

Reg. n° 389/2018

En la ciudad de Buenos Aires, a los 20 días del mes de abril de 2018, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Eugenio C. Sarrabayrouse, Horacio L. Días y Luis F. Niño –en reemplazo del juez Morin–, asistidos por la secretaria actuante Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado en la presente causa n° CCC 47913/2011/TO1/CNC1, caratulada “**C. L., E. A. s/ rechazo de suspensión del juicio a prueba**”, de la que **RESULTA:**

I. El 17 de agosto de 2017, el juez del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 8, actuando en forma unipersonal, resolvió “**...NO HACER LUGAR A LA SUSPENSION DEL JUICIO A PRUEBA** solicitada a favor de E. A. C. L. ...” y ordenó proseguir con el trámite de la causa (cfr. fs. 221/223 vta.).

II. Contra esa decisión la defensa interpuso recurso de casación (fs. 228/235), concedido por el *a quo* a fs. 236 y al cual la Sala de Turno le otorgó el trámite previsto en el art. 465, *bis* CPPN (fs. 241).

III. La defensa fundó sus agravios en ambos incs. del art. 456, CPPN.

En concreto, planteó:

a) Errónea aplicación de la ley procesal. Apartamiento del consentimiento fiscal

Sostuvo que el *a quo* se apartó infundadamente del dictamen de la fiscalía, que había consentido la concesión del instituto pero discrepó con el monto de la reparación ofrecida. Esto implicó la afectación del principio del debido proceso legal, el derecho de defensa en juicio y los lineamientos del modelo acusatorio.

En esta línea sostuvo que el magistrado de grado se excedió en el ejercicio de su función e indicó que “...cuando el titular de la acción penal ha expresado su acuerdo para suspender el proceso a prueba...no es posible que el Tribunal decida continuar de oficio con la tramitación de este proceso”. Para

sostener su posición citó el precedente “**Gómez Vera**” de esta Sala, entre otros.

Asimismo, adujo que el dictamen de la fiscal Goral se fundó correctamente en derecho, en las pruebas incorporadas a la causa y que respetó las condiciones de legalidad previstas en el art. 76 *bis*, CP. Además, al no haber sido declarado nulo, mantenía su validez y dejaba en evidencia la disconformidad por parte del tribunal con su contenido.

b) Errónea aplicación de lo dispuesto por el art. 76 bis, cuarto párrafo, CP. Indebida interpretación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Arbitrariedad

La defensa destacó que C. L. cumple con todas las condiciones previstas en el art. 76 *bis*, CP, pues no registra antecedentes y la eventual pena a imponer puede ser dejada en suspenso.

Además, indicó que el delito atribuido a su asistido, previsto en el art. 128, CP, prevé una sanción en abstracto que parte de los seis meses a los cuatro años de prisión, por lo que no puede ser considerado grave en razón del *quantum* de la pena.

En este contexto, sostuvo que el *a quo* partió de una interpretación incorrecta del art. 76 *bis*, CP, en tanto considerar una eventual condena atenta contra el principio *pro homine*. Además, en razón de las características del hecho que se investiga, la suspensión del juicio implicaría evitar el efecto estigmatizante que acarrea la sanción.

Por último, destacó que los hechos investigados tuvieron lugar hace más de seis años, lo que afectó el derecho del imputado de obtener una sentencia dentro de un plazo razonable.

IV. Sorteada esta Sala II, se celebró la audiencia prevista por el art. 454, en función del art. 465 *bis*, CPPN, a la que asistió el defensor público oficial Santiago Nager, quien desarrolló y amplió los agravios expuestos en su recurso.

Además, en la audiencia el recurrente se agravió respecto del alcance que debe otorgársele a la “*La Convención de los Derechos del Niño*” y al “*Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*” en este tipo de casos.

Al respecto, indicó que las normas citadas no prevén expresamente una obligación del estado de perseguir y sancionar esta clase de delitos del mismo modo que lo indica la “*Convención de Belém do Pará*”. Así, la procedencia del instituto debe analizarse caso por caso, por lo que cuadra seguir los criterios expuestos en los precedentes “**R.**”, “**G. V.**” y “**F.**” de esta Sala.

Asimismo, contestó preguntas del tribunal.

V. Terminada la audiencia, el tribunal hizo uso de la facultad prevista en el art. 455, CPPN, continuó con la deliberación y arribó a un acuerdo en los términos que a continuación se transcriben.

CONSIDERANDO:

El juez Eugenio C. Sarraabayrouse dijo:

1. Para examinar los cuestionamientos de la defensa, conviene resumir, brevemente, los argumentos del juez del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 8 para considerar que el consentimiento de la fiscal general, Diana Goral, no se encontraba debidamente fundado.

En primer lugar, advirtió que de acuerdo con el requerimiento de elevación a juicio, se trataba de “...*hechos de suma gravedad, como lo es la publicación y/o divulgación por Internet...*” de 252 imágenes de menores de dieciocho años de edad en las se representaban actividades sexuales explícitas y de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales.

Agregó que debía tenerse en cuenta “...*el juego armónico de los tratados internacionales signados por nuestro país conforme las mandas del artículo 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna nacional en relación con la Convención de Derechos del Niño en sus artículos 16 apartados I y II, art. 34 de la misma Convención, lo que se complementa con los artículos 2 y 3 apartado I, inc. c) del Protocolo facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la venta de niños y prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía...*”.

Estos elementos no autorizaban a considerar, “...*a esta altura del proceso...*”, que las particularidades del caso permitirían dejar en suspenso la eventual condena.

Finalmente, se refirió a la cantidad de computadoras abandonadas a favor del Estado (cfr. fs. 220/220 vta.).

2. Tal como surge del resumen efectuado en el punto III, el primer agravio de la defensa se dirige a cuestionar el apartamiento del juez del consentimiento prestado por la fiscal general.

En este aspecto, cabe destacar que, de acuerdo con lo surge de fs. 220 (acta de la audiencia celebrada para resolver el caso), la fiscal argumentó de la siguiente manera para consentir el pedido del imputado: “...*presta conformidad, por compartir las manifestaciones de la defensa...*”. Luego, formuló algunas precisiones con respecto a las computadoras que debían ser decomisadas, la cantidad de horas semanales de las tareas comunitarias propuestas, el eventual tratamiento psicológico y el plazo de la suspensión del juicio.

Sin embargo, no formuló ninguna mención con respecto a la índole del delito investigado, su gravedad, y los compromisos internacionales del Estado en esta materia.

Por lo tanto, la cuestión a resolver es si el juez *a quo* no se encontraba ante un *caso* para resolver, en el sentido de los distintos precedentes que han sido citados por el recurrente.

3. En este aspecto, el análisis de los múltiples asuntos resueltos con anterioridad permite apreciar particularidades, vinculadas con las diferentes etapas del proceso y el papel que cumplen en cada una de ellas las partes en general, y el Ministerio Público Fiscal en particular. Así, es posible caracterizar los casos de ejecución de la pena; los supuestos de excarcelación; aquellos donde se investigan hechos vinculados con la violencia de género; la suspensión del juicio a prueba en delitos que prevén la pena de inhabilitación; la aplicación de ciertas agravantes previstas en la ley (reincidencia); la interpretación de la ley; y la inconstitucionalidad de una regla.

a. De este modo, en los precedentes “**S. P.**”¹, “**P.**”² y “**A.**”³, así como en “**L. V.**”⁴ (entre muchos otros), se precisó que el juez

¹ Sentencia del 13.7.15, Sala II, jueces Morin, Bruzzone y Sarabayrouse, registro n° 240/15.

² Sentencia del 17.7.15, Sala II, jueces Morin, Bruzzone y Sarabayrouse, registro n° 258/15.

³ Sentencia del 16.7.15, Sala II, jueces Morin, Bruzzone y Sarabayrouse, registro n° 247/15.

⁴ Sentencia del 27.9.17, Sala II, jueces Sarabayrouse, Morin y Días, registro n° 917/17.

no representa el interés del Estado en la ejecución de la pena; que el Ministerio Público Fiscal es el que tiene a su cargo el ejercicio de las pretensiones estatales sobre aquélla y, cuando presta su asentimiento para que la pena se ejecute de un modo menos riguroso, asume la responsabilidad institucional, legal y administrativa que le compete. En consecuencia, cuando la fiscalía actuante adhiere a la pretensión de la defensa, no hay un “caso” para que el juez se expida, salvo, claro está, que la propuesta no sea derivación razonada del derecho aplicable al caso o de los hechos de la causa.

b. En la misma línea y en materia de excarcelación, el pedido liberatorio con dictamen favorable de la fiscalía también implica la inexistencia de un “caso” que habilite a los tribunales a mantener la prisión preventiva, tal como se expresó en los precedentes **“V.”**⁵, **“S. P.”**⁶, **“T.”**⁷ (entre otros). En estos casos, también se remarcó que la posición sustentada por la fiscalía debe ser razonable, no se advierta un error en la interpretación de la ley o un proceder arbitrario.

c. En cuanto a los precedentes vinculados con la suspensión de juicio a prueba en casos considerados como de violencia de género, cabe citar los casos **“H.”**⁸, **“R.”**⁹, **“P. A.”**¹⁰, **“M.”**¹¹, **“R. O.”**¹², **“C.”**¹³, **“L.”**¹⁴, **“R. S.”**¹⁵, **“V. R.”**¹⁶, **“F.”**¹⁷ y **“M.”**¹⁸. En estos casos, se dio preeminencia a la posición fiscal, ya sea confirmando el rechazo del pedido de suspensión o revocando la sentencia cuando la fiscalía se había pronunciado a favor.

⁵ Sentencia del 15.7.15, Sala I, jueces García, Días y Sarabayrouse, registro 245/15.

⁶ Sentencia del 7.1.16, Sala III, jueces García, Morin y Sarabayrouse, registro n° 4/16.

⁷ Sentencia del 10.2.16, Sala II, jueces Sarabayrouse, Niño y García, registro n° 59/16.

⁸ Sentencia del 16.4.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarabayrouse y Morin, registro n° 16/15.

⁹ Sentencia del 22.4.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarabayrouse y Morin, registro n° 29/15.

¹⁰ Sentencia del 26.5.15, Sala I, jueces García, Días y Sarabayrouse, registro n° 95/15.

¹¹ Sentencia del 3.6.15, registro n° 120/15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarabayrouse y Morin, registro n° 120/15.

¹² Sentencia del 3.6.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarabayrouse y Morin, registro n° 121/15.

¹³ Sentencia del 11.6.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarabayrouse y Morin, registro n° 143/15.

¹⁴ Sentencia del 12.6.15, Sala I, jueces Sarabayrouse, Días y Garrigós de Rébora, registro n° 156/15.

¹⁵ Sentencia del 3.7.15, Sala I, jueces García, Días y Sarabayrouse, registro n° 220/15.

¹⁶ Sentencia del 18.9.15, Sala II, jueces Morin, Sarabayrouse y Garrigós de Rébora, registro n° 474/15.

¹⁷ Sentencia del 28.9.15, Sala II, jueces Morin, Sarabayrouse y Garrigós de Rébora, registro n° 500/15.

¹⁸ Sentencia del 13.10.15, Sala II, jueces Garrigós de Rébora, García y Sarabayrouse, registro n° 544/15.

Sin embargo, dada la complejidad que pueden presentar los casos de violencia contra las mujeres, como se refirió en el precedente **“C.”**¹⁹, además, se dijo que requieren una réplica individual adaptada a sus particularidades, esto es, no puede darse una respuesta única y absoluta para todos los supuestos y debe analizarse cada caso en concreto. Esa tarea corresponde en primer término a los fiscales, quienes tienen múltiples herramientas para enfrentar la cuestión.

Lo dicho se relaciona con las facultades en el proceso penal reconocidas al Ministerio Público Fiscal²⁰ por la Constitución Nacional (art. 120), la jurisprudencia de la Corte Suprema a partir de los casos **“Tarifeño”** (Fallos 325:2019), **“Mostaccio”** (Fallos 327:120), **“Cárdenas Almonacid”** (causa C.1925. XLIII del 17.03.2009) y **“Quiroga”** (Fallos 327:120), y la legislación, cuyo último hito es la sanción de la ley 27.148. A esto se suman las posibilidades con que cuentan los fiscales para definir la política criminal, en particular en lo referido a la violencia de género.

d. De igual modo, con respecto a la suspensión del juicio a prueba en delitos que prevén la pena de inhabilitación, en el precedente **“S.”**²¹ se dio preeminencia (con cita de **“G. V.”**²²) no solo a que no existía una controversia entre las partes acerca de la viabilidad del instituto, sino también a que la interpretación de las reglas aplicables formulada por el fiscal general *era una de las posibles, lucía razonable y no se advertía un error en la interpretación de la ley o un proceder arbitrario*.

e. En cuanto a la reincidencia, en el precedente **“P.”**²³ se dijo que si el fiscal en su alegato no había pedido su declaración, el tribunal de mérito no podía hacerlo de oficio. No se trataba de un supuesto donde las partes acuerdan no aplicar la ley, sino de garantizar el contradictorio con carácter previo a la resolución del tribunal.

¹⁹ Sentencia del 10.11.15, Sala II, jueces Garrigós, Bruzzone y Sarabayrouse, registro n° 636/15.

²⁰ Una posición similar se sostuvo al integrar el Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, pero referido al marco normativo de la Provincia de Tierra del Fuego, en la causa **“Carrizo”** del 26.03.2014, registro n° 4, t. I, folios 29 / 45 del protocolo de sentencias 2014.

²¹ Sentencia del 29.12.15, Sala II, jueces Niño, Sarabayrouse y Morin, registro n° 129/16.

²² Sentencia del 10/04/15, Sala II, jueces Sarabayrouse, Bruzzone y Morin, registro n° 12/15.

²³ Sentencia del 23.5.16, Sala I, jueces Sarabayrouse, Días y García, registro n° 389/16.

f. En idéntico sentido se resolvieron los casos “G. T.”²⁴, “C.”²⁵, “V.”²⁶ (entre otros) con respecto al supuesto de decomisos dispuestos por fuera de un acuerdo de procedimiento abreviado, toda vez que la imposición de esta pena accesoria requería de un pedido fiscal y una discusión previa.

Este mismo criterio, relativo a las penas accesorias, fue extendido a otros supuestos que excedían los términos del art. 431 *bis*, CPPN, como ocurrió en el caso “L.”²⁷.

g. Con respecto a la interpretación de la ley, en el precedente “S.”²⁸ (entre otros) se dijo que la propuesta por las partes, entre las que existía acuerdo, debía ser una de las posibles, *incluso en contra de la posición dogmática sustentada en otros precedentes*, siempre que no se tratara de una cuestión de constitucionalidad. En este contexto, no existía una controversia para que el juez se expidiera.

h. En relación con la declaración de inconstitucionalidad de una regla, en el precedente “S.”²⁹ y, posteriormente, en “C.”³⁰ se dijo que ella requiere como paso previo realizar una interpretación de la Constitución y de la regla cuestionada, actividad que es sustancialmente diferente a la que se efectúa con los textos legales. Además de la gravedad institucional, la declaración de inconstitucionalidad de una regla es un *acto claro de creación del derecho*, ya sea que ella se produzca dentro de un sistema de control judicial concentrado o en uno difuso, y en todos los supuestos requiere una expresa decisión judicial.³¹

De esta manera, en estos supuestos no se trata de una interpretación posible y razonable de un texto legal sin discusión de las partes, sino que es un planteo dirigido a declarar la invalidez de una regla dentro del sistema jurídico, es decir, de privarla de todo efecto en el caso particular. De allí que quienes realizan la interpretación “auténtica” de la

²⁴ Sentencia del 7.5.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarabayrouse y Morin, registro n° 62/15.

²⁵ Sentencia del 2.7.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarabayrouse y Morin, registro n° 218/15.

²⁶ Sentencia del 24.8.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarabayrouse y Morin, registro n° 360/15.

²⁷ Sentencia del 21.4.16, Sala II, jueces Niño, Sarabayrouse y Morin, registro n° 299/16.

²⁸ Sentencia del 13.12.17, Sala II, jueces Morin, Sarabayrouse y Días, registro n° 1305/17.

²⁹ Sentencia del 30.12.16, Sala II, jueces Sarabayrouse, Niño y Días, registro n° 1049/16.

³⁰ Sentencia del 21.2.18, Sala II, jueces Morin, Sarabayrouse y Días, registro n° 100/18.

³¹ Cfr. Riccardo GUASTINI, *Jurisdicción y sistema jurídico*, Ediciones Universidad de Salamanca, ps. 229 – 230.

Constitución, en sentido kelseniano, o sea, la que produce efectos jurídicos, sean los jueces³².

De lo expuesto surge con claridad que, de acuerdo con lo analizado en los precedentes citados, la coincidencia de la fiscalía y la defensa en cuanto a la inconstitucionalidad de una regla no determina que el juez no deba analizar la cuestión y pueda rechazarla, incluso con argumentos que no formaron parte de la discusión, por las implicancias institucionales que tiene una eventual declaración de aquella especie.

4. La cuestión es, entonces, determinar si *en este caso* el juez se apartó legítimamente de lo planteado por las partes, invocando las reglas y tratados internacionales que citó. En este punto, cabe reiterar que la fiscal no brindó ninguna razón por la cual era procedente la suspensión del juicio.

Cabe recordar que el juez *a quo* citó los artículos 34 y 16, apartados 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)³³, que posee jerarquía constitucional en función del art. 75 inc. 22, CN, y su Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía³⁴.

Las reglas citadas de la Convención disponen que los Estados parte adoptarán todas las medidas adecuadas para proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. En igual sentido, el artículo 16 establece que “1. *Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.* 2. *El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.*” Por ello, el artículo 34 prevé que con ese 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*

³² Cfr. Riccardo GUASTINI, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, op. cit., p. 43 y sigs.

³³ Aprobada por ley n° 23.849, sancionada el 27.09.1990, promulgada el 16.10.1990 y publicada en el B.O. 22.10.1990.

³⁴ Aprobado por ley n° 25.763, sancionada el 23.07.2003, promulgada el 22.08.2003 y publicada en el B.O. 25.08.2003.

sexuales ilegales; c) la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.”.

Por su parte, en los artículos 1 y 3 del Protocolo Facultativo citado se consagra la obligación específica de los Estados parte de prohibir y tipificar como delito la pornografía infantil, castigando estos actos con penas “*adecuadas a su gravedad*” (art. 3, apartado 3). Al respecto, a los efectos del Protocolo, 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.*” (art. 2, apartado c).

Aquí cabe mencionar el informe presentado en el 2009 por la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.³⁵ En aquel documento, teniendo en cuenta la gravedad del fenómeno “*...la Relatora Especial consider{ó} que en el plano legislativo se debe tratar la utilización de niños en la pornografía en Internet como una violación grave de los derechos del niño y como un delito....*”³⁶, al igual que destacó “*...las sanciones impuestas han de ser severas...*”³⁷.

Justamente, en el apartado relativo a la “*Criminalización y sanción de los autores*” del informe se da cuenta que “*...{l}as sanciones varían considerablemente de un Estado a otro; van desde largas penas de prisión a multas, en función de la edad del niño y de la forma de pornografía infantil. En los Estados Unidos de América, la distribución de pornografía infantil en Internet se sanciona con una multa y una pena de prisión de 5 a 20 años. En el Perú, la ley prevé penas más severas si la víctima es menor de 14 años; otra circunstancia agravante es la pertenencia del agresor a una red de pornografía infantil. En Italia, además de las sanciones penales, la justicia puede embargar los bienes del culpable y los beneficios generados por la pornografía infantil. Algunas legislaciones dejan al juez la discreción de condenar a los autores de pornografía infantil a una pena de prisión y/o a una multa (Indonesia, Japón).*”³⁸

³⁵ Presentado en virtud de lo dispuesto en las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 7/13 y 25/6, cfr. A/HRC/31/58.

³⁶ Cfr. Informe presentado por la Sra. Najat Maalla M'jid, Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, A/HRC/12/23, p. 2.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

En este punto, también se debe recordar el Convenio sobre Ciberdelito del Consejo de Europa, también conocido como el “Convenio de Budapest” por haber sido firmado en esa ciudad en el 2001, aprobado por nuestro país el 22 de noviembre de 2017³⁹.

El artículo 9, apartado 1, del Convenio aborda las distintas infracciones relativas a la pornografía infantil y requiere a los Estados parte que tipifiquen como delito la comisión deliberada e ilegítima de los siguientes actos: “a) *La producción de pornografía infantil con vistas a su difusión por medio de un sistema informático; b) la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil por medio de un sistema informático; c) la difusión o transmisión de pornografía infantil por medio de un sistema informático, d) la adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informático para uno mismo o para otra persona; e) la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos.*” En el Convenio, por pornografía infantil se entiende “...*todo material pornográfico que contenga la representación visual de: a) Un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; b) una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; c) imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita.*” (art. 9, apartado 2).

No obstante, los artículos precedentes deben ser leídos en función de las reservas efectuadas por la Argentina. En efecto, conforme surge del art. 2, ley 27.411 nuestro país hizo reserva de los arts. 9.1.d., 9.2.b. y 9.2.c. del Convenio por entender que son supuestos que resultan incompatibles con el Código Penal vigente⁴⁰. De igual modo, se hizo reserva parcial del artículo 9.1.e. del Convenio al advertir que sólo es aplicable de acuerdo con la legislación penal vigente hasta la fecha, cuando la posesión allí referida fuera cometida con inequívocos fines de distribución o comercialización (art. 128, segundo párrafo, CP).

Asimismo, resulta importante transcribir el artículo 13 del Convenio que establece: “1. *Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para que los delitos previstos de conformidad con los artículos 2 a 11 puedan dar lugar a la aplicación de sanciones efectivas,*

³⁹ Aprobado por ley n° 27.411, sancionada el 22.11.2017 y publicada en el B.O. 15.12.2017.

⁴⁰ Cfr. a la reforma introducida por la ley 26.388.

proporcionadas y disuasorias, incluidas penas privativas de libertad. 2. Cada Parte garantizará la imposición de sanciones o de medidas penales o no penales efectivas, proporcionadas y disuasorias...”.

5. El contexto internacional y el consenso alcanzado en relación con la necesidad de sancionar y perseguir esta clase de delitos, dieron origen a la sanción de la ley 26.388, cuyo art. 2º sustituyó el art. 128, CP por el que se encuentra actualmente vigente que –en su inciso primero– reprime con prisión de seis meses a cuatro años a la persona que “...*producere, finanziare, ofreciere, commerciare, pubblicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho 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.*”⁴¹

Al respecto, en los fundamentos del proyecto de ley que –con modificaciones– finalmente se sancionó, los legisladores sostuvieron “...*consideramos necesaria una modificación al artículo 128 que, como puede verse, comprende la definición de pornografía infantil tal como se adopta básicamente en el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, complementario de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, aprobado por ley interna N° 25.763. La explotación sexual de niños, niñas y adolescentes es una práctica nefasta que ha va adoptando nuevas y variadas modalidades, dentro de las que se incluyen la pornografía infantil por internet.*”⁴² Asimismo, en aquella oportunidad se explicaba que la propuesta con relación al tipo penal previsto en el art. 128, CP tenía por objeto “...*no dejar impunes a ninguno de los sujetos partícipes del iter criminis de este delito, en los cuales muchas veces estas etapas se encuentran divididas y quienes las ejecutan pueden residir en distintos estados, lo cual facilita su impunidad. La armonización legislativa respetando los convenios internacionales que aquí se intenta tiende a punir este tipo de conductas que no reconocen fronteras ni*

⁴¹ En nuestro país ya existían otros antecedentes normativos que mostraban el interés por reprimir esta clase de conductas, por ejemplo, el Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley n° 1472) en el art. 62: “*Quien suministra o permite a una persona menor de dieciocho (18) años el acceso a material pornográfico es sancionado/a con uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública, doscientos (\$ 200) a un mil (\$ 1.000) pesos de multa o un (1) a cinco (5) días de arresto. La sanción se eleva al doble en caso que tal conducta se dirija a una persona menor de dieciséis (16) años. Admite culpa.*”

⁴² Proyecto de ley iniciado en la Cámara de Diputados, expediente 5864-D-2006, disponible en: <http://www.diputados.gov.ar>.

nacionalidades.”⁴³ Por último, el proyecto que posteriormente se convertiría en ley destacaba “...*el amplio consenso que ha encontrado la presente iniciativa, en la convicción de que resulta necesario tutelar penalmente aquellos bienes jurídicos que ya se encuentran socialmente jerarquizados y teniendo en cuenta que las nuevas tecnologías han generado nuevos horizontes en la comisión de delitos que ante la existencia de lagunas normativas se favorece la impunidad...*”⁴⁴.

En definitiva, el art. 128, inc. 1°, CP vigente sanciona una sucesión de conductas que en menor o mayor medida se vinculan con la explotación y el abuso sexual de los niños, niñas y adolescentes. Por ende, la gravedad de las acciones típicas descriptas en la regla no puede ser analizada de manera aislada, toda vez que forman parte de una secuencia que —en definitiva— produce *una violación grave de los derechos del niño que atenta contra su dignidad y su integridad física y psíquica.*⁴⁵

6. Ahora bien, el análisis efectuado muestra que el juez de mérito tomó en consideración para resolver el caso *reglas de jerarquía constitucional*, cuya interpretación no merece reparos en cuanto al sentido que les asignó, lo cual asemeja el presente caso a lo resuelto en los precedentes “S.” y “C.” (ya citados).

Se advierte entonces que el *a quo* interpretó la Constitución, más precisamente la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo; y en el punto resulta relevante que la representante del Ministerio Público Fiscal, Diana Goral, haya brindado su consentimiento a la suspensión del juicio a prueba sin siquiera hacer mención a los compromisos internacionales asumidos por el Estado en la materia, cuestión que habría permitido analizar la corrección o incorrección de su interpretación y propuesta de solución del caso. Por ello, el juez *a quo* actuó adecuadamente al analizar no solo las reglas del derecho interno, sino también las internacionales aplicables al caso en estudio.

Por lo demás, la defensa se desentiende de la interpretación efectuada por el juez de la instancia anterior. En este sentido, la

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ En este sentido, se observa el Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, A/HRC/12/23, p. 22 y ss.

sentencia recurrida no señaló que el caso *debía ser castigado*, sino que correspondía ser esclarecido en un juicio y eventualmente podía corresponder una pena de efectivo cumplimiento. Frente a las reglas internacionales invocadas en el caso particular, la defensa no logra rebatir los argumentos de la resolución impugnada, ni demuestra la errónea interpretación de la ley aplicable ni la arbitrariedad que alega. Dada la particular vulnerabilidad de las víctimas en supuestos como los aquí analizados, no se advierte que la analogía propuesta por la defensa con respecto a los precedentes “**R.**” (ya citado) y “**F.**”⁴⁶ sea aquí aplicable; en concreto, no se aprecian cuáles serían los motivos que obligarían a equiparar las situaciones planteadas en esos asuntos, en tanto la actividad de la fiscalía en aquéllos fue diametralmente opuesta a la analizada en el presente.

7. Por último, ante la afirmación de la defensa en el sentido de que el imputado tiene *un derecho* a la suspensión del juicio a prueba, conviene, una vez más, recordar lo dicho en el precedente “**G. V.**”. Allí se dijo que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la *facultad* de solicitar la suspensión del juicio a prueba, pero que de ello no puede desprenderse la consagración de un derecho subjetivo.

8. En virtud de todo lo expuesto, se propone al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto, sin costas, en tanto la defensa tuvo razones plausibles para litigar (Convención de los Derechos del Niño y su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; arts. 75, inc. 22, CN; 456, 470 y 471 *a contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

El juez Horacio Días dijo:

Adhiero al voto que antecede, por compartir los argumentos desarrollados en el punto 4to. en adelante.

El juez Luis Fernando Niño dijo:

Aunque sellada la suerte del acuerdo, he de dejar sentadas las razones de mi disidencia frente a la decisión de los distinguidos colegas.

⁴⁶ Sentencia del 12.10.16, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro n° 804/16.

En primer lugar, no comparto las razones alegadas por el *a quo* y admitidas por la mayoría para concluir que no se encuentran reunidas las exigencias de motivación que el art. 69, CPPN impone al acusador público. Como puede leerse en el acta que refleja lo sucedido en la audiencia que ordena el art. 293, CPPN (fs. 219/220), la representante del Ministerio Público Fiscal comenzó su intervención prestando conformidad para la concesión del instituto mencionando que compartía las manifestaciones de la defensa las que, corresponde añadir, ocupan más de una carilla del acta correspondiente, y parten de advertir que, en función “(d)el delito por el que vino requerida la presente causa y la carencia de antecedentes de su asistido, la pena podría ser dejada en suspenso”.

Pero, a continuación, la Sra. Fiscal General ingresó de lleno en las condiciones específicas que –a su criterio- debían reunirse para la promoción del instituto en el caso concreto, a saber: a) entrega de la suma dineraria ofrecida por el encausado a una entidad de bien público; b) decomiso y entrega en favor del Estado de aquella computadora que contenía el registro que involucra al imputado en el proceso; c) tareas comunitarias por el tiempo comprometido por la contraparte y en una de las entidades de bien público propuestas; d) examen médico por el Cuerpo Médico Forense y –en su caso- tratamiento psicológico del incuso; e) prolongación del plazo de suspensión al doble del mínimo legal y del control por parte de la oficina respectiva.

Cierto es que en el dictamen fiscal no se formulan observaciones relativas a la entidad del hecho *prima facie* reprochado. Mas en el texto del artículo 76 *bis* del Código Penal no se exige que dicha parte se expida sobre el tópico, sino sólo que preste su conformidad con la adopción del mecanismo alternativo, como titular del ejercicio de la acción penal pública. Por lo demás, tampoco la sola cita de artículos de dos instrumentos internacionales –por parte del *a quo*- lucen suficientes *per se* para obstruir el trámite de suspensión del proceso a prueba; en especial cuando uno de tales instrumentos, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado por ley 25.763, debió –en su caso- ser considerado a la luz del texto de la Convención sobre la Ciberdelincuencia, incorporada por ley 27.411, y de las reservas

efectuadas por la República Argentina al depositar el documento de adhesión a dicho Convenio, en las que se alude a las reformas introducidas en el Código Penal por la ley 26.388.

Paralelamente, considero forzado afirmar que la referencia al número de imágenes que habrían sido subidas a la red por el acusado o su explícito contenido sexual pudieron pasar desapercibidos por la representante de la vindicta pública al decantarse por la vía introducida al ordenamiento penal sustantivo por la ley 24.316, cuando, como ya se expuso, se ocupó de discernir cuál era el material que debía resultar decomisado y por qué razón, además de puntualizar las restantes pautas a aplicar en el caso planteado. Una vez más, ni la falta de referencia expresa a las disposiciones convencionales apuntadas someramente por el juez convierte en infundado el dictamen de la fiscalía, ni la alusión imprecisa y falta de contraste con otros preceptos normativos aplicables en la resolución judicial es suficiente para dejarlo de lado.

De tal suerte y partiendo de la existencia de un dictamen fiscal válido, en clara línea de coherencia argumental con la postura asumida en los precedentes “**S.**”⁴⁷ y “**R. L.**”⁴⁸, el cuarto párrafo del art. 76 bis del digesto material debe ser interpretado, en función del siguiente razonamiento: si “*el único caso en que el dictamen del fiscal obliga al tribunal es cuando éste solicita la absolución en el debate, pero esto sucede porque no hay acusación, es decir, por falta de un elemento necesario para que haya juicio, (e)ste texto [el del art. 76 bis, CP] sólo puede entenderse en forma compatible con la Constitución, interpretando que el dictamen del fiscal es vinculante cuando solicita la suspensión del juicio, pero no a la inversa*”⁴⁹.

Concluyo advirtiendo que la decisión impugnada no se compadece con la clara doctrina del fallo “**Acosta**”⁵⁰ –del más alto Tribunal de la República–, que evoca los elevados fines del instituto de la suspensión del proceso a prueba entre los que destacan: evitar las consecuencias negativas que la intervención penal produce sobre el imputado, prescindir del cumplimiento de penas cortas privativas de

⁴⁷ Causa n° CCC 31956/2014/TO1/CNC1, rta.: 2/6/15; reg. n° 124/2015.

⁴⁸ Causa n° 1235/2013/TO1/CNC2, rta. 9/6/15; reg. n° 149/2015.

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro: "Derecho Penal. Parte general"; Ed. Ediar; Buenos Aires; 2000, pag. 929.

⁵⁰ Causa n° 28/05 C.; “Acosta, A. E. s/ infracción art. 14, 1er. párrafo ley 23.737.”; rta. 23/4/2008).

libertad, favorecer la internalización de pautas positivas de conducta a través de la imposición de reglas de comportamiento y proporcionar una oportunidad de reparación a la víctima. Por tanto, a mi criterio la resolución recurrida debió ser casada, concediéndose la suspensión del proceso a prueba por el término impetrado por la Sra. Fiscal General y bajo las estrictas condiciones por ella reclamadas, sin costas a la recurrente. en aplicación de lo dispuesto en los artículos 76 *bis* del Código Penal y 456, incisos 1° y 2, 470 y 530 del Código Procesal Penal de la Nación.

En virtud del acuerdo que antecede, **la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, RESUELVE:**

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa de C. L. a fs. 228/235 y **CONFIRMAR** la resolución impugnada en todo cuanto fue materia de agravio; sin costas, en tanto la defensa tuvo razones plausibles para litigar (Convención de los Derechos del Niño y su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; arts. 75, inc. 22, CN; 456, 470 y 471 *a contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13, CSJN; Lex 100) y remítase al tribunal de radicación de la causa, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Se deja constancia que el juez Horacio L. Días estuvo presente en la deliberación y emitió su voto, más no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (cfr. art. 399, segundo párrafo, CPPN).

EUGENIO C. SARRABAYROUSE

LUIS F. NIÑO

—EN DISIDENCIA—

Ante mí:

PAULA GORSO
SECRETARIA DE CÁMARA