

“Z.M.G- Grooming- s/ rec. de casación c/ sent. nº XX/20 de expte. nº XXX/17”

SENTENCIA NÚMERO: XXXX

En la ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca, a los treinta días del mes de abril de dos mil veintiuno, la Corte de Justicia de Catamarca, integrada por los señores Ministros doctores Carlos Miguel Figueroa Vicario - Presidente-, Vilma Juana Molina, José Ricardo Cáceres, Luis Raúl Cippitelli y Amelia Sesto de Leiva; se reúne en acuerdo para entender en el Recurso de Casación deducido en autos, Expte. Corte nº XXX/20, caratulados: **“Z.M.G- Grooming- s/ rec. de casación c/ sent. nº XX/20 de expte. nº XXX/17”**.

Por Sentencia nº XX/20 de fecha 24/08/2020, la Cámara en lo Criminal de Primera Nominación, integrada en Sala Unipersonal, en lo que aquí concierne, resolvió: “I) Declarar culpable a M.G.Z, de condiciones personales relacionadas en la causa, como autor penalmente responsable del delito de contacto con una menor de edad mediante tecnología de transmisión de datos con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma (Grooming) (arts. 131 y 45 del CP), condenándolo en consecuencia a sufrir la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo. Con costas, arts. 407 y 536 del CPP, manteniendo el estado de libertad del que viene gozando hasta que la presente sentencia quede firme (...).”.

Contra este fallo, la Defensora Oficial en lo Penal de Tercera Nominación, en representación del acusado M.G.Z, interpone este recurso. Centra sus críticas en los incs. 1º, 2º, 3º y 4º del art. 454 del CPP, esto es, inobservancia o errónea aplicación de las reglas de la sana crítica en la apreciación de las pruebas, inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva; inobservancia o errónea aplicación de las normas previstas para la individualización de la pena e inobservancia de las normas que el CPP establece bajo pena de nulidad.

Primer motivo de agravio:

a). Valoración parcial de pruebas – motivación aparente:

La recurrente cuestiona el razonamiento efectuado por el Tribunal al valorar la confesión de su asistido, lo considera insuficiente, en razón de que, a su entender, no reúne los requisitos para ser considerada como válida. Enfatiza, en que debe ser manifestada ante el juez, personalmente y de manera libre, voluntaria, consciente; debe tener por objeto hechos (comprendidos en un relato y no bastando la sola autoincriminación); debe ser expresa (relato pormenorizado); verosímil y creíble, concordante, persistente y uniforme. Manifiesta que tales requisitos se encuentran ausentes en la confesión de M.G.Z, quien de manera vaga y general se auto-incriminó, quizás en miras a lograr una condena benévola.

Desde otro ángulo, argumenta que de la declaración en debate, de la denuncia y de las ampliaciones (f. 01/02, 21/22 y 116vta.) del progenitor de la menor, surge la inexistencia de intercomunicación entre M.G.Z y la niña. Argumenta que, la interacción entre remitente y receptor siempre tuvo lugar entre dos adultos, lo que coincide con lo expresado por la menor en Cámara Gesell, toda vez que, ante el primer mensaje recibido, la niña recurre a su padre quien decide asumir el rol de su hija, interactuando con su asistido.

En idéntica dirección, cuestiona la falta de valoración de la prueba recabada, más precisamente, de la declaración del padre de la menor y de lo expuesto por esta última en Cámara Gesell.

b). Delito de grooming - falta de configuración - atipicidad:

Sostiene la impugnante que el elemento subjetivo del tipo penal (contacto con una menor de edad mediante tecnología de transmisión de datos con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma (Grooming), previsto en el art. 131 del CP) concurre (dolo directo), pero afirma que no se puede predicar lo mismo respecto al elemento objetivo (en relación a los sujetos intervinientes); en consecuencia, concluye que éste es un caso de atipicidad.

En ese sentido, argumenta que el contacto, comunicación e interacción, desde un primer momento fue llevado adelante por dos adultos, por lo que, -enfatiza- el sujeto pasivo está ausente. Sostiene así, que tal situación torna atípica la figura por faltar uno de los elementos objetivos, o, en su caso, convierte a la misma en delito tentado, en virtud de que, por razones

ajenas a la voluntad del sujeto activo, no pudo lograr su cometido. Cita doctrina (Tazza y Buompadre).

Segundo motivo de agravio:

a) Derecho de contralor de actos definitivos:

Se agravia la recurrente por considerar que desde el comienzo de la causa se ha incurrido en la inobservancia de la representación del imputado. Argumenta que, la IPP da comienzo el 7-11-2016, ordenándose, la visualización del teléfono celular n° XXXXXXXX y la realización del acta de visualización de mensajes vía WhatsApp y captura de pantallas de los mensajes recibidos en la tablet con el chip telefónico n° XXXXXXXX. Para dicho acto se notificó al asesor de menores, omitiendo la notificación a la defensa e incumpliendo con lo previsto en el art. 117 in fine del CPP.

Es decir, conforme surge de fs. 4, 5 y 7/8, se llevaron a cabo medidas probatorias que son definitivas e irreproducibles y han dado base y sustento a la sentencia de condena, con ausencia de notificación a la defensa, imposibilitando de esta forma el ejercicio del derecho de contralor.

Es por ello, que por el carácter de irreproducibles y definitivos y por su importancia decisiva al momento de fallar, el incumplimiento de las formas legales acarrea la nulidad del acto.

b) Derecho a una efectiva defensa técnica:

En este punto, cuestiona la “aparente” asistencia técnica que, a su modo de ver, recibió M.G.Z por la actitud pasiva de su defensor a lo largo de todo el proceso. Considera que el acusado sufrió un evidente estado de indefensión que amerita la declaración de nulidad, la que debe abarcar todos los actos del proceso que muestren indefensión del imputado.

Tercer motivo de agravio:

Entiende que la pena impuesta a su pupilo es desproporcionada y que adolece de falta de fundamentación. Sostiene que el *a quo* no valora las circunstancias del caso, tiempo, modo y lugar que en la causa tienen que ver con las TICs. Por otra parte, tampoco tuvo en cuenta la inexistencia de interacción entre M.G.Z y la menor.

Critica el cumplimiento efectivo de la pena impuesta cuando se trata de un procesado primario.

Reitera que la confesión brindada en el debate por M.G.Z no cumple con los requisitos necesarios para ser considerada válida, sin embargo, le causa agravio que el juez la valoró como un elemento que contribuía a alcanzar el grado de certeza necesario para condenar.

Finalmente, solicita la absolución de M.G.Z, toda vez que el hecho incriminado resulta atípico y para el hipotético caso que se considere que concurren los elementos del tipo penal previsto en el art. 131 del CP, solicita se declare la nulidad de todo lo actuado, ya que se ha incurrido en supuestos de nulidades absolutas por violación al derecho de defensa y debido proceso.

Efectúa reserva del Caso Federal.

De acuerdo con el resultado del sorteo efectuado para determinar el orden de votación (f.), nos pronunciaremos de la siguiente manera: en primer lugar, el Dr. Cáceres; en segundo, la Dra. Molina; en tercer lugar, la Dra. Sesto de Leiva; en cuarto, el Dr. Cippitelli y en quinto término, el Dr. Figueroa Vicario.

Así las cosas, el Tribunal se plantea las siguientes cuestiones:

1º) ¿Es admisible el recurso?

2º) ¿La resolución cuestionada ha inobservado o aplicado erróneamente las reglas de la sana crítica en la apreciación de las pruebas, y a consecuencia de ello, ha incurrido en una errónea aplicación del art. 131 CP?

3º) ¿El Tribunal *a quo* ha inobservado las normas que el CPP establece bajo pena nulidad?

4º) ¿La resolución en crisis ha incurrido en errónea aplicación de las normas previstas para la individualización de la pena? ¿Qué resolución corresponde dictar?

A la Primera Cuestión, el Dr. Cáceres dijo:

El presente recurso de casación reúne los requisitos de admisibilidad formal establecidos en el art. 460 del C.P.P, debido a que es interpuesto en forma y en tiempo oportuno, por parte legitimada y se dirige contra una resolución que, por ser condenatoria, pone fin al proceso y es definitiva. Por ende, es formalmente admisible. Así voto.

A la Primera cuestión, la Dra. Molina dijo:

Me adhiero a la solución propugnada por el Sr. Ministro preopinante y voto también por la admisibilidad formal del recurso interpuesto.

A la Primera cuestión, la Dra. Sesto de Leiva, dijo:

El Dr. Cáceres da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

A la Primera cuestión, el Dr. Cippitelli dijo:

Entiendo acertadas las razones expuestas por el Sr. Ministro emisor del primer voto y por ello me adhiero a su voto y doy el mío en igual sentido.

A la Primera cuestión, el Dr. Figueroa Vicario dijo:

El Sr. Ministro emisor del primer voto da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la cuestión relativa a la formalidad de la presentación, Por ello adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

A la Segunda Cuestión, el Dr. Cáceres dijo:

El hecho que el Tribunal consideró acreditado es el siguiente: “Que con fecha cuatro de noviembre del año dos mil diecisiete, a horas quince con treinta y un minutos (15:31 hs), M.G.Z, inició una conversación por mensajes escritos, vía aplicación “whatsapp”, desde el número telefónico identificado como nº XXXXXXXX, con una foto de perfil de imagen superior izquierda de la pantalla, de una persona de sexo masculino, tomando contacto con la menor MAB de 8 años de edad, por idéntica vía comunicacional al nº XXXXXXXX, abonado de la empresa Claro, cuyo chip se encontraba insertado en una tablet, marca KELYX, de color blanca, modelo M7603G, que la menor utilizaba, con claras intenciones de concretar un encuentro a los fines de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.

1. Como cuestión preliminar al tratamiento de la cuestión sometida a examen del Tribunal, debo poner de resalto que, en el Acta de Debate, se ha omitido cumplimentar con los parámetros que ha establecido esta Corte (S. 43/20, S Nº 17/2015, S. Nº 27/2017, entre muchos otros)-, en lo atinente a la protección y resguardo del derecho a la intimidad

de las víctimas de violencia de género, conforme lo ordenado por la normativa supranacional y nacional vigentes.

Es así, que corresponde mandar a testar todos los registros en los que figura el nombre completo del denunciante (progenitor de la menor) y el de la víctima del hecho, debiendo dejar constancia de sus iniciales.

Sentado lo anterior, corresponde ingresar al tratamiento del primer planteo introducido por la casacionista, centrado en cuestionar la legalidad de la confesión que el acusado efectuara en oportunidad de ejercer, en el juicio, su derecho de defensa.

Adelanto que el planteo no tendrá acogida favorable. Digo ello, porque en presencia de su asistente técnico y con pleno respeto de las garantías procesales constitucionales, M.G.Z, luego de escuchar el contenido de la imputación y la prueba de cargo, manifestó ante el tribunal reconocer el hecho tal como le fue informado y pidió perdón a la víctima, a su familia, a Dios y a la Virgen. En efecto, quedó acreditado que el acusado ejerció su derecho como una expresión de la autonomía individual, prestada en forma libre y espontánea, sin que se haya constatado o denunciado la existencia de algún tipo de vicio de la voluntad. Así lo considero, en tanto frente al tribunal de manera clara y expresa declaró del modo en que lo hizo. Observo, en consecuencia, que con las hipótesis que plantea la recurrente a modo de agravio, no logra demostrar la invalidez del acto que cuestiona.

En cuanto a la alegada inexistencia de uno de los elementos típicos requerido por el delito previsto en el art. 131, CP; como punto de partida, estimo oportuno resaltar que la expresión grooming “hace referencia a una serie de conductas y acciones deliberadamente emprendidas por un adulto con el objetivo de ganarse la amistad de un menor de edad, creando una conexión emocional con el mismo, con el fin de disminuir las inhibiciones del niño y poder abusar sexualmente de él” (Arocena, Gustavo y Balcarce, Fabián; “CHILD GROOMING. Contacto tecnológico con menor para fines sexuales”; Ed. Lerner; Córdoba; Año 2014; Pág. 63).

El art. 131 del CP prevé que: “Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión

de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.

El análisis de la norma permite sostener que para tener por configurado el tipo penal se requiere: a) la existencia de un contacto – comunicación y recepción-; b) que el contacto lo sea por medio de tecnologías de transmisión de datos; c) que el sujeto pasivo sea un menor de edad; y d) que la finalidad de la comunicación sea la comisión de alguno de los delitos contra la integridad sexual que prevé el ordenamiento penal. Y el verbo típico de la figura penal consiste en establecer contacto o comunicación con una persona menor de edad -sujeto pasivo especial-.

Sobre el punto, cabe destacar que la acción típica requiere que “el autor establezca un contacto con el menor, esto es, que el menor recepte la comunicación, tome conocimiento de ella, pudiendo –inclusive- responder el contacto, pero este último comportamiento no resulta exigible típicamente. Ni siquiera es relevante a los fines consumativos, que se produzca un encuentro personal ulterior entre el agresor y su víctima, ni que se lleve a cabo entre ambos una relación de naturaleza sexual, menos aún que la víctima acepte algún tipo de propuesta sugerida por el agresor. De acuerdo con los términos previstos en el art. 131, es suficiente para la perfección típica la mera realización de la acción de contactarse con el menor con una finalidad sexual, pero sin ulteriores resultados...” (BUOMPADRE, Jorge Eduardo, “Violencia de género en la era digital – Modalidades mediante el uso de la tecnología”, Astrea, Buenos Aires, 2016, pp. 198, 208, 217).

En tal sentido, “la acción típica no se concreta únicamente con la mera comunicación ‘sin contacto’, esto es, sin la recepción por parte de la víctima, sino que requiere la realización de una segunda conducta a cargo de ésta, esto es, receptar la comunicación, vale decir que la primera acción (a cargo del sujeto activo) necesita indefectiblemente de la segunda (a cargo del sujeto pasivo); una necesita de la otra, como las dos caras de la misma medalla, lo cual permite inferir que la conducta se configura como una acción de doble tramo, de doble paso, ‘comunicación/recepción’, debiéndose dar ambas para que el delito se consuma.” (Boumpadre, Jorge Eduardo; ob. cit., pp.198/199).

En el caso sometido a revisión, lo que se encuentra discutido es el contacto entre el acusado y la menor. En tal sentido, la defensa postula que el sujeto pasivo que demanda el tipo está ausente, en tanto afirma que el contacto, la comunicación desde un primer momento fue llevado adelante entre adultos (M.G.Z y R.A.B. -progenitor de la menor-)

Fijada la materia de agravio, a diferencia de lo postulado en el recurso, observo que, en el caso, quedó probado que la menor recibió a través de su tablet el mensaje enviado a ella vía WhatsApp por M.G.Z, quedando configurada así, la acción típica que se le endilga.

Las consideraciones expuestas dejan sin sustento las alegaciones de la recurrente, en tanto la acción típica no requiere la interacción de mensajes; en consecuencia, que la menor víctima haya entablado la pretendida intercomunicación, brindado respuesta al acusado. Pero esto no constituye una exigencia del tipo delictivo en cuestión, mientras que sí lo hace, el reconocimiento expreso efectuado por la impugnante en el escrito recursivo, al destacar que cuando la niña recibió el primer mensaje, recurrió a su padre. Por tal motivo, la conducta desplegada por el progenitor de M.A.B., quien al constatar que ni él ni su mujer conocían al remitente decidió asumir el rol de su hija, interactuando con M.G.Z, sin que este lo advirtiera; si bien resultó trascendental y de suma importancia para la causa, ninguna incidencia tiene a fin de modificar la tipificación legal atribuida a la conducta del acusado en cuestión.

Ello así, porque quedó probado y fuera de discusión en esta instancia que, la primera receptora del mensaje fue la menor (M.A.B., 8 años de edad), circunstancia que ha sido reconocida en varios tramos del escrito recursivo interpuesto, por lo que la pretensión de atipicidad no resulta procedente. Y es que, todo lo que ocurrió después, es decir, el intercambio de mensajes a través de WhatsApp por medio de la Tablet perteneciente a la menor, llevada a cabo entre el progenitor de la víctima y el acusado; así como la concreción de la cita en inmediaciones de la Terminal con M.G.Z, quien creía que se encontraría con la niña, son circunstancias que carecen de trascendencia a los fines de desestabilizar la calificación legal atribuida al imputado, como pretende la defensa, en tanto no son elementos constitutivos del tipo delictivo en cuestión.

Por otra parte, en cuanto al planteo vinculado a cuestionar la fundamentación probatoria de la sentencia, más allá de que se pueda compartir o no el modo en el que el tribunal desarrolló sus argumentos, no obstante se aprecia que arribó a una conclusión valorando y otorgando fuerza convictiva a la declaración de la víctima, relacionando su contenido con lo expuesto por su progenitor, manifestaciones que además, consideró, encuentran sustento en las actas de visualización de fs. 05, 07/15 y 23/30 en donde se corrobora el contenido de los mensajes que M.G.Z enviaba por WhatsApp a la menor víctima, recepcionados en su Tablet. También en el acta de allanamiento de fs. 65/65 vta. que da cuenta del material pornográfico secuestrado en el domicilio del acusado y en la pericia psiquiátrica realizada a M.G.Z, en donde se constata que presenta rasgos de comportamiento tipo manipulador, complaciente y de personalidad psicopática (fs. 101/101 vta.). Todo lo cual permite tener por verosímil que efectivamente el hecho ocurrió en las circunstancias de modo, tiempo y lugar narradas ante el a quo.

Así, se aprecia que el juzgador consideró diversos elementos de prueba para poder emitir su juicio valorativo.

Por otra parte, la recurrente tampoco controvierte las consideraciones allí expuestas, ni alcanza a acreditar arbitrariedad o falta de fundamentación en lo decidido en la sentencia, razones que bastan para desechar el presente agravio.

En resumen, los argumentos que expone no demuestran la violación por el Tribunal de las reglas que rigen la valoración de la prueba y, con ese déficit, sin poner en evidencia error grosero alguno en el razonamiento que precede el mérito que sustenta la sentencia impugnada, sólo expresan su mera discrepancia con la condena impuesta a M.G.Z.

Por las consideraciones expuestas, voto negativamente a la presente cuestión.

A la Segunda cuestión, la Dra. Molina dijo:

Me adhiero *in totum* a la solución propugnada por el Sr. Ministro preopinante y voto en igual sentido.

A la Segunda cuestión, la Dra. Sesto de Leiva, dijo:

El Dr. Cáceres da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en idénticos términos.

A la Segunda cuestión, el Dr. Cippitelli dijo:

Entiendo acertadas las razones expuestas por el Sr. Ministro emisor del primer voto y por ello me adhiero a su voto y doy el mío en el mismo sentido.

A la Segunda cuestión, el Dr. Figueroa Vicario dijo:

El Sr. Ministro emisor del primer voto da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en iguales términos.

A la Tercera Cuestión, el Dr. Cáceres dijo:

El eje central de discusión radica en postular la nulidad absoluta de la visualización del teléfono celular n° XXXXXXXX y del acta de visualización de mensajes vía WhatsApp en la Tablet con chip telefónico n° XXXXXXXX, por considerar que se ha vulnerado el derecho de defensa del acusado, al haberse llevado a cabo tales actos sin notificación a la defensa.

En primer término, cabe señalar que el principio general que regula el instituto de la invalidación de los actos procesales, es el de trascendencia, que exige la existencia de un vicio de tal carácter que afecte un principio constitucional. Ello sólo se materializa con la generación de un perjuicio que no haya sido subsanado, porque las formas procesales han sido establecidas como garantía de juzgamiento y no como meros ritos formales carentes de interés jurídico.

Tampoco debe perderse de vista que conforme a lo prescripto por el artículo 2 del C.P.P., toda disposición legal que establezca sanciones procesales –como la nulidad– debe ser interpretada restrictivamente.

En la señalada dirección, cabe resaltar que las nulidades tienen un ámbito de aplicación restrictivo, no son un fin en sí mismas pues se requiere la producción de un gravamen cierto que lleve a justificar una decisión contraria a la adoptada en la sentencia; de adverso, aún a despecho de su irregularidad, el acto no puede ser invalidado en el solo beneficio de la ley.

Las nulidades existen en la medida en que se ha ocasionado un perjuicio debiendo limitar su procedencia a los supuestos en que el acto que se estima viciado sea susceptible de causar un agravio o perjuicio concreto al impugnante, pues frente a la necesidad de obtener actos procesales válidos, existe la necesidad de obtener actos procesales firmes, sobre los cuales pueda consolidarse el derecho.

Sentado lo anterior, observo que, la sola alegación de violación de derechos constitucionales es insuficiente por sí para acoger favorablemente la Casación, si en el ataque efectuado no se acredita la vulneración fehaciente que se invoca. Y es que, la recurrente sólo esgrime afectación al derecho de defensa porque no se notificó al defensor oficial en turno, de la realización del acta de visualización, la que fuera dispuesta de manera concomitante con la radicación de la denuncia –la que sí fue puesta en conocimiento (fs. 17) idéntico día, sin que exista ninguna comparecencia de la defensora oficial-. Sin embargo, tampoco acredita ni se advierte el perjuicio ocasionado, máxime cuando reconoce que el acto se podría haber llevado a cabo, incluso, sin la presencia de la defensa, a pesar de haber sido notificada. Por otra parte, si bien refiere que se imposibilitó el ejercicio del derecho de contralor, no obstante, no ha objetado los hechos de los que da cuenta el acta, es decir, no se ha cuestionado que la información allí plasmada sea falsa, por lo que el acto hace plena fe de la existencia material de los hechos cumplidos por la policía judicial.

Concretamente, los argumentos presentados no demuestran que la irregularidad denunciada haya afectado efectivamente la defensa en juicio del imputado; máxime, cuando el acto procesal cuestionado fue reeditado ante la presencia del tribunal con control de las partes, mediante las declaraciones del progenitor de la víctima quien explicó nuevamente la modalidad de contacto y comunicación del acusado con su hija y el contenido de los mensajes recibidos. De este modo, es el órgano de prueba quien porta el elemento y lo introduce en el proceso, permitiendo su reconstrucción de manera compatible con los principios de contradicción, publicidad, inmediación e identidad física del juzgador.

Las consideraciones expuestas, denotan que la impugnante no logra individualizar concretamente el daño que la

circunstancia que invoca ocasiona particularmente a su defendido, por lo que deberá tenerse presente que no vale la nulidad por la nulidad misma, sino que hay que acreditar el perjuicio del acto nulo en forma precisa y determinada.

Por tales motivos, es dable concluir que no se constata la pretendida nulidad ni que se haya generado alguna afectación a las garantías constitucionales que amparan al imputado –derecho de defensa en juicio y debido proceso legal-.

Asimismo, tampoco puede tener acogida favorable las hipótesis investigativas y la realización de distintas pruebas que la recurrente considera omitidas de realizar durante la investigación penal preparatoria o que podrían, desde su punto de vista, haber resultado útiles para el proceso. En efecto, tales planteos no sólo resultan extemporáneos en esta instancia, sino que la impugnante tampoco demuestra el carácter dirimente de las probanzas que invoca a fin de conmover la decisión puesta en crisis.

Por último, debo decir que también resulta ajeno a esta instancia casatoria calificar la actuación del defensor en el proceso, puesto que ello chocaría frontalmente con la libertad e independencia en el ejercicio de la defensa que un Estado debe garantizar a todo imputado. En efecto, si esta Corte estableciese, de modo correctivo, cuál estrategia defensiva era la indicada para el caso concreto -tal como lo pretende aquí la recurrente-, ello implicaría una injustificada superposición entre el rol del juez y el del defensor, lo cual también afectaría la imparcialidad.

Asimismo, la disconformidad que la recurrente plantea al no compartir la actuación del anterior defensor, de ningún modo autoriza a sostener la invocada indefensión del acusado. Ello así, por cuanto la cuestionada falta de ofrecimiento de pruebas implica una actitud que en sí no presenta objeciones, si se tiene en cuenta el principio de discrecionalidad técnica que rige la actuación del profesional de confianza escogido por el inculpado. En tal sentido, cabe resaltar que, en el proceso penal, donde el Ministerio Público es el que soporta la carga de probar el delito imputado, la tarea defensiva, controlando y/o neutralizando los elementos de juicio aportados por la contraparte puede cumplir con solvencia la misión que le

cabe, sin necesidad de proponer probanzas de su lado, por lo que, no se advierte ninguna situación de indefensión atravesada por el justiciable.

Por otra parte, considero que la conducta asumida por la defensa en el juicio, se muestra compatible con la estrategia defensiva que aconsejó a su asistido, quien reconoció de manera libre y expresa ante el tribunal el hecho que se le atribuía. En consecuencia, la pasividad técnica que denuncia la recurrente no se infiere de la actuación del letrado durante el debate oral, trasluciendo el planteo una simple discrepancia o disconformidad con el modo en que asesoró legalmente al acusado, pero ello no trasluce el menoscabo de la garantía del derecho de defensa que aquí se denuncia.

Corresponde agregar que ninguna nulidad acarrea la falta de comparecencia del defensor de M.G.Z el día de la lectura de los fundamentos de la sentencia, en tanto ese acto sólo reviste el carácter de notificación, pero en modo alguno implica el insinuado abandono de la defensa del acusado ni que el mismo se haya encontrado en estado de indefensión.

Así, desde el inicio del proceso se garantizó la intervención del acusado; en los momentos previos, poniendo en conocimiento de la denuncia a la defensora oficial en turno (fs. 17), siendo luego asistido por un defensor de su elección, quien lo acompañó hasta la finalización del juicio oral.

Además, la jurisprudencia que la impugnante cita a para fundar sus agravios, no resultan de aplicación al caso, por cuanto no demuestra la similitud de aquellas circunstancias con las que surgen de la presente causa. Es decir, omite demostrar que hubiera correspondido adoptar idéntica solución a la dada en aquellos precedentes, de los que surge que es responsabilidad del estado garantizar al imputado, el derecho a una efectiva defensa técnica, no meramente formal. Ese no es el caso del juicio contra M.G.Z.

Consecuentemente, el presente agravio no puede tener acogida favorable.

En razón de lo expuesto, estimo que corresponde rechazar los planteos de nulidad efectuados por la recurrente. Así voto.

A la Tercera cuestión, la Dra. Molina dijo:

Me adhiero *in totum* a la solución propugnada por el Sr. Ministro preopinante y voto en idénticos términos.

A la Tercera cuestión, la Dra. Sesto de Leiva, dijo:

El Dr. Cáceres da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

A la Tercera cuestión, el Dr. Cippitelli dijo:

Entiendo acertadas las razones expuestas por el Sr. Ministro emisor del primer voto y por ello me adhiero a su voto y doy el mío en el mismo sentido.

A la Tercera cuestión, el Dr. Figueroa Vicario dijo:

El Sr. Ministro emisor del primer voto da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en iguales términos.

A la Cuarta Cuestión, el Dr. Cáceres dijo:

Corresponde ahora, ingresar al tratamiento del agravio que subsidiariamente introduce la recurrente, vinculado a la errónea aplicación de las normas previstas para la individualización de la pena (arts. 40 y 41 CP). Concretamente, cuestiona por desproporcionada la fundamentación de la pena.

Cabe anticipar que, del análisis del fallo recurrido y de conformidad a los criterios que esta Corte viene sosteniendo, no advierto vicio en la fundamentación dada por el juzgador en la individualización de la pena impuesta a M.G.Z, tal como se explica a continuación.

Al respecto, esta Corte, ya se ha expedido en numerosos precedentes en donde se dijo que la facultad discrecional de fijar la pena es en principio exclusiva del Tribunal de Juicio, y sólo puede ser controlada por el recurso de casación en los supuestos de arbitrariedad de la sentencia, criterio que se mantiene en la actualidad (S. n° 11/19, S. n° 55/18, S. n° 17/18, S. n° 39/17, S. n° 25/17, S. n° 4/17, entre muchas otras).

El ejercicio de esta facultad discrecional se encuentra condicionado a que la prudencia pueda ser objetivamente verificable, y que la conclusión que se estime como razonable no aparezca absurda respecto de las circunstancias de la causa, extremo éste demostrativo de un ejercicio

arbitrario de aquellas potestades. La exigencia de fundamentación de la pena impone al a quo el examen de las condiciones mencionadas en los arts. 40 y 41 del C.P., de manera que pueda apreciarse de qué modo ellas trascienden al juicio sobre la mayor o menor peligrosidad del condenado y, en definitiva, inciden en la medida de la pena. Cuando ello no ocurre, el ejercicio de aquellas facultades resulta arbitrario y genera la nulidad de la sentencia, porque impide su control.

Asimismo, la potestad discrecional del tribunal para determinar la pena incluye la facultad de seleccionar, entre todas las circunstancias del caso, aquellas que se entienden jurídicamente más relevantes a estos fines, lo que implica, lógicamente, la posibilidad de dejar de lado aquellas otras que, a criterio del juzgador, no gozan de entidad suficiente para ser destacadas. Así, mientras la selección de circunstancias agravantes y atenuantes luzca razonable, desde que las circunstancias omitidas no gozan de una relevancia evidentemente mayor que aquellas otras tenidas en cuenta, el ejercicio discrecional de esta potestad no resulta arbitrario.

De ello se colige, que el tribunal se encuentra autorizado para considerar -dentro de un margen de razonabilidad- que una circunstancia determinada no tiene entidad suficiente o tiene escasa entidad, ya sea como atenuante o como agravante.

Y es que, las circunstancias de mensuración de la pena no computan per se de manera agravante o atenuante, ni se encuentran preestablecidas como tales, sino que la previsión del artículo 41 CP es "abierta" y por ello permite que sea el Juzgador quien oriente su sentido según el caso concreto (ZIFFER, Patricia, "Lineamientos de la determinación de la pena", Ad-Hoc, 2º ed., Bs. As., 2005, ps. 100/101; DE LA RÚA, Jorge, "Código Penal Argentino - Parte General", Depalma, Bs.As., 1997, ps. 698 y 705/706; TSJ).

En el presente, constato que el juzgador ha ponderado puntualmente a favor del acusado, su grado de instrucción, el informe socio ambiental (fs. 111/112), la planilla de antecedentes (f. 56), así como el informe del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal (f. 108), circunstancias reconocidas en el propio escrito recursivo.

Dicho ello, cabe señalar que, analizadas las constancias de la causa, no se advierte, ni el recurrente ha logrado acreditar, la existencia de alguna otra circunstancia atenuante que pueda considerarse arbitrariamente omitida, ni tampoco que la defensa haya solicitado oportunamente –al momento de alegar- su concreta ponderación. En consecuencia, no puede considerarse omitida una cuestión que no fue introducida, máxime cuanto no surge de los argumentos que invoca en sustento de su agravio el carácter dirimente de las cuestiones cuyo análisis pretende.

Por otra parte, considero que las circunstancias agravantes valoradas por el tribunal de juicio en contra del acusado, son de suficiente peso para justificar la selección del monto de pena que corresponde como sanción para M.G.Z. Y es que, a diferencia de lo postulado en el recurso, no logro evidenciar que los cuestionamientos esgrimidos tengan capacidad de incidir positivamente en el quantum de la pena impuesta.

Así lo considero, en tanto estimo acertado el razonamiento del tribunal al ponderar que quedó probado con lo expuesto por la niña en Cámara Gesell y por su progenitor en debate, el temor que siente la menor ante los hechos sufridos, y que a ello, se suma un episodio de abuso sexual cometido en su barrio, circunstancia esta última que no desvirtúa –como pretende la recurrente- los padecimientos sufridos por M.A.B., quien incluso, a raíz de lo acontecido tuvo que verse privada del uso de su celular, lo cual, evidentemente le impide la comunicación con sus pares.

En cuanto al agravio vinculado a cuestionar la valoración que el tribunal efectúa de la pericia psiquiátrica realizada al acusado (fs. 101/101 vta.), tildándola de parcial, carece de sustento. Y es que, las consideraciones que efectúa la recurrente, no logran destruir las conclusiones extraídas de la pericia incorporada al juicio -con anuencia de las partes-, que describe a M.G.Z con rasgos de comportamiento de tipo manipulador y psicopático.

Asimismo, tampoco pueden tener acogida favorable las consideraciones que la impugnante efectúa referidas a los elementos del tipo delictivo en cuestión. Por una parte, porque aquellos se encuentran legalmente excluidos de ponderación por parte del tribunal, en tanto la apreciación de los mismos al motivar la pena implicaría incurrir en una doble

valoración. Por otro lado, observo que la introducción de tales cuestionamientos son una reedición de los agravios que ya han recibido respuesta concreta en oportunidad de tratar la segunda cuestión. En efecto, con los argumentos que postula, el recurrente no demuestra los errores u omisiones en que el juzgador habría incurrido al valorar los elementos traídos a juicio, en función de la significación de las normas que rigen en la materia.

Sentado lo anterior, constato, que otras razones de pareja entidad concurren en el caso para convalidar la resolución impugnada en lo que al punto se refiere, en tanto nos encontramos ante un típico caso de violencia de género, máxime cuando en el presente la víctima es una niña menor de edad.

Ello, impone considerar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscripta en Belém do Pará, República Federativa del Brasil, el 9 de junio de 1994, aprobada por Ley del Congreso N° 24.632, el 13 de marzo de 1996.

Por esta razón, todo hecho de violencia dirigido contra la mujer debe ser ineludiblemente considerado teniendo en cuenta las obligaciones asumidas por el Estado argentino, bajo pena de hacer incurrir al mismo en responsabilidad internacional, no resultando necesario, que la cuestión de género se encuentre introducida en la causa, ya que tanto la Convención de Belém do Pará como la Ley N° 26.485 y su decreto reglamentario y el art. 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20/11/1989 -Ley 23.849- Sancionadas 27/09/1990, promulgada el 16/10/1990, publicada B.O. 22/10/1990) imponen a los magistrados analizar la cuestión que le fuere sometida a la luz del resguardo de la integridad física, psíquica y sexual de la víctima, no permitiendo que la violencia que ha sufrido beneficie a su agresor (art. 75 inc. 22 CN), siempre con la óptica de priorizar el interés superior del niño.

Por ello, considerando que es mujer y menor de edad la víctima (8 años) del hecho constitutivo de los actos de violencia de que se trata en las presentes, la resolución impugnada en lo que al punto se refiere,

resulta ajustada a Derecho por expresar conformidad con la normativa penal vigente, con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en la Convención sobre los Derechos del Niño -aplicable al caso dada la edad de la víctima-, de arbitrar todos los medios para proteger a los niños contra toda forma de perjuicio o abuso, incluido el sexual y con la con la debida diligencia comprometida por el Estado argentino ante la comunidad internacional para la prevención, sanción y erradicación de toda forma de violencia en contra de la mujer (Convención de Belem do Pará). Por ende, el agravio invocado debe ser rechazado, en tanto carece de la significancia que el recurrente parece atribuirle.

Por lo expuesto, estimo que los argumentos postulados devienen insuficientes a los fines de la pretendida modificación de la sentencia.

En razón de ello, considero ajustada a derecho la imposición de la pena atribuida, la misma ha sido fijada respetando los límites impuestos por la escala. En tal sentido, verifico que las expresiones utilizadas por el Tribunal de grado para sustentar la cuantificación de la condena impuesta al imputado, satisfacen el requisito de motivación que exige la decisión atacada, fundando los motivos que se tuvieron en cuenta para graduar la pena, evaluándose correctamente las pautas de los arts. 40 y 41 del C.P., por lo que el agravio esgrimido no puede ser acogido.

En consecuencia, el recurso debe ser rechazado y la sentencia confirmada, en todo lo que fue motivo de agravios. Con costas. Téngase presente la reserva del caso federal. Así voto.

A la Cuarta cuestión, la Dra. Molina dijo:

Me adhiero *in totum* a la solución propugnada por el Sr. Ministro preopinante y voto en igual sentido.

A la Cuarta cuestión, la Dra. Sesto de Leiva, dijo:

El Dr. Cáceres da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en los mismos términos.

A la Cuarta cuestión, el Dr. Cippitelli dijo:

Entiendo acertadas las razones expuestas por el Sr. Ministro emisor del primer voto y por ello me adhiero a su voto y doy el mío en idéntico sentido.

A la Cuarta cuestión, el Dr. Figueroa Vicario dijo:

El Sr. Ministro emisor del primer voto da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en los mismos términos.

Por los resultados del acuerdo que antecede y por unanimidad, la CORTE DE JUSTICIA DE CATAMARCA,

RESUELVE:

1º) Declarar formalmente admisible el recurso de casación interpuesto por M.G.Z, con la asistencia técnica de la Defensora Penal de Tercera Nominación, en contra de la sentencia nº XX/20 dictada por la Cámara en lo Criminal de Primera Nominación.

2º) No hacer lugar al recurso de casación interpuesto, y confirmar la resolución impugnada en todo lo que fue materia de agravio.

3º) Mandar a testar el acta de debate en donde figura el nombre completo del denunciante y de la víctima del hecho. Dejar constancia de sus iniciales.

4º) Sin costas (arts. 536 y 537 del C.P.P.).

5º) Téngase presente la reserva del caso federal.

6º) Protocolícese, hágase saber y, oportunamente, bajen estos obrados a origen, a sus efectos.

FIRMADO: Dres. Carlos Miguel Figueroa Vicario -Presidente-, Vilma Juana Molina, José Ricardo Cáceres, Luis Raúl Cippitelli y Amelia Sesto de Leiva.

ANTE MI: Dra. María Fernanda Vian -Secretaria-

Grooming- Sentencia condenatoria- Recurso de casación- Configuración del delito- Requisitos-

No se hace lugar al recurso interpuesto por la abogada defensora del acusado del delito de grooming (arts. 131 y 45 del CP), pues el reconocimiento del hecho por parte de su asistido ante el tribunal fue la expresión de un acto de autonomía de la voluntad prestada de manera libre y espontánea y sin vicios, lo que conduce a desestimar el agravio de la recurrente que no logra demostrar la invalidez de la manifestación que cuestiona. En lo que se refiere a la ausencia de uno de los requisitos del tipo penal que alega cual es que el sujeto pasivo que demanda el tipo, en el caso no está presente, quedó probado que la menor receptó a través de su tablet el mensaje que le enviara el imputado vía WhatsApp, quedando configurada así, la acción típica que se le endilga. Cabe destacar que no constituye una exigencia del delito de grooming el intercambio de mensajes con la víctima, y el hecho de que el padre de la menor asumiera el rol de su hija no modifica la tipificación legal atribuida a la conducta del acusado.(Del voto del Dr. Cáceres).

Grooming- Valoración de la prueba- Inexistencia de arbitrariedad- Mera discrepancia de la recurrente.

La valoración de la prueba realizada por el tribunal que cuestiona la recurrente permite tener por verosímil que efectivamente el hecho ocurrió en las circunstancias de modo, tiempo y lugar narradas ante el a quo, pues se aprecia que el juzgador consideró diversos elementos de prueba para poder emitir su juicio valorativo, y la impugnante con sus argumentos no consigue demostrar la violación por el Tribunal de las reglas que rigen la ponderación de la

prueba y, con ese déficit, sin poner en evidencia el error grosero en el razonamiento que precede el mérito que sustenta la sentencia impugnada, sólo expresa su mera discrepancia con la condena impuesta al acusado, motivo por el cual la arbitrariedad o falta de fundamentación que alega debe ser desestimada.(Del voto del Dr. Cáceres).

Grooming- Pedido de declaración de nulidad – Acta de la policía judicial- Validez- Planteo extemporáneo de la recurrente- Improcedencia del agravio.

No procede hacer lugar al pedido de la recurrente de que se declare la nulidad de la visualización del celular y de los mensajes por WhasApp en la tablet de la menor porque esos actos no se notificaron a la defensa desde que no pudo acreditar el gravamen fehaciente que le causaron a su pupilo, pues cabe recordar que las nulidades tienen un ámbito de aplicación restrictivo, no son un fin en sí mismas pues se requiere la producción de un gravamen cierto y resulta insuficiente para acoger favorablemente la casación alegar que se vulneró el derecho de defensa, máxime cuando reconoce que el acto se podría haber llevado a cabo, incluso, sin la presencia de la defensa, a pesar de haber sido notificada. Por otra parte, si bien refiere que se imposibilitó el control, lo cierto es que no manifestó que la información inserta en el acta labrada por la policía judicial fuera falsa, por lo cual lo allí vertido hace plena fe. Tampoco

pueden receptarse las hipótesis investigativas y la realización de distintas pruebas que la recurrente considera omitidas de realizar durante la investigación penal preparatoria o que podrían, según su criterio, ser útiles para el proceso ya que se trata de un planteo extemporáneo. A más de ello cabe agregar que su disconformidad con la actuación del anterior defensor autoriza a sostener la indefensión del acusado que invoca por cuanto la falta de ofrecimiento de pruebas que cuestiona implica una actitud que en sí no presenta objeciones, si se tiene en cuenta el principio de discrecionalidad técnica que rige la actuación del profesional de confianza escogido por el inculpado. Por lo demás resulta evidente que desde el inicio del proceso se garantizó la intervención del acusado; en los momentos previos, poniendo en conocimiento de la denuncia a la defensora oficial en turno, siendo luego asistido por un defensor de su elección, quien lo acompañó hasta la finalización del juicio oral, y la jurisprudencia que la recurrente cita para apoyar su postura no es aplicable ya que no guarda similitud con las circunstancias de la presente causa.(Del voto del Dr. Cáceres).

Grooming- Sentencia condenatoria- Recurso de casación- Adecuada fundamentación de la pena- Endeblez argumentativa del discurso recursivo- Desestimación del agravio.

La facultad discrecional de fijar la pena es en principio exclusiva del Tribunal de Juicio, y sólo puede ser controlada por el recurso de casación en los supuestos de arbitrariedad de la

sentencia (S. n° 11/19, S. n° 55/18, S. n° 17/18, S. n° 39/17, S. n° 25/17, S. n° 4/17, entre muchas otras), y dentro de un margen de razonabilidad se encuentra autorizado para considerar que una circunstancia determinada no tiene entidad suficiente ya sea como atenuante o como agravante. En el caso, no se advierte, ni el recurrente ha logrado acreditar, la existencia de alguna atenuante arbitrariamente omitida, ni tampoco que la defensa haya solicitado al momento de alegar su concreta ponderación. A su vez, las circunstancias agravantes valoradas por el tribunal de juicio en contra del acusado, son de suficiente peso para justificar la selección del monto de pena que le corresponde como sanción para Zamorano, y las objeciones realizadas por la defensa no tienen la capacidad necesaria para incidir en el quantum de la pena impuesta. En virtud de lo dicho, el agravio en tal sentido debe ser desestimado. (Del voto del Dr. Cáceres).