

Fallo: 35 As: 231/240

Libro: 2017 – 01 S

Fecha: 15/08/2017

Tribunal de Impugnación
Sala IV

_____ Salta, 15 de agosto de 2017. _____

_____ Y VISTO: estos autos, caratulado como “Arias, Dante Omar por los delitos de grooming y abuso sexual con acceso carnal en concurso real en perjuicio de D.M.Y.”, Expte. N° JUI 125162/16 del Tribunal de Juicio, Sala IV, del distrito judicial Centro, causa N° JUI 125162/16 del Tribunal de Impugnación, Sala IV y, _____

_____ **CONSIDERANDO** _____

_____ **El Dr. Adolfo A. Figueroa dijo:** _____

_____ 1º) Que a fs. 471/483 el Dr. Mario López Escotorín en ejercicio de la asistencia técnica de Dante Omar Arias interpone recurso de casación contra la resolución del Tribunal de Juicio, Sala IV, que condena a su representado a la pena de cinco años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas por resultar autor materialmente responsable de los delitos de grooming y abuso sexual simple en concurso real. _____

_____ 2º) Que el recurrente expone como agravio que la entrevista a la menor damnificada, realizada en circuito cerrado de televisión por el licenciado en psicología Víctor Alejandro Paz, tuvo vicios manifiestos en cuanto a la forma y método en que se llevó a cabo, toda vez que se encuentran plasmadas sugerencias, afirmaciones impertinentes, preguntas conducentes a hechos negativos, propuesta del nombre del sospechado y presión sobre la entrevistada.

_____ Destaca además que el Juez “a quo” fue selectivo con los dichos de la víctima y con los de las señoras M R y J D al momento de valorar y dar el encuadre jurídico. _____

_____ Afirma que en relación a los dos tipos de ilícitos seleccionados, el magistrado sentenciante se basó más en elementos producto de la íntima convicción que de las pautas objetivas de la sana crítica racional. _____

_____ Luego enfatiza que la menor damnificada no aportó acciones de cargo, serias y genuinas contra su representado, al no especificar dónde ni cómo la tocó, sumado a que no se determinó la existencia del vehículo, la identidad del sujeto activo, ni descripción de la acción desplegada por él. _____

_____ En cuanto al delito de grooming por el que el Tribunal “a quo” condenó a Arias, arguye que no se encuentra acreditado que el imputado supiera sobre la minoridad de la víctima, máxime cuando los datos aportados por la menor, vía intercomunicación técnica, eran ficticios. Otro elemento del tipo que no fue acreditado y sólo valuado sobre afirmaciones genéricas y tácitas – continúa- es la finalidad guiada a la comisión de cualquier delito contra la integridad sexual de M.Y.D., razón por la que considera que el reproche penal se torna abstracto. _____

_____ Para finalizar sobre el primer punto que lo afecta, señala que hubo lesión al conveniente método de justa examinación y valoración probatoria, como del razonamiento jurídico cumplido en lo que hace al principio de legalidad, específicamente en el análisis, exégesis y definición de los dos ilícitos por el que el Tribunal de Juicio condena, más al ignorar fallas evidentes en la producción de la prueba testimonial de M.Y.D. _____

_____ Como otro ítem de agravio resalta que el monto de la pena aplicada fue exacerbado por no advertir y justipreciar el sentenciante adecuadamente la entidad de los injustos, la condición de primario, edad, nivel educativo, atenuantes. _____

_____ En conclusión peticiona se revoque la sentencia objetada y en consecuencia se absuelva a Dante Omar Arias de los delitos de grooming y abuso sexual simple por el principio “in dubio pro reo” o en subsidio se aplique a su defendido la sanción de un año de ejecución condicional por el delito de grooming y absolución por el beneficio de la duda por el delito de abuso sexual simple, o en su defecto aplique la pena de dos años de ejecución condicional por los delitos de grooming y abuso sexual simple en concurso real. _____

_____ 3º) Que a fs. 510/514 vta. la Fiscal de Impugnación, Dra. María Josefina David de Herrera, contesta el traslado que le fuera conferido, de acuerdo al mandamiento del artículo 546 de nuestro ordenamiento adjetivo. _____

_____ Puntualiza que el Tribunal de condena efectuó una correcta evalua-

ción de la prueba, y la incidencia que reflexivamente tuvo para formar convicción fue con estricta observancia de las reglas de la sana crítica racional y el principio de libertad probatoria, por lo que considera que la postulación de la defensa se enraíza en las opiniones de quien se presenta como censor de la decisión jurisdiccional, pero no alcanza para conseguir el objetivo ensayado. _____

_____ Sobre la pena impuesta al imputado concluye que no resulta violatoria del principio de legalidad constitucional por haberse aplicado el método fijado por el legislador. _____

_____ Para finalizar acentúa que el ataque fue contra la integridad de una persona menor de edad y mujer, sobre la que el Estado argentino se ha comprometido proteger a través de la suscripción a la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. _____

_____ 4º) Que al encontrarse comprometido el interés de una persona menor de edad, también tomó intervención en la presente vía recursiva la Asesora General de Incapaces, Dra. Mitra Lapad, quien a fs. 516/518 vta. expuso que corresponde rechazar el recurso interpuesto, toda vez que se encuentra acreditado el abuso sexual simple en concurso real con el delito de grooming con un grado de certeza suficiente, sin que pueda invocarse la duda razonable a favor del acusado. _____

_____ Dice que del análisis integral de la prueba producida surge claramente que el Sr. Arias se valió de su perfil de facebook para contactar y captar a una adolescente con el fin de acometerla sexualmente, quien logró concretar, luego de numerosas charlas, algunas de contenido sexual, un encuentro con la víctima, aprovechando, para abusar sexualmente de M.Y.D. _____

_____ Tiene presente que la víctima por su condición de ser una persona menor y mujer, merece mayor protección de acuerdo a lo que establece la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26061 de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes y la Convención de Belém Do Pará. _____

_____ 5º) Que el Juez de grado condenó a Dante Omar Arias a la pena de cinco años y seis meses de prisión efectiva, accesorias legales y costas por resultar autor material y penalmente responsable del delito de grooming al entender que, según las pericias realizadas en el celular del victimario, éste enviaba mensajes a la víctima a su cuenta de facebook, con un nombre de fantasía (Maikol Arias), la trataba con el vocablo “amor” con el propósito de seducirla, la citó para que fuera a distintas direcciones a los fines de encontrarse y para lograr su cometido le mintió su edad al manifestarle que tenía veintidós años, cuando en realidad, ya por entonces, contaba con treinta y tres años de edad, mientras que M.Y.D. recién se encontraba saliendo de la niñez para ingresar a la etapa de la adolescencia. Luego indica el sentenciante que ganada la confianza de la menor, le envía fotos de sus genitales (pene) haciendo hincapié en el estado que lo tenía, le indica su tamaño, le realiza propuestas para mantener relaciones sexuales en un “telo” (hotel alojamiento), y le manifiesta “yo ya cumplí”, a los fines de pedirle a la menor que le envíe fotos de su zona vaginal, sus senos, preguntarle si “estaba abierta o cerradita”, obteniendo como respuesta que era virgen, y decirle a continuación “bien, voy a ser el primero”.

_____ Asimismo el “Tribunal de Juicio” también condena a Arias por el delito de abuso sexual simple al considerar que, según los dichos de la menor, quien se apodara como “Maikol Arias” le tapó la boca, la llevó y la subió a una camioneta, cuando ella estaba por ir a comprar, luego le sacó la ropa, él también se desvistió, y la tocó con sus manos en sus partes íntimas.

_____ 6º) Que cabe destacar que en nuestro sistema procesal rige el principio de la libertad probatoria, donde el juez no encuentra más límite que la tasación de la prueba en relación al estado civil de las personas. (Art. 282 del C.P.P.).

_____ Sin embargo la valuación de las pruebas debe ser bajo los estrictos límites de la sana crítica racional, de manera que no quepa la posibilidad de un resultado arbitrario producto de una discrecionalidad, propia del sistema de la

íntima convicción. (Art. 286 del C.P.P.). _____

_____ En torno a ello la Corte de Justicia local ha dicho que: “En nuestro sistema procesal rigen la libertad probatoria y la libre convicción del juez o sana crítica racional. Ello implica, por un lado, que el juez no debe atenerse o limitarse a los elementos probatorios descriptos en la ley y que, sean cuales fueren los que se arrimasen a la causa para demostrar o desvirtuar la existencia del hecho, conserva la facultad de valorarlos conforme las reglas del recto entendimiento humano, sin sujeción a directiva o tasación legal alguna.” (Tomo 200:537). _____

_____ 7º) Que la entrevista a M.Y.D. fue celebrada en circuito cerrado de televisión en presencia de la Asesora de Incapaces Nº 2, de la Defensora Oficial de la Unidad Nº 5 y de la Auxiliar de la Fiscalía de Violencia Familiar y de Género Nº 4, según fs. 26 del legajo de investigaciones, de modo que tuvieron la oportuna posibilidad de controlar la legalidad del interrogatorio, tal como lo dispone el artículo 335 del Código Procesal Penal. _____

_____ A su vez aquella declaración testimonial fue ofrecida y producida como prueba en el debate oral, sin existir oposición alguna por las partes intervinientes que cuestione algún tipo de irregularidad. _____

_____ En sustento a aquel postulado el artículo 461 del Código Procesal Penal dice que: “Inmediatamente después de abierto por primera vez el debate, serán planteadas y resueltas bajo sanción de caducidad, las nulidades producidas en los actos preliminares del juicio y las cuestiones atinentes a la constitución del Tribunal. En la misma oportunidad y con igual sanción, se plantearán las cuestiones referentes a la incompetencia por territorio, a la unión o separación de juicios, a la incomparecencia de los testigos, peritos o intérpretes y a **la presentación** o requerimiento **de documentos**, salvo que la posibilidad de proponerlas surja en el curso del debate.” _____

_____ En autos la defensa técnica no planteó la nulidad de la resolución que admitió las pruebas ofrecidas, en la etapa prevista por la citada norma procesal por considerar algún tipo de irregularidad. De manera tal que si no

fue expuesta en el momento que establece la citada norma procesal, caducó la posibilidad de ser tratada en una instancia superior. Otro modo podría atentar contra el principio de la estabilidad de los actos jurídicos y el consecuente dispendio jurisdiccional, cuando por su parte, en conjunción con lo expuesto, el artículo 336 de nuestro ordenamiento procesal indica asimismo que: “ Observado el procedimiento descrito en los artículos 327, 330 y 335, la prueba testimonial que se refiere cada uno de esos artículos, podrá incorporarse al debate por lectura del acta y exhibición de las grabaciones, siempre que la defensa haya tenido oportunidad de controlar su producción.”, hipótesis ocurrida en autos. _____

_____ En resguardo de lo postulado precedentemente la Corte de Justicia salteña ha dicho que: “Para la procedencia del planteo de nulidad, además de la denuncia oportuna, se requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el solo interés formal de cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia. Quien la invoque deberá indicar qué alegaciones fue privado de ejercer y qué pruebas hubiere propuesto si el acto cuestionado no exhibiese el defecto que motiva el cuestionamiento.” (Tomo 208:425). _____

_____ Sucede además que la declaración de la menor M.Y.D. no es la única prueba que dio sustento a la decisión en crisis, sino que también hubo otras, como la declaración testimonial de R. R. D. (padre de la menor) quien en audiencia de debate manifestó que se enteró de los hechos porque una tarde su hija no llegaba a la casa, circunstancia que coincide con el testimonio de J. E. D., hermana de la víctima, al decir que la menor estaba en su casa, y alrededor de las dos y media de la tarde, cuando estaban mateando, M.Y.D. escondía la computadora para que no viera con quién se estaba mensajeando, que cuando su hermano llegó, a horas 19:00 aproximadamente, le comentó que había estado en la comisaría porque habían abusado de su hermana, luego, que al acceder a su cuenta de facebook, porque sabía su contraseña, su hijo, J., pudo ver al muchacho que mensajeaba con la foto

y sus partes íntimas, y al ver las fotos pudo reconocer al imputado en la sala de audiencia al momento de declarar ante el Juez de origen, sumado a que la señora M A R dijo durante el debate que el día 4 de junio de 2015 (fecha en que el padre de la menor realiza la denuncia según fs. 1 del legajo de investigaciones), encontró a una menor, en la calle Zacarías Yanci donde esperaba el colectivo, al subir ambas, la menor la agarra de la mano y se sienta a llorar, y le comenta que la llevó una tráfico o camioneta blanca, que la habían sacado de un negocio y abusado de ella, que le dolían los genitales, todo eso pasó cuando ya estaba oscureciendo, tiempo que concuerda con lo referido por la hermana de la menor y con la hora registrada en la denuncia de fs. 1 del legajo de investigaciones (16:00 a 18:00 horas aproximadamente) y la declaración de Eugenia Aguayo, personal policial, quien dijo que se le acercó una femenina a horas 20:00 con una menor. Es decir que si bien ellas no fueron pruebas directas del ilícito cometido, indican de forma concatenada que el hecho ocurrió tal como lo plasmó el togado de grado, sin que exista margen de arbitrariedad en su decisión de condena. _____

_____ Sobre el particular cabe destacar que: “La sumatoria de indicios, que individualmente pueden tener explicaciones compatibles con otras hipótesis fácticas, en su valoración global permite descartar la probabilidad, entonces, la duda que cada uno trae intrínsecamente se transforma en certeza.” (Corte de Justicia de Salta, tomo 208:425). _____

_____ 8º) Que la declaración de la víctima, al no corresponder que sea descartada como prueba legal de acuerdo a lo expuesto, es entonces una elemental base probatoria sobre la que el Juez “a quo” pudo sustentar su decisión, por lo que solo resta dilucidar en esta instancia si hubo suficiente motivación que abonen las razones que justifiquen un juicio lógico. _____

_____ Así durante la entrevista en circuito cerrado de televisión, la menor damnificada dijo que tiene una cuenta en la red social facebook, y entre sus amigos se encuentra “Maicol Arias”, quien es el que la llevó. Continúa y dice que es su amigo desde hace un año, le envió una solicitud de amistad y ella la

aceptó. Manifiesta que la llevó en una camioneta, tiene veinte años, pasó por su casa cuando ella estaba por ir a comprar, se fueron, anduvieron un rato, a un lugar más alejado del centro. Prosigue y dice que en la camioneta había una mujer y dos hombres más, cuando ella estaba en la esquina, la agarró de atrás el otro muchacho, le tapó la boca, a las seis de la tarde aproximadamente. Por sentir vergüenza para contar lo sucedido al psicólogo que la entrevista, le transmitió inscribiendo en un papel que la violaron. A su vez dice también que no quedó en encontrarse con él. Manifiesta que le bajó el pantalón y la bombacha hasta la altura de las rodillas, la tocó con las manos en sus partes íntimas, mientras ella decía que la deje. Luego "Maicol" dijo que se bajara. Expresa que le contó a "Maicol" dónde vivía y que sabía que era él porque tenía la misma mochila y cara que en el "face". (Véase fs. 25/26 del legajo de investigaciones). _____

_____ En cuanto a la credibilidad de la declaración de la menor M.Y.D. se tiene que, de acuerdo al informe psicológico obrante en el legajo de investigaciones, no se advierten indicadores de mendacidad. _____

_____ En una línea más completa y como punto categórico de lo trazado, el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño precisa que: "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional." _____

_____ Es decir que cuando se encuentra comprometido el interés superior de una niña, niño y/o adolescente cabe prestar especial atención sobre lo que manifiestan, con el propósito de resguardar su integridad y sancionar a quien

cometió el ilícito penal, de manera de dar cumplimiento con los fines de prevención general y especial de la pena. _____

_____ Ahora bien, sabido es que los delitos que atentan contra la integridad sexual de las personas resultan de difícil comprobación atento a que en su mayoría son cometidos en un seno íntimo, lejos de la presencia de terceros, razón por la que los aportes testimoniales de la víctima de un ataque sexual resultan imprescindibles para su apreciación. Así nuestro máximo Tribunal ha pronunciado que: “Los delitos de contenido sexual se cometen generalmente sin la presencia de testigos, y por ello adquieren fundamental relevancia los dichos de la víctima, al extremo de que nada impide que un pronunciamiento condenatorio se sustente sólo en la declaración testimonial de ésta, siempre y cuando sea objeto de un riguroso análisis y expongan los aspectos que determinan que le sea asignada credibilidad, convirtiéndola en un elemento preponderante por sobre la negativa del acusado.” (Tomo 200:241). _____

_____ Con el objeto de evaluar la verosimilitud del relato de la menor, es forzoso tener presente lo indicado por Karl Mittermaier cuando dice: “Merece creerse el testimonio en cuanto se apoya en la observación personal de quien emana. Pero la más fuerte garantía de la credibilidad del testimonio es su perfecta concordancia con los resultados que las demás pruebas suministran...; su convicción se aumenta cuando se ve confirmado y corroborado... por todas las demás pruebas descubiertas en la causa.” (Tratado de la prueba en materia criminal, Madrid, 1991, pág. 308 y ss.). _____

_____ De ese modo resulta palmario que los delitos que se le atribuyen a Dante Omar Arias se encuentran acreditados a partir de la declaración de la víctima, de las pericias técnicas realizadas en los elementos informáticos, en los informes psicológicos de la damnificada y el victimario, en la declaración testimonial de la hermana de la M.Y.D., de la persona que la encontró luego del ataque, en los informes médicos y en otros indicios que resultan unívocos para arribar a la decisión condenatoria luego que fueran valorados en conjunto y no en forma fragmentaria. _____

_____ Dentro de ese orden de ideas nuestro máximo Tribunal también ha pronunciado que: “En los delitos de abuso sexual, en base a la sana crítica racional la espontánea declaración de la víctima es un elemento incriminante de alto valor en la formación de convicción, siempre y cuando sea tenido como coherente y sincero en el marco de la apreciación directa que brinda el debate y se hayan expuesto los aspectos que determinaron su credibilidad.” (Tomo 195:161).

_____ Así la menor damnificada manifestó que recibió vía “facebook” una invitación de amistad de un tal “Maicol Arias”, la que aceptó, de manera que pudieron estar conectados de forma virtual. A partir de aquella amistad surgieron diversos diálogos entre ambos, del que a través de las pericias técnicas que se realizaron en uno de los teléfonos móviles del ahora imputado se extrajo que las charlas tenían connotaciones de contenido claramente sexual, solicitando, quien dijera llamarse “Maicol Arias”, a la menor M.Y.D. le enviara fotos de sus partes íntimas (superiores e inferiores), luego que él le remitiera fotos de sus genitales, destacando durante la conversación el tamaño y estado en el que se encontraba su miembro viril, preguntándole a la víctima si le gustaba y si deseaba mantener relaciones sexuales con él (véase fs. 40/87 del legajo de investigaciones). Toma relevancia que el imputado mintió su edad para poder acercarse a la víctima (ver fs. 53 del legajo de investigaciones cuando le manifiesta que tiene 23 años), en atención a que sabía cuántos años tenía ella, dado que en el perfil de facebook de la menor se encuentra inserto que nació el 12 de febrero de 2000. Tales circunstancias fueron corroboradas por el informe pericial del perfil de facebook del tal “Maicol Arias” cuando a fs. 30 del legajo de investigaciones consta que era amigo de Yulli Cjaa, y ésta de él (v. fs. 36), a fs. 32 que nació en fecha 18 de abril de 1982, día natal que coincide con las condiciones personales del imputado obtenidas por el Tribunal de Juicio al iniciar el debate oral. Asimismo del diálogo entre la víctima y el victimario surge que éste último le envía, según fs. 66 y 87 del legajo de investigaciones, el número _____ correspondiente a un teléfono celular para que la me-

nor lo llamara ante la posibilidad de poder encontrarse los dos. El citado número coincide con la titularidad de Dante Omar Arias, de acuerdo a lo plasmado en el informe remitido por la empresa de telefonía celular “Personal” de fs. 169/170 del legajo de investigaciones, compañía que concuerda con lo manifestado durante el diálogo que obra a fs. 76 del legajo de investigaciones cuando el propio “Maicol Arias” dice esperar que el número que le pasara la menor fuera “Personal” para poder llamarla gratis. _____

_____ Resulta entonces que valorado el relato de la víctima, en su declaración, en conjunto con lo que informa la psicóloga y las demás declaraciones testimoniales, permiten concluir que dicho testimonio además de veraz resulta creíble, es decir existe una correspondencia entre lo sucedido y lo relatado. Es que, la menor escribe los sometimientos padecidos con un lenguaje propio de su edad, que goza de coherencia argumental, en tanto no presenta mecanismo de fabulación ni mendacidad, en tanto esa prueba resulta de capital importancia a efectos de determinar la comisión del hecho, máxime ante las particularidades probatorias que presentan los delitos contra la integridad sexual cuando el ofendido es menor de edad, como ya se dijera en otro considerando. Además, los extremos apuntados en su testimonio son avalados por otros elementos de convicción incorporados a la causa. (Fallo 04, AS 11/25, Libro 2016-015, Fecha 24/11/2016 del Tribunal de Impugnación, Sala IV). _____

_____ Asimismo otra prueba indiciaria que exterioriza la voluntad de Dante Omar Arias de contactar a la menor para intimar con ella es el informe de la pericia psiquiátrica de fs. 188 y vta. del legajo de investigaciones, realizado el 30 de julio de 2015 donde consta que el peritado relata que hace dos meses conoció por facebook a una chica de 14 años, que comenzaron a encontrarse, siempre en compañía de su hermana de 17, sostuvieron una relación afectiva que nunca llegó a intimidad, y reconoce que mutuamente se enviaron fotos en prendas íntimas. Es decir que la fecha en que dice haber conocido a una menor de 14 años coincide de manera próxima con la edad de la víctima y con el comienzo de los diálogos que fueron peritados y que datan desde el 3 de abril de

2015 en adelante, de acuerdo a lo adjuntado a fs. 40 en el legajo de investigaciones. _____

_____ Sin embargo en contraposición a esos datos probatorios se encuentra la declaración indagatoria del imputado quien en una segunda oportunidad manifestó que el día 4 de junio de 2015 se encontraba trabajando con su profesor de la tecnicatura en construcción hasta las 7:30 de la tarde, luego regresó a su casa, se bañó y se fue a la casa de su hermano C. T., con domicilio en _____ (véase fs. 205/207 del legajo de investigaciones). En sustento a aquél testimonio se encuentra el del hermano de Arias, C. F. T. quien en audiencia de debate según fs. 323 vta./324 dijo que es posible que el día del hecho pueda que su hermano haya concurrido a su casa, pues iban a un curso de albañilería, fecha que recuerda que estuvieron juntos porque la relaciona con la actividad, atento que eran los días miércoles, jueves y viernes, de 17:00 a 19:00 horas. De manera poco coincidente con aquellos relatos _____, padre del imputado, dijo durante el juicio oral que el día 4 de junio de 2015 su hijo después de las 18:00 horas salió hacia la casa de su hermano, pues estudiaban juntos plomería, para luego afirmar que a horas 19:00 se fue a realizar un trabajo práctico a lo de su hermano. Como nota consecuente de la lectura de esos relatos, la declaración del imputado se torna inverosímil por cuanto su hermano dijo que posiblemente el día del hecho estuvieron juntos, luego su padre indica que salió de su casa en dos horarios diferentes, a las 18:00 y a las 19:00, cuando el imputado precisó que estuvo con su profesor de la tecnicatura hasta las 19:30, circunstancias de tiempo que varían y distan unas de otras. Otro punto que no guarda relación con la declaración del imputado es que éste dijo que cursaba la tecnicatura en construcción y su padre manifestó que cursaba el oficio de plomería. _____

_____ Dentro de ese marco contextual la Corte de Justicia de Salta fue precisa en decir que: “La certeza necesaria para condenar no debe insoslayablemente surgir de un panorama totalmente desprovisto de elementos favorables a la posición del acusado; es claro que una exigencia de tal naturaleza deter-

minaría que prácticamente cualquier movimiento defensivo en el plano de la prueba, o cualquier debilidad de la evidencia, aún de la incorporada de oficio o a pedido de la parte acusadora, frustraran la posibilidad de una condena. Sin embargo, la viabilidad de un pronunciamiento contrario al acusado requiere un convencimiento razonablemente alcanzado mediante el triunfo racional de los factores incriminantes por sobre los que revisten carácter neutro o favorable al encausado.” (Tomo 200:541). _____

_____ 9º) Que el delito de “grooming” se encuentra previsto por el artículo 131 del Código Penal al decir 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.” _____

_____ De acuerdo a esa redacción legal, se tiene que en estas actuaciones el delito de “grooming” se encuentra totalmente acreditado, dado que Dante Omar Arias hizo uso de un medio de comunicación electrónica, como lo es la red social “facebook” mediante la utilización de un teléfono celular, para contactar a la víctima menor de edad M.Y.D., con el propósito de arremeter contra su integridad sexual, esto último corroborado a través del diálogo que mantuvo con la damnificada de contenido netamente sexual, dónde se pudo visualizar su firme propósito de encontrarse con aquella para lograr un contacto carnal, toda vez que las diversas conversaciones fueron sobre la misma temática y sostenidas en el tiempo, sin que exista variación alguna en cuanto al tenor de su contenido. _____

_____ La página web Argentina Cibersegura explica que el “grooming” se configura “cuando un adulto contacta a un menor de edad, a través de Internet, mediante la manipulación o el engaño, y ocultando la condición de adulto, logra que el niño o niña realicen acciones de índole sexual.” (www.argentinacibersegura.org). _____

_____ Dable es resaltar que la intención final del autor del “grooming” es

“proponer un encuentro con el objeto de perpetrar un delito sexual contra la víctima en forma física” (Magliorisi, D., *Crímenes en la web. Los delitos del siglo XXI*, Ed. Del nuevo extremo S.A., 2014, pág. 52), hipótesis ocurrida en autos. _____

_____ El nuevo tipo penal no expone como elemento necesario para su configuración que se haya cometido el delito sexual, sino que solo exista la intención de querer realizarlo. En alusión a ello Gustavo Eduardo Aboso explica que: “Respecto de la consumación, este comportamiento se consuma cuando el autor contacta a la víctima menor de edad con el objetivo de realizar actos de naturaleza sexual. No se requiere que efectivamente dichos actos sexuales se hayan materializado, tan sólo que se encuentren presentes los extremos objetivos y subjetivos exigidos por esta figura. (Código Penal de la República Argentina, comentado, concordado con jurisprudencia, Ed. B de f, 2017, pág. 692). _____

_____ La figura propone castigar a las personas que intentan valerse de la confianza de quien es menor de edad y no tiene la suficiente madurez mental para responder de manera conciente sobre el contenido de lo propuesto, ni para imaginar la envergadura de las posibles consecuencias que acarrea, tanto en su desarrollo físico, psíquico y emocional. _____

_____ 10) Sobre el elemento objetivo del tipo penal de abuso sexual simple basta con que el sujeto activo haya desplegado conductas de tocamientos sobre las partes pudendas de otra persona. En el caso bajo análisis se encuentra acreditado que la menor M.Y.D. fue abusada sexualmente por parte de Dante Omar Arias toda vez que durante el relato de aquella sindicó al imputado como autor de esa conducta ilícita al decir que él se desvistió, le sacó la ropa, le bajó el pantalón y la bombacha hasta la altura de sus rodillas y la tocó con sus manos en sus partes íntimas, luego que la introdujera en una camioneta, aproximadamente a horas 18:00, y que pudo identificarlo como “Maicol Arias” al coincidir la mochila que vio en la camioneta de color negra con rojo similar a la que observó en facebook y porque su cara era igual a la foto del

“face”. De manera tal que las circunstancias de lugar, tiempo y modo se encuentran visiblemente determinadas. _____

_____ Otro elemento probatorio que deja entrever que la menor M.Y.D. fue presa de un ataque sexual es el informe psicológico obrante en el legajo de investigaciones donde consta que se infiere de su relato que cuenta con información retaceada y parcializada de la sexualidad, lo que fue construyendo por sí misma a partir de la escueta información que se le brindó, tanto desde su familiar como de la escuela; se percibe así misma con una autoimagen, desvalorizada abúlica; del material recopilado emergen sentimientos de culpa, vergüenza y humillación que se infieren están ligadas a vivencias de victimización sexual que se agudizan por la escasa contención familiar; atraviesa un estado de depresión. _____

_____ El abuso sexual simple es un delito doloso representado por la finalidad impúdica del actor que cede a un impulso repentino, rápidamente satisfecho sin consumir el acceso carnal ni someter al menor a tratamientos lascivos de otro tipo que pudiesen ser indicativos de que se propuso o hizo factible la corrupción de menores. (Cfr. Corte de Justicia de Salta, fallo 189:607). _____

_____ Del mismo modo la doctrina dice que: “Abusa sexualmente quien realiza actos corporales de tocamiento o acercamiento de carácter sexual, bajo alguna de las modalidades a que se refiere la figura quedando excluidos los actos de acceso carnal y su intento que aparecen comprendidos por el tercer párrafo de este artículo.” (Andrés D’Alessio, Código Penal comentado y anotado, parte especial, Ed. La Ley, 2004, pág. 160). _____

_____ 11) Atento a las conductas desplegadas por el acusado, la subsunción de los tipos penales de “grooming” y abuso sexual simple concursan de manera real, en tanto el primero de los delitos mencionados no precisa que se lleve a cabo el segundo, sino que sólo basta que exista la intención de cometer un acto que atenten contra la integridad sexual de una persona menor de edad, lo que demuestra la independencia entre sí de los hechos delictivos previstos por el ordenamiento jurídico penal de fondo. _____

_____ En relación al tema dice Aboso, al escribir sobre el delito de “grooming”, que: “Cabrá concurso material de delitos en caso de cometerse otra conducta de agresión sexual.” (Ob. cit., pág. 692). _____

_____ Entonces ante la concurrencia real de los delitos atribuidos a Arias el artículo 55 del Código Penal establece que: “Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo en tal caso tendrá como mínimo el mínimo mayor, y como máximo la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de cincuenta años de reclusión o prisión.” _____

_____ Desde esa perspectiva y de acuerdo a los delitos de “grooming” y abuso sexual simple cometidos por Dante Omar Arias, la escala penal atribuible oscila entre seis meses a ocho años de prisión, razón por la que la sanción de cinco años y seis meses de prisión impuesta por el magistrado de grado se ajusta a derecho y más aún cuando ha valorado, de manera correcta las pautas establecidas por los artículos 40 y 41 del ordenamiento jurídico de fondo, para su individualización, al tener en cuenta que el imputado se trata de una persona joven, padre de familia, con un nivel de educación terciaria en enfermería y auxiliar farmacéutico, sin empleo formal afín a su capacidad educativa, el haber desplegado un accionar contra la libertad e integridad sexual y física de una menor de trece años, el malestar psíquico ocasionado con su conducta a la damnificada, su calidad de primario al no tener antecedentes condenatorios y la colaboración prestada durante el trámite del proceso penal. _____

_____ La aplicación de la pena es una facultad del juez de condena quien podrá imponerla de acuerdo a la escala penal prevista por el legislador luego de ponderar todas las circunstancias objetivas y subjetivas que rodean a la comisión del hecho delictivo atribuido al sujeto activo. _____

_____ Dentro de ese razonamiento se tiene que: “La individualización de la pena es una operación que debe cumplir el tribunal de mérito a partir de la consideración puntual de un conjunto de circunstancias personales y objetivas

que se describen en la ley de fondo. Los jueces deben fijar la pena aplicable dentro del mínimo y del máximo legal establecidos en las respectivas escalas penales.” (Cfr. Corte de Justicia de Salta, fallo 198:361). _____

_____ 12) Ante la presencia de una víctima menor de edad corresponde que el Estado argentino, a través de su división de poderes, sea perspicaz en cumplir con el compromiso asumido a través de la suscripción de la Convención de los Derechos del Niño, la que en su artículo 19 apartado 1) dispone que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.” _____

_____ La intención de la norma es proteger a las niñas, niños y/o adolescentes, quienes son el futuro de la sociedad toda, siendo preciso en consecuencia que se extremen los cuidados en todos los aspectos de su integridad, de manera que no se vea comprometida la evolución de su desarrollo. _____

_____ Así, para resguardar la integridad de la niña M.Y.D. por su condición de vulnerable, resulta adecuado atender la acción delictiva desplegada por el imputado a los fines de evitar posibles nuevos ataques que atenten contra la libertad sexual, toda vez que Arias denota una inclinación morbosa hacia menores de edad, tal como se encuentra reflejado en el informe psicológico de fs. 189/190 vta. del legajo de investigaciones, al indicar que: “Las proyecciones de Dante Omar Arias se deben a que pudo haber sufrido pasivamente un daño en su sexualidad, el que quizás logró fijarlo en un momento infantil de su desarrollo psicosexual, motivo por el que su sexualidad es aún inmadura y presenta características duales, ya que se advierten sensaciones de placer – displacer y de sadismo – masoquismo asociadas a lo sexual, experiencia que en algún momento pudo haber sido vivida como displacentera y ligada luego a sentimientos masoquista, consiguió ser trastocada actualmente a

través de la actuación de una modalidad sádica y placentera de acceder al otro, además de advertirse exacerbadas ciertas pulsiones parciales, sobre todo la oral y la escópica (mirada), las que pueden dan cuenta de una sexualidad con rasgos perversos.”, resulta propicio la aplicación del castigo penal impuesto. _

_____ 13) Por otra parte el ataque sexual fue perpetrado en perjuicio de una mujer, situación sobre la que la Nación argentina también se ha comprometido en prevenir, sancionar y erradicar mediante la rúbrica a la Convención de Belém do Pará y la sanción de la ley nacional 26485, a los fines de lograr que los derechos humanos sean ejercidos en un pie de igualdad entre hombres y mujeres de manera que en las culturas donde imperan los patrones patriarcales sean a futuro considerados una utopía. _____

_____ Al respecto la Corte de Justicia local ha pronunciado que: “Es una responsabilidad ineludible del Poder Judicial, propiciar y adoptar una interpretación expansiva de los derechos humanos, que garantice debidamente los derechos de las mujeres, en especial a la vida, libertad, seguridad personal y, por sobre todo, la inclusión de aquellas que son abusadas física o psíquicamente, por aquellos respecto de los cuales se encuentran en una posición de dominación-sometimiento.” (Del voto de la Dra. Kauffman en fallo 189:607). _____

_____ 14) Es decir entonces que ante el serio compromiso internacional asumido por el Estado argentino mediante diversos tratados supranacionales, encuentra suficiente justificación la protección para la víctima de un delito que atente contra un derecho humano y la sanción a quien cometió aquel quebrantamiento, toda vez que las políticas públicas deben estar orientadas a abolir toda conducta que tenga como fin menospreciar el derecho que le corresponde al otro, en el caso, la libertad sexual. Y para entender ésta, Jorge Eduardo Buompadre explica que: “La libertad sexual debe ser entendida como la libertad sexual del individuo, esto es, como su autodeterminación en la vida sexual en libertad, esfera que se ataca también cuando se incide en el libre desarrollo de la personalidad del menor o en la intimidad sexual de la persona que no ha podido consentir libremente la acción.” (“Delitos contra la integridad sexual”,

DJ, 1999, pág. 732).

_____ 15) Para concluir con el análisis de los agravios formulados en el escrito impugnativo, en base a lo expuesto y al no existir vicios en la reconstrucción de los hechos, ni en la valoración de las pruebas y hallarse inmersa la sentencia en una calificación legal correcta, no resulta viable el recurso de casación interpuesto a fs. 471/483, de manera que el Tribunal de Juicio ha alcanzado una razonada y justa decisión en contra de Dante Omar Arias, motivo por el que debe ser confirmada la sentencia atacada en cuanto a todo su contenido.

_____ 16) Sin perjuicio de lo reseñado "ut supra" resulta probable que exista la comisión de otro delito por parte de otro sujeto toda vez que de la apreciación de la declaración de la menor durante la entrevista con el licenciado en psicología Paz surge que en la camioneta habían dos hombres más, que uno de ellos fue el que la agarró de atrás, le tapó la boca y la subió a la camioneta, situación que demuestra la participación de otra u otras persona/s y que puede guardar correspondencia con el resultado obtenido por el personal del CIF luego que analizara la prenda íntima de vestir (bombacha), zoquetes, chuleta y pantalón de la menor damnificada en la que encontraron restos de plasma seminal humano pertenecientes a otro patrón genético diferente de la persona de Dante Omar Arias (v. fs. 256/258 y las tres penúltimas hojas agregadas en el legajo de investigaciones sin foliar), razón por la que corresponde que el Tribunal de origen extraiga las copias de las piezas que considere pertinentes y sean remitidas al Ministerio Público Fiscal a los fines de su investigación, todo de conformidad a lo establecido por los artículos 264, 267 y cc. del Código Procesal Penal.

_____ **El Dr. Antonio O. Silisque dijo:** _____

_____ Que adhiere al voto del vocal preopinante por sus fundamentos y conclusiones. _____

_____ En mérito a ello y el acuerdo que antecede, _____

_____ **LA SALA IV DEL TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN,** _____

_____ **RESUELVE:** _____

_____ I.- **NO HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto a 471/483 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia condenatoria de Dante Omar Arias. _____

_____ II.- **ORDENAR** al Tribunal de Juicio, Sala IV, extraiga las copias de las piezas que considere pertinentes y las remita al Ministerio Público Fiscal ante la posibilidad de la comisión de un delito atribuible a otro autor. _____

_____ III.- **REGÍSTRESE, PROTOCOLÍCESE, NOTIFÍQUESE** y, oportunamente, **BAJEN** los autos al Tribunal de origen. _____

M.R.

Ante mí.