

Corte de Justicia de Catamarca

SENTENCIA NÚMERO: DIEZ

En la ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca, a los tres días del mes de mayo de dos mil veintidós, la Corte de Justicia de Catamarca, integrada por los señores Ministros doctores Carlos Miguel Figueroa Vicario -Presidente-, Vilma Juana Molina, José Ricardo Cáceres, Fabiana Edith Gómez, Luis Raúl Cippitelli, Néstor Hernán Martel y María Fernanda Rosales Andreotti, se reúne en acuerdo para entender en el Recurso de Casación deducido en autos, Expte. Corte n° 038/21, caratulados: **“Bustos, Juan Carlos s/ rec. de casación c/ sent. n° 41 de expte. n° 185/17 del Juzgado Correccional n° 2”**.

Por Sentencia n° 41/21, de fecha 25 de junio de 2021, el Juzgado Correccional de 2° Nominación, en lo que aquí concierne, resolvió: “1) No hacer lugar a la nulidad articulada por el Dr. Luciano Alberto Rojas respecto a la orden de allanamiento de fecha 22 de agosto de 2016, obrante a f.35 de autos (arts.185, 211, 212 y cctes. del CPP). 2) No hacer lugar a la nulidad articulada por el Dr. Luciano Alberto Rojas en contra del secuestro llevado a cabo en el allanamiento efectuado en el domicilio sito en Avda. Los Misioneros n° 181, dpto. 8, la Chacarita, de esta ciudad Capital. 3) No hacer lugar a la nulidad articulada por el Dr. Luciano Alberto Rojas sobre la pericia informática ordenada a f. 59/vta. de autos y cuyo resultado obra a f. 84/90 y en CD obrante en autos. 4) Declarar culpable a Juan Carlos Bustos, de condiciones personales relacionadas en autos, como autor penalmente responsable del delito de Grooming -contacto con una persona menor de edad mediante tecnología de transmisión de datos con fines sexuales-, dos hechos (nominados primero y segundo) en concurso real (arts. 131, 45 y 55 del CP) por los que venía incriminado, condenándolo en consecuencia a sufrir la pena de cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo (art.407 del CPP). 5) Dictar la prisión preventiva de Juan Carlos Bustos (arts. 292, incs. 1 y 2 del CPP), hasta tanto la presente condena se encuentre firme, debiendo el mismo permanecer detenido en idéntica condición a la presente en

sede del Servicio Penitenciario Provincial, a disposición de este Juzgado Correccional de 2º Nominación.

Contra esta resolución, el Dr. Luciano Alberto Rojas, asistente técnico del imputado Juan Carlos Bustos interpone el presente recurso, por la inobservancia de las normas que el Código sanciona con nulidad (art. 454, inc.4, del CPP); la inobservancia o errónea aplicación de las reglas de la sana crítica racional en la apreciación de las pruebas (art. 454, inc.2º, del CPP) y la inobservancia o errónea aplicación de las normas previstas para la individualización de la pena (art. 454, inc. 3º, del CPP).

Primer motivo de agravio:

Sostiene que la sentencia recurrida está viciada de nulidad debido a que ha sido violentada la defensa en juicio de su asistido.

Señala que “la posibilidad de ofrecer prueba previsto por el art. 360 del CPP cae en la cabeza del imputado”; que antes de la realización de la audiencia de debate no se le ha dado a Bustos la posibilidad de ofrecer prueba; y que esta tarea puede ser practicada en colaboración con la defensa técnica, pero en ningún caso puede quedar exclusivamente en manos de la defensa y en desconocimiento del imputado.

Considera que, por ende, el imputado debió ser citado o notificado del plazo dentro del cual, si así lo decidiera, podía ofrecer prueba a su favor, y que no correspondía suplir esa diligencia por la inocua notificación al defensor. Cita doctrina y jurisprudencia sobre la garantía de defensa en juicio.

Manifiesta, asimismo, que “en el momento de la discusión final”, se planteó a favor del enjuiciado se declare la nulidad de la orden de allanamiento dictada en el marco del presente proceso con fecha 22 de agosto de 2016”, por carecer de fundamentación el decreto que ordena la medida, contrariando lo dispuesto por los arts. 211 y 142 del CPP y el art. 208 de la Constitución provincial. Y critica que el Juez correccional haya considerado suficiente la fundamentación que presenta dicha orden.

Corte de Justicia de Catamarca

Dice, también, que la pericia informática (extracción y visualización del contenido de mensajes de texto) practicada en el teléfono celular del imputado Bustos es nula por haber violado la intimidad del nombrado sin la debida intervención judicial y sin el conocimiento y consentimiento de Bustos, y sin proporcionar plazo alguno a esa parte para designar perito controlador.

Refiere que, entre otros elementos, “el teléfono celular usado por el señor Bustos” fue secuestrado en el allanamiento cuestionado en el punto anterior.

Y critica la respuesta que su planteo recibió del Juez correccional, convalidando lo actuado por el Fiscal de Instrucción en el entendimiento que la intervención jurisdiccional era innecesaria debido a que la prueba fue producida en el marco de la investigación penal preparatoria, la que está a cargo del Fiscal de conformidad con lo dispuesto en el art. 241, siguientes y concordantes, del CPP, el que asegura la posibilidad del imputado de nombrar perito de contralor.

Segundo motivo de agravio:

Critica la “credibilidad incondicional” que le dio el Juez a la prueba testimonial pese a las evidentes contradicciones que presenta.

Dice que no han sido verificadas las exigencias del tipo penal objetivo (art. 131 del CP) para la consumación del delito de grooming ni la responsabilidad penal de su defendido.

Sostiene que el contacto electrónico atribuido no fue establecido con total certeza, toda vez que como prueba de cargo obran fotocopias simples de mensajes y fotografías (f. 7 a 11), sin ninguna autenticación y sin que se haya realizado siquiera una visualización en el dispositivo a donde supuestamente llegaron esos mensajes.

Considera que las fotografías de f. 07 a 11 no prueban suficientemente el contacto o real comunicación que constituye la esencia del tipo penal del que se trata, previsto en el art. 131 del CPP -grooming- por no consti-

tuir el medio idóneo para establecerlo científicamente y prestarse a la posibilidad de adulteración.

Dice que no fue probado que sea de Bustos la cuenta de Facebook cuya titularidad se le atribuye y que ninguno de los dispositivos irregularmente secuestrados en el domicilio de Bustos tenía vinculación con alguna cuenta de Facebook.

También, que no fue acreditada la existencia y la titularidad de la cuenta de la supuesta víctima L.A.R., a la que habrían llegado los supuestos mensajes y fotografías que configuran el presente delito.

Por ende, tampoco la denominación de tal cuenta, la fotografía de perfil que ostentaba, ni los datos del titular de la cuenta consignados en el acápite de “información” de la cuenta, donde queda registrada y evidente al público la fecha de su nacimiento.

Señala que, según la madre de la supuesta víctima, el nombre de la cuenta de ésta es L.A.R. o L.R. (no lo puede identificar) y la tiene desde el año 2011, cuando la menor contaba con la edad de 12 años, y que de dicho testimonio se sigue que ella tuvo que falsear sus datos para poder ser titular de la cuenta.

Y pretende que, en tanto el acusado no podía saber a ciencia cierta la verdadera edad de la menor, no podía ser responsabilizado penalmente con base en esa circunstancia.

Manifiesta que no existe mensaje ni prueba alguna de la comunicación que la progenitora de la supuesta damnificada dijo haber tenido con el acusado haciéndole conocer la edad de L.A.R., y critica que en la sentencia haya sido tenida por acreditada su existencia sólo con el testimonio de la madre de L.A.R..

Señala que la acusación se refiere a un hecho del año 2013 y a otro hecho del año 2016; pero que las copias simples de contenido erótico acompañadas (f. 6/11) se corresponden con el año 2013 y ninguna con el año

Corte de Justicia de Catamarca

2016, con lo cual la condena por los hechos del día 07-08-2016 se sustentan sólo en la versión de la madre de la víctima.

Considera que, de tal modo, el Tribunal ha alterado los principios de razón suficiente y no contradicción que deben integrar la motivación de toda decisión jurisdiccional.

Cita jurisprudencia de la Corte Suprema sobre sentencias arbitrarias.

Tercer motivo de agravio:

Sostiene que la valoración respecto de la individualización de la pena es arbitraria y no se compadece con las constancias de autos.

Por un lado, debido a que el daño invocado fue tenido por acreditado, no por el informe de un profesional especialista, sino sólo con los dichos de la damnificada y su madre.

Por otro, en tanto el Tribunal no tuvo en cuenta el informe psiquiátrico, del que surge que el imputado no es peligroso para terceros, omitiendo de tal modo tratar las postulaciones de la defensa en ese sentido, lo que convierte -dice- la decisión impugnada en arbitraria por *citra petitum*.

Solicita a la Corte declare la nulidad de la sentencia por violación de las reglas de la sana crítica racional en la apreciación de las pruebas o, en su caso y subsidiariamente, por la violación al derecho de defensa al no tratar cuestiones dirimientes introducidas por las partes y por falta de fundamentación de la sentencia atacada.

Efectúa reserva del Caso Federal y del recurso contenido en el art.2, apartado 3, inc. b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De acuerdo con el resultado del sorteo efectuado para determinar el orden de la votación (f. 57), nos pronunciaremos de la siguiente manera: en primer lugar, la Dra. Gómez; en segundo término, el Dr. Martel; en tercer lugar, el Dr. Cippitelli; en cuarto, el Dr. Cáceres; en quinto, la Dra. Molina;

en sexto lugar, el Dr. Figueroa Vicario y en séptimo lugar, la Dra. Rosales Andreotti.

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

1º) ¿Es admisible el recurso?

2º) En la sentencia recurrida, ¿Fueron inobservadas normas legales previstas bajo esa pena? ¿Fueron inobservadas las reglas que rigen la valoración de la prueba? ¿Fueron inobservadas las normas legales de aplicación en la individualización de la pena impuesta? ¿Qué resolución corresponde dictar?

A la Primera Cuestión, la Dra. Gómez dijo:

El presente recurso de casación reúne los requisitos de admisibilidad formal establecidos en el art. 460 del CPP 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, el Dr. Martel dijo:

Me adhiero a la solución propugnada por la Sra. Ministra preopinante y voto en igual sentido, por la admisibilidad formal del recurso intentado.

A la Primera cuestión, el Dr. Cippitelli, dijo:

La Dra. Gómez 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. Cáceres dijo:

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

A la Primera cuestión, la Dra. Molina, dijo:

Corte de Justicia de Catamarca

La Dra. Gómez 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. Figueroa Vicario dijo:

Me adhiero a la solución propugnada por la Sra. Ministra preopinante y voto en igual sentido, por la admisibilidad formal del recurso intentado.

A la Primera cuestión, la Dra. Rosales Andreotti dijo:

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

A la Segunda Cuestión, la Dra. Gómez dijo:

El agravio por la inobservancia de las normas legales previstas bajo pena de nulidad no es de recibo.

La declaración de nulidades formales requiere la existencia de un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el solo cumplimiento de la ley importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia (CSJN: *Fallos*: 295:961; 298:312; 306:149; 310:1880; 311:1413; 323:929; entre otros).

Por ello, la declaración de nulidad de un acto del proceso está destinada a reparar el perjuicio sufrido por una de las partes como consecuencia de la irregularidad de dicho acto.

Sólo encuentra justificación en resguardo de una garantía constitucional, si está conminada y si con ella se beneficia aquél que la pretende (Sentencias Corte n° 13, 30/05/2011; n° 33, 02/07/2012, entre otras); en tanto, ni la insubsanabilidad ni la oficiosidad con que la ley resguarda la situación del imputado en lo que respecta a las nulidades que le atañen tienen por objetivo crear a su favor un sistema de nulidades puramente formales, al margen del principio del interés.

Nuestro sistema procesal no admite la declaración de nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo en cuanto lesiona un interés de las partes, y acoge sólo la nulidad que por su posible efecto corrector tenga idoneidad para enervar los errores capaces de perjudicar realmente aquél interés.

“Las nulidades sólo podrán ser instadas, bajo pena de caducidad, en las siguientes oportunidades: 2. Las acaecidas en los actos preliminares del juicio, inmediatamente después de la lectura con la cual queda abierto el debate (art. 377º)” (art.189, CPP).

No procede la declaración de nulidad de un acto del proceso si la parte que podía plantearla consintió (de manera expresa o tácita) el acto viciado, no impugnándolo en la etapa procesal oportuna.

En esa comprensión, el recurso carece de fundamento en cuanto pretende que la sentencia condenatoria es nula debido a que el imputado fue privado del derecho de ofrecer prueba.

El recurrente dice que el Tribunal del juicio omitió notificar al imputado Bustos a ese efecto, con lo cual inobservó lo dispuesto en ese sentido en el art. 360 del Código procesal.

Sostiene que, dados los específicos términos de la norma en ese sentido, tal obligación no resulta satisfecha con la notificación practicada al defensor del imputado.

Pero, no acredita la temporalidad de su planteo, en tanto no demuestra haber objetado esa omisión en la primera ocasión a la que dio lugar el proceso. Lo presenta por primera vez en esta ocasión. Pero no demuestra haber tomado conocimiento de esa omisión recién al ser notificado de la sentencia condenatoria.

Por otro lado, echa por tierra esa posibilidad la presentación del recurrente (f.336) en la que declara haber examinado el expediente antes del debate.

Corte de Justicia de Catamarca

En esa oportunidad, en que planteaba la nulidad del decreto 13 de octubre de 2020, mediante el cual el Tribunal había ordenado la ubicación del imputado Bustos y su traslado por la fuerza pública, el Dr. Rojas decía lo siguiente:

“[D]e la propia compulsa del sumario se advierte que no existe acto procesal que incumba la comparecencia personal del acusado a la sede del Tribunal, y que por lo tanto se debe más a una decisión infundada del Tribunal que a un acto procesal que por ley o naturaleza no baste la notificación del acto procesal al defensor de confianza designado por el acusado y ratificado personalmente en la sede del Tribunal (...)”.

En esa oportunidad, en la que admitía haber consultado el expediente, ningún agravio manifestó el recurrente por la inobservancia del art. 360 del ritual.

Así las cosas, en esta oportunidad, su agravio sobre el asunto revela una reflexión tardía que, por serlo es inadmisible por cuanto no cabe tolerar que las partes se pongan en contradicción con su actuación discrecional previa en el proceso.

Por otro lado, el recurrente no demuestra el perjuicio que al imputado le habría ocasionado la omisión que critica, lo que era menester; considerando que no cabe declarar la nulidad por la nulidad misma o en el mero interés de la ley.

No precisa qué pruebas se vio impedido de ofrecer por no haber sido notificado entonces del derecho que tenía a ofrecer prueba, ni dice que en el debate le haya sido denegada alguna por no haberla propuesto en esa oportunidad. Ni demuestra la idoneidad de ellas para modificar lo decidido. Tampoco dice que defensas concretas se vio impedido de oponer.

De tal modo, sin poner en evidencia un efectivo gravamen al derecho de defensa, el agravio sólo revela prurito formal, incompatible con el debido proceso.

Con esa omisión, su agravio carece de fundamento y sólo revela exceso de rigor formal, carente de idoneidad a los fines de la pretendida modificación de la sentencia recurrida.

Así las cosas, resultan de aplicación al caso los siguientes conceptos de la Corte Suprema: “En materia de nulidades procesales prima el criterio de interpretación restrictiva y solo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que cerrazón ineludible de su procedencia (CSJN, “Bianchi”, B. 66. XXXIV)”.

Por otro lado, el recurrente no demuestra la insuficiencia a ese efecto de la notificación practicada a su defensor entonces; considerando que, como su asistente técnico, estaba en mejores condiciones para decidir la utilidad o conveniencia de ofrecer una u otra prueba.

Así lo admitía el recurrente en la presentación mencionada (f.336) sin acercar argumento alguno en esta ocasión que demuestre la inaplicabilidad de sus reseñados conceptos entonces al ofrecimiento de prueba del que se trata en esta oportunidad.

Con esa omisión, su agravio sobre el asunto resulta contradictorio con los motivos invocados en sustento de la mencionada presentación y revela, sino una mera ocurrencia, al menos un exceso de rigor formal con base en la literalidad del precepto que refiere “a las partes” y únicamente a éstas, no a los defensores, a diferencia del art. 358, que dispone notificar “a las partes y defensores.”

Sin embargo, como reiteradamente señaló la Corte Suprema “La declaración de la nulidad de un acto del proceso importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia (*Fallos* 295:961, 298:1413, entre mucho otros) (...) no procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley (*Fallos*: 295:961, 298:312), siendo inacepta-

Corte de Justicia de Catamarca

ble en el ámbito del derecho procesal la declaración de nulidad por la nulidad misma” (*Fallos*: 303:554; 322:507).

Las razones dadas son suficientes para desestimar el agravio por la falta de notificación de la citación a juicio al imputado, de lo que el recurrente extrae que Bustos fue privado de su derecho a ofrecer prueba, y desestimar la pretensión de nulidad de la sentencia por la inobservancia del art. 360 del CPP.

Por los mismos motivos, la pretensión en el recurso, de nulidad del allanamiento de morada dispuesto en la causa por el Juzgado de Control de Garantías nº 3 (f. 35) y practicado el 22 de agosto de 2016 (f.37/37vta.) tampoco puede ser acogido.

El planteo es claramente tardío y carece de fundamento.

Es tardío en tanto no fue formulado en la primera ocasión a que dio lugar el procedimiento, lo que claramente aconteció antes del juicio, en la etapa de la investigación penal preparatoria.

Así las cosas, bajo pena de caducidad, correspondía su planteo durante dicha etapa o en el término de citación a juicio (art. 189, 1º supuesto, CPP).

Por otro lado, el agravio trasluce la mera discrepancia del recurrente con los motivos de la orden judicial cuestionada, los que excluyen el mero voluntarismo judicial en tanto indican la ponderación como satisfechos, de los recaudos legales que justificaban el allanamiento solicitado por la fiscalía, en los términos de los arts. 211, 212, 284 y concordantes del CPP.

Al menos en principio, aunque escuetos, esos fundamentos satisfacen la justificación que el art. 211 del Código de Procedimientos requiere: “Si hubiese motivos suficientes para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al delito o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad (...)”.

El recurso no demuestra que la presunción a la que se refiere dicho precepto reclame un desarrollo argumental exhaustivo sobre los elementos de juicio recabados hasta entonces en la causa y su suficiencia e idoneidad para tener como cierta o probable la existencia en ese lugar de las cosas pertinentes al delito investigado.

Con esa omisión, el recurso no demuestra el grave error de la sentencia en el tratamiento de su agravio ni la inobservancia en el caso que del referido art. 211 pretende.

Por ende, también con relación al tema, mi respuesta a la cuestión planteada es negativa.

Y en tanto el recurrente no niega que los efectos peritados sean los efectivamente secuestrados en ese allanamiento, ni denuncia que hayan sido intervenidos indebidamente entre su secuestro y su peritación, sus críticas en la audiencia por las supuestas fallas en la cadena de custodia derivadas de la omisión de embolsar, ensobrar y precintar los elementos secuestrados no son de recibo; en tanto sólo expresan un inadmisibles rigor formal, incompatible con el adecuado servicio de justicia.

El agravio por la alegada violación a la intimidad del imputado tampoco es de recibo ni, por ende, la pretensión en el recurso para que el tribunal declare la nulidad de la pericia y de la visualización del teléfono celular y personal del imputado Bustos con base en esa pretendida violación a la garantía constitucional del derecho a la intimidad.

Sobre el punto, el recurso es extemporáneo; por no haber sido presentado en la etapa procesal en que tuvo lugar el acto, esto es, en la etapa de la investigación penal preparatoria.

Por otro lado, el entonces defensor del imputado Bustos participó del acto de visualización de dicho teléfono y así surge del acta respectiva (f.107/108), la que no informa sobre planteo constitucional alguno por su parte con relación a las formalidades legales del acto o a la autoridad competen-

Corte de Justicia de Catamarca

te para celebrarlo, no da cuenta de su objeción a que sea efectuado por el Fiscal de Instrucción sin intervención del juez ni tampoco de alegación o petición suya alguna sobre la pertinencia de la dirección o intervención de éste.

Por ende, el agravio sobre el asunto resulta contradictorio con esa previa aquiescencia prestada por dicho defensor para la realización del acto en las condiciones en las que fue efectuado: sin intervención jurisdiccional, por el mismo fiscal de instrucción a cargo de la pesquisa entonces en curso; en un todo de acuerdo con la reglamentación local (art. 241 y concordantes del CPP) que, como indica la sentencia impugnada, en la etapa procesal entonces en tránsito, lo autoriza a ese efecto.

Así las cosas, el agravio en tratamiento, manifestado por primera vez en el juicio, revela una reflexión tardía de la parte recurrente que, por serlo, no puede ser acogida en tanto no cabe tolerar de las partes que se pongan en contradicción con su discrecional conducta procesal previa en la causa.

Aparte, el agravio carece de fundamento.

El recurrente no demuestra que la actuación que impugna constituya una injerencia o intromisión arbitraria o abusiva en la vida privada del imputado Bustos.

No lo hace con invocar el derecho a la intimidad ni señalar que tiene garantía constitucional (art. 18 de la Constitución Nacional; art. 11 de la Convención Americana de los derechos del hombre).

Esa pretensión se desentiende del hecho que ningún derecho es ilimitado. Los derechos y garantías constitucionales no pueden ser considerados absolutos. Tampoco el derecho a la intimidad.

En esa inteligencia, las garantías fundamentales pueden ser legítimamente limitadas en miras de un interés mayor de la sociedad y en resguardo de intereses de pareja jerarquía, como el que concurre cuando de lo que

se trata es de, en el interés superior del niño, establecer la real existencia de supuestos delitos graves y evitar la impunidad de su autor.

En el caso, la injerencia estatal producida en el ámbito de intimidad del imputado Bustos fue justificada en la necesidad y obligación de investigar la denunciada ocurrencia de un delito de extrema gravedad, en perjuicio de la integridad sexual de una mujer menor de edad, en un todo de acuerdo con el compromiso asumido con la comunidad internacional que demanda asegurar la investigación, el juzgamiento y la sanción de este tipo de delincuencia, e impedir la impunidad de su autor (Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer - "Convención de Belem do Para").

El recurso no demuestra lo contrario.

Por ende, sobre el tema, mi respuesta a la cuestión planteada también es negativa.

El agravio por la inobservancia de las reglas de la sana crítica racional en la apreciación de la prueba tampoco es de recibo.

El proceso penal se rige por el principio de la libertad probatoria y la sana crítica racional; con lo cual los tribunales se encuentran autorizados a formar su convicción con base en todos los elementos de juicio allegados a la causa por medio lícito, valorados sin sujeción a tasa legal alguna. El recurrente así lo admite; con lo cual, el tema no está en discusión.

Los hechos que el Tribunal *a quo* consideró acreditados son los siguientes: “Hecho nominado primero: que con fecha 21/12/2013, en una franja horaria no determinada con precisión, Juan Carlos Bustos, por medio de su teléfono celular y/o computador, utilizando el buzón privado de conversación de la red social Facebook, procedió a contactarse con la menor L.A.R., de catorce años de edad, enviándole mensajes y fotografías de índole y contenido erótico, todo ello con el claro propósito de cometer un delito contra la integridad sexual, conforme surge de la documentación obrante en autos. Hecho nominado

Corte de Justicia de Catamarca

segundo: que con fecha 07/08/2016 en una franja horaria que abarcaría entre las 11 y 12 horas aproximadamente, Juan Carlos Bustos, por medio de su teléfono celular y su computador, utilizando el buzón privado de conversación de la red social facebook, procedió a contactarse con la menor L.A.R., de 17 años de edad, enviándole mensajes y fotografías de indudable contenido erótico, todo ello con el claro propósito de cometer un delito contra la integridad sexual, conforme surge de la documental obrante en autos”.

En lo esencial, para decidir como lo hizo, el Juez estimó suficientes los testimonios concordantes, en lo esencial, de la víctima, de su madre y de la empleada policial comisionada para practicar averiguaciones útiles sobre los hechos de la causa; considerando que múltiples datos objetivos recabados en la investigación concurrían a corroborar sus testimonios con tal contundencia que, en su conjunto, conducían a darle crédito a sus dichos, sobre la ocurrencia histórica de los acontecimientos penalmente disvaliosos que fueron denunciados y sobre la intervención en ellos del imputado Juan Carlos Bustos, a título de autor penalmente responsable.

Por su parte, en lo sustancial, el recurrente critica “la credibilidad incondicional” que el juez le asignó a la prueba testimonial.

El planteo demanda recordar que no existe restricción legal que impida condenar al imputado de una agresión de entidad sexual con base sólo en el testimonio de la víctima, si éste es percibido como coherente, verosímil, sincero y su contenido es acorde con el resultado del examen de los demás elementos de convicción allegados a la causa.

Asimismo que, por su condición de mujer menor de edad al tiempo de los hechos de la causa, se trata en el caso de una víctima que merece la mayor protección, con arreglo a la Convención de los derechos del niño, la ley 26.061 de protección integral de niños, niñas y adolescentes y la Convención de Belém do Pará.

También, que si bien no existen parámetros abstractos o métodos de precisión para medir la veracidad de un testimonio, en general, no hay razón para considerar que el testigo ha percibido mal o quiera engañar con su relato si no se trata de personas impedidas de percibir correctamente los hechos o cuyas actitudes morales autorizan a dudar de sus declaraciones.

En el caso, no ha sido cuestionada la aptitud física y psicológica de las testigos que declararon en el juicio para brindar una declaración formalmente válida.

Por otro lado, no existía una relación ríspida anterior que justifique sospechar que las testigos declararon como lo hicieron para perjudicar al imputado Bustos.

La víctima y su madre no conocían al imputado. Tampoco la antes aludida empleada policial comisionada en la causa. El imputado admite que no se conocían y ni él ni su defensor exponen motivo de enemistad, animosidad o interés alguno de ellas en su contra.

El control intrínseco de sus declaraciones no revela y el recurrente no ofrece razón alguna que justifique razonablemente dudar de la veracidad de sus relatos o denote exagerado prurito moral, pudor o suspicacia de índole sexual en las deponentes.

Las tres mujeres declararon en el juicio. El Tribunal, y también las partes, pudieron observar en la audiencia, con la frescura y transparencia que ofrece la intermediación, el modo de sus deposiciones, su espontaneidad, fluidez, asertividad, firmeza, coherencia y la correspondencia de sus dichos con su lenguaje gestual y corporal. Fueron oídas, preguntadas y repreguntadas por las partes, incluida la defensa del imputado; y aportaron las aclaraciones, precisiones y explicaciones que le fueron requeridas.

Sus dichos impresionaron al Tribunal como sinceros, como veraces, y esa impresión personal formó parte decisiva en su convicción con relación a las cuestiones resueltas. Así surge de los argumentos de la sentencia.

Corte de Justicia de Catamarca

Por su lado, el recurrente reniega de la credibilidad asignada a la prueba testimonial en la sentencia. Pero, no señala indicadores del error de ese mérito del Tribunal, ni ofrece razón alguna que conduzca razonablemente a dudar del sano juicio de las declarantes, de las percepciones a las que se refirieron, de sus apreciaciones de la realidad o de su sinceridad.

El recurso critica el crédito otorgado a la prueba testimonial no obstante las “evidentes contradicciones que se señalaron en el transcurso de la audiencia de debate”. Pero, no indica debidamente las contradicciones a las que se refiere, lo que era menester, en tanto sabido es que, en principio, el control que suscita el recurso no es ilimitado, encontrándose la jurisdicción del tribunal habilitada sólo en la medida precisada en el agravio, sin que el recurrente demuestre que concurren en el caso circunstancias que justifiquen hacer excepción a esa regla.

Según el recurrente, los fundamentos de la sentencia se apoyan en una valoración fragmentaria de la prueba. Pero, no precisa su agravio con la indicación de las conclusiones y a la prueba a las que alude como indebidamente valoradas. Con esa omisión, no demuestra la infracción en el caso a las reglas que disciplinan el mérito de la prueba en el proceso penal ni justifica la modificación que sobre esa base de la sentencia apelada pretende.

Según el recurso, no quedaron debidamente acreditados en el caso los extremos que configuran el delito imputado.

El recurrente dice que no fue probada con certeza la existencia del contacto electrónico que supone dicho delito, de lo que se sigue que estima como insuficientes los fundamentos de la sentencia en sentido contrario.

Pero, en esos términos, se desentiende de la libertad probatoria que rige en el proceso penal en general y especialmente en el caso, también sobre la cuestión planteada, en atención a la responsabilidad estatal asumida con la comunidad internacional en resguardo del interés superior del niño que justifica la amplitud que sea menester para esclarecer la real ocurrencia de hechos de

la entidad de los que se trata en el caso y para evitar la impunidad de su eventual autor.

Por un lado, el claro e inequívoco contenido sexual de los mensajes y fotos remitidos a la menor damnificada conduce inexorablemente a tener por acreditada la existencia de la agresión sexual investigada y el propósito de su autor de persistir en ese afán, instando a la menor a mandarle fotos, a compartir con él las sensaciones que le producían los envíos que le efectuaba y a encontrarse físicamente con él en el Hotel Casino.

Así lo pone de manifiesto la sentencia revisada en el minucioso examen que efectúa de los términos de los mensajes, concluyendo razonablemente que de ellos se sigue la intención del imputado Bustos de continuar con su accionar, tanto si ella decidiera contestarle como si optara por no hacerlo.

En ese contexto, como señala la sentencia con atinada cita doctrinaria, sin que medie contacto sexual, el acoso telemático es un comportamiento facilitador, porque el autor debe perseguir el propósito de un ulterior contacto de aquella naturaleza.

Esto es, el delito de la condena no requiere que el autor logre encontrarse físicamente con la víctima para seguir abusando sexualmente de ella pero de otro modo, bastando para su configuración la procuración del agente con ese propósito.

En el caso, el Tribunal consideró que con ese propósito Bustos la invitó a la víctima a encontrarse con él en el Hotel Casino (hecho nominado segundo) y, no obstante la omisión de la Fiscalía interviniente, de incorporar la copia del mensaje respectivo, tuvo por acreditada la existencia de éste y de esa invitación con base en la prueba testimonial invocada a ese efecto, la que resulta acorde con el comprobado modo del acometimiento contra L.A.R., cada vez más atrevido y pretensioso, y demostrativo del afán de Bustos en el progreso de las acciones emprendidas. El recurso no demuestra lo contrario.

Corte de Justicia de Catamarca

De la sentencia surge que los reiterados contactos de esa naturaleza entre el imputado y la víctima fueron tenidos como acreditados con el testimonio coincidente sobre el punto, de la damnificada, de su madre y de la investigadora policial comisionada en el caso, de cuyos dichos no cabe razonablemente dudar, como consideró la sentencia, sin que el recurrente demostrara lo contrario, como quedó establecido en el punto anterior.

La primera, L.A.R., dijo que los recibió en su teléfono celular y se los mostró a su madre.

Por su parte, ésta, M.V.C, dijo haber confirmado los dichos de su hija en el teléfono celular de ésta, comprometiéndose al tiempo de la denuncia a presentar las impresiones de dichos mensajes (01/01vta.), los que efectivamente presentó ese mismo día, horas más tardes, tratándose inequívocamente de fotos y mensajes obtenidas en “capturas de pantalla” de un teléfono celular (f.06/11).

Indica la sentencia, y el recurso no niega, que también la comisionada policial aseguró haber “(...) visto los mensajes y las fotografías recibidas por la víctima donde se veía la cara de un hombre siendo la misma persona cuya fotografía aparecía en el perfil de la cuenta remitente, reconociendo en la sala de audiencias a Juan Carlos Bustos como la persona que vio en esa fotografía y en el perfil de la cuenta remitente identificada con el nombre Juancho Bustos”.

M.V.C. declaró en el juicio que cuando fue a hacer la denuncia le pidieron el teléfono e hicieron un acta de visualización que ella firmó (f.604vta.); pero, debido a que tal acta no obra en autos, el recurrente cuestiona el valor probatorio de las referidas constancias de f. 06/11, por tratarse éstas de fotocopias simples cuya autenticidad esa parte no pudo controlar.

Dice que, en tales condiciones, no quedó debidamente establecido si las imágenes son fiables y reales ni, por ende, que se compadezcan

con una real comunicación “por no ser el medio idóneo para establecerlo científicamente y que por supuesto se presta a la posibilidad de adulteración”.

En la sentencia, tal objeción fue rechazada con fundamento en que, en materia penal, cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio lícito y, en esta ocasión, el recurrente no demuestra el grave desacierto de esa respuesta. No dice que las imágenes sean falsas o que hayan sido adulteradas, ni demuestra el error del Tribunal por admitir que fueron tomadas del teléfono de la víctima sin haber corroborado que ella tuviera la cuenta de Facebook en la que dice que le llegaron, sólo porque así lo manifestaron ésta y su madre.

Sin embargo, como quedó establecido en el punto anterior, el recurrente no señala indicador alguno de la mendacidad, malicia o animosidad de las testigos en contra del imputado; por ende, no demuestra el grosero error de la sentencia por admitir como sinceros y suficientes los dichos de ellas sobre el asunto.

El recurrente dice que no fue acreditado que el imputado Bustos sea el real titular de la cuenta de Facebook remitente de las fotos y los mensajes de los que se trata, y que cabe considerar la posibilidad que cualquier otra persona la haya creado utilizando una foto del imputado.

Pero, el imputado Bustos no negó tener esa cuenta y, de hecho, de los términos de la única declaración que prestó en el proceso surge que admitió tener dicha cuenta.

Entonces dijo: “(...) ha transcurrido mucho tiempo, por lo que no puedo recordar a quién están dirigidos los mensajes que obran como prueba en mi contra en la presente causa, en qué contexto pudo haber enviado esos mensajes” (f.71/71vta.).

Así las cosas, aunque cierto es que, como indica la sentencia recurrida, no cabe razonablemente asignarle a esos dichos la significación de un reconocimiento por el imputado de su autoría en los hechos de la causa, de sus

Corte de Justicia de Catamarca

términos se sigue que no recuerda lo atinente a esos mensajes en particular, no el haber mandado mensajes por esa vía ni tener ese canal de comunicación.

El imputado Bustos tampoco negó ser el del perfil de las fotocopias presentadas por la denunciante (f.07/011) y el recurrente tampoco que sea el perfil de su defendido ni que éste tenga esa cuenta.

Aparte, si bien el perito interviniente informó en los elementos secuestrados no fue constatada la existencia de esa cuenta, señaló que no cabía descartar su existencia; y aunque las medidas que sugirió a ese efecto no fueron practicadas, y no por motivo achacable al imputado, tal informe impide concluir, sin más, que el imputado no tenía la cuenta en cuestión.

Tampoco son desvirtuadas en el recurso las razones invocadas en la sentencia para afirmar la existencia de la comunicación por medio electrónico del imputado con la damnificada: la coincidencia de una imagen obtenida del celular secuestrado en el domicilio del imputado, de la que da cuenta el CD adjunto a la pericia y de la cual obra copia a f. 110 de los autos principales, de un pene erecto y del rostro del imputado en el margen izquierdo, con la descrita por la madre de la damnificada como recibida por ésta en su cuenta de Facebook (f.604/604vta.).

En el debate, la testigo precisó que “Esa persona que aparecía en la foto junto a su miembro, coincidía con la persona que aparecía en el perfil de Facebook desde el cual mandaban la fotografía, como “Juancho Bustos”, y se encuentra en la sala de audiencias en este momento (...)”-dijo, señalando al imputado.

El recurso no demuestra, y no observo, el grave desacierto de la ponderación de esas coincidencias en la sentencia como indicativas de la real existencia de la comunicación de la que se trata, y de la autoría reprochada al imputado Bustos.

Así lo considero, puesto que aunque individualmente alguno de los indicios invocados en la sentencia resulte compatible con una hipó-

tesis fáctica o interpretación diferente a la que le fue asignada por el Juez que la dictó, como la sugerida en el recurso -la posibilidad de que otra persona haya usado el perfil de Facebook del imputado, como dice el recurrente-, lo decisivo es que, valorados en su conjunto, las coincidencias señaladas concurren en idéntico sentido, señalando que las imágenes presentadas por la denunciante fueron remitidas efectivamente por el imputado.

Tampoco es de recibo el agravio vinculado con la edad de la damnificada y el conocimiento de ese dato por parte del imputado Bustos; en tanto es de dominio público que debido al auge de las redes sociales, especialmente entre las personas jóvenes, quienes no tienen la edad requerida para acceder a ellas, crean “perfiles” en los que consignan tener la suficiente edad a ese efecto.

Además, de las constancias de la causa surge evidente que, como concluyó el Tribunal, el imputado Bustos contactó a L.A.R., a sabiendas de su condición de mujer menor de edad.

Por ello, la defensa ensayada, sobre el eventual error del imputado con relación a la edad de la destinataria de los mensajes carece de fundamento suficiente y, contrariamente a lo que pretende el recurrente, no puede ser admitido como excluyente del dolo propio de la figura penal en la que fueron enmarcados los hechos de la causa.

Sobre el tema, cabe considerar que, en el juicio, la damnificada dijo que en el 2013 Bustos le comentó fotos suyas con una amiga, “que no eran provocativas, eran niñas” (f.603).

En el mismo sentido, la madre de la víctima declaró haber visto, en la misma época, un comentario inapropiado de “este señor” a una foto de su hija con amigas (f.604).

El Tribunal no observó y el recurrente no señaló ningún indicador de mendacidad en sus testimonios.

Corte de Justicia de Catamarca

Y los dichos de ambas resultan corroborados con la copia del primer mensaje de la serie de la que obra copia a f.07/11, del 2013, remitido por “Juancho Bustos”, con foto del perfil que se corresponde con la fisonomía del imputado, con el siguiente contenido “a mi me gustan todas tus fotos”.

Así las cosas, considerando que a esa época, año 2013, la víctima contaba con tan solo 14 años de edad (v. acta de nacimiento, f. 5 del adjunto expediente de Constitución de querellante particular y actor civil), cabe razonablemente admitir, con arreglo al acontecer habitual o experiencia común, que en las fotos comentadas, ella luciera entonces de esa edad y, aunque pareciera ser mayor, ciertamente no aparentaba ser una mujer adulta.

En el mismo sentido, cabe computar, además, que, como destaca la sentencia impugnada, con un desarrollo argumental que demuestra que el mensaje fue remitido el 07 de agosto de 2016, el propio imputado le preguntó a la víctima por su edad: “Cuántos años tenés hermosura. Si no me aceptas después de tanto no importa a pesar de todo estás ahí y se que las fotos no las tiras gracias”; en tanto, de ordinario, inquietud sobre la edad no es manifestada por un hombre con relación a una mujer adulta.

Aparte, la misma madre de la víctima que declaró en el juicio bajo juramento de ley dijo haber puesto al imputado en conocimiento de que se trataba de una menor de edad.

Luego de explicar que podía acceder a la cuenta de Facebook de su hija porque eran amigas en la red y compartían cosas, declaró que debido a que no le pareció apropiado el comentario por parte de “este señor” a una foto de su hija con amigas, diciéndole “qué regalo para papá... sos hermosa” (f.604), ella le dijo “que no le mandara mensajes porque su hija era una niña, menor de edad, y no le parecía correcto que lo haga” (f.584vta.).

Así las cosas, las conclusiones de la sentencia, con relación a que el imputado conocía que la destinataria de sus mensajes era una mujer menor de edad, encuentran adecuado apoyo en los elementos de juicio incorpora-

dos a la causa, valorados prudentemente a la luz de las reglas de la lógica y la experiencia común.

Por su parte, el recurrente no desvirtúa esos fundamentos, con decir, que no existe en autos copia del mencionado mensaje que la madre de la damnificada dice haberle remitido al imputado.

Así opino, pese a la omisión apuntada -una manifestación más de la negligencia de los Instructores de las actuaciones y de los funcionarios encargados de la pesquisa-; habida cuenta que lo decisivo es que ningún dato de la causa autoriza a dudar de la veracidad del testimonio sobre la real existencia de ese mensaje ni, por ende, de su idoneidad, al ser meritado con los demás elementos de juicio invocados sobre el asunto, como indicativo del conocimiento del imputado de la edad de la damnificada.

Tampoco es de recibo el agravio por la falta de sustento probatorio de la condena por el hecho nominado segundo.

El recurso no demuestra el error de la condena por dicho acontecimiento con sólo señalar algunas imprecisiones en los relatos de las testigos, las que, en todo caso, como dice la sentencia apelada, encuentran lógica explicación en el tiempo transcurrido entre la ocurrencia de los hechos y su juzgamiento: del 2013 y 2016 al 2021.

Y no demuestra la idoneidad de esas imprecisiones para conseguir la modificación de lo decidido, en tanto no refuta los siguientes fundamentos del tribunal: *“Aún cuando la defensa se apoye en esa imprecisión (refiriéndose a la imprecisión de la denunciante, cuando fue instada por la defensa a señalar dentro de los mensajes impresos, cuáles correspondían a cada uno de los hechos) e insista en que los mensajes aportados pertenecen solo al hecho nominado primero, ocurrido en el año 2013, y no al nominado segundo, de su lectura contextualizada con el resto de la prueba se colige que sí se corresponden con el hecho ocurrido el día 7 de agosto de 2016”*.

Corte de Justicia de Catamarca

El recurrente no se hace cargo del desarrollo argumental que sigue a esa declaración en la sentencia: *“Y digo ello porque en los mismos claramente el imputado se refiere en tiempo pasado a las fotografías que envió en el año 2013, le señala a la víctima el tiempo que ha transcurrido desde ese envío y su sensación al respecto: “sino me aceptas después de tanto no importa a pesar de todo estás ahí y sé que las fotos no las tiras gracias...me encanta que hayas imaginado bien conmigo desde hace tanto ...”*”.

Sin embargo, ello era menester considerando que el reseñado contenido de los mensajes inequívocamente remite a otros anteriores con contenido similar, tal como señaló el Juez que juzgó al imputado:

“Se trata entonces de los mensajes enviados en el año 2016, en los que el imputado efectúa comentarios sobre los enviados en el año 2013””.

“Por otro lado, si leemos al pie de estos mensajes advertimos que, a diferencia de los fechados en diciembre de 2013, en cada uno se lee la palabra “ayer...”, o sea, el día anterior a su captura. Infiero que esa captura de mensajes fue efectuada el día 08 de agosto de 2016, lo cual aparece como una derivación lógica del relato de la denunciante M.V.C. y los actos posteriores.

En efecto, la denuncia fue formulada por M.V.C. el día 09 de agosto de 2016 a la hora 00:20, allí afirmó que el día 08 de agosto tomó conocimiento de los mensajes que su hija recibió el día 07, y ahí mismo se compromete a aportar a la brevedad las impresiones de los mensajes. Horas más tarde compareció aportando las impresiones de las capturas de mensajes que se había comprometido a llevar” (f.626vta/627).

El recurrente no señala infracción alguna a las reglas de la lógica en ese razonamiento de la sentencia ni desvirtúa el mérito del Tribunal sobre la suficiencia de dichos mensajes y de la prueba testimonial como evidencia de los hechos perpetrados en 2016, aunque no obre en autos fotografía alguna enviada en esa época.

Por un lado, debido a que la remisión de fotografías no constituye requisito legal para la configuración del delito de la condena (art.131 del CP).

Por otro, en tanto la damnificada y su madre manifestaron haber acompañado las fotos enviadas por “Juancho Bustos”, en la que podía verse el rostro del imputado Bustos, como en la fotografía que obra a f.110, extraída del teléfono secuestrado al imputado Bustos, y no observo ni el recurrente indica motivo para dudar de la sinceridad de las declarantes, tampoco con relación al punto.

Así lo considero, aunque esa foto no haya sido agregada al legajo, como hubiera correspondido, faena que no estaba a cargo de las declarantes sino de la Instrucción, cuya evidente negligencia en la tramitación de la causa justifica admitir la posibilidad de que en la Unidad judicial interviniente se haya extraviado esa fotografía, importante mas no imprescindible o decisiva como prueba del hecho.

Así las cosas, en lo atinente a la supuesta orfandad probatoria con relación al hecho nominado segundo, el recurso carece de fundamento.

Aunque las razones dadas bastan para desestimar el agravio, en la misma dirección, la sentencia también invoca como indicio de participación delictiva la antes referida coincidencia de la imagen de la que obra copia a f. 110 del principal, contenida en el CD adjunto al informe pericial informático sobre el teléfono celular secuestrado en el domicilio del imputado Bustos, con la presentada a la Instrucción por la madre de la damnificada, como recibida por ésta vía Facebook, de un pene erecto y el rostro de un hombre en el margen izquierdo.

En tanto la damnificada, su madre y la investigadora policial identificaron categóricamente al imputado Bustos como la misma e idéntica persona que muestra esa fotografía de f. 110 y el perfil de la cuenta remitente de los mensajes y fotos de los que se trata, tal indicio suministra razón suficiente al

Corte de Justicia de Catamarca

convencimiento manifestado en la sentencia, sobre origen de las reiteradas comunicaciones de las que se trata, y sobre la autoría reprochada al nombrado, no sólo con relación al primer hecho sino también con relación al hecho nominado segundo.

El recurso no proporciona explicación razonable que desvirtúe ese razonamiento del Tribunal apoyado en la atinada doctrina que cita.

Tampoco demuestra la sinrazón de la sentencia apelada con relación al indicio de personalidad que también es invocado en apoyo de la convicción manifestada sobre la autoría atribuida al imputado Bustos.

Dicho indicio remite a la consideración de otros datos recabados en la pericia referida, debido a que, además de 23 fotografías de un pene erecto y el rostro del imputado Bustos como quien lo sostiene con su mano, el mencionado CD da cuenta de miles (la mayoría de los 8.127 elementos informados) de imágenes pornográficas de niñas menores de edad desnudas y en situaciones sexuales explícitas con mayores de edad (f.107/167).

En la sentencia, ese material es ponderado como revelador de la inclinación sexual del imputado Bustos hacia las personas menores de edad, especialmente, hacia las niñas; y el recurso no demuestra el desarreglo lógico de tal conclusión.

Con esa omisión, las críticas efectuadas a la valoración probatoria que sustenta la condena imputada, carece de idoneidad a los efectos procurados. Por consiguiente, a la cuestión planteada sobre el punto, mi respuesta es negativa. Así voto.

Por último, el agravio referido a la pena impuesta carece de fundamento.

El recurrente critica que en contra del imputado el Tribunal haya valorado el daño ocasionado con base en los meros dichos de la damnificada y de su madre, sin que su extensión haya sido determinada debidamente “por una operación técnica por parte de un profesional especialista”.

Pero, su alegación sólo trasluce su discrepancia con el juicio del Tribunal, más no la insuficiencia de las razones invocadas en su sustento.

Sin embargo, ello era menester considerando que con arreglo al acontecer habitual, cabe admitir la idoneidad objetiva de los comportamientos comprobados en la causa para ocasionar el estado de zozobra, inquietud y prevención en todo el grupo familiar de la joven víctima familiar.

En ese entendimiento, los específicos dichos de la damnificada en ese sentido, corroborados en el juicio por su progenitora, sobre el modo en que los hechos repercutieron en la dinámica familiar en general y de la damnificada en particular (su miedo, durante toda su juventud, a salir sola, a que su acosador la estuviera esperando en la calle) justifican adecuadamente su ponderación en la sentencia del modo en que lo han sido, en forma negativa con relación al imputado. El recurso no demuestra lo contrario.

El recurrente también critica la sentencia porque dice que el Tribunal omitió considerar como atenuante la falta de peligrosidad del imputado de la que da cuenta el informe psiquiátrico.

Pero, a lo que se refiere el informe psiquiátrico es a la salud y aptitud mental del imputado para comprender la criminalidad de su acto y dirigir su actividad final en función de esa comprensión. En esa inteligencia, el concepto de peligrosidad se vincula con el de punibilidad. Pero, el recurso no discute la declaración en la sentencia sobre la responsabilidad penal atribuida al imputado Bustos por los hechos de la condena.

Así las cosas, el agravio sobre el punto carece de fundamento.

Dice Eugenio Raúl Zaffaroni: “La pena es la consecuencia del delito y, necesariamente, debe el delito reflejarse en su determinación. Delito y pena no pueden ser conceptos separados en forma tal que nada diga el uno acerca del otro, puesto que uno es el antecedente necesario de la otra, y ésta, a

Corte de Justicia de Catamarca

su vez, la consecuencia natural del anterior (...)” (*Tratado de Derecho Penal- Parte General*", Tomo V, editorial Ediar, Bs. As. 1988, pág. 281).

En el mismo sentido, Patricia S. Ziffer señala: “La pena es el acto o procedimiento mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito” (*Lineamientos de la determinación de la pena* ", 2a edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999).

En esa comprensión, a los fines de la individualización de la pena, la peligrosidad o la falta de peligrosidad del agente no es aquella a la que se refiere el informe psiquiátrico, sino la que cabe deducir de las circunstancias del hecho que rodearon su ocurrencia, tal como precisa el art. 41, inc. 2º, CP: “las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad”.

En ese marco, cabe tener en cuenta indicadores del tipo de los enunciados en la exposición de motivos del proyecto de Código Penal de 1891, considerando que la criminalidad aumenta: “(...) cuando son más grandes los obstáculos para la ejecución del crimen, o se necesita emplear más audacia y coraje, más inteligencia y malicia; cuando las acciones exteriores y accidentales que han arrastrado, extraviado y seducido al culpable son menores, o éste se ha determinado más espontáneamente y ha buscado personalmente la ocasión; cuando el culpable está desmoralizado y empeñado en la carrera de los delitos por la práctica constante de malas acciones, por desarreglo de costumbres u otros motivos semejantes; cuando los deseos y pasiones que lo hacen obrar son más perversos y peligrosos”. (v. Laje Anaya-Gavier, *Notas al Código Penal Argentino*, Tomo I, Parte General; ed. Lerner, 1994; pág.236 y 244).

Por las razones dadas, a la cuestión planteada con relación a la pena, mi respuesta también es negativa.

Por ende, estimo que corresponde declarar formalmente admisible el presente recurso pero no hacer lugar a él; con costas, de conformidad con ese resultado.

Así voto.

A la Segunda cuestión, el Dr. Martel dijo:

Me adhiero a la solución propugnada por la Sra. Ministra preopinante y voto en igual sentido.

A la Segunda cuestión, el Dr. Cippitelli, dijo:

La Dra. Gómez 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 Segunda cuestión, el Dr. Cáceres dijo:

Entiendo acertadas las razones expuestas por la Sra. Ministra emisora del primer voto y por ello me adhiero a su voto y doy el mío en igual sentido.

A la Segunda cuestión, la Dra. Molina, dijo:

La Dra. Gómez 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 Segunda cuestión, el Dr. Figueroa Vicario dijo:

Me adhiero a la solución propugnada por la Sra. Ministra preopinante y voto en igual sentido.

A la Segunda cuestión, la Dra. Rosales Andreotti dijo:

Conforme los argumentos vertidos en los votos que me preceden, expreso mi adhesión a la relación de causa que se efectúa, pero disiento con la solución propuesta por la mayoría, en tanto considero que en el caso, la prueba reunida y luego valorada por el Juez Correccional de 2º Nominación en la Sentencia Definitiva n° 41/21, no ha alcanzado el estándar de certeza requerido para una sentencia de condena “más allá de toda duda razonable”. Daré razones para sostener tal posición.

Preliminarmente considero que, siendo motivo de agravio por el recurrente la inobservancia de las reglas de la sana crítica racional en la

Corte de Justicia de Catamarca

valoración de la prueba respecto del hecho por el que se condenó a Bustos, corresponde aplicar al caso en examen la doctrina adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal” (fallos 328:3399), en lo atinente al alcance que debe asignarse al recurso de casación contra una sentencia condenatoria, en función de lo establecido en los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el fallo citado la Corte ha dicho: “...No se les exige a los jueces de casación que revisen lo que no pueden conocer, sino que revisen todo lo que puedan conocer, o sea, que su esfuerzo de revisión agote su capacidad revisora en el caso concreto”. En ese sentido el máximo tribunal, haciendo referencia a la opinión vertida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dijo que: “...Es ésta la interpretación que cabe asignar a la conocida opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se indica que "el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado" (Informe 24/92 "Costa Rica", Derecho a revisión del fallo penal, casos 9328, 9329, 9884, 10131, 10193, 10230, 10429, 10469, del 2/10/1992)” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681C", 20/09/2005, páginas 18/25).

Dicho ello, cabe aclarar que, en nuestro sistema normativo, el principio de inocencia de las personas se sostiene como una garantía hasta tanto, y a través del debido proceso legal, se pruebe más allá de toda duda razonable la realidad de la imputación que pesa sobre ellas.

Estimo de interés en esta instancia, mencionar en que consiste la conducta típica endilgada al acusado en esta causa. El artículo 131 del Código Penal, sanciona a todo aquel 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.

En ese sentido como lo sostiene Buompadre, de acuerdo a la ubicación que el legislador ha elegido para esta infracción (art. 131, Título III, Libro II, CP), surge con clara evidencia que lo que se intenta proteger es la libertad sexual de menores de edad, esto es, el derecho que tiene toda persona que no ha cumplido los dieciocho años de edad, de ejercer libremente su opción sexual (derecho de autodeterminación sexual) (Jorge E. Buompadre, Grooming, pagina 22, www.pensamientopenal.com.ar).

Con arreglo a las consideraciones expuestas precedentemente y como se extrae del recurso de casación presentado, la defensa de Bustos cuestionó, que no fueron verificadas las exigencias del tipo penal objetivo (artículo 131 del CP) para la consumación del grooming, ni la responsabilidad penal de su defendido.

En esta inteligencia, se torna indispensable determinar si el imputado tuvo comunicación con la víctima por alguno de los medios específicamente mencionados por el artículo 131 del CP, y si, en esos contactos se trasunta un designio sexual lesivo para el bien jurídicamente protegido.

Tal y como lo refiere el recurrente, se observa en la fundamentación dada por el juez en la sentencia recurrida, que afirma la existencia de hechos que no fueron probados en la causa.

Expone que la víctima y su madre en sus declaraciones en el debate manifestaron que en la fotografía del pene se veía además la cara del acusado, lo que no está acreditado en el expediente, no solo porque en las capturas que se exhiben, en ninguna de ellas se observa el rostro del acusado, sino

Corte de Justicia de Catamarca

porque la madre de la víctima expresamente al exhibírsele las fotografías que obran en el expediente dijo que “no está ahí la foto pero que ella la presentó a la foto” (f. 586).

En ese sentido, es el propio tribunal en sus fundamentos el que expone que “ aunque sea cierto lo afirmado por el Dr. Rojas respecto a que en las fotografías aportadas por la denunciante no se encuentra aquella donde se ve el rostro del imputado, M.V.C. (madre de la víctima) fue clara al expresar que sí contaba con esa fotografía, dato sobre el cual no existe motivo para dudar, pues tanto ella como su hija coinciden y aseguran que dentro de las fotos y mensajes recibidos estaba la mentada imagen” (f. 624, 2º párrafo y 625). Con lo cual, el hecho de sostener que en una de las fotografías enviadas se observa el rostro del imputado sólo surge del testimonio aportado por la víctima y su madre, pero en modo alguno, esa fotografía, como prueba, obra en el expediente.

Asimismo menciona que, del relato de la madre de la víctima, surge que, en el año 2013, sin recordar la fecha, vio en el Facebook de su hija que en una foto que la niña publicó, un sujeto de sexo masculino hizo comentarios que le llamaron la atención, entonces empezó a seguir la cuenta de su hija y en una de las oportunidades le envió un mensaje a ese hombre haciéndole saber que su hija era menor de edad y no era correcto lo que estaba haciendo, prueba que no surge del examen de la causa, por cuanto no se acreditó en el expediente el envío de los mensajes que menciona la madre de la niña.

Afirma la existencia de un mensaje donde se invitaba a la víctima a un encuentro en un hotel (f. 622, 2º párrafo) mensaje que no obra en las pruebas rendidas en autos.

No puede pasarse por alto que, el propio Tribunal en su sentencia reconoce la desidia investigativa (textual del tribunal) en la falta de secuestro y posterior peritación del teléfono celular de la víctima, como así también el estudio de las redes sociales utilizadas, links, IP y cuentas asignadas (f. 624 vta. 4º párrafo). Repárese que resultan de trascendencia, tanto el dispositivo

desde el que se envía las comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos del sujeto activo del delito, como aquel de la persona menor de edad con quien se contacta; circunstancia que, como pretende sostener el tribunal, no puede suplirse con las capturas de pantalla aportadas por la madre de la víctima, de algunos de los mensajes recibidos por la niña.

Resulta fundamental el resguardo de la evidencia digital a los fines de demostrar la trazabilidad del delito que se imputa al acusado, esto es desde la información con la que cuenta la víctima en su dispositivo de almacenamiento informático, como así también los dispositivos desde donde el acusado se puso en contacto con la víctima, menor de edad con el propósito de cometer cualquier delito contra su integridad sexual.

En este sentido la doctrina sostiene que, la información con la que cuenta la víctima en sus dispositivos de almacenamiento digital es de vital importancia para la investigación y por ello, es fundamental proceder a su correcta preservación y para ello, los denunciantes deben aportarla inmediatamente, intacta y sin borrarla total o parcialmente en razón de que su recuperación se torna dificultosa (Daniela S. Dupuy, *Acosos en la red a niños, niñas y adolescentes*, Hammurabi, 2021, página 256).

Cabe aquí resaltar que tanto el testimonio de L.A.R., como de su madre, en relación a la recepción de los mensajes y el efecto que ellos causaron en la niña no son puestos en duda; sin embargo, esta circunstancia no habilita a afirmar la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado.

A los fines de continuar con la valoración de la prueba formulada por el tribunal es oportuno recordar que los hechos atribuidos al acusado son, HECHO NOMINADO PRIMERO: “Que con fecha 21/12/2013 en una franja horaria no determinada con precisión, Juan Carlos Bustos, por medio de su teléfono celular y/o computador, utilizando el buzón privado de la conversación de la red social Facebook, procedió a contactarse con la adolescente L.A.R

Corte de Justicia de Catamarca

de 14 años de edad, enviándole mensajes y fotografías de indudable contenido erótico, todo ello con claro propósito de cometer un delito contra la integridad sexual, conforme surge de la documental obrante en autos”; HECHO NOMINADO SEGUNDO: “Que con fecha 07/08/2016, en una franja horaria que abarcaría entre las 11:00 y 12:00 horas aproximadamente, Juan Carlos Bustos, por medio de su teléfono celular y/o su computador, utilizando el buzón privado de conversación de la red social Facebook procedió a contactarse con la adolescente L.A.R de 17 años de edad, enviándole mensajes y fotografías de indudable contenido erótico, todo ello con claro propósito de cometer un delito contra la integridad sexual, conforme surge de la documental obrante en autos”.

Cuestiona el recurrente que, a fojas 7/11 del expediente obran copias simples (capturas de pantalla) en donde no se observa ninguna fotografía que refiera al año 2016 y que las incorporadas son del hecho correspondiente al año 2013, sosteniendo como inexplicable que el Juez haya tenido por acreditado el hecho nominado segundo del cual no se pudo acreditar el contacto.

En este sentido el Juez respecto de la valoración de las capturas de pantalla obrantes a fojas 07/11 manifiesta que pese a no haber mediado extracción frente a un fedatario o vía pericia informática, constituye prueba documentada que oficia como indicio que respalda el relato de la víctima y su madre. Asimismo, sostiene el sentenciante sobre ello que, la lectura contextualizada con el resto de la prueba, se colige que los mensajes enviados corresponden al hecho producido el día 07 de agosto de 2016.

De ello se evidencia que, el Señor Juez sólo formula una inferencia respecto a la fecha de la prueba documental acompañada, toda vez que sostiene que al surgir de las capturas como fecha el término “ayer” las capturas se realizaron con fecha 08/08/2016, es decir el día previo a la denuncia. Sin perjuicio de que tal derivación lógica como afirma el Tribunal pueda resultar acertada, ello es solo una inferencia que no permite tener por acreditada la responsabilidad del imputado en el segundo hecho. Repárese que la desidia remar-

cada por el Juez en la sentencia, respecto a la falta de secuestro del teléfono de la víctima, resulta de vital importancia a los fines de que tal inferencia o derivación lógica tuviera sustento probatorio.

Asimismo, del acta de debate surge que, ante la pregunta de la defensa acerca de si las impresiones presentadas como prueba correspondían al año 2013 o al año 2016, la víctima manifestó textualmente que “son del 2013, de la primera vez, que del 2016 no recuerda” (fojas 584).

En consecuencia, una decisión de tales características, motivada sólo en inferencias realizadas por el Juez sin otro sustento probatorio, vulnera el derecho de defensa. En otros términos, si la prueba valorada por el tribunal para dictar sentencia, está conformada principalmente por los testimonios de la víctima y su madre, la tarea queda limitada a lo que el juez, crea o no de esas exposiciones, y esta apelación al puro subjetivismo no puede ser controvertida racionalmente, cuanto más cuando el medio comisivo del delito lo son comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, prueba que debería respaldar los testimonios de aquellas. Prueba que además, no era de difícil producción de encontrarnos ante una actuación diligente de quienes se encontraban a cargo de la investigación.

Resulta de recibo lo manifestado por el recurrente al decir que ninguna prueba se ha producido en la causa destinada a acreditar que la cuenta de Facebook desde la que se enviaron los mensajes y fotografías a la adolescente L.A.R pertenezca al acusado, cuanto más cuando de la pericia informática obrante a fojas 84/90, realizada en los dispositivos secuestrados pertenecientes a Bustos (Ítem 1º: pendrive, Ítem 2º: disco rígido, Ítem 3º: disco rígido, Ítem 4º: teléfono celular) se concluye en el punto b) que “no se encuentran registros vinculados con la cuenta de Facebook a nombre de “Juancho bustos”. Sin perjuicio de que, la información encontrada en los dispositivos peritados pueda constituir prueba de otro tipo de delito, ello no constituye prueba a los fines de la acreditación del delito que en esta causa se le imputa a Bustos.

Corte de Justicia de Catamarca

Lo cierto es que, tampoco fue verificado en la causa que sea la niña L.A.R quien recibió los mensajes en su cuenta de Facebook, como sostiene el recurrente, por cuanto de las capturas de pantalla aportadas como prueba ninguna información surge sobre el perfil desde el que se tomaron tales capturas.

Resulta importante destacar que la sentencia recurrida fundamenta su conclusión también en la personalidad del acusado e infiere que, por sus conductas no vinculadas a los hechos que de que se trata este proceso, “...estamos frente a un potencial pedófilo que fue pescado por la propia víctima en plena cacería...”, lo que le permite concluir que este es uno de los indicios que lleva a tener por acreditada con total certeza la existencia del hecho.

En este aspecto disiento con la valoración realizada por el Sr. Juez atento a que, la mentada peligrosidad del acusado no puede ser tomada como indicio de la existencia del hecho, lo cual resulta violatorio del principio del juzgamiento del hecho que establece el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fermín Ramírez vs. Guatemala” ha precisado: “La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo - con pena de muerte inclusive - no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos.”

Coincido con lo expuesto por el Juez de la causa respecto a que, no hay motivos para dudar de la veracidad del testimonio de la víctima y su madre, pero ello debe ser valorado relacionándolo con otros elementos probato-

rios que lo respalden y lo corroboren. En otros términos, el testimonio veraz y creíble de la víctima no puede ser valorado como un elemento probatorio aislado, para confirmar la hipótesis acusatoria en el caso concreto y en este tipo de delito en particular (artículo 131 del Código Penal), sino que debe evaluarse con otros indicios y pruebas independientes que permitan visualizar un cuadro probatorio de entidad suficiente que no deje lugar a la duda razonable que el hecho acaeció tal como se acusa.

Finalmente me permito traer una breve reflexión: “...Pero nada de ello justifica socavar la idea de que todos tienen derechos que deben ser respetados incondicionalmente, más allá de lo que nos pida nuestro legítimo dolor, nuestro justificado enojo”. (Roberto Gargarella, Castigar al Próximo, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016, pág. 268)

Lo expuesto precedentemente me permite sostener que el Juez ha incurrido en una errónea valoración de la prueba para tener por acreditada la materialidad del hecho y la responsabilidad del acusado, resultando por lo tanto insuficientes los argumentos dados por el sentenciante para conformar el grado de certeza requerido para arribar a una sentencia condenatoria.

Por todo ello, considero que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa del Señor Juan Carlos Bustos, casando la Sentencia Definitiva N° 41/21, en todo lo que fuera materia de agravios.

Así voto.

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

RESUELVE:

1º) Declarar formalmente admisible el recurso de casación interpuesto por el Dr. Luciano Alberto Rojas, asistente técnico del imputado Juan Carlos Bustos.

Corte de Justicia de Catamarca

2º) No hacer lugar al recurso de casación interpuesto, y confirmar la resolución impugnada.

3º) Con costas (arts. 536 y 537 del CPP).

4º) Téngase presente la reserva del caso federal y del recurso contenido en el art.2, apartado 3, inc. b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

5º) 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, Fabiana Edith Gómez, Luis Raúl Cippitelli, Néstor Hernán Martel y María Fernanda Rosales Andreotti. **ANTE MI:** Dra. María Fernanda Vian –Secretaria- **ES COPIA FIEL** de la sentencia original que se protocoliza en la Secretaría a mi cargo. Doy fe.