

En la ciudad de San Salvador de Jujuy, Departamento Dr. Manuel Belgrano, Capital de la Provincia de Jujuy, República Argentina, a los tres días del mes de febrero de dos mil veintiuno, siendo horas nueve, se reúnen en la Sala del Tribunal en lo Criminal N° 2, los Sres. Vocales Titulares, Dres. Luís Ernesto Kamada, Claudia Cecilia Sadir y María Margarita Nallar (Vocal Habilitada), bajo la Presidencia del primero de los nombrados, en concordancia con lo dispuesto por el art. 385 inc. 3º del Código Procesal Penal (ley 5623).

El Dr. Luís Ernesto Kamada dijo:

I.

Se imputa en la causa N° 3590/20 a E. P. O., de nacionalidad argentino, de 44 años de edad, nacido el 22 de Julio del año 1975 en la localidad de El Aguilar dpto. Humahuaca Provincia de Jujuy, es hijo de B. O. (v) y de N. M. (v), de estado civil soltero, de oficio estudiante, Nivel Universitario, fijando domicilio real en domiciliado en ... del Barrio Los Perales de la ciudad de San Salvador de Jujuy, dpto. Dr. Manuel Belgrano de la Pcia. de Jujuy, D.N.I. N° ....

Según el relato de hechos efectuado por el Sr. Agente Fiscal en el requerimiento de citación a juicio de fs. 153/156, los mismos consisten en: "Acaecido en fecha 10 de Julio de 2019, en circunstancias en las que el imputado E. P. O., quien es profesor de la materia Catequesis en la Iglesia "Perpetuo Socorro" del Barrio Los Perales de esta Ciudad, comenzó a mandar mensajes de "Whatsapp" a su alumna V. M. G., de 14 años de edad, intentando en un primer momento ganar su confianza, para luego en fecha 14 de septiembre de 2019 enviarle mensajes de "Whatsapp" diciéndole: "HOLA... MUERO POR TENER SEXO CONTIGO V., QUE DECÍS VAMOS... AVÍSAME...", invitándola en varias oportunidades a un encuentro pero sin poder lograrlo hasta la fecha, todo ello con fines de cometer actos de índole sexual con la menor".-

Conforme esta descripción fáctica, el Sr. Agente Fiscal concluyó que por la conducta desplegada, el imputado E. P. O. deberá responder como supuesto autor material y responsable del delito de "Grooming", previsto y penado en el art. 131 en función del 45 del Código Penal.

II.

A fs. 139/141 de autos se presenta Acta Acuerdo de Juicio Abreviado (art. 385 del código Procesal Penal), celebrada entre el imputado con el patrocinio letrado de los Dres. Milton Isaías Montez y Víctor Rubén Colina, y el Representante del Ministerio Público Fiscal.

Del acta de acuerdo de la audiencia celebrada por ante el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal habilitado con el imputado y en presencia de su defensa técnica, surge que E. P. O. manifestó conformidad sobre la existencia de los hechos descritos en el requerimiento de citación a juicio y la responsabilidad que por el mismo se le atribuye, conforme a la descripción y según la calificación legal recaída en la misma.

Asimismo, se consignó en dicho instrumento que, ...se solicitará al Excelentísimo Tribunal Criminal Nº 2 se condene: al imputado E. P. O. como autor penalmente responsable del delito de "Grooming", previsto y penado en el art. 131 en función del art. 45 del Código Penal, imponiéndosele una pena de TREINTA Y SEIS (36) MESES de prisión de ejecución de cumplimiento CONDICIONAL. Prestando el prevenido y sus defensores conformidad a la pena solicitada por el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal, previa explicaciones pertinentes de la defensa técnica a su pupilo.

Luego de remitidos los autos a este Tribunal e integrado el mismo a fs. 166, se procedió según consta a fs.169 a celebrar la audiencia expresamente dispuesta en el art. 385, inciso 3, del Código Procesal Penal (ley 5623).

En este acto, el imputado ratificó lo expresado a fs. 139/141, solicitando que se haga lugar a lo peticionado, expresando haber accedido libremente a la propuesta del Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal, con la asistencia de su Defensa Técnica y manifestando haber comprendido los efectos y alcances de lo propuesto y aceptado.

III.

Que corresponde expedirme, en esta etapa de la causa, acerca del mérito de lo actuado y de las pruebas obrantes en la causa, en lo atinente a su idoneidad para decidir la situación procesal del encartado en autos, en relación a la cual, el Sr. Agente Fiscal de Investigación ha atribuido a fs. 153/156, a E. P. O. la comisión del delito de "Grooming", previsto y penado en el art. 131 en función del art. 45 del Código Penal.

Esto así en orden a lo previsto expresamente por el art. 385, inciso 5, del Código Procesal Penal.

Para ello, deviene conveniente, en aras de satisfacer la exigencia de un adecuado orden expositivo, así como el deber de fundar debidamente este pronunciamiento, referir cómo sucedieron los hechos, mediante la ponderación de las probanzas aportadas a la causa.

Con arreglo a lo que vengo sosteniendo, la sola conformidad del encartado no es idónea por sí para justificar el acogimiento liso y llano de la pretensión de que se aplique en autos la solución material y procesal contemplada por el art. 385 del Código de ritos penales de la Provincia. Por el contrario, debe acudirse a la debida valoración de las probanzas arrojadas a estos obrados en la etapa de la investigación penal preparatoria a efectos que, una vez cotejada con su propia aceptación, justifique la imposición al imputado de la pena peticionada por el Ministerio Público Fiscal y aceptada por E. P. O., con asistencia de su defensa técnica.

#### IV.

En esta causa, entre las pruebas agregadas se destacan las siguientes:

A fs. 01 y a fs. 22 de autos rola Denuncia y ampliación de Denuncia de A. A. A., quien en lo medular de la misma nos dice que "...; es madre de V. M. G. de 14 años de edad y de Omar Ulises G. de 10 años de edad...; Que en el mes de julio del año 2018 tomo conocimiento por medio de su hija que el catequista de su hijo, el Sr. E. O. le estaba enviando mensajes a su hija desde el número ... al celular de su hija N° ..., los cuales al leerlos pudo ver que el denunciado le manifestaba si quería ir a dar una vuelta, a pasear etc. En la fecha (28/08/19) recibió un mensaje de su hija, el cual era una captura de pantalla donde se veía un mensaje que E. le había mandado manifestándole que tenía ganas de tener sexo con mi hija...; Con anterioridad hizo una exposición en la seccional N° 55 por hechos similares...;". En fecha 16 de septiembre del año 2019 amplía su denuncia manifestando que el denunciado sigue enviando mensajes a su hija con intenciones de tener sexo con la misma...; En ambas oportunidades realiza entrega de capturas de pantallas...;".-

A fs. 23 y vta. se encuentra copia de DNI de la denunciante y de la víctima en la cual se destaca la edad de la menor. Con respecto a la minoría de edad de M. V. G., de la documental obrante en autos se desprende que la misma nació en fecha 02 de enero del año 2005, por lo que a la fecha de los hechos narrados en el Requerimiento, la menor tenía entre 13 y 14 años de edad.-

A fs. 02/07 y a fs. 24/26 de autos, constan copias de capturas de pantalla aportadas por la denunciante.

A fs. 09 se encuentra Acta de entrega efectuada por la denunciante de teléfono Celular Marca Samsung Modelo SM-G532M, IMEI N° ....

A fs. 16/20, rola Informe de la División Análisis Informático de la Comunicación, realizadas sobre las conversaciones de la cuenta de

Whatsapp en el usuario E. O. del Celular Marca Samsung Modelo SM-G532M, IMEI N° .... De la extracción de datos del celular de la menor, se pueden leer los siguientes: "...; V. extraño mucho tu sonrisa...; Eres muy bonita...; Moriría a que pasara algo entre nosotros. Obvio que siempre voy a respetar tu decisión...; Xq no me hablas???...; Me haces sufrir...; Muero por tener sexo contigo...;". Todos mensajes que se entablaron vía WhatsApp entre los días 10/07/19 y los últimos días del mes de septiembre el mismo año.-

A fs. 28/35 de autos, consta informe de la empresa personal, de cual se desprende que el titular de la línea N° ... sería la Sra. N. M., madre del inculpado E. R. O.. Siendo esta línea la emisora de los mensajes de WhatsApp denunciados por la madre de la víctima.

A fs. 48, rola Acta de secuestro de procedimiento realizado en el domicilio del denunciado en la que da cuenta del secuestro de dos teléfonos celulares, dos notebooks y tres pendrive, elementos descriptos a fs. 54 en Acta de Cadena de Custodia de Evidencia Forense.

A fs. 67 vta., consta Informe de entrevista de la Lic. en Psicología del Poder Judicial María Silvia Rodríguez Lauandos realizada a la menor víctima M. V. G.; en la que la profesional destaca el cuadro de ansiedad que padece la menor y desaconseja la toma de declaración de la misma.

A fs. 93/125, se encuentra Historia Clínica de la menor víctima, emitida por el Hospital Dr. Héctor Quintana.

A fs. 128/136, consta informe forense realizado por Rodrigo Sebastián Aramayo dependiente del MPA, de los elementos secuestrados al Sr. E. P. O.. Resulta importante destacar que al realizar un análisis del disco duro de la notebook, se pudo constatar que con la misma se habían realizado 748 visitas a sitios pornográficos de internet y que en el mismo existían imágenes y videos compatibles con abuso sexual infantil...".

A fs. 82/83, se encuentra Informe de Perito Psicólogo del MPA Lic. Alejandro Zamar realizado en la persona del inculpado E. P. O., siendo necesario recalcar que en sus conclusiones el mismo manifiesta que: En el Sr. E. P. O. se constata una personalidad con rasgos de tipo obsesivos, lo que provoca que ante la demanda del otro responda en consecuencia, su contenido y lenguaje se encuentra empañado de valores éticos religiosos, que son parte de modalidades inhibitorias, sin embargo, las mismas no son determinantes y las ideaciones de tipo sexuales no pueden ser suprimidas. Realiza esfuerzo constante con rituales (oración, misas, etc.) para suprimir y anular fantasías con contenido de tipo erótico. Debido a que estas

prácticas son ineficientes, la evitación aumenta el monto excitatorio hasta que el mismo no puede ser contenido...;”.-

V.

Ahora bien, siguiendo el orden de análisis que impone el art. 431 del Código Procesal Penal, en función de lo preceptuado por el art. 385 del mismo digesto de ritos (ley 5623), juzgo que los hechos oportunamente endilgados al imputado, verdaderamente ocurrieron y que su autor fue E. P. O..

Cabe recordar que la imputación originalmente formulada y que fuera acatada por O. es comprensiva del delito de “Grooming”, previsto y penado en el art. 131 en función del art. 45 del Código Penal.

V.1.

Ciertamente que no puede escapar al observador atento que lo que se ha dado en llamar “victimología del desarrollo” “estudia las victimizaciones que experimentan los niños y adolescentes en función de su edad, etapa de desarrollo y su nivel de dependencia respecto a los adultos (Finkelhorn, 2007). Sin embargo, la anticipación en la edad de acceso a las TIC experimentada en los últimos años ha supuesto cambios muy significativos en las actividades cotidianas en el ciberespacio por parte de los menores (García Guilabert, 2017:43-49). En efecto, estos interactúan virtualmente fuera del hogar mucho antes y en todo momento, accediendo a tales interacciones desde su Smartphone, que se ha convertido no sólo en una ventana al mundo, sino en un verdadero ampliado de victimización” [Montiel, Irene y Agustina, José R., Victimización sexual de menores a través de las TIC, publicado en “Cibercrimen II”, AAVV, Daniela Dupuy (dir.), Mariana Kiefer (coord.), ed. B de F., Buenos Aires, 2018, p. 405].

En este nuevo contexto que plantea la posmodernidad y que fue recibido por el legislador a efectos de su regulación penal es que se tienen dos sujetos, uno activo y el otro pasivo, ligados entre sí por un vínculo asimétrico, mediatizado a través de internet o por redes sociales, en el que el primero busca un acercamiento inapropiado para seducir al segundo en pos de satisfacer un propósito de índole sexual.

V.2.

Tal como lo advierte Aboso, los elementos que caracterizan al llamado “child grooming” son la falta de contacto personal con el sujeto pasivo, la particularidad del medio utilizado (medio telemático) y la finalidad sexual que persigue el autor (Aboso, Gustavo Eduardo, Delito penal sexual, ed. B de F., Buenos Aires, 2014, p. 487).

Por su parte, Argüello recuerda que el término "grooming", en inglés, "significa 'acicalar', hace referencia a una serie de conductas y acciones deliberadamente emprendidas por un adulto con el objetivo de ganarse la amistad de un menor, creando una conexión emocional con el mismo, con el fin de disminuir las inhibiciones del niño y poder abusar sexualmente de él" [Argüello, Silvina del Valle, Criterios jurisprudenciales en delitos contra la integridad sexual, publicado en "Delitos sexuales en la infancia", AAVV, Marcelo Altamirano (dir.), ed. Alveroni, Córdoba, 2019, p. 171].

Afirma Miró Llinares que el término "cybergrooming u online grooming definido aquí como ciberacoso sexual, proviene de la unión entre el prefijo cyber y el término grooming, que comenzó a usarse en la literatura dedicada al estudio criminológico y psicológico de los delincuentes sexuales para describir los comportamientos del 'depredador sexual' llevados a cabo durante la primera fase del abuso". Por ello, "el grooming propiamente dicho, abarcaría todas las conductas preparatorias llevadas a cabo por el abusador sexual hasta lograr el encuentro con la víctima potencial, y consistiría generalmente en un proceso de seducción de algún menor que, por la general inexperiencia de los menores en las relaciones amorosas, y por la general incapacidad en la fase temprana de la adolescencia (12 a 14 años) para comprender la naturaleza sexual que tienen muchas de las conversaciones, son especialmente vulnerables a este tipo de ataques" (Miró Llinares, Fernando, El cibercrimen, ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 97).

Se trata, por lo tanto, de un delito de peligro, toda vez que la norma no exige un resultado dañoso determinado, bastando con el contacto entablado y su connotación sexual.

Este es el marco conceptual en el que debe ser interpretada la conducta que le adjudica a E. P. O..

### V.3.

En la especie, entonces, se torna indispensable determinar si el imputado tuvo comunicación con la víctima por alguno de los medios específicamente mencionados por el art. 131, y si, en esos contactos se trasuntó un designio sexual lesivo para el bien jurídicamente protegido.

### V.4.

En este orden de ideas, debe decirse que está probado que en fecha 10 de Julio de 2019, E. P. O., quien es profesor de la materia Catequesis en la Iglesia "Perpetuo Socorro" del Barrio Los Perales de esta Ciudad, comenzó a mandar mensajes de "Whatsapp" a su

alumna V. M. G., de 14 años de edad, intentando en un primer momento ganar su confianza, para luego en fecha 14 de septiembre de 2019 enviarle mensajes de "Whatsapp" diciéndole: "HOLA... MUERO POR TENER SEXO CONTIGO V., QUE DECÍS VAMOS... AVÍSAME...", invitándola en varias oportunidades a un encuentro pero sin poder lograrlo.

De este modo, concluyo que las acciones punidas por la norma fueron efectivamente ejecutadas por E. P. O.. Con respecto al tipo penal endilgado al mismo, debemos tener en cuenta que debe cumplir con determinados requisitos para ser aplicable el mismo, siendo estos: a) la existencia de un contacto comunicación y recepción; b) que el contacto lo sea por medio de tecnologías de transmisión de datos; c) que el sujeto pasivo sea un menor de edad; y d) que la finalidad de la comunicación sea la comisión de alguno de los delitos contra la integridad sexual que prevé el ordenamiento penal; en ese sentido, ha quedado acreditado que el imputado O. mediante medios electrónicos (WhatsApp) envió mensajes a la víctima (V. M. G.) con claras intenciones de abusar sexualmente de la misma aprovechando el estado de catequista del cual se hallaba investido el mismo, quedando de esta manera cumplida dicha exigencia legal, dando pábulo así a la aplicación de las previsiones contenidas en los arts. 131 en función del art. 45 del Código Penal

Conforme se ve, entonces, los elementos pre apuntados resultan coincidentes en lo atinente a la circunstancia de tiempo, lugar y modo en que se cometieron los injustos que se le enrostran a O., probando, con el grado de certeza requerido para esta etapa procesal la ocurrencia de los hechos así como la autoría en cabeza del imputado.

#### VI.

Cabe también constatar que no se ha alegado ni, mucho menos, probado en esta causa ninguna de las circunstancias establecidas en el art. 34 del Código Penal, que autoricen a considerar que el encartado pudo haber cometido alguno de los injustos adjudicados bajo la influencia de las causales excluyentes de la culpabilidad o de justificación por lo que su responsabilidad penal por los hechos atribuidos también debe darse por cierta.

#### VII.

Así como he llegado al convencimiento de la existencia de los hechos que se investigaran en este juicio, de la autoría en cabeza del acusado y de la ausencia de causales que permitan no aplicarle punición, ha llegado ahora la oportunidad de expedirme sobre la pena que consecuentemente cabe disponer a su respecto, aplicando los criterios de ponderación que preconiza la ley que regula la materia.

A estos fines, habrá de valorarse que en el acuerdo alcanzado por las partes a fs. 139/141, se solicitó la aplicación de una pena de TREINTA Y SEIS (36) MESES de prisión de ejecución DE CUMPLIMIENTO CONDICIONAL, por entender que el imputado incurrió en las conductas contempladas en el arts. 131 en función del art. 45 del Código Penal.

Atento a ello se torna necesario cuantificar la pena que se debe imponer a E. P. O., debiendo fundamentarse la decisión que se adopte, en los términos de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Squilaro"(CSJN, 8/8/2006, considerando 5º, La Ley On Line, AR/JUR/11852/2006; íd., María José García Torres; LA LEY, 2000-D, 1195; íd., Patricia Ziffer, Deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena, en Contribuciones 3/1996, publicación trimestral de la Konrad Adenauer Stiftung A.C., año XII, nº 3 [51], julio-septiembre, 1996, p. 155).

#### VII.1.

Según lo dispuesto en los términos del art. 131 en función del art. 45 del Código Penal, en razón del delito que se le atribuye al encartado, la escala penal aplicable al caso va desde un mínimo de seis (6) meses a un máximo de cuatro (4) años de prisión, por lo que en referencia a este marco cuantitativo es que habrá de determinarse la corrección del cuántum de punición que le cabe a E. P. O. por los hechos por los cuales se lo encuentra autor responsable y que fuera acordado por las partes.

Para ello corresponde acudir a los parámetros imperativamente impuestos por los arts. 40 y 41 del Código Penal.

La mentada previsión legal constituye una atribución confiada al juzgador para que, a la hora de ponderar si cabe aplicar una sanción al responsable, deba también, al igual que se hace al mensurar su entidad cuando resulta positivamente respondido lo anterior, verificar -como lo manda el art. 41 del Código Penal- cuestiones objetivas, relativas al hecho y aspectos subjetivos del autor, estableciendo límites legales a las penas que Zaffaroni (Tratado, Parte General p. 291) identifica como la magnitud del injusto y el grado de culpabilidad. Esto es así porque, como lo afirma BerndSchünemann (La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo, publicado en El sistema Moderno de Derecho Penal: Cuestiones fundamentales, ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 173) "la medida de la pena depende, desde perspectivas preventivas, en primer lugar, de la gravedad de la lesión de los bienes jurídicos y, en segundo lugar, de la intensidad de la energía criminal" empleada por el autor en la comisión de la conducta reprochada.



## VII.2.

Establecido esto, deviene necesario, ahora, valorar los distintos factores que habrán de incidir en la individualización concreta de la punición a la que se hiciera merecedor E. P. O..

### VII.2.1.

Respecto de la primera exigencia, a saber, la referida a la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla así como la extensión del daño y del peligro causados, bien vale decir, en consonancia con lo que se concluyera al realizar su oportuna valoración en los párrafos anteriores, que los delitos por los que termina siendo acusado E. P. O. son, intrínsecamente, injustos de gravedad social de mediana a alta relevancia, reflejado esto en la importancia del máximo de la pena con la que amenaza la norma punitiva a esta conducta.

En este orden de ideas, conviene recordar que el obrar desplegado por el acusado consistió en una conducta relevantemente lesiva. En efecto, no puede perderse de vista la circunstancia de que el primer objetivo en el diseño delictivo titularizado por el imputado consistió en contactar a una persona menor de edad, a través del uso de tecnologías de transmisión de datos con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma. A ello debe agregarse que el imputado agredió a quien resulta ser una alumna de Catequesis en la Parroquia en que el imputado era Catequista.

De su lado, Lorenzetti destaca la importancia de lo que llama "regla de armonización". Reconoce que "es difícil lograr que todos los derechos, reglas institucionales, principios y valores se realicen de ese modo, ya que no hay posibilidad de atenderlos a todos en la máxima cantidad deseable por cada individuo, por el carácter relacional de los derechos. Cada derecho concedido a una parte es una quita de derechos de otro" (Lorenzetti, Ricardo Luis, Teoría de la decisión judicial, p. 256, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006). Esta apreciación se torna útil a poco que se verifique que, mientras el principio, en derecho penal, es el de constituir la última ratio para la solución de los conflictos intersubjetivos, autorizando por ende la posibilidad de acudir a remedios de fondo y de forma menos gravosos para el acusado, la manda convencional enunciada obliga a aplicar sanciones en los supuestos de vulneración a bienes jurídicos esenciales de la mujer como, en el caso, lo es su integridad física.

La respuesta debe darse a partir de la admisión de la necesidad de coherencia que deben tener las directivas internacionales en materia de derechos humanos. Si bien es cierto que, en general, los derechos compiten entre sí, no todos lo hacen al punto de autorizar la

supresión del otro. O, como lo dice Lorenzetti (Lorenzetti, Ricardo Luis, op. cit., p. 258), "la competencia entre derechos no lleva al extremo de derogar el contenido mínimo, que hemos denominado 'garantías'...". Para resolver el entuerto, propone que, "donde hay competencia es necesario poner de acuerdo la ponderación, las curvas de optimalidad y el antiguo juicio prudencial que se ha utilizado en el derecho". Precisa, en orden al cumplimiento cabal de esta faena, que "ponderar es medir el peso de cada principio, lo cual implica armonizar, y esto último requiere hacer distinciones, comparaciones tan finas como sabias, lo cual ha sido la base del saber jurídico desde Roma hasta el presente".

Y en este punto descubrimos que se trata, entonces, de acudir a lo que la prudencia aconseja, conforme lo sugiere Carlos Ignacio Massini Correas al señalar, en relación a la prudencia jurídica que titularizan los jueces, que "el magistrado judicial establece, frente a un caso concreto en que se controvierte cuál habría debido ser o deberá ser la conducta jurídica, la medida exacta de su contenido; pero esta determinación por él establecida no está ya sujeta a revisión o interpretación sino que, para ese caso, su dictamen prudencial es el que configura lo justo concreto que habrá de ponerse en la existencia" (La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho, ed. LexisNexisAbeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 46). En otras palabras, de lo que se trata es de delimitar con la mayor precisión posible en cuanto se trata de reglar conductas humanas y por lo tanto, orientadas a esa misma naturaleza, la procedencia de las pretensiones de las partes y los alcances que cabe asignar a cada una de ellas.

El conjunto de la conducta delictiva ejecutada por E. P. O. produjo un sensible menoscabo a bienes jurídicos importantes de su víctima, que no puede ser ignorado en este rubro, contemplado por el art. 41 del Código Penal.

Por cierto que estas circunstancias permiten ubicar al caso en un punto cercano a los Dos Tercios del máximo legal permitido.

#### VII.2.2.

En lo que interesa al segundo de los aspectos a considerar, con arreglo a lo que manda el art. 41 del digesto punitivo, cabe poner el acento en el propio acusado en particular. A este fin se requiere la precisa delimitación de los alcances de este examen, en orden a evitar ingresar en el universo de materias a ponderar, aspectos vitales del acusado que, sin embargo, no guardan relevancia puntual para la determinación del monto de pena, evitando, de tal suerte, el peligro de incurrir en la valoración inconstitucional de elementos protegidos por el principio de reserva o excluidos por imperio del

derecho penal de acto (cfr. Patricia Ziffer, Lineamientos de la determinación de la pena, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 115 y siguientes; misma autora, comentario a los arts. 40 y 41 del Código Penal, Código Penal y normas complementarias, dirigido por Baigún y Zaffaroni, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, segunda edición, T. 2-A, p. 75 y siguientes).

Siguiendo a Claus Roxin (Derecho penal, Parte General, 2ª edición, Civitas, Madrid. 1997, p. 817), "... sólo la culpabilidad existente durante la misma realización del tipo puede convertirse en fundamento de la responsabilidad jurídico penal. Si falta, no es lícito recurrir en vez de a ella a una 'culpabilidad por la conducción de la vida' o 'culpabilidad por la decisión de la vida' existente en el pasado, y que lo ha convertido al sujeto, por su propia conducta equivocada, en lo que es hoy. Pues una conducción 'culpable' de la vida no es una realización culpable del tipo, y sólo esta es punible (...) También las concepciones de la culpabilidad por el carácter se mantienen sobre la base de la culpabilidad por el hecho individual, al tomar el carácter como fundamento de la constatación de la culpabilidad sólo en cuanto que aquel se haya manifestado en la concreta realización del tipo". Como se encarga de recordarlo Edgardo Donna (Teoría del delito y de la pena, T. 2, Imputación delictiva, ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 185 y siguientes, citando a Jescheck), "el principio de culpabilidad no presupone sólo que el hombre pueda decidir con libertad, sino también correctamente. Junto con la capacidad de querer debe hallarse la capacidad para los valores", traducándose en el criterio básico sobre la materia que "consiste en determinar si el sujeto puede comprender el injusto o ilícito de su acción y actuar conforme a esa comprensión" (Donna, op. cit., p. 227).

En este orden de ideas, no puedo permitirme dejar de valorar que E. P. O. es un hombre adulto pues cuenta con 45 años de edad, dotado de instrucción secundaria completa y cursando estudios universitarios, inmerso en un contexto cultural bien dotado desde la perspectiva de los estímulos recibidos, así como desde lo eminentemente social, a mérito de la información recogida en autos.

Por lo demás, el encartado no tiene antecedentes computables, a tenor del informe emitido por la División de Antecedentes Personales, a fs. 12 de autos.

Estos elementos autorizan a posicionar la pena a imponer en dos tercios del máximo de la escala penal aplicable de acuerdo al quantum acordado por las partes.

VII.2.3.

Queda para el final de este análisis lo relativo a la peligrosidad del imputado, toda vez que se trata de la materia sobre la que mayores controversias se han producido. Ello así porque, como bien lo indica Ziffer (Código penal..., p. 78), guarda reminiscencias positivistas, inadmisibles dentro del derecho penal de hecho. En este sentido, y admitiendo la imprescindible reductibilidad del criterio de peligrosidad a fronteras más acordes al principio de culpabilidad por el hecho, cabe decir que "es correcto vincular a la peligrosidad con las necesidades de prevención especial y con la necesidad de valorar, al momento de determinar la pena, los efectos posibles sobre el autor en concreto, la posibilidad de trascendencia a terceros y la necesidad de evitar la reiteración" (cfr. Ziffer, op. cit., p. 80).

Desde este punto de vista y sin dejar de reconocer las dificultades que encierra valorar cuestiones relativas a la peligrosidad del sujeto, con la advertencia preapuntada, estimo que la conducta cumplida por el autor en el evento investigado resulta demostrativa de manifestaciones criminales relevantes, en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se cometieron los hechos endilgados y probados, así como en lo que respecta a la jerarquía de los bienes jurídicos vulnerados. O, dicho en las palabras de Schünemann, su energía criminal puesta al servicio de la ejecución del injusto fue significativa.

Para ello, pondero de modo particular la naturaleza especialmente vulnerable que tuvo la víctima de las conductas delictivas cumplidas, ya descritas en los párrafos precedentes.

Estas notas caracterizantes de la conducta endilgada a E. P. O. convencen sobre la necesidad de imponerle la pena que resulte proporcional a la intensidad de la peligrosidad de la que resultan reveladoras.

#### VII.2.4.

Es del caso, entonces, avanzar en este análisis para precisar el monto de pena que corresponde aplicar a O..

A mérito del complejo examen cumplido en autos, del sentido que corresponde otorgar a las circunstancias objetivas y subjetivas probadas en la causa que inspiraron, condicionaron, motivaron y se derivaron como consecuencias de las conductas desplegadas por el imputado, conforme lo manda el art. 41 del Código Penal; teniendo en particular consideración el margen de valoración cuantitativa que permite al juzgador la normativa aplicable al caso así como el quantum punitivo acordado por las partes, respecto de los delitos por los que fuera declarado autor y responsable, juzgo razonable, justo y proporcionado a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se

cometieron los delitos atribuidos al acusado y, fundamentalmente, el grado de culpabilidad con el que se desempeñó en la ejecución de las conductas que se le reprochan y la peligrosidad revelada en el caso – con arreglo a las limitaciones arriba explicitadas-, acoger favorablemente la pretensión conjunta de las partes y proponer al acuerdo de mis colegas que se le imponga a E. P. O. la pena de TREINTA Y SEIS (36) MESES de prisión de ejecución DE CUMPLIMIENTO CONDICIONAL, tal como se peticionara en el convenio arribado.

Ello así por encontrarlo autor material y responsable de la comisión del delito de Grooming.

Así voto.

La Dra. Claudia Cecilia Sadir dijo:

Adhiero a las conclusiones a que arribara el Sr. Vocal preopinante, por resultar tales apreciaciones coincidentes con las elaboradas al momento de las deliberaciones correspondientes.

Así voto.-

La Dra. María Margarita Nallar dijo:

Que teniendo en cuenta lo establecido por el Art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial nº 4055/84, adhiero en un todo a lo expresado en el voto del Sr. Vocal Presidente de trámite.

Así voto.

Por los motivos precedentemente expuestos, el Tribunal en lo Criminal Nº 2 de la Provincia de Jujuy

FALLA:

I.- Haciendo lugar a lo peticionado por el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal y tener por presentado el acuerdo arribado con el imputado E. P. O., a fs. 139/141, con la asistencia de sus Defensores Técnicos, en los términos previstos por el art. 385 del Código Procesal Penal (ley 5623).

II.- Condenando al imputado E. P. O., de las demás calidades personales obrantes en autos, a la pena de TREINTA Y SEIS (36) MESES de prisión de ejecución DE CUMPLIMIENTO CONDICIONAL, por resultar ser autor material y responsable de la comisión del delito de "Grooming", previsto y penado en el art. 131 en función del art. 45 conforme art. 40 y 41 del Código Penal.

III.- Regular los estipendios profesionales de los Dres. Milton Isaías Montez y Víctor Rubén Colina en la suma total de Veinte mil pesos (\$20.000), por la labor desarrollada en esta causa, conforme arts. 20 y 26 de la ley 6112 de Aranceles para Abogados y Procuradores.

IV.-Registrar, agregar copia en autos y notificar.