

## Delito De Corrupcion De Menores Prueba

JURISPRUDENCIA

Delito de corrupción de menores. Prueba Se revoca la sentencia que confirmó el sobreseimiento del encartado por el delito de corrupción de menores, pues no se completaron ni realizaron prácticas de prueba esenciales en las instancias inferiores. Santiago del Estero, 26 de octubre de 2016. El Dr. Herrera dijo: Para emitir pronunciamiento en los autos de marras. I) Que a fs. 126/133, la querellante de autos interpone recurso extraordinario de casación en contra de la resolución de fs. 113/116 dictada por la Cámara de Apelación y Control en lo Penal, por la cual dispuso rechazar el recurso de apelación incoado en contra del decisorio de la Jueza de Instrucción en lo Criminal y Correccional de 1ª Nominación (fs. 89), y en consecuencia confirmar el sobreseimiento total y definitivo de E. F. P. II) El impugnante articula recurso de casación motivado en errónea aplicación del derecho (art. 483, inc. 1º, C.P.P.), solicitando se revoque la decisión adoptada por el Tribunal a quo, y en su mérito se disponga invalidar el sobreseimiento total y definitivo del denunciado, mandando continuar la instrucción del sumario. Sostiene la recurrente que de la sola lectura del razonamiento del fallo en crisis surge que el mismo importa una errónea aplicación del derecho, toda vez que encierra una interpretación arbitraria de los medios de prueba, derivados de una inapropiada aplicación del criterio legal de valoración, inobservando reglas elementales de la lógica, la psicología y de la experiencia, alterando de ese modo la congruente relación que inexcusablemente debe haber entre las premisas establecidas y la conclusión a que arriba. Añade que el tribunal a quo sustenta su fallo en una antojadiza valoración de la prueba, suponiendo cuestiones muy delicadas como la que una niña no ha sufrido secuelas que la puedan desviar de la recta y normal sexualidad, constituyendo un razonamiento alejado del método de la libre convicción y sana crítica racional, ya que dicho método de interpretación de la prueba en modo alguno equivale a la discrecionalidad absoluta del juzgador en el sentido de que pueda sustituir la prueba por conjeturas o por su mera opinión. Señala que el grado de convicción necesario para dictar el auto de sobreseimiento, consiste en brindar al juzgador una certeza negativa respecto a la causal que sustenta dicho auto, argumento que considera no ha sido objeto de tratamiento por el a quo. III) A fs. 142/143 corre agregado dictamen del Ministerio Público Fiscal, opinando que debe hacerse lugar al recurso impetrado, dando continuidad a la investigación de la presente causa, produciendo prueba pendiente y aquella que se considere esencial para el esclarecimiento de la presente causa. Luego de exponer una serie de consideraciones en orden a medidas de prueba, concluye que resulta prematuro el dictado de sobreseimiento ya que no se puede hablar de una certeza absoluta en términos negativos, pues de así proceder se impediría que posteriormente se renueve la investigación por estos hechos denunciados. IV) En el juicio de admisibilidad formal que corresponde realizar en cumplimiento de lo dispuesto por el Art. 491 del C.P.P., cuyo alcance ha sido expuesto por éste Superior Tribunal con fecha 03/02/2015 en el considerando IV de resolución Serie B N° 03 ?Expte. N° 17.994 - Año 2013 - ?Querella promovida por el Dr. L. A. G. O. c. J. de D. N. S. s.d. Calumnias e injurias - Casación criminal?, resulta procedente el tratamiento del recurso extraordinario de casación, en tanto el impugnante cuestiona la sentencia que confirmó el archivo de la denuncia formulada por la querella por inexistencia de delito y el sobreseimiento definitivo del denunciado, resolución cuyos efectos en el legajo son definitivos, alegándose existencia de arbitrariedad en el decisorio cuestionado, circunstancias que permiten entender satisfechos los recaudos formales establecidos en los Arts. 483, 486, 487 y 488 del C.P.P.- V.1) En examen el agravio dirigido en contra del pronunciamiento del tribunal a quo de confirmar la decisión jurisdiccional de proceder al archivo de la investigación desarrollada a partir de la denuncia formulada por la querellante, en el entendimiento que del mérito de las probanzas incorporadas, más la producción de las pendientes, se arriba sin hesitación a la calificación prevista por el art. 125 del C.P., esto es corrupción de menores, constituyendo el razonamiento expresado una violación a las reglas de la sana crítica racional. En relación al punto en análisis, el argumento esgrimido por el casacionista no logra superar la fundamentación autónoma que exige la vía extraordinaria que ha promovido, pues en definitiva se basa en tópicos fácticos que han sido objeto de amplio control y debate en instancia de impugnación ordinaria, no aportando, desde su crítica al fallo cuya revocación peticiona, argumentos superadores de la operación intelectual desarrollada por el a quo para adoptar la decisión recurrida. Por el contrario, el proceso de formación de la sentencia se sostiene en un juicio de valor racional por el cual se puede seguir el curso del razonamiento adoptado para concluir confirmando la atipicidad de la conducta cuya imputación es requerida por la querellante. Frente a ello, debió la casacionista demostrar puntualmente cuáles fueron las falencias en la lógica del razonamiento expresado en la sentencia, y no limitarse a describir los hechos ya debatidos otorgándole una conclusión distinta a la adoptada por el tribunal. En el sentido expuesto, y con arreglo a los preceptos legales que gobiernan la ponderación de las probanzas, la sentencia cuestionada ha cumplido con el requisito retórico que garantiza el derecho de la impugnante a un examen integral de las críticas a la sentencia recurrida, dando una adecuada valoración a los elementos fácticos incorporados al legajo por la denunciante como

presupuestos de hecho que acreditan la figura penal exigida. En efecto, el art. 125 del C.P. (promoción y facilitación de la corrupción de menores) tiene como bien jurídico protegido el derecho de los individuos a la normalidad de su trato sexual, esto es, a realizarlo al margen de cualquier tipo de desviación sexual. Aclarando el alcance del concepto de bien jurídico protegido por el tipo penal requerido, Donna sostiene que a partir de la reforma que en materia de delitos contra la integridad sexual ha introducido al Código Penal por Ley N° 25.087 "...se tiende a dar una mayor protección al derecho de toda persona humana a elegir qué conducta sexual tendrá en su vida, sin que el Estado pueda dar una indicación sobre cuál es la normalidad sexual, ya que de acuerdo al artículo 19 de la Constitución Nacional que tutela la autonomía ética del hombre, la decisión sobre este punto queda en manos de cada individuo. Se trata entonces (...) de analizar conductas que van en contra de esa decisión autónoma...?", y para el específico caso de menores e incapaces "es el derecho de no sufrir interferencias por parte de terceros en cuanto a su bienestar psíquico y a su normal y adecuado proceso de formación sexual? (Edgardo Donna, "Delitos contra la integridad sexual?", Rubinzal-Culzoni, Ediciones, segunda edición actualizada, pág. 131). La cuestión problemática que presenta este tipo penal es la referente a cuales deben considerarse actos corruptores con la entidad requerida para afectar el bien jurídico protegido, es decir que alteran el desarrollo de la sexualidad en niñas y niños. Con matices, a veces no coincidentes, en doctrina se ha señalado que deben tratarse de actos que implican una intromisión prematura, abusiva y por tanto ilegítima de un adulto en la esfera de desarrollo sexual de un menor, actos que pueden tener contenido material o presentarse como acciones de pura significación intelectual, pero siempre debe tratarse de acciones con contenido sexual que producen una alteración en la psiquis de la víctima de efecto deformante o perverso con relación a la sexualidad natural. Así, Soler sostiene que se tratan de actos que inculcan hábitos depravados o cuando se actúa en forma prematura, y que tiene un sentido psicológico y moral, de manera que se dice corruptora la acción que deja una huella profunda en el psiquismo de la víctima, torciendo el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad (cfr. Soler, Sebastián; "Derecho Penal Argentino?", Tomo III, Tipográfica Editora Argentina (TEA), Bs. As., 1976, 3ª reimpresión total, págs. 304/305); para Fontán Balestra se trata de crear el vicio de prácticas sexuales depravadas puramente lujuriosas, agregando que esos actos deben tener alcance psicológico ya que la corrupción no es un hecho, sino una alteración o modificación psíquica que incide en los sentimientos e instintos sexuales de una persona (cfr. Fontán Balestra, "Derecho Penal - Parte especial?", Abeledo Perrot, Bs. As., 2008, págs. 252/254); Por su parte, Núñez explica que la corrupción es la depravación de los modos de la conducta sexual en sí misma y que "el modo del acto sexual se puede depravar volviéndose perverso en sí mismo, o en su ejecución; o volviéndose prematuro por su práctica lujuriosa habitual precoz, despertada antes de lo que es natural; o, finalmente, volviéndose excesivo por expresar una lujuria extraordinaria? (cfr. Núñez, Ricardo C.; "Derecho Penal Argentino? Tomo IV, Editorial Bibliográfica Argentina - Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1964, págs. 342/343). En el caso concreto, se coincide con el razonamiento que derivara en la confirmación de la atipicidad de conducta resuelta por el Tribunal a quo, toda vez que los elementos aportados al legajo no constituyen medios corruptores con entidad para causar el efecto psicológico o la modificación psíquica requerida en la figura típica denunciada. Aún cuando el denunciado pueda ser objeto de crítica en orden a su proceder ético o moralmente edificante por alguna de las acciones desplegadas, la forma de conducirse de los padres en relación a sus hijos configura un ámbito de privacidad que no puede ser reducido a una ecuación normalidad-anormalidad para de ello derivar la tipicidad de la acción. Lo afirmado se refuerza con la propia declaración de la supuesta víctima quien en su relato puede objetivar la conducta de su padre, dejando traslucir molestia o enojo por algunos aspectos del proceder de éste, que permite inferir que posee un claro sentido de aquello que su comprensión de las cosas considera "bueno? o "malo? como forma de conducirse, pero que no materializa como un quehacer aberrante, repulsivo, que condicione o predisponga su sentido sexual en forma determinante (ver fs. 63). También es de señalar que, para confirmar la atipicidad, el a quo ha efectuado la valoración de la conducta denunciada en el contexto socio-cultural en que se despliega, lo cual complementa la logicidad del razonamiento en examen, pues como se afirma en jurisprudencia "...todos los delitos que se edifican sobre conceptos sociales o culturales, sufren el impacto de la transformación del significado que tales entidades del lenguaje sufren con el correr de los años. El concepto de honestidad no era el mismo cuando el Código Penal comenzó a regir en 1921 que al momento de ser cambiado el título III del Código penal por ley 25.087 en mayo de 1999. También, cuando una ley cambia totalmente el concepto de orden público en torno a una institución, como ha ocurrido con la del matrimonio, en que a partir de la ley 26.618 se admite que tenga lugar entre personas del mismo sexo. Y este último acontecer ha incidido fuertemente, y esto vale para el caso, en el concepto de corrupción, puesto que los exponentes típicos, desde los penalistas medievales hasta entrado el siglo XX, fincaban en la sodomía, la iniciación de los menores en las relaciones con el mismo sexo, hoy alternativas de diversidad que, incluso, pueden concretarse en uniones con efectos legales? (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala I, 15/03/2011, "A., F. D. s/ Recurso de Casación, causa N° 18.560). V.2) Que por imperativo de los principios de legalidad y reserva que dimanen de nuestra Constitución Nacional (arts. 18 y 19) y de los Tratados Internacionales a ella incorporadas (art. 9, CADH; arts. 9 y 15.1 PIDCP), sólo puede considerarse como típica aquella conducta que realice el comportamiento prohibido descrito en el catálogo del código

penal sancionado por el legislador. Así, el tipo penal actúa como filtro para impedir que sean sancionadas penalmente acciones que, aun cuando puedan considerarse como contrarias a la ética o la moral, el legislador las considera inofensivas penalmente, poniendo límite al poder punitivo estatal. En consecuencia, el límite al poder punitivo se asienta en el principio de lesividad, que implica que para que haya delito debe existir un bien jurídico lesionado, exigencia definitiva de un derecho de carácter personalista (un instrumento al servicio de la persona) y que constituye la garantía básica de nuestro sistema constitucional de derecho. Afirma Zaffaroni que el art. 19 C.N. proclama que no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos: "mientras no hay una lesión no hay un conflicto; mientras no hay un conflicto no puede haber delito y, por ende, sería absurdo que el poder punitivo pretenda entrometerse", concluyendo que "... por ser el derecho argentino personalista, debe respetar y garantizar al ámbito moral de todas las personas, lo que implica que no puede imponer una moral sino garantizar el espacio para el mérito moral. El derecho personalista garantiza un espacio de libertad para que la persona elija comportarse conforme o contra lo que su conciencia le indica y, con ello, actúe con mérito o demérito moral, virtuosa o pecaminosamente". Por el contrario, continúa, "El derecho transpersonalista (que está al servicio de un ente más allá de la persona) pretende imponer una moral, con lo cual quiere negar ese espacio y, por ende, la posibilidad del mérito moral;" (cfr. "Manual de Derecho Penal - Parte General", Zaffaroni - Alagia - Slokar, Ediar, 2ª ed. 6ª reimpresión, págs. 109/110). En el mismo sentido, corresponde señalar que al no existir un acuerdo único sobre la forma de vivir, que puede presentarse en tantas formas como sujetos o colectivos humanos existen, representando pautas culturales y sociales que se manifiestan en la más variada forma de conducirse el individuo tanto en la intimidad como en su interrelación con otros sujetos, adquiere vital trascendencia para la configuración y vigencia de un Estado de Derecho Constitucional la plena vigencia del art. 19 C.N., en tanto implica para el Estado la "... prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres, prohibición que responde a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan ... Esto quiere decir que no se pueden sancionar penalmente acciones que sólo se refieran a la moral individual, y que es requisito para la intervención de la ley penal, que se afecten bienes jurídicos privados o colectivos, incluidos en el orden de la justicia, según el sentido aristotélico (Fallos: 308:1392), remarcando el Máximo Tribunal en el mismo fallo en cita que la disposición constitucional que consagra el principio de reserva ampara tanto la libertad interior del hombre como su libertad exterior pues una interpretación contraria del art. 19 C.N sería solo "sustentable en la ficción de que pueda dividirse a los individuos según su interioridad o su comportamiento externo, como si fueran elementos independientes en su origen y desarrollo" (Fallos: 308:1392, considerando 8º del voto del Dr. Petracchi), hermeneútica que fuera consolidada en Fallos: 306:1892, consid. 8: "El ámbito de autonomía individual, protegido jurídicamente por el artículo 19 de la Constitución Nacional, es comprensivo no sólo de la esfera doméstica, del círculo familiar y de amistad sino también de otros aspectos de la personalidad espiritual y física de las personas?". En el contexto analizado, careciendo la prueba incorporada hasta el momento de los elementos exigidos por el tipo, habida cuenta la función limitadora y garantizadora integrada constitucionalmente por el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional), completado por el principio de reserva (art. 19 de la C.N.), deviene procedente confirmar el resolutorio del tribunal a quo que dispusiera validar la atipicidad de la conducta. Así se tiene dicho: "La causal de falta de tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad penal, ya que si el hecho carece de relevancia para el derecho criminal y esto aparece así inicialmente, sin ninguna necesidad de investigación, resultaría injustificada la injerencia de la justicia penal" (Cafferata Nores-Tarditti, "Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba - Comentado", T. 2, pág. 64, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003). VI) Resta atender el agravio referido a la falta de certeza negativa para el dictado de sobreseimiento total y definitivo del denunciado P., el que no puede prosperar como derivación razonada de las conclusiones a que se arribara en el considerando precedente. En efecto, al no haber superado el casacionista el agravio referido a la errónea aplicación de derecho sustantivo alegado por vía de arbitraria aplicación de las reglas de la sana crítica, se colige que ha quedado firme la certeza exigida para el dictado del sobreseimiento del denunciado. Se debe recordar que el archivo de las actuaciones iniciadas a partir de la recepción de una denuncia penal constituye la decisión jurisdiccional de no avanzar en la persecución penal o de no continuar la ya iniciada, entre otros obstáculos, como consecuencia de no concurrir en la conducta denunciada o investigada los elementos constitutivos del tipo penal cuya aplicación es requerida. En este sentido, prestigiosa doctrina ha dicho: "Si un hecho no se encuentra descripto como infracción punible, no puede haber actividad persecutoria y, si la misma por alguna razón se ha iniciado, corresponde de inmediato cese, lo que los códigos disciplinan, según los casos, a través de institutos como la desestimación de la denuncia, el archivo de las actuaciones, el requerimiento negativo y el sobreseimiento definitivo" (Clariá Olmedo, Jorge, Derecho Procesal Penal, T.I, Rubinzal Culzoni, -actualizado por Jorge Vázquez Rossi-, N° 48 bis, pág. 63). La modalidad de archivo, obstante no encontrarse regulada expresamente en el código adjetivo diseñado por la Ley N° 1733 aplicable al caso a estudio (a diferencia de la Ley N° 6941, art. 61 y cc., como facultad reglada del Ministerio Público Fiscal, y cuya vigencia se encuentra en ciernes), constituye una regla procesal de creación pretoriana aceptada como medio de culminación o cierre de un

hecho puesto en conocimiento o de una investigación que iniciada, como en el sub lite, no reúne elementos fácticos que superen el nivel de tipicidad. Conlleva la decisión de archivar una denuncia, cuyo trámite tuvo inicio en sede policial y continuidad de instrucción en el ámbito jurisdiccional, el formal dictado de sobreseimiento definitivo, como corolario de la acreditación del absoluto sustento fáctico y jurídico de la denuncia incoada, en la que se concretara una ?sindicación? como autor de una conducta típica, lo que habilita la aplicación del instituto y no la mera disposición de archivo de la causa. El fundamento de equidad lo constituye el derecho de la persona sindicada (no imputada) de que su situación sea definida con celeridad y de un modo certero. El fundamento procesal se presenta de la exégesis del Art. 38 del Cód.Proc.Crim.yCorr (Ley N° 1733), cuando confiere iguales derechos del imputado a toda persona que fuese ?...indicada en la denuncia...?, criterio seguido en forma pacífica por la jurisprudencia nacional al interpretar el Art. 72 del Código Procesal Penal de la Nación, de similar redacción (?...sindicada de cualquier forma como partícipe de un hecho delictivo?). Así: CNCas.Penal, Sala III, ?Pardo, Mario s/Recurso de casación?, 13/06/2005; CNCas.Penal, ?Travaglio, Pablo Nicolás s/Recurso de casación?, 19/06/1997; CNCas.Penal, ?Ibarra, Aníbal s/Recurso de casación?, 15/08/2007. VII) Por los fundamentos vertidos precedentemente, y oído el Ministerio Fiscal, Voto por: I) No hacer lugar al recurso extraordinario de casación incoado por la parte querellante de autos. En mérito a ello, II) Confirmar la resolución emanada del Tribunal de Apelación y Control en lo Penal de fs. 113/116. El Dr. Argibay dijo: Para resolver el recurso de casación interpuesto por el abogado representante de la parte querellante particular en las presentes actuaciones. I. Que el Sr. Vocal que ha emitido su decisión en primer término, Dr. Herrera, ha efectuado una adecuada relación de la causa, al cual el suscrito adhiere y remite en honor a la brevedad. II. Admisibilidad Formal del Recurso Interpuesto: Que corresponde en este punto, analizar la concurrencia de los recaudos prescriptos por el Código Procesal Penal provincial, en orden a la admisibilidad de la vía intentada, a los efectos de examinar la posibilidad de apertura del recurso, esto es si el mismo ha sido intentado tempestivamente, contra una resolución recurrible en los términos de la ley. Puestos en esa tarea, se verifica que el recurso de casación ha sido interpuesto en término (cfr. notificación personal de fs. 116 vta. y cargo de fs. 126/133 vta.) y por parte legitimada conforme lo normado por el art. 488 del mencionado cuerpo legal. Que ahora bien, respecto a la naturaleza de la decisión recurrida, es sabido que el concepto de sentencia definitiva se patentiza cuando se decide de modo final sobre la existencia del derecho de fondo, con la posibilidad de cancelar las vías hábiles para lograr la reparación de un derecho lesionado, pues mientras la cuestión pueda renovarse en otra oportunidad procesal, no ha de tenerse por un pronunciamiento definitivo. En ese andamio, en el presente caso tratándose de un recurso interpuesto contra una resolución emanada de la Cámara de Apelación y Control en lo Penal que confirma el dictado del sobreseimiento por inexistencia del hecho delictivo, por lo que el recurso extraordinario de casación ha sido articulado contra una decisión que hace cosa juzgada material respecto de la cuestión de fondo, cerrando de manera definitiva e irrevocable cualquier ulterior prosecución por el mismo hecho, aún cuando nuevos elementos de juicio advirtiesen que se incurrió en error o precipitación al decidir el caso, por lo que cabe considerarla como sentencia definitiva a los efectos de la admisibilidad del recurso en estudio. III. Que ingresando en el estudio de los argumentos que sostienen la vía intentada, deviene pertinente poner de resalto que, ante el nuevo sistema recursivo vigente en nuestra provincia (establecido por el Código Procesal Penal, Ley N° 6941), el recurso de casación ha retomado su carácter extraordinario en el que las cuestiones fácticas y probatorias no pueden ya ser examinadas ampliamente como una instancia ordinaria de revisión. En consecuencia, el análisis ha de circunscribirse a comprobar la concurrencia de los motivos de recurso apuntados en el libelo impugnativo, esto es, inobservancia y errónea aplicación del ordenamiento legal y de las formas procesales prescriptas bajo sanción de nulidad, y arbitrariedad del fallo atacado. Que efectuada dicha salvedad, de la lectura del libelo postulatorio surge que el Dr. C., abogado apoderado de la parte querellante, cuestiona el rechazo del recurso de apelación interpuesto y la consiguiente confirmación del Sobreseimiento de E. F. P., por considerar que la decisión en crisis importa una errónea aplicación del derecho, toda vez que si bien denuncia una interpretación arbitraria de los medios de prueba, ello deriva de una inapropiada aplicación del criterio legal de valoración, inobservando reglas elementales de la lógica, la psicología, y de la experiencia, alterando de ese modo la congruente relación que inexcusablemente exige el ordenamiento entre las premisas establecidas y la conclusión a la que arriba el Tribunal. Que la Cámara de Apelaciones y Control, luego de efectuar una breve reseña de los hechos y del encuadre legal establecido en las instancias inferiores, consideró que de las actuaciones no surge la comisión de ilícito penal alguno, por cuanto si la denuncia se funda únicamente en un mensaje de texto, en una fotografía de animales apareándose, y en versiones sobre una supuesta relación incestuosa con otra muchacha, éstos no son elementos probatorios suficientes que permitan sostener la comisión del hecho delictivo, ni que la menor haya sufrido secuelas que la puedan desviar de la recta y normal sexualidad. Que planteada así la cuestión, de la lectura del libelo postulatorio del recurso extraordinario de casación surge que, si bien el recurrente centra sus críticas en la interpretación del material probatorio producido durante la Instrucción y la suficiencia de las medidas producidas en torno a la determinación del hecho delictivo investigado, para arribar a la confirmación del Sobreseimiento que cuestiona en la persona del Sr. P.; dichas críticas se dirigen en

definitiva a cuestionar de manera indirecta la correcta aplicación de la normativa procesal en el presente caso, ya sea en cuanto a la oportunidad de su dictado, como de la arbitrariedad de la suficiencia de los elementos de la causa utilizados para arribar a dicha conclusión, por lo que corresponde analizar y constatar la concurrencia de los vicios alegados en el decisorio en crisis. IV. Puestos en esa tarea, atento que la resolución cuestionada tiene su origen y fundamento en el dictado del sobreseimiento del denunciado en autos, cabe analizar la figura en estudio, a efectos de analizar los argumentos vertidos por el Tribunal de grado al respecto. En esa línea, el presupuesto que fundamenta el inicio de todo proceso penal es la presunta comisión de un delito. Ello en virtud de que a partir de la formal apertura de la causa, comienza la realización de diligencias tendientes a determinar que el hecho constituye una conducta delictiva y quiénes son sus autores. Desde entonces, pueden surgir elementos que demuestren con certeza que el acontecimiento investigado no ha existido, o del mismo modo puede revelarse que el hecho en cuestión no configura un delito, o que la persona sospechada de su comisión no tiene nada que ver en el asunto. Estas razones, y la consecuente necesidad de poner fin a una investigación en un estadio anterior al dictado de un fallo condenatorio, dadas ciertas circunstancias que tornan inútil su continuación, son las que sostienen la existencia del instituto del sobreseimiento en el proceso penal. Ahora bien, entendido el auto de sobreseimiento como la resolución judicial fundada, mediante la cual se decide la finalización de un proceso criminal respecto de uno o varios imputados determinados, con anterioridad al momento en que la sentencia definitiva cobre autoridad de cosa juzgada, por mediar una causal que impide en forma concluyente la continuación de la prosecución penal? (Jarque, Gabriel D., 1997, en "El sobreseimiento en el proceso penal?", Editorial Depalma, p. 9-10), cabe por analizar los supuestos básicos que hacen a su dictado. Puestos en esa tarea, el autor citado, señala como presupuestos mínimos indispensables, y dando por descontado que deben concurrir alguna de las causales legalmente previstas para su procedencia, la posibilidad de su dictado depende: a) de la existencia de un imputado en la causa; y b) de que se haya iniciado formalmente la instrucción (cfr. ob. cit., pág. 48). Que el art. 288 del Código Criminal y Correccional establece en cuanto a la oportunidad de su dictado, que el juez, en cualquier estado de la Instrucción podrá dictar el sobreseimiento. En consecuencia, de acuerdo a la naturaleza del instituto, el auto de sobreseimiento, puede ser dictado en cualquier etapa del procedimiento antes de la sentencia, pero únicamente puede ser emitido respecto de personas que hayan sido efectivamente imputadas de un delito. Sentadas tales premisas, en aspectos significativos, el recurrente cuestiona que el Tribunal confirme el dictado del sobreseimiento sin que se haya efectivamente imputado a P., y sin que se hayan completado las pruebas oficiadas. Al respecto, el a quo entendió, en consonancia con la Juez de Instrucción que el material probatorio colectado era suficiente para concluir en la inocencia del denunciado. Que planteada así la cuestión, corresponde señalar que, bajo el prisma de los conceptos vertidos, como recaudo necesario al normal desarrollo del procedimiento penal, la decisión emanada del Tribunal de Control y Apelación, incurre en una arbitraria ponderación de la suficiencia de los elementos colectados para la conclusión a la que arriba, aplicando de manera errónea ley procesal y violentando de esa forma el resultado de la cuestión. Ello desde que, el error en la aplicación de la norma adjetiva se manifiesta cuando "pese a haberse elegido bien la norma, se la utiliza mal, y por consiguiente se extrae de ella una conclusión falsa?", es decir que el déficit de la aplicación de la ley procesal se registra en el acto de formular una solución al litigio, generando premisas falsas para la subsunción del caso en la ley sustancial (vicio in iudicando) o formal -en este caso las disposiciones del art. 288 y 289 del C.P.C. y C.- (cfr. Hitters, Juan Carlos. "Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación, 2ª Ed. Librería Platense S.R.L., págs. 217 y 272). Que tal situación surge de la confirmación del auto resolutorio partiendo de la comprobación en la especie de los elementos del tipo, sin que haya una correcta imputación del delito en la persona de Z. y con materiales probatorios insuficientes, arribando a una conclusión parcializada sin los elementos pertinentes para analizar el grado de perturbación psicológica y sexual de la menor supuestamente afectada que en definitiva constituye el bien jurídico protegido por la figura penal. En esa línea, el auto que dio origen a este carril recursivo, y confirmado por la decisión que hoy se cuestiona mediante el recurso extraordinario de casación, tiene su basamento en el incumplimiento de los recaudos básicos que la misma ley procesal establece para su dictado, con independencia de las causales que fondalmente lo sustente. En efecto, conforme las constancias de la causa, la Sra. Jueza de Instrucción dictó el auto de sobreseimiento del Sr. P. (fs. 89/89 vta.), encontrándose pendiente de producción los informes psicológicos ordenados (fs. 52 y 55/55 vta.), únicamente habiéndosele recibido sólo declaración testimonial al denunciado (fs. 57/58 vta.) sin que haya sido imputado de delito alguno. En consecuencia, al no corresponder el dictado del auto de sobreseimiento ante quien no había sido procesalmente sindicado del delito investigado y con elementos probatorios insuficientes, su confirmación por el Tribunal de mérito resulta arbitraria, desvirtuando con ello la aplicación correcta de las leyes adjetiva y sustantiva aplicables al caso. Ello por cuanto, una investigación criminal, que pone en marcha todo el andamiaje judicial de persecución penal, no puede finalizar de manera extraordinaria a través de la figura del sobreseimiento sin que se haya establecido judicialmente al "sujeto esencial de la relación procesal a quien afecta dicha pretensión jurídico-penal (cfr. Jauchen, Eduardo. En "Tratado de Derecho Procesal Penal" Editorial Rubinzal Culzoni, T. II, pág. 234). En el sub lite, el equívoco se asienta en el hecho de sobreseer, sólo porque juez y fiscal

concordaban en que la denuncia debía ser desestimada, porque de esa manera daban término definitivo al procedimiento. Tal solución, aparte de que contraría una lógica expresa posición jurídica, desde que el sobreseimiento cierra el proceso, es decir da por sentada su existencia, y de ello sólo puede hablarse cumplidas aquellas condiciones, no respondería, dentro de lo preceptuado por nuestro ordenamiento formal, a las maneras expresas de resolver la situación jurídica del imputado. Surge con claridad y en consecuencia que esta última decisión jurisdiccional se dicta en todos los casos cuando pueda examinarse el fundamento o viabilidad de la pretensión represiva, cuyo vehículo inicial lo constituye la promoción de la acción penal, que bien se ha dicho constituye el eje de la vida del proceso. Por lo que, para que sea cabalmente aplicada la ley procesal en un auto de sobreseimiento, ¿(...) se descuenta que haya una persona que revista la condición de imputada y a quien se le apercibió de la existencia de cargos en su contra. (...) Es que el sobreseimiento, aunque se sustente en supuestos objetivos (art. 336 inc. 2° y 3°) no puede resolverse con sólo mentar el hecho objeto del proceso. La indicación del imputado a quien beneficia deviene indispensable (CNCP, Sala I, ¿Piccini, Ana? del 18/04/1996, c. 743, reg. 988. Cit. por D'Albora Francisco J. en ¿Código Procesal Penal de La Nación. Anotado. Comentado. Concordado?, Editorial Lexis Nexis, Sexta Edición, T. II, pág. 701). En consecuencia, el decisorio que nos convoca a través del recurso extraordinario de casación, al confirmar el dictado del sobreseimiento, enfocando su análisis y razonamiento en la procedencia de la causal, sin atender a los agravios relativos a los elementos que hacen viable al instituto en esencia, no observó los lineamientos establecidos por la ley procesal para su dictado, con la consecuente errónea aplicación de la ley de fondo. Al respecto, prestigiosa doctrina ha sostenido que hay ¿un déficit in procedendo (...) cuando el juez viola ciertas normas de derecho procesal destinadas a indicarle el modo de regular su conducta durante el trámite del proceso; en cambio el error in iudicando se configura cuando el judicante desoye reglas de derecho sustancial destinadas a ser aplicadas en la sentencia, para la decisión de fondo? (Hitters, Ob. cit., pág. 217). V. De esa forma encontrándose corroborada el vicio endilgado por el casacionista, en virtud de los postulados señalados en el sub lite, se colige un resultado disvalioso para el ordenamiento jurídico, por lo que corresponde revocar la sentencia cuestionada y exhortar al Juzgado de origen que ordene se completen las pruebas ofrecidas y oficiadas en la instrucción a fin de completar todas las diligencias necesarias tendientes a determinar la correcta situación procesal del denunciado, para que una vez completadas se formulen las conclusiones pertinentes. Por lo expuesto, doctrina y jurisprudencia reseñada, y normativa citada, y oído el Sr. Fiscal de Ministerio Público a fs. 864/864 vta., Voto por: I) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante de la parte querellante, Dr. Francisco Cavallotti, a fs. 126/133 de las presentes actuaciones. En consecuencia, II) Revocar la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones y Control en lo Penal de fecha 19/06/2014 (fs. 113/116 vta.). III) Ordenar se continúe la causa según su estado en el Juzgado de origen exhortando que se completen las pruebas ofrecidas y oficiadas en la instrucción a fin de completar todas las diligencias necesarias tendientes a determinar la correcta situación procesal del denunciado, para que una vez completadas se formulen las conclusiones pertinentes. VI. Con costas El Dr. Llugdar dijo: Para resolver el Recurso de Casación interpuesto por la querrela particular. I) Que a fs. 126/133, la parte querellante de autos interpone Recurso Extraordinario de Casación en contra de la resolución de fs. 113/116 dictada por la Cámara de Apelaciones y Control en lo Penal que dispuso rechazar el Recurso de Apelación incoado en contra del decisorio de la Jueza de Instrucción en lo Criminal y Correccional de 1ª Nominación (fs. 89), y confirmar el sobreseimiento total y definitivo de E. F. P.. Aduce que tratándose de un supuestos hechos, que conforme la narración efectuada respecto a los hechos a investigar, se trataría de supuestos delitos de connotación sexual cuya víctima sería una niña de 13 años de edad. El impugnante sostiene que autorizados por el Art.483 y cctes. del C.P.P., interpone Recurso de Casación por Errónea aplicación del derecho, contra la resolución de fecha 19/06/2014 dictada por V.E. (art. 483, inc. 1°, C.P.P.), solicitando se revoque la decisión adoptada por el Tribunal a quo, y se disponga invalidar el sobreseimiento total y definitivo del denunciado, mandando continuar la instrucción del sumario. II) En tanto la defensa del denunciado argumenta que la confirmación del sobreseimiento total y definitivo de su pupilo, debe ser confirmada por este Tribunal de Casación ya que el envío y mensaje telefónico de varios animalitos, entre ellos una pareja de cerdos apareándose es solo una muestra del afecto y cariño que tienen los hijos del imputado por el campo y que sería toda una confabulación de la madre de la niña, que es su ex mujer, que al haberse enterado esta última, que éste tenía un hijo con otra mujer y que al criterio de la defensa quedó corroborado en la Cámara Gesell aplicada a la menor. A su turno el Fiscal General del Ministerio Público dictamina a fs. 142/143 que lo decidido por el Tribunal Penal de Apelación, debe ser revocado por considerar prematuro el sobreseimiento total y definitivo, atento a la falta de producción de pruebas, en especial la pericias psicológicas a los padres de la menor, pruebas éstas que a su criterio son importantes para el desarrollo de la investigación y por lo tanto no se puede hablar de una certeza absoluta en términos negativos al extremo de cerrar definitivamente la causa penal. Aconseja revocar la sentencia casada, y ordena se continúe con la investigación produciendo las pruebas mencionadas y cualquier otra que se considere al esclarecimiento en la presente causa. III) Que la sentencia venida en casación constituye sentencia definitiva, atento a lo enunciado por el art. 294 del Cód. Proc. Civ. y Comercial -Ley 1733 y modificatorias-, a la fecha vigente en la jurisdicción donde se radicó la denuncia, que establece que el

sobreseimiento total y definitivo una vez firme, manda a archivar los autos y piezas de convicción, poniendo fin al proceso penal y capaz de causar gravámenes irreparables. Por otra parte, el recurso ha sido interpuesto en forma tempestiva por lo que se declara admisible. IV) Pasando al fondo de la cuestión, resulta que el Tribunal de Apelación Penal confirmó lo decidido por el Juzgado de Instrucción, que resolvió sobreseer en forma total y definitiva al encartado, por entender que el hecho investigado no constituye delitos. Que la Jueza de instrucción fundamentó su decisión enumerando en forma enunciativa las pocas pruebas rendidas y lo dictaminado por la Fiscalía de Instrucción, no surgiendo de los considerandos de dicha resolución, valoración alguna de dichos elementos y limitándose solo a expresar que la inocencia del denunciado surge prima facie de estos elementos. A su turno el Tribunal de Apelación Penal desatendió la queja vertida por la representante del Ministerio Púpilar, quien dictaminó en Alzada que debe reverse el dictado de sobreseimiento en virtud de las pruebas pendientes. Entendió que el encuadre legal del art. 125 del Código Penal prevé y reprime el delito de Corrupción de Menores, pero que en la casuística del caso, lo único que existe son las fotos enviadas por el padre de la menor, donde se ven los animales apareándose, lo que no tiene entidad suficiente para corromper más cuando ésta situación es muy común observar en los pueblos en la vía pública. Concluye que el Estado no puede irrumpir en la esfera de lo no punible, con penas en conductas indiferentes a lo penal, pues si bien el Estado se encuentra facultado para sancionar esa facultad encuentra limitaciones siendo una limitación objetiva, resultando indispensable la determinación de las figuras delictivas con anterioridad a toda intervención del tipo penal por parte del Estado. Si no se advierte figura delictiva, no se puede pretender instrucción penal. V) Que conforme queda delimitado el campo de revisión del recurso intentado, hay que tener presente que lo que aquí se decide, involucra el derecho de acceso a justicia que pueden haber sido víctimas de conductas punibles. En dicho contexto, no solamente están involucradas garantías esenciales de grupos vulnerables, que conforman el plexo de derechos humanos tanto de la constitución política nacional y provincial, como así por lo dispuesto por Convenciones Internacionales, que nuestro país ha suscripto y ratificado; y en muchos casos ha elevado al rango de norma constitucional a través del art. 75 inc. 22 de la C.N.. Tal es el caso específico del Corpus Iure de Derechos Humanos Internacional en general, como la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Internacional de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, como así la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género. Por lo antes expresado hay que tener en cuenta que cuando en un proceso penal, las posibles víctimas resultan ser niñas, niños o adolescentes, la tutela judicial efectiva, el acceso a justicia y dentro de ellas la garantía del debido proceso adquieren un mayor valor establecido por el necesario deber Estatal de proteger a éstos y evitar su revictimización. Por ello este tipo de investigaciones debe ejercerse con mayor celo y diligencia, cuando el sujeto víctima del supuesto delito penal se encuentra dentro de un grupo sometido a una condición especial de doble vulnerabilidad como acontece en autos, quienes siempre se encuentran en un alto grado de indefensión cuando los supuestos autores denunciados son personas adultas; y ante el sistema judicial, la suerte del proceso penal se encuentran estrechamente vinculado a la actuación de sus tutores, guardadores o los ministerios pupilares. VI) En el orden de idea señalado, los operadores judiciales, jueces, fiscales y defensores, tienen la obligación de cumplir con los principios y valores que emergen tanto de la Constitución como de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos imponiéndose una obligación de máximo rendimiento y de agotar todos los recursos necesarios a fin de quedar debidamente esclarecido el hecho, resultando inconstitucional e incluso inconvencional ahorrar los recursos a su alcance, lo que no constituye en absoluto una conducta diligente en cumplimiento de dichas obligaciones. Además, se debe cuidar de no provocar victimización secundaria a la niña que podría resultar víctima de un delito que afecta a su integridad y formación sexual, evitándose en todo momento de intervenir en una investigación deficiente y poco diligente, conforme los estándares internacionales especialmente fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus precedentes. VII) Que ni el Juez de Instrucción, ni el Tribunal de Apelación Penal, se han mostrado a la altura de estas exigencias en sus decisorios, puesto que al parecer no han tenido en cuenta que la causa se encontraba en la etapa de la determinación o no, de un supuesto delito de esta naturaleza, al igual que la actuación de la Fiscalía de Instrucción. Es dable señalar, que los operadores judiciales que intervienen en las etapas de investigación o determinación de supuestos delitos sexuales cometidos contra niños y niñas y adolescentes, tienen que extremar todos los cuidados a los fines de no incurrir en conductas discriminatorias contra las víctimas, por lo que para ello es insoslayable valorar y considerar la indefensión y desigualdad en orden al proceso en que se encuentra. Por ello no debe ser el mismo trato que normalmente se acuerde a un adulto y especialmente no debe omitirse extremar los recaudos para la práctica de todos los actos necesarios para el esclarecimiento de la verdad, cuidando de no intimidar o revictimizar a los mismos. Procederse de otro modo implica una grave afectación principalmente al art. 75 inc. 22 de la C.N. ; art. 8 inc. 1 y art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 2 de la Convención Internacional de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y Art.7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). VIII) Como bien lo señala el Fiscal General del Ministerio Público en su dictamen, es imposible establecer la inexistencia de delito si no se completaron y realizaron prácticas de pruebas esenciales, en las instancias inferiores, como ser las periciales

psicológicas a ambos progenitores de la niña, teniendo en cuenta la etapa del proceso donde la certeza negativa no es exigible, existiendo además evidencias de cargo y de descargo que ninguno de los pronunciamientos motivó, ni valoró, tales como la prueba efectuada en Cámara Gesell a la menor y los testimonios brindados por varios de los testigos que depusieron en la instrucción, limitándose a realizar solamente una liviana enunciación semántica de dichos elementos probatorios. IX) Ha sido la misma Co.I.D.H. que con un duro pronunciamiento, condenó al Estado Mexicano en la Causa González y otras Vs México, fallada el 16/11/2009, donde puso en crisis el sistema judicial de ese país por el trato discriminatorio respecto a delitos cometidos contra las mujeres y en especial a niñas remarcando el incumplimiento respecto a una investigación diligente, completa y eficiente. Que si bien la obligación de los Estados de investigar cualquier clase de delitos, es un deber de medios y no de resultados, ello no obsta a que cuando la investigación ha sido incompleta en forma visible y no debidamente motivada, la decisión de cerrar definitivamente la causa penal constituye una práctica judicial inconstitucional e inconveniente por afectar derechos humanos esenciales. Por lo expuesto, precedentes citados y oído que fuere el fiscal general del Ministerio Público, Voto por: I) Ha lugar al Recurso de Casación interpuesto por la querrela particular; II) En su mérito déjase sin efecto la resolución emanada por el Tribunal de Apelación y Control, fs. 113/116, debiendo la causa penal continuar según su estado, produciendo las pruebas indicadas en los considerandos y toda otra que resulte esencial a la investigación, tomando en cuenta la calidad de la sujeto pasiva penal. El Dr. López Alzogaray dijo: Que comparte los argumentos esgrimidos por el Vocal preopinante, Dr. Herrera, emitiendo su voto en idéntico sentido. El Dr. Lugones Aignasse, dijo: Que se adhiere en un todo a lo sustentado por el Dr. Argibay votando en igual forma. En mérito al resultado de la votación que antecede, la Sala Criminal, Laboral y Minas del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, Resuelve: I) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante de la parte querellante, Dr. F. C., a fs. 126/133 de las presentes actuaciones. En consecuencia, II) Revocar la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones y Control en lo Penal de fecha 19/06/2014 (fs. 113/116 vta.). III) Ordenar se continúe la causa según su estado en el Juzgado de origen exhortando que se completen las pruebas ofrecidas y oficiadas en la instrucción a fin de completar todas las diligencias necesarias tendientes a determinar la correcta situación procesal del denunciado, para que una vez completadas se formulen las conclusiones pertinentes. IV) Con Costas. Protocolícese, expídase copia para agregar a autos, hágase saber y oportunamente archívese. Gustavo A. Herrera. Sebastián D. Argibay. Eduardo J. R. Llugdar. Eduardo F. López Alzogaray. Carlos P. M. A. Lugones Aignasse.

030822E