

**Causa N° 42.719 “Rojas, Isabel y otros s/procesamiento”.**

Juzg. N° 2 - Sec. N° 3

Reg. N°: 840

//////////nos Aires, 19 de agosto de 2009.

**Y VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**I.**

Vuelven las presentes actuaciones a decisión del Tribunal en virtud de los recursos de apelación del agente fiscal (fojas 29/30 vta.) y de las defensas técnicas de Gabriela Natalia Murgia (fojas 38/41), María Rosa Rondoletto (fojas 45/50), e Isabel Rojas (fojas 42/44 vta.), contra el pronunciamiento de mérito de fojas 1418/1445 de los autos principales.

La decisión apelada resulta una ampliación del procesamiento oportunamente dispuesto por el magistrado de grado en relación con la imputada Rojas, y que este Tribunal tuviera ocasión de revisar en la Causa n° 42.488 de su registro, caratulada “Vovk, Oleksandr s/procesamiento”, rta. el 11 de noviembre de 2008, Reg. 1356.

El planteo del agente fiscal se dirige contra el sobreseimiento de Gabriela Natalia Murgia respecto de su participación en la explotación sexual de la menor identificada en autos como V-1 y, asimismo, se agravia de la decisión de no hacer efectivas las prisiones preventivas allí dispuestas.

De su parte, la defensa de Gabriela Natalia Murgia cuestionó por un lado, el procesamiento dictado a su respecto como partícipe de las conductas endilgadas a Isabel Rojas, tipificadas en los artículos 17 de la ley 12.331 y 125 bis del C.P. -esta última en relación con la menor identificada como V-2-, y como autora del delito de comercialización de estupefacientes (art. 5° “c” de la ley 23.737); y, por el otro, el dictado de su prisión preventiva aun cuando se dispuso no hacerla efectiva.

La defensora particular de María Rosa Rondoletto, recurrió el procesamiento con prisión preventiva de su asistida como partícipe de la conducta descrita en el art. 125 bis del C.P. -que fuera atribuida en calidad de autora a Isabel Rojas-, en relación con la menor identificada como V-2, aun cuando no expresó motivación alguna con referencia a la medida cautelar personal aludida.

Por último, la asistencia letrada de Isabel Rojas apeló su procesamiento con prisión preventiva como autora de la conducta tipificada en el art. 125 bis del C.P. en relación con la menor identificada como V-2, y del hecho subsumido en la figura prevista por el art. 10 de la ley 23.737, mas al igual que su colega defensor de Rondoletto, solo motivó el recurso en relación con tales temperamentos de mérito.

En virtud de los agravios correspondientes y para una mayor claridad expositiva, se abordarán las situaciones procesales de cada uno de los imputados, y la cuestión vinculada a las prisiones preventivas por separado.

## II.

### 1) Situación de Natalia Murgia:

a) Respecto de su participación en la conducta endilgada a Isabel Rojas tipificada en el artículo 17 de la ley 12.331.

A fojas 1371/1372 y 1413/1414 del principal se intimó a Murgia el hecho así identificado como “... 1) *haber intervenido con Isabel Rojas en los hechos ilícitos atribuidos a ésta, siendo ellos haber tenido a su cargo, administrado y regentado -con la colaboración de distintas personas entre las que tenían un papel preponderante Oleksandr Vovk, alias “El Ruso” o “Alex” y la deponente- tres departamentos en los cuales se ofrecían servicios de prostitución, ubicados en Av. Córdoba 2945 1° “A”, Humboldt 1545 PB y Suipacha 670 piso 2° departamento “I” de esta Ciudad, a) en el primero de los cuales explotó sexualmente a una persona menor de edad identificada en autos como V-1, lo cual ocurrió, al menos, entre el mes de marzo y el de noviembre del año 2007; b) en el último de los domicilios*

## *Poder Judicial de la Nación*

*indicados explotó sexualmente a una joven menor de edad identificada como V-2, quien el día 20/9/08 fue hallada teniendo sexo con un hombre mayor de edad en el allanamiento realizado en el lugar por personal de Gendarmería Nacional. A tal efecto, las reclutó, las recibió en el domicilio indicado, les retuvo los documentos, les facilitó el lugar y los medios para el ejercicio de la prostitución y obtuvo el rédito económico derivado de dicha actividad. La colaboración atribuida a la deponente se deriva de que ésta impartía órdenes y tomaba decisiones vinculadas con las actividades ilícitas que se desarrollaban en los domicilios investigados, siendo objeto de consulta permanente por parte de todas las personas que se desempeñaban laboralmente allí, quienes la consultaban acerca de los pasos a seguir y le reportaban los acontecimientos que iban sucediendo en el trabajo diario, labor por la cual la declarante percibía un porcentual de la actividad comercial...”.*

Para vincular a la nombrada con la maniobra y tener por acreditada su responsabilidad el magistrado de grado no solo ponderó el vasto plexo probatorio acumulado que da cuenta de que efectivamente en los departamentos privados allanados funcionaba un negocio de servicios de prostitución (desgrabaciones de escuchas; resultado de los allanamientos efectuados en cuyo marco se secuestraron planillas con anotaciones sobre los “pases” diarios hechos por cada una de las mujeres que trabajaban, folletería y volantes, preservativos; los testimonios unánimes) sino especialmente los propios dichos de la imputada Murgia, quien en su descargo efectuado por escrito reconoció haber cumplido estas funciones, más allá de que afirmó haberlo hecho en calidad de simple empleada y negó haber participado de las ganancias (conf. 1406/1412).

El juez destacó asimismo que fue sindicada por todas las testigos como la referente de los departamentos, a quien debían rendir cuentas las recepcionistas; quien tomaba las entrevistas a las mujeres para su ingreso; recolectaba la recaudación diaria; daba directivas acerca de turnos, francos y destino de las empleadas; y recorría los departamentos en tareas de control.

Los agravios de la defensa, circunscriptos a la motivación esgrimida en el escrito de apelación y que fueran reeditados en la oportunidad prevista por el art. 454 del código de rito, cuestionan la valoración de la prueba efectuada por el *a quo* para tener por acreditada la responsabilidad de su asistida en el delito endilgado.

En esa dirección señala que los testimonios recabados confirman que su defendida no participaba de la administración ni decidía sobre el giro comercial, sino que su rol se ceñía al de ser la empleada de mayor rango que sólo cumplía las órdenes de la dueña en el manejo del personal.

Llegado entonces el momento de resolver, observamos que si bien el juicio de tipicidad efectuado por el *a quo* luce correcto, puesto que las circunstancias fácticas reseñadas son *prima facie* compatibles con las exigencias típicas del art. 17 de la ley 12.331, tal aserto no puede llevarnos sin más a optar por su aplicación, pues la prohibición deducida del tipo no supera el control de razonabilidad que aquella presupone, por motivos de inconstitucionalidad sobreviniente.

Argumentos de esta especie, que fueron admitidos por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos como “Itzcovich” (I. 349. XXXXIX) y “Sejean” (Fallos 308:2268), y por esta Sala en “Cipolatti” (C. 36.989, rta. 7/6/05, Reg. 571 –voto del Dr. Eduardo R. Freiler-) y “Velardi” (C. 41.228, rta. 22/4/08, Reg. 400 –*vid* voto del Dr. Eduardo R. Freiler y voto del Dr. Eduardo G. Farah), se configuran en el caso a partir de la mutación de las circunstancias de hecho y de las valoraciones jurídicas bajo las cuales la norma en estudio se sancionó.

A esta conclusión se arriba al examinar su finalidad a la luz de las circunstancias de hecho y jurídicas en que ahora debe aplicarse y evaluar si la prohibición penal, a la luz de dichas circunstancias, resulta aún compatible con el principio de reserva establecido por el artículo 19 de la C.N., según el cual, sólo las acciones públicas (es decir, los actos lesivos de derechos de terceros) pueden ser materia de proscripción penal.

## *Poder Judicial de la Nación*

Tal tarea no implica suplantar al legislador en la consideración de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia a la hora de determinar la utilidad de una disposición como fórmula para desalentar una acción que por entonces pudiera entenderse contraria a alguna finalidad, sino evaluar cómo y en qué grado, la norma que fue reputada constitucional cuando se la dictó o se la aplicó en un proceso judicial pasado, sobrevino inconstitucional por la transformación que las circunstancias de hecho y jurídicas de su aplicación han evidenciado.

Desde esta perspectiva el examen de razonabilidad requiere remontarse a los avatares legislativos y a las principales líneas teóricas y jurisprudenciales relativas a la prohibición, tanto como comparar el tratamiento jurídico dado entonces y ahora al universo de acciones vinculadas, de modo de conocer las circunstancias y fines tenidos en cuenta por el legislador para la sanción de la ley que contiene la disposición analizada, y juzgar no sólo su adecuación con las circunstancias actuales, sino la propia selección y adecuación de medios con la finalidad perseguida.

Así, en el camino de computar la finalidad del legislador de entonces resulta vital identificar el bien o los bienes jurídicos que quisieron ser tutelados por el derecho.

La ley que contiene la disposición que se analiza y que se denomina desde su título como de “profilaxis de las enfermedades venéreas”, fue dictada a fines del año 1936, luego de un largo proceso legislativo -más de un año y medio-, con el fin de organizar la profilaxis de las enfermedades venéreas y su tratamiento sanitario en todo el territorio de la Nación, en sintonía con el pensamiento sociológico y criminológico positivista de la época, que concebía a la sociedad como un organismo y a estos fenómenos como males a tratar para su saneamiento, recordando las líneas del higienismo y haciendo eje principal en la profilaxis social.

Este pensamiento que atraviesa todo el espíritu de la ley y que se trasluce en toda la extensión de los debates parlamentarios que la precedieron, había cuajado en el país ya a mediados del siglo anterior.

Narra Donna J. Guy que “(l)a prostitución amenazaba a Buenos Aires y otras ciudades argentinas por la propagación de las enfermedades venéreas a las parejas y sus hijos. Uno de los grupos más influyentes en el debate sobre la prostitución, la enfermedad y el control social fue el de los higienistas. A diferencia de los médicos particulares, los higienistas dedicaban la mayor parte de su vida al servicio público. A menudo trabajaban en hospitales municipales y en el Consejo Deliberante y, con seguridad, por sus conocimientos sobre las causas de las enfermedades contagiosas se les otorgaba más influencia en la planificación urbana y en el control social que a cualquier otro grupo de profesionales. Su experiencia fue reconocida y buscada por el Consejo Deliberante después de su reorganización en 1856. Desde entonces los médicos estuvieron presentes en el Consejo e integraron un plantel de higiene que proporcionaba información técnica y daba consejos sobre la salud pública” (aut. cit., “El sexo peligroso. La prostitución legal en Buenos Aires, 1875-1955”, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1994, p. 104 y sgtes.).

A modo de ejemplo de la recepción de este pensamiento en los legisladores que le dieron vida al proyecto, puede citarse al miembro informante de la Cámara de Diputados, diputado doctor Tiburcio Padilla, quien inició su exposición con estas frases significativas: “La lucha contra las enfermedades venéreas que se proyecta en la presente ley, tiene por objeto primero enseñar, luego prevenir, y después curar a la población de toda la República expuesta a esta clase de peligros... La alta y sentida finalidad perseguida por esta ley es innecesario acentuarla. Contiene un plan metódico de guerra a las enfermedades venéreas” (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del 26 de septiembre de 1935).

De similar tenor son las manifestaciones del miembro informante de la Cámara de Senadores, senador Carlos Serrey, quien da inicio a su exposición de la siguiente manera: “La defensa de la salubridad general es una de las mayores preocupaciones de los estados modernos bien organizados, especialmente la lucha contra las enfermedades infecciosas que diezmarían la

## *Poder Judicial de la Nación*

humanidad si no se adoptaran oportunas medidas de profilaxis” (conf. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del 18 de septiembre de 1936).

Ello se desprende también de su voz alarmante al revisar las cifras de mortalidad por sífilis en países como Francia, Bélgica, Inglaterra, entre otros: “Son cifras tan aterradoras, que parecería que se hubiera recargado voluntariamente las tintas del cuadro tan sombrío, si no fuera que provienen de instituciones oficiales. Y si esto sucede en países de civilización adelantada que han tomado medidas de defensa, es fácil darse cuenta de lo que sucederá en otros de clima tropical, donde este mismo clima es aliado de la infección y que se encuentran en un período primitivo de cultura...”.

“Siento no poder dar datos relativos a nuestro país, a pesar de haberlos solicitado al Departamento Nacional de Higiene, sin duda por la descentralización de las autoridades que se ocupan de estos casos, y por lo que no hay estadísticas suficientes. Pero de un informe dado por el doctor Washington Álvarez, encargado de esta sección en el dispensario antipalúdico de Salta, tomo esta información: ‘Es indiscutible que la lués y venéreas aumentan su desarrollo en esta provincia, siendo impostergable afrontar su lucha, en forma eficiente, por las autoridades sanitarias locales y nacionales, para evitar su mayor difusión, con sus graves consecuencias inmediatas y alejadas.’” (Del diario de sesiones de la Cámara de Senadores del 18 de septiembre de 1936).

Algunos datos correspondientes a nuestro país son aportados más tarde en la Cámara de Diputados, por el legislador Giménez, médico y autor de uno de los proyectos presentados a la Comisión correspondiente: “Las enfermedades venéreas se han difundido por toda la República; se ha podido establecer que podía calcularse en 30.000 las personas que en la República Argentina mueren por enfermedades originadas en la sífilis. Desgraciadamente se ha creído que la solución del problema estaba en el establecimiento de casas que en la campaña se distinguen con una luz roja, que es como la luz de la lámpara de kerosene en los días de verano, a la que se acercan las mariposas y se queman las alas. A esas casas es donde

van los jóvenes, el porvenir de la patria, como dicen los nacionalistas, a contaminarse y a difundir enfermedades venéreas...”. (Del diario de sesiones de la Cámara de Diputados del 9 de diciembre de 1936).

Se advierte fácilmente la concepción que de la sociedad y la función del Estado subyace a estas manifestaciones, tributarias de las mayores medidas de control de la población que comenzarían a implementarse en el siglo XIX, cuando, de la mano del discurso médico, se intentó hacer compatible el discurso liberal del contrato social con las necesidades de orden del capitalismo industrial. La conservación de la fuerza de trabajo pasaba a ser la preocupación general del Estado moderno y preservar la salud de los ciudadanos, su función más esencial.

Sabemos que las enfermedades venéreas junto al alcoholismo, la delincuencia, la prostitución y la vagancia reemplazaron a partir del siglo XIX a la peste y la lepra como el colmo de los males. Así, frente a lo que se observaba como graves problemas para la subsistencia de la vida social, iban a emerger nuevas formas de atender a la sociedad como si fuera un ser humano, y “(a) través de medidas médicas... ‘curarse’ tanto a la célula como a todo el organismo. (...) La medicina podía y debía ayudar al legislador a sancionar leyes, ilustrar al magistrado a aplicarlas y vigilar junto a la administración por el mantenimiento de la ‘salud pública’ -que era el nombre dado al orden social-.” (Gabriel Ignacio Anitua, Historia de los pensamientos criminológicos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 141/146).

Todas aquellas medidas incluidas dentro del predicamento del higienismo brevan de los modos de ejercicio del poder que Michel Foucault lograra rastrear en los cambios ocurridos en el siglo XVIII, cuando “... los privilegios característicos del poder soberano... (p)odría decirse el viejo derecho de hacer morir o dejar vivir fue reemplazado por el poder de hacer vivir o de rechazar hacia la muerte. (...) Ahora es en la vida y a lo largo de su desarrollo donde el poder establece su fuerza...” (Michel Foucault,



## *Poder Judicial de la Nación*

Historia de la sexualidad, 1-La voluntad del saber, 2002, Siglo XXI Editores Argentina S.A., Buenos Aires, p. 163/167).

Hacia mediados del siglo XVIII, "... la proliferación, los nacimientos y la mortalidad, el nivel de salud, la duración de la vida y la longevidad, con todas las condiciones que pueden hacerlos variar; todos esos problemas los toma a su cargo una serie de intervenciones y controles reguladores: una biopolítica de la población. La vieja potencia de la muerte, en la cual se simbolizaba el poder soberano, se halla ahora cuidadosamente recubierta por la administración de los cuerpos y la gestión calculadora de la vida... Se inicia así la era de un 'bio-poder'. Ese bio-poder fue, a no dudarlo, un elemento indispensable en el desarrollo del capitalismo; éste no pudo afirmarse sino a precio de la inserción controlada de los cuerpos en el aparato de producción y mediante el ajuste de los fenómenos de la población a los procesos económicos." (Michel Foucault, ob. cit., p. 168/170).

Ahora bien, el fin de política pública sanitaria que se lee en forma expresa en el artículo primero de la ley 12.331, surge también inequívoco del resto de sus disposiciones: crea el Instituto de Profilaxis de las Enfermedades Venéreas (art. 2) al cual le asigna, entre otras funciones, la de investigación y estudio epidemiológico de las enfermedades venéreas, así como la de organizar el correspondiente servicio de asistencia social (art. 3); propicia la educación sexual a través de las entidades oficiales en todo el país (art. 4); obliga a los hospitales públicos y privados a brindar atención médica gratuita de estas enfermedades (art. 5); obliga a los dispensarios a tener para la venta los equipos preventivos para la profilaxis individual venérea (art. 6); establece la obligación de toda persona que padezca la enfermedad a hacerse tratar (art. 7); encarga al Estado la asistencia médica de sus dependientes (art. 8); autoriza a las autoridades sanitarias a la hospitalización forzosa de los enfermos que no se sometan al tratamiento o cuyo tratamiento ambulante pueda constituir un peligro social (art. 9); encomienda a los médicos que se procuren información sobre la fuente de contagio y la transmitan a las autoridades sanitarias (art. 10); delega en el Instituto la promoción de la

fabricación nacional de los medicamentos correspondientes y su venta a bajo costo (art. 11); prohíbe el tratamiento de las enfermedades venéreas por medios alternativos a los establecidos (art. 12); instaura los certificados prenupciales (art. 13); libera de todo impuesto a los medicamentos necesarios para la lucha antivenérea (art. 14).

La ley prevé asimismo sanciones penales para asegurar el cumplimiento de las prohibiciones establecidas (el artículo 16 estipula penas en relación con las de los artículos 12 y 13, y el artículo 18 prevé como delito con la pena contenida en el art. 202 del C.P., la conducta de quien sabiéndose afectado de una enfermedad venérea transmisible, la contagie a otra persona). Con lo que a partir de la letra de la ley no puede más que concluirse que las conductas a las que conecta una sanción penal resultan identificadas como lesivas de la salud pública y del control sanitario a ser instaurado.

La figura prevista para la conducta aquí imputada es consecuencia directa de la prohibición estipulada en el artículo 15, que prohíbe en toda la República el establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución o se incite a ella. El artículo 17 reprime con pena de multa de pesos 12.500 a 25.000 -conforme la actualización de montos de la ley 24.286-, a los que sostengan, administren o, regenteen, ostensible o encubiertamente, casas de tolerancia.

En el contexto anteriormente expuesto, y más allá de otras interpretaciones que se ensayarían en el seno de cierta doctrina y la jurisprudencia que se ocupó del estudio de la disposición a los fines de su aplicación en los casos concretos, el bien jurídico que subyace a la conducta allí tipificada es claramente la salud pública.

Sentado ello, el primer contralor de la razonabilidad de la norma debe partir del análisis del bien jurídico identificado y su conexión con la conducta prohibida, de manera tal de testear su compatibilidad con los límites establecidos por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Este análisis no puede prescindir de ciertas precauciones ante la posibilidad de que la irrazonabilidad de la norma en punto a la

## *Poder Judicial de la Nación*

conexión entre la conducta prohibida y la lesión, se cuele por un espacio menos detectable que un adelantamiento desmedido de la punibilidad en el *iter criminis* de un delito, como por ejemplo, a través de la propia interpretación del bien jurídico, peligro que se activa en mayor medida cuando su formulación es de tipo colectivo. Por ello, el examen no puede prescindir de la conciencia acerca de la función limitadora del concepto de bien jurídico, indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad y repeler así la posibilidad de que su uso se convierta en una función legitimante del poder punitivo (*vid. en este sentido, Zaffaroni, et al, Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 128 y 486*).

En efecto, el concepto de bien jurídico y su corolario principio de lesividad, provienen de la tradición ilustrada. Al decir de Ferrajoli, la filosofía utilitarista, “en positivo”, y la doctrina axiológica de la separación entre derecho y moral, “en negativo”, proveyeron su origen a las notas más fecundas de la definición.

Así recuerda el jurista italiano que “(e)l principio de ‘utilidad penal’, tal como fue formulado por Grocio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Beccaria, y más extensamente, por Bentham, es idóneo para justificar la limitación de la esfera de las prohibiciones penales -en coherencia con la función preventiva de la pena como *precautio laesionum*- sólo a las acciones reprobables por sus ‘efectos’ lesivos para terceros”, y que “(e)l principio axiológico de la ‘separación entre derecho y moral’ (...) veta, a su vez, la prohibición de comportamientos meramente inmorales o de estados de ánimo pervertidos, hostiles o, incluso, peligrosos. E impone, por *mor* de tutela de la libertad personal de conciencia y de la autonomía y relatividad moral, la tolerancia jurídica de toda actitud o comportamiento no lesivo para terceros.” (Luigi Ferrajoli, en *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Sexta edición, Madrid, 2004, p. 464/466).

El principio de lesividad que se deriva de ello, constituye así para esta tradición, el fundamento axiológico del primero de los tres elementos sustanciales o constitutivos del delito: la naturaleza lesiva del

*resultado*, esto es, de los efectos que produce. El axioma *nulla necessitas sine injuria* recogido en la consabida tesis *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine injuria*, se trata del principio que surge ya en Aristóteles y Epicuro y que es denominador común a toda cultura penal ilustrada desde Hobbes, Puffendorf y Locke a Beccaria, Bentham y Romagnosi, quienes ven en el daño causado a terceros las razones de los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas (Ferrajoli, ob. cit., p. 466).

Ahora bien, por la radical alteración que sufre el referente empírico del concepto en la segunda mitad del siglo XIX, en sintonía con la reacción anti-ilustrada, pierde su función axiológica y su significado no sólo se amplía, sino que se desplaza de los intereses individuales afectados al interés del Estado, concebido, al principio, como interés en la protección de lo que éste considera digno de ella, y más tarde, simplemente, como interés en la obediencia o en la fidelidad (Ferrajoli, ob. cit.).

Empero, ante la eventual insuficiencia del concepto del bien jurídico para contener al legislador (*Zaffaroni et al, ob. cit., p. 487*), la consagración normativa de su corolario principio de lesividad, como condición indeclinable para la definición del contenido o materia de las leyes penales, simplifica la tarea a la hora de someterlas al ineludible control jurisdiccional de razonabilidad.

En efecto, este requisito consagrado en Francia, el 26 de agosto del año 1789, al establecer en la primera parte del artículo 5° de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano que “la ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad”, fue receptado por el constituyente argentino mediante la exclusión del marco legal a aquellas acciones “privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero” (art. 19 de la Constitución Nacional).

No hay duda de que la filosofía ilustrada inspiró estas disposiciones que vienen a garantizar una institución básica para la estructura de la sociedad organizada como estado de libertades, en tanto exige como

## *Poder Judicial de la Nación*

estadio de reconocimiento del otro como persona, el deber general de no dañarlo, de dejarlo en su autonomía. Se trata del principio, conocido en el derecho romano bajo la denominación de *neminem laede* que hace inviable legitimar la consagración de normas penales que seleccionen exteriorizaciones de voluntad autorreferentes, autolesivas, o sin suficiente aptitud para ocasionar daño o perturbación social, y, constituye una garantía frente al poder del Estado en tanto determina la existencia de un ámbito de decisiones de voluntad estrictamente *reservado* al designio individual (Mario Magariños, “Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional.”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 85/91).

Dicha cláusula constitucional limita pues las posibilidades del legislador, quien no podrá prohibir una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada, entendida no ya en términos de intimidad (protegida por el art. 18 de la C.N.) sino como aquella que no perjudique a terceros.

En consecuencia, la función limitadora del bien jurídico viene atrincherada, ante una pulsante abstracción en su formulación e interpretación, por el principio de lesividad que vuelve a conectar así, el bien con su titular.

De allí que el análisis adelantado tendrá en cuenta, para la exégesis normativa, este binomio garantizador de las libertades individuales.

Ya advertimos que el legislador de la década del ‘30, inmerso en un contexto teórico social positivista, se veía a sí mismo como técnico y motor de la “lucha” contra las enfermedades venéreas que entonces se presentaban como un problema sanitario a nivel mundial.

Ante ese escenario, el legislador vernáculo se autorizó a desplazar la determinación del nexo razonable entre la conducta y el daño que aquella causaba, en pos del interés superior identificado en la salubridad pública.

Repárese en la conducta reprimida por el artículo 17 de la ley 12.331 y se advertirá ese desplazamiento. En efecto, identificado el bien

jurídico que subyace a la disposición -la salud pública-, ese desplazamiento se presenta como un artificio para fundar la punibilidad de un comportamiento incapaz por sí mismo de conectarse con un resultado lesivo para otros, y saltar así, la valla infranqueable del art. 19 de la C.N. que impide al derecho penal abarcar las acciones de los hombres que no afecten a terceros.

Adviértase que la conducta identificada como lesiva en el art. 17 de la ley 12.331 no es el contagio de la enfermedad venérea, la cual se encuentra prevista en forma específica, es decir, como figura independiente, en el art. 18 de la ley 12.331. Así, la prohibición analizada proscribire, en verdad, la mera eventualidad de que esa conducta se lleve a cabo en las “casas de tolerancia”, en sintonía con la finalidad higienista de proteger la mano de obra masculina.

De esta manera, se terminó por prohibir una acción respecto de la cual resulta irrazonable la formulación de una presunción legislativa de potencialidad para ocasionar perjuicios a terceros de conformidad con la exigencia del art. 19 de la C.N. Pues la atribución de un resultado causal a una cierta acción queda excluida cuando entre ellos interviene otra acción voluntaria, sea de un tercero, de la ‘víctima’ o del propio agente, caso en el cual, el resultado será, obviamente, efecto causal de esa segunda acción.

Pero si puede concederse que en el contexto aludido más arriba se eludieron los cuestionamientos que aquí se efectúan, ello no puede sostenerse más.

Sin perjuicio de ello, debe rescatarse que ya por aquellos años algunos legisladores, aun influidos por aquel pensamiento higienista, advirtieron que el Estado “... no puede cuidar al público, sino en una mínima proporción...” y que “... cada persona, debe saberse cuidar por sí misma. El Estado debe limitarse a educarlo y darle facilidades para prevenirse y curarse.” (De la palabra del miembro informante de la Cámara de Diputados, Diputado Padilla, conf. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del 26 de septiembre de 1935).

## *Poder Judicial de la Nación*

Es sabido que hoy en día las enfermedades venéreas se controlan sanitariamente a través de medicamentos específicos y medios de profilaxis de alcance masivo. Unos y otros no sólo resultan de acceso en los comercios del ramo sino que son provistos en forma gratuita en los hospitales públicos. Las dificultades que la ley de profilaxis tendía a suplir han disminuido en consonancia con las exigencias de prevención que ha impuesto la expansión de otra enfermedad de transmisión sexual: el virus de HIV. Ellas recaen no sólo en cabeza del Estado, a quien obligan a la constante emisión de campañas de concientización, sino fundamentalmente, en cabeza del propio individuo, a quien le reclaman el ejercicio pleno de su responsabilidad personal.

Desde esta perspectiva, el cuerpo de los individuos no puede ser hoy administrado por el Estado a través del ejercicio de un “biopoder”. Los derechos a la vida y la salud, de raigambre constitucional, son de estricta naturaleza individual, lo cual ha venido a ser afirmado por la incorporación con dicha jerarquía de tratados de derechos humanos, que refuerzan su reconocimiento como un derecho fundamental del hombre (Art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Pues bien, la conducta identificada en el art. 17 de la ley 12.331, no se presenta por sí misma como lesiva de la salud de los individuos, ni se conecta con la acción verdaderamente lesiva de ese bien de un modo directo. Sólo la lesión a través del contagio voluntario puede constituir en sí misma la base de una prohibición penal, que como viéramos se encuentra prevista en forma específica en el art. 18 de la referida ley.

De manera tal que la figura analizada quita agencia a individuos responsables y tensa en forma irrazonable la libertad individual sin conexión alguna de su ejercicio con el peligro temido por el legislador penal.

Esta conclusión deja abierto el interrogante de si el aparente paternalismo de la medida no se traduce en la imposición

perfeccionista de un ideal de excelencia humana. Pues teniendo en cuenta el bien jurídico afectado por la figura, y los cambios sociales a los que se ha aludido más arriba, que reclaman en el individuo el ejercicio pleno de ese ámbito de autonomía personal protegida constitucionalmente, su decisión de disponer de él por medio de su eventual autopuesta en peligro, no puede justificar la intervención del derecho penal.

Lo contrario equivaldría a admitir la legitimidad de una legislación que en lugar de ocuparse de brindar a los individuos la información necesaria para que elijan cursos de acción aptos para satisfacer sus propias preferencias subjetivas y planes de vida que han adoptado libremente (asumiendo sin lugar a dudas que su salud se trate de ese tipo de preferencia), imponga directamente, mediante su brazo más violento, el contenido de las preferencias y objetivos. Ello importaría negar el principio de autonomía de la persona, habida cuenta que el ejercicio de la libertad personal, en el caso, no implica poner a otros individuos en situación de menor autonomía relativa y por ello no contraviene el principio de inviolabilidad de la persona (Carlos Santiago Nino, “Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989).

Así, la conducta prevista por el art. 17 de la ley 12.331 al no revelarse como lesiva de ningún derecho de terceros se erige como una de aquellas acciones que se desarrollan dentro de la esfera privada (art. 19 de la C.N.).

Por lo tanto, se mantiene dentro del marco de “ordenada libertad” de los individuos protegida de toda imposición arbitraria o restricción sin sentido, que impide al legislador obrar de modo de destruir aquello que ha querido amparar -art. 28 de la C.N.- (del voto del Dr. Petracchi *in re*: “Bazterrica” -Fallos 308:1392-), y nos lleva hoy a concluir en la irrazonabilidad técnica de su selección como conducta prohibida a la luz del art. 19 de la C.N.

Con esto no se niega que esta conducta pueda aparecer como un medio o estructura para que se facilite o explote la prostitución de



## *Poder Judicial de la Nación*

una persona; de hecho, este Tribunal así lo valoró al afirmar la responsabilidad provisoria de las personas aquí imputadas, en relación con la facilitación de la prostitución de las menores de edad involucradas (Causa n° 42.488, caratulada “Vovk, Oleksandr s/procesamiento”, rta. el 11 de noviembre de 2008, Reg. 1356), pero esta última ingresa bajo la proyección normativa correspondiente que requiere siempre la presencia de los medios abusivos que la ley prevé.

En efecto, tal como sucedía contemporáneamente a la sanción de la ley 12.331 con el Código Penal de 1921 –conf. Ley 11.179–, en el actual cuadro de punición del Código Penal las conductas de explotación sexual de otra persona se identifican como aquellas llevadas a cabo por medios abusivos (engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad, o cualesquiera otro medio de coerción) en sintonía con el resguardo de los ámbitos de autonomía del individuo (art. 19 de la C.N.), sin perjuicio de que, desde ya, las mismas conductas, llevadas a cabo en relación con menores, no exigen dichos medios abusivos, habida cuenta que la relación abusiva ya se encuentra relevada a partir de la particular situación de vulnerabilidad del sujeto pasivo.

Hoy se encuentran recogidas en los artículos 125 bis, 126 y 127 del C.P. (facilitación de la prostitución de menores y mayores de edad -art. 125 bis y 126 del C.P., respectivamente- y explotación de la prostitución de mayores de edad -art. 127 del C.P.-). En él, además, la trata de personas con fines de explotación sexual se encuentra expresamente prevista a partir de la sanción de la ley 26.364.

Con lo que superado aquel primer cuestionamiento, tal vez quepa preguntarse si junto a la denunciada finalidad de control sanitario comenzaba a perfilarse ya, por ese entonces, otra perspectiva que si bien no se vio expresamente recogida en la ley, dio lugar al margen para las discrepancias que advirtiera Soler tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (conf. Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, T. III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, p. 339/343) a partir del cual, algunos identificaron la norma estudiada con las figuras de

“proxenetismo” (entre ellos: Luis Jiménez de Asúa, “La prostitución y el delito”, La Ley, t. 20, p. 1. Sección Jurisprudencia; Ricardo C. Núñez, Tratado de Derecho Penal, Tomo Tercero, Volumen II, Parte Especial, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1988, p. 370/371). Inclusive, Daniel P. Carrera, llegó afirmar que a partir de la sanción de la ley 21.338, el simple “proxenetismo” del art. 17 de la ley 12.331 se encontraba derogado (en ¿Rufianería o proxenetismo impune?, en J.A., 1979-II, 778/782, citado por Martha L. Hendler y Valeria A. Picco, en “La prostitución y sus discursos jurídicos: vergüenza, repugnancia y ley”, publicado en Revista de Derecho Penal 2008 II: delitos de peligro III, dirigido por Edgardo Alberto Donna, 1º ED., Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, p. 723).

En efecto, a partir de las alusiones de varios de los legisladores que acompañaron la ley con su voto, se llegó a afirmar que su acogimiento en el seno de ambas Cámaras se vio inspirada por el criterio abolicionista de la reglamentación de la prostitución, en boga por aquellos años en relación con el tratamiento jurídico de esa actividad.

En nuestro medio, desde 1874 y con algunos vaivenes hasta la sanción de esta ley, que como sostiene Molinario, fue también conocida como “de cierre de prostíbulos” (Alfredo Molinario, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Los Delitos, Tipográfica Editora Argentina, 1996, pág. 483) esta actividad se encontraba reglamentada en forma local y las casas donde se la llevase a cabo eran autorizadas bajo determinadas condiciones sanitarias.

Reseña Aftalión que en el ámbito capitalino, después de la sanción de la reglamentación en 1874, en varias oportunidades se iniciaron movimientos tendientes a derogar dicho sistema que imperaba en aquella época en buena parte del mundo: “En 1897 fueron diseminados los prostíbulos de Buenos Aires por distintos barrios... En 1919, al incorporarse al Consejo Deliberante, Ángel Giménez proyectó una ordenanza suprimiendo la reglamentación, pero sólo fueron puestas en vigor disposiciones referentes a profilaxis antivenérea. Otro paso adelante en la Capital fue la reducción del número de mujeres en cada lenocinio, que fue limitado a uno. Debe también

## *Poder Judicial de la Nación*

citarse el caso de varias localidades del interior, que no quisieron admitir los prostíbulos. En la Capital desde el 1° de enero de 1935 quedaron abolidas las casas de prostitución. Pero es necesario esperar hasta la sanción de la ley 12.331, para poder hablar de un instrumento orgánico para la lucha antivérea, con imperio en todo el territorio de la Nación.” (Conf. Enrique R. Aftalión, “Prostitución, proxenetismo y delito”, *La Ley*, t. 18, 1940, p. 99, Sección Doctrina).

En sintonía añade Jiménez de Asúa que “... la ordenanza, sobre ‘Moralidad y su reglamentación’, de julio 16 de 1919,... en el ámbito de la Capital de la República, por la que se crea el prostíbulo unipersonal... reglamentaba el ejercicio de la prostitución, que sólo podía practicarse en casas independientes, donde viviera una sola mujer, sin que pudieran concurrir otras, salvo las del servicio doméstico que tuvieran más de 45 años. Posteriormente se dio, en igual sentido, la Ordenanza Municipal, en la Capital, de 13 de mayo de 1927. Las disposiciones eran análogas, y a las ya conocidas se añadía que no podría establecerse más de una de esas casas por cuadra, ni tener signo alguno exterior que denunciase la ocupación de sus moradores.” (Conf. Luis Jiménez de Asúa, *ob. cit.*).

La adhesión al movimiento abolicionista por parte de muchos de los legisladores que votaron la ley surge de varios pasajes de los debates parlamentarios. A modo de ejemplo vale citar al miembro informante del primer despacho de la Comisión de Higiene y Asistencia Social en la Cámara de Diputados, al presentar el proyecto confeccionado sobre la base de los presentados por los diputados Tiburcio Padilla y Ángel M. Giménez, cuando en relación con la supresión de la prostitución reglamentada alude a la falta de eficacia que evidencia “... el examen de las meretrices...” (Del Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del 26 de septiembre de 1935).

Más ilustrativo aun es el alegato del miembro informante de la Cámara de Senadores al proponer la incorporación de la prohibición que hoy luce en el artículo 15 de la ley.

Este artículo, que en el proyecto propuesto por la Comisión de Higiene de la Cámara de Diputados figuraba bajo el número 11, había sido suprimido por la Comisión de Legislación del Senado en su despacho del 31 de julio de 1936.

Aquel artículo 11 prescribía “Queda prohibido el establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución o se incite a ella. Los que las sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente, serán pasibles de una multa de mil pesos moneda nacional. En caso de reincidencia serán penados con un año de prisión.” (Conf. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del 26 de septiembre de 1935).

Por ello decía el senador Serrey: “Aquí voy a proponer, a nombre propio, no en representación de la comisión, un artículo que para mí es substancial, tratándose de esta materia, y que dice así: ‘Queda prohibido en toda la República el establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución o se incite a ella.’

“No pretendo terminar con la prostitución... pero... ha llegado el momento de que deje de estar legalizada, oficializada, o como protegida por las autoridades públicas. (...)

“En esta materia existen tres grupos de legislación: la reglamentarista, que autoriza el funcionamiento de casas de lenocinio y las somete a una serie de inspecciones médicas, sanitarias, impuestos y patentes, etcétera; la abolicionista, que prohíbe el funcionamiento de esas casas y deja sin efecto toda clase de reglamentación; y finalmente, la prohibitiva, que va más allá, puesto que impone penas a las que ejercen la prostitución y a los que sean cómplices de ello. (...)

“La única razón que se aduce a favor de la prostitución reglamentada, consiste en decir que ella defiende la salud pública por el examen médico a que están sometidas las mujeres que forman parte de esas casas. Pero esta es una ilusión que la experiencia universal se ha encargado de disipar.” (Del Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del 18 de septiembre de 1936).

## *Poder Judicial de la Nación*

Incorporado finalmente el artículo al proyecto del Senado y vuelto a la Cámara baja, el miembro informante de la Comisión de Higiene, diputado Tiburcio Padilla señalaba: “Llegamos, por fin, a un principio de sumo interés, que hoy ya no se discute: la conveniencia para la profilaxis de las enfermedades venéreas de la supresión de la prostitución reglamentada. (...)

“ ...esta comisión ha llegado al resultado realmente sorprendente, diría paradójal, de que suprimidas las casas de tolerancia las enfermedades venéreas disminuyen [se apoya esta afirmación con los ejemplos de lo ocurrido en distintas ciudades y países del mundo]... los hechos son éstos y la explicación admisible es que el cliente de la casa de tolerancia reglamentada cree hallarse en presencia de mujeres que no pueden estar enfermas porque son revisadas, y entonces no toma precauciones. En cambio, aquel individuo que busca los favores de una cortesana clandestina no siente la misma seguridad, y se previene.” (Del Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del 9 de diciembre de 1936. La aclaración del corchete nos pertenece).

En igual dirección, el diputado Giménez, médico y autor de uno de los proyectos llevados a la Comisión correspondiente, señala “... nosotros en el Hospital Ramos Mejía, hemos tenido la paciencia durante un año, de hacer estadísticas de todas las enfermedades y al preguntárseles dónde habían recibido el contagio, el 90 % o 95 % de los enfermos se habían contagiado en casas de prostitución reglamentada.” (Del Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del 9 de diciembre de 1936).

Como corolario de todo lo expuesto, se llegó a afirmar que el criterio abolicionista de la reglamentación coadyuvó a la sanción de la ley estudiada en cuanto se lo consideraba conducente del control sanitario a ser instaurado.

En tal sentido se ha expresado la Sala Primera de la Cámara Nacional de Casación Penal, al afirmar que “... (l)a interpretación correcta de la ley es la abolicionista en el sentido de que no admite la reglamentación de

la prostitución y pretende suprimir los prostíbulos, a fin de resguardar la salud pública.” (Conf. “Calefatti, María y otro s/recurso de casación”, rta. 4/5/06). Más recientemente, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ha sostenido una interpretación similar en la C. 35.421, “Chanquia, Cristian Marcelo s/inf. Ley 12.331”, rta. 26/9/08.

No obstante, lo que se desprende de aquellos pasajes es que a aquella finalidad expresa subyace velada la de desalentar a la prostitución misma en consonancia con los propios postulados del abolicionismo, aun cuando suponía un umbral de reconocimiento a la mujer de aquel ámbito de autonomía privilegiado en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional.

En efecto, conforme surge de la profusa doctrina en la materia, el sistema abolicionista propugnaba “abolir” toda reglamentación de la prostitución (sistema reglamentarista), al mismo tiempo que rechazaba su castigo como delito (sistema prohibicionista), y pretendía, en cambio, suprimir los prostíbulos autorizados, para castigar la explotación y desalentar la trata de personas con fines de explotación sexual en resguardo de la libertad y dignidad humanas.

Sin embargo, este pensamiento también fue tributario de la imposición de modelos “correctos” de sexualidad y de vida cotidiana, y formó parte de los objetivos más evidentes del control social, al igual que los incluidos dentro del higienismo, siempre impregnado de una pretensión moralizadora.

Si la represión de la prostitución, especialmente considerada por el higienismo como factor de morbilidad y de degradación del cuerpo social, fue intentada, primero, a través de las intrusivas medidas propugnadas por el movimiento médico reglamentarista, luego, el movimiento abolicionista “...que tendría su principal representante en la inglesa Josephine Butler (1826-1906), una dama victoriana de profundas creencias religiosas que encabezaría una labor que oscilaba entre lo filantrópico y la denuncia de las condiciones de las prostitutas y la mujer en general... (a) pesar del impulso que dio a los reclamos por la libertad de la mujer, fue al fin igual o mayormente

## *Poder Judicial de la Nación*

moralizante que el reglamentarista, ya que se suponía que el final de la práctica de la prostitución vendría con la interiorización de los valores morales burgueses por parte de hombres y de mujeres...” (Anitua, ob. cit. p. 146).

Valores, herederos de la gazmoñería del régimen victoriano, a partir del cual “... la sexualidad es cuidadosamente encerrada. Se muda. La familia conyugal la confisca. Y la absorbe por entero en la seriedad de la función reproductora. El resto no tiene más que esfumarse. (...) Así marcharía, con su lógica baldada, la hipocresía de nuestras sociedades burguesas. Forzada, no obstante, a algunas concesiones. Si verdaderamente hay que hacer lugar a las sexualidades ilegítimas, que se vayan con su escándalo a otra parte: allí donde se puede reinscribirlas, sino en los circuitos de la producción, al menos en los de la ganancia. El burdel y el manicomio serán los lugares de *tolerancia*: la prostituta, el cliente y el rufián, el psiquiatra y el histérico –esos ‘otros victorianos’, diría Stephen Marcus- parecen haber hecho pasar subrepticamente el placer que no se menciona al orden de las cosas que se contabilizan; las palabras y los gestos, autorizados entonces en sordina, se intercambian al precio fuerte. Únicamente allí el sexo salvaje tendría derecho a formas de lo real, pero fuertemente insularizadas, y a tipos de discursos clandestinos, circunscritos, cifrados. En todos los demás lugares el puritanismo moderno habría impuesto su triple decreto de prohibición, inexistencia y mutismo.” (Conf. Michel Foucault, ob. cit., p. 10/11. La cursiva nos pertenece).

Se advierte, así, la atención que suscitarían la medicina y la sexualidad: “... es interesante por el doble énfasis sobre el cuerpo individual y el cuerpo social: la significación política del problema del sexo se debe al hecho de que el sexo se sitúa en el punto de intersección de la disciplina del cuerpo y el control de la población.” (Stuart Elden, “La peste, el panóptico y la policía”, en Revista “Nueva Doctrina Penal”, 2004/B, Buenos Aires, Editores Del Puerto, p. 522).

Ahora bien, como adelantáramos, las conductas de explotación de la prostitución caían dentro del espectro de la proyección

normativa del artículo 126 del C.P. En principio, no parecería pues coherente afirmar que el art. 17 de la ley 12.331 se trató de una medida destinada a la represión de la explotación de la actividad sexual de otra persona pero limitada únicamente a los casos en que ella se efectuaba en los lugares cuyo establecimiento aquella prohibía, no sólo porque habría implicado una duplicación innecesaria de tipos penales, sino porque la pena de multa que previó no guardaría ninguna relación con la gravedad de las penas estipuladas para este tipo de conductas en el Código Penal (reclusión y prisión de cuatro a diez años).

Por lo demás, según lo expuesto con anterioridad, nada impide que la actividad de sostener, regentear o administrar esos establecimientos, pese a no superar el umbral para configurar un tipo penal autónomo, pueda ser tenida en cuenta a la hora de evaluar la ocurrencia de conductas de explotación recogidas en los tipos penales correspondientes.

Sin embargo, lo cierto es que bajo el halo de la corriente abolicionista la norma llegó a interpretarse como una opción residual para impedir la explotación de la prostitución de otra persona y desalentar la propia actividad, con un claro fin perfeccionista, en tanto pretendía imponer como intereses personales las meras preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debía adoptar, o lo que es lo mismo, ideales de vida personales o planes de vida que los individuos no habían elegido (Carlos Santiago Nino, ob. cit.).

Entonces, esta interpretación también debe descalificarse a la luz del art. 19 de la C.N., pues éste impide que se incluya entre los intereses legítimos de terceros cuya afectación justifica la criminalización de una conducta, las meras preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debiera adoptar. Nos enfrentamos con una conducta que no implica por sí un riesgo apreciable de generar causalmente perjuicios relativamente serios a intereses legítimos de terceros, y por ello, se mantiene dentro de la esfera privada protegida constitucionalmente para su libre ejercicio.



## *Poder Judicial de la Nación*

En igual clave debe leerse la derogación de la figura de simple “rufianería”, alguna vez vigente y, oportunamente, desechada por invadir aquella órbita personal protegida constitucionalmente.

En efecto, la reforma al Título III del Libro Segundo del Código Penal, entonces denominado “Delitos contra la integridad sexual” y por la que se sustituyó su rúbrica por la de “Delitos contra la libertad sexual”, y derogó la figura, dio cuenta, también a través de sus antecedentes parlamentarios, de dicha circunstancia.

En este sentido, vale citar el contenido de uno de los proyectos presentados a las Comisiones de Legislación Penal y de Familia, Mujer y Minoridad, que explicó que “... (l)a supresión del tipo de rufianismo deja fuera del derecho penal sexual, cuando menos, aquellas conductas del rufianismo que inciden sobre una persona prostituida que desea ejercer la prostitución o mantenerse en ella pero sin verse obligada a aceptar especiales relaciones de dependencia. Por otra parte, en aquellos casos en que la persona, además, no desea ejercer o mantenerse en la prostitución, si adicionalmente se ve obligada a mantener unas indebidas relaciones de dependencia personal o económica, el contenido de lo injusto es obviamente superior. En ambos casos el contenido de lo injusto al que aludimos se inserta plenamente en el ámbito de la protección a la libertad sexual, del que no debemos separarnos.” (Antecedentes Parlamentarios, La Ley, 1999 B, p. 1583).

En igual sintonía, otro de los proyectos presentados a la mencionada Comisión, sostiene en relación con el *Rufianismo* del art. 127 del Código Penal “... (s)e repone este delito que fue el originario artículo 127 de la ley 17.567, pero con una variante: la figura básica se integra con los elementos que vician el consentimiento. Esto es así porque lo que se quiere proteger es la libertad sexual de la víctima, que se ve lesionada cuando otra persona la obliga a ejercer la prostitución para explotar sus beneficios económicos. De manera que quedarían fuera de la norma los casos donde la víctima voluntariamente accede a mantener una relación de dependencia porque

mantiene un lazo afectivo con el ‘rufián’.” (Antecedentes Parlamentarios, op. cit., p. 1595).

Del mismo modo, se decía que “... (r)especto del rufianismo... es dable hacer hincapié en que la configuración del tipo requiere de un atentado contra la libertad sexual de la víctima, de manera que sólo nos encontraremos ante tal injusto, cuando el autor actúe contra la voluntad de ésta última.” (Antecedentes Parlamentarios, op. cit. p. 1609).

De otra parte, también resultan ilustrativas las alusiones de Aftalión acerca del sistema prohibicionista que abogaba por la existencia de aquellas figuras de simple “rufianería” o “proxenetismo”, en tanto este sistema identificaba a la prostitución como el equivalente del delito en la mujer, y los llamados “proxenetas” y “rufianes” como aquellos que proveían a su comisión al lucrar con la actividad.

Así, señalaba el autor citado que “... (l)a repulsa del sistema prohibicionista no es, en realidad, otra cosa que una aplicación de los principios de respeto por la personalidad humana y por las acciones privadas, principios que se encuentran en la base de casi todos los ordenamientos jurídicos de los países civilizados.” (aut. cit., ob. cit., p. 103).

El enfoque sostenido en esta resolución, centrado en la explotación como objetivo de la prohibición, acompañada con medidas no punitivas para reforzar aquella finalidad, no sólo, según lo expuesto, resulta compatible con la base de la libertad individual que, como cimiento de todas las garantías, se encuentra protegida por la “seguridad individual” del art. 19 C.N., sino que además comparte la preocupación internacional en la temática, centrada en la explotación, de la cual se ha hecho eco también el legislador nacional.

En efecto, los esfuerzos de la legislación nacional para desalentar la *explotación* de la prostitución de menores y mayores de edad, y las instancias directamente vinculadas, que incluso exceden las fronteras y que cada día convocan la preocupada atención de más sectores sociales y operadores internacionales, han redundado, en nuestro ámbito, en la sanción

## *Poder Judicial de la Nación*

de la ley 26.364 sobre trata de personas. Al respecto, resultan oportunos los reclamos de aquellos sectores en relación con la mayor atención que cabe dirigir a la captación de menores de edad, a partir de su particular situación de vulnerabilidad.

En este contexto, nuestro país había aprobado, ya en el año 1957, el Convenio para la Prevención de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena y su Protocolo, en el año 1960, mediante las leyes 11.925 y 15.768 respectivamente.

Sin perjuicio de que tal acuerdo multilateral, no reviste jerarquía constitucional, en orden al compromiso asumido en su art. 1º, a lo dispuesto por el art. 31 de la C.N. y a los arts. 27 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, nuestro país se encuentra vinculado por dichas disposiciones que, según lo dicho, han de ser interpretadas en armonía con los imperativos negativos establecidos por la Constitución Nacional.

El Convenio se enmarca en la preocupación internacional destacada, pues su objetivo está dirigido a prevenir la explotación y la trata de personas. De acuerdo con el razonamiento efectuado, nuestras leyes penales – *específicamente los artículos 125 bis a 127 del C.P.* – reprimen la explotación en sí misma, por resultar lesiva para el bien jurídico protegido, mientras que la reciente ley denominada “Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas” se inscribe en el mismo contexto.

De allí que las disposiciones contenidas en el art. 2 del Convenio referido no se erijan como obstáculos para la intelección aquí sostenida, de acuerdo con la cual se refuerzan los objetivos allí tenidos en miras sin tensión de los derechos individuales contenidos, en lo que aquí interesa, en el art. 19 de la C.N. Por ello se ha hablado de la prohibición penal de la explotación, acompañada necesariamente, con medidas que permitan ejercer la autonomía que hace a la propia definición del individuo como sujeto moral y, en consecuencia, como ciudadano.

En esta dirección, la compartida preocupación relativa a la explotación y trata de personas, no puede conducirnos a confundir los objetivos ni los medios para alcanzarlos, sino que debe advertirnos, en cambio, sobre la necesidad de intensificar los esfuerzos para que el Estado arbitre los medios más adecuados para no desnaturalizar aquello que ha querido amparar y que, por otra parte, se encuentra entre sus propios cimientos como Estado de Derecho.

En virtud de todo lo cual, habrá de declararse la inconstitucionalidad del art. 17 de la ley 12.331, en cuanto reprime a quien sostenga, administre o, regentee, ostensible o encubiertamente casas de tolerancia (arts. 19 y 28 C.N.), solución a la que el magistrado de grado deberá adecuar la situación procesal de los imputados Oleksandr Vovk e Isabel Rojas, quienes se encuentran procesados en orden a dicha figura.

b) Respecto de su participación en la conducta tipificada en el artículo 125 bis del C.P. en relación con la menor identificada como V-1.

El juez de grado adoptó el temperamento criticado con fundamento en la ausencia de indicios que permitan presumir que Natalia haya conocido a V-1. Ponderó para ello que del relato de la menor no surge ninguna referencia a la imputada y que las que surgen de las demás pruebas corresponden al año 2008. A partir de allí, infirió que para el año 2007 Natalia todavía no había ingresado a trabajar con Rojas. Asimismo, consideró que la premura de la clausura de la etapa instructoria impide producir más medidas para obtener pruebas de ello.

Recurre el agente fiscal el sobreseimiento de la imputada respecto de su participación en facilitación de la prostitución de la menor identificada como V-1 por considerarlo prematuro.

Pone de relieve que al momento de declarar, Murgia reconoció haber empezado a trabajar para Rojas a mediados de 2007, fecha que coincide con el período en el cual se facilitó la prostitución de la menor identificada como V-1 (marzo a noviembre de 2007), por lo que no puede afirmarse en forma fehaciente que la imputada no haya tenido vinculación con

## *Poder Judicial de la Nación*

dicha conducta llevada a cabo en el departamento de la calle Av. Córdoba 2945 1° “A” de esta ciudad. Agrega que atento a las manifestaciones de la menor en punto a la poca presencia de la imputada Rojas en los departamentos, puede inferirse que ésta ya había delegado las responsabilidades de control de la actividad en Murgia.

Sin perjuicio de ello, y dado que en las diferentes entrevistas que se llevaron a cabo no se consultó a la menor respecto de este último extremo, considera necesario que se realice una rueda de reconocimiento preservando todas las garantías de V-1, o en su defecto, que se la entreviste nuevamente, con el objeto de dilucidar la participación de Murgia en el hecho investigado.

Pues bien, respecto de este extremo los suscriptos comparten la crítica y consideran conducentes las medidas de prueba solicitadas para zanjar las dudas que tornan prematuro desvincular definitivamente a la imputada del hecho bajo estudio.

En consecuencia, a tal fin habrá de adoptarse un temperamento expectante a su respecto en relación con este hecho, sin que ello impida que se evalúe la posibilidad de extraer testimonios a efectos de continuar con la pesquisa en este sentido y pasar a la siguiente etapa procesal en los casos que así lo permitan, aun cuando a partir de lo resuelto por esta Sala (conf. C. 43.008, “Vovk, Oleksandr s/rechazo de excarcelación”, rta. el 23 de abril de 2009, Reg. 339) la situación de detención del imputado Vovk, esgrimida por el *a quo* como óbice para continuar con la pesquisa en este sentido, ya no se mantiene.

c) Respecto de su participación en la conducta tipificada en el artículo 125 bis del C.P. en relación con la menor identificada como V-2.

Acreditada preliminarmente la materialidad del suceso cuya intimación ya fuera transcripta más arriba, el magistrado de grado afirmó que la responsabilidad de la causante en calidad de partícipe se desprende de las características de las funciones que aquella tenía asignadas vinculadas con

la contratación de las mujeres, y del poder de decisión similar al de Rojas que poseía en el manejo del negocio.

Así, entendió que su rol ingresó en un ámbito de competencia que impide desligarla de la contratación de la menor de edad V-2, máxime cuando ésta dio referencias de su presencia en el departamento en el que se desempeñó (conf. certificaciones de entrevistas de fojas 1009 bis y 11/12 del legajo reservado de V-2) y la propia Murgia manifestó que había tenido contacto con ella exigiéndole que aportara su D.N.I..

La defensa discrepa con la valoración probatoria efectuada por el *a quo* para atribuir a su asistida la conducta ilícita bajo estudio. A su criterio, el que se haya probado que Murgia no intervino en la contratación de la menor identificada como V-2 sumado a que ésta aparentaba la mayoría de edad que manifestó poseer, impiden afirmar que la haya contratado o tolerado su contratación a sabiendas de su minoridad.

Además, valoró positivamente la versión dada por su defendida en punto a la insistencia con que habría reclamado a V-2 la exhibición de su D.N.I.. Ello, a fin de evidenciar los recaudos que se tomaba para evitar el trabajo de menores en los establecimientos, y afirmar que en todo caso, Murgia se habría encontrado inmersa en un error de hecho que exime su responsabilidad por esta conducta.

Para dar sustento a esta hipótesis el apelante esgrime las apreciaciones en punto a la apariencia de edad de la menor, que surgen del anterior resolutorio de mérito, y solicita en consecuencia, que cuanto menos se adopte un temperamento expectante hasta tanto profesionales del Cuerpo Médico Forense se expidan sobre este extremo.

Planteado el caso, los suscriptos consideran que las circunstancias objetivas comprobadas de la causa, correctamente valoradas por el *a quo* resultan suficientes para afirmar, con el grado de certeza exigido por la etapa procesal por la que se transita, la responsabilidad de Murgia en el suceso que involucró a la menor identificada como V-2.

## *Poder Judicial de la Nación*

Máxime, teniendo en cuenta que la acción de facilitar la prostitución prevista en el art. 125 bis del C.P. puede ser asumida no sólo suministrando medios sino también brindando oportunidades y eliminando obstáculos para que el menor pueda concretar el ejercicio de la actividad que ya ha decidido emprender o continuar (Carlos Creus - Jorge Eduardo Buompadre, Derecho Penal, Parte Especial, T. I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 234). Estas modalidades comisivas resultan compatibles con las acciones desplegadas por la nombrada, y que surgen del vasto plexo probatorio acumulado.

Efectivamente, de la lectura de las actuaciones principales se desprende que la contratación de V-2 no resultó ser un hecho aislado del que la imputada Murgia no tuviera conocimiento.

Cobra relevancia sobre el punto cuanto surge de sus propios dichos en tanto afirma que habría tenido contacto con aquélla, y le habría reclamado la exhibición de su D.N.I. en reiteradas oportunidades, puesto que ello mismo viene a desvirtuar su versión en relación con los recaudos que finalmente tomaba para evitar el trabajo de menores en los establecimientos que regenteaba, dado que, en definitiva, la menor, no sólo fue contratada sin cumplir con ese requisito sino que permaneció trabajando bajo su anuencia aun con conocimiento de esa circunstancia.

El extremo, por lo demás, se ve robustecido por los dichos de varias testigos que trabajaban en el departamento de Suipacha, que aluden a que el día de los allanamientos se trató de evitar que fueran encontradas menores trabajando. Entre ellos, el de fojas 922/vta. en el que la testigo manifiesta que: "...había rumores entre las chicas de que había otra menor trabajando en uno de los departamentos, pero que fue advertida por un tarjetero para que no fuera a trabajar ese día de los allanamientos...".

Asimismo, el de fojas 925/926 donde la testigo señaló que la noche del viernes fue compelida por Natalia a trasladarse junto a ella al departamento de la Av. Córdoba y textualmente refirió: "...no recuerdo si fue la recepcionista o Natalia quien le pregunta a una de las dos chicas que

estaban en el lugar cuantos años tenía porque estaban viniendo de Gendarmería en busca de menores, ante ello yo le pregunté al respecto y me dijeron que me quedara tranquila porque yo era mayor de edad y que estaban arreglados con la policía ya que siempre le aportaban dinero.”

Tales circunstancias objetivas evaluadas en el contexto del rol que desempeñaba Natalia en la organización de la actividad desarrollada por Rojas, sugieren que la facilitación de la prostitución de la menor identificada como V-2 no se trató de un hecho del que aquella no tuviera conocimiento y resultan suficientes para atribuirle, con el grado de probabilidad requerido por un auto de procesamiento, responsabilidad en calidad de partícipe en el suceso que la involucró.

Por ello, habrá de confirmarse el temperamento adoptado a este respecto.

d) Respecto de la conducta tipificada en el art. 5° “c” de la ley 23.737.

A fojas 1371/1372 y 1413/1414 del principal se intimó a Murgia el hecho así calificado como “... 2)... *haber comercializado material estupefaciente en forma regular, al menos desde el año 2007, en los departamentos privados de mención, tanto a los clientes que asistían a ellos o bajo la modalidad ‘delivery’ (lo que implicaba que la droga era remitida a los domicilios de los clientes a través de las trabajadoras sexuales cuando éstas eran enviadas a cumplir un servicio), como a las propias mujeres que trabajaban allí, a quienes se les descontaba como contraprestación una porción del dinero que habían recibido por el servicio.*”.

Para adoptar la decisión cuestionada el *a quo* tuvo en cuenta los testimonios contestes de las empleadas del lugar (fojas 927/8, 934/5 y 991/3) y su coincidencia con cuanto surge de las escuchas de los abonados correspondientes.

En oportunidad de manifestar su voluntad recursiva en relación con la imputación referida, la defensa circunscribió su agravio a la ausencia de elementos de prueba suficientes para sustentarla, en virtud de que



## *Poder Judicial de la Nación*

no se secuestraran en los allanamientos efectuados estupefacientes ni ningún elemento que indique su comercialización o suministro. Cuestionó asimismo el valor convictivo de cuanto surge de las escuchas telefónicas efectuadas en autos. Esos argumentos fueron renovados en el memorial de fojas 38/41.

Ahora bien, tal como manifestáramos en oportunidad de nuestra anterior intervención, la ausencia de secuestro de material estupefaciente no impide fundar una presunción eficaz para la adopción de un temperamento como el cuestionado, cuando como en el caso existen otros elementos que robustecen el cuadro probatorio que surge de las escuchas telefónicas y demás testimonios recabados.

En este sentido, más allá de las referencias de varias de las testigos al comercio de estupefacientes a los clientes y a las mujeres que se desempeñaban en los departamentos allanados (fojas 75; 732/733; 796/797; 800/801), vinculan directamente a la imputada Murgia con dicha actividad, los testimonios contestes de fojas 934/936; de la persona que declaró bajo reserva de identidad individualizada como V-3 (certificado de fojas 991/993); y de fojas 927/928. Todos ellos dan cuenta de la modalidad utilizada y la intervención de la nombrada.

Así, la primera de las testigos, que al declarar en sede judicial manifestara que en el momento del allanamiento del departamento de la calle Humboldt 1545 de esta ciudad se desempeñaba allí como recepcionista, señaló que "... cuando llamaba algún cliente 'importante'... me pedía por alguna chica y que ella llevara 'caramelitos'... Ante ello yo le decía a Natalia y ella se encargaba de todo. Nunca vi la forma en que entregaba la droga, pero sí un día hablé con Natalia y le pregunté por esos caramelitos y ella me afirmó que era droga.". Agregó que las chicas consumían drogas, que tanto Natalia como Alex se la vendían, la primera a \$ 60 y el segundo a \$ 50.

Por su lado, la testigo identificada como V-3, manifestó en relación con las funciones de Natalia que manejaba todo el tema de la droga a través de la utilización de "handys". Se comunicaban en clave diciendo "traeme un besito" o "traeme dos besitos", cuando se referían a uno o dos

envoltorios de cocaína. Asimismo, señaló que a las recepcionistas de los departamentos las hacían vender droga, le dejaban el material para que lo colocaran. Por otro lado señaló que si llegaba un cliente y quería droga y no había, llamaban a Natalia y ésta se comunicaba con Alex, quien traía la droga personalmente o presuntamente a través de tarjeteros. Indicó que Natalia era la que les suministraba la droga a las chicas y no le importaba si éstas se sentían muy mal, ella aprovechaba y les vendía. Como contraprestación, les descontaba del producido de los servicios. Reiteró que la droga se conseguía siempre a través de Natalia o Alex.

Todo ello se ve robustecido por el testimonio de Romina Claudia Tévez (fojas 927/928) quien refirió que en una oportunidad había tenido que ir a un domicilio y llevar droga para el cliente, sindicando a Alex y a Natalia como las personas que “se encargaban de eso”. Al respecto, señaló que “... A veces yo llegaba antes al domicilio y ellos después llegaban al domicilio y le traían al cliente lo que pedía, y tocaban el portero o me avisaban al celular”.

Con lo que contamos con al menos tres testimonios directos de la actividad que se le imputa a Murgia, entre los que inclusive uno refiere un contacto inmediato con ella, que al confirmar los indicios que surgen de las escuchas telefónicas y demás testimonios recabados, nos permiten afirmar provisoriamente su responsabilidad en relación con la conducta descrita en el art. 5° inc. “c” de la ley 23.737.

2) Situación de María Rosa Rondoletto como partícipe de la conducta descrita en el art. 125 bis del C.P. en relación con la menor identificada como V-2.

A fojas 900/901 se imputó a Rondoletto el hecho así tipificado como “... 1) *haber brindado una colaboración esencial a la imputada Isabel Rojas para que explotara sexualmente a una persona menor de edad que en autos ha sido identificada como V-2, quien se encontraba teniendo relaciones sexuales con un hombre el día 20/9/08 al momento en que empezó el allanamiento realizado por personal de Gendarmería Nacional en*

## *Poder Judicial de la Nación*

*la calle Suipacha 670 2° Piso de esta ciudad, siendo la declarante la encargada del lugar. En este sentido, se le endilga haber intervenido en la recepción de la menor en el local mencionado y en el facilitamiento del lugar y de los medios para que ésta ejerciera la prostitución, obteniendo el rédito económico derivado de dicha actividad.”.*

El señor juez *a quo* afirmó la vinculación de la imputada con la maniobra relatada a partir de cuanto surge del testimonio de la víctima y las testigos de la causa que la señalan como la persona que había entrevistado a la menor, la había tomado para trabajar no obstante no tener constancias de su mayoría de edad y, la había enviado a distintos domicilios de clientes para prostituirse. Señaló que los pormenores vinculados con el tipo subjetivo de su conducta deben dilucidarse en la instancia oral.

Los agravios de la defensa que fueran sostenidos en la oportunidad prevista por el art. 454 del C.P.P.N. fijando así la jurisdicción revisora del Tribunal, cuestionan tanto la valoración probatoria efectuada por el *a quo* para vincular a Rondoletto con la facilitación de la prostitución de la menor identificada como V-2, como el cambio de temperamento que ello ha significado respecto del adoptado por el entonces titular del juzgado instructor que había dispuesto la falta de mérito en relación con este hecho.

En cuanto al primer agravio se alega que el juez de grado no ha realizado una valoración plena del plexo probatorio arrimado pues sólo habría analizado las pruebas de cargo, e ignorado las de descargo, principalmente los testimonios que refieren que su defendida desconocía la presencia de la menor en el departamento de la calle Suipacha; que no tenía participación en la selección de las trabajadoras y que no se hallaba asiduamente en el lugar.

Asimismo, intenta desvirtuar la convicción de que su pupila era la encargada del local de mención a partir de los testimonios que la sindicaban como recepcionista, incluido el descargo de la imputada Rojas que la reconoce como tal.

En relación con este aspecto, en el memorial presentado a fojas 81/85, alega que su asistida no tenía ninguna responsabilidad en la gestión del negocio, esgrimiendo como prueba de ello la referencia a su carácter de “franquera” que surge del testimonio de una de las empleadas, quien alude a que Rondoletto se dedicaba a cubrir los francos de las demás recepcionistas. Añade que su función se limitaba a atender al teléfono sin que ello implicara acercarse a los clientes para que se materialice la prostitución de menores y que la función de control y entrevista de aspirantes recaía sobre Natalia.

En consonancia con ello, en tal ocasión esgrimió la alegada falta de conocimiento sobre la minoridad de V-2 como un error de tipo excluyente del dolo exigido por el delito endilgado.

Finalmente, en cuanto al otro agravio sostuvo que el cambio de temperamento efectuado sin que se hayan producido nuevas pruebas que lo justifiquen significó la violación al principio de preclusión procesal y la afectación a un derecho adquirido de la imputada, dado que la falta de mérito oportunamente dictada fue consentida por el acusador público al no recurrir el fallo.

Pues bien, así planteado el caso y arribado el momento de resolver, consideramos que los agravios expresados no logran desvirtuar el pronunciamiento recurrido, motivo por el cual adelantamos que será confirmado.

En primer lugar, cabe descartar el agravio vinculado con el cambio de temperamento efectuado en relación con el hecho bajo estudio, pues más allá de que los suscriptos no tuvieron ocasión de revisar la falta de mérito oportunamente adoptada y sin perjuicio de considerar acertada la valoración efectuada en el resolutorio ahora apelado, aquella decisión lejos de tratarse de un derecho adquirido resulta un pronunciamiento de tipo provisorio que, por su naturaleza, exige una valoración posterior ya sea a favor de la continuidad de la pesquisa o en sentido contrario.

## *Poder Judicial de la Nación*

Por lo demás, contrariamente a cuanto sostiene el impugnante, entre uno y otro resolutorio se han incorporado nuevos elementos, que permiten una evaluación más amplia de las circunstancias en las que se desarrollaron los hechos aquí investigados -v. descargos de fojas 1205/1208 vta.; 1406/1412-.

Ante este escenario, nos encontramos en condiciones de afirmar que la valoración conjunta de las constancias de la causa permite atribuir a la imputada Rondoletto responsabilidad como partícipe de la facilitación de la prostitución de V-2.

Sucede que las circunstancias alegadas por la defensa o bien se ven desvirtuadas por otras comprobadas de la causa o no logran conmover el grado de convicción sugerido por aquellas.

En efecto, las esgrimidas para negar la intervención de la imputada en la contratación de la menor se ven refutadas por los testimonios de varias de las trabajadoras que la indican como la encargada del departamento de Suipacha (fojas 926) y afirman haber sido entrevistadas y contratadas por ella, robusteciendo así los dichos de la menor damnificada en este sentido (fojas 925 *in fine*/vta. y 991/993).

Estos testimonios conforman un cuadro indiciario acerca del poder de decisión de la imputada en ciertos aspectos del negocio que la ubica en una función de mayor jerarquía que la de una simple recepcionista. En este contexto, el alegado carácter de “franquera” puede leerse en clave diferente junto con cuanto surge de los testimonios que la señalan como la persona de confianza de Rojas (conf. fojas 992 vta.).

Finalmente, cabe reeditar lo dicho en relación con la consorte de causa Murgia, en cuanto que para que se configure la acción típica de facilitar la prostitución de un menor resulta suficiente que el agente ayude o contribuya de cualquier modo para que ella se lleve a cabo.

En este sentido, el aporte de la imputada estuvo dado por la contratación de la menor sin que aquélla diera cuenta de su alegada mayoría de edad, y por haberla enviado a distintos domicilios de clientes para

prostituirse (conf. declaraciones de V-2 de fojas 1009 bis de los autos principales, y demás testigos que reconocen que se desempeñó en el departamento de Suipacha –fojas 922/vta.; 925/926; 929/930-).

Por ello, sin perjuicio de que la menor hubiera mentido sobre su edad, la circunstancia señalada en el párrafo precedente, sumada a los indicios que surgen de la causa acerca del trabajo de menores en los establecimientos (conf. fojas 922; 925/926; 991/993), sugieren que la facilitación de la prostitución de la menor identificada como V-2 no se trató de un hecho del que no tuviera conocimiento, y permiten atribuirle, con los alcances propios de un pronunciamiento como el que revisamos, responsabilidad en calidad de partícipe en el suceso que la involucró.

En consecuencia, habrá de homologarse el procesamiento adoptado a su respecto.

3) Situación de Isabel Rojas:

a) Respecto de la conducta descrita en el artículo 125 bis del C.P. en relación con la menor identificada como V-2.

A fojas 905/906 del principal se imputó a Rojas la conducta así calificada como “... 1) *haber tenido a su cargo, administrado y regentado -con la colaboración de distintas personas entre las que tenían un papel preponderante el Sr. Oleksandr Vovk y una mujer de nombre ‘Natalia’- tres departamentos en los cuales se ofrecían servicios de prostitución, ubicados en Av. Córdoba 2945, Humboldt 1545 PB y Suipacha 670 piso 2 dto. ‘I’ de esta ciudad...* b) *en el último de los domicilios indicados explotó sexualmente a una joven menor de edad identificada como V-2, quien el día 20/9/08 fue hallada teniendo sexo con un hombre mayor de edad en el allanamiento realizado en el lugar por personal de Gendarmería Nacional. A tal efecto, las reclutó, las recibió en el domicilio indicado, les retuvo los documentos, les facilitó el lugar y los medios para el ejercicio de la prostitución y obtuvo el rédito económico derivado de dicha actividad.*”

Sin perjuicio de la falta de mérito oportunamente dictada por el entonces titular del Juzgado en relación con este hecho, el ahora juez a

## *Poder Judicial de la Nación*

cargo de la investigación entendió suficiente para afirmar la responsabilidad que en él cabe a Rojas, que desde el punto de vista objetivo éste se encuentre acreditado.

Consideró que los pormenores vinculados con el aspecto subjetivo deberán ser ventilados y merituados en el juicio oral correspondiente habida cuenta de la situación de detención de una de las personas imputadas que impide ahondar en la actividad probatoria a este respecto.

Ello, sin perjuicio de la presunción que sobre este tópico puede efectuarse a partir del acreditado marco en el que tuvo lugar, donde además no se trató de un hecho aislado, sino que junto con el que vinculó a la menor identificada como V-1, vino a desvirtuar el descargo de la imputada en relación con los recaudos que tomaba para evitar el trabajo de menores de edad en los departamentos que explotaba.

La defensa objeta simultáneamente la valoración de la prueba y el razonamiento que el *a quo* ha efectuado para vincular a su asistida con el hecho imputado. Señala que a su criterio la prueba aunada da cuenta de la ausencia de nexo de causalidad entre el accionar de su pupila y el hecho atribuido, tanto como del elemento subjetivo exigido por la figura penal bajo análisis, y al mismo tiempo se queja del errado juicio de imputación objetiva que se desprende de la criticada valoración, dado que se responsabiliza a su asistida por todo lo que ocurría en los locales a partir de la sola circunstancia de que eran explotados por ella.

En punto a la falta de nexo de causalidad, esgrimió la intervención que en el hecho de la contratación de la menor V-2 tuvo la imputada Rondoletto, y la desobediencia que ello había implicado de las órdenes dadas por Rojas.

Asimismo, en relación con la alegada ausencia de conocimiento de parte de Rojas acerca de esta circunstancia aludió, por un lado, a la falta de contacto de la nombrada con la menor -la presencia de esta última en el departamento de la calle Suipacha habría sido por espacio de un día-, y por otro, el error en el que habían incurrido quienes la contrataron. Al

respecto, puso de resalto los propios dichos de la menor, quien refirió haber mentido sobre su edad para ingresar a trabajar.

Finalmente, en relación con el alegado juicio de imputación objetiva recalcó que el error radica en la identificación del riesgo jurídicamente desaprobado dado que la actividad comercial que la imputada llevaba a cabo iba destinada a facilitar la prostitución de mayores, y no de menores de edad, y por ello, resultaba lícita.

Sin perjuicio de ello, como corolario de la falta de acreditación del aspecto subjetivo del delito atribuido solicitó que se sobresea a la imputada en esta etapa.

Los suscriptos consideran que los agravios expresados no logran conmover el grado de convicción sugerido por la prueba acumulada respecto de la responsabilidad que le cabe a Rojas en el hecho de facilitar la prostitución de la menor identificada como V-2.

Recuérdese que ya hemos tenido ocasión de valorar y desvirtuar la versión brindada por Rojas con relación a los recaudos que exigía a fin de evitar el trabajo de menores en los establecimientos que administraba. Dicha circunstancia, sumada a que se ha comprobado que V-2 se encontraba trabajando en uno de aquellos establecimientos, nos llevaron en aquella oportunidad a valorar positivamente los dichos de V-1, quien por lo demás, afirma que Rojas tenía conocimiento de su minoría de edad.

Pero fundamentalmente, tuvimos en cuenta que para que se configure la acción típica de facilitar la prostitución de un menor resulta suficiente que el autor ayude o contribuya de cualquier modo para que ella se lleve a cabo, por lo que afirmamos que en el caso de la imputada es la estructura montada -valorada por el *a quo* a la luz del art. 17 de la ley 12.331-, la que importó suministrar los medios para que la menor pueda concretar su actividad.

Son dichas circunstancias objetivas valoradas en forma conjunta con cuanto surge de otros testimonios que dan cuenta del trabajo de menores en los establecimientos que administraba Rojas (conf. fojas 922;



## *Poder Judicial de la Nación*

925/926; 991/993), las que sugieren que la contratación de V-2 no se trató de un hecho del que aquélla no tuviera conocimiento y permiten atribuirle, con los alcances propios de un pronunciamiento como el que revisamos, responsabilidad en calidad de autora en el suceso que la involucró.

En consecuencia, el procesamiento criticado será homologado a este respecto.

b) Respecto de la conducta descrita en el artículo 10 de la ley 23.737.

La crítica fundamental de la defensa expresada sobre el punto en el libelo recursivo y que fuera reeditada en la oportunidad prevista por el art. 454 del rito, transita por el camino de esgrimir una falla en el razonamiento del *a quo* para tener por acreditado el aspecto subjetivo de la hipótesis delictiva bajo estudio.

Argumenta que el temperamento aquí cuestionado se ha derivado erróneamente del que vinculó a los imputados Murgia y Vovk por el delito de comercio de estupefacientes, por lo que, a su criterio, carecería de basamento probatorio. Se sostiene, en consecuencia, que se ha hecho aparecer el tipo penal del art. 10 de la ley 23.737 como un tipo residual de la imputación inicial que no ha podido acreditarse (art. 5° “c” de dicha ley), o bien como un “tipo omisivo”, dado que el *a quo* no ha explicado el modo en que la conducta allí descrita se ha exteriorizado.

Pues bien, llegado el momento de resolver el asunto, **el Dr. Eduardo Freiler dijo:**

Más allá de no compartir las críticas esbozadas, considero que el temperamento atacado debe ser descalificado como acto jurisdiccional válido en tanto ha implicado una afectación a la garantía constitucional del *ne bis in idem*, traducida en la prohibición de doble persecución, que obliga al Tribunal a declarar su nulidad oficiosamente (art. 168 del C.P.P.N.).

Dicha afectación se advierte a poco que se repare en que a las imputaciones por las que simultáneamente se dictó el procesamiento de Rojas en orden a la figura prevista en el art. 10 de la ley 23.737 y se la

desvinculó por el art. 5° “c” de dicha normativa (punto IV del resolutorio apelado), subyace la misma secuencia fáctica en la que convergen iguales circunstancias de tiempo, modo, lugar y personas intervinientes, sin que el recorte efectuado en función de las normas de que se trata evidencie cambios esenciales que en el caso hayan mutado la base imputativa así delimitada.

La identidad objetiva de las imputaciones de las que hablo, y que hace en el caso operar la regla del *ne bis in idem*, se desprende de la mera lectura de la descripción que se hizo del hecho imputado en los actos en los que fue intimada Rojas, en tanto en uno y otro se la vinculó desde distintos aspectos en el mismo acontecimiento histórico, a saber, la actividad de comercio de estupefacientes que se llevaba a cabo en los departamentos que sostenía y administraba.

Repárese en que a fojas 905 se imputó a la nombrada “... 1) *haber tenido a su cargo, administrado y regentado -con la colaboración de distintas personas entre las que tenían un papel preponderante el Sr. Oleksandr Vovk y una mujer de nombre ‘Natalia’- tres departamentos en los cuales se ofrecían servicios de prostitución, ubicados en Av. Córdoba 2945, Humboldt 1545 PB y Suipacha 670 piso 2 dto. ‘I’ de esta ciudad... 2)... comercializar regularmente material estupefaciente a los clientes de los departamentos privados mencionados, tanto en el interior de éstos, como bajo la modalidad ‘delivery’, el cual era remitido a través de las trabajadoras sexuales cuando éstas eran enviadas a cumplir un servicio. En este mismo sentido, se le atribuye haber comercializado estupefacientes a las mujeres que trabajaban bajo sus órdenes, entre ellas las menores de edad, a quienes se les descontaba como contraprestación una porción del dinero que habían recibido por el servicio”.*

Luego, como consecuencia del señalamiento de este Tribunal en ocasión de su anterior intervención -donde se advirtió sobre la conveniencia de no perder de vista los límites establecidos por aquella intimación-, a fojas 1347 se le imputó “... *haber facilitado los tres departamentos explotados comercialmente por ella -ubicados en las calles*

## *Poder Judicial de la Nación*

*Suipacha 670 piso 2° dto. I, Humboldt 1545 'PB' y Av. Córdoba 2945 piso 1 dpto. 'A', todos de esta Ciudad-, así como los medios y el personal que allí se desempeñaba, para la actividad de venta y suministro de material estupefaciente que en ellos se llevaba a cabo (por la que ha sido procesado Oleksandr Vovk) tanto a las mujeres que ejercían la prostitución en los inmuebles como a los clientes que concurrían al lugar o solicitaban los servicios y la droga telefónicamente. Tal conducta se califica en forma provisoria como incurso en el delito previsto y reprimido en el art. 10 de la ley 23.737”.*

Con lo que el comportamiento imputado en la segunda intimación se presenta como una modalidad de intervención en el endilgado en la primera, donde las normas involucradas permiten resaltar o recortar el aspecto vinculado con dicho extremo sin perjuicio del relacionado con el lucro económico obtenido por aquél.

En definitiva, también las distintas calificaciones jurídicas manejadas se manifiestan *en el caso* como distintos aspectos de la misma base fáctica, o dicho en otras palabras, se definen por el modo de participación del agente en idéntico hecho.

Máxime, teniendo en cuenta que el delito de facilitación de lugares o elementos previsto en el art. 10 de la ley 23.737 “... (p)or su carácter o naturaleza,... constituye, mirando la participación criminal (C. penal, art. 45 y ss.), una forma de complicidad porque el autor de esta infracción asume, con respecto a los destinatarios de la facilitación, un auxilio o cooperación, sin los cuales no habría podido cometerse el delito (cómplices primarios), o porque, con respecto a aquéllos, la facilitación constituye un modo cualquiera de cooperar o de ayudar (C. penal, 46).” (Justo Laje Anaya, *Narcotráfico y Derecho Penal Argentino*, Ley 23.737, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1992, p. 138/9).

Así, el caso se exhibe como una demostración del ejemplo clásico dado por Maier, en el que la cláusula constitucional opera impidiendo que a quien se persiguió como autor se lo vuelva a perseguir como cómplice

(Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal, Tomo I, “Fundamentos”, Editores del Puerto, 2º Edición, Buenos Aires, 1996, p 607).

Por otro lado, revela, especialmente, la razón por la cual se admite que se barajen calificaciones alternativas o -al decir del recurrente- “subsidiarias” de la conducta intimada, en tanto ellas prevén de antemano la posibilidad de que fracase la prueba de algún aspecto de la imputación principal.

Es que como explica Maier “... (1) o importante de observar en estas hipótesis, en las que se sostiene la unidad delictiva y, por tanto, la posibilidad de una sola persecución penal es que, cualquiera que sea la deficiencia de esa persecución penal, ella agota todo el contenido imputativo posible del suceso histórico hipotético, en relación con la persona determinada, a la cual se le atribuye el hecho, pues ese asunto, como tema de debate y de decisión, solo tolera una y solo una persecución penal. Si (...) suponemos que en la primera persecución no fueron observadas, por falta de conocimiento o por error, algunas circunstancias que, incluso, hubieran podido variar la significación penal del hecho o tan solo la pena, concluiremos en que no es posible conocer de nuevo esas circunstancias o tomar en cuenta esos elementos en otro proceso penal; solo será posible, mientras la primera persecución no se haya decidido definitivamente y las reglas del procedimiento lo permitan, incorporar esos elementos al procedimiento único, para que se resuelva sobre ellos en la sentencia.” (op. cit., p. 617).

Por ello, “... todo lo que se pudo perseguir como una unidad y agotar como tal durante el procedimiento y la decisión judicial, sin importar si ello sucedió así en el procedimiento concreto, queda comprendido en el efecto de clausura que posee la regla *ne bis in idem* y, por tanto, no puede formar parte del objeto de otra persecución y de otro fallo...” (op. cit. p. 619).

Sentado así que en el caso nos encontramos ante un único hecho, su juzgamiento por separado en orden a las diferentes calificaciones legales manejadas ha implicado un desdoblamiento en desmedro de la garantía

## *Poder Judicial de la Nación*

del *ne bis in idem*. En efecto, en tanto el sobreseimiento dictado ha sido consentido por el titular de la acción penal pública al no interponer recurso alguno, ha adquirido calidad de cosa juzgada, y clausurado en forma definitiva el proceso en relación con aquel acontecimiento determinado, por lo que el procesamiento en orden a la calificación legal prevista en el art. 10 de la ley 23.737 ha significado una nueva persecución penal a su respecto.

Por ello, y habida cuenta que las garantías operan a favor del imputado aun ante la ausencia de reclamo particular al respecto, a fin de resguardar su garantía de ser juzgado una única vez por el mismo hecho, voto por que se declare la nulidad del procesamiento recurrido (art. 168 del C.P.P.N.), debiendo estarse al sobreseimiento firme dictado en el punto IV del resolutorio apelado.

Por su parte, **el Dr. Eduardo G. Farah dijo:**

Sobre el punto reseñado en el acápite, habré de expresar mi discrepancia con la solución promovida por mi estimado colega, por las razones que seguidamente desarrollaré.

Es claro que el procesamiento dictado respecto de Isabel Rojas en orden al delito previsto en el art. 10 de la ley 23.737 y su sobreseimiento por el del art. 5 “c” de dicha misma ley, fueron indebidamente adoptados sobre el mismo hecho en función de dichas calificaciones jurídicas.

Así, el caso se presenta con ribetes similares a los del que motivara mi voto como integrante de la Sala Segunda del Tribunal en la C. 27.313, caratulada “Ñaupari Gutiérrez, Raquel M. s/sobreseimiento” (rta. el 19 de febrero de este año, Reg. 29.516).

Entiendo del mismo modo que lo hice en esa oportunidad, y a diferencia del voto que antecede, que la solución que debe adoptarse al respecto es declarar la nulidad de ambos puntos de la decisión traída a revisión, ante la nítida violación al principio de *no-contradicción* que ella trasluce en incumplimiento del requisito previsto en el art. 123 del Código Procesal Penal de la Nación.

Al tratarse de un vicio técnico presente en una misma decisión, donde se sostuvo contradictoriamente, por un lado, la concurrencia de un hecho ilícito, y por el otro, su inexistencia, no reviste autoridad de cosa juzgada sobre aquel, y exige la solución que propongo sin merma alguna al derecho de defensa de la imputada. Así lo voto.

### **III.**

#### Respecto del dictado de las prisiones preventivas

Se agravia el agente fiscal por entender que existen razones suficientes para presumir que Rojas podría entorpecer la investigación y Murgia profugarse, y por considerar que la resolución apelada resulta contraria a derecho, puesto que si bien decreta los procesamientos con prisión preventiva de las imputadas, las deja sin efecto en razón de que éstas han efectivizado las cauciones reales en el marco de las excarcelaciones que les fueron concedidas.

Para dar sustento al primero de los agravios reedita los argumentos esgrimidos en ocasión de contestar las vistas que le fueran corridas en los correspondientes incidentes de excarcelación, a los que en su marco, a estas alturas, el Tribunal ya ha dado suficiente respuesta (v. de esta Sala, C. 42.658 “Murgia, Gabriela Natalia s/excarcelación, rta. el 23/12/08, reg. 1595, y C. 42.690 “Rojas, Isabel s/excarcelación, rta. el 24/2/09, reg. 135), por lo que cabe remitirse a lo allí decidido.

En cuanto al segundo agravio, alega que al disponer que las prisiones preventivas no se hagan efectivas, el juez *a quo* ha efectuado una errónea interpretación de los arts. 312 y 319 del C.P.P.N., pues de considerar que no se verifican riesgos procesales no debió siquiera dictarlas y disponer que los procesamientos sean sin prisión preventiva.

La defensa de Natalia Murgia coincide con esta última objeción, y critica el riesgo que la decisión implica “... para el hipotético caso de que fuese revocada la excarcelación de (su) asistida...”, puesto que “... solo restaría a V.S. dirigirse con una simple remisión a la prisión preventiva resuelta con anterioridad para privarla nuevamente de su libertad, en lugar de

## *Poder Judicial de la Nación*

un auto fundado en los nuevos elementos que hubieren surgido, privando a esta parte de su posible análisis.” (conf. fojas 145 vta. de este incidente).

El planteo no tendrá acogida favorable, pues las referencias a la no efectivización de las prisiones preventivas dispuestas vienen a reafirmar que las procesadas ya han sido sujetadas al proceso por un medio alternativo a la prisión, sin que se haya registrado ninguna particularidad que permita cuestionar su eficiencia desde ese momento a la fecha.

Por último, en virtud de la exigencia del art. 123 del C.P.P.N., los suscriptos no advierten el riesgo de que esta decisión sea revertida sin que se brinden los fundamentos necesarios.

### **IV.**

#### Embargos

Finalmente, atento el temperamento adoptado en el considerando II, apartados 1) a), y 2) b), a fin de no privar de instancia, el magistrado instructor deberá volver a pronunciarse respecto del embargo trabado sobre los bienes de Natalia Murgia, Oleksandr Vovk e Isabel Rojas, sin perder de vista los extremos valorados en las decisiones dictadas previamente en este sentido (v. fs. 1307/1308 de los autos principales y de esta Sala causa n° 42.670, “Rojas, Isabel s/monto de embargo”, rta. el 10/03/09, reg. n° 192).

### **V.**

#### **El doctor Horacio Cattani dijo:**

Estoy llamado a resolver en virtud de la disidencia que se presenta en los votos que me anteceden en punto al procesamiento y sobreseimiento dictados respecto de la imputada Isabel Rojas.

En efecto, en el Considerando I del resolutorio apelado, el magistrado dictó el procesamiento de la nombrada en orden al delito previsto por el artículo 10 de la ley 23.737; y, en el Considerando IV de la misma resolución, decretó el sobreseimiento de Isabel Rojas en orden al artículo 5 “C” de la norma citada.

A la hora de emitir su voto, el doctor Freiler sostuvo que existía una afectación constitucional a la garantía del *ne bis in idem* traducida en la imposibilidad de doble persecución, porque consideró que se trataba de un mismo hecho. Ante ello, declaró la nulidad del procesamiento recurrido y estuvo al sobreseimiento firme dictado en el punto IV del mismo resolutorio.

A su turno, el doctor Farah dijo que existía una nítida violación al principio de no contradicción, en tanto consideró que es claro que el procesamiento y el sobreseimiento fueron indebidamente adoptados sobre un mismo hecho en función de diferentes calificaciones. En virtud de ello, votó por declarar la nulidad de ambos puntos dispositivos.

Llegado el momento de emitir mi voto, debo decir que basta confrontar los argumentos de la decisión del *a quo* para advertir que ambos pronunciamientos (procesamiento por artículo 10 de la ley 23.737 y sobreseimiento por artículo 5 C de dicha norma) versaron sobre un único hecho.

Surge entonces evidente, como lo advierten los magistrados que me preceden en el voto, que nos encontramos ante un indebido desdoblamiento de un mismo suceso en base a calificaciones, toda vez que el sobreseimiento -como cualquier otra resolución de mérito- sólo puede recaer sobre hechos y no sobre encuadres legales.

Frente a la situación planteada, es vital destacar que si bien ambos temperamentos se contradicen entre sí y por ende cabría su nulidad, mientras que la defensa cuestionó el procesamiento decretado (ver fs. 75/7), el fiscal sólo impugno que la prisión preventiva de la imputada no se hiciera efectiva, más ningún agravio expresó sobre el sobreseimiento que la benefició (ver fs. 29/30).

Siendo así, y tal como lo hice al resolver en fecha 19 de febrero de este año, la causa n° 27.313, caratulada “Ñaupari”, reg. N° 29.516, se impone concluir que el procesamiento dispuesto en orden al delito previsto en el artículo 10 de la ley 23.737 (punto I) presenta vicios que conducen inexorablemente a su nulidad, ya que la situación de la encartada respecto del



## *Poder Judicial de la Nación*

hecho concreto que se le endilgara se halla regida por el sobreseimiento firme resuelto en el punto IV de la decisión que en copias luce a fojas 1/28.

En consecuencia, doy mi voto por que se declare la nulidad del procesamiento recurrido (artículo 168 del Código Procesal Penal de la Nación), debiendo estarse al sobreseimiento firme dictado en el punto dispositivo IV del resolutorio apelado.

### **VI.**

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE:**

**I) DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** del art. 17 de la ley 12.331, en cuanto reprime a quien sostenga, administre o, regentee, ostensible o encubiertamente casas de tolerancia (arts. 19 y 28 de la C.N.), debiendo el *a quo* proceder de acuerdo a lo señalado en el considerando II, apartado 1) a).

**II) ANULAR** el punto dispositivo I, apartado 1) de la resolución de fojas 1418/1445 en cuanto dictó el **PROCESAMIENTO** de **ISABEL ROJAS** en orden al delito previsto y reprimido en el art. 10 de la ley 23.737.

**III) CONFIRMAR** el punto dispositivo I, apartado 2) de la resolución de fojas 1418/1445 en cuanto dictó el **PROCESAMIENTO** de **ISABEL ROJAS** en orden a la facilitación de la prostitución de la menor identificada como V-2 (art. 125 bis del C.P.).

**IV) CONFIRMAR PARCIALMENTE** el punto dispositivo V, apartados 2 y 3, de la resolución de fojas 1418/1445 en cuanto dictó el **PROCESAMIENTO** de **NATALIA MURGIA**, en todo cuanto deciden y fuera materia de apelación.

**V) REVOCAR** el punto dispositivo VIII de la resolución de fojas 1418/1445 en cuanto dictó el **SOBRESEIMIENTO** de **NATALIA MURGIA** en orden a la facilitación de la prostitución de la menor identificada como V-1 (art. 125 bis del C.P.), y en consecuencia, **DICTAR LA FALTA DE MÉRITO** para procesar o sobreseer a la nombrada a su respecto (art. 309

del C.P.P.N.), debiendo el señor juez de grado actuar de acuerdo a lo señalado en el considerando II, apartado 1) b).

**VI) CONFIRMAR** el punto dispositivo IX de la resolución de fojas 1418/1445 en cuanto dictó el **PROCESAMIENTO** de **MARÍA ROSA RONDOLETTO** en todo cuanto decide y fuera materia de apelación.

**VII) ENCOMENDAR** al señor juez de grado que proceda de acuerdo a lo señalado en el considerando IV en relación con el embargo fijado sobre los bienes de los imputados Natalia Murgia, Oleksandr Vovk e Isabel Rojas.

Regístrese, hágase saber y devuélvase. Sirva la presente de muy atenta nota de envío.

Eduardo G. Farah

Eduardo R. Freiler

Horacio Rolando Cattani (por su voto)

Ante mí:

Sebastián N. Casanello

Secretario de Cámara.