



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

En la ciudad de La Plata, sede del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Jueces integrantes de la Sala Segunda, doctora María Florencia Budiño, doctor Fernando Luis María Mancini y doctor Mario Eduardo Kohan, para resolver en la presente **causa 103.255**, caratulada “**D., O. A. S/RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR FISCAL GENERAL**”. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debe observarse el siguiente orden **BUDIÑO - MANCINI - KOHAN**.

ANTECEDENTES

El Juzgado de Garantías interviniente rechazó la oposición de la defensa y elevó la causa a juicio respecto de O. A. D. en orden al delito de facilitación y/o distribución de representación de menores de 18 años de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales en los términos del art. 128 primera parte C.P. (fojas 6/10). Dicha resolución fue apelada por la Defensa.

Por su parte, la Excelentísima Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Azul (causa nro. 38101-2019), hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la defensa, revocó la resolución del Juzgado de Garantías y sobreseyó a D. (fojas 12/13).

Contra la resolución de la Cámara, el Fiscal General doctor Marcelo Sobrino (fojas 18/25) interpuso recurso de casación.

Encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, el Tribunal decidió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

Primera: ¿Es admisible el recurso interpuesto?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN

A la **primera cuestión** planteada, la doctora **Budiño**, dijo:

I. El recurso satisface los requisitos regulados, en lo pertinente, por los artículos 450 párrafo 2º y concordantes del C.P.P, a la vez que el impugnante se encuentra legitimado para recurrir, y enmarcándose la sentencia objeto del recurso dentro de las resoluciones que el Código de rito establece como susceptibles de ser impugnadas por esta vía, deben entonces admitirse los presentes recursos de casación. (421, 423, 448 inc. 1º, 450, 451, 452 inciso 3º, 464 inc. 1º y concordantes del C.P.P.).

Así lo voto.

A la **misma cuestión** planteada, el doctor **Mancini** dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la **misma cuestión** planteada, el doctor **Kohan** dijo:

Adhiero al voto de la Dra. Budiño en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la **segunda cuestión** planteada, la doctora Budiño, dijo:

I. El Fiscal General denunció que la Cámara incurrió en una arbitraria valoración de los elementos de prueba colectados y en una errónea interpretación y aplicación del art. 128 C.P, desconociendo la finalidad y sentido de la norma.

Explicó que la imagen o fotografía en cuestión, muestra a una mujer menor de edad mostrando sus senos, parte de sus glúteos y en forma implícita la zona de la entrepierna o vaginal, constituyendo una representación de sus partes genitales y una fotografía de contenido pornográfico infantil.

En tal contexto, el Fiscal se quejó que se sobreseyó a D. porque la imagen no exhibía los órganos genitales de la niña.

Destacó que el Protocolo facultativo de la C.D.N. relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía

(incorporado por Ley 25.763, en su art. 2 inc. c) define la pornografía infantil como: “...*toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales*”, definición que fue tomada por el art. 128 C.P.

Explicó que en dicho Protocolo quedó de manifiesto la preocupación internacional respecto de la explotación sexual de niños, como la pornografía infantil distribuida por internet y otros medios tecnológicos modernos.

Que ello se debía tener presente para analizar el sentido de penalizar conductas como las aquí investigadas, pues el objetivo primario era reprimir la explotación de niños en la producción de imágenes pornográficas, considerando que el castigo a la persona que consume material pornográfico con menores de edad, se basa en que la demanda incide directamente en el aumento de la oferta.

Agregó que detrás de las imágenes existía una situación concreta de abuso o agresión sexual, lo que se debía tener presente al evaluar si la fotografía revestía características de material pornográfico y si había vulnerado los derechos de la niña involucrada, considerando que, a su criterio, “*a todas luces la respuesta es afirmativa*”.

En el caso, resaltó que la niña había sido claramente vulnerada en sus derechos, no siendo necesario discurrir si se exhibían los genitales conforme un concepto médico, pues, dada la finalidad de la norma, consideraba claro que la fotografía en su conjunto era pornografía, siendo por tanto arbitraria la valoración de la prueba y errónea la interpretación del art. 128 C.P que desconocía los Pactos y Convenios que rigen la materia.

A continuación, analizó aspectos de la C.D.N. y el Protocolo Facultativo sobre venta de niños, prostitución y pornografía, considerando que debía prevalecer la voluntad de la sociedad de impedir que se publiquen imágenes que fomenten el abuso sexual infantil.

Recordó que el art. 34 C.D.N. prevé la protección del niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales, realizando citas que entendió pertinentes.

Desde otra óptica, resaltó que el art. 323 C.P.P. exige certeza, por lo cual no corresponde su aplicación extensiva a los casos que no llenen los requisitos allí establecidos.

Por todo ello, solicitó se case el auto dictado por la Cámara y se ordene la prosecución del trámite.

II. Obra a fojas 44 la notificación realizada a la Defensa de D.

III.A fojas 46 la Fiscal Adjunta ante esta instancia doctora Alejandra Marcela Moretti mantuvo el recurso y se remitió a los argumentos analizados.

IV.1 Adelanto que se hará lugar a lo peticionado por el recurrente.

Al repasar los antecedentes del fallo, la Cámara ponderó que *“en el caso se le atribuye a D. el envío por medio de la red social Facebook mediante mensaje privado (messenger) (sic) de la imagen obrante a fs. 9, en la que se observa una persona dormida, de entre 12 y 13 años de edad (conf. Informe médico de fs. 236), desnuda, en posición de cúbito lateral, con las piernas levemente flexionadas, no pudiéndose observar su pubis, ni en consecuencia, sus genitales, lo que impide categorizarla como una imagen de las previstas en el art. 128 del C.P.”.*

La Alzada, citó el manual de medicina legal de Bonet para explicar que el sexo morfológico *“está constituido por los **caracteres genitales y extragenitales somáticos**: Los primeros integran los órganos externos e internos que intervienen en forma efectiva e insustituible en la realización de la cópula; los segundos, si bien complementarios, cumplen no sólo un papel diferencial en cuanto a la persona, sino también eficiente en el juego precopulario (formas corporales, mamas, vello pubiano, timbre de voz, etc.)”* (el resaltado es original).

A ello sumó, que la real academia española definía *genital* como el “que sirve para la generación”, siendo su segunda acepción de la palabra “órganos sexuales externos”.

En tal contexto, la Alzada consideró que en la fotografía no se observaban los “órganos genitales externos” que serían aquellos insustituibles para la cópula y los únicos contemplados en el tipo penal analizado.

En igual sentido, la Cámara descartó los fundamentos dados por el Juez garante, que había considerado que de manera implícita se representaban los genitales, pues ello conculcaría la máxima taxatividad legal e interpretativa que rige el derecho penal y que *“si bien la impugnante hace referencia a los senos de la joven que si se aprecian en la foto en cuestión, lo cierto es que como ya viéramos, estos no son órganos genitales, sino que constituyen caracteres sexuales secundarios o conforme la definición de Bonnet citada caracteres extra genitales”*.

IV.2 Liminarmente estimo útil hacer algunas consideraciones sobre la terminología relacionada al delito investigado.

En tal sentido, he de comenzar con los postulados establecidos por la Guía de Luxemburgo “Orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y el abuso sexuales” realizada por el Grupo de Trabajo Interinstitucional en Luxemburgo el 28 de enero de 2016, justamente con el objeto de lograr una mejor comunicación, ante lo cual se torna necesario utilizar términos y conceptos que todos estos actores entiendan y consideren respetuosos.

La mentada Guía, en su apartado F4, define que *“El término ‘material de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes’ se emplea cada vez más con el propósito de sustituir los términos que asocian a la pornografía con la niñez, sobre todo para remplazar el término ‘pornografía infantil’. Este cambio en la terminología se basa en el argumento de que la representación sexualizada de una niña, un niño y un adolescente es, de*

hecho, una representación y una forma de abuso sexual hacia éstos y, por lo tanto, no debe ser descrita como 'pornografía'. 'Pornografía' es un término que se usa principalmente para adultos que participan en actos sexuales consensuados que se distribuyen (muchas veces de forma legal) al público para su satisfacción sexual. **La crítica contra este término en relación con las niñas, los niños y los adolescentes proviene del hecho de que la 'pornografía' cada vez está más aceptada socialmente y el uso de este término en este contexto puede (de forma involuntaria o voluntaria) contribuir a disminuir la gravedad, normalizar, o incluso legitimar lo que en realidad es abuso sexual de niñas, niños y adolescentes y un delito grave.** Por otra parte, al igual que los términos anteriormente discutidos 'prostitución infantil' o 'niña, niño o adolescente prostituto/a', el término 'pornografía infantil' corre el riesgo de insinuar que estos actos son llevados a cabo con el consentimiento de la niña, el niño o el adolescente y es material sexual legal. **La denominada 'pornografía infantil' involucra a niñas, niños o adolescentes que no pueden y no darían su consentimiento a los actos sexuales a los que están siendo sometidos 'y que son víctimas de delitos sexuales'. [...]** Por lo tanto, el término 'materiales de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes' se utiliza para describir un subconjunto de 'materiales de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes' en que se encuentran representados actos de abuso sexual o concentración en la región anal o genital de éstos. Ambos términos se refieren a materiales que representan y/o documentan actos en los que una niña, un niño o un adolescente son explotados o abusados sexualmente. [...] resulta importante destacar que al limitar este término a 'imágenes', existe el riesgo de excluir otras formas de materiales que representan abuso y explotación sexual, tales como archivos de audio, relatos escritos, u otras formas posibles de registros. Por lo tanto, muchas organizaciones de protección de niñas, niños y adolescentes, así como las fuerzas del orden que trabajan en estos

asuntos hoy en día prefieren el término “materiales” a “imágenes” (el resaltado me pertenece).

En el punto, la Guía de Luxemburgo, concluye que “Se sigue utilizando los términos ‘utilización de niñas, niños y adolescentes en materiales pornográficos’ y ‘pornografía infantil’ en contextos y asuntos jurídicos, especialmente cuando se hace referencia a leyes nacionales y tratados internacionales que específicamente incluyen este término. Sin embargo, por las razones expuestas en los párrafos anteriores, debería evitarse el uso de éstos en la medida de lo posible cuando se trata de contextos no jurídicos. En tales contextos, el término ‘materiales que representan abuso sexual de niñas, niños y adolescentes’ o, de forma abreviada, ‘materiales de abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes’ resultan más adecuados. Este término puede ser utilizado como una alternativa a ‘pornografía infantil’ para los materiales que muestran actos de abuso sexual y/o se centra en los genitales de la niña, el niño o el adolescente. El término ‘materiales de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes’ puede ser utilizado en un sentido más amplio para abarcar todos los materiales en los que éstos aparezcan sexualizados”.

Es de destacar que el art. 128 C.P. conforme la redacción dada por la Ley 27.436 (B.O. el 23/04/2018), no se refiere en ningún momento a “pornografía infantil”, lo que evidencia que el legislador ha receptado las indicaciones dadas por el instrumento en análisis.

Consecuentemente, comparto los fundamentos que justifican el cambio terminológico, por lo cual en la presente resolución se utilizará el término “material de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes” en lugar del término “pornografía infantil”.

IV.3 En esta causa, se imputó a D. la distribución o facilitación de *“una fotografía de contenido pornográfico infantil, en la cual puede observarse a una menor de edad mostrando sus genitales con fines predominantemente sexuales”.*

Como vimos, la Cámara entendió que el hecho atribuido no encuadraba en ninguna figura legal y lo sobreseyó en los términos del art. 323 inc 3° CPP.

Conforme ello, en consonancia con los planteos del fiscal, la cuestión central a resolver es si, *prima facie* y conforme el estadio procesal de los obrados, la conducta que se le endilga a D. constituiría o no un delito, puntualmente si encuadra dentro del tipo penal previsto por el art. 128 CP, lo que exige analizar el mismo.

El art. 128 CP establece que *“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”*. (La parte resaltada fue introducida por la ley 26.388 promulgada el 4/6/2008 que, en el punto, no fue modificada por la ley 27.436).

Se debe tener presente que la actual redacción del art. 128 C.P., viene a adecuar la normativa interna a los estándares internacionales que

buscan proteger a las niñas, niños y adolescentes en la producción de material de explotación sexual.

En tal sentido la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (C.D.N., aprobada por ley 23.849), establece en su art. 34 *“Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) **La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos**”* (el resaltado me pertenece).

El Segundo Protocolo Facultativo a la C.D.N. *“Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía”* -Asamblea General de Naciones Unidas, del 25/5/2000 (aprobado por Ley 25.763 en el año 2003)-, establece que: *“Artículo 1 Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo. Artículo 2: A los efectos del presente Protocolo: a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; b) Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; c) **Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales**”* (el resaltado me pertenece).

En una primera aproximación, se evidencia que el art. 128 C.P. recoge la terminología utilizada por la normativa internacional, al tipificar

como conducta *“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”*, es decir, sigue literalmente lo establecido por el Protocolo, que en su artículo 2, inciso c) establece: *“...por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”*.

Cabe agregar que, en igual sentido, el “Convenio sobre Cibercriminación” de Budapest (2001), el cual fue aprobado en nuestro país por Ley 27.411 (B.O. 15/12/2017), se sancionó con el objeto de reforzar la protección de menores, incluida su explotación sexual, buscando dar un alcance real de protección al bien jurídico tutelado por el derecho penal ante la utilización de sistemas informáticos en relación con delitos de índole sexual que victimizan menores.

Puntualmente, cabe destacar que el “Convenio de Budapest” en su artículo 9 establece que: *“Infracciones relativas a la pornografía infantil 1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prever como infracción penal, conforme a su derecho interno, las siguientes conductas cuando éstas sean cometidas dolosamente y sin autorización: **la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático; el ofrecimiento o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático; la difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático; el hecho de procurarse o de procurar a otro pornografía infantil a través de un sistema informático; la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos. 2. A los efectos del párrafo 1 arriba descrito, la ‘pornografía infantil’ comprende cualquier material pornográfico que represente de manera visual: un menor adoptando***

un comportamiento sexualmente explícito; una persona que aparece como un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito: unas imágenes realistas que representen un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito. A los efectos del párrafo 2 arriba descrito, el término ‘menor’ designa cualquier persona menor de 18 años. Las Partes podrán exigir un límite de edad inferior, que debe ser como mínimo de 16 años” (el resaltado me pertenece).

Vista la sintonía del tipo penal con la normativa internacional, en especial con la CDN y su protocolo facultativo, resulta necesario, a fin de puntualizar el correcto alcance de los términos, recordar que la citada Guía de Luxemburgo (2016), con relación a las imágenes sexualizadas de niñas, niños y adolescentes (punto F.4.iii), establece que *“Debe prestarse especial atención a cómo se utiliza este término. Las imágenes sexualizadas de niñas, niños y adolescentes, también denominado ‘material erótico infantil’ consisten en imágenes de niñas, niños y adolescentes posando semidesnudos o desnudos con énfasis en su sexualización [...] En las investigaciones penales y resoluciones judiciales sobre la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, se ha demostrado que los sitios web que publican ‘material erótico infantil’ se utilizan a veces como un primer paso, y puede servir como una tapadera, para la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes. La sexualización no siempre es un criterio objetivo, el elemento fundamental para determinar la naturaleza de estas imágenes es la intención de la persona al sexualizar a la niña, el niño o el adolescente en la imagen o el uso de la misma con fines sexuales (por ejemplo, para la excitación o gratificación sexual). La cuestión entonces es lo que sucede cuando estas imágenes son compartidas (con mayor frecuencia en línea) y terminan siendo distribuidas en sitios web pornográficos o sitios web/foros para las personas con interés sexual en niñas, niños o adolescentes. Tal circulación constituye una grave violación del derecho a la intimidad y debe ser tratada como un delito,*

independientemente de si las imágenes se consideran pornográficas o no [...] Conclusión: Para determinar si una imagen es ‘pornográfica’ o representa explotación o abuso sexuales de una niña, un niño o un adolescente, parece necesario diferenciar si dicha imagen es para (por ejemplo, un álbum familiar) o con fines de satisfacción sexual. De hecho, un medio para determinar si la niña, el niño o el adolescente representado es la víctima de un delito podría ser la distinción entre los diferentes usos de la imagen, ateniéndose al uso (ilegal) de la imagen con fines de satisfacción sexual [...] De la misma manera que se ha considerado que el término ‘pornografía infantil’ es inapropiado porque el término pornografía se usa para adultos que participan en actos sexuales consensuados que se distribuyen (en su mayoría de forma legal) al público en general para su satisfacción sexual, debe cuestionarse si el término ‘material erótico infantil’ es apropiado cuando está asociado a niñas, niños y adolescentes. De acuerdo con los principales diccionarios en lengua inglesa, el ‘material erótico’ se refiere a libros, fotografías y otros materiales cuya finalidad consiste en incitar deseo sexual o que producen deseo y placer sexual. El término ‘imágenes sexualizadas de niñas, niños y adolescentes’ representa una forma más adecuada para referirse a este fenómeno”.

Como vemos, el art. 128 CP viene a plasmar el esfuerzo internacional para proteger a las niñas, niños y adolescentes de cualquier tipo de explotación sexual, tarea a la cual se sumó el estado argentino con la firma y ratificación de dichos instrumentos y, relacionado en el caso, con la modificación en el tipo penal analizado, adaptándolo a los estándares convencionales.

Sentado lo expuesto, una atenta lectura del tipo penal previsto en el art. 128 C.P., permite advertir que allí se refiere a “partes genitales” y no a “órganos genitales”, con lo cual, reducir el término “partes genitales” a los órganos hábiles para la cópula (conforme la definición dada por la Cámara siguiendo a tal fin la literatura médica especializada), conduciría a una

interpretación sesgada, atento que si el legislador hubiese querido referirse a los “órganos genitales”, así lo hubiera expresado. Justamente, la utilización del término “partes genitales” permite inferir una definición jurídica que excede la definición médica avocada a la descripción anatómica.

Siendo así, hay que tener presente el bien jurídico tutelado por la norma, que antiguamente era *la “decencia sexual pública. Actualmente, la norma apunta a evitar la explotación de menores en la producción de imágenes pornográficas [...] La redacción actual opta por frases descriptivas: representación sexual explícita, representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales”*. (Código Penal de La Nación. comentado y anotado. D’Alessio. 2da. Edición. Tomo II. Parte Especial. La Ley. Buenos Aires. 2011. p. 283).

En este punto, Marcelo A. Riquert al analizar el bien jurídico tutelado en el artículo 128 C.P. señala: *“...ya no se protege lo que puedan ver mayores de edad, sino que el paradigma es otro: es la prohibición de utilizar menores de 18 años para la realización de las acciones que prescribe la norma, en cuanto implican un ataque a la indemnidad o integridad sexual de los menores, sin diferencia obviamente de sexo, ni interferencias de terceros en su desarrollo. Por eso, tanto GAVIER como REINALDI apuntan que el bien jurídico que se ha querido tutelar es el normal desarrollo psíquico y sexual de quienes no han cumplido la edad de dieciocho años y que, por lo tanto, no han alcanzado suficiente madurez, e impedir que se recurra a ellos para protagonizar esas exhibiciones sin medir los daños que a causa de ello puedan sufrir. Nosotros hemos agregado en su oportunidad, patentizando la complejidad del objeto de protección, a la **dignidad del menor** que es ciertamente un bien jurídico comprendido y al que se atiende cuando se penalizan conductas como las de producción, publicación o distribución de imágenes pornográficas en que se exhiben menores...”* (Código Penal de la Nación. Comentado y

Anotado. Tomo II (artículos 118 a 185) Marcelo A. Riquert (director)- 1° ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Erreius, 2018, pág. 825) (el resaltado es propio).

Detenemos a analizar el bien jurídico tutelado en la norma hoy, conforme las reformas operadas, nos permite advertir con meridiana claridad que la protección de las niñas, niños y adolescentes en la producción de materiales de explotación sexual es un norte que no podemos perder de vista al momento de precisar cuál es el contenido del tipo penal que, como se viene señalando, impone un esfuerzo hermenéutico que –con base en el texto y contexto- permita fijar el ámbito de la prohibición establecida por el legislador en esta materia.

En igual sentido, el propio art. 128 C.P. brinda otra pauta de interpretación para desentrañar el alcance que se debe dar a los términos “*representación sexual explícita*” y “*representación de sus partes genitales*”, al vincularlos con sus “***finés predominantemente sexuales***” (el resaltado es propio) .

De tal modo, por ejemplo, se podría pensar que un manual médico con fotografías de la vagina o el pene de un menor no estarían incluidos en dicho delito, ni tampoco las fotografías familiares que se compartan en dicho ámbito, usualmente sobre niños de muy corta edad o recién nacidos. Por el contrario, una niña, niño o adolescente, mostrando su ano en una pose sexualizada, no cabría dudas que se encuentra comprendida en el tipo penal, más allá de no mostrar sus “órganos sexuales externos”.

No se trata de efectuar una “topografía” corporal de lo prohibido, pues la protección no recae sobre una porción o distrito particular del cuerpo del menor, sino sobre su persona como integralidad, la que abarca en este particular aspecto, el desarrollo de una sexualidad libre de actos que invadan su reserva, intimidad, pudor y la libertad de obrar, así como también de sus sentimientos. Y para ello alcanza, en los términos de la ley, con la registración visual que –con mayor o menor grado de desnudez-

exponga a la lascivia algún aspecto de la genitalidad, lo que excede las reducciones biologicistas que el pronunciamiento recurrido asignó a la ley, todo ello sin lastimar el principio de legalidad.

IV.4 A partir de lo expuesto precedentemente, entiendo que la imagen de la niña que D. distribuyó o facilitó, está comprendida en el tipo penal analizado, pues se observa a la menor acostada en una cama, sin bombacha, lo que permite ver sus glúteos, sus piernas y parte del vientre. Además, tiene levantada la remera y se ven sus senos. La foto parece tomada desde arriba, por un tercero, y ella está aparentemente dormida, lo que suma otro trasvasamiento a su vulnerabilidad, en tanto tal imagen nos da cuenta de un aprovechamiento de la niña en una situación de total indefensión y de su cosificación en la máxima expresión, ello dejando a salvo que resulta indiferente al tipo penal el consentimiento o no de la niña para la adquisición del material en análisis.

Tal representación de su sexualidad entraña una degradación de la menor, para la satisfacción de terceros. En el caso, la niña de la imagen ha sido utilizada como "objeto" con fines predominantemente sexuales, es decir claramente comprendida por la descripción y contenido del art. 128 C.P., lo que descarta cualquier hipotética colisión con los principios de máxima taxatividad legal, de interpretación *in malam partem* o *favor rei*.

Ello, por cuanto el hecho de que la ley utilice conceptos de contenido valorativo, en el caso "toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales", que requieren de la interpretación judicial para fijar su sentido específico en el caso concreto, no entraña en sí mismo una contradicción automática con el artículo 18 de la Constitución Nacional, en cuanto consagra al principio de legalidad. El Código nos brinda otros ejemplos similares, por mencionar, "gravemente ultrajante" (art. 119), "corrupción" (art. 125 C.P.), "inmadurez sexual" (art. 120 C.P.), "arma" (art. 166), entre muchos otros. Por ello, la determinación de los denominados elementos normativos de los tipos penales,

necesariamente deben ir acompañada de esa operación interpretativa para establecer su sentido y significado.

Como vimos, en el caso, la adecuación típica es respetuosa de los postulados del principio de legalidad, que exigen ley estricta y cierta, pues la fórmula utilizada por el legislador permite conocer y concretar con precisión el núcleo y esencia de la conducta típica, es decir, la verdadera identidad del hecho delictivo, vinculándolo adecuadamente con el correspondiente bien jurídico protegido, y, como contracara de esa misma cuestión, que las fórmulas legales no resulten de una vaguedad tal que impida motivarse en forma acorde con sus imperativos.

Por todo ello, teniendo en cuenta la provisoriedad propia del estadio procesal que transita la presente, entiendo que no concurre en el caso la certeza negativa que –en principio- resulta necesaria para la confirmación de la decisión que viene cuestionada en tanto, contrariamente a lo sostenido por la Cámara la conducta objeto de la presente encuadra –prima facie- en las previsiones del art. 128 CP.

Acorde lo expuesto y en los términos que está planteada la cuestión a resolver, corresponde HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por el Fiscal General, REVOCAR el resolutorio de la Excelentísima Cámara y devolver las actuaciones a la instancia de origen para la prosecución del trámite según su estado.

Sin costas en la instancia. Rigen los 18 C.N; 168 y 171 C.P.B.A; 128 C.P y 1, 56, 59, 106, 210, 322, 323, 335/337, 421, 423, 448, 450, 451, 452, 453, 460, 461, 464, 530 y ccdtes. del C.P.P.

Así lo voto.

A la **misma cuestión** planteada, el doctor **Mancini** dijo:
Comparto no solamente la decisión asumida por la señora Jueza que me antecede en el orden de votación, sino también el valioso aporte en el sentido axiológico que fuera expuesto, además, con lineamientos claros y contundentes.

Sin embargo, mínimos reparos, acaso triviales, vinculados precisamente con el principio de legalidad –no en este caso, sino a vista futura-, me llevan a puntualizar fundamentos propios de mi determinación final idéntica a la que fuera propuesta a la que fuera expuesta por la señora Jueza de casación de esta sala.

Creo, efectivamente, que el pronunciamiento impugnado produjo un recorte de la tipicidad que supuso limitada a un escenario inadecuadamente reducido. Y aunque la Cámara de Apelación y Garantías de Azul recurrió a las herramientas de interpretación correctas, en mi opinión, lo hizo con inadvertencias que provocaron, siempre dicho desde mi punto de vista, el desacierto que ahora demanda su revisión.

En efecto, si el acápite en el que viene materialmente exteriorizado el hecho motivo de imputación, contiene lo que el mismísimo Tribunal recurrido explica sobre la representación de la desnudez que dejó expuestas, entre varias partes corporales, las que se corresponden con los órganos glandulosos que llamamos mamas; entonces –decía-, no hay duda alguna que el vocablo “genital”, en este caso al menos, aplica con estrictez a la fuente diccionarista debidamente elegida como de inexcusable empleo por la Cámara.

Acaso la confusión oscurece el campo hermenéutico cuando se piensa que por sobre el alcance significativo lexicográfico, la taxatividad obliga a la restricción extrema si es que se trata de temática científica. Pero ello es así únicamente, cuando el lenguaje científico es el que ha dado origen al vocablo, luego incorporado al hablar corriente. En cambio, si el proceso es a la inversa, como en este caso, cualquier particularización de la jerga científica especializada no le extirpa a la palabra el contenido obligatorio que le otorga su pertenencia formal al idioma, la cual deviene de su estadía en el diccionario.

Es que la especie, no deja de pertenecer al género.

Y entonces, más allá de las clasificaciones que puedan emerger de las disciplinas singulares con sus respectivos dialectos, dividiendo unidades conceptuales, sea por su intensidad, por sus atributos, por su funcionalidad u otros tantos parámetros; más allá de ello –decía-, mientras los vocablos tengan carta de ciudadanía en el habla ordinaria, su traslado al vademécum especial no les quita la significación prístina.

Así lo exige la verdadera interpretación que es un ejercicio imprescindible en el derecho penal.

Por supuesto que en cada caso de análisis hermenéutico habrá que poner la lupa y el mayor cuidado en el respeto de las reglas.

Pero, en este asunto, la cuestión es clara y, según lo entiendo, no ofrece dudas. Mi postura encaja armónicamente, además, en el ámbito normativo expuesto con erudición en la posición precedente.

Con lo dicho dejo mi adhesión al voto que antecede pero estimo necesario un tercer sufragio a fin de respetar con severidad la exigencia de mayoría de decisión con mayoría de fundamentos.

Así lo voto.

A la **misma cuestión** planteada, el doctor **Kohan** dijo:

Adhiero al voto de la Dra. Budiño en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala II del Tribunal

R E S U E L V E

I. DECLARAR FORMALMENTE ADMISIBLE el RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Fiscal General doctor Marcelo Sobrino contra la resolución dictada por la Excelentísima Cámara de Apelación y

Garantías del Departamento Judicial Azul (causa nro. 38101-2019), que revocó la resolución del Juzgado de Garantías y sobreseyó a D.

II. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por el Fiscal General, **REVOCAR** el resolutorio de la Excelentísima Cámara y devolver las actuaciones a la instancia de origen para la prosecución del trámite según su estado.

Sin costas en la instancia. Rigen los 18 C.N; 168 y 171 C.P.B.A; 128 C.P y 1, 56, 59, 106, 210, 322, 323, 335/337, 421, 423, 448, 450, 451, 452, 453, 460, 461, 464, 530 y ccdtes. del C.P.P.

NÚMERO ÚNICO: PP 01-02-002157-18/00.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Crg

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 23/06/2021 20:25:32 - BUDIÑO María Florencia - JUEZ

Funcionario Firmante: 24/06/2021 09:54:30 - MANCINI HEBECA Fernando Luis Maria - JUEZ

Funcionario Firmante: 24/06/2021 10:14:13 - KOHAN Mario Eduardo - JUEZ

Funcionario Firmante: 24/06/2021 10:17:52 - SANTILLÁN ITURRES Gonzalo Rafael - SECRETARIO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL



239401229002712809

TRIBUNAL DE CASACION PENAL SALA II - LA PLATA

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS