

ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, Capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 17 días del mes de febrero de 2020, se reúnen en Acuerdo ordinario los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, los Jueces Carlos Gonzalo Sagastume y María del Carmen Battaini y, para dictar pronunciamiento en el recurso interpuesto en los autos caratulados “**FANTONI, Jorge Luis s/ Grooming**”, **expte. nº 657/2018 STJ-SP**. El Juez Javier Darío Muchnik no interviene en el presente Acuerdo por encontrarse en uso de licencia.

ANTECEDENTES

1.- A fs. 379/386, el Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Sur condenó a Jorge Luis Fantoni, a la pena de tres (3) años y seis (6) meses de prisión, al considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de *grooming* o ciber acoso sexual (art. 131 del C.P.), por el hecho cometido en la ciudad de Ushuaia entre los meses de mayo y agosto de 2016 en perjuicio de C. S. O. (parte dispositiva, punto 1º).

2.- El Dr. Raúl M. Paderne, abogado defensor de Jorge Luis Fantoni, interpuso recurso de casación a fs. 390/394.

Considera que el fallo recurrido resulta nulo por ser violatorio de los arts. 424 inc. 1 y 2, 373 inc. 2, 55 y 56 del C.P.P., 18 de la Constitución Nacional y 34 de la Constitución Provincial.

A fs. 397/398vta., se declaró admisible el recurso interpuesto.

3.- Radicadas las actuaciones ante esta instancia, se corrió vista al Titular del Ministerio Público Fiscal. A fs. 417/423, el Dr. Oscar L. Fappiano propició desestimar por improcedente el recurso en trato.

Llamados los Autos al Acuerdo (fs. 424), la causa se encuentra en estado de ser resuelta conforme el orden de votación de fs. 427. En virtud de ello, el Tribunal dispone formular y votar las siguientes

CUESTIONES

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

1.- A fs. 379/386, el Tribunal de Juicio condenó a Jorge Luis Fantoni, a la pena de tres (3) años y seis (6) meses de prisión, al considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de *grooming* o ciber acoso sexual (art. 131 del C.P.), por el hecho cometido en la ciudad de Ushuaia entre los meses de mayo y agosto de 2016 en perjuicio de C. S. O. (parte dispositiva punto 1º).

Ello, en virtud de tener por acreditada la atribución fáctica formulada por la parte acusadora: *“... El haber contactado vía Internet a la menor de edad C. O. mediante la red social “Facebook” –desde el usuario “Jorgito Fanto” al perfil “C. O.”- con el propósito de cometer cualquier delito contra su integridad sexual. Según surge de las actuaciones, el nombrado comenzó los contactos con la menor en el 10 de mayo de 2016 y hasta –al menos- el 21 de agosto de 2016, oportunidades durante las cuales le refirió que estaba “tocándome la pija pensando en vos” y le solicitó el envío de fotografías “en tanga”. Asimismo en forma reiterada le propuso mantener encuentros claramente de tipo sexual: así en su domicilio particular (ofreciéndole abonar el taxi de ida y de regreso), en el interior del Colegio José Martí –donde estaría solo- y buscarla en la Municipalidad (refiriéndole “ponete la calza cuando vayas a la municipalidad...así te agarro bien esa cola rica q tenés”), para completar el contexto, le ha enviado una fotografía de su miembro viril erecto). Así, el nombrado Jorge Luis Fantoni por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o tecnología de transmisión de datos, ha contactado a la citada menor de edad, con el propósito de cometer delitos contra la integridad sexual de*

la misma (delito de estupro, cf. Art. 120 C.P.).” (fs. 379/vta.).

2.- A fs. 390/394, el Dr. Raúl M. Paderne, en representación de Jorge Luis Fantoni, interpuso recurso de casación.

Luego de describir el objeto de su presentación y los aspectos formales del recurso, (fs. 390/vta.), expresa los agravios sobre los que estructura su impugnación.

Primeramente controvierte los argumentos brindados por el Dr. Bembihy Videla en su voto de fs. 381vta./385, al que adhirieron los Dres. García Arpon y Pagano Zavalía (fs. 385vta.). Considera que la postura del Tribunal resulta violatoria de la garantía de defensa en juicio, toda vez que el Ministerio Público Fiscal requirió la condena de su pupilo en razón de considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de *grooming*, estimando que a través de dicho contacto pretendía cometer el delito de estupro, sin embargo, el Dr. Bembihy Videla consideró innecesaria la figura introducida por el Dr. Curtale al entender que el propósito de contacto al que hace referencia el art. 131 del C.P. es a fin de “... *cometer cualquier delito contra la integridad sexual...*”, por lo que no resulta necesario determinar la conducta posterior a dicho contacto, ya que no existe duda alguna que la intención del imputado era de carácter sexual, acción que queda comprendida en el tipo propuesto (*grooming*), independientemente del delito que podría haber cometido.

En este sentido, el casacionista aduce que es menester determinar el propósito final por el cual Fantoni inició el contacto con C., ya que estima que más allá de que el art. 131 del código de rito indica que no importa cuál es la figura elegida como conducta final del delito enrostrado, resulta indispensable que la misma se encuadre completamente en el tipo penal de *grooming* para que sea típica, por ello, alega que se debió efectuar un análisis respecto de cuál de todos los delitos que atentan contra la integridad sexual pretendió perpetrar el encartado, circunstancia que no aconteció, lo que coloca a su pupilo en una situación de indefensión, lo que deviene en nula la sentencia condenatoria (fs. 391vta./392).

Por último, cuestiona el *quantum* de la pena impuesta a su defendido, toda vez que se lo ha sancionado prácticamente con el máximo de la escala penal valiéndose de una serie de cuestiones que los jueces consideraron agravantes, precisando asimismo, que no se encontraron atenuantes a tener en cuenta, conclusión que –a su entender-, no resulta atinada, por cuanto su cliente no cuenta con antecedentes penales revistiendo carácter de primario, por lo que solicita subsidiariamente se adecue el monto de la pena y se establezca la misma en forma condicional (fs. 393/vta).

3.- La crítica formulada por el recurrente, se orienta a cuestionar los argumentos brindados por el juzgador, y la inobservancia de las normas procesales previstas en el art. 424 inc. 1 y 2.

Así, el planteo formulado por la defensa, remite a la tarea axiológica llevada a cabo por el magistrado. En estos supuestos, ha dicho el Tribunal que su competencia radica en controlar que la motivación de la sentencia del juez o tribunal de mérito corresponda o constituya una derivación razonada del derecho vigente con relación a las circunstancias reales y comprobadas de la causa; la validez de las pruebas de que se sirve el sentenciante; la omisión en la consideración de alguna prueba decisiva que hubiera sido legalmente incorporada a la causa y cuya apreciación conduzca a variar el sentido de la decisión final; que sus conclusiones respondan a las reglas del recto entendimiento humano; y que esa motivación resulte bien emitida con ajuste a las formas prescriptas. Así se ha dicho en los autos “Rojas, Juan Pablo s/ Hurto de automotor” -expte. n° 532/02 SR, sentencia del 05.02.2003 registrada en el Libro IX, folios 22/33-; entre muchos otros.

Este examen debe ser amplio, de forma tal de dar plena vigencia a la garantía de la doble instancia consagrada por el artículo 8, párrafo 2º, apartado ‘h’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966), ambos incorporados a nuestro universo constitucional por el artículo 75, inciso 22º (ver, por todos, “Romero, Paulo Lorenzo s/ Apremios ilegales y privación ilegítima de la libertad agravada reiterada” -expte. n° 795/04 SR del 20.04.2005, Libro XI, f° 222/233- y sus citas).

El análisis de la decisión recurrida debe ser integral, con el objeto de no incurrir en un remedio procesal meramente formal que infrinja la esencia misma del derecho a recurrir el fallo condenatorio (conf. doctr. de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” del 02.07.2004) (según se dijo en “Fernández, Roberto Marcelo s/ Homicidio en gdo. de tentativa agravado por uso de arma de fuego” -expte. n° 753/04 SR del 03.02.2005, Libro XI, f° 23/32- y “Danchow, Rubén Esteban s/ Quebrantamiento de pena” -expte. n° 941/06 SR del 24.10.2006, Libro XII, f° 703/717-; entre otros).

Estos conceptos han sido corroborados y ampliados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido fallo “Casal” del 20.09.2005 (Fallos, 328:3399).

4.- Los magistrados tuvieron por acreditado la materialidad de los hechos a partir de la obtención de los mensajes intercambiados entre el imputado, Jorge Luis Fantoni, y la víctima, C. O. cuya transcripción luce a fs. 54/58.

La defensa considera necesario establecer efectivamente la intención de Fantoni a fin de circunscribir dicha conducta en el tipo penal por el cual fuera condenado, lo que difiere a lo planteado por el Tribunal, quienes consideraron innecesario determinar la intencionalidad posterior al contacto realizado, toda vez que el art. 131 del Código Penal hace referencia a “... *cualquier delito contra la integridad sexual...*”, emanando de tal redacción que el accionar requerido en el imputado es efectivamente con ese propósito.

En cuanto a este tópico, y ciñéndonos al presente supuesto, he de destacar que el ciber acoso o *grooming*, no es necesario que exista principio de ejecución de algún delito contra la integridad sexual para que se configure el injusto penal al que hace referencia el art. 131 de nuestro código de rito. Este ilícito se consuma al momento de producirse el contacto virtual y pueda establecerse la finalidad del autor de cometer un delito que pueda corromper la sexualidad del menor, su dignidad o su desarrollo psíquico y sexual.

Asimismo, debemos tener presente que este delito tiene sus raíces en la fuerte protección a los menores de edad frente a los avances de nuevas tecnologías que puedan

servir como canales a través de los cuales se manifiesten conductas que tengan como fin cometer un delito contra la integridad sexual de los mismos. Se trata de un delito de acción, ya que la conducta típica del sujeto activo consiste en “hacer contacto” por medio de comunicaciones electrónicas o cualquier tecnología de transmisión de datos con una persona menor de edad para posteriormente mantener una relación sexual forzada o un delito sexual como los previstos en nuestro código penal.

En el presente caso, los elementos normativos que configuran el tipo penal en vista se han acreditado debidamente, por lo que la conducta desplegada por el encartado debe ser reprochada. En efecto, Jorge Luis Fantoni hizo contacto por medio de comunicaciones electrónicas con C. O. -quien tenía 00 años de edad-, con el propósito de generar un encuentro personal con fines sexuales con la menor; tal finalidad se infiere del intercambio de mensajes entre ambos, en donde él le manifiesta “... *estaba tocándome la pija pensando en vos...*”, invitándola reiteradamente a concurrir a los lugares donde cubría guardias policiales –Municipalidad de Ushuaia y Colegio José Martí- o a su hogar (cuando su esposa no se encontraba), ofreciéndose incluso a pagarle el taxi de ida y vuelta a la adolescente, expresándole “... *ponete la calza cuando vayas a la municipalidad... jajaja así te agarro bien esa cola rica q tenés jaja...*”. Asimismo, en fecha 12 de mayo de 2016 le envió una foto de su miembro viril erecto, para posteriormente el día 15 decirle “... *Mmm no quieres lo de la foto?... jajaj te la muestro esta noche...*” (fs. 54/58).

Surge evidente que se ha acreditado en autos que el propósito perseguido por el imputado era la obtención de satisfacción sexual en perjuicio de la integridad psicofísica de una menor de edad de manera ilícita. Ergo, se encuentran reunidos los elementos típicos contenidos en la figura del art. 131 del C.P.

Por lo expuesto, el planteo esgrimido por el casacionista no puede prosperar.

5.- En cuanto al agravio vinculado a la determinación del *quantum* punitivo, el recurrente sostiene que su defendido no cuenta con antecedentes penales, por lo que tal condición de primario debe valorarse como atenuante al momento de establecer el monto de la pena, situación que no fue tomada en cuenta por el *a quo* al imponer una condena de prisión que se aproxima al máximo de la escala penal prevista para el delito en cuestión.

Cabe señalar que es doctrina pacífica de este Estrado, siguiendo la posición expuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que -en principio- el recurso de casación no constituye una vía hábil para revisar la evaluación realizada por el sentenciante de los criterios objetivos y subjetivos previstos por el art. 41 del Cód. Penal para determinar el *quantum* de la pena a imponer. En este sentido, se dijo que en el ámbito de la casación está vedada la posibilidad de examinar los extremos fácticos que han sido pieza de convicción del juzgador y que sólo se encuentra abierta la posibilidad de revisar el monto de la pena cuando aparezca el vicio de la arbitrariedad (ver, por todos, “Gallo, Iván Adalberto s/ Robo y hurto de automotor en conc. real y robo en grado de tentativa” -expte. n° 984/07 SR, sentencia del 11.07.2007 registrada en el Libro XIII, folios 317/333-). En definitiva, al igual que cuando se cuestiona la tarea axiológica del tribunal de mérito, este remedio procesal sólo tiene cabida cuando concurre en el fallo atacado un error de entidad tal que fulmine la valoración efectuada por el a quo como acto jurisdiccional válido.

Así, el artículo 41 del Código Penal, dispone: *“A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1) La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”*.

En autos, el a quo concretamente sobre este punto refirió: *“... respecto al monto de la penalidad a imponer y teniendo en cuenta las pautas mensurativas de los Arts. 40 y 41 del C.P., he de referir que en el caso no encuentro atenuantes. Como demérito considero en primer lugar su condición de servidor público, función que justamente le demandaba a Fantoni la prevención de actos tales como los aquí atribuidos; el conocimiento que tenía de la menor víctima y de su carácter de especialmente vulnerable con motivo de sus*

funciones en el Instituto donde se alojaba y el aprovecharse de dicha información para accionar; finalmente el alto grado de vulnerabilidad evidenciado en la persona de la menor (cfse. Informes de fs. 211/215 y 216)”. Con arreglo a tales parámetros propongo a los distinguidos colegas que me seguirán en orden de votación que Jorge Luis Fantoni sea condenado a la pena de tres (3) años y seis (6) meses de prisión (fs. 384vta.).

Asimismo, el Sr. Fiscal ante el Estrado expuso a fs. 422 “... Teniendo en cuenta que el art. 131 CP, determinó para el delito de Grooming un monto máximo punitivo de cuatro años y que el representante de este Ministerio Público Fiscal solicitó la imposición de una condena de tres años y diez meses, la individualización realizada por el Tribunal de Juicio no surge irrazonable ni carente de fundamentos, al desplegar el fallo los motivos en que funda la misma, señalando las circunstancias agravantes tenidas en consideración a tal propósito y la falta de atenuantes. Su conducta violenta todo valor comunitario de vida. Como persona mayor estaba en la obligación de brindarle protección (valor seguridad) máxime en su calidad de funcionario policial, por lo que incurrió en desviación de poder (valor poder), se aprovechó del conocimiento que tenía de la sombría historia de vida de la niña y de su situación de extrema vulnerabilidad para llevar a cabo su propósito lujurioso en vez de preocuparse por alivianar al menos dicha situación (valor solidaridad); si como expresaba Don Quijote la misericordia es la virtud que brilla con mayor fulgor, aquí es la impiedad la que reluce. El contenido impúdico de los mensajes que le enviaba, revelan afectación a su autodeterminación como persona, propiciándole un trato cuando menos degradante que afecta su intrínseca dignidad de persona. No caben dudas de la revictimización de la adolescente, que con solo 00 años al momento de los hechos e inmersa en una especial vulnerabilidad dada su “institucionalización”, debió verse envuelta en un proceso penal a causa del inescrupuloso accionar de Fantoni...”.

El sentenciante fijó el monto punitivo en función de determinados extremos acreditados en autos, esto es, el carácter de servidor público, el conocimiento previo que tenía de la víctima en virtud de la función que cumplía –miembro de una fuerza de seguridad destinado a brindar protección de una joven alojada en un institución provincial-, el uso de la información a la que accedía por su desempeño en la policía de la provincia y específicamente en el lugar donde residía O. y el grado extremo de vulnerabilidad de la afectada.

Frente a ello, no puede aducir con fundamento adecuado la defensa, que la falta de consideración de atenuantes por parte del juzgador torna arbitrario el examen que imponen los artículos 40 y 41 del C.P.

El análisis y consideraciones de las circunstancias atenuantes y agravantes tenidas en cuenta por la instancia anterior, se ajustan a lo previsto por el artículo 41 del Código Penal, hallando sustento en las propias constancias de la causa.

No constituye un dato menor, que la pena impuesta por el tribunal resulte inferior a la requerida por el Sr. Agente Fiscal. En efecto, a fs. 372 la fiscalía solicitó una pena de tres (3) años y diez (10) meses de prisión, accesorias legales y costas, mientras que el *quantum* establecido por la instancia de mérito asciende a tres (3) años y seis (6) meses de prisión.

En suma, el examen efectuado por el *a quo* de la prueba colectada para determinar el monto punitivo no luce antojadizo ni absurdo. Antes bien, se halla amparado por los elementos de convicción adunados a los presentes obrados.

En consecuencia, el reclamo impetrado por el recurrente debe ser rechazado.

6.- Ha sostenido este Tribunal en forma inveterada que no cualquier discrepancia con la labor de valoración probatoria efectuada por el juzgador torna a la sentencia en arbitraria, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que *“La doctrina de la arbitrariedad procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas de la causa”* (C.S., *“Bertorello Castagnino”* del 04.03.2003, SAIJ, sumario A0061411).

Por ello, se ha dicho que *“La arbitrariedad no se configura, aún cuando la solución jurídica pueda resultar opinable, sino cuando la misma derive de un razonamiento inconciliable con las constancias de la causa”* (Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos,

Sala 2ª, “Cuevas c/ Borre” del 30.11.2005, SAIJ, sum. I0051265); y que “*Mediante el recurso de inconstitucionalidad por arbitrariedad se tiende a reparar agravios que impliquen un grosero desconocimiento del derecho a la jurisdicción y conviertan al pronunciamiento en una ‘no sentencia’, pero no autoriza a sustituir a las instancias ordinarias en la ponderación del material fáctico de la causa*” (Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, “L., M. R.” del 21.02.2007, SAIJ, sum. J0034755, con cita de jurisprudencia de la Corte Suprema). Es que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por fin desplazar el criterio de los magistrados de otras instancias por el de este Superior Tribunal, sino que se trata de descalificar una decisión que carezca de bases aceptables con arreglo a los preceptos legales que gobiernan la actividad de los tribunales. Así pues, debe cuidarse que la solución a la que se arribe no importe una solución distinta pero igualmente opinable (conf. Superior Tribunal de Justicia de Chubut, “U., E. M.” del 23.10.2006, Base de datos SAIJ, sumario Q0018230).

Por lo expuesto, el planteo recursivo esgrimido no puede prosperar.

En atención a los fundamentos brindados, a la cuestión propuesta he de pronunciarme por la **negativa**.

La Juez **María del Carmen Battaini** adhiere a lo dicho por el Juez Sagastume, votando a la primera cuestión por la **negativa**.

A la segunda cuestión el Juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

Atento a las consideraciones efectuadas, propongo rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 390/394 por la defensa de Jorge Luis Fantoni, contra la sentencia de fs. 379/386.

Cabe imponer las costas al nombrado, de acuerdo al principio establecido en el primer párrafo del artículo 492 del C.P.P.

La Juez **María del Carmen Battaini** comparte y hace suya la propuesta formulada por el Juez Sagastume, votando a la segunda cuestión en igual sentido.

Con lo que finalizó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 17 de febrero de 2020.

VISTAS: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

1º) RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 390/394 por la defensa de Jorge Luis Fantoni contra la sentencia de fs. 379/386. Con costas (art. 492, primera parte, del C.P.P.).

2º) MANDAR se registre, notifique y cumpla.

Fdo.: Carlos Gonzalo Sagastume – Juez, María del Carmen Battaini – Juez

Secretario: Roberto Kádár

Tº VI – Fº 78/84