

**Voces:** GROOMING - ABUSO SEXUAL SIMPLE - VICTIMA MENOR DE EDAD - PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

**Partes:** F. R. A. | abuso sexual simple en grado de tentativa

**Tribunal:** Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes

**Fecha:** 17-sep-2024

**Cita:** MJ-JU-M-153523-AR | MJJ153523

**Producto:** MJ

El hecho de que la víctima menor de edad haya brindado su número de teléfono al imputado en nada influye en la comisión del delito de grooming, en tanto aquel se comunicó con ella y le solicitó el envío de fotografías de contenido sexual.

#### **Sumario:**

1.-El delito de grooming se satisface con la mera conducta de 'relacionarse', con un menor de dieciocho años, a través de los medios tecnológicos existentes y con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual, sin que el tipo penal requiera de acto material alguno ni previos, ni ulteriores a la acción básica; por lo que resulta indiferente a su tipificación si la víctima menor de edad brindó voluntariamente su número de teléfono celular al acusado en tanto lo relevante es que a través de ese medio telemático aquel se contactaba con ella, a fin de solicitarle el envío de fotografías de contenido sexual, siendo aún más gravoso su accionar porque a cambio de ellas le ofrecía dinero y/u otros bienes en razón de las necesidades económicas por la que atravesaba su familia.

2.-El delito de grooming se consuma cuando la comunicación-recepción se establece, es decir se produce el contacto cuando la víctima toma conocimiento directo del contenido de la comunicación que le fuera enviada, no siendo necesario para la configuración típica su contestación, por lo que en el caso de autos, el delito ha quedado configurado a partir del momento que la menor leyó el contenido de los chats, independientemente de su contestación.

3.-Cuando el acto es objetivamente obsceno pues se dirige al tocamiento de partes pudendas, o en su caso al intento de tocamiento, el abuso queda consumado; sin embargo, esta regla general admite supuestos de excepción dados por la equivocidad de lo ocurrido, atendiendo al modo en que ocurre, pues la acción ejecutada puede ser dudosa en cuanto a su verdadero alcance y significación sexual, tal lo ocurrido en autos, donde la menor narra que el acusado le tocó la mano cuando le pasaba el mate y le rozó la pierna; no hace referencia a que intento tocarle otra parte del cuerpo o siquiera que intento ir más allá en su accionar.

4.-El simple tocamiento o roce sobre la pierna al estar el acusado conduciendo el vehículo automotor y efectuar los cambios no es configurativo del delito de abuso sexual simple en grado de tentativa; ello así, porque la tentativa implica un comienzo de ejecución, lo que lleva a afirmar que el imputado tenía intención de continuar su accionar; y ello no se depende de prueba alguna, menos aún de la declaración brindada por la menor, donde no surge que el acusado haya intentado ir más allá de ese roce en la pierna.

---

En la ciudad de Corrientes a los diecisiete (17) días del mes de septiembre de dos mil veinticuatro, constituyéndose el Superior Tribunal de Justicia con sus miembros titulares Doctores, Alejandro Alberto Chain, Eduardo Gilberto Panseri, y Fernando Augusto Niz, con la Presidencia del Doctor Luis Eduardo Rey Vázquez, (Art. 20 del Dec. Ley 26/00), tomaron en consideración el Legajo N° LOF 3659/3, caratulado: "LEGAJO DE ANTECEDENTES STJ (CASACION) LOF 3659/3 EN LJU 3659/22 (LIF NUMERO 25479/22 - UFRAC)-CURUZU CUATIA - IDE 2442 01283-2" "F., R. A.P/ABUSO SEXUAL SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA - CURUZU CUATIA- OFIJU MERCEDES" Los Doctores Alejandro Alberto Chain, Eduardo Gilberto Panseri, Luis Eduardo Rey Vázquez y Fernando Augusto Niz, dijeron:

¿QUE PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR EN AUTOS?

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR ALEJANDRO ALBERTO CHAIN, dice:

I.- ANTECEDENTES.

El Señor Juez de Juicio Unipersonal, con asiento en la III Circunscripción Judicial, en fecha 03 de Abril de 2.024, dictó la Sentencia N° 22, donde resolvió: ABSOLVER DE CULPA y CARGO A R. A. F., de la comisión del delito de GROOMING, por atipicidad, (art. 3, 10, 474 del Código Procesal Penal, 131 del Código Penal, 18 y 75 de la CN.; 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos); DECLARAR la responsabilidad penal de R. A. F., como autor material penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA, (arts. 45, y 119 primer párrafo en función del art. 42, todos del Código Penal Argentino) Y CONDENARLO a CUMPLIR LA PENA DE UN AÑO DE PRISION, (arts.12, 27, 29, inciso 3°, 40 y 41 del Código Penal y 473 y 474 del Código Procesal Penal) Y por acumulación con la pena de dos años, dictada unipersonalmente por Tribunal de Juicio en el LOF 149/1, por ser autor del delito de abuso sexual simple (hecho ocurrido en el mes de enero de 2015); (casado por resolución N° 22 de fecha 9 de marzo de 2023, debiendo estarse en cuanto a las costas a lo que dispone cada pronunciamiento (arts. 27, 55 y 58 del Código Penal) CONDENARLO A LA PENA UNICA DE TRES AÑOS DE PRISION.

Contra dicho decisorio, la Señora Fiscal del Tribunal Doctora María José Barrero Sahagun, y el abogado defensor Doctor Hermindo González; deducen recurso de casación.

II.- AGRAVIOS.

II. a)-. DEL RECURSO DE CASACION IMPETRADO POR LA SEÑORA FISCAL DEL TRIBUNAL.

Alega la impugnante que le causa agravio el fallo absolutorio por atipicidad en relación al delito de Grooming o civeracoso previsto y punido en el artículo 131 del Código Penal; máxime porque conforme se desprende de los fundamentos, el Señor Juez de Juicio afirmó que: "la menor M.M.S. "Fue acosada y se intentó abusar sexualmente de ella, que evidentemente F. se aprovechaba de la situación"; de donde se evidencia que el Magistrado estimó probado que la menor fue acosada, y que se encuentra efectivamente comprobado que lo fue a través de medios telemáticos tal como fuera objeto de acusación, y se encuentra asimismo acreditada la edad con la que contaba la menor cuando F. la contactó -15 años-, y la mayoría de edad del mismo, por lo que los extremos objetivos del tipo penal de Grooming previsto en el art. 131 del C.P.se encuentran corroborados en los hechos.

Reproduce, los fundamentos esgrimidos por el Sentenciante para absolver al acusado, y argumenta que no existe impedimento alguno para que el delito de Grooming pueda concurrir realmente con el delito de Abuso Sexual, por más de que el primero sea un delito de peligro abstracto, al tratarse de delitos diferentes, en uno se reprime la etapa preliminar en donde un mayor a través de medios telemáticos realiza el intercambio de material con un/a menor, a efectos de así poder cometer luego cualquier otro delito contra su integridad sexual, concibiéndose que desde esa acción ya se menoscaban derechos de los niños/as. En el segundo se reprime la acción de menoscabar la integridad sexual de un/a menor al realizar cualquiera de las conductas típicas de tocar las partes pudendas de la víctima con fines libidinosos (tipo penal básico). Pero en ningún caso puede ser entendido que un delito subsume al otro, ya que se trata de acciones o conductas distintas, reprimidas en distintos preceptos legales del Código de fondo, o que por el contrario un delito sea excluyente del otro.

Refiere, que tampoco se puede pretender que el tipo penal de Grooming exija que el autor del delito sea un desconocido, ello implica hacer decir a la norma penal lo que ésta no dice y se contrapone a lo que ya viene siendo pacíficamente resuelto en nuestra jurisprudencia local y nacional.Y ello es claro pues el tipo penal nada dice sobre la exigencia que ahora impone el sentenciante, de ser un "desconocido" y que "desde el anonimato" capte o contacte a una menor.

Reitera, que no existe impedimento legal para que puedan concurrir materialmente los delitos de Grooming y Abuso Sexual, habiéndose llevado a juicio la causa en donde se acusó por la comisión de DOS HECHOS, perfectamente diferenciados, ya que concurren en forma real, y así se ha demostrado durante el devenir del mismo.

Seguidamente replica la quejosa el hecho atribuido al encausado y resalta las pruebas que sustentan su acusación.

Concluye agraviándose por el monto de la condena impuesta, pues en el caso de haber condenado a su defendido por el delito en reproche, esto por el delito de Grooming la pena sería de cinco años de prisión.

Formula reserva del caso federal.

## II.b)-. DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL ABOGADO DEFENSOR.

Principia su postulación, destacando que el presente es solo en relación a la declaración de responsabilidad penal y condena de su defendido y a la unificación de penas en relación al delito de abuso sexual por el que fuera condenado su defendido.

Indica que se agravia en cuanto el razonamiento llevado a cabo por el Juzgado es contradictorio conforme el plexo probatorio, en mérito a que se analiza la existencia de una Sala de Entrevista Especializada, donde la niña expresa situaciones vividas que no es coherente en el modo, tiempo y lugar de los testimonios obrantes y reproducidos en el debate.

Rebate el hecho atribuido y la declaración prestada por la menor en Sala de Entrevista Especializada y se agravia en cuanto el Tribunal solo con este elemento probatorio afirmó tener por establecidas las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se sucedieron los hechos.

Señala, que el testimonio en Sala de Entrevista Especializada debe ser valorado con otros elementos de prueba para dictar una sentencia condenatoria, lo que no ocurrió en este caso.

Al respecto precisa, que el testimonio de la menor tampoco fue corroborado por material probatorio, ello a la luz de los testimonios vertidos en la sala de debates, donde manifiestan una situación diferente de tiempo, modo y lugar sobre la situación juzgada; tales las declaraciones de M. R.L., M. del C. L., de A. F. R.

En cuanto a la calificación del hecho enrostrado a su defendido, solicita a este Cuerpo se observe la Sala de Entrevista Especializada, donde advierte que la manifestación de la niña viene acompañada de ademán donde expone cuál sería la parte de la pierna que refiere le tocó su asistido, y se advierte que rozó la rodilla y la parte de la pierna de la tibia y peroné y afirma que fue luego de hacer un cambio.

Manifiesta, que dicho lugar no integra las partes sexuales de la víctima, siendo que para que la conducta sea típica debe ser una conducta abusiva de contenido sexual y que si bien requiere un contacto físico directo debe ser un contacto que afecte las partes sexuales del cuerpo de la víctima, por lo que la declaración en Sala de Entrevista Especializada lejos de acreditar dicha situación, describen un acto atípico.

Precisa, que tampoco se encuentra acreditado el elemento subjetivo del tipo en el sentido de una acción libidinosa.

Argumenta, que el magistrado afectó el *ne bis in ídem*, al fundamentar su fallo en el primer hecho por el cual se declarara la absolución de su defendido, toda vez que dicha prueba no formó parte de la plataforma fáctica del hecho que condena.

Cuestiona, el informe psicológico practicado a la menor, indicando que no es contundente para condenar a su defendido ya que todos los extremos de vulnerabilidad y desconfianza en los hombres que revela la psique de la víctima, se deben a la vivencia de hechos de violencia de género en su infancia.

### III.- DICTAMEN FISCAL.

Cumplimentada con la vista al Ministerio Público Fiscal, el Señor Fiscal General Doctor César Pedro Sotelo, luego de un exhaustivo análisis del Fallo en contraposición a los agravios esgrimidos por los recurrentes, dictamina: ".En consecuencia, corresponde que VE desestime el recurso de la defensa y haga lugar al recurso de casación de la Sra. Fiscal y dicte veredicto de responsabilidad penal contra el acusado F. en orden al delito de "grooming" (art.

131 del CP), el cual deberá concursar realmente (art. 55 del CP) con el delito de "abuso sexual simple en grado de tentativa" (art. 119, primer párrafo, en función del art. 42 del CP), por el cual ya fue condenado, remitiendo la causa al Tribunal de Juicio a fin de que realice el correspondiente juicio de cesura de pena."

#### IV.- DE LOS HECHOS ACUSADOS.

Para una mejor comprensión del caso traído a estudio, estimo pertinente reproducir cuales fueron los hechos objeto de acusación, conforme se plasma en el fallo en análisis: "PRIMER HECHO: "R. A. F., en un tiempo que no se puede precisar pero desde que M.M.S. tenía 15 años de edad (antes del 26 de junio de 2022 conforme fecha de su nacimiento) y hasta el día 07 de octubre de 2022 por medio de comunicaciones telefónicas a través de la aplicación Whatsapp, realizadas desde el teléfono que usaba el autor abonado N° 3774 xx-xxxx al celular de la menor M.M.S. marca Samsung Galaxy A013M, abonado N° 3774 xx-xxxx, la contactó a la menor través de mensajes requiriéndole, de manera perseverante e insistente, en varias oportunidades, que se sacara fotos y se las mandara, a cambio le ofrecía dinero y bonos de mercadería, todo ello con el propósito de cometer cualquier otro delito contra su integridad sexual". SEGUNDO HECHO: "El día 26 de junio de 2022, R. Á. F., en ocasión en que trasladaba en su vehículo particular a M. M. S. y a su hermana menor M. E. A. a la casa de la madrina de M. a retirar su regalo de cumpleaños, es decir, desde el Barrio Ralin hasta el Barrio 246 viviendas de 2 Curuzú Cuatiá (Ctes), F. aprovechando la ocasión y que M.M. se encontraba sentada en el lugar del acompañante, al soltar la palanca de cambios del vehículo automotor, intentó abusar de ella y le tocó la pierna, acariciándole, no logrando su cometido ya que ella gira su pierna hacia un costado y porque la hermana de la víctima venía se encontraba en la parte de atrás del automóvil".

#### V.- DEL TRATAMIENTO DE LOS RECURSOS.

V.a)-. Del responde a los agravios esgrimidos por la Señora Fiscal del Tribunal.

Entrando al tratamiento del recurso deducido por la Señora Fiscal del Tribunal, en función de los agravios esgrimidos; se evidencia que si bien el Sentenciante tuvo por acreditado el primer hecho descrito en la acusación, estimó que en el caso correspondía absolver al acusado por el delito de grooming por atipicidad, en razón de lo dispuesto en la "Guía práctica para adultos, UNICEF ARGENTINA, 2014. Grooming"; reproduciendo en el fallo en revisión las fases de las cuales supuestamente consta el delito en trato.

Acorde a lo expuesto surge palmario el yerro del Sentenciante, pues exige para la configuración del ilícito el cumplimiento de acciones que la ley no requiere.

En efecto, sabido es que el uso de las nuevas tecnologías (telefonía celular, computadoras con acceso a internet, redes sociales) ha permitido y facilitado que los niños, niñas y jóvenes aprendan, busquen información, investiguen, se comuniquen con familiares y se relacionen con amigos.

Sin embargo, no puede soslayarse que estas "nuevas tecnologías"; pueden también tornarse peligrosas especialmente, para los menores, que merecen especial tutela en consideración a su desarrollo evolutivo y su consecuente vulnerabilidad.

En ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Ley N° 23.849, con

jerarquía constitucional conforme manda del artículo 75 inc.22 de la Constitución Nacional, procura que los Estados partes se comprometan a proteger a los niños contra toda forma de explotación y abusos sexuales, adoptando las medidas necesarias a tal fin.

De esta manera, por ley 26.904 se incorporó el artículo 131 del Código Penal, que tipifica y pena el delito de "Grooming"; dentro de la nómina de "Delitos contra la integridad sexual" contenida en el Libro II, Título II del Código Penal; el cual 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".

Como, se aprecia la norma en momento alguno, para su configuración, una actividad de captación o de anonimato, como refiere el Sentenciante.

El delito se satisface con la mera conducta de "contactarse", "relacionarse", "comunicarse" con un menor de dieciocho años, a través de los medios tecnológicos existentes y con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual, sin que el tipo penal requiera de acto material alguno -ni previos, ni ulteriores a la acción básica; por lo que resulta indiferente a su tipificación si la víctima brindó voluntariamente su número de teléfono celular al acusado tal como afirma el Sentenciante para descartar la figura en trato; pues en lo relevante es que a través de ese medio telemático el encausado se contactaba con la víctima menor de edad, a fin de solicitarle él envió de fotografías de contenido sexual, siendo aún más gravoso su accionar porque a cambio de ellas le ofrecía dinero y/u otros bienes en razón de las necesidades económicas por la que atravesaba su familia; por lo que estimó que la Señora Fiscal también debió direccionar su investigación a la posible comisión del delito corrupción de menores, lo que ante su omisión no amerita mayor formulación.

En consecuencia el delito se consuma cuando esa comunicación-recepción se establece, es decir se produce el contacto cuando la víctima toma conocimiento directo del contenido de la comunicación que le fuera enviada, no siendo necesario para la configuración típica su contestación, por lo que en el caso de autos, el delito ha quedado configurado a partir del momento que la menor leyó el contenido de los chats, independientemente de su contestación.

Relacionado con lo expuesto, cabe decir que el delito sólo admite dolo directo, cuyo alcance debe abarcar los elementos del tipo objetivo, pero la norma además demanda la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo, consistente en el propósito o finalidad del autor de cometer, ulteriormente, un delito sexual en perjuicio del menor o la menor de edad. Ello permite caracterizar al delito de grooming como un acto preparatorio de otro delito contra la integridad sexual al cual el legislador, realizando un anticipo de punibilidad, lo ha dotado de protección penal autónoma.

Es decir que se penalizan todos estos actos de acercamiento y búsqueda de confianza con el menor que no son físicos, pero que tienen una ultrafinalidad, lograr luego el encuentro físico para llevar a cabo alguna conducta de abuso, al ser de peligro abstracto no es necesario que ese contacto físico de corte sexual se produzca. La ultrafinalidad que debe perseguir el sujeto activo, es decir, el propósito de cometer delitos contra la integridad sexual de la víctima se acreditará mediante el análisis de las conversaciones y surgirá del tenor de los mensajes, las insinuaciones o sugerencias que realice con el sentido específico que requiere la ley. (Pablo Gabriel Fossaroli, "El delito de grooming y su investigación a la luz del Código Procesal Penal

de Mendoza, artículo publicado en internet). En el caso de autos, ello se desprende palmariamente del tenor de los chats analizados en la primera cuestión.

Al respecto, es dable resaltar que a expresión grooming "hace referencia a una serie de conductas y acciones deliberadamente emprendidas por un adulto con el objeto 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/a y poder abusar sexualmente de él/ella"- Arocena Gustavo y Balcarce Fabián; "Child Grooming. Contacto tecnológico con menores para fines sexuales"; Ed. Lerner; Año 2014; Pág. 63.

De esta manera, a contrario de lo argüido por el Señor Juez de Juicio, que consideró atípico el accionar del acusado; entiendo que en autos, conforme el plexo probatorio, se encuentran presentes los elementos que autorizan a subsumir su conducta en la figura penal en trato.

La circunstancia de estar ante un delito de "Peligro Abstracto", tal como destaca el Magistrado en el Fallo en análisis, como otro fundamento que redundando en la atipicidad del accionar del acusado de manera alguna conlleva a afirmar, como erradamente lo hace, que el comienzo de ejecución de un delito contra la integridad sexual descarta la figura en examen; pues reitero al delito de grooming como un acto preparatorio de otro delito contra la integridad sexual; se encuentra dotado de protección penal autónoma; por lo cual nada impide un concurso real con el delito de abuso sexual simple (art. 119- 1° párrafo del Código Penal).

Conforme lo expuesto, entiendo en derecho asiste razón a la Señora Fiscal del Tribunal; correspondiendo hacer lugar al recurso de casación impetrado; y en consecuencia; Declarar la responsabilidad penal de R. Á. F. por el delito de Grooming previsto y punido por el artículo 131 del Código Penal.

V.b)-. Del responde a los agravios esgrimidos por la defensa en relación a la declaración de responsabilidad de su asistido por el delito de Abuso sexual simple.

Entrando al tratamiento del presente, se agravia el recurrente en primer término de la valoración que efectúa el Tribunal del plexo probatorio alegando que no resulta suficiente la declaración de la víctima prestada en Sala de Entrevista Especializada, máxime porque en el caso no se condice con los testimonios prestados en audiencia que dan cuenta de circunstancias diversas al modo, tiempo y lugar del acometimiento sexual.

Luego de un integro análisis de la Sentencia, se evidencia que asiste razón al impugnante, en cuanto a que el decisorio encuentra su principal sustento, como prueba de cargo en la declaración en Sala de Entrevista Especializada prestada por M.M.S.; la que si bien pudo generar convencimiento al Señor Juez de Juicio, lo cierto es que carece de apoyatura probatoria, al menos respecto al delito en análisis.

En efecto la menor víctima, al prestar declaración en la Sala de Entrevista Especializada ante la Psicóloga Forense, en lo primordial dio cuenta de los reiterados acosos que padecía por parte del acusado poniendo énfasis en tal acontecer y en la parte final de su declaración, conforme se desprende de la reproducción en la Sala de Audiencias (audiencia de fecha 7/03/24 minuto: 45.46- sistema criminis Criminis); hace referencia a un tocamiento impropio por parte del acusado; exponiendo la testigo víctima en relación al hecho objeto de juzgamiento: ".Vino para confesar algo, lo que había pasado con R. F. . hablaban por WhatsApp, él le decía que le pase fotos, le decía que era fotos para verle nomas. Ella le

mandaba fotos y dejaba nomas. Él le decía que le mande fotos y él le mandaba una ayudita. Cada vez pedía más o insistía más. Él le ofrecía plata, ella le decía que no, porque no necesitaba, ella trabaja ba en la casa de la Kiosquera, se ganaba su plata, por día le pagaba 500 pesos. No recuerda en qué fecha empezó todo esto, fue uno o dos meses después de que se conocieron. Ella tenía 15 años. No hacía ni frío ni calor. Antes de semana santa. Su primo se llama J. J. B. Con él tiene relación de familia. El primo le acompañaba a la escuela, él iba a la casa y se quedaba a dormir, se levantaba y le llevaba a la escuela en bici. Su teléfono era Samsung azul 731380, a él lo tenía agendado como concejal. Con la mamá subieron al auto de él. Siempre le hacía sentar a ella adelante.

F. le decía al primo para salir a tomar unas birras, pero nunca fueron porque al primo nunca le caía bien. Ella no se quería acercar, le ponía nerviosa, él siempre le tocaba las manos. El siempre pedía fotos, ella se sacaba así nomás o iba al puente con el primo y de ahí se sacaban fotos esas fotos le mandaba o le decía que no tenía más fotos, ponía excusas. El con tal de que le mande fotos le decía que le cargaba crédito, ella por ahí le aceptaba. En las primeras fotos estaba vestida. Cuando era su cumple de 16 él le dijo a la mamá que necesitaba para su cumple. Él le andaba pidiendo que le pase fotos sin nada, sin ropa, ella por ahí le decía que no. Un día ella estaba con rabia y le mando dos fotos, cometido el error de enviarle fotos desnuda, era foto completa, le envió esas fotos y cree que no le hablo más o si, pero él siempre era el que le escribía. El escribía por su cuenta. M. R. L. siempre le decía que andaba con el primo, ella le decía que no que el tenía novia. Un día se cansó y le dijo que le acompañaba a la escuela porque tenía problemas y el señor le acosaba y quería que se suba al auto y estaba peleada con una amiga. Le conto del señor, y ella le dijo que si quería hacer la denuncia. Una vez le dijo a la mamá que le parecía que el Sr se andaba insinuando y la mamá le dijo que así era él. Al otro día que le conto a R., llegaron una asistente social y le dijeron lo que estaba pasando, cuando llego de la escuela le pregunto si le andaba acosando el gente ese y ella le dijo que sí. Conoce F. R. porque es la sobrina de L. Ella y R. le llevaron y ella dijo que le andaba acosando, le hicieron preguntas. F. le pregunto si quería hacer la denuncia, que ella le iba a ayudar, le dijo ella que le pregunten a la mamá. R. no le ofreció nada. Una vez mucho antes le ofreció la Beca.

Borraba algunos mensajes porque el primo revisaba su teléfono, vaciaba el chat. Ella saco las capturas y le mando a R. RECONOCE TODAS LAS CAPTURAS (25). Nunca le pidió el DNI el Sr. Ella quería hacer la denuncia, pero tenía miedo. Ya le había hecho y no resulto nada y pensó que iba a pasar lo mismo. Después le dijeron que le iban a ayudar y no le iban a dejar sola. El día de su cumple, él había traído 1 kg de asado a la casa de su padrastro y la hermana que no sabía nada y le tenía confianza, le dice que le diga al Sr. Que le lleve a la casa de la madrina, cuando llego le dijo para ir a buscar algo, la madrina le dijo que vaya a buscar un pollo, él le llevo, le hizo sentar adelante y cebar un mate, cuando cazo el mate hizo contacto con su mano. Llego a la casa de su madrina y le pregunto con quien fue y le dijo que era con un concejal y salió a saludarle. Y bueno y le toco la pierna ese mismo día, estaban sentado, deja la palanca y le hacía como un rose, no le dijo nada porque no quería que la hermana se alertara. Era su cumple 16."

Que, conforme se aprecia de la declaración testimonial prestada por la menor; el simple tocamiento o roce sobre la pierna al estar el acusado conduciendo el vehículo automotor no es configurativo del delito de abuso sexual simple en grado de tentativa.

En ese sentido, tengo presente que el bien jurídico protegido, en la figura penal en trato tiende a proteger la reserva sexual o derechos de las personas a un consciente voluntario trato



sexual, que comprende el de mantener una relación de ese tipo con quien y en las condiciones en que le plazca, y también el derecho de abstenerse.

Así, estimo en derecho, que cuando el acto es objetivamente obsceno pues se dirige al tocamiento de partes pudendas, o en su caso al intento de tocamiento, el abuso queda consumado; sin embargo, esta regla general admite supuestos de excepción dados por la equivocidad de lo ocurrido, atendiendo al modo en que ocurre, pues la acción ejecutada puede ser dudosa en cuanto a su verdadero alcance y significación sexual, tal lo ocurrido en autos, donde la menor narra que el acusado le tocó la mano cuando le pasaba el mate y le rozó la pierna; no hace referencia a que intento tocarle otra parte del cuerpo o siquiera que intento ir más allá en su accionar.

Por lo que cabe determinar si tal acontecer puede ser configurativo del delito de Abuso sexual simple y en grado de tentativa: en cuanto al tipo objetivo, se trata de una clara acción corporal de tocamiento, sobre el cuerpo de la víctima, obviamente sin consentimiento de esta; respecto del tipo subjetivo, generalmente y en la mayoría de los casos se satisface con el hecho de que el imputado conozca que está realizando un intento de tocamiento sobre una zona pudenda, con voluntad de hacerlo; sin embargo, en el caso el tocamiento no se dirigió a una parte pudenda de la menor por lo que adquiere singular relevancia el fin libidinoso como elemento para la tipicidad subjetiva; y este fin libidinoso estimó en el caso no ha quedado acreditado conforme el hecho relatado; pues el simple roce de la mano de la menor al momento de pasarle el mate o en su caso el tocamiento de la pierna al momento de conducir un vehículo automotor y efectuar los cambios; no puede estimarse configurativo del delito de abuso sexual en grado de tentativa.

Ello así, porque la tentativa implica un comienzo de ejecución, lo que lleva a afirmar que el imputado tenía intención de continuar su accionar; y ello no se depende de prueba alguna, menos aún de la declaración brindada por la menor, donde no surge que el acusado haya intentado ir más allá de ese roce en la pierna.

Según Eugenio Raúl Zafaroni "la tentativa de delito es una acción objetiva y subjetivamente típica del respectivo delito, aunque a la vez diferente, en función de un dispositivo amplificador de la tipicidad que permite captar la acción en su dinámica desde el comienzo de su ejecución y hasta que se completa la tipicidad del delito. Se trata de un delito incompleto en orden a que aún no ha sido integrado totalmente, pero no por la ausencia de caracteres típicos estructurales, sino porque éstos aún no se han realizado en el tiempo. No hay un delito de tentativa sino tentativas de delitos, toda vez que el dispositivo amplificador no consiste en otra cosa que en la proyección retrospectiva del mismo tipo." (Zafaroni, Eugenio Raúl, Derecho Penal, Parte General, 2da edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002. p. 809.).

Actualmente se acepta en forma general que el punto de vista a partir del cual se puede determinar si la tentativa es acabada o inacabada, es el subjetivo. En este sentido la tentativa será acabada cuando el autor, según su plan, haya realizado todos los actos necesarios para que se consuma el delito faltando solamente a partir de ese momento la producción del resultado. La tentativa es acabada, por lo tanto, a partir del momento en que el autor cree que el resultado ya podría producirse.

La diferencia que existe entre las dos clases de tentativa es, que en la tentativa acabada o delito frustrado el sujeto realiza todos los actos necesarios para ejecutar el delito, pero no consigue el efecto, el sujeto ha realizado todo lo que concebía necesario para conseguir el fin,

no le queda nada más que hacer, y no logra el resultado típico, por una causa fortuita que no previó.

Nada de esto ha quedado acreditado, ni surge de probanza alguna practicada durante el decurso de la audiencia oral.

Así, estimo en el caso la calificación legal correcta hubiera sido la de abuso sexual simple; pues ese simple tocamiento en la pierna, y probado que fuere el accionar libidinoso del encausado; autorizaba al dictado de una condena en tal sentido; más ello no fue objeto de acusación por parte de la titular de la acción penal, que entendió que en el caso se estaba ante un delito tentado.

Por otra parte, no puedo obviar señalar también asiste razón al recurrente cuando menciona que las testimoniales prestadas por M. R. L., M. del C. L. y A. F. R.D., dan cuenta de circunstancias diversas en cuanto al modo, tiempo y lugar del supuesto acometimiento relatado por la menor en relación al delito de abuso sexual simple en grado de tentativa; así los testigos dan cuenta que la menor M. M. S. les contó que "en una oportunidad el acusado le fue a esperar a la salida de la escuela, la levanto en el auto y le tocó la pierna"; lo que difiere sustancialmente de lo declarado por esta en la Sala de Entrevista Especializada, lo que apareja un estado de duda que no fue subsanado por el Señor Juez de Juicio en los fundamentos de su fallo.

Así, el Magistrado no explica porque en el sopeso de los testimonios prestados; la declaración de la menor reviste mayor relevancia que la declaración de los testigos mencionados; que si bien no presenciaron el hecho, revisten la calidad de testigos de oídas y en tal carácter brindaron su declaración conforme lo relatado por la víctima; pues su mayor o menor valor esté dado por su evaluación armónica con los restantes elementos probatorios recogidos en autos.

Sabido es que, conforme jurisprudencia de este Cuerpo; la declaración de la víctima se constituye como prueba dirimente; puesto que esta clase de hechos suele cometerse en ámbitos de intimidad, donde el autor trata de ocultar su accionar para no ser descubierto por terceros. Al decir de la CSJN que "[.] la declaración testimonial es un medio de prueba que se privilegia frente a modos particulares de ejecución en los que deliberadamente se borran las huellas, o bien se trata de delitos que no dejen rastros de su perpetración, o se cometen al amparo de la privacidad. En tales supuestos a los testigos se los llama necesarios.[.]" CSJN Fallos 309:319.

En consecuencia, los elementos de juicio que corroboran el relato de la víctima componen, en su mayoría prueba indirecta más ello no constituye óbice para arribar, a un fallo condenatorio en la medida que los indicios valorados sean unívocos y no anfibológicos y sean justipreciados en forma conjunta y no aislada.

Desde esta perspectiva debe analizarse el relato de la víctima, partiendo de su credibilidad y para un adecuado equilibrio con el principio de inocencia del que goza el imputado; dicha declaración de a su vez encontrar sustento en otras pruebas; lo cual no se ha logrado plasmar en el Fallo en examen.

No obstante, lo expuesto estimo pertinente resaltar que ninguna duda me cabe que efectivamente el acusado R. Á. F. en alguna oportunidad, durante el lapso de tiempo que

mantuvo contacto con la menor; efectivamente rozo o tocó la pierna de la menor M. M., surgiendo el estado de duda en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, las que estimo no han podido determinarse con precisión.

He ahí donde se advierte la deficiente investigación de la titular de la acción penal; que con una acusación carente de sustento probatorio, propició el dictado de un fallo condenatorio por una conducta que no se encuentra delimitada en sus circunstancias y que no reúne en lo mínimo los elementos tipificantes de la figura acusada.

He ahí también la errona valoración de la prueba y fundamentación por parte del Sentenciante, que sin brindar razones acordes al plexo probatorio dicta un fallo condenatorio; y con la agravante que utiliza como basamento de su postura los hechos relatados en la primera acusación, no contenidos en la segunda, y por lo que absuelve al acusado, tal como fuera indicado por el quejoso.

Las deficiencias señaladas en la fundamentación del Fallo, resultan así arbitrarias; en virtud que no se expresan razones coordinadas y consecuentes, las que se contradicen entre sí, lo que ha de concluir en el absurdo notorio en la motivación y especialmente en la estructura lógica y legal de la Sentencia.

La arbitrariedad en las reglas de la sana crítica aparece configurada, cuando en forma ostensible surge de la sentencia impugnada que Señor Juez de Juicio ha incurrido en error de derecho en la apreciación de la prueba, como consecuencia de no haberla hecho de conformidad a las reglas de la sana crítica, esto es, a las normas de la lógica formal, que obligan a formular el silogismo sentencia con ajuste a los principios de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y fundamentalmente el de razón suficiente; a lo que se aduna la errona calificación jurídica asignada a la conducta en reproche.

De ahí, que se impone la duda, no logrando en consecuencia el grado de certeza requerida para el dictado de una Sentencia Condenatoria.

Estimo que el razonamiento jurisdiccional debe guiarse por encontrar una relación de correspondencia entre el resultado que arrojan las pruebas y el acontecimiento que éstas permiten recrear, y en este punto no encuentro un cuadro de suficiencia probatoria que permita arribar a un grado de certeza, con criterios generalmente aceptados por la comunidad científica, respecto de la autoría del hecho. En palabras de Paolo Ferrua, "las pruebas no pueden jamás -cualquiera sea el modelo de proceso de que se trate- garantizar resultados de absoluta certeza, de verdad objetiva" pero que no obstante ello, la sentencia de condena tiende a pronunciarse en esta clave, ya que resultaría riesgoso si para condenar se limitase a asumir sólo como 'verosímil o plausible' la culpabilidad (GUZMAN, Nicolás; La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2006).

Esta cuestión tiene implicancias concretas que se reflejan en el concepto de prueba dentro del proceso penal. Uno de los objetivos del juicio es la confirmación de los enunciados que representan los hechos invocados por las partes, de modo tal que la imposibilidad de una confirmación semejante, debe llevar, indefectiblemente a descartar la aserción de que se trate.

Aun así, no puede soslayarse que la certeza a la que puede llegarse es siempre una certeza subjetiva, dado que la certeza en términos objetivos, que objetiviza o absolutiza la verdad, resulta prácticamente inalcanzable.

El análisis expuesto me lleva a concluir que el razonamiento desarrollado en la sentencia examinada es arbitrario, en tanto viola la regla de la sana crítica racional al construir la intervención del acusado sobre un testimonio que no guarda relación con los prestados durante el decurso de la audiencia; y que en modo autoriza a subsumir la conducta en reproche en la calidad de delito tentado.

Para ser claro, en función de las consideraciones expuestas, estimo que el relato de la víctima como fuente generadora y prueba basal de la acusación, no resulta eficaz para construir una razonable imputación.

En suma, la presunción de inocencia proclamada en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional se caracteriza porque, por un lado, comprende dos extremos fácticos, que son la existencia real del ilícito penal (lo que no fue objeto de controversia), y la culpabilidad del acusado entendida ésta como sinónimo de intervención o participación en el hecho. Por el otro, exige para su enervación que haya prueba que sea: 1) "real", es decir, con existencia objetiva y constancia procesal documentada en el juicio; 2) "válida" por ser conforme a las normas que la regulan, excluyéndose la practicada sin las garantías procesales esenciales; 3) "lícitas", por lo que deben rechazarse las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; y 4)

"suficiente", en el sentido de que, no sólo se hayan utilizado medios de prueba, sino que además de su empleo se obtenga un "resultado" probatorio que sea bastante para fundar razonablemente la acusación y la condena, es decir: no basta con que exista un principio de actividad probatoria sino que se necesita un verdadero contenido inculpatario en el que pueda apoyarse el órgano juzgador para formar su convicción condenatoria.

En consecuencia, esta insuficiencia probatoria me lleva a un estado de duda insuperable que, atendiendo la manda del artículo 11 del Código Procesal Penal, debe resolverse a favor del acusado (arts.18 y 75 inc. 22, Const. Nac.; 14.5, PIDCP; 8.2.h, CADH; 1, 209, 210, 371, 373, 450, 454, 459 y 460, CPP). ASI VOTO.

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR EDUARDO GILBERTO PANSERI, dice:

Que adhiero al voto del Doctor Alejandro Alberto Chain, por compartir sus fundamentos. ASI VOTO.

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR PRESIDENTE DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DOCTOR LUIS EDUARDO REY VÁZQUEZ, dice:

Que adhiero al voto del Doctor Alejandro Alberto Chain, por compartir sus fundamentos. ASI VOTO.

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR FERNANDO AUGUSTO NIZ, dice:

Que adhiero al voto del Doctor Alejandro Alberto Chain, por compartir sus fundamentos. ASI VOTO.

En mérito del presente Acuerdo, el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente:

SENTENCIA N° 170

1°) Hacer lugar al recurso de casación impetrado por la Señora Fiscal de Juicio, casando el punto 1° de la Sentencia N° 22/24, y en consecuencia: DECLARAR LA RESPONSABILIDAD PENAL del acusado R. A. F. como autor penalmente responsable del delito de GROOMING (arts. 131 del Código Penal) y conforme. 2°) Hacer lugar al recurso de casación impetrado por el abogado defensor, casando el punto 2°) de la Sentencia en análisis y en consecuencia ABSOLVER AL ACUSADO

R. A. F. en relación al delito de Abuso Sexual Simple en

grado de tentativa (arts. 119 primer párrafo en función del 42 del Código Penal) por duda razonable (art. 11 del Código Procesal Penal) 3°) Proceder al reenvío al Juez de Juicio para la realización de la Cesura de Juicio, en relación al delito de Grooming (art. 131 del Código Penal), por el cual se declarara la responsabilidad penal de R. A. F. 4°) Registrar y notificar.-

Firmado digitalmente por REY VAZQUEZ Luis Eduardo

PANSERI Eduardo Gilberto

CHAIN Alejandro Alberto

NIZ Fernando Augusto