

En la ciudad de Pergamino, reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelación y de Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Homónimo, integrada al efecto por los Dres. Martín Miguel MORALES y Fernando Ariel AYESTARÁN, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver la procedencia del recurso de apelación en el "Incidente de Nulidad formado en la I.P.P. N° 12-00-005332-23/00 caratulada: "N.N. s/Producción, comercialización, etc. de representación de menores de 18 años dedicados a actividades sexuales " (N° 8225-2024 numeración de esta Alzada), de trámite ante el Juzgado de Garantías del Joven y la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio del Joven N° 1 departamentales, habiendo resultado del sorteo correspondiente que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Dres. Fernando A. AYESTARÁN - Martín M. MORALES.-

### **ANTECEDENTES:**

Arriba nuevamente la presente causa a esta instancia, proveniente de la Sala I del Tribunal de Casación Penal Bonaerense, órgano que resolviera en fecha 15/10/2024 revocar por mayoría de votos y dejar sin efecto el interlocutorio de este Cuerpo de fecha 21/03/2024, declarando la validez del secuestro del teléfono celular marca Motorola, modelo Moto G) Plus, propiedad del joven N.N.; disponiendo en el acápite III del resolutorio: "(...) que sigan los autos según su estado, por lo que los Jueces de cámara deberán dar respuesta a los restantes motivos de agravio expuestos en el recurso de apelación interpuesto por el defensor oficial, Dr. Luis Vidal "(sic).

En virtud de lo expuesto, he de memorar que en el recurso de apelación oportunamente interpuesto y fundado por el Sr. Defensor Oficial del Fuero Penal Juvenil Departamental, Dr. Luis Urbano Vidal contra la resolución del Sr. Juez de Garantías Juvenil subrogante de fecha 20/02/2024, se agravia en punto a la falta de acogimiento de la oposición a la requisitoria fiscal de elevación a juicio formulada por su parte, en relación al joven imputado N.N..

La Defensa sostiene la arbitrariedad de lo decidido, por considerar que no lucen abastecidos los presupuestos mínimos para la acreditación de la materialidad ilícita y autoría de los delitos contemplados en el art. 128 primer y

último párrafo del C. Penal atribuidos a su pupilo, en tanto la conducta enrostrada no encuadra en ninguna figura penal.

Afirma la ausencia de abordaje de la cuestión sometida a tratamiento bajo la perspectiva minoril, y el contexto de los hechos supuestamente acaecidos, contrariando así, el interés superior del niño.

Sostiene y ratifica que la finalidad del legislador en punto al delito en cuestión, no fue castigar a un niño que visualizó material pornográfico, pues dicha conducta, censurable o no, no es alcanzada por el tipo penal.

En esas condiciones, y a partir de una interpretación sistemática del art. 128 del CP y teniendo en consideración el interés superior del niño, considera la Defensa que no se encuentra acreditado el aprovechamiento por parte de su defendido sobre la otra parte.

Se agravia en punto a que el Juez garante da por acreditado que su asistido ha ejecutado dichas conductas, sin perjuicio que, lo que respecta a los videos hallados en su dispositivo, no se ha podido determinar en el transcurso de la investigación que el joven N.N. haya visualizado y reproducido todos los videos encontrados en el dispositivo peritado.

Es probable que ello se haya dado bajo la situación de error de tipo, ya que no ha tenido en ningún momento la intención de visualizar la cantidad asombrosa de videos que se le pretende imputar, ni de almacenarlos, ni mucho menos de transmitirlos; puede ser que como es común hoy en día en la cantidad de comunicaciones y con la velocidad que las mismas tienen, por diferentes aplicaciones y medios, se pueda producir errores que excluye completamente el injusto doloso que presupone el tipo penal enrostrado, y que se DESCARGAN POR DEFECTO las imágenes, videos, enlaces, archivos.

Afirma la defensa que no existe ninguna circunstancia, a través de lo actuado que permita establecer que con el accionar del joven se configure el tipo penal que se le imputa, no lográndose establecer tampoco ningún elemento que conduzca a interpretar que N.N. tenía fines inequívocos de distribución de este producto lesivo.-

Por todo lo expuesto, concluye solicita se haga lugar al recurso interpuesto revocando la resolución recurrida, se haga lugar a la oposición a la requisitoria fiscal de elevación a juicio y se decrete la extinción de la acción penal ordenado el archivo de las actuaciones.-

En ejercicio del contradictorio, el Sr. Agente Fiscal titular de la UFI y J N°1 Departamental, Dr. Horacio Oldani, se opuso a la pretensión de la defensa, solicitando la confirmación de la resolución dictada por el magistrado de garantías.

Estudiados los autos, se resolvió plantear las siguientes:

### **CUESTIONES**

I.- ¿Es admisible el remedio impugnativo impetrado?

II.- ¿Se verifican los motivos de nulidad denunciados?

III.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la **PRIMERA CUESTIÓN** planteada, el Sr. Juez, **Dr. Fernando A. AYESTARÁN**, dijo:

El remedio impugnativo del Sr. Defensor Oficial del Fuero Juvenil ha sido deducido en tiempo, se interpuso contra una resolución que podría conllevar un gravamen irreparable y finalmente se ha cumplimentado las formas prescriptas para su articulación.-

En función a ello considero que debe declararse admisible (arts.337, 421, 439, 441, 442 y ccs. del C.P.P.).-

Voto en consecuencia por la afirmativa.-

A la misma cuestión planteada, el Sr. Juez, **Dr. Martín M. MORALES**, por idénticos fundamentos vota en igual sentido.-

A la **SEGUNDA CUESTION** planteada, el Sr. Juez, **Dr. Fernando A. AYESTARÁN**, dijo:

En tarea y previendo el alcance del decisorio del juez *a quo*, el análisis que corresponde formular en orden al recurso articulado por la defensa, es determinar si conforme las constancias probatorias colectadas puede deducirse

prima facie acreditada la materialidad ilícita y la probable autoría penalmente responsable del joven imputado, con el grado de certeza exigido en esta etapa en la configuración de los hechos atribuidos y calificados como delitos de distribución de material de abuso sexual infantil con fines inequívocos de consumo y distribución en concurso real con distribución de material de abuso sexual infantil con fines inequívocos de consumo y distribución, reiterado, agravado por tratarse de menores de 13 años de edad, en carácter de autor, a tenor de los arts. 128 , primer y último párrafo, 45 y 55 del C. Penal.

Adelanto que ello no acontece en autos, por lo que he de proponer al acuerdo revocar la resolución en crisis, dictando el sobreseimiento del joven N.N., conforme a las consideraciones que paso a exponer.

Tal y como luce en la causa digital, la pesquisa se inicia a partir del hallazgo en el aparato de telefonía celular del menor "**una gran cantidad de videos descargados cuyo contenido deberá ser materia de investigación por la Unidad Fiscal que corresponda según la temática**" (sic), tal y como reza el acta suscripta por el Secretario de la UFI y J N°1 Departamental Dr. Fernando Pertierra en el marco de diligencias probatorias de la IPP 4655-23, por delegación del magistrado garante a tenor del art. 228 del CPP, dando cuenta de que: "(...) *En cada caso se abrió a través de la herramienta que permite analizar la línea de tiempo, todas las comunicaciones realizadas (telefónica, mensaje de texto, whatsapp, etc) tanto del día del hecho como los días previos y posteriores. también se analizó el contenido de la agenda, contactos y los archivos de fotos y videos descargados en todos los aparatos. En relación a la presente investigación no surge la existencia de ninguna comunicación, dato y/o información de relevancia, o que guarde relación con el hecho. No siendo de interés el contenido de los dispositivos. En el caso del teléfono celular Marca Motorola Moto G9Plus, se constató una gran cantidad de videos descargados cuyo contenido deberá ser materia de investigación por la Unidad Fiscal que corresponda según la temática. Con lo que se dio finalizado el acto, previa lectura que se le da a presente en alta voz por Secretaría, se ratifica y firma.*" (sic) lo resaltado me pertenece.

A partir de dicha circunstancia (la existencia de videos de contenido sexual en el teléfono de propiedad del Joven N.N.) el mismo día 14/07/2023 se dio curso

a la formación de la presente IPP N°12-00-005332-23/00 de trámite por ante la Fiscalía del fuero penal juvenil, produciéndose una serie de diligencias, a saber: Informe (<https://mv.mpba.gov.ar/web/IndiceDigitalTexto/E12000002424460>) E12000002428208 10/08/2023 11:37:06 a. m. - Informe - Informe (<https://mv.mpba.gov.ar/web/IndiceDigitalTexto/E12000002428208>); acta judicial E12000002454132 14/09/2023 12:10:42 p. m. - Acta (<https://mv.mpba.gov.ar/web/IndiceDigitalTexto/E12000002454132>) que la instrucción procede a verificar el contenido del celular Motorola secuestrado en autos, en el programa de lectura Cellebrite Reader, destacándose la existencia de una gran cantidad de vídeos pornográficos; acta judicial obrante en pieza digital E12000002466543 29/09/2023 12:52:26 p. m. - Acta - Acta (<https://mv.mpba.gov.ar/web/IndiceDigitalTexto/E12000002466543>) surge que se ingresa a las diferentes carpetas de mensajería de las redes sociales, detectándose el intercambio de material de contenido sexual entre N.N., y otros usuarios.

Sentado lo expuesto, entiendo que asiste razón a la Defensa en punto a que concluida la investigación, los elementos colectados antes citados, no logran abastecer los recaudos mínimos de los elementos de los tipos penales que se atribuyen al menor en los términos del art. 128 primer y último párrafo del CP, particularmente en torno a la distribución del material.

El artículo en su primer párrafo sanciona entre otras conductas la distribución por cualquier medio de toda representación de un menor de dieciocho años (18) dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales (conducta que se le endilga a N.N. en el caso de marras).

La doctrina caracteriza la acción típica -distribuir- por su distribución en un número determinado de consumidores de ese producto, donde el autor tiene cierto dominio sobre el número de destinatarios de las imágenes pornográficas, no siendo necesario que para su tipificación que los destinatarios hayan a su vez accedido a dicho material. (Gustavo Aboso "Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital" Editorial Hamumurabi, Primera Edición )

El mismo autor, al analizar el bien jurídico tutelado por la norma refiere: *"Toda la cadena de conductas disvaliosas que integra la distribución de pornografía infantil encierra un propósito de lucro en la explotación y el abuso sexuales de los menores de edad "(...) El denominado delito de distribución de pornografía infantil se inserta en el campo de los delitos de organización (..) " (..) este dispositivo penal tiene una ultrafinalidad que se conecta de manera directa con una tutela más extensa de la minoridad en su conjunto, como un concepto holístico, ya que mediante la punición de conductas relacionadas directa o indirectamente con la pornografía infantil se establece un plan de acción en la lucha contra las actividades pedófilas en resguardo de potenciales agresiones contra menores de edad." (sic) (Obra citada, páginas 59/67)*

No advierto que el Ministerio Público Fiscal haya logrado probar -con el grado de certeza requerido en esta instancia- la comisión de esa acción típica por parte del joven imputado.

En este sentido, lo único acreditado en autos, conforme al resultado de las pericias efectuadas sobre el teléfono citado es el hallazgo de gran cantidad de material pornográfico (representaciones sexuales) descargadas en el teléfono del joven -conducta no punible-, en formato de packs, entre las cuales se detectaron algunas imágenes que responderían a niñas menores de edad - ingreso dentro del marco de la punición prohibida-, tal y como lo certifica el Actuario en fecha 14/09/2024.

Al respecto, y por fuera de la encendida descripción de los operadores encargados de la pesquisa, no se detalla ni se especifica ni la cantidad, ni el origen, ni se ha acreditado que se encuentren identificadas o tituladas como específicamente de pornografía infantil, sino que dichas imágenes (las alcanzadas por la punición penal, luego veremos con qué alcance) formarían parte de la gran cantidad de información de contenido sexual descargada por el joven, presumiblemente para su consumo.

Mas allá de la mención que se efectúa de la utilización de las aplicaciones de mensajería (Telegram, Instagram, etc), la Fiscalía tampoco ha logrado acreditar ni mínimamente, la comisión por parte de N.N. de la acción típica de

distribuir, con los alcances típicos reseñados, por lo que entiendo corresponde, estar a la calificación menos gravosa.-

En consonancia con lo expuesto, a raíz de la reforma de la 27.436, se introdujo como novedad la punición de la tenencia simple de material pornográfico representando a menores de edad. Dicha ley matiza punitivamente entre la mera tenencia y la tenencia cualificada, siguiendo así los lineamientos del Convenio de Budapest, con claros fines de política criminal de desalentar el consumo de esta clase de material para evitar futuras agresiones sexuales a menores.

El artículo 128 en su segundo párrafo, conforme a la nueva redacción castiga la tenencia simple de las representaciones descritas en el primer párrafo.

Entonces, el concepto de tenencia a los fines típicos, es equiparado al de la figura de la tenencia de estupefacientes, y guarda cierta relación de afinidad con la de almacenar en el disco duro o memoria externa, incluso utilizando archivos temporales, pero en todos los casos se demanda cierto grado de permanencia o disponibilidad del sujeto activo con el objeto; ya que quedan excluidos de la norma penal el acceder a un sitio donde se publican estas imágenes pornográficas con menores de edad.

De lo hasta aquí analizado, y más allá del denodado intento de la Fiscalía de perseguir penalmente al joven encuadrando la conducta en la figura más gravosa de "distribución"; lo cierto que lo único que mínimamente se ha logrado acreditar es la tenencia de dicho material en los términos del art. 128 segundo párrafo del CP, debiendo resaltarse no sólo la precariedad en cuanto a la individualización sino también la generalización respecto a la cantidad y formato de contención de las imágenes que entran dentro de la ilícitud penal.

El art. 128 segundo párrafo reza: " 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." (sic)

Sentado lo expuesto, he de reiterar una vez más que, corresponde memorar que nos encontramos frente a un menor como probable sujeto del

reproche penal, a quien conforme la normativa específica en la materia se le reconoce los mismos derechos que a los adultos en conflicto con la ley penal más un plus protectorio (Conf. Fallo Madonado). -perspectiva de la niñez-

Es justamente este marco contextual y normativo supranacional, un imperativo de actuación que compele su estricta observancia a todos los organismos jurisdiccionales -Ministerio Público Fiscal, de la Defensa y Jueces de todas las instancias- que intervengan en las investigaciones de conductas tipificadas por el Código Penal en la que se involucren a menores de edad; siendo especialmente exhaustivos en punto a los fines que el propio derecho penal -como ultima ratio del orden jurídico- y el derecho penal juvenil señalan en cuanto a los objetivos pedagógicos y de reinserción social de una eventual sanción.

Así, entiendo que la calificación legal aplicable a los hechos imputados al joven N.N. es la de tenencia simple de material de abuso sexual infantil, en calidad de autor, a tenor del art. 128 segundo párrafo del CP; por lo que a la luz de las leyes 13.634 y 22.278 del régimen Penal Juvenil cuyo art. 1 reza: " No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación." (sic), corresponde el dictado del sobreseimiento del nombrado en orden a los hechos por los cuales se le recibiera declaración a tenor del art. 308 del CPP en fecha 21/09/2023.-

Así lo voto.-

A la misma cuestión planteada, el Sr. Juez, **Dr. Martín M. MORALES**, por idénticos fundamentos vota en igual sentido.-

A la TERCERA CUESTION planteada, el Sr. Juez, **Dr. Fernando A. AYESTARÁN**, dijo:

Corresponde declarar admisible el remedio impugnativo intentado.-

Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto oportunamente por el Sr. Defensor Oficial del Fuero Penal Juvenil, Dr. Luis Urbano Vidal, revocar la resolución de fecha 20/02/2024 de la IPP N° 12-00-005332-23/00, calificando el

hecho atribuido al imputado menor de edad N.N. como delito de tenencia simple de material de abuso sexual infantil, en carácter de autor, art. 45, 128 segundo párrafo, del C.P., en el marco de la presente IPP 12-00-005332-23/00.

En virtud de lo resuelto en el párrafo precedente, y a tenor de lo normado en el art. 1 de la Ley 22.278 corresponde dictar el sobreseimiento del joven por inimputabilidad en razón de la pena prevista para el delito.-

A la misma cuestión planteada, el Sr. Juez, **Dr. Martín M. MORALES**, por idénticos fundamentos, vota en igual sentido.

Por lo expuesto, este Tribunal

**RESUELVE:**

I.- DECLARAR admisible el remedio impugnativo intentado.

II.- HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por el Sr. Defensor Oficial del Fuero Penal Juvenil, Dr. Luis Urbano Vidal, revocar la resolución de fecha 20/02/2024 y por ende, calificar los hechos atribuidos al imputado menor de edad N.N. y por los cuales se le recibiera declaración a tenor del art. 308 del CPP como delito de tenencia simple de material de abuso sexual infantil, en carácter de autor, art. 45, 128 segundo párrafo, del C.P., en el marco de la presente IPP 12-00-005332-23/00.

III.- En virtud de lo decidido en el acápite precedente, y en orden a lo normado por el art. 1 de la ley 22.278 en consonancia con la ley 13.634, disponer el sobreseimiento del joven N.N. en relación a los hechos atribuidos y por los cuales se le recibiera declaración a tenor del art. 308 del CPP en fecha 21/09/2023 en el marco de la presente IPP N° 12-00-005332-23/00 (arts. 1 de la ley 22.278, 323 y concordantes del CPP)

IV.- Regístrese. Notifíquese electrónicamente a: [ufdpj.pe@mpba.gov.ar](mailto:ufdpj.pe@mpba.gov.ar) y a [ufijmenores1.pe@mpba.gov.ar](mailto:ufijmenores1.pe@mpba.gov.ar)

Devuélvase.-

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 20/11/2024 12:27:48 - **MORALES Martin Miguel - JUEZ**

Funcionario Firmante: 20/11/2024 12:29:04 - **AYESTARAN Fernando Ariel - JUEZ**

Funcionario Firmante: 20/11/2024 12:32:36 - **SANTORO Marcela Alejandra - AUXILIAR  
LETRADO DE CÁMARA DE APELACIÓN**

CAMARA DE APELACION Y GARANTIAS EN LO PENAL PERGAMINO

**Registrado en REGISTRO DE RESOLUCIONES el 20/11/2024 12:32:54 hs. bajo el  
número RR-413-2024 por SANTORO MARCELA.**