

//tencia No.580

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ

Montevideo, veintiuno de mayo de dos mil quince

**VISTOS:**

Para sentencia estos autos caratulados: "M. F., P. J. - RETRIBUCIÓN O PROMESA DE RETRIBUCIÓN A PERSONAS MENORES DE EDAD O INCAPACES PARA QUE EJECUTEN ACTOS SEXUALES ERÓTICOS DE CUALQUIER TIPO - CASACIÓN PENAL", IUE: 206-54/2014.

**RESULTANDO QUE:**

I) Por Sentencia de Primera Instancia No. 1009/2013 dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Cerro Largo de 1er. Turno, obrante de fs. 223 a 236 se falló:

"1º.- Decrétase el enjuiciamiento con prisión de J. R. R. M. imputado de la comisión en calidad de autor de reiterados delitos de retribución o promesa de retribución a personas menores de edad o incapaces para que ejecuten actos sexuales eróticos de cualquier tipo en reiteración real con reiterados delitos...".

"2º.- Decrétase el enjuiciamiento con prisión de M. R. P. imputado de la comisión en calidad de autor de reiterados delitos de retribución o promesa de retribución a personas menores de edad o incapaces para que ejecuten actos sexuales

*eróticos de cualquier tipo".*

*"3º.- Decrétase el enjuiciamiento con prisión de P. J. M. F. imputado de la comisión en calidad de autor de un delito de retribución o promesa de retribución a personas menores de edad o incapaces para que ejecuten actos sexuales eróticos de cualquier tipo...".*

II) Por Sentencia de Segunda Instancia No. 156 dictada el 4 de junio de 2014 por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do. Turno, obrante de fs. 343 a 353, se resolvió: *"Revócase, parcialmente, la sentencia interlocutoria de primera instancia en cuanto dispuso el enjuiciamiento y prisión de P. J. M. F. y, en su mérito, decrétase la clausura y archivo de estas actuaciones a su respecto".*

*"En función de lo dispuesto, decrétase la excarcelación provisional, bajo caución juratoria del mismo en las condiciones establecidas en el artículo 141 del Código del Proceso Penal, literal 'a' en forma inmediata cometiéndose la diligencia al juzgado 'a quo'...".*

III) A fs. 371 y ss. el Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de Primer Turno interpone recurso de casación, y luego de fundar la procedencia del medio impugnativo ejercitado, postula que se ha efectuado por el Tribunal una interpretación

absolutamente literal y descontextualizada del articulado, lo que conduce a conclusiones reñidas con normas constitucionales y legales en juego y por ende a un quiebre de las ritualidades y principios que rigen las formalidades y garantías en juicio, expresando en síntesis:

En obrados asistimos a un sumario que da inicio con el auto de procesamiento, y los requisitos legales establecidos como necesarios para dictarlo, son claros y específicos, tal como dispone el art. 125 del C.P.P., siendo éstos los que debió valorar el Tribunal en tanto lo apelado era una sentencia interlocutoria -auto de procesamiento- y no una definitiva, de manera que no registra nunca amparo legal, hacer una proyección futura del proceso y de la prueba.

En función de ello tal interpretación está determinada por una errónea aplicación del art. 125 del C.P.P., lo que conlleva a infringir o desconocer normas de la Constitución Nacional como son los arts. 12 y 18, así como normas legales procesales genéricas como es el art. 1 del C.P.P.

El Tribunal en cuanto al tipo penal y los elementos de prueba que relevó indicó que el mantener relaciones sexuales con una menor de

edad o incapaz mediante promesa de retribución en dinero o en especie, encarta el delito que fuera imputado en autos, a lo que el Ministerio agrega que el tipo penal no realiza una referencia específica a relaciones sexuales sino que la norma refiere a un concepto de vulneración de derechos mucho más amplio que define como que ejecute actos sexuales o eróticos de cualquier tipo. Por lo que, establecer si operó o no la consumación de una relación sexual (que el imputado admite que existió), no se constituye en un elemento neurálgico de la imputación, porque precisamente el tipo penal no lo requiere.

Al valorar los elementos que el tipo penal requiere resulta necesario partir de la probada existencia por parte de P. J. M. de la compra previa de obsequios a la adolescente (fs. 212).

Si bien el Tribunal afirma a fs. 347 que no hay otra prueba del relacionamiento sexual más allá de la versión del encausado, no es la única probanza que sustenta la imputación, sino que operan una confluente y unívoca cadena de indicios que refuerzan su confesión que refieren a los hechos previos de conocimiento de S. F. (fs. 212), el motivo del viaje realizado desde Cerro Largo a Maldonado conjuntamente con la adolescente C. que tenía como finalidad el relacionamiento sexual con M., las declaraciones

obrantes a fs. 213 y 152 y los hechos posteriores de conocimiento de la testigo M. F. R..

Otro de los requisitos objetivos del tipo penal, el "sujeto pasivo" no es otro que la persona menor de edad o incapaz. La víctima T. C. contaba al momento de los hechos (mayo de 2013) con 15 años de edad (fotocopia de cédula de identidad obrante a fs. 146).

Teniendo en cuenta las características del imputado: persona adulta -de 75 años de edad- que ha viajado, es empresario y hombre de negocios, con estudios terciarios -Profesor de Antropología-, y la víctima: adolescente -de 15 años de edad- que no tiene cubiertas sus necesidades elementales, quien apenas registra aprobación del ciclo escolar, por lo que sus posibilidades reales de conocimiento del mundo exterior y desarrollos son menguadas, considerar que porque la adolescente verbalizó que era mayor, se constituya en una causa eximente, significa una alteración de todo el ordenamiento probatorio, desplazando el eje de la responsabilidad, que no logra sustentarse si opera el análisis de la prueba conforme a la sana crítica.

Se estima que de la prueba incorporada a la causa a la luz de la regla de la sana crítica, y en el estado procesal de las actuaciones

(inicio del Sumario), no permite aplicar en autos el art. 22 del Código Penal.

Destaca por otra parte que constituye jurisprudencia constante diferir la eventual consideración de causas de justificación, que son asimiladas por su alcance procesal a las causas de eximente penal para la etapa del plenario, que es el momento en que estará completa la prueba que se incorpore a la causa.

Solicita que se case la sentencia interlocutoria impugnada, disponiendo en su mérito la prosecución de la causa respecto de P. J. M. F., según el estado de la misma (fs. 379).

IV) Conferida vista del recurso al Sr. Fiscal de Corte éste, por los fundamentos que expuso en Dictamen No. 03525 de fecha 15/9/2014, entendió corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto (fs. 404-412 vto.).

**CONSIDERANDO:**

I) La Corporación, por el número de voluntades legalmente requerido (art. 56 de la Ley No. 15.750), acogerá el recurso de casación y, en su mérito, confirmará el auto de enjuiciamiento del imputado P. J. M. F..

II) En primer lugar, la unanimidad de las voluntades que conforman esta decisión

coinciden en que, liminarmente, procede plantear el marco normativo aplicable al subexamine.

Así, corresponde partir del artículo 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece: "*Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:*

*...b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; ...*".

Por Ley No. 17.559 de 27 de setiembre de 2002 se ratificó el "Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño" relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía aprobado el 25 de mayo de 2000, en la ciudad de Nueva York, en oportunidad de celebrarse el 54° período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En su artículo 1 establece que: "*Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo*".

El artículo 2 indica que a los efectos del presente Protocolo: "...b) Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; ...".

El artículo 3 precisa que: "Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente: '...b) Ofrecer, obtener, facilitar o proporcionar un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2...'". Indicándose precisamente que: "...Con sujeción a los preceptos de la legislación de los Estados Partes, estas disposiciones se aplicarán también en los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y de complicidad o participación en cualquiera de ellos".

El artículo 4 establece que: "...Todo Estado Parte adoptará las disposiciones necesarias para hacer efectiva su jurisdicción con respecto a los delitos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 3, cuando esos delitos se cometan en su territorio..."

Y el artículo 8 puntualiza que: "1. *Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas por el presente Protocolo y, en particular, deberán:*

a) *Reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, incluidas las necesidades especiales para declarar como testigos...*".

"...2. *Los Estados Partes velarán por que el hecho de haber dudas acerca de la edad real de la víctima no impida la iniciación de las investigaciones penales, incluidas las investigaciones encaminadas a determinar la edad de la víctima.*

3. *Los Estados Partes velarán por que en el tratamiento por la justicia penal de los niños víctimas de los delitos enunciados en el presente Protocolo la consideración primordial sea el interés superior del niño...*".

El "Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182)" de la Organización Internacional del Trabajo, en su artículo 1º obliga a los Estados que adhieran al mismo a "adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la

*prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia".*

En su artículo 3º el Convenio establece que "*la expresión las peores formas de trabajo infantil abarca...b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas...*".

III) En lo que dice relación con la figura delictiva referida a los actos sexuales remunerados o con promesa de remuneración, cabe indicar que esta modalidad implica la utilización de niñas, niños o adolescentes en actividades sexuales a cambio de una remuneración o cualquier otra forma de retribución, como se indica en el Protocolo facultativo citado *ut supra*.

Si bien a esta modalidad comúnmente se le denomina prostitución infantil, es una nominación que se considera inadecuada. Dentro de ella encontramos formas más visibles como la explotación callejera, en calles, rutas, plazas, parques, puertos, pasos de fronteras, explanadas de camiones y formas encubiertas como en bares, clubes nocturnos, whiskerías, prostíbulos, casas de masajes y domicilios particulares tanto de la persona explotada como del explotador.

Tal figura se define en La

Declaración y Agenda para la Acción del I Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial Infantil (ESCI) llevada a cabo en Estocolmo como: *"La explotación sexual comercial infantil es una violación fundamental de los derechos de la niñez. Abarca el abuso sexual por parte de un adulto y remuneración en dinero o en especie para el niño o la niña o para una Tercera persona o personas. El niño o la niña son tratados como objeto sexual y como mercancía"*.

En el párrafo 5 se especifica que la explotación sexual comercial de los niños constituye una forma de coerción y violencia contra los niños, que puede implicar el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud.

Declaración en la que se hace referencia a los actores de los referidos delitos, conocidos como "clientes", en el entendido de que cuando se entabla una relación sexual con una niña o adolescente a cambio de una remuneración se le está utilizando como mercancía sexual.

De esta forma se expresa en su párrafo 7 que los elementos criminales satisfacen la demanda del mercado del sexo creada por los clientes, especialmente hombres, que buscan la gratificación sexual ilegal con los niños. Esta puede implicar acciones de personas individuales, o la organización en

pequeña escala (familia y conocidos) -como en el caso de autos-, o en gran escala.

También se destaca en la declaración el daño que provocan tales conductas, perjuicios directamente vinculados a los bienes jurídicos que se protegen al penalizar las conductas, indicándose que puede tener consecuencias graves, duraderas de por vida e incluso mortales para el desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral y social de los niños, comprendiendo la amenaza de embarazo precoz, mortalidad materna, lesiones, retraso del desarrollo, discapacidades físicas y enfermedades de transmisión sexual, entre ellas el VIH/SIDA, concluyendo en su párrafo 9 en el derecho de todos los niños a disfrutar de una infancia y llevar una vida productiva, gratificante y digna se ve seriamente comprometida.

En suma, los instrumentos internacionales citados califican las distintas formas de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes como conductas vulneratorias de los derechos humanos, resultando irrelevante la circunstancia de que para ejecutar la conducta se hubiera contado o no con la colaboración de la víctima del delito.

Los tipos penales que sancionan las referidas conductas sexuales abusivas tutelan el bien jurídico integridad sexual de niños,

niñas y adolescentes.

En cuanto a la normativa vigente es de señalar que Uruguay posee una normativa variada que protege a las personas en el ejercicio de sus derechos. La ratificación de diversas Convenciones y Protocolos tanto a nivel de Naciones Unidas como de la Organización de Estados Americanos define a las mismas como derecho positivo por lo tanto vigente en nuestro país.

Desde el año 2004 en la Ley No. 17.815, haciendo efectiva la obligación establecida en el Protocolo Facultativo citado se establecieron los tipos penales referidos a actos vinculados a las diversas formas de explotación sexual comercial. Esta ley integra a la categoría de delincuente a todas aquellas personas que proveen el bien de intercambio para realizar actos sexuales con niñas, niños y adolescentes y además a quienes cooperan para la realización de los mismos.

En sus artículos tipifica la conducta de retribución o la promesa de retribución a una niña, niño o adolescente por actos sexuales; así como de contribución para la comisión de este delito. La fabricación o producción de material pornográfico en los que sean utilizados menores de edad o incapaces y las acciones de comerciar, difundir, exhibir, almacenar con

finde de distribución, importar, exportar, distribuir, ofertar o adquirir material pornográfico también son definidas como delitos.

Por su lado la Ley No. 18.250 del año 2008, en su artículo 78 establece el delito de trata de personas tomando los elementos básicos definidos por el Protocolo de Palermo (Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional).

Esta define al delito de trata como el reclutamiento, transporte, transferencia, acogida o el recibo de personas para el trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares, la servidumbre, la explotación sexual, la remoción y extracción de órganos o cualquier otra actividad que menoscabe la dignidad humana y constituye un agravante el que la víctima sea una persona menor de edad o discapacitada.

El contenido de la norma es de absoluta prohibición, a la luz de sus objetivos de prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niños.

La razón de ser de la disposición es proteger a niños, niñas y adolescentes

que son sujetos pasivos de las sugerencias o invitaciones o promesas de obtener favores sexuales o eróticos que, configuran por sí mismas un tipo de peligro abstracto.

La víctima se encuentra en una especial situación de vulnerabilidad merece una consideración especial y las eventuales dudas sobre su edad no pueden impedir las investigaciones (art. 8 N° 2 Protocolo Facultativo).

El interés superior de la víctima -art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, Protocolo facultativo art. 8 N° 3 y art. 6 del Código de la Niñez y la Adolescencia- comprende el derecho de no ser sometida a explotación sexual y a acciones o sugerencias que tiendan a inducirla en el ejercicio de la prostitución.

IV) En cuanto a la solución de fondo, si bien quienes conforman la voluntad en éste fallo coinciden en la procedencia de la revocatoria anunciada, a dicha solución se llega por fundamentos parcialmente diferentes, por lo que se desarrollarán los dos órdenes de razonamiento que, si bien no son excluyentes sino complementarios, enfatizan distintos aspectos de la situación analizada en autos.

Para el Sr. Ministro Dr. Ruibal y el redactor, Sr. Ministro Dr. Larrieux, como se

ha dicho por la Corporación en mayoría, con la integración actual, en casación penal se encuentra exiliada de estudio la materia fáctica que se da por acreditada en las instancias de mérito, por lo que a ella cabe remitirse "in totum". De todas formas, y sobre esa base inalterable, se demostrará el error de derecho padecido por la Sala en mayoría, por la que se decidió clausurar las actuaciones respecto de M..

El núcleo central de la argumentación empleada por la mayoría en la hostilizada se dirigió a sostener la existencia de un error de hecho (cfme. art. 22 del Código Penal), que enervaría la ilicitud del actuar del co-imputado M..

Respecto al error de hecho, se citará el análisis efectuado en discordia a Sentencia No. 461/2013 por el ex integrante de la Corporación Dr. Julio César Chalar, en la que sostuvo:

*"Según explica Langón: '(...) la Ley no refiere a esta situación expresamente, ni diferencia entre error vencible e invencible, pero del texto del artículo 22 del Código Penal puede extraerse la conclusión de que en estos casos se trata de un error de hecho que exime de pena (...)'* (Cfme. Langón Cuñarro, Ob. Cit., pág. 153)".

(...)

"Señala a su vez Luis

*Jiménez de Asúa en su tratado de Derecho Penal, en referencia a legítima defensa putativa: 'no se trata aquí de mantener una justificación que objetivamente no existe, sino de reconocer un error sobre los hechos que fundamenta la causa justificante si realmente éstos se hubieran dado'. Ejemplifica estos supuestos convocando la doctrina alemana, de la siguiente manera: 'Un hombre en un camino solitario y en noche oscura, mata a quien se acerca a él con el perentorio afán de saber si se ha extraviado, y a quien el miedo de hallarse perdido le da aire de agresor' (Tratado de Derecho Penal, Tomo VI, pág. 706)..."*

*"Y continúa: 'En el caso ejemplificado, es obvio que no habrá causa de justificación, porque la antijuridicidad es de índole objetiva; pero tampoco existirá responsabilidad para el que así obra, porque se halla en error esencial y, por ende, inculpable' (Ob. Cit., pág. 707)..."*

*(...)*

*"El error invencible es aquel que excluye tanto el dolo como la culpa (cfme. Langón Cuñarro, ob. cit., pág. 152) y ha de versar sobre las circunstancias constitutivas del delito. O bien, como enseña Jiménez de Asúa citando jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones de Dolores, '**la inculpabilidad del error (o más bien dicho, su 'invencibilidad')**', ha de*

*proceder de las bases fácticas mismas, en que descansa la pretendida eximente (...) y (...) en la 'creencia razonable y sincera', fundada en circunstancias objetivas que dieran explicación a la existencia de un error de hecho no imputable, en el acusado' (ob. cit., pág. 727)" (destacado no original).*

Trasladando los conceptos vertidos en la referida discordia al caso en estudio, con las naturales adecuaciones, no puede compartirse la posición de la Sala en mayoría ya que, en virtud de la inalterable plataforma fáctica, la subsunción jurídica de ésta en la eximente de responsabilidad prevista en el art. 22 del C.P. resulta incorrecta.

En primer lugar, cabe señalar que el art. 22 del Código Penal establece una verdadera causa de justificación a la conducta del sujeto que erra, en un caso concreto, en cuanto la verificación de las circunstancias constitutivas del delito, las que sólo serán perseguibles penalmente si se prevé la responsabilidad culpable de la misma conducta. Más allá de la deficiencia de redacción técnica de la norma, que habla de que verificado el error de hecho lo que se enerva es la pena, no parece estar consagrando una causal de impunidad, en la que efectivamente debería continuarse la investigación de la antijuridicidad que provoca el delito, para imputar la conducta al

responsable (como ocurre, por ejemplo, en la hipótesis de la pasión provocada por el adulterio, art. 36 del Código Penal), ya que la misma norma establece que si los hechos dan lugar a la imputación a título de culpa, ésta no se ve relevada. Es decir, resulta claro que la norma apunta a una causa de justificación por inexistencia de dolo que, por tanto, impide la continuación del proceso respecto al presunto responsable.

Es decir, para que se de la existencia de error de hecho como causa de justificación es relevante la inexistencia de dolo, no así de culpa, por lo que el estudio de dicho error se centra en la no verificación de una conducta dolosa, es decir, a conciencia de la antijuridicidad y, por el contrario, en la existencia de una conducta que en cabeza de su autor no significó, en ningún momento, la posibilidad de ser constitutiva de un hecho considerado supuesto fáctico de un delito.

Es una cuestión bien distinta al error de derecho, que no exime de responsabilidad por el desconocimiento de la norma. El error de hecho se estructura sobre la base del concepto "obstáculo insalvable", es decir, aquel que significó para el sujeto una determinada situación fáctica que se le representó y que, por sus especiales características,

no le permitió advertir que el desarrollo de su conducta implicaba la comisión de un delito (aunque si se tratara de ilícito a título de culpa, como bien lo dice el art. 22 del C.P., sería igualmente responsable).

En el caso que nos ocupa, la figura delictiva investigada no prevé tipo culpable, por lo que habrá que analizar si la subsunción jurídica efectuada por la Sala en la causa de justificación del art. 22 del C.P. resultó ajustada a las exigencias que vienen de anotarse.

Ahora bien, despejados estos conceptos, se estima que la Sala incurrió en una errónea subsunción jurídica de la plataforma fáctica dada por acreditada en primera instancia, ya que no se dieron las exigentes notas requeridas por la eximente de responsabilidad prevista en el art. 22 del Código Penal.

En efecto, y como se anotara en la cita jurisprudencial efectuada "supra", para que el error de hecho constituya causa de justificación debe, dadas las circunstancias fácticas, implicar para el sujeto un obstáculo insalvable que le signifique, razonable y sinceramente, la imposibilidad de advertir que el desarrollo de su conducta implicaba la comisión de un delito.

Sobre esta base conceptual, cabe destacar la primera parte de la declaración

de M. en sede judicial, cuando en audiencia a fs. 186 contestó a la pregunta de con qué intenciones le presentaron a "t." (la menor): *"Con la intención clara de tener relaciones sexuales con ella. Lo que a mí me sorprendió fue que me pareció demasiado joven y yo le pregunté la edad y si era mayor de edad, me contestó afirmativamente y dijo que incluso tenía una niña"*.

Resulta evidente que el imputado tuvo dudas respecto de la edad de la menor y, sobre esta base, la característica esencial del error de hecho, es decir, la presencia de circunstancias fácticas insalvables (insuperables) para el autor, no se habría dado. En efecto, la presencia de duda debe provocar en la psiquis del sujeto una advertencia de que su accionar puede ser contrario a derecho, máxime tratándose de mantener relaciones sexuales con persona posiblemente menor de edad.

No le significaba un obstáculo insuperable a M. exigirle a la menor, ante la duda que lo abordó, alguna forma de corroborar su mayoría de edad. No obstante, y sin despejar tan importante incertidumbre, nada más ni nada menos que el error de hecho que luego alegó, prosiguió con su designio de mantener relaciones sexuales a cambio de retribución, lo que encarta claramente en una hipótesis de dolo eventual respecto de la particular figura

delictiva. Además, el contexto en el que conoció a la menor, por intermedio de una persona que se la ofreció para mantener relaciones sexuales, determina una clara situación de vulnerabilidad de la persona que ejerce la prostitución, ya que ni siquiera estaría desarrollando su sistema de sustento por sus propios medios y con total independencia, circunstancia que podría sí conducir a una legítima confusión en un potencial cliente respecto a una mayoría de edad para el ejercicio de la prostitución (caso del cliente que contrata servicios de una meretriz en la vía pública).

Todo lo contrario, ante la alegada duda de M. éste resolvió pasar todo un día con la menor, con quien almorzó, le compró ropa, un teléfono celular, la invitó a cenar y, finalmente, mantuvo relaciones sexuales. Parece poco creíble que en todo ese tiempo el imputado no haya advertido que estaba frente a una menor de edad. Por la magnitud de las diferencias existentes entre la víctima y el procesado, así como el tiempo que compartieron juntos, así como los contactos posteriores, M. debió percibir del vocabulario, intereses y actitudes de la joven, como lo sostiene el Ministerio Público en su recurrencia, que no se estaba relacionando con una mujer adulta (fs. 376).

Por tanto, y existiendo dolo eventual, no puede sostenerse la verificación de la

causa de justificación radicada en el error de hecho consagrado en el art. 22 del Código Penal.

En suma, el razonamiento empleado por la Sala desconoció flagrantemente el derecho penal sustantivo vigente, e incurrió en error de derecho, al no considerar penalmente relevantes los hechos, cuya tipicidad se ajusta plenamente en la figura del delito previsto en el art. 4 de la Ley No. 17.815.

En virtud de los errores de derecho constatados en la impugnada es que corresponde la casación en los términos anunciados.

V) El Sr. Ministro Dr. Pérez Manrique, si bien comparte la existencia de errores de derecho en los que habría incurrido la Sala, entiende corresponde efectuar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, y respecto de la norma contenida en el art. 125 del C.P.P., entiende deben efectuarse las siguientes precisiones:

a.- Ingresando al análisis del caso de autos, en cuanto al error planteado por la recurrencia con relación a la aplicación del art. 125 del Código de Proceso Penal se entiende que le asiste razón al representante del Ministerio Público.

Ello por cuanto la referida norma establece que: *"El auto de procesamiento*

*será fundado; considerará los hechos atribuidos y establecerá su calificación delictual, con referencia expresa de las disposiciones legales.*

*Para decretar el procesamiento es necesario:*

*A) Que conste la existencia de un hecho delictivo;*

*B) Que haya elementos de convicción suficientes para juzgar que el imputado tuvo participación en el delito".*

No obstante ser cierto que (como señala la recurrencia) tales extremos son los que debió valorar el Tribunal en esta instancia procesal, la decisión de si se sigue o no el procedimiento, a criterio del citado Ministro existen elementos probatorios suficientes en esta etapa para mantener la investigación de los hechos y la sujeción procesal del indagado.

Como señala Cardinal al analizar el auto de procesamiento y el plenario: *"La primera cuestión a tratar es la relativa a determinadas consecuencias que son propias del auto de procesamiento, y que resultan relevantes en cuanto al análisis del caso".*

*"Así, ha de estudiarse cuál es la función o ratio del mismo, en un sistema*

*democrático y respetuoso de los derechos inherentes a la persona humana, que ha elegido, por opción constitucionalmente expresa, el sistema acusatorio, en claro desarrollo del principio de 'nemo iudicatus sine actio'*" (Cfme. autor citado "Reflexiones acerca de la función y utilidad del auto de procesamiento con respecto del objeto del proceso, su trascendencia en el principio '*ne bis in idem*', y la clausura del trámite por desaparición del ilícito penal que lo sustenta" en Revista de Derecho Penal No. 20, págs. 446 y ss.).

En Pronunciamiento No. 1.170/2011 la Corte sostuvo: "*Como bien lo señaló el Sr. Fiscal de Corte, citando a Vélez Mariconde, '... cuando un juez dispone un procesamiento no emite más que un juicio de probabilidad acerca de los extremos fácticos y jurídicos de la misma impugnación, vale decir, de acuerdo a las previsiones de la moderna legislación declara que hay elementos de convicción suficientes para juzgar (en ese momento y provisoriamente) que se ha cometido un hecho delictuoso y que el imputado es culpable como partícipe del mismo'*."

*'El contenido lógico de esta declaración jurisdiccional, como decimos, no es más ni menos que un juicio de probabilidad donde los elementos afirmativos deben ser francamente superiores a los negativos, de modo que ya no baste una simple*

*imputación, o sea, que puedan ser ciertos, ni es suficiente la duda acerca de la existencia de ello, como no es preciso tampoco que el juez haya adquirido certeza de que el delito existe y que el imputado es culpable, por abrigar creencia firme que está en posesión de la verdad'.*

*'La duda sobre cualquier extremo de la impugnación, pues, no autoriza el procesamiento sino que obliga a declarar la falta de mérito para dictarlo. No cabe pensar, por consiguiente, que el principio in dubbio pro reo funciona también aquí desde que el procesamiento sólo puede dictarse cuando es probable la existencia del hecho y la culpabilidad del imputado. La misma Ley excluye la duda...'* (Derecho Procesal Penal, T. II, págs. 438-439)".

Para concluir: "...De conformidad a lo señalado, la Corte considera errónea la premisa conceptual sustentada por el Tribunal en el pronunciamiento impugnado, dado que tiende a confundir la sujeción jurídica de los encausados derivada del auto de procesamiento, que no causa estado, con el proceso penal en sí, en cuyo devenir, aquella imputación inicial puede confirmarse, modificarse o descartarse por disponibilidad de la acción pública, atento a los elementos que surjan en el transcurso del proceso...".

En definitiva, la tipifi-

cación penal de los hechos que se atribuyen y el grado de participación delictual son propios de la etapa de conocimiento en este proceso penal.

En consecuencia, entiende que se ha cometido infracción al art. 125 del C.P.P., por cuanto se ha valorado la situación de autos como si se tratara de una sentencia de condena.

b.- En cuanto al tipo delictual, el Sr. Ministro Dr. Pérez Manrique entiende que el de autos es ni más ni menos que un caso de explotación sexual infantil.

El art. 4 de la Ley No. 17.815 establece: "*Retribución o promesa de retribución a personas menores de edad o incapaces para que ejecuten actos sexuales o eróticos de cualquier tipo*).- *El que pagare o prometiére pagar o dar a cambio una ventaja económica o de otra naturaleza a persona menor de edad o incapaz de cualquier sexo, para que ejecute actos sexuales o eróticos de cualquier tipo, será castigado con pena de dos a doce años de penitenciaría*".

Disposición que es comentada por Langón en los siguientes términos: "*El mensaje de la ley, con todo lo criticable que es, no deja de ser explícito: si pagas o prometes pagar (o dar una ventaja cualquiera, económica o no), a un menor o a un incapaz, para que ejecute cualquier acto de tipo erótico, por ese*

*solo hecho serás sancionado con penitenciaría, irás a prisión preventiva y no será posible que se otorgue la libertad provisional, por lo que quedarás privado de libertad, hasta que cumplas la condena, salvo situaciones excepcionales (gracia de la Suprema Corte, etc.)"* (Código Penal anotado, pág. 617).

Indicando más adelante:

*"Este artículo condena claramente la prostitución de menores (niños y adolescentes), de forma y modo que si bien no existe violación ni atentado violento al pudor, respecto del que mantiene relaciones sexuales (conjunción carnal o actos obscenos), con menores de quince años y mayores de doce, que hayan prestado su consentimiento para ello, si esa volición se obtiene pacto-precio, es decir por dinero o ventajas, se pune por eso mismo conforme a esta norma especial deviniendo un crimen".*

Para concluir: *"Es una figura de peligro abstracto, de mera conducta, que no requiere la consecución de ningún acto por parte del menor o del incapaz, que no admite tentativa y lleva, no obstante todo ello, una pena gravísima".*

Trasladando tales conceptos al caso de autos, se advierte que el indagado M. mediante su accionar obtuvo prestaciones sexuales de T. aunque la consumación de la misma no es un elemento

configurante del tipo penal.

M. indujo mediante su accionar, en un proceso de dádivas y, seguramente cierto deslumbramiento, a que la adolescente aceptara su propuesta.

Esas maniobras en sí mismas son objeto del reproche penal en el tipo de autos.

En consecuencia, las consideraciones relativas a la prueba de la existencia de relaciones sexuales entre el indagado y T. C., constituyen una exigencia ajena al tipo penal por el que se inició el proceso, lo que implica una vulneración del art. 4 de la Ley No. 17.815.

En cuanto al error de hecho, debe ser esencial e invencible. Como señala Langón: "*Sólo el error esencial (sobre los elementos constitutivos del tipo), e invencible exime de pena*" (autor en ob. Cit., Tomo I, pág. 151).

La cuestión de autos es si el presunto error cometido por el encausado fue esencial e invencible.

Con la necesaria provisoriedad que debe tener un pronunciamiento sobre un auto de procesamiento, corresponde señalar que *prima facie* se advierte y así resulta de autos que M. dudó sobre la

edad de T., le pareció muy niña, le preguntó la edad y ella le dijo que era mayor y que tenía un hijo.

No obstante la duda inicial, M. igualmente siguió adelante con su designio, como resulta de la discordia del Sr. Ministro Dr. Tapié.

La eventual configuración de la existencia de la causal del art. 22 corresponde se determine en el curso del proceso y no habilita en esta etapa procesal para declarar la absolución como lo hiciera el Tribunal.

El indagado se representó la hipótesis de estar frente a una persona menor de 18 años, pero igualmente siguió adelante, no queda claro qué hubiera hecho de conocer la edad real.

Sobre el punto y la imputación prima facie a título de dolo eventual comparte el Sr. Ministro Dr. Pérez Manrique las afirmaciones de los Sres. Ministros Dres. Ruibal y Larrieux.

El Prof. Joseph M<sup>a</sup> Tamarit Sumalla se plantea la conducta del cliente en casos de prostitución infantil según la ley española y la posible inducción en error generada por manifestaciones de la víctima y en el plano de la justificación de la conducta de este cliente, lo rechaza con los siguientes argumentos: *"...Desde el punto de vista dogmático, no*

*cabría deducir consecuencias de la inducción del error por parte de la víctima (...), en el sentido de una hipotética 'pérdida de protección' en términos victimodogmáticos, pues al ser la víctima menor de edad la negación de la responsabilidad del autor basada en la afirmación de una responsabilidad de la víctima sería contradictoria con el sentido de la prohibición radicado precisamente en la tutela del menor" (cf. autor citado en "Derecho Proceso Penal", pág. 99).*

Trasladando tales conceptos al caso de autos, en cuanto al sujeto pasivo como requisito del tipo penal, resulta de la probanza obrante en autos que al momento de los hechos la adolescente contaba con 15 años de edad. Segundo, es contradictorio con la configuración de la protección penal a dicha categoría de personas, admitir lisa y llanamente su habilidad o destreza para "engañar" al cliente. Ello haría imposible la persecución de la conducta.

Se comparten, al efecto, las consideraciones efectuadas por parte del Sr. Ministro discorde cuando analiza las características del imputado y de la víctima y sus conclusiones en cuanto a que la sola circunstancia de que la adolescente verbalizara que era mayor de edad no puede constituirse en una causa eximente de responsabilidad.

Así, señala: "...el

prevenido no incurrió en un falso juicio sobre el elemento esencial del delito de marras, es decir cuál era la edad de la víctima".

"En efecto, M., se trata de un empresario, de 75 años de edad, con vasta experiencia en el negocio de 'Hotelería' con un título académico de Profesor de Antropología, que se contacta con su amiga S. F. y ésta le presenta a la adolescente T. para tener relaciones sexuales. El procesado está todo el día con la menor, almuerzan juntos, van al Shopping y le compra ropa, championes y un celular, luego cenan, mantienen relaciones sexuales, y al otro día se despiden y luego comienzan los giros de dinero en beneficio de la menor...", para concluir: "No estamos frente a un breve y efímero encuentro sexual entre un hombre y una prostituta, como suele ocurrir casi siempre y frente a un error inculpable".

En función de ello la afirmación de la Sala evidencia una errónea aplicación del art. 22 del Código Penal, por lo que también corresponde hacer lugar a la casación en este aspecto.

VI) La conducta procesal desplegada por las partes ha sido correcta, correspondiendo las costas de oficio.

Por tales fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, por quórum legal,

**FALLA:**

REVÓCASE LA IMPUGNADA Y, EN SU LUGAR, CONFÍRMASE EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO DICTADO EN PRIMERA INSTANCIA RESPECTO DEL CO-IMPUTADO P. J. M. F..

LAS COSTAS SERÁN DE OFICIO.

OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

**DR. JORGE RUIBAL PINO**  
MINISTRO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA

**DR. JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ**  
MINISTRO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA

**DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE**  
MINISTRO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA

**DR. FERNANDO TOVAGLIARE ROMERO**  
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA