

//tencia N° 377

Min. Red.: Dr. Alberto Reyes Oehninger

Montevideo, 24 de noviembre de 2017

### **VISTOS**

para interlocutoria de segunda instancia en estos autos: **“Z. A., A. M.. RETRIBUCIÓN A PERSONAS MENORES DE EDAD O INCAPACES PARA QUE EJECUTEN ACTOS SEXUALES O ERÓTICOS DE CUALQUIER TIPO” (IUE 288-852/2017)**; venidos del Jdo. Ltdo. de Primera Instancia de Maldonado 2º T., en virtud del recurso interpuesto por la Defensa contra la Res. 4132/2016, dictada por la Dra. Adriana Morosini, con intervención de la Sra. Fiscal Ltdo. Departamental de 2º T. Dra. Sabrina Flores.

### **RESULTANDO**

**I)** Por la decisión referida (fs. 51/54) a pedido del M. Público (fs. 47/48), se procesó con prisión a A. M. Z. A. (oriental, soltero, 21 años, changas, sin antecedentes) bajo la imputación registrada en la carátula.

**II)** Se reputó provisionalmente probado, que el 7 de abril de 2016, Z. contactó vía Messenger con el perfil de V. C., de 13 años, quien a ese momento vivía frente al domicilio del

encausado. Éste inició la conversación diciendo: "*Hoolaaa. Tengo Plata x un rrato cn vs*" "*¿cuánto me cobras? Completo?*". Luego le envió fotos de un pene que dijo haber bajado de internet, y continuó con ofertas de índole sexual.

La madre de la adolescente controlaba la cuenta de su hija, y fue quien primero advirtió los mensajes recibidos; continuó la conversación haciéndose pasar por V.. De tal manera pactó un encuentro con el encausado en la plaza del Barrio Norte de Maldonado, pero Z. no concurrió.

**III)** Al interponer Reposición y Apelación (fs. 58/62), la Defensa privada (Dr. Rafael Barba), sostuvo: a) su defendido nunca entabló conversación con la menor, sino con su madre, siendo un diálogo entre dos personas mayores de edad. Es así, que la madre de V. ante el supuesto ofrecimiento de dinero, le siguió el juego. Cuando la menor regresó del liceo, sin darla mayores detalles, la enviaron a la plaza referida seguida por tres mayores -la pareja de su madre, un amigo y un vecino- con el fin de hacer justicia por su propia mano, para lo cual simulaban los indicios de un delito; b) Z., con su conducta -reprochable desde el punto de vista moral- no atacó, lesionó ni menoscabó la protección legal que tutela la Ley 17.815 ya que su conversación no fue con la menor. No existe adecuación típica y no se violentó el bien jurídico tutelado. La imputación carece de nexo causal, se utilizó un medio no idóneo para sus propósitos y el mensaje no fue recibido por la adolescente.

**IV)** Al evacuar el traslado de los recursos (fs. 68/75), el M.

Público abogó por el rechazo de los mismos. Contestó: a) los agravios formulados por la Defensa deben ser resueltos en la sentencia definitiva; b) la cuenta de Facebook a la que se comunicó el encausado pertenece a la adolescente V. C. y Z. conocía dicho extremo, así como la edad de la víctima, porque fueron vecinos por tiempo. El delito previsto en el art. 4 de la Ley 17.815 se consuma con la sola propuesta o promesa, que no se haya podido ejecutar por la intervención de la madre de la menor es indiferente a la norma penal, la conducta típica ya se desarrolló porque estamos en presencia de un delito de peligro abstracto; c) el bien jurídico tutelado se orienta hacia la libertad sexual, definida en forma amplia y protegiendo especialmente a menores e incapaces. Por dicho motivo, entiende que la sola propuesta efectuada en el perfil de Facebook de V. C., daña el bien jurídico tutelado; d) el medio empleado fue idóneo, el mensaje llegó a destino, provocando incluso temor en la víctima quien siempre salía de su domicilio acompañada. Como se expresó, al ser un delito de peligro, el mismo se configuró con la sola propuesta de pago a cambio de sexo; e) en cuanto a la posibilidad de atribuir responsabilidad por el delito de Justicia por la propia mano e Instigación a delinquir, es al M. Público como titular de la acción penal, quién debe valorar si corresponde una investigación.

**V)** Por Res. N° 1482/2017 (fs. 79/82), la *A quo* mantuvo la recurrida y ordenó franquear la Alzada, donde se citó para sentencia, la que previo estudio por su orden, fue acordada.

## CONSIDERANDO

I) La Sala confirmará la recurrida por entender que no existe motivo para clausurar el sumario como se pretende.

II) Bien señala la *A quo* al rechazar el recurso de Reposición, el encausado admitió conocer a la adolescente porque era su vecina, sabía que era casi una niña, y fue a ella a quien ofreció dinero para tener relaciones sexuales. Al efecto, se valió de un perfil de Facebook que no tenía su nombre creado para conversaciones con V. y otras “mujeres”.

III) El delito legislado en el art. 4º de la ley No. 17.815 castiga penalmente a quien “*pagare o **prometiere** 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...*”.

En tal sentido, se comparte el enfoque de la Sala de 3er. Turno (Sent. 713/2009) cuanto declara que de acuerdo con los antecedentes legislativos que lo inspiran (Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, ratificada por la Ley 16.137; Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía aprobado por Ley No. 17.559, Lackner, RDP No. 16, p. 451 y ss.), el maleficio “... describe una acción típica consistente en obtener del paciente determinada conducta en forma voluntaria a través de una promesa de retribución o con la retribución misma y, su

razón de ser, no es otra que castigar toda forma que implique estimular a menores o incapaces a realizar los actos típicos mediante el ofrecimiento de beneficios materiales, lo cual no implica otra cosa que castigar a aquel agente que pretenda favorecer una suerte de prostitución precoz ...”.

Por ende, como se razona en dicho fallo, con cita del autor referido supra: “...es lógico que el art. 4to. refiere a la prostitución infantil, tal como es definida en el literal b del art. 2 del citado protocolo <por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de cualquier retribución o remuneración>, siendo evidente que **la normativa pretende penalizar al sujeto que en el marco descripto realiza el ofrecimiento...**”.

IV) La norma pretende ser un dique de contención contra la prostitución de menores: “*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” (SCJ, Sent. 580/2015).*

La mera propuesta efectuada al perfil de Facebook de la adolescente (no al de su madre), configuró el delito imputado, porque si bien la interceptó una persona adulta, fue dirigida a una menor de edad, a la que luego llegó efectivamente, sin importar que haya sido previamente interferida, ni que los responsables de la adolescente hayan tendido una trampa al imputado, para eventual conducta ilícita que no concretaron.

En suma, *prima facie* se estime legítimo el reproche.

**POR CUYOS FUNDAMENTOS**, y lo previsto en arts. 125,  
126, 252 y cc. CPP, **EL TRIBUNAL**

RESUELVE:

**CONFÍRMASE LA RECURRIDA.**

**NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.**

**Dr. Sergio Torres Collazo**  
**Ministro**

**Dr. Alberto Reyes Oehninger**  
**Ministro**

**Dra. Graciela Gatti Santana**  
**Ministra**

**Dra. Maria Rosario Abalde**  
**Secretaria**