tipo, a la que sólo se puede acceder mediante el uso de aplicaciones específicas. Es parte de la DeepWeb, pero es más profunda, más restringida aún que ella; no obstante lo cual, el acceso no es imposible. Está integrada por sitios con dominio propio, (.onion), a los que sólo se accede mediante el buscador TOR o el uso de un VPN.

Podemos decir que TOR, es un servicio que permite hacer anónimas las actividades que uno realiza; es un software libre que, junto con una red de computadoras voluntarias, oculta la dirección IP, (número que identifica la máquina en la red) y asigna otra de cualquier parte del mundo. Y es que, es innegable que la navegación anónima es útil para evitar el seguimiento de sitios web que buscan conocer nuestros hábitos y preferencias.

Entonces, y sabiendo que “en Argentina el uso de la DarkWeb es sumamente intenso”<sup>20</sup>, ¿cómo pretenden las autoridades estar a la orden del día para atrapar a cada usuario que decida descargar material de Pornografía Infantil?

Sabido es que, tenemos un convenio con la ONG de EEUU llamada: National Center For Missing And Exploited Children, (NCMEC), mediante el cual, (y siendo el 90% de los casos descubiertos por este medio), cuando se detecta el tráfico de Pornografía Infantil las proveedoras de servicios de redes sociales le mandan un aviso a la ONG, la cual corrobora desde donde se está haciendo la descarga. Al comprobarlo, (en nuestro caso), se da aviso al cuerpo de investigación del MFP de CABA. Este, al recibir sus registros diarios, en una primera etapa, hace que sus analistas especializados confirmen la gravedad o no de la situación, (determinada por la crudeza de las imágenes y demás) y, a partir de allí, comienza la investigación para dar con el paradero del usuario que descargó Pornografía Infantil. Este mecanismo, es para el entero territorio nacional.

Todo esto, en pos de la protección de la salud psíquica de los niños, niñas y adolescentes.

---

<sup>20</sup> <https://nmas1.org/news/2017/02/21/deep-web>  
<https://geography.oii.ox.ac.uk/?page=tor>

## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

Ahora bien, en cuanto a formas de navegación anónima, nuestra legislación no estaría pudiendo cubrir dichos baches. Y es que hoy en día, mucha gente opta por navegar de manera anónima, para proteger sus datos, algunos y, para protegerse de las autoridades otros.

Entonces, y habiendo analizado las diversas implicancias que tiene la DarkWeb en el tema de la Tenencia de Pornografía Infantil, el Estado no estaría en posición de asegurar que va a actuar contra el delito en su completitud, ya que un sector grande de la población, se está volcando, día a día, al uso de medios anónimos de navegación, en los cuales, atraparlos, no es imposible, pero sí, bastante complejo.

#### **IV. COLISIÓN ENTRE EL DERECHO A LA PRIVACIDAD Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.**

Es interesante destacar que al momento de sancionarse la Ley 27436, durante el debate parlamentario en la Cámara de Diputados se afirmó: “No se vulnera la intimidad de la persona porque justamente el Art 19 de la CN dice que las acciones privadas de los hombres están exentas del control de los magistrados, siempre y cuando no afecten los derechos de terceros. Y en este obviamente se están afectando los intereses de los terceros y los de toda la sociedad porque, el interés del niño, también es un derecho humano”<sup>21</sup>

Ahora bien, desde ya que resulta éticamente reprochable o, al menos, moralmente cuestionable la excitación sexual mediante la observancia de imágenes o videos de abusos sexuales infantiles, pero no obstante ello, es necesario efectuar una serie de consideraciones acerca de la conveniencia de avanzar mediante el castigo estatal sobre esta esfera de decisiones.

Cualquier delito de tenencia implica la Habilitación De Poder Punitivo Frente A Un Sujeto Cuyo Comportamiento Consiste NADA MÁS En “Tener” La cosa Prohibida, (en una suerte de inacción). Por esta característica, esta clase de delitos se alejan de la lesión a bienes jurídicos individuales, fundando su punición en valoraciones de *Política Criminales* en la que se revela un componente social o colectivo de *Tutela*, en este caso, *A La Infancia* en general. Además, suponen un adelantamiento en el *Iter Criminis* a actos meramente preparatorios.

---

<sup>21</sup> Del discurso del Diputado cordobés Juan Fernando Brügge, Ver: <http://www.diputados.gov.ar/secparl/dtaqui/versiones/> Orden del día Nro. 17, 21/03/2018

## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

Mas allá de los cuestionamientos constitucionales que presentan los delitos de tenencia, será necesario, por un lado: Resolver cuál es en BJ protegido cuando se criminaliza la “Simple Tenencia” y, por el otro lado, si la conducta desplegada no se encontraba ya tipificada en nuestro CP.

En relación a la primera hipótesis, nos encontraríamos con dos derechos constitucionales en colisión: Por un lado, la intimidad del simple consumidor de Pornografía Infantil y, en segundo lugar, el interés superior del niño.

En apoyo al primero de aquellos derechos, podría afirmarse que la prohibición penal en análisis implica *avasallar la libertad de conciencia y expresión de aquel simple consumidor de estas representaciones*.

En este sentido, la Corte Suprema de los EEUU en el precedente **Stanley vs Georgia**<sup>22</sup>, entendió que la simple tenencia de *materiales considerados obscenos*, (en tal caso era pornografía con adultos intervinientes), implicaba una Intrusión por parte del Estado hacia el pensamiento de los ciudadanos, lo cual avasallaba la libertad de expresión.

El mismo argumento, fue utilizado por el Tribunal Superior de la región de Columbia Británica de Canadá en un caso en donde se cuestionó la validez constitucional de la norma que prohibía la simple tenencia de Pornografía Infantil. Fue el caso **Regina vs Sharpe**<sup>23</sup> se decretó la Inconstitucionalidad de la prohibición penal de la tenencia de Pornografía Infantil que surgía del CP Canadiense a la luz de la libertad de expresión y el derecho a la privacidad, garantizados en la Carta de Derechos y Libertades de Canadá<sup>24</sup>.

El Tribunal entendió que aquella norma INVADÍA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA PRIVACIDAD PERSONAL, pues extiende el castigo a todas las personas, incluidas aquellas que NO HACEN UN USO NOCIVO DE LA PORNOGRAFIA INFANTIL tales como coleccionistas o personas que, por simple curiosidad o sin ningún fin dañino, poseen dicho material.

---

<sup>22</sup> <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/557/>  
[https://en.wikipedia.org/wiki/Stanley\\_v.\\_Georgia](https://en.wikipedia.org/wiki/Stanley_v._Georgia)

<sup>23</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/R\\_v\\_Sharpe](https://en.wikipedia.org/wiki/R_v_Sharpe)

<sup>24</sup> [https://es.wikipedia.org/wiki/Carta\\_Canadiense\\_de\\_los\\_Derechos\\_y\\_las\\_Libertades](https://es.wikipedia.org/wiki/Carta_Canadiense_de_los_Derechos_y_las_Libertades)

## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal de la Corona que tiene competencia revisora, pero finalmente FUE REVOCADA por la Corte Suprema Canadiense en 2001. En esa oportunidad, el máximo tribunal en tendió que, si bien se transgredía la libertad de expresión, la prohibición respecto de la tenencia de Pornografía Infantil *ERA LEGÍTIMA*, salvo dos excepciones: Cuando la misma representa un hecho artístico y cuando se refiriera a materiales escritos.

Lo que estos precedentes demuestran, es la aparente confrontación entre dos derechos constitucionalmente reconocidos; personalmente, considero fácilmente superado aquel escollo en el sentido de que, por sobre el principio de reserva que ampararía a una persona en función de sus apetencias sexuales, prevalece el *Interés Superior Del Niño*, por cuanto nuestro bloque constitucional así lo dispone de acuerdo a la especial *Protección A La Infancia* que de allí emana debido a la condición de PERSONA EN DESARROLLO Y CRECIMIENTO.

### V. MOMENTO DE CONSUMACIÓN DEL DELITO

EL Centro Internacional para Menores Desaparecidos y Explotados (ICMEC), al explicar los motivos de la criminalización de la simple tenencia de Pornografía Infantil en su legislación modelo, expresa que “con cada imagen de pornografía infantil que se adquiere, se fomenta el crecimiento de esa industria ilícita y, se contribuye al desarrollo de nuevas tendencias alarmantes, tales como acostumbrarse a la pornografía infantil, la venta de imágenes de violaciones infantiles creadas por encargo del consumidor y la pornografía en tiempo real, mediante la cual los suscriptores pagan para ver en vivo la violación de niños en el instante en que eso ocurre”<sup>25</sup>

La tendencia en la comunidad internacional es incluir como delito autónomo la simple tenencia de material pornográfico con niños de protagonistas. La mayoría de las legislaciones europeas y algunas latinoamericanas han avanzado en este sentido, requiriendo para su configuración ciertos elementos: En primer lugar, que en dicho material pornográfico, actúen Menores; en segundo lugar, que el material se posea Para Uso Personal de quien lo almacene con exclusión de cualquier actividad que suponga diferente tipificación penal y, como último punto, un *Elemento Subjetivo* que suponga el Conocimiento y la Voluntad de poseer dicho material.

---

<sup>25</sup> [https://www.icmec.org/wp-content/uploads/2017/02/Framing-Implementation\\_2017\\_ESf-PR-FINAL.pdf](https://www.icmec.org/wp-content/uploads/2017/02/Framing-Implementation_2017_ESf-PR-FINAL.pdf)

## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

La ley 27436 recepta tales factores al modificar el Art. 128 e incorporar el delito en análisis.

La *Acción Típica*, consiste en la TENENCIA DEL MATERIAL, por lo que se requiere una relación de proximidad o disponibilidad entre el tenedor y el material en cuestión.

Al ser un material en soporte digital, el interrogante que se genera es: ¿Cuándo se consume realmente el ilícito?

El primer escenario posible, es cuando el material ya se encuentra Almacenado En El Disco Duro De La PC o En Algún Otro Soporte Independiente De Conservación De Datos, como ser un Pen Drive, un disco duro externo, un CD, DVD o en la nube. Se trata de supuestos que no representan dificultades en la medida que se encuentran, de alguna u otra forma, en la esfera de disposición de una persona.

Distinto es el caso de aquel material que se almacena en la llamada Memoria De Caché.<sup>26</sup>

En efecto, “caché” es una palabra que viene del francés y significa “oculto, escondido”, pero su uso en la informática refiere al área de guardado dedicado a los datos usados o solicitados con más frecuencia para su *Recuperación A Gran Velocidad*. De allí que se trata de un Tipo De Soporte De Memoria Volátil Y Muy Rápida, pues tiene como objetivo almacenar instrucciones y datos al que el procesador deba acceder fácil y habitualmente.

La cuestión a dilucidar es, entonces, si dicho espacio de almacenamiento puede ser asimilado a la acción típica en este trabajo analizada. Por ejemplo, un internauta observa esta clase de imágenes accediendo a varios sitios webs, pero No Las Descarga Ni Las Graba De Forma Voluntaria: ¿Es tenencia de Pornografía Infantil? ¿Qué es en esta época de imágenes digitales la Tenencia de Pornografía Infantil? ¿Puede uno ser culpable del ilícito cuando SIMPLEMENTE vio la imagen en su PC?

Al tratarse de un archivo temporal, la doctrina entendió que no ingresaría al ámbito de aplicación del tipo, pues la acción de Tenencia demanda cierto grado de disponibilidad o permanencia con el objeto<sup>27</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia de EEUU, tuvo la oportunidad de referirse a la cuestión en el precedente **U.S. vs Tucker**<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> [https://es.wikipedia.org/wiki/Cach%C3%A9\\_\(inform%C3%A1tica\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Cach%C3%A9_(inform%C3%A1tica))

<sup>27</sup> [https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/12/30\\_289\\_a\\_328\\_la\\_regulacion.pdf](https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/12/30_289_a_328_la_regulacion.pdf)

<sup>28</sup> <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/150/1263/2467971/>

## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

Allí, el examen forense de la PC reveló numerosas imágenes de Pornografía Infantil en el **caché** del navegador. Tucker admitió haber mirado miles de imágenes de niños involucrados en actos sexuales, pero indicó que, habitualmente, borraba la memoria de caché tras mirar las imágenes en cuestión. En función de ello, la defensa reposó en dos argumentos: El primero de ellos, que NO POSEIA las imágenes porque NUNCA LAS HABÍA DESCARGADO NI LAS HABIA COPIADO y que borró la memoria de caché; el segundo argumento dado, fue que, incluso si las poseía en la memoria del caché, esto no era doloso ya que la propia PC las almacenaba allí, sin ningún tipo de acto por parte de Tucker.

Al rechazar estos argumentos, el Tribunal se basó, en gran medida, en el hecho de que Tucker tenía el control sobre las imágenes mientras las veía. Así, mientras estas imágenes estaban en su pantalla, podía hacer muchas cosas con ellas: imprimirlas, copiarlas, agrandarlas, colocar en otros directorios, etc., o sea que, en definitiva, las poseía. La Corte no encontró ningún mérito en el argumento de Tucker de que la computadora, y no él, era responsable de colocar las imágenes en los archivos de la memoria de **caché**. El Tribunal llegó a la conclusión de que las imágenes estaban allí, porque él las buscó. Asimismo, Tucker era miembro de un grupo de noticias de internet que, a cambio de una tarifa, le proveía una contraseña que le permitía visitar sitios web de Pornografía Infantil.

En igual sentido, en el precedente **U.S. vs Romm**<sup>29</sup>, el imputado admitió haber violado su libertad condicional al mirar pornografía infantil en su PC durante un viaje a laboral a Las Vegas, pero argumentó que nunca entró en posesión de ella porque *No Descargó* ninguna imagen. Al rechazar este argumento, el *Tribunal sostuvo que la Capacidad Del Acusado De Controlar Las Imágenes En La Pantalla Era Suficiente Para Demostrar La Posesión*.

En **People vs. Teckleburg**<sup>30</sup>, el Tribunal abordó la cuestión de si un acusado puede ser condenado por posesión de pornografía infantil almacenada en los archivos de la memoria de **caché** de una PC sin evidencia de si sabía de dicha existencia. A modo de interrogante: ¿se realiza el verbo típico de *TENER* pornografía infantil en una PC

---

<sup>29</sup> <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1231820.html>

<sup>30</sup> <http://www.metnews.com/articles/2009/teck011209.htm>

## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

cuando se descarga automáticamente, sin que el imputado lo sepa, esas imágenes a la memoria de caché? El Tribunal declaró que la cuestión crucial es si las imágenes fueron BUSCADAS DE MANERA INTENCIONAL O SI APARECIERON EN EL DISCO DURO DE LA PC POR DEFECTO. El hecho de que la Pornografía Infantil se haya almacenado en la misma área que otra pornografía, y que las imágenes de Pornografía Infantil se hayan descargado de un sitio web, respalda el hallazgo de que el IMPUTADO BUSCÓ INTENCIONALMENTE ESAS IMÁGENES.

No obstante estos precedentes, otra gran parte ha fallado a la inversa.

En **U.S. vs. Kuchinski**<sup>31</sup>, el Tribunal sostuvo que un acusado no puede ser culpable de posesión y control de pornografía infantil ubicada en los archivos de la memoria de **caché** de una PC sin evidencia de que ejerció dominio y control sobre las imágenes.

Del mismo modo, **U.S. vs Stulock**<sup>32</sup> se afirmó que una persona no puede ser culpable de posesión simplemente por haber visto una imagen en un sitio web, lo que provoca que se almacene automáticamente en el **caché** del navegador, sin guardar o descargar la imagen.

En **Worden vs Alaska**<sup>33</sup>, el Tribunal determinó que, aunque se encontraron imágenes de Pornografía Infantil en los archivos de **caché** del acusado, no había indicios de que tuviera la intención de almacenar permanentemente las imágenes, sino que su intención era ver las imágenes en la pantalla de su PC por el tiempo que estuvo en el sitio web.

### VI. CONCLUSIÓN Y CONFIRMACIÓN DE LA HIPOTESIS.

Al inicio del Trabajo, me propuse demostrar, con conocimientos técnicos y legales, que la nueva tipificación de nuestro actual Art 128 del CP, en donde se criminaliza la Simple Tenencia De Pornografía Infantil, no iba a tener el fin deseado, esperado, aquel que motivó, en su buena fe, obviamente, a nuestros legisladores para dictar esta medida.

A lo largo de cada apartado, me tomé el tiempo necesario para explicar cosas de internet, que la mayoría de las personas ignoran; yo era una de ellas, quizá nunca fui

---

<sup>31</sup> <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1391767.html>

<sup>32</sup> <https://translate.google.com/translate?hl=es-419&sl=en&u=https://caselaw.findlaw.com/us-8th-circuit/1343290.html&prev=search>

<sup>33</sup> <https://translate.google.com/translate?hl=es-419&sl=en&u=http://www.touchngo.com/ap/ap.htm&prev=search>



## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

realmente consciente del peligro que puede contener la red si se la utiliza tibiamente y sin responsabilidad.

A manera de breve introducción, quisiera comentar el por qué de mi elección de tema. Soy una persona sumamente comprometida con los niños, cualquier tipo de delito contra ellos, lo siento como si fuera personal; ni que hablar si esos delitos son de índole sexual.

Hoy veo a las redes, como el “nuevo mercado” en donde ellos están indefensos y son observados incansablemente; ya atrás está el miedo de los pedófilos en las plazas; el mundo se tecnificó y con ello, los problemas son menos visibles, aunque igualmente trágicos.

Para deslindar mi hipótesis, quiero comenzar diciendo que creo que la verifiqué en todos y cada uno de los puntos tratados.

Este tipo de delito, como he comentado en cada caso jurisprudencial, tiene diferentes maneras de ser abordado. Vemos que mismos casos, para algunos es delito y para otros no. La solución debería empezar a revelarse en acreditar si el imputado tenía conocimientos de los aspectos técnicos de los procesos informáticos, (con esto quiero decir, el común de las personas, ni siquiera, por ejemplo, sabe lo que es la memoria de caché), como también el resto del contexto en donde se produce el comportamiento en análisis, vale decir, la manera en la que accedió a las imágenes y/o videos y su conducta de navegación.

Está en claro en nuestra norma, por ejemplo, que un internauta que descarga a su computadora cada imagen de Pornografía Infantil que contempla en diversas páginas y foros dedicados a dicha temática, quedará abarcado por la prohibición penal. PERO, qué pasará con aquel que visita ocasional o accidentalmente el material y este, quede, por defecto alojado en la memoria de caché de la PC.

Al mismo tiempo, para solventar aún más mi hipótesis y la innecesaridad de penar la simple tenencia, (no porque esté en contra, sino porque es inútil), los internautas, hasta los más básicos, cada día se vuelcan más a la navegación de forma anónima.

Conversando con el **Dr. Raúl Martínez Fazzalari**<sup>34</sup>, especialista en Delitos Informáticos de CABA, pude separar el delito en dos partes: La primer parte, si la tenencia es delito, que sí lo es y, la segunda y mucho más compleja, cuales son los

---

<sup>34</sup> <http://martinezfazzalari.com/index.html>



## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

medios probatorios para evidenciar la existencia del delito en cuestión, (la tenencia de Pornografía Infantil), este apartado, es el más complejo de corroborar si no es denunciado el tenedor. A cuenta de esto, comentamos el tema de las navegaciones anónimas, en donde es difícil, porque los servidores están en otro país, con IP's variables y se depende de empresas que están afuera; así, se envían exhortos, por ejemplo a facebook, ya que, aunque esté en Argentina, sus servidores están en EEUU. Por otro lado, existe nuestro convenio con la NCMEC, las cuales, a su vez, tienen un arreglo con las empresas prestadoras de redes sociales como Facebook o Twitter, (las principales prestadoras norteamericanas). Estas redes sociales, al detectar tráfico de Pornografía Infantil, avisan a la NCMEC, que a su vez tiene un arreglo con el cuerpo de investigación argentino; este cuerpo de investigación, recibe todos los casos de pornografía infantil que ocurren a lo largo y ancho de nuestro territorio. La NCMEC, detecta el tráfico de Pornografía por las conversaciones con PALABRAS CLAVES que usan los pedófilos. Esa información recabada, se vincula a un perfil, que está vinculado a una dirección IP, (serie de números que corresponde al territorio argentino y, con ese número, la NCMEC alerta a las autoridades locales de que ha ocurrido una descarga) Dicha ONG, envía un registro diario de los casos que ocurrieron en Argentina. Dichos casos, ingresan al Cuerpo de Investigaciones y, en una primera etapa, los técnicos analizan cada caso y determinan la gravedad o no de la situación, dicha gravedad esta dada porque haya indicios de que el video o la imagen sea casera o de que, el niño víctima, tenga relación cercana con el usuario; otro criterio, es la crudeza o violencia de las imágenes, (con lo cual se cataloga como "Perfil de pedófilo potencialmente peligroso").

Volviendo al mismo punto tratado unos párrafos más arriba, y a la navegación anónima a la que todos tenemos acceso y, sabiendo que estas bandas de amantes de la Pornografía Infantil cada vez se perfeccionan mejor, es que considero que, si bien servirá para contados casos, el consumo y la tenencia de Pornografía Infantil, no se va a acabar, al contrario, los usuarios se van perfeccionando, buscando maneras seguras de cometer sus ilícitos sin ser descubiertos.

Por todo esto, es que me encuentro en la posición de AFIRMAR que, de nada sirve penar la simple tenencia. No va a dejar de existir; todo lo contrario, se va a ir perfeccionando el medio de comisión y, cuando la norma se actualice, los usuarios ya van a estar adelantados.

## TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL.

---

### **Bibliografía:**

- Bissias, G; Levin, B (2016) Characterization of contact offenders and child exploitation material trafficking on five P2P networks.
- De la Rosa Cortina (2011) Los delitos de pornografía infantil: aspectos penales, procesales y criminológicos.
- Fernández, JG (2013) Mecanismos policiales y judiciales de determinación del autor en los delitos cometidos a través de internet: especial referencia a los delitos de posesión y distribución de pornografía infantil.
- Jenkins (2001) Beyond tolerance: Child pornography on the internet.
- Riquert, Marcelo (2014) Cibercrimitos: Grooming, Stalking, Bullying, Sexting, Ciberodio, Propiedad Intelectual, Problemas De Perseguibilidad, Ciberpornografía Infantil.

**Alumna:** Melina Soledad Moracci.

**Legajo:** 122840/1