En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los un días del mes de abril de dos mil quince, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **D. Luis María PINTOS**, en su carácter de Presidente, **M. Roberto MONTENOVO y Guillermo Alberto MÜLLER**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 6875**, **Carpeta individual n° 1323**, caratulada: **"D., C. s/ p.s.a. Desaparición de persona víctima M.S."** de la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación el Sr. Abogado Adjunto de la Defensoría Pública, Dr. **Gustavo A. Oyarzún** y el imputado **C. C. D.**; y

----------<u>CONSIDERANDO</u>:----------

Que los días 11 y 16 del mes de marzo del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. D. Luis María Pintos, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de C. C. D., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de C. C. D. contra la sentencia condenatoria?, y en

su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. D. Luis María Pintos, en segundo lugar el Dr. M. Roberto Montenovo y finalmente el Dr. Guillermo Alberto Müller.-

A la **PRIM.** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

I.- Ha concitado la intervención de esta Cámara, la impugnación ordinaria deducida por el Abogado Adjunto de la Oficina de la Defensa Pública de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, Dr. Gustavo A. Oyarzún, asistiendo técnicamente al imputado **C. C. D.**, contra la sentencia Nº 1145/14, de fecha 15 de diciembre de 2014, por la que se lo declaró autor penalmente responsable de los delitos de Grooming y Estupro, en concurso real (arts. 131, 120, 55 y 45 del Código Penal), y se lo condenara a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas (artículos 12 y 29, inciso 3°, del Cuerpo legal citado), en razón de los hechos cometidos en perjuicio de la menor S. V. M. entre los meses de octubre y noviembre de 2013 y marzo de 2014.-

1 a) El recurrente, en su libelo impugnativo, sostuvo que oportunamente promovió planteo concreto de inaplicabilidad de la Ley N° 26.904 -que es la que introdujo la figura del Grooming-, por haber entrado en vigencia con posterioridad al hecho, esto es el 19 de diciembre de 2013. En apoyo de ello, citó un precedente de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, del 26/03/2014 “R., L. J s/ procesamiento”, en el que se falló conforme a su pretensión; no obstante lo

cual, el Tribunal de juicio interpretando, equivocadamente, que la prueba de cargo producida durante el debate daba cuenta que la conexión virtual entre el imputado **D.** y la joven M. comenzó recién a mediados de marzo de 2014, es decir con posterioridad a la entrada en vigencia del referido instrumento legal, rechazó el pedido de la Defensa.-

Criticó el grave yerro en la exégesis del *a quo* al respecto, destacando que P. V. M. -a la sazón hermana de la víctima-, expresó que las comunicaciones comenzaron entre octubre y noviembre de 2013; y en similar sentido, continuó, se expresó la damnificada S. M. en su deposición en Cámara Gesell, manifestando que conocía a **D.** desde los trece años, el contacto era vía digital o sea por medios electrónicos.-

Adujo que los Jueces soslayaron estos testimonios para fundar el rechazo del planteo que articuló, destacando que el Juez Pérez puntualizó que al ser el grooming un delito de carácter permanente, la conducta no sería reprochable antes de la entrada en vigencia de la ley, pero lo cierto es que el autor continuó con los contactos virtuales con la víctima a futuro, no pudiendo desconocer la vigencia de la nueva ley que se reputa conocida por todos luego de su publicación. Citó el recurrente, en apoyo de ello, el fallo "Granillo Ocampo, Raúl Enrique y otros s/ Recurso de Queja", G. 688, XLVI, del 4/02/2014, emitido por la CSJN en el que se dijo que en los delitos de ejecución continuada se aplica la ley penal más benigna, de lo que se colige que la conducta de **D.** no es punible.-

b) En lo vinculado a la figura enrostrada -Estupro- sostuvo que, a su entender, no se configuró por cuanto el órgano acusador no

logró acreditar en el debate la inmadurez sexual de la damnificada, y mucho menos que el imputado se haya aprovechado de ella. Señaló que el tenor de los mensajes de los mensajes de texto que S. le enviaba a D. son una evidencia de ello ya que contienen frases con propuestas de contenido sexual, lo cual habla de una experiencia previa en estas situaciones.-

Puntualizó que el protocolo ASI indicó que S., al momento de practicársele el pertinente estudio, tenía perforado el himen y ante la consulta a la profesional que lo realizó, Dra. M. A., acerca de si puede establecerse la data de la perforación, la respuesta fue contundente en sentido negativo por lo cual, colige, que sólo una interpretación tendenciosa puede concluir en que ella se produjo durante la estadía de **D.** en Sarmiento.-

Afirmó que durante su deposición, el imputado refirió que S. desde el inicio del contacto vía chat le dijo que tenía dieciocho años, y esta cuestión no fue desvirtuada por el Ministerio Público Fiscal y soslayada por el tribunal.-

Recordó que el delito en cuestión requiere dolo directo para su comisión, por ende el error imposible de vencer exime de culpabilidad.-

Destacó la importancia de los mensajes de texto que se esgrimieron durante el debate -incorporados como evidencia N° 13-, enviados y recibidos por S. V. M., muchos de ellos anteriores a la llegada del Sr. D. a la ciudad de Sarmiento. Hizo notar la trascendencia de varios de ellos, indicando que muchos son anteriores a la llegada de D. a Sarmiento aludiendo, en especial, a uno recibido de parte de D. de Córdoba Capital del

que se desprendería que la joven habría mantenido relaciones íntimas con el interlocutor. Puso de relieve, además, que este elemento contraría lo manifestado por el Juez Penal Criado en su voto, pues **D.** en su defensa indicó que el contacto era del 25/03/2014, lo que evidencia actividad sexual de la damnificada previo a la llegada del acusado y mella el requisito de su "inmadurez sexual".-

Criticó también lo manifestado por el referido Magistrado en cuanto a que fue imposible evacuar las citas del imputado al brindar su versión al ocaso del debate. En este sentido, consignó, el imputado previo a declarar y una vez culminada la reproducción de la Cámara Gesell, requirió que se haga comparecer a S. V. M. a prestar declaración ya que textualmente dijo "está mintiendo" y el tribunal, al amparo de la necesidad de no revictimizar a la joven con una nueva declaración, no hizo lugar a su petición lo que a su entender produjo una violación al principio de inmediación y el derecho a un juicio justo, dejando, por tal motivo, planteada la cuestión federal.-

c) Como tercer agravio objetó la valoración de la totalidad de la prueba producida pero especialmente la deposición rendida en Cámara Gesell por la víctima.-

Indicó que allí la damnificada habló de una especial situación de coacción por parte de D., cuestión que de ningún modo se corroboró con el resto del material probatorio aportado. En desmedro de tal afirmación, alegó que el día del hecho en que **D.** interceptó a S. camino del colegio a su hogar, esta ya tenía en su poder el documento de identidad de su

hermana mayor; a lo que agregó que, por lo expuesto por los testigos durante el debate, puede colegirse que ese no era "un día más" para la joven, pues no llevó su mochila con los útiles y además se había planchado el cabello, lo cual causo extrañeza a sus familiares. Adujo que la reproducción de videos y fotos en el debate oral no da la impresión de una muchacha "coaccionada" o "amenazada" sino todo lo contrario, puede observarse a M. totalmente a gusto con el encuentro.-

A mérito de la argumentación desarrollada, concluyó solicitando la absolución de **C. C. D.** por los delitos por los que fuera condenado y se disponga su inmediata libertad. A todo evento formuló reserva del caso federal.-

2) A su turno, el Señor Fiscal General, en su responde de fs. 203/205 discrepó con los argumentos expuestos por la Defensa y expresó que el órgano a su cargo, en el caso bajo examen, acreditó el hecho y la autoría con pruebas que fueron valoradas correctamente y derivó en la condena de **C. C. D.**.-

En lo referente a la errónea aplicación de la ley penal -N° 26.904-, señaló que dicho instrumento legal es posterior al hecho, puesto que entró en vigencia el 19 de diciembre de 2013.-

No obstante, manifestó, se logró acreditar en forma efectiva que las comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones por Facebook o celular existieron, y el imputado utilizó estos medios con el propósito de lograr una relación sexual con acceso carnal con la menor, hecho que se consumó el 27 de marzo de 2014.-

Indicó que la Ley N° 26.094 rige desde el 19 de diciembre de 2013; las comunicaciones entre imputado y víctima se efectuaron con posterioridad a dicha fecha -marzo de 2014-, circunstancia que se acreditó merced a los dichos de los testigos P. V. M., E. M. M., J. M. M. y la propia damnificada durante su declaración en Cámara Gesell.-

Sostuvo que al tratarse de un delito de carácter permanente, su conducta encuentra reproche desde la vigencia de la ley, pues continuó con los contactos virtuales hasta que tuvo su efectivo encuentro, por lo que debe estarse a la fecha de realización del último acto por lo cual interpretó que su aplicación al presente caso es correcta.-

En lo referente al cuestionamiento que formula a la figura enrostrada -Estupro (art. 120 del CP)-, señaló que de acuerdo a lo que surge del protocolo ASI, con intervención de la Dra. A., la niña tuvo relaciones sexuales con acceso carnal y se verificó rotura de himen; dadas las características, continuó, se desprende que se presentó con vergüenza y apocada; exhibía estar perjudicada por el hecho de que no quería el contacto sexual y la habrían convencido para ello.-

Del mismo modo, agregó, la Licenciada S. la describió tensa, con vergüenza y temor brindando detalles del abuso; al respecto dijo que la joven le expresó que fue bajo amenaza y violencia cuando el imputado la empujó a la cama, le sacó la ropa y concretó el acceso carnal. Agregó la profesional que detectó indicadores de abuso sexual como aislamiento, trauma y un proceso disociativo, lo que atribuyó a la inmadurez propia de la edad evolutiva.-

En cuanto a la objeción referida a la valoración de los dichos vertidos por la víctima en Cámara Gesell, hizo notar que al concretarse el acto el Juez interviniente, Dr. A. R., luego de advertir en qué consistía la diligencia, el Defensor respondió que habló con su defendido y le explicó que no era necesaria su presencia. Más aún: el Magistrado agregó que si por alguna circunstancia creía necesaria la presencia del acusado, suspendía la audiencia y disponía de los medios para hacerlo comparecer, lo que la Defensa no consideró necesario.-

En función de ello, interpretó que el planteo defensista se encuentra precluído pues en el momento procesal oportuno no formuló objeción alguna.-

Concluyó solicitando que se rechace la impugnación interpuesta en todos sus términos.-

3) En la audiencia celebrada a tenor del art. 385 del C.P.P., la Defensa mantuvo oralmente la postura expuesta en su escrito y, a todo evento, subsidiariamente en caso de confirmarse la condena, solicitó que se imponga el mínimo de la pena -tres años de prisión-, y que la misma sea de cumplimiento suspendido, en atención a la carencia de antecedentes de su asistido.-

4) Previo a la finalización de la audiencia, consultado el imputado **C. C. D.** si tiene algo que manifestar, después de todo lo visto y oído, manifestó que la conoció mediante chat, y ese es para personas mayores y no menores, el sistema lo exige así; luego le contó que tenía problemas con su familia con su padre con sus hermanos; que estaba cansada

de estar en su casa; que un hermano se había suicidado por la vida que llevaban; también le dijo que tuvo problemas con uno de los tíos de Comodoro, en la que su padre trabajaba como panadero, que intentó violarla o la violó, no la recuerda bien; que el dicente no la amenazó ni nada y a Buenos Aires quiso ir ella voluntariamente; reconoce que le pagó el pasaje pero no la llevaba para que se fuera con él aclarando que tiene familia en Tucumán, ella se iba a la casa de una amiga; y que en a terminal no lo bajaron del colectivo; lo bajaron en Liniers; no le sacaron el documento a él ya que lo tenía ella; tiene confianza en Dios y en que se hará justicia.-

II.- El delito de Grooming (art. 131 del CP, texto según ley 26094).-

1) Los hechos: todo el cuadro probatorio del juicio oral nos confirma que los mismos han tenido lugar a partir del año 2013 –sin que sea posible determinar una fecha con precisión-, es decir antes de la sanción de la referida ley 26094 (que data del mes de diciembre de 2013); sea tanto en la versión de la joven víctima -nacida en el año 1999, y que relata que el comienzo de los contactos sucedió cuando ella tenía 13 años-, como en la de sus hermanos y familiares, siempre coincidentes en el punto. De manera entonces que se discrepa con la sentencia, porque le asiste razón a la Defensa: resulta arbitraria la fijación de la plataforma fáctica, como sucedida recién en el mes de marzo de 2014.-

2) El agravio relativo a la ley aplicable: en lo concerniente al principio de legalidad, (arts. 9 de la C.A.D.H., y 11 de la D.U.D.H.) en su doble vertiente de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena*

sine lege, comenzaremos por recordar que, en su virtud, la aplicación de las leyes penales está condicionada por cuatro prohibiciones: "a) La prohibición de cláusulas generales. b) La prohibición de aplicación analógica. c) La prohibición de aplicación retroactiva. d) La prohibición de fundamentación de la condena en derecho diverso del surgido de la ley en sentido formal" (cfme. Bacigalupo, Enrique: "Principios constitucionales de Derecho Penal", edit. hammurabi, pág. 76).-

En cuanto al punto c) y el principio de la ley más benigna, soy de la opinión que la forma cómo ha sido resuelto el tema, -por mayoría-, en la sentencia de condena, es correcta en lo esencial –más allá de la diferente forma de establecer la base fáctica, según ya adelantáramos-; toda vez que, tal la posición del acusador público en el escrito de responde al emplazamiento, el accionar del acusado D. " … encuentra reproche desde la vigencia de la ley (se refiere a la n° 26094), pues continuo (sic) con los contactos virtuales hasta que tuvo su efectivo encuentro, por lo que el órgano judicial debe actuar a la fecha de realización del último acto. La conducta del imputado, a partir de la vigencia de la ley no ha cesado, motivo por el cual se encuentra comprendido".-

Así también se ha señalado, en los votos de la mayoría del tribunal colegiado de juicio, que: "…lo cierto es que el autor continuó con los contactos virtuales con la víctima a futuro, no pudiendo ignorar la vigencia de la nueva ley la que se reputa conocida por todos luego de su publicación. Por ello discrepamos absolutamente con el fallo traído por la defensa y resuelta por la Sala 4 de la C.C.C. del 26.3.2014. 'R.L.J. s/

procesamiento', que en un caso similar dijo que como la conducta no merecía reproche en sus primeros tramos, la nueva ley es posterior y no es aplicable dado que es más benigna la ley vigente al tiempo de inicio de la acción. Este fallo fue criticado en el trabajo del autor Alejandro O. TAZZA en La Ley 01/07/2014 LA LEY 2014-D, 73. Al respecto dijo que en aquellos delitos permanentes o continuados como parece ser el grooming si entra en vigencia una nueva ley que penaliza una conducta anteriormente impune, debe ser en ese momento aplicada, dado que el autor no ha cesado en su conducta, pese a la vigencia de la nueva norma, debiendo el órgano judicial ajustarse a la ley que rige a la fecha de la realización del último acto comisito, no obstante que ella fuese mas gravosa (conf. ZAFFARONI, Eugenio Raul "Tratado de Derecho penal" Ediar, 1980, T° 1, pag 480/481)…" (del voto del Juez Penal Pérez).-

También se sostuvo en la sentencia: "…si el hecho tuvo principio de ejecución en noviembre, como lo afirma la defensa, y la ley fue sancionada recién en diciembre, a partir de su sanción el encartado debió, por imperativo legal, cesar en su accionar, sobre todo (sic) porque la aparición de ésta innovativa figura fue suficientemente publicitada, pero aún así lo cierto es que los hechos endilgados,…, comienzan a partir del mes de marzo de éste año 2014. De tal suerte no asiste razón a la defensa técnica del reo…" (del voto del Juez Penal Casal) -no habiéndose abordado el punto de interés, en el voto del Juez Penal Criado, quien sufragó en último término, por ello es que habíamos señalado que la decisión fue por mayoría-.-

En apoyo de la solución expuesta, cabe tener presente

que la misma parece ser la mayoritariamente observada, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Adviértase, en este particular, que el fallo "R., L. J. s/ procesamiento", de la C. Nac. Crim. y Corr., sala 4ª, de fecha 26/3/2014, citado por la Defensa, ha sido criticado por apoyarse en un precedente de la CSJN referido al delito de Enriquecimiento ilícito de funcionario público, muy distinto al injusto que nos convoca en el presente caso (cfme. Alejandro O. Tazza: "Grooming y estupro", sección Doctrina en la obra: "Derecho Penal. Doctrina y jurisprudencia", tomo I, Marco Antonio Terragni Director, edit. La Ley AbeledoPerrot, Bs. As., año 2015, págs. 747 y ss.; originariamente publicado en LL AR/DOC/1871/2014, y citado por el Juez Penal del primer voto, en la sentencia ahora impugnada, tal como surge de la reseña efectuada precedentemente); a su vez, aquel fallado por el Alto Tribunal -se trata de la causa: "Granillo Ocampo, Raúl Enrique y otros s/ Recurso de Queja", de fecha 4/2/2014, resuelta por una ajustada mayoría de 4 miembros, en razón de estar controvertido el requisito de sentencia definitiva, a los fines del recurso extraordinario federal-, también mereció comentarios adversos -entre otras razones, por estimarse disvalioso que quien comienza la ejecución de un hecho que no estaba prohibido por la ley vigente, se considere que luego estaría autorizado, o tendría una suerte de "derecho adquirido", a continuar con dicha ejecución, siendo que el hecho devino en un delito, y llevarlo hasta su finalización, a pesar que el mismo ya se encuentra criminalizado-.-

Leemos en tal sentido, en un análisis del fallo citado -que se titula: "La aplicación de leyes penales sobrevinientes respecto de

delitos cuya ejecución se extiende en el tiempo"-: en un supuesto de las características indicadas precedentemente, " … de considerarse que el hecho es punible, naturalmente no existe otra alternativa que aplicar la ley vigente al momento en que tuvieron lugar los actos ejecutivos posteriores a la modificación legal, y ello a pesar de que cierto tramo del delito sea anterior a la reforma de la ley …" (cfme. Pablo A. Zalazar, en la obra colectiva: "Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", t. 17, edit. hammurabi, Bs. As., año 2014, págs. 135 y ss.).-

3) Ahora bien, tal como lo sostiene el autor citado en primer término, en relación con la jurisprudencia de la Cám. Nac. Crim. y Correc. anotada, y sin perjuicio de todo lo expuesto respecto a la ley aplicable, tampoco procede la tipificación del art. 131 del CP, en un caso como el presente, porque "… este delito constituye un adelanto de punibilidad propio de un verdadero acto preparatorio que, como tal, se autoexcluye frente a etapas o fases ilícitas más avanzadas. De tal modo, el *grooming* representa un acto previo al posterior y exclusivo propósito perseguido por el autor, consistente en una agresión o abuso sexual del que resulte víctima un menor de edad. Por tanto, quien toma contacto virtual con un menor de edad a través de medios tecnológicos o informáticos con el fin de realizar un comportamiento sexual ilícito y luego lo concreta, solo cometerá este último delito, **quedando desplazada la figura de *grooming* por aplicación del principio de consunción, en razón al concurso aparente de leyes** existente entre tales figuras" el destacado me pertenece.-

Continúa el comentarista (Tazza) señalando que: "En el

sub examine, y más allá de la exclusión de la figura de *grooming* por parte del Tribunal de Alzada en virtud de considerarla inaplicable por no estar vigente a la fecha del comienzo del hecho, pese a estar abarcado en el último tramo de la ilicitud, entendemos que **el delito de estupro cometido por el imputado comprende por consunción a los actos previos configurativos del delito de *grooming***. Con todo ello queremos significar que el delito de *grooming* solo resulta aplicable para aquellas hipótesis en las cuales la conducta solo queda en el mero contacto virtual con la finalidad inicial de comisión posterior de un abuso sexual, pero sin que el mismo se hubiere concretado. Contiene este delito, de este modo, una relación consuntiva que provoca su desplazamiento frente a la consumación o tentativa del delito o los delitos que el autor tenía pensado perpetrar. Consecuencia de lo expuesto es que, de una u otra forma la figura penal de *grooming* no resultaba aplicable al caso …, siendo necesario entonces esperar otro pronunciamiento judicial que contemple específicamente esta forma delictiva, aunque en la creencia en que ello lo será en forma autónoma e independiente, y de tácita exclusión frente a la posible perpetración de otros hechos ilícitos vinculados con las agresiones sexuales contenidas en el Título III de nuestro Código Penal" (el destacado me pertenece).-

En sentido concordante, se señala en el artículo sobre Derecho Penal Informático, titulado: "Las garantías constitucionales frente al delito de *grooming*", que el art. 131 CP se trata de la tipificación de un acto preparatorio que, si alcanza el nivel de comienzo de ejecución, se resolverá "en función de las reglas del concurso aparente" (cfme. Julián Aristimuño,

en la Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, edit. AbeledoPerrot, año 2014, n° 8, págs. 1612 y ss.).

Coincide también en la caracterización dogmática de esta novel figura típica, Hugo A. Vaninetti –LL, 2013-F, 1200-: "…El grooming engloba básicamente la realización de actos preparatorios a través de las modernas tecnologías de la comunicación e información para perpetrar posteriormente delitos contra la integridad sexual. Importaría decir que es una etapa virtual previa al abuso sexual en el mundo real…".-

Recordemos, finalmente, en orden al concurso aparente de leyes, que según nos enseña Zaffaroni, se trata de casos de "M.s apariencias de concurso", que pueden ser tanto "de concurso real o ideal"; ámbito en el cual las reglas que han de permitir la distinción, entre los verdaderos concursos y las puras apariencias, surgen de la "interpretación racional (republicana) de los tipos, que obliga a descartar el absurdo". En particular, los casos de concurso ideal aparente o "concurrencia aparente de tipos penales", se descartan conforme a tres principios de interpretación de las relaciones entre los tipos penales, cuales son: los de especialidad, consunción y subsidiariedad; el segundo opera "cuando media un encerramiento material, o sea, cuando un tipo agota el contenido prohibitivo del otro" (cfme. aut. cit. "Estructura básica del Derecho Penal", edit. Ediar, Bs. As., año 2009, págs. 183 y ss.).-

Conclusión: por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo la absolución de C. C. D. por el delito de Grooming, que la sentencia ahora recurrida le atribuyera en concurso material (art. 55 CP) con el Estupro.-

III.- El delito de Estupro (art. 120 CP).-

1) La Defensa -material y técnica- no logra demostrar que la tesis fiscal acerca de la inmadurez de la joven víctima, y su consiguiente aprovechamiento por el autor del hecho, sea errada ni infundada.-

En primer término, debemos poner de relieve que se comprobó con certeza que existió un abuso sexual con acceso carnal, previsto en el art. 119 CP, al que remite el art. 120. Así lo ha expuesto uno de los votos de la sentencia impugnada –que se toma como muestra del criterio unánime del colegiado de juicio, sin desmedro por la labor de los restantes-, al que nos remitimos íntegramente: " … la existencia del acceso carnal fue efectivamente acreditado por el informe de la Dra. A. … Dijo la galena que conforme el protocolo ASI abordó a la niña desde la entrevista, que facilita el conocimiento de lo ocurrido, y también con la revisión física (Evidencia 5 del MPF). En lo objetivo, afirmó la médica que la niña había indicado que tuvo relaciones sexuales con acceso carnal y que verificó rotura de himen, sin determinar la data …" (del voto del Juez Penal Criado).-

También en el voto citado, se consignó que: "La inmadurez sexual de la menor víctima también fue informada por la Dra. A., … describiendo a la niña como vergonzosa y apocada, … La médica destacó la actitud de la menor afirmando, a preguntas del Defensor, que en el caso hubo abuso sexual".-

La totalidad del cuadro probatorio, al igual que lo expuesto por la propia víctima en su declaración en Cámara Gesell respecto a las comunicaciones por chat, etc. -a través de su teléfono celular ingresaba a

sitios de contacto-, es concordante en cuanto a que la conducta de la joven era muy normal de acuerdo a su edad biológica -no salía a lugares inadecuados para la misma, solo se relacionaba con compañeros de la escuela, en su casa sabían acerca de sus movimientos, horarios, etc.-; en suma, lo contrario a la posición de la Defensa, que ha pretendido en la presente etapa de impugnación, que la víctima exhibió una actitud destinada a confundir al autor, acerca de su edad y madurez sexual –al punto que este no habría podido siquiera sospechar que se trataba de una joven de 14 años-, lo que tornaría atípica su conducta.-

En particular, no empece a la aplicación de este desarrollo argumental, que M. hubiera tenido también contacto virtual con otro/s sujeto/s, distinto/s a D., ya que en cualquier caso nos hallamos siempre en el ámbito de lo cognoscitivo o intelectual, pero sin que exista una vivencia de lo sexual, propio de las personas maduras.-

Así lo corrobora la hermana de la joven víctima, P. V. M., quien en un tramo su testimonio expresó, respondiendo a una pregunta del Fiscal General, que era raro que saliera, ella era de la escuela, cuando lo hacía era para juntarse con las amigas de la escuela para hacer trabajos y nada más, era muy normal su vida y sabían cuáles eran sus movimientos. En el mismo sentido, J. M. M. -hermano- dijo que salir salía pero muy pocas veces y si lo hacía avisaba; solía hacerlo para realizar tareas de la escuela, con amigas pero siempre avisaba a qué hora llegaba y con quién iba. También C. S. S. -cuñada de S.- fue conteste con relación a este extremo afirmando que no era una nena de desaparecer así como si nada, era de la

casa y de concurrir a la escuela o a su vivienda, no era de andar por todos lados ni nada.-

Asimismo, y siempre en relación al punto -las características de la joven-, cobra relevancia la evidencia N° 8/1 -informe de la Lic. M. S., Psicóloga forense- (prueba incorporada al debate por su lectura), que consigna: " … Sus expresiones y vocabulario presentan las características propias de su edad; es importante mencionar que S. presenta indicadores propios de haber vivenciado un abuso sexual; aislamiento, temores asociados al trauma, dispersión como así también sintomatología de un proceso disociativo, el cual se ve reflejado en un discurso mayoritariamente desafectivizado, asimismo es importante mencionar, que la menor de acuerdo a la inmadurez propia de su edad evolutiva, es muy ingenua y limitada en los recursos emocionales y conductuales para hacer frente a situaciones de conflicto … ".-

Enseña Donna que el tipo objetivo de este delito contra la integridad sexual, requiere en orden al "sujeto pasivo", que la mujer sea "inmadura sexualmente", de manera que " … lo relevante no es la instrucción o los conocimientos sobre el tema, sino su desconocimiento real o práctico sobre la materia …insistimos que inmadurez sexual es falta de experiencia en lo sexual, pero en el sentido de aquella persona que no comprende la significación última del acto, aunque puede conocerla intelectualmente. Como es un elemento del tipo, la inmadurez no se presume, de modo tal que deberá ser probada por la acusación, y de acuerdo a la sana crítica …" (cfme. aut. cit. "Delitos contra la integridad sexual", pág. 116,

Rubinzal-Culzoni Editores, año 2001).-

Siempre en relación al requisito en comento, el tratadista de mención agrega que " … queda claro que la ilicitud que se castiga es que el consentimiento que se ha dado resulta ineficaz, debido a que **la víctima, por su estado de inmadurez sexual, falta de experiencia sexual y seducción real del autor, no ha podido consentir de manera válida**, porque no ha podido comprender la significación del acto (…) en los preceptos de protección de la juventud se atiende, de modo inmediato, a la protección del individuo que, por ser inmaduro, todavía no puede decidir por si mismo, intentándose, no lograr su desarrollo de acuerdo a las valoraciones éticas o necesidades sociales, sino garantizar un área de protección de modo que el acuñamiento de las ideas sobre la conducta sexual del joven quede reservado a el mismo una vez conseguida la madurez. Entonces no hay duda de que se protege la libertad y la conformación sexual de la víctima, ya que **el consentimiento está viciado**, y el autor se ha aprovechado del vicio que radica en su inexperiencia sexual" (cfme. ibídem -el destacado me pertenece-). En nuestro caso, ello ha de servir para despejar toda duda, en orden a la relevancia típica de la conducta que se atribuye a D., toda vez que *favor rei* debemos conceder que la joven víctima, ingresó voluntariamente al hotel donde se consumó el acceso carnal, más allá que luego fuera objeto de amenazas en la persona de un familiar directo; sin embargo, esta voluntad obró viciada -como acertadamente lo describe la doctrina citada-.-

Y profundizando aún más sobre la materia bajo estudio, entiendo pertinente destacar que la jurisprudencia añade, en este particular,

que " … la **inmadurez sexual** de la víctima importa una valoración no jurídica, que remite a 'criterios éticos-sociales o standards de comportamientos reconocidos socialmente', constituye un elemento normativo del tipo (FONTAN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal -Parte Especial, Abeledo Perrot, Bs. As., 2002, pág. 226) cuya configuración en el caso debe ser ponderada por el juzgador (BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal -Parte General, 2° ed., Hammurabi, Bs. As., p. 228 y 229; TSJ, Sala Penal, S n° 82, 9/09/04, "González", voto de la Dra. Tarditti). A fin de desentrañar el verdadero sentido de la expresión escogida por el legislador, resulta una óptima pauta hermenéutica delinear sus contornos a partir del bien jurídico tutelado por el delito bajo análisis … la inmadurez **sexual** a la que, en forma negativa, alude el tipo penal, no se circunscribe a un conocimiento mente físico o fisiológico acerca del acto **sexual**, ni siquiera cuando este es producto de la práctica **sexual**. Tan acotada comprensión resulta insuficiente a la luz del interés protegido por la figura, que involucra el más amplio ámbito de la sana e íntegra conformación de la personalidad en el área **sexual**, en base a la cual puede el adolescente discernir el verdadero sentido y naturaleza de su conducta, para prestar un consentimiento libre y consciente sobre aquellas acciones que puedan afectar dicha esfera vital. Esta es la lectura que atiende al fin de protección de la norma subexamine y que al mismo tiempo surge de su tenor literal, toda vez que 'madurez' implica 'buen juicio o prudencia, sensatez' (Diccionario de la Real Academia Española, 21° ed., 2001). No es irrelevante, en este sentido, que el legislador haya optado por requerir 'madurez' y no 'experiencia'

sexual, puesto que esta última alude a un simple conocimiento o práctica que no alcanza a trascender a estratos valorativos, tal como se constata en las diferentes acepciones que pueden atribuirse al término experiencia: '1. Hecho de haber sentido, conocido o presenciado alguien algo. 2. Práctica prolongada que proporciona conocimiento o habilidad para hacer algo. 3. Conocimiento de la vida adquirido por las circunstancias o situaciones vividas. 4. Circunstancia o conocimiento vivido por una persona (Diccionario cit.) …" (cfme. TSJ de Córdoba, Sala Penal, s n° 22, "Bidondo, Héctor Raúl p.s.a. abuso sexual con acceso carnal, etc. -Recurso de Casación", rta. el 07/03/2007, publicada en el sitio elDial.com).-

En cuanto al requisito típico de la seducción del sujeto pasivo, Donna enseña que seducir tiene entre sus acepciones la de "… atraerse, llevarse, llevar consigo o con uno. En nuestro idioma, puede entenderse el engañar con maña o viveza, o como el conjunto de artificios y halagos desplegados por el seductor que hacen que la víctima, a raíz de su propia inexperiencia, ceda al acto sexual. La otra acepción puede ser 'conseguir sexualmente a una persona mediante mañas o engaños' (…) La doctrina clasifica la seducción en sus dos formas: la presunta y la real (…) La nueva redacción del artículo 120, en nuestra opinión, exige la seducción real pues prevé que el autor realice las conductas típicas 'aprovechándose de la inmadurez sexual de la víctima' (…) exige que el juez, para verificar si existió aprovechamiento o no, investigue los medios de que se valió el autor en la realización de la conducta típica (por ej. promesa de matrimonio, excitación del instinto, regalos, engaños, etc.) … " (cfme. aut. y obra cit.,

págs. 116/118).-

Por su parte, el "aprovechamiento" consiste en " … sacar partido o utilizar ventajas propias de una situación de hecho, que en el caso concreto del ilícito que tratamos es la inmadurez sexual de la víctima, sumada a la mayoría de edad del autor, a su situación preeminente de sujeto activo o circunstancia equivalente. La relación de preeminencia u otra circunstancia equivalente respecto de la víctima deberá ser analizada en cada caso, descartándose hipótesis de coacción, pues si no el autor incurriría en los supuestos del art. 119 del Código Penal. Debe tratarse, como afirma Villada, de una situación de M. ventaja o circunstancia facilitadora de la seducción o abordaje que despliega el sujeto activo sobre el sujeto pasivo" (cfme. ibídem).-

Al respecto, cabe volver nuevamente a los dichos de P. V. M. en su deposición en el debate, cuando puntualizó que la joven víctima iba confiada, que iba a ser feliz, que el mensaje que pudo ver, que después se lo mostró, decía que se iba a casar "no sé, un montón de cosas que ella creo, que no tenía conocimiento de dónde se estaba metiendo".-

En lo que se vincula al agravio sobre la falta de deposición de la joven, en la audiencia de debate y a pedido del imputado, recordemos que la misma ya lo había hecho en la modalidad de Cámara Gesell, con control adecuado de la Defensa; no habiéndose arrimado ningún elemento de convicción, que avale la necesidad de reeditarla, ni tampoco que justifique hacerla comparecer a la audiencia de juicio oral. En efecto, el procedimiento observado ha sido respetuoso de las normas procesales

aplicables al caso.-

Cabe recordar al respecto que "…Como derivación de la obligación asumida por los Estados de 'proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales' al suscribir la Convención de los Derechos del Niño (art. 34), y brindando un marco práctico para el trabajo con niños víctimas y testigos de delitos dentro del proceso de justicia bajo el prisma de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder (ONU), se proclama que 'cada niño tiene derecho a que se le trate como un testigo capaz y que su testimonio se presuma válido y creíble, a menos que se demuestre lo contrario y siempre y cuando su edad y madurez permitan que proporcione testimonio comprensible, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia'…" (cfme. Actualidad en la Jurisprudencia de la Provincia de Córdoba 2/2014, sala Penal del Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba, causas: "M.V.H", de fecha 7/11/2013, y "D.J.A." del 27/12/2013; sumarios publicados en Revista de AbeledoPerrot "Derecho Penal y Procesal Penal", julio 2014, págs. 1431/1432).-

En algunos casos excepcionalmente se ha admitido por parte del órgano judicial, una "ampliación de la exposición del menor", pero solo cuando ello se considere "estrictamente necesario". En el ámbito internacional, por su parte, advertimos que se han dictado recomendaciones en esta materia, como por ejemplo la del Comité de Ministros del Consejo de Europa, con fecha 10 de setiembre de 1997, que regula las medidas a tomar respecto de "testigos vulnerables"; entre ellas, la conveniencia de

interrogarlos en la “fase inicial del procedimiento” de manera atenta y respetuosa, y “fundamentalmente” la necesidad de evitar la renovación de los interrogatorios –se recomienda que se registren en video las declaraciones brindadas, con el fin de evitar que “los interrogatorios inútilmente repetidos traumaticen al testigo”- (cfme. en apoyo de todo lo expuesto en este párrafo, la opinión de Lucero, Inés: “Algunos aspectos del nuevo artículo 221 bis del Código de Procedimiento Penal de Córdoba”, en la obra colectiva: “Ejercicio concreto del poder penal. Límites, abusos, desafíos”, José I. Cafferata Nores-Compilador, edit. Mediterránea, Córdoba, año 2006, págs. 259 y ss.).-

A mayor abundamiento, muy recientemente, la Cámara Federal de Casación Penal, por su Sala IV (resolución 1072/13, de fecha 19/6/2013) recordó que la CSJN en Fallos 334:725, con remisión al dictamen del Procurador Fiscal, sostuvo que “…son equiparables a sentencia definitiva las decisiones que, si bien no ponen fin al proceso, implican que quien fue víctima ante su menor edad de ofensas sexuales, deba prestar una nueva declaración o someterse a reiterados exámenes, ya que son irreparables el daño psíquico que pudiera sufrir como consecuencia de ello y la consiguiente lesión de los derechos que le asisten en virtud sobre la Convención de los Derechos del Niño…”.-

Si bien el principio general es la admisión como prueba de cualquier elemento de juicio relevante para la adopción de una decisión, en la medida en que ello garantiza la mayor probabilidad de que los enunciados que se declaren probados coincidan con la verdad; esta prioridad del fin de “averiguación de la verdad”, no significa que sea el único a tener

en cuenta. Agrega el autor que: “La celeridad en la toma de decisiones, **la protección de derechos fundamentales**, la protección de secretos de Estado, el secreto de las relaciones abogado-cliente, etc., son **también** fines habitualmente reconocidos” en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos; y es por ello que, para garantizar la obtención de esas otras finalidades, los ordenamientos establecen reglas jurídicas procesales “que funcionan como **un filtro de admisibilidad de la prueba**, adicional y posterior al juicio de relevancia”. Resulta claro que la “racionalidad instrumental” de dichas reglas no puede ser evaluada teniendo en mente la finalidad de la averiguación de la verdad, sino la finalidad a la que en cada caso respondan, con su carga valorativa de gran importancia tenida en mira por el legislador (cfme. Ferrer Beltrán, Jordi: “La valoración racional de la prueba”, edit. Marcial Pons, año 2007, págs. 61 y ss., el destacado ha sido agregado al original).-

Un razonamiento bastante similar es el que utiliza también, por su parte, el jurista italiano Michele Taruffo, al recordar que: “… es necesario tener presente que el descubrimiento de la verdad es un fin esencial del proceso y una condición necesaria de la justicia de la decisión, pero no es el único fin que el proceso persigue. En consecuencia, la función epistémica que el proceso puede cumplir es muy importante, pero **no** es la única. El proceso es, en realidad, **también** un ‘lugar’ en que se aplican normas, se realizan **valores**, se aseguran garantías, se reconocen **derechos**, se tutelan intereses, se efectúan elecciones económicas, se enfrentan problemas sociales, se asignan recursos, se determina el destino de las

personas, se tutela la libertad de los individuos, se manifiesta la autoridad del Estado… y se resuelven controversias por medio de decisiones deseablemente justas…" (cfme. aut. cit.: "Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos", edit. Marcial Pons, año 2010, págs. 155 y ss., el destacado no pertenece al original).-

Si bien no guarda estricta relación con el hecho que motivara la condena, debemos aclarar finalmente en orden a las palabras del acusado en la audiencia del art. 385 del CPP, que conforme la versión de la joven víctima en Cámara Gesell, cuando se estaban aproximando a la terminal de ómnibus en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, fue D. quien arrojó el DNI de la hermana de la niña, al ver a la Policía -ello explica por qué razón, como declaró el imputado, la autoridad prevencional "no se lo sacó a él" al documento, aunque hasta ese instante había sido el quien efectivamente lo tuvo en su poder-. También en aquella oportunidad procesal, es relevante destacar que el encartado admitió haberle pagado el pasaje en transporte terrestre a la joven, aunque pretende que no era su intención que se fuera con él (a Tucumán) -recordemos que la joven depuso que en Buenos Aires los esperaba un camión, para llevarlos a aquella ciudad del NOA-; y además, los hermanos y cuñada declararon q en Facebook un amigo de D. preguntaba por la marcha de "la obra", cuando ya el acusado se encontraba en viaje junto a M..-

2) En cuando al error de tipo alegado por la Defensa tampoco será de recibo en el entendimiento que el mismo " … es el que afecta el aspecto cognoscitivo del dolo, o sea, que no puede haber finalidad

típica porque el agente desconoce lo que hace, afecta el conocimiento necesario como presupuesto de querer la realización de la tipicidad objetiva sistemática. Puede recaer sobre: … El sujeto pasivo … ” (cfme. Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Estructura Básica del Derecho Penal”, Ediar, págs. 13/115, Ed. 2009).-

En la misma dirección, y en relación al punto, recientemente se ha pronunciado el Alto Cuerpo de la Provincia en la sentencia N° 60/2014, sosteniendo que “Brevemente explicado, el error de tipo implica una falsa representación o la ignorancia de alguno de los elementos del tipo objetivo. La existencia de este error desplaza al dolo, pues desaparecerá la voluntad de realización tipo objetivo, ya que como consecuencia e ese error ‘ … el autor no puede haber tenido voluntad de realizar un hecho que no es el típico según su conocimiento … ’ (Enrique Bacigalupo, en su “Lineamientos de la teoría del delito” Ed. Hammurabi, página 89; del mismo autor “Derecho Penal - Parte General, idéntica editorial, página 325) … el concepto de dolo implica que el sujeto sabe lo que hace y conoce el peligro concreto que su acción significa para un bien jurídico” (cfme. STJ, Sala Penal, in re “Pérez, José Segundo s/ p.s.a. Privación Ilegítima de la libertad por parte de un funcionario en concurso ideal con abuso de autoridad agravados: Tramaleo, Laura Marina y otros s/ Impugnación Extraordinaria”, Expte. 23.166 - F° 185 - Año 2013 -voto del Dr. Pfleger-).-

Conforme a los lineamientos que se han desarrollado precedentemente, no se verifica en la especie la configuración del pretendido

error de tipo pretendido por la Defensa, en relación a la víctima; la versión de D., en su defensa material, en cuanto a que el sitio de contactos utilizado para comunicarse con la joven, estaba destinado solo a personas mayores de edad, no fue objeto de acreditación mediante prueba independiente; por el contrario, el acusado utilizaba datos falsos acerca de su edad, simulando ser un adolescente -estrategia que carecería de sentido si la destinataria de la comunicación era una mayor-; también las autoridades prevencionales constataron que entre sus contactos en redes sociales, figuraban varias menores -testimonio del Of. E. M. M.-; finalmente, cuando se produce el encuentro personal con la víctima, la misma cumplía con actividades escolares -lo que no es compatible con la franja etarea pretextada por el autor-, y por sobre todo, la apariencia física tampoco condice con una mujer mayor de edad, según lo que puede advertirse en la video-filmación de la declaración en Cámara Gesell.-

A mayor abundamiento, destaquemos que precisamente el uso de identidades falsas -aparentando una menor edad-, constituye una característica propia del delito de Grooming, que no obstante haber quedado desplazado en el caso concreto, por efecto del concurso aparente de leyes, sin embargo no hay duda que se configuró como injusto típico. Sobre este particular, en el artículo de Vaninetti ya citado en el apartado II, leemos que: “ … engloba a todas aquellas prácticas online que realizan adultos con ciertas patologías (pedófilos y pederastas) que en la jerga internauta son conocidos como ‘groomer’ para ganarse la confianza de un menor fingiendo empatía, cariño, etc., normalmente bajo una falsa identidad de otro/a menor

(conocido o no de la víctima), con la finalidad de satisfacer sus apetencias sexuales … Los pedófilos y pederastas buscan entrar en contacto con menores utilizando a la Internet, especialmente a través de las redes sociales empleando (perfiles falsos o identidades robadas) y el chat. Estos servicios en la red posibilitan a un adulto, por sus características intrínsecas de falseamiento de la realidad, hacerse pasar por otro menor, a los fines de obtener e intercambiar en la mayoría de los casos imágenes o contenidos de connotación sexual. Los menores no suelen tener noción de que detrás de una persona con la cual están chateando e interactuando puede no ser alguien de su misma edad sino un adulto… ".-

Y en la nota de elDial.com "Con motivo de la sanción de la ley que introduce 'el delito de grooming' en el Código Penal (año 2013)", de la autora María Eugenia Lo Giudice, se lo conceptúa como " … la acción deliberada que lleva un adulto a ganarse la confianza de un menor con el propósito de contactarlo, y posteriormente tomar el control emocional de la víctima rompiendo sus débiles barreras, por razones de inmadurez biológica, facilitando su propósito sexual. Esta conducta del mayor tiene una intención determinada que podemos dividirla en etapas o fases … : 1.- una inicial o de 'relación', donde se trata de acercarse a la menor generalmente 'suplantando identidad', por lo que se suele hacer pasar por otro menor, en los términos más amigables posibles. Estadio donde se habla de gustos, amigos, deportes, etc. 2.- una intermedia o de 'amistad', donde ganada la ya confianza se va obteniendo datos personales de la víctima, de la familia, relaciones sociales. Comienza un intercambio de confidencias, secretos. Se trata de ganar el

afecto o despertar admiración o compasión. Se crea el lazo emocional, pero llegará muy pronto la primer petición muy sutil, hasta lograr el compromiso, generalmente bajo amenazas extorsivos con el propósito de obtener imágines o videos de contenido sexual explícito o implícito por cualquier medio de comunicación por plataforma online. 3.- y la etapa final o de actuación, ya hay una intención sexual, implícita o explícita, puede ser lograr mediante engaño una cita real destinada a lograr, un fin sexual… ".-

En el subjudice, entiendo que los componentes consignados han estado presentes en la estrategia que utilizara el acusado **D.** para lograr someter sexualmente a la joven damnificada.-

IV.- El monto de la pena.-

1) Como consecuencia directa de la decisión propuesta, en orden al agravio relativo a la calificación legal del hecho -que se modifica notablemente a favor del acusado, toda vez que ha quedado reducida a un solo injusto-, corresponde entonces receptar también de modo favorable el gravamen subsidiario acerca del monto de la pena; que se readecua, fijándose en el mínimo de la escala penal, prevista en el art. 120 CP, es decir: tres años de prisión, teniendo en cuenta especialmente que el imputado no registra antecedentes.-

2) En cuanto a la modalidad de ejecución de la pena, cabe recordar una vez más, que uno de los ejes principales sobre los que pivotea el instituto del art. 26 del CP, es el de evitar las penas efectivas de reducida duración, en atención a su carácter criminógeno; tal como siempre lo ha destacado la jurisprudencia en esta materia, v.g. CNCas. Pen. y Superiores

Tribunales de provincia (cfme. reseña de Leonardo G. Pitlevnik, en el análisis del fallo de la CSJN, en la causa: “Squilario, Adrián-Vázquez, Ernesto Marcelo s/ Defraudación especial …- Smoldi, Néstor Leandro s/ Defraudación …”, sentencia del 8/8/2006, citado en mi voto en la sentencia n° 01 del corriente año 2015).-

Efectivamente, el juicio de peligrosidad o pronóstico de conveniencia/inconveniencia -del efectivo cumplimiento-, que exige formular el art. 26 del CP, arroja un resultado positivo en el segundo de los términos de referencia; es decir, que en el presente caso, no se advierte la utilidad del encierro breve, como factor de evitación de una recaída en el delito -ello sin computar que, muy probablemente, en el supuesto contrario (conveniencia de la ejecución efectiva), como consecuencia del tiempo sufrido en prisión preventiva, de conformidad a los arts. 13, 24 y ccs. del CP, D. recuperaría con un alto grado de probabilidad, una vez leída la presente, su libertad ambulatoria por vía de una excarcelación-.-

Tal como ya se resolviera en el citado precedente de esta Cámara, por el contrario, si tenemos en cuenta la normativa del art. 27 bis del CP, basada en una evidente finalidad preventivo-especial positiva, se concluye en definitiva que la conjunción de ambos dispositivos, resulta una solución adecuada para el caso; en particular, los incisos 1°, 2°, 3° y 6° del citado art. 27 bis, y por todo el tiempo de la condena.-

Corresponde, en consecuencia de todo lo expuesto, disponer sin necesidad de reenvío -es decir, ejerciendo competencia de casación positiva-, que la pena de tres años de prisión que se resuelve

imponer a C. C. D., sea de cumplimiento en suspenso (art. 26 CP); siendo necesario además, en el caso, la imposición de reglas de conducta del art. 27 bis del CP, conforme lo expuesto en el párrafo precedente, a fin de reforzar el fin preventivo-especial positivo del instituto de la condena condicional.-

En particular, en lo concerniente a la obligación de someterse a un tratamiento psicológico, previo dictamen de un organismo médico-forense, se tiene en cuenta para ello el informe de la Lic. Patricia B. Fernández del Cuerpo Médico Forense de la Circunscripción judicial de Trelew -recordemos que el acusado cumple prisión preventiva en una Comisaría de aquella jurisdicción-; quien ha dictaminado que D. cuenta en su vida de relación, con "historias de pareja (que) han resultado conflictivas, con problemáticas vinculadas a la violencia (ha sido denunciado por violencia por sus dos parejas estables) … datos (que) indicarían entonces un sujeto con tendencia agresiva, que utiliza dicho mecanismo como forma de vinculación o de control, y no como una consecuencia de su dificultad de control impulsividad básica".-

Específicamente, en torno a la interpretación del ya citado art. 27 bis C.P., la jurisprudencia ha entendido que "la imposición de las reglas de conducta requiere igual fundamentación que los restantes puntos dispositivos del fallo, en tanto **integran la operación de individualización judicial de la pena**" (CNCasación Penal, sala IV, 'Villalba, Angel orlando s/ recurso de casación' 2003/08/21; sala III, 'Tourreilles, Diego Adrián s/ recurso de casación', 1999/07/12; sala I, 'Suárez, Claudio O. s/ recurso de casación', 2000/09/06, citados en "Código Penal de la Nación - Comentado

y Anotado", Andrés José D' Alessio, Director, Mauro A. Divito, Coordinador, tomo I, parte general, pág. 285, con cita de Zaffaroni, Alagia y Slokar).-

En apoyo de este razonamiento, en el sentido que pueda fundarse la imposición de reglas de conducta -que ostentan naturaleza punitiva, por lo que cabe aplicar analógicamente la dogmática de la pena-, en los antecedentes de vida del acusado, tengo en cuenta la doctrina que enseña: "La conducta que se encuentra fuera de la ejecución del hecho y la conducción de vida del acusado pueden ser valoradas en la determinación de la pena cuando permiten **extraer conclusiones acerca del contenido del ilícito y de su culpabilidad en la medida en que se expresan en el hecho**. Los antecedentes y condiciones personales permiten reconocer si el autor actuó con **mayor o menor autodeterminación…**" (cfme. "Código Penal y normas complementarias...", t. 2. arts. 35/78. Parte General, Baigún-Zaffaroni Dirección, Terragni Coordinación, Buenos Aires, año 2002, págs. 53 y ss.: el destacado ha sido agregado al original).-

Tal como se desprende del informe psicológico, nos hallamos frente a " … un sujeto inmaduro, con dificultades en su vinculación con los otros , que requiere tener el control de la situación y de los vínculos … Posee buen control impulsivo, … no suele actuar sin medir las consecuencias de sus actos, puede reflexionar sobre su conducta, evaluando las consecuencias de su accionar. Resulta rígido, controlador, obsesivo"; todo lo cual se ha reflejado, sin dudas, en los hechos por los cuales prosperara la acusación pública, lo que viene a confirmarnos la conveniencia

de adoptar medidas de intervención, en este punto, de acuerdo a lo anticipado ya precedentemente.-

Así, se ha sostenido que en casos de delitos graves, tampoco la consideración de la vida anterior debe llevar al castigo por la actitud interna. Antes bien, solo cabe incluir en la individualización de la pena "… aquellas circunstancias que **tienen una relación con el delito** y pueden ser vistas, por ello, como *indicios* de la culpabilidad o peligrosidad del reo" (cfme. Jescheck, Hans-Heinrich: "Tratado de Derecho Penal. Parte general", Cuarta edición, edit. Comares, Granada, págs. 799 y ss., el destacado ha sido agregado al original).-

Por su parte, Maurach-Gössel-Zipf señalan que: "Desde puntos de vista preventivos, la vida anterior del autor representa una importante fuente de conocimientos para la medición judicial de la pena …" (cfme. auts. citados: "Derecho Penal. Parte general", t. 2, edit. Astrea, Bs. As., traducción de la 7ª. edic., 1995, pág. 785).-

V.- Conclusión: por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo mi voto parcialmente por la afirmativa, a la cuestión planteada.-

A la **PRIM.** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- No he de reiterar los antecedentes del caso a decidir, las posturas de las partes y términos del fallo impugnado, remitiendo para ello al completo detalle del sufragio precedente, sin perjuicio de valerme de algunos de dichos antecedentes para el análisis que pretendo realizar.-

II.- Precisamente, conviene reseñar los términos de la Acusación, los que en definitiva, fueron la base del Juicio Oral y

consecuente Sentencia, hoy en crisis.-

Se le atribuyó a D., desde el mes de Noviembre del año 2013, haber tenido contactos con la menor S. M., de catorce años de edad en esa época, a través de medios informáticos y telefónicos (red social Facebook primero, mensajes de texto luego), desde los que efectuó proposiciones de contenido sexual explícito, previo ganarse su confianza, con la finalidad de vulnerar su integridad sexual. Así, en fecha 27/3/014, el acusado llegó desde la Pcia. de Tucumán, en donde residía, a la ciudad de Sarmiento, encontrándose en horas de la mañana con la niña en el Hotel "A.", sitio en el que la accedió carnalmente por vía vaginal, provocándole perforación himeneal, ya que la menor no había tenido relaciones sexuales previamente. Sin solución de continuidad, retuvo el celular de la víctima, ideó una maniobra para disimular su identidad y edad (utilizar el documento de su hermana mayor), y abordó con ella un transporte público que los saco de la ciudad de los Lagos, siendo demorado, junto con S., en Liniers, Ciudad de Buenos Aires, a bordo de una unidad de la empresa "E. C.".-

El Tribunal encontró responsable al imputado como autor de los delitos de Grooming y Estupro, en concurso real, y determinó una pena de cuatro años de prisión (arts. 120, 131, 45 y 55 del CP), y lo absolvió por el de Corrupción de menores.-

Básicamente, dos han sido los agravios constitutivos del recurso interpuesto. La inaplicabilidad del Grooming al caso, pues la figura fue incorporada por la Ley 26904, promulgada en fecha 4/12/013; y la errónea interpretación de la prueba rendida, que llevó a los Jueces a aplicar

indebidamente el art. 120 del CP, puntualmente respecto de la inmadurez sexual de la víctima, requisito que a criterio del letrado asistente de D., no se verificaba, y con su ausencia, tampoco la tipicidad de su conducta.-

III.- De una priM. lectura de los hechos tal cual los expuso el Ministerio Fiscal, plataforma fáctica habilitada judicialmente como sustrato del Juicio Oral, resaltaba el compromiso que significó la acción endilgada al acusado con la integridad sexual de la joven M., pero también podía sumarse la afectación de otro bien jurídico, su libertad en sentido genérico.-

Una aproximación preliminar, dicho esto a título de introducción al análisis que nos ocupa, por fuera de la materia a decidir, sugería que el tramo detallado concerniente a las maniobras para asegurar un trayecto con una menor de edad por vía terrestre desde Sarmiento, sitio del hogar familiar, hacia Buenos Aires, sin conocimiento de sus padres, parientes o amigos, en principio contando con la aprobación de S., al menos ponía en juego el art. 148 del CP., aunque si se vinculaba ello con el primer tramo, de neto contenido sexual, el viaje desde Tucumán y retorno con la niña, "expres", hacia la Capital de nuestro país, y se trocaba el consentimiento de la joven por su "captación", tampoco hubiese sido inadmisible evaluar el caso a la luz del art. 145 bis del CP., por cierto, competencia del fuero de excepción (Dictamen de la Procuración General de la Nación A. J. T. s/Infracción Ley 26364, comp. 164 XLIX, de fecha 29/4/013).-

Incluso, sin ir tan lejos, y continuando con aquel último tramo, también era posible traer a colación el art. 130 del catálogo represivo, ya sí, desde la afectación a la libertad sexual y ambulatoria.-

Algo de ello advirtieron los Magistrados de grado en la Sentencia. Claro es que de haberse seguido la hipótesis de la existencia de una trata de personas, el análisis del hecho, al menos en ese aspecto, no hubiese correspondido a este fuero.-

No obstante, ya desde la misma Acusación se invocaron los preceptos penales pretendidos, todos los que en definitiva fueron materia del Debate con los resultados expuestos, entre ellos, como quedara dicho, el Grooming.-

Pero esta figura, a priori, acarreaba problemas. En primer lugar por que se sancionó durante el acercamiento virtual y telefónico de D. a M., que comenzó antes, y culminó después, con su encuentro en Sarmiento, de acuerdo a lo propuesto por el Ministerio Fiscal. Y luego, ya que se la intentaba hacer concurrir realmente con el Estupro (y la Corrupción de menores, sobre lo que no debemos referirnos aquí por que mereció un temperamento absolutorio), el cual requiere aprovechamiento de la mayoría de edad del autor en función de la inmadurez sexual de la víctima, lo que otrora se denominaba "seducción".-

Hemos expresado en la Sentencia nro. 4/2012 siguiendo a Javier De Luca y Julio López Casariego que no debe confundirse consentimiento con ausencia de disentimiento, pues los menores impúberes no poseen capacidad plena de consentir, pero sí de disentir, de no hacer lo que no desean, por lo cual los casos de "violencia presunta o impropia" generados a partir de las condiciones personales del sujeto pasivo (conocimiento incompleto en razón de la edad), quedarían atrapados en la

figura del Estupro (Código Penal comentado dirigido por Baigún- Zaffaroni, Ed. Hammurabi Tomo IV, pags. 570/571; en igual sentido Villada, Delitos contra la Integridad sexual Ed. Abeledo Perrot pag. 94).-

Mucho más atrapados, sí, en lugar de violencia presunta, hablamos de un extenso recorrido de mensajes vía redes sociales y telefónicos. Es que si bien los Magistrados ubicaron tal actividad de "seducción" en el mes de marzo de 2014, ha asistido razón a la Defensa en su crítica al fallo referente a que ello no fue lo que declararon C. S., cuñada de S. M., y sus hermanos P. y J. M., los que tuvieron a la vista su cuenta de facebook y relataron un proceso que comenzó con la joven creyendo que se comunicaba con una persona de su edad, luego tomando noticia que se relacionaba con un hombre mayor, posteriormente a este declarándole su amor, y en una última etapa, manifestándole sus deseos sexuales abiertamente. El preventor M., que adicionó que el acusado se vinculaba "virtualmente" con más jovencitas, y la propia víctima en su declaración anticipada al Debate, coadyuvaron a apuntalar el dato consistente en que el proceso referido comenzó antes de la vigencia de la Ley 26904.-

Pero, además, la experiencia común, uno de los parámetros de la sana crítica racional, método de valoración de la prueba consagrado ritualmente (art. 25 CPPCh.), indicaba que la actividad de captación de la voluntad de la niña no pudo haber comenzado escasos días antes del extenso viaje emprendido por D. hasta Sarmiento, y menos aún, por ello en tan corto tiempo concretarse el encuentro sexual instantes después del arribo de este a la ciudad de los Lagos. En todo caso, esto último fue el resultado de toda la

actividad comunicacional entre víctima y victimario.-

El Grooming penaliza lo que en sí mismos no dejan de ser actos preparatorios, la "conexión" con un menor de edad, y presenta un elemento subjetivo distinto del dolo, la ultra finalidad de hacerlo con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de aquel.

No es un delito de carácter permanente, sí probablemente continuado, pues revela una actividad que, aunque reiterada, lo es tendiente al logro de una determinada meta de carácter sexual, prohibida por la Ley.-

Se pretende tutelar la personalidad en formación de niños y adolescentes, partiendo de su predilección por la comunicación a través de medios tecnológicos, ya que, ambos extremos, pueden ser aprovechados por mayores de edad que, valiéndose del amplio alcance de los mismos, y las posibilidades que estos ofrecen de generar engaño, atenten contra el bien jurídico libertad sexual, en su contenido vinculado a la indicada maduración, la que no debe precipitarse o afectarse mediante dichas conductas.-

Sin embargo, si la acción del acusado, extendida en el tiempo tal lo analizado, pretendió, y logró, horadar la voluntad de la víctima, a través de un conjunto de actos de comunicación que comenzaron antes de la vigencia de la Ley que incluyó el art. 131 del CP., y continuaron luego, pero todos ellos con una sola finalidad, de las interpretaciones posibles en cuanto al alcance de la norma, por imperativo constitucional, se debe adoptar la más restrictiva (art. 44 Constit Pcial.), y esta sin dudas es la que excluye la operatividad de una Ley por el principio de la ultra actividad de otra, más benigna, establecido en el art. 2 del CP., en el sub-judice, la atipicidad de la

conducta reseñada.-

No obstante, el Grooming presentaba otro vallado. Expresamos que el Estupro requiere Seducción, un medio para ello, el propósito de hacerlo para lograr el acceso carnal, y que tal actividad sea la causa de la consumación de este (conf. Boix Reig "El Delito de Estupro Fraudulento", Madrid1979 pag. 175). Solo así es posible hablar de "aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima".

Precisamente, en el caso, todo ello ocurrió por vía informática y telefónica, y resultó la actividad por la cual D. fue responsabilizado, también, por el art. 131 del CP.-

Se podrá advertir que dicho tramo de la Acusación, no podía dar lugar a la aplicación de dos preceptos penales diferenciados, el Grooming y el Estupro, no solo por que el primero se agota en actos preparatorios, y por ende cede ante la consumación de la práctica sexual que fuere, en beneficio de cualquier otra figura que tipifique esta (Abuso sexual con acceso carnal, Estupro etc), sino por que se configura en tal supuesto, y en última instancia, un concurso de Leyes, muy distante de la concurrencia real adjudicada en la Sentencia.-

Por todo ello, el agravio respectivo debe prosperar, lo cual a tenor de la decisión, que ya hemos adelantado, impacta en la dosificación de la sanción.-

IV.- En lo referente al restante agravio, considero que conforme la redacción del art. 120 del CP., y en base a una interpretación hermenéutica del Capítulo, "inmadurez sexual" no equivale a "ausencia total

de conocimiento sexual" (conf. Donna Edgardo, "Delitos contra la Integridad sexual", pags. 107/108, Ed. Rubinzal Culzoni).-

S. M., pudo tener nociones sobre sexo, previo al hecho aquí tratado, pero lo que quedaba demostrado a partir de las expresiones de la Licenciada M. S., desde el psico diagnóstico practicado a la joven, el examen médico efectuado por la Dra. A., y las manifestaciones de sus parientes, era que poseía un nivel de maduración acorde a su edad, la de un sujeto adolescente, cuyo crecimiento en lo referente al punto debía darse naturalmente, y no ser precipitado mediante la vinculación con un mayor de edad, que valiéndose de la diferencia de edad, y experiencia de vida, satisfizo sus deseos carnales en desmedro de la apuntada "normal maduración", en definitiva lo que la Ley pretende tutelar como aspecto inherente a la libertad sexual, al tipificar el Estupro.-

Hemos expresado en el precedente invocado de este Tribunal nuestra posición frente a la Ley 25087 (BO 14/5/99), que modificó el capítulo de los delitos sexuales pretendiendo atrapar la mayor cantidad de hipótesis fácticas relativas a la vulneración de la libertad sexual, con una técnica legislativa discutible y que ha generado más de una controversia respecto de su constitucionalidad.-

Sin perjuicio de ello, de toda la plataforma fáctica atribuida, reiteramos que ha quedado en pie el aspecto relativo al Estupro, claramente, por las razones aludidas, y por ello es por lo que en definitiva culminará respondiendo penalmente el acusado ya que se acreditó el acceso carnal,

consentido por la víctima, inmadura sexualmente, lo que, insisto, fue aprovechado por D..-

V.- En cuanto a la sanción impuesta, resulta claro que desde el temperamento en el cual hemos coincidido en el Acuerdo, debe reducirse pues por este acto se excluye uno de los ilícitos adjudicados.-

A fin de determinar el tenor de dicha disminución, vale computar los alcances del principio constitucional de culpabilidad en el caso, el que constituye una de las bases para la dosificación, junto con lo atinente a la situación particular del condenado, de acuerdo a los términos del art. 41 del CP.-

En tal sentido, la diferencia de edad, en tanto aprovechamiento de la inmadurez de la víctima, y la profusa comunicación entre D. y esta ya han sido contemplados en la tipificación, como recaudos del delito atribuido, lo que los excluye como factores agravantes de la pena, a riesgo de contrario, de violentarse el principio del "ne bis in idem".-

Luego, todo el tramo posterior a la relación sexual mantenida entre los protagonistas del suceso, careció de significación jurídica desde la Acusación, excepto por la invocación de una Corrupción de menores, injusto que en definitiva no prosperó. Por lo tanto, no resulta posible asignarle entidad en la determinación de la sanción.-

El caso se redujo, entonces, desde lo objetivo de la conducta desplegada, al frenesí de un sujeto, que recorrió una larga distancia a efecto de tomar contacto con una joven adolescente en su zona de residencia. Lo demás, quedó incluido en el tipo aplicado, o no tuvo relevancia jurídica, sin

perjuicio que la realidad de lo acontecido, reitero, bien pudo generar otras consecuencias, de haberse edificado el reproche en otros términos.-

En tal contexto, desde la convicción que las penas temporales de corta duración no contribuyen al cometido re socializador establecido en el art. 18 de la CN., además de ser de la opinión de la necesidad de limitar la respuesta contingente dejando al encierro como último recurso, habiendo el Tribunal de grado individualizado una condena, primera para el acusado, de cuatro años de prisión, la cual, como vimos, debe reducirse, se impone fijar la misma en el mínimo legal, tres años de prisión, y utilizar la herramienta, por dichas razones, del art. 26 del CP., dejando la misma como de cumplimiento condicional.-

En cuanto a sus modalidades, coincido con lo expresado en la parte pertinente de este acto.-

Así voto.-

A la **PRIM.** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

I.- A fin de evitar reiteraciones estériles he de omitir el detalle de los antecedentes del caso, remitiéndome para ello a la completa reseña que luce al comienzo de la presente.-

Para mi exposición he de seguir una serie de temas que entiendo trascendentes para la decisión que se vinculan estrechamente con los puntos de agravios planteados por el impugnante.-

1.- Conforme el pronunciamiento recurrido, C. C. D. resultó condenado por los hechos que le atribuía el Ministerio Público Fiscal, los que han sido calificados jurídicamente como constitutivos de los delitos

de Grooming en concurso real con Estupro (arts. 131, 55 y 120 del C.P.).-

En relación al primero de ellos en principio no se encuentra controvertida la materialidad del mismo y siguiendo el sufragio del Dr. Camilo Pérez, que lideró la votación, tienen por acreditado que el imputado "…ha tenido acercamientos en forma virtual con la menor S. M., la que contaba con 14 años de edad y con el propósito de lesionarla en su integridad sexual… que mantenía contactos con la menor a través de la red social Facebook y por vía de mensajes y llamadas telefónicas a su celular.-"; ahora bien el Sr. Defensor en base a la prueba testimonial sostiene que el contacto se inició cuando todavía no había sido dictada la ley 26904 que introduce la figura al catálogo represivo, tal como fue acusado, es decir a partir del mes de noviembre del año 2013 y por ende no es aplicable correspondiendo la absolución.-

Si bien en el proceso deliberativo hemos acordado que es incorrecto el concurso real de delitos y no es aplicable la figura del Grooming, los fundamentos por los que llegamos a tal conclusión en parte son diferentes a los motivos esgrimidos por el recurrente, no obstante resulta ajustado efectuar algunas consideraciones sobre el particular para dejar en evidencia los déficit del pronunciamiento en este punto.-

a.- Como lo denuncia el impugnante los Jueces del Tribunal de Juicio ubican temporalmente el hecho a partir del mes de marzo de 2014, conclusión que apoyan exclusivamente en prueba técnica mencionada como pericia informática y de comunicaciones que solo se efectuó sobre los teléfonos celulares –Evidencia 13- que indicaba que a partir

del 22 de marzo 2014 comenzó un intercambio virtual en el que el imputado desplegó su juego de seducción… (del voto del Dr. Criado).-

Desde ya esta conclusión no es acertada puesto que es producto de una valoración parcial de la prueba rendida en el juicio; indudablemente el contacto, el acercamiento que es constitutivo de la conducta que se endilga comenzó con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, lo ha dicho la víctima al declarar en Cámara Gesell que los contactos comenzaron cuando ella tenía 13 años; su hermana, P. V. M., quien indica que las comunicaciones se iniciaron en octubre, noviembre del año pasado, y también se puede extraer del relato del hermano, J. M. M., que el acercamiento, la relación no era reciente.-

En el control que se impone de la valoración realizada para llegar a esta conclusión fáctica que es base de la condena, propio de la garantía del doble conforme, la apreciación que han efectuado de la prueba disponible se aparta de la lógica y de las máximas de la experiencia en particular se extrae que los jueces no efectuaron una valoración integral y adecuada, si se quiere hasta forzada, en detrimento del imputado para aplicar la ley 26904.-

Teniendo presente que el "Grooming", también llamado "delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales" o "ciberacoso sexual a menores" o "acoso sexual tecnológico" (Cfme. trabajos publicados por Gustavo Aboso y M. Cueto "Revista de Derecho Penal y Criminología", dirigida por E. Raúl Zaffaroni, ed. La Ley, Año IV, Nº 2, marzo de 2014, págs. 151 y 44.), consiste en un contacto o acercamiento

virtual con un menor de edad realizado por un adulto para crear una relación de confianza y convencerlo seguidamente para intercambiar imágenes o contenidos de connotación sexual con la intención o propósito de cometer algún tipo de abuso que lesione su integridad sexual independientemente de la forma que asuma la agresión; y los jueces de grado hacen referencia a una serie de acciones deliberadas realizadas por el autor que requirieron un intercambio intenso, un proceso que atravesó por distintas fases o etapas logrando ganarse la confianza de la menor a punto tal de abandonar su familia y su lugar para irse con el extraño, lo que al más elemental análisis indica que tal actividad demandó un tiempo prolongado y no unos días como lo sostienen, apareciendo así contradictoria la conclusión atinente a la ubicación temporal del hecho; es más el Dr. Camilo Pérez expresamente lo afirma al tratar la segunda cuestión cuando dice al inicio de fs. 119 “En el caso concreto entiendo que ha existido de parte del actor una conducta muy trabajada en el tiempo y que aprovechó varias circunstancias para lograr su cometido.”.-

La mencionada norma entró en vigencia el 19 de diciembre de 2013 y conforme la prueba aportada en el juicio ese contacto se inició al menos entre los meses de octubre y noviembre del mismo año, coincidiendo con el Sr. Defensor Público en cuanto ello implica una inobservancia al principio de irretroactividad de la ley penal (art. 18 C.N.). Podemos convenir que un segmento de la conducta se produce encontrándose en vigencia la ley, pero al tiempo de inicio de la acción no se encontraba tipificado el delito y como sabemos en el derecho penal rige el

principio de legalidad en virtud de cual ninguna conducta es punible si previamente una ley no la define como delito y por ende jamás se puede aplicar en forma retroactiva.-

El Juez, Camilo Pérez, se encargó igualmente de dar respuesta al planteo de la defensa, básicamente con el argumento que el delito de Grooming es un delito permanente y si entra en vigencia una nueva ley que tipifica la conducta y el autor no cesa, ella debe ser aplicada, citando en apoyo doctrina y jurisprudencia que en lo particular considero que no es de aplicación pues el caso sometido a conocimiento es distinto.-

Siguiendo al autor citado por el Magistrado, en su artículo "El delito de Grooming" publicado en La Ley, diario del 7/3/14, pág. 1; disponible online: AR/DOC/321/2014, "el grooming no se agota en la conexión virtual con el menor de edad, ni se satisface con el intercambio de imágenes, conversaciones o contenidos de connotación sexual, sino que representa una fase previa a lo que el autor realmente pretende, que es perpetrar algún tipo de atentado sexual sobre el menor esta vez de carácter corporal, en alguna de las formas tipificadas por el resto del ordenamiento punitivo"; es decir que el propósito del autor es central y aparece desde el inicio del contacto; la dificultad que se presenta teniendo en cuenta que se trata de una actividad que puede desarrollarse durante un lapso temporal prolongado, como es el caso de autos, no modifica esa unidad de resolución del autor que es anterior a la sanción de la ley. Entiendo que estamos ante un delito continuado de efectos permanentes, se trata de episodios continuadores de la ejecución del mismo delito; a decir de Terán Lomas, en el delito

continuado, a pesar de la pluralidad de hechos, la recíproca dependencia conduce a la unidad de la imputación delictiva (Derecho Penal. Parte General, t II, págs. 255, ed. Astrea, 1980) y desde luego comparto el precedente traído por el impugnante de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV.-

No se puede obviar que con la continuidad delictiva lo que se pretende es evitar el trato más severo que hubiera correspondido a la pluralidad de delitos y para ello debemos recurrir a la estructura del ilícito, que en el caso no es de aquellos en los que la acción necesariamente debe prolongarse en el tiempo durante un lapso significativo como por ejemplo un secuestro extorsivo o privación de la libertad, sino que se ubica dentro de los delitos instantáneos, que en las particulares circunstancias de realización llegan a ser cometidos a través del tiempo.-

b.- Expuesta mi posición sobre el punto encontramos también que la conclusión sobre el concurso de delitos es desacertada. Tenemos a un individuo mayor de edad que arribó a la ciudad de Sarmiento, procedente de Tucumán para encontrarse con una menor que había captado y seducido a través de la red social Factbook, por vía de mensajes de texto y llamados telefónicos, logrando que ésta abandone su hogar, concurriendo en primer término a un hotel de la localidad donde mantuvieron relaciones sexuales para luego intentar llevarsela de su lugar.-

Siguiendo la descripción efectuada de la figura del Grooming, indiscutidamente se ha tipificado un acto preparatorio de una conducta de abuso sexual, y es fuertemente criticada esta opción de política

criminal de elevar los actos preparatorios a la categoría de delitos, señala Ferrajolli: "Así, para muchos este adelantamiento es considerado un modo de actuación ilegítimo del Derecho Penal, porque no respeta los límites impuestos por el principio de ofensividad, previéndose una intervención penal contra conductas que no representan un ataque con suficiente entidad objetiva al bien jurídicamente tutelado" (Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, 5ta. Ed. Madrid 2001, pág. 464), sin embargo en el panorama internacional, en atención a la función de protección de bienes jurídicos por parte del derecho penal, se ha impuesto la idea de elevarlos a la categoría de delito (art. 176 del Código Penal Alemán, arts. 178 a 183 y 189 del Código Penal Español, la legislación federal de Estados Unidos Tit. 18, secciones 1591, 2421, 2422 y 242, art. 366 quater del Código Penal Chileno, entre otros).-

Como acabo de señalar se ha tipificado un acto preparatorio de una conducta de abuso sexual, la acción prevé contactar a un menor mediante algún medio de comunicación, descartando el contacto directo o corporal, por eso se habla de que "es una etapa virtual previa al abuso sexual en el mundo real" (expresión de Hugo A. Vaninetti en su trabajo "Inclusión del Grooming en el código Penal", L.L. diario del 16/12/13, pág. 1, disponible online AR/DOC/4628/2013), por lo tanto es una característica esencial del delito el propósito subyacente del autor como lo consigna la norma "con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma", por lo tanto si ese delito se concreta, o es tentado desplazará por la vigencia del concurso aparente de leyes a aquel que

representa la fase menos avanzada en el iter criminis. El parámetro interpretativo de la consunción forja la unidad punitiva y la selección típica antes mencionada (cfme. Alejandro Tazza, ob cit). En tal dirección el Tribunal de Casación Penal de Bs. As., Sala III, tiene dicho: "El concurso aparente, o concurso de leyes, se verifica cuando una acción pueda ser enjuiciada según diversos tipos penales, bastando empero uno de tales tipos por sí solo para agotar el pleno contenido de ilícito del hecho, de manera tal que, los demás tipos, carecen de relevancia para el pronunciamiento del juicio de culpabilidad. El concurso aparente se presenta toda vez que los elementos típicos de una o mas figuras penales se encuentran contenidos en otra, que a su vez incorpora algún o algunos elementos más; o cuando la misma ley se encarga de desplazar su aplicación ante la aparición de un elemento típico en particular (del voto del juez Violini, sin disidencias, en causa "C.,R. s/ Recurso de Casación", sentencia de fecha 12-6-2008, citado por Donna en el "Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia" Ed. Rubinzal-Culzoni, página 489); entiendo así que frente a la realidad fáctica acreditada al perpetrarse la situación de abuso sexual (estupro art. 120 C.P.) estamos ante un concurso aparente por relación de consunción y no es válido multiplicar las infracciones como han concluido los jueces de grado que sin fundamentación optaron por el concurso real (art. 55 C.P.), por ende corresponde revocar la sentencia en este punto y así voto.-

2.- En segundo término se agravia la Defensa por cuanto considera que la conducta que atribuyen a su asistido, calificada como constitutiva del delito de estupro (art. 120 CP) deviene atípica por no

encontrarse suficientemente acreditado uno de los componentes esenciales de la figura cual es la inmadurez sexual de la víctima y el aprovechamiento de ello por el autor; puntualmente denuncia que los jueces no han valorado la totalidad de la prueba que en conjunto indican que S. M. no era inmadura, entre ellas menciona el tenor de los mensajes de texto enviados por la joven, el examen practicado por la Dra. M. A. y los dichos de su asistido.-

Adelantando opinión y conforme las consideraciones que acabo de efecutar en el punto anterior, no caben dudas que el imputado llevó adelante todo un proceso para seducir a la menor durante un lapso mínimo de seis meses, mediante contactos virtuales a través de la red social facebook, mensajes de texto y llamadas telefónicas al celular, logrando involucrarla paulatinamente en actividades de contenido erótico, proponiendo incluso intercambiar fotos desnudos, ejecutando además promesas sobre un futuro común hasta que concretó el encuentro el día 27 de marzo de 2014 oportunidad en la que inmediatamente mantiene relaciones sexuales incurriendo de tal manera en el delito de estupro (art. 120 del CP) como bien han concluido los jueces de grado.-

No se encuentran controvertidas las acciones desplegadas por el imputado al arribar a la ciudad de Sarmiento y para ello indudablemente se aprovechó de la inmadurez sexual de la víctima.-

Sabemos que por medio de la ley 25.087 se reformuló todo el Capítulo referente a los delitos, ahora denominados “contra la integridad sexual” y en lo que respecta al art. 120, que regulaba el estupro, se refería a mujer honesta mayor de 12 años y menor de 15 años y que haya

existido acceso carnal, y ahora se elevó la edad de 13 a 16 años requiriendo la inmadurez sexual de la víctima que puede ser varón o mujer, y a partir de esta reforma se han producido algunas polémicas sobre determinados elementos normativos.-

En principio no debe confundirse el concepto de "inmadurez sexual" con el de "honestidad" ni con el de "inexperiencia sexual" , y en tal sentido resulta claro un fallo del Tribunal Superior de Córdoba, en cuanto sostiene que la inmadurez sexual de la víctima importa una valoración no jurídica, que remite a criterios éticos-sociales o standars de comportamientos reconocidos socialmente; afirma dicho Tribunal que: "La madurez sexual a la que, en forma negativa, alude el tipo penal, no se circunscribe a un conocimiento M.mente físico o fisiológico acerca del acto sexual, ni siquiera cuando éste es producto de la práctica sexual. Tan acotada comprensión resulta insuficiente a la luz del interés protegido por la figura, que involucra el más amplio ámbito de la sana e integra conformación de la personalidad en el área sexual, en base a la cual puede el adolescente discernir el verdadero sentido y naturaleza de su conducta, para prestar un consentimiento libre y consciente sobre aquellas acciones que puedan afectar dicha esfera vital. Ésta es la lectura que atiende al fin de protección de la norma *sub examine* y que al mismo tiempo surge de su tenor literal, toda vez que "madurez" implica "buen juicio o prudencia, sensatez" (conf. *Diccionario de la lengua española*, 21° ed., 2001). No es irrelevante, en este sentido, que el legislador haya optado por requerir "madurez" y no "experiencia" sexual, puesto que esta última alude a un simple conocimiento

o práctica que no alcanza a trascender a estrados valorativos (del *voto* de la doctora Cafure de Battistelli). [TS Córdoba, Sala Penal, 7/3/07 "Bidondo, Héctor Raúl p.s.a. abuso sexual con acceso carnal. Recurso de casación", expte. "B" 24/2005, S. 22, WebRubinzal ppypenal37.5.1.r4].", extraído del "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial" de Baigún y Zaffaroni, Ed. Hamurabi, pág. 274/275.-

En los términos expuestos la inmadurez sexual fue acreditada suficientemente en el juicio no solo con los testimonios de los familiares, sino también con el peritaje psicológico de la menor a cargo de la Lic. S. y el testimonio de la Dra. A. que practicó el examen médico, prueba que fue ponderada correctamente por los jueces del tribunal y que en lo sustancial no ha sido cuestionada por el Sr. Defensor. Si bien es cierto que la víctima pudo mantener contactos por la misma vía con otras personas de un tenor similar o aún admitiendo la hipótesis que trae el imputado en ejercicio de su defensa material para tratar de mostrar que la menor no era inmadura, como es haber transitado por una experiencia traumática, puntualmente con un tío que tenía una panadería en Comodoro Rivadavia, no alcanzan mínimamente para tenerla por sexualmente madura.-

Teniendo en cuenta todas las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, en ese proceso de seducción no pasa desapercibida la mayor edad del imputado como tampoco el aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima y que de tal forma obtuvo un consentimiento absolutamente viciado; alega D. que desde el inicio del contacto ella le dijo que tenía 18 años sosteniendo el Defensor que tal extremo no ha sido

desvirtuado por el Ministerio Público Fiscal, y que fue soslayado por el Tribunal.-

Sin perjuicio de las consideraciones ya efectuadas al dar respuesta al primer agravio, como acabo de señalar todas las circunstancias del caso acreditadas con las pruebas rendidas en el juicio indican al más elemental análisis que el imputado sabía perfectamente que trataba con una menor.-

Dice D. que se contactó por un chat al que ingresan personas mayores, sin desconocer que también pueden hacerlo menores, pero en lo particular ella se identificaba como una persona de 18 años y que todas las referencias que le brindaba indicaban que podía tener esa edad, en tanto él siempre manifestó que era mayor y que tenía una hija de cinco años.-

Ahora bien de la investigación realizada por E. M. a cargo de la División de Investigaciones Policiales y de los testimonios de los hermanos de la víctima P. V. y J. M. M. surge que el imputado se identificaba como una persona menor de edad, de 15 años, y que la foto del muro en Factbook, si bien era propia, refería que correspondía a su padre fallecido. Cabe preguntarse entonces ¿cuál era el sentido de identificarse como menor si su interlocutora era mayor?, y la respuesta no es otra que sabía efectivamente que se contactaba con una adolescente, hasta que logró involucrarla para revelar su verdadera identidad, ganando su confianza aprovechándose de su inmadurez; y no puede escapar a este análisis que de acuerdo a la investigación llevada adelante por M., los contactos de esta persona eran en su mayoría con mujeres menores de edad.-

En definitiva del examen de los sufragios se extrae que en relación a este episodio los jueces valoraron correctamente la prueba, descartando la hipótesis con sólidos fundamentos que no logra revertir el impugnante y por ende la queja no ha de prosperar y así voto.-

3.- Por último se impone tratar el monto de la pena, y como consecuencia del progreso parcial del recurso, en cuanto fue descartado en el caso la concurrencia de la figura del "Grooming", hemos considerado en el proceso deliberativo que debe readecuarse la pena para ubicarla en el mínimo del art. 120 del Código Penal, dejar dicha condena en suspenso y aplicar reglas de conducta del art. 27 bis del mismo cuerpo legal.-

Conforme lo sostiene la C.S.J.N. en "Maldonado" la pena se impone de acuerdo con la culpabilidad del autor y en este punto no puedo soslayar que este episodio tuvo una connotación mayor porque el imputado se llevó a la menor de la ciudad de Sarmiento y en virtud de la diligente intervención policial, ante la denuncia de los familiares, lograron recuperarla y detener a D. en la Capital Federal, más precisamente cuando se trasladaban en una empresa de transporte terrestre y los jueces de grado, en particular los Dres. Casal y Criado, no dejan de observar la actuación del Ministerio Público Fiscal en cuanto no cubrió la totalidad del designio criminal, entendiendo el primero que incluso puede estar vinculado con la trata de blancas.-

Más allá de las críticas que se le pueden efectuar a la actuación del órgano acusador y a quienes han intervenido en la etapa preparatoria, válidas por cierto, tal conducta no integra el reproche y la pena

no puede superar la gravedad de la culpabilidad por el hecho; partiendo entonces desde esa premisa, corresponde excluir las consideraciones que han efectuado los jueces de grado para la individualización de la pena, en particular las referencias a la conducta posterior como pauta aumentativa en la dosis de la sanción a imponer.-

Como adelantara entendemos que se ajusta al caso aplicar la pena de tres años de prisión y es en la finalidad de prevención especial positiva en la que se sustenta la aplicación del art. 26 del C.P., dejando dicha condena en suspenso.-

Sin dejar de considerar el tiempo que ha permanecido privado de libertad el imputado, razones de utilidad social aconsejan prescindir de una ejecución que sería prejudicial; mantener el encierro por un periodo de corta duración no garantiza el éxito de ningún programa de resocialización.-

También hemos considerado las circunstancias personales del imputado, en particular su lugar de radicación, su situación familiar y el pscicodiagnóstico realizado por la Lic. Patricia Fernández presentándose como más adecuado, y con la finalidad de evitar nuevos hechos como el aquí analizado, el cumplimiento de pautas en el marco del art. 27 bis del C.P. adhiriendo en todo a las propuestas por quien conduce la votación, y así voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

De acuerdo al resultado de la votación en la cuestión precedente, que se lograra por unanimidad, propongo al Acuerdo que se dicte

el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado C. C. D., contra la sentencia Nº 1145/14 dictada en fecha 15 de diciembre de 2014; revocar parcialmente el punto 1°) de la sentencia, y absolver a C. C. D., del delito de grooming (art. 131 CP); confirmar el pronunciamiento en cuanto condena al nombrado como autor penalmente responsable del delito de estupro (art. 120 del CP) por el hecho ocurrido el día 27/3/2014 en la ciudad de Sarmiento perjuicio de la menor S.V.M.; readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva a la pena de tres años de prisión en suspenso (art. 26 del C.P.); imponiéndole las siguientes reglas de conducta por el término que dure la condena (art. 27 bis del C.P.): incisos 1º.- Fijar residencia y someterse al cuidado de un Patronato; inciso 2º.- Abstenerse de acercarse a la víctima y sus familiares, o a los lugares donde los mismos concurran o desarrollen sus actividades diarias; inciso 3º.- Abstenerse de usar estupefacientes o abusar de bebidas alcohólicas e inciso 6º.- Someterse a un tratamiento psicológico, previo informe del Cuerpo Médico Forense de su lugar de residencia que acredite su necesidad y eficacia; ordenar la libertad de C. C. D., previo constatar la inexistencia de órdenes de detención o medidas de coerción personal emanadas de otro magistrado y en otra causa, y labrar acta en la que fije domicilio del que no podrá ausentarse por largo tiempo ni mudarlo, sin la debida comunicación a la referida dependencia judicial, hasta tanto quede firme el presente pronunciamiento (arts. 220, 3er. párrafo, in fine; 226, inc. 1º, 333 y ccs. del CPP). A tal fin líbrese oficio al Director de la Oficina Judicial de Sarmiento.-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de 30 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

En orden al resultado al que se llegara por unanimidad en la priM. cuestión, coincido con el Juez que lidera el Acuerdo con el dictado del siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado C. C. D., contra la sentencia Nº 1145/14 dictada en fecha 15 de diciembre de 2014; revocar parcialmente el punto 1°) de la sentencia, y absolver a C. C. D., del delito de grooming (art. 131 CP); confirmar el pronunciamiento en cuanto condena al nombrado como autor penalmente responsable del delito de estupro (art. 120 del CP) por el hecho ocurrido el día 27/3/2014 en la ciudad de Sarmiento perjuicio de la menor S.V.M.; readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva a la pena de tres años de prisión en suspenso (art. 26 del C.P.); imponiéndole las siguientes reglas de conducta por el término que dure la condena (art. 27 bis del C.P.): incisos 1º.- Fijar residencia y someterse al cuidado de un Patronato; inciso 2º.- Abstenerse de acercarse a la víctima y sus familiares, o a los lugares donde los mismos concurran o desarrollen sus actividades diarias; inciso 3º.- Abstenerse de usar estupefacientes o abusar de bebidas alcohólicas e inciso 6º.- Someterse a un tratamiento psicológico, previo informe del Cuerpo Médico Forense de su lugar de residencia que acredite su necesidad y eficacia; ordenar la libertad de C. C. D., previo constatar la

inexistencia de órdenes de detención o medidas de coerción personal emanadas de otro magistrado y en otra causa, y labrar acta en la que fije domicilio del que no podrá ausentarse por largo tiempo ni mudarlo, sin la debida comunicación a la referida dependencia judicial, hasta tanto quede firme el presente pronunciamiento (arts. 220, 3er. párrafo, in fine; 226, inc. 1º, 333 y ccs. del CPP). A tal fin líbrese oficio al Director de la Oficina Judicial de Sarmiento.-

Asimismo coincido con la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

Atento al resultado al que se arribara por unanimidad en la cuestión precedente, es que he de adherir al dictado del siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado C. C. D., contra la sentencia Nº 1145/14 dictada en fecha 15 de diciembre de 2014; revocar parcialmente el punto 1°) de la sentencia, y absolver a C. C. D., del delito de grooming (art. 131 CP); confirmar el pronunciamiento en cuanto condena al nombrado como autor penalmente responsable del delito de estupro (art. 120 del CP) por el hecho ocurrido el día 27/3/2014 en la ciudad de Sarmiento perjuicio de la menor S.V.M.; readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva a la pena de tres años de prisión en suspenso (art. 26 del C.P.); imponiéndole las siguientes reglas de conducta por el término que dure la condena (art. 27 bis del C.P.): incisos 1º.- Fijar residencia y someterse al cuidado de un Patronato; inciso 2º.- Abstenerse de acercarse a la víctima y sus familiares, o

a los lugares donde los mismos concurran o desarrollen sus actividades diarias; inciso 3º.- Abstenerse de usar estupefacientes o abusar de bebidas alcohólicas e inciso 6º.- Someterse a un tratamiento psicológico, previo informe del Cuerpo Médico Forense de su lugar de residencia que acredite su necesidad y eficacia; ordenar la libertad de C. C. D., previo constatar la inexistencia de órdenes de detención o medidas de coerción personal emanadas de otro magistrado y en otra causa, y labrar acta en la que fije domicilio del que no podrá ausentarse por largo tiempo ni mudarlo, sin la debida comunicación a la referida dependencia judicial, hasta tanto quede firme el presente pronunciamiento (arts. 220, 3er. párrafo, in fine; 226, inc. 1º, 333 y ccs. del CPP). A tal fin líbrese oficio al Director de la Oficina Judicial de Sarmiento.-

Igualmente adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

----------**RESUELVE:** ----------

1º) HACER LUGAR parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **C. C. D.**, contra la sentencia Nº 1145/14 dictada en fecha 15 de diciembre de 2014 (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).---- **2°) REVOCAR** parcialmente el punto 1°) de la sentencia, y **ABSOLVER** a **C. C. D.**, del delito de grooming (art. 131 CP).----------

3°) CONFIRMAR el pronunciamiento en cuanto condena al nombrado como autor penalmente responsable del delito de estupro (art. 120 del CP)

por el hecho ocurrido el día 27/3/2014 en la ciudad de Sarmiento perjuicio de la menor S.V.M.; readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva a la pena de **tres años de prisión en suspenso** (art. 26 del C.P.); imponiéndole las siguientes reglas de conducta por el término que dure la condena (art. 27 bis del C.P.): incisos 1º.- Fijar residencia y someterse al cuidado de un Patronato; inciso 2º.- Abstenerse de acercarse a la víctima y sus familiares, o a los lugares donde los mismos concurran o desarrollen sus actividades diarias; inciso 3º.- Abstenerse de usar estupefacientes o abusar de bebidas alcohólicas e inciso 6º.- Someterse a un tratamiento psicológico, previo informe del Cuerpo Médico Forense de su lugar de residencia que acredite su necesidad y eficacia.----------

4º) ORDENAR la libertad de **C. C. D.**, previo constatar la inexistencia de órdenes de detención o medidas de coerción personal emanadas de otro magistrado y en otra causa, y labrar acta en la que fije domicilio del que no podrá ausentarse por largo tiempo ni mudarlo, sin la debida comunicación a la referida dependencia judicial, hasta tanto quede firme el presente pronunciamiento (arts. 220, 3er. párrafo, in fine; 226, inc. 1º, 333 y ccs. del CPP). A tal fin líbrese oficio al Director de la Oficina Judicial de Sarmiento.-

---

5º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de 30 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

6º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

Fdo. Dres. Luis D. María Pintos, Presidente; M. Roberto Montenovo y

Guillermo Müller, Jueces de Cámara.-

Protocolo Sentencia N° 06/2015.-