



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

*DICTAMEN N°11.629
CN° FCB 62001988/2012/TO2/CFC2
"MARTINEZ, Tita Lilian y otros s/ inf.
art. 45 bis- conforme ley 26.842"- Sala II
FN: 93032/2012*

Cámara de Casación.

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía General N°4 en los autos Nro. FCB 62001988/2012/TO2/CFC2, del registro de la Sala II, caratulados "*MARTINEZ, Tita Lilian y otros s/ inf. art. 145 bis- conforme ley 26.842*", me presento y digo:

1. Introducción.

Conforme lo autoriza el art. 466 del Código Procesal Penal, vengo por el presente a expresar, durante el término de oficina, la opinión de este Ministerio Público respecto de los recursos de casación interpuestos por las defensas que asisten a Tita Lilian Martínez, Cristián Omar Yanantuoni y Héctor Javier Aquino contra la resolución del Tribunal Oral Federal de Córdoba N°2 que, en lo que aquí interesa, resolvió no hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 127 del CP, según ley 26.842; condenar a Martínez como coautora penalmente responsable del delito de rufianería agravado por aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad y facilitación de la prostitución a la pena 5 años y 3 meses de prisión; condenar a Yanantuoni como autor penalmente responsable del delito de rufianería reiterado, agravado por el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad y de conviviente, en concurso real, hechos primero y segundo del requerimiento de elevación a juicio, a la pena de 6 años de prisión y; condenar a Aquino como coautor penalmente responsable del delito de rufianería agravado por aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad y de conviviente a la pena de 5 años de prisión.

2. Hechos.

La presente causa se inició el 05/09/2012 en la ciudad de Villa María, provincia de Córdoba, con motivo de la denuncia formulada por Claudia Eugenia Tenedini ante el Juzgado Federal de Villa María, provincia de Córdoba. Allí dio cuenta de que su hija Dayhana Magalí Brouet se había ausentado de su domicilio, dejó de tener contacto con su hijo y con la denunciante y podría ser víctima de una red de trata de personas para ejercer la prostitución. También indicó que esa ausencia comenzó cuando Dayhana se vinculó Cristian Yanantuoni.

Del requerimiento de elevación a juicio obrante a fs. 1552/1561 surgen la comisión de dos hechos.

Hecho primero: “Con fecha que no puede precisarse con exactitud, pero que se ubicara temporalmente en los primeros meses del año 2012, en esta ciudad de Villa María (Cba.), Cristián Omar Yanantuoni captó la voluntad de Dayhana Magalí Brouet con la finalidad de explotarla sexualmente, mediante el abuso de la situación de vulnerabilidad en la que ésta se encontraba, en razón de su calidad de víctima de violencia familiar a la que la sometía su anterior pareja y padre de su hijo, Mauricio Luna. Que una vez captada la voluntad de la nombrada mediante maniobras de seducción que ocultaban aquella finalidad, el nombrado Yanantuoni, junto a su madre, Tita Lilian Martínez, acogieron a Dayhana Bouet en la vivienda sita en calle Estados Unidos N° 488 de Villa María, con la intención de que ésta ejerciera la prostitución, lo cual efectivamente llevaron a cabo, trasladándola a distintas whiskerías y lugares de alterne a efectos de que ejerciera el comercio sexual, obteniendo con ello un lucro en dinero para sí. En ese contexto, el día 21 de marzo de 2013, en horas de la tarde -aproximadamente a partir de las 16:30-, Cristian Omar Yanantuoni trasladó a Dayhana Magalí Brouet en el vehículo Toyota Célida de color blanco, dominio ABE 215, desde esta ciudad de Villa María (Cba.) hasta la localidad de Armstrong (provincia de Santa Fe), más precisamente a la whiskería ubicada en calle Juan Bautista Alberdi al 2100, sobre Ruta N°9 entre calles La Plata y San Luis, contigua a una estación de servicios “Oil”. Que allí Brouet descendió del vehículo conducido Yanantuoni, portando un bolso de mano y una valija e ingresó al inmueble y dejó sus pertenencias, dirigiéndose posteriormente junto a Yanantuoni al bar ubicado en la estación de servicios mencionada, donde permanecieron por un lapso e quince minutos, luego de lo cual Brouet ingresó nuevamente al local (whiskería) y Yanantuoni retornó en su vehículo por ruta N°9 con dirección a Villa María. Que el traslado de Dayhana Brouet efectuado por Yanantuoni tenía la específica finalidad de explotarla sexualmente, finalidad que se consumó, pues Brouet ejerció la prostitución en el lugar citado. Posteriormente, y mientras continuaba la explotación sexual de Dayhana Magalí Brouet por parte de Cristián Yanantuoni y Tita Martínez, con fecha 29 de septiembre de 2013 y 08 de diciembre de 2013, Dayhana Magalí Brouet, bajo concretas directivas de Yanantuoni y Martínez, se trasladó hacia el país vecino de Chile, más precisamente a Punta Arena, a los fines de ejercer la prostitución, actividad que efectivamente se concretó, obteniendo una ganancia dineraria los nombrados Yanantuoni y Martínez en virtud del comercio sexual al que sometieron a Brouet en Chile”.

Hecho segundo: “Con fecha 21 de febrero de 2014, a partir de la hora 21:00, Cristián Omar Yanantuoni, Tita Lilian Martínez y Héctor Javier Aquino acogieron en el inmueble sito en calle Intendente Maciel N° 1055 de esta ciudad de Villa María (Cba.) a Natalia Yamilé Pinto, de 22 años de edad, y Fiama Estafanía



Loseco, de 21 de edad, con la finalidad de explotarlas en el comercio sexual, objetivo que efectivamente se concretó, pues las nombradas ejercieron la prostitución en el lugar mencionado”.

3. Recursos de las defensas.

A. Agravios introducidos por la defensa de Tita Lilian Martínez.

La defensa oficial se agravió de la acreditación de la plataforma fáctica en el juicio. Refirió que toda la condena se basó en meros indicios anfibológicos sin ninguna prueba concreta para demostrar la explotación económica que habría realizado Martínez respecto de las víctimas Pinto y Loseco.

Subsidiariamente se agravió por la falta de configuración del agravante del abuso de la situación de vulnerabilidad de las víctimas.

Por otro lado, sostuvo que no se acreditaron los requisitos del art. 125 bis del Código Penal porque, según esa parte, su asistida no habría afectado el bien jurídico libertad sexual ya que las víctimas ejercían la prostitución desde antes.

B. Agravios introducidos por la defensa oficial de Héctor Javier Aquino.

En primer lugar, planteo la inconstitucionalidad del artículo 127 del Código Penal porque, a su criterio, no habría delito alguno cuando hay consentimiento de una persona adulta que se prostituye libremente. En efecto, afirmó que la prostitución se trata de una actividad lícita y que no habría objeción constitucional en que un tercero se beneficie de ella, por lo que estaría amparado por el art. 19 de la Constitución Nacional.

También se agravió por considerar que hubo una valoración arbitraria de la prueba.

Por último, criticó el monto de la pena impuesta porque no consideró adecuadamente la condición de no vidente de su asistido.

C. Agravios introducidos por la defensa oficial de Yanantuoni.

Respecto de los dos hechos, la defensa sostuvo que la sentencia se encuentra edificada sobre indicios aislados y no se ha valorado pruebas de peso, para acreditar los hechos endilgados a su asistido.

Respecto del primer hecho, afirmó que no explotaba a su cónyuge (Bouet) porque ella había elegido ejercer la prostitución para colaborar voluntariamente con la economía del hogar conyugal.

En relación al segundo hecho, sostuvo que tampoco habría explotado económicamente el ejercicio de la prostitución ajena de Loseco y Pinto, en

virtud de aprovecharse de su situación de vulnerabilidad, porque también se habría acreditado a través de meros indicios anfibológicos.

4. Opinión de esta Fiscalía.

A. Considero que este agravio debe ser rechazado. La sentencia atacada contiene fundamentos suficientes en relación a la acreditación de los hechos y la participación atribuida a los imputados.

En efecto, el Tribunal dio por probado que el 21/03/2013, a las 16:30 hs. Yanantuoni trasladó a Dayhana a una whiskería de la localidad Armstrong, provincia de que Santa Fe, con el fin de ejerza la prostitución, lo cual llevó a cabo. Para acreditar este hecho, el tribunal valoró de manera certera las siguientes pruebas: 1) El testimonio de Dayhana Brouet, quien reconoció el hecho descripto; 2) Declaración testimonial de Alferez Jesús Suárez (fs. 105/7) quien afirmó que el 21/03/2013, cerca de las 16:30hs, Yanantuoni trasladó a Broeut, que se encontraba en el Hotel Continental de Villa María, provincia de Córdoba, a la localidad de Armstrong, Santa Fe, y pudo constatar que la víctima descendió del vehículo con dos bolsos e ingresó a una whiskería. Luego, refirió que Dayhana ingresó al local antes mencionado, se retiró y se dirigió al bar de la estación de servicios donde mantuvo una conversación con Yanantuoni.

El Tribunal también dio por probado que el 29/09/2013 y el 08/12/2013 Dayhana fue explotada en Punta Arenas, Chile, por Yanantuoni, quien obtuvo una ganancia dineraria del comercio sexual de la nombrada. El Tribunal para tener acreditado ese hecho consideró las siguientes pruebas: 1) El testimonio de Brouet, quien afirmó en la audiencia oral que efectivamente viajó a Punta Arenas, para ejercer la prostitución; 2) El informe de registros de ingresos y egresos de la Dirección General de Migraciones (fs. 343), del que surge que Dayhana se dirigió a Chile los días 29/09/2013 y 08/12/2013; 3) Del allanamiento practicado el 22/02/2014, en el domicilio sito en la calle Estados Unidos N°488, Villa María (fs. 481); lugar de residencia de la nombrada, Yanantuoni y Martínez, donde se secuestró un comprobante de cédula de identidad chilena, tarjeta de embarque, título de residencia chilena y documentación migratoria de la República de Chile a nombre de Dayhana y 2000 chilenos en poder de Yanantuoni.

De acuerdo a la prueba analizada y los fundamentos vertidos por el Tribunal, surge de manera clara que Yanantuoni explotó económicamente a Dayhana Brouet. Además, se advierte de las intervenciones telefónicas que Yanantuoni es quien disponía del dinero y quien decidía el destino de éste, el cual provenía del ejercicio de la prostitución de Dayhana. En efecto, es pertinente considerar las comunicaciones telefónicas entre los períodos 13/03/2014 al 16/03/2014, obrante en el sobre N°6, identificado “Escuchas causa Martínez- Yanantuoni- Aquino expte. 62001988/2012”,



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

transcripción del lado “A” del cassette N°10, llamada n°1, la cual gira en torno al pago de los honorarios del abogado: *“Gato (pareja de Martínez): No más vale. Escúchame Marcelo, escúchame. Viste cuando yo hablé con vos porque a mí todo lo que me dicen...yo no tengo una moneda, vos sabes bien. Acá el que tiene es el Cristián y la Tita, yo estoy muerto de seco. Por eso vos tenés que hablar con ellos papi, ándate mañana y habla con ellos. Gato: escúchame, te digo algo más si la pendeja no te ha llevado la plata es porque es orden del Cristián, eso jugate la vida. Marcelo: ¿Cómo, cómo, cómo? Gato: Si la pendeja no te ha traído plata es por orden del Cristián, no es por la pendeja. La pendeja no maneja una moneda, vos sabés cómo es”*. De esta transcripción, es evidente que la víctima no administraba ni disponía del dinero, fruto de su ejercicio de la prostitución, sino que este estaba en poder del imputado Yanantuoni.

Por lo tanto, no existe duda en relación a que Yanantuoni obtenía un crédito económico de la explotación sexual de su cónyuge, Dayhana Brouet.

En relación al segundo hecho, el Tribunal dio por probado que las víctimas Loseco (pareja de Aquino) y Pintos, al momento de los hechos, ejercían la prostitución en calle Intendente Maciel N° 1055, Villa María, y que esa actividad era explotada por Yanantuoni, Aquino y Martínez.

El Tribunal dio por probado que Martínez era quien controlaba a las mujeres que ejercían la prostitución en la calle Intendente Maciel N° 1055 ya que concurría a ese domicilio a constatar su presencia y, por otro lado, les ordenaba en dónde debían ubicarse para evitar que le clausuren el inmueble.

En efecto, las pruebas que valoró el Tribunal fueron las siguientes:

- 1) Que el domicilio sito en la calle Intendente Maciel N°1055 era alquilado por Martínez, ya que en su domicilio sito en la calle Estados Unidos N°488, se secuestró un llavero con la inscripción “Intendente Maciel” con dos llaves doradas, un contrato de locación y facturas de servicios de ese domicilio; 2) Las declaraciones testimoniales del agente de la Policía Federal Lucas Leones Bustos, quien afirmó en su testimonio del 05/02/2014, que en distintos días y horas montó vigilancias en el inmueble sito en la calle Intendente Maciel N° 1055 y observó que en todas las oportunidades a una persona de género femenino que ejercía la prostitución y utilizaba la parte trasera de la vivienda para llevar a cabo los “pases” con los clientes; 3) El testimonio de Guillermo Fernando Ardiles del 15/02/2014, quien dijo que realizó tareas de averiguación en forma subrepticia y simuló ser un transeúnte que paseaba por la calle Intendente Maciel y le consultó a una de las trabajadoras sexuales allí ubicada por la tarifa para un servicio sexual. La nombrada le contestó que el servicio costaba \$150 y debía llevarse a cabo en

la vivienda sita en Intendente Maciel N°1055. Luego, le pregunto sobre cómo contactarla para una despedida de solteros y el valor por ese servicio, ella le dijo que debía consultarle a Martínez o a su hijo Yanantuoni.

En relación al segundo hecho, el Tribunal dio por probado que Yanantuoni también controlaba a las mujeres que ejercían la prostitución en la calle Intendente Maciel N° 1055. Las pruebas que consideró el Tribunal fueron las siguientes: 1) De las declaraciones del agente de la Policía Federal Lucas Leones Bustos se desprende que pudo observar cómo Yanantuoni recolectaba el dinero que obtenían las trabajadoras sexuales; 2) El inspector de la policía federal Cristian Pablo Boguetti refirió que el 01/08/2013 observó a Yanantuoni a bordo de un Toyota Célida blanco con luces azules, y en el interior del mismo se encontraban tres personas (dos de sexo masculino y la restante de sexo femenino). Relató que Yanantuoni detuvo la marcha en la calle Intendente Maciel entre Rawson y Sucre, donde descendió la persona de sexo femenino, quien mantuvo un breve diálogo con el imputado, y luego comenzó a hacer ademanes a los automóviles que transitaban para conseguir clientes. También dio por cierto que en reiteradas oportunidades, en horas de la noche, había visto a Yanantuoni en la “Ruta pesada”, y además, pudo constatar que los clientes de las mujeres que trabajaban para aquel realizaban los “pases” dentro de una habitación del inmueble sito en la calle Intendente Maciel N° 1055.

El Tribunal dio por acreditado la participación de Aquino en los hechos endilgados. En efecto, corresponde tener en cuenta una comunicación telefónica entre Martínez y Aquino: *“Javier: ...ah y otra cosita mami, ella va a llevar un colchón y va a armar una cama, porque cuando ella se está por ocupar mami dice que por eso no quiere pelear, por eso quiere hacer eso, quiere llevar el colchón y va a pedir las llaves para sacarse un par de ladrillos. Tita: para qué? Javier: para sacar una par de ladrillos para una cama ahí, de ahí unos ladrillos block quiere sacar para armar una cama. Javier: dale, mami, total ella le dijo en el colchón que en ese colchón que va a llevar que se ocupan de ella, que cualquiera de las dos piezas se la dejan desocupada para ella mami, no se lava las sabanas, le va llevar el colchón (...) va a ir culiar pero es media boluda mami”*. En orden a lo mencionado, se vislumbra que Loseco le solicitaba autorización a Martínez, a través de Aquino.

Por lo expuesto, no quedan dudas que la materialidad de los hechos y la participación de los imputados, ha quedado debidamente comprobado por el Tribunal.

B. Respecto del agravante del tipo objetivo, es decir, la situación de vulnerabilidad de las víctimas, el Tribunal señaló como pautas indicadoras, en relación a Dayhana: 1) Su relación sentimental estuvo marcada por un contexto de violencia; 2) No



tenía un hogar donde ir luego de su separación; 3) Carencia afectiva por parte de su familia. Respecto del estado de vulnerabilidad de Pinto: 1) Su falta de sustento económico; 2) El traslado hacia otra provincia. En relación a Loseco: 1) Valoró el informe de la Secretaría de Prevención contra el delito de Trata de Personas, en el cual versa que comenzó a ejercer la prostitución desde los 15 años y que, se tuvo que separar de su anterior pareja porque le pegaba; 2) El traslado hacia otra provincia.

C. El planteo de inconstitucionalidad del art. 127 del CP, introducido por la defensa oficial de Aquino y, el planteo efectuado por la defensa de Martínez en el cual sostuvo que no se acreditaron los requisitos del art. 125 bis del CP porque su asistida no habría afectado el bien jurídico libertad sexual porque las víctima ya ejercían la prostitución, deben ser rechazados por los argumentos que a continuación expondré.

La Corte tiene dicho que *“la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con la sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable”* (Fallos: 314:424; 319:178; 300:241).

Que es un acto de *ultima ratio* del orden jurídico y *“el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental, sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones”* (Fallos: 312:122; 314:407; 314:424).

A su vez que *“la misión más delicada de la justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su competencia, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes, pues al ser el llamado para sostener la Constitución un poder que avance en desmedro de las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía y el orden público”* (Fallos: 308:1848).

Bajo estos lineamientos, entiendo que el agravio presentado por la defensa no se condice con los parámetros expuestos, dado que sus argumentos no traslucen una concreta afectación al art. de la 19 de la CN.

El legislador, en los delitos de facilitación de la prostitución y explotación económicamente del ejercicio de la prostitución de una persona, decidió que

no se debe reprimir a la persona mayor o menor de edad que ejerce la prostitución ni cuando es explotada ni cuando no lo es. No se criminaliza a la trabajadora sexual. Por el contrario, el propósito de la ley es crear un marco de protección que garantice que cualquiera sea la decisión de la mujer en su elección de vida, ésta sea libre, sin vicios que puedan afectar su voluntad.

En efecto, de la versión taquigráfica del debate parlamentario, el senador López manifestó que: *“El ejercicio libre de la opción del trabajo sexual, en algunos casos, tiene que ver con dos principios o ejes básicos de nuestro sistema constitucional, contemplados en los artículos 19 y 14 de nuestra Carta Magna, que establecen lo que se denomina el principio de reserva. En ese sentido, dos cláusulas muy sabias de nuestra Constitución disponen que las acciones privadas de los hombres están exentas de la autoridad de los magistrados y reservadas solamente a Dios”*

“La falta de un reconocimiento de este trabajo por parte del Estado –que algunos consideran la profesión o el oficio más antiguo de la humanidad– permite no sólo la ausencia de protección y de un sinnúmero de garantías propias de trabajadores de otros sectores o actividades sino también que los trabajadores y trabajadoras sexuales sean la única punta visible de un ovillo que, lamentablemente, muchas veces, no se llega a desovillar para arribar al nudo o al núcleo de la problemática, que puede tener que ver con una organización o red criminal. En consecuencia, a pesar de que la norma se encarga de dejar expresamente establecido que están fuera de este régimen –o que no serán penalizados– los trabajadores o trabajadoras sexuales, en los hechos, terminan siendo las únicas víctimas de las medidas represivas que se intentan dirigir hacia quienes hacen, del trabajo de otros, un negocio ilícito” (Ver versión taquigráfica del debate parlamentario de la ley 26.842 del 31/08/2011, Cámara de Senadores de la Nación, 10° reunión- 8° sesión ordinaria).

Así, el título del Código penal en el que se inserta el art. 125 *bis*, los debates parlamentarios y su texto indican que las acciones allí descriptas reclaman una ofensa al bien jurídico integridad sexual, término que, por su imprecisión, debe ser identificado con la libertad sexual, que consiste en el derecho de disponer del propio cuerpo en cuanto a su sexualidad, de una libertad de hacer o dejar que nos hagan, que debe ser entendida en su aspecto negativo o de reserva, como el derecho a decir “no” a diversas expresiones de contenido sexual.

Actualmente, en función de reforma introducida por la ley 26.842, resulta más adecuado hacer referencia a la libertad sexual como el bien jurídico cuya lesión exige la figura comentada.

No obstante, el concepto merece algunas precisiones, porque el tipo penal quedará perfeccionado *aunque mediar el consentimiento de la víctima*. Es decir,



la ley ya no alude a la falta de consentimiento de las víctimas mayores de edad. Esta siempre fue una cuestión independiente de su demostración pero, sin embargo, ese asunto generó gran confusión en la doctrina y la jurisprudencia al requerir la prueba de la falta de consentimiento en casos donde el sujeto pasivo era explotado y, de esa manera, no tener en cuenta que nadie puede consentir jurídicamente su propia explotación. En fin, ahora se aclara expresamente que la conducta es delito aunque mediare consentimiento de la víctima, lo cual nos ubica en una figura difícil de contextualizar dentro de aquellos supuestos de hecho que deben lesionar o poner en peligro este bien jurídico, que no debe ser confundido con la moral o decencia pública.

La situación de las víctimas menores quedó contemplada en la figura agravada, prevista en el artículo siguiente, lo cual sí guarda lógica con el sistema de estos delitos, en tanto la ley descarta la validez del asentimiento de los menores de edad, en un contexto de protección de los niños, en el ámbito del desarrollo hacia la madurez sexual.

Sin duda, la nueva redacción de la ley ha implicado un cambio de paradigma en la concepción de este delito, porque la promoción y/o facilitación de la prostitución ajena pasó a estar concebida como una forma de explotación. Así quedó plasmado en el inc. c) del art. 2° de la ley de Prevención y Sanción de Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, y condujo, como lógica consecuencia, a restarle validez al consentimiento de las personas mayores de edad objeto de esas prácticas.

En el art. 125 *bis*, el foco está puesto sobre quien promueve o facilita la prostitución de otro, y atrapa más supuestos que el clásico lenón, proxeneta o alcahuete. Al hablar de promover o facilitar, el autor ya no se circunscribe a un agente intermediario en la prostitución, que concierta una relación amorosa, y se aleja del que explota la prostitución ajena, porque esa situación está contemplada en otra figura. Aquí no es necesario que el autor procure obtener para sí una ganancia o provecho material, como lo exigía la vieja redacción del art. 126 para el caso de víctimas mayores de edad. En este punto, cabe repetir que la figura se distingue de la prevista en el art. 127. La primera sanciona a quien promueve o facilita la prostitución; la segunda, a quien explota las ganancias que la otra persona obtiene con ese ejercicio.

La problemática del “lenocinio” o “rufianismo” es muy profunda y en ella se entremezclan situaciones de violencia y coerción, pero también de poder de hecho sobre la voluntad del sometido, pero sin violencia, por causas sentimentales, económicas, culturales y de todo tipo, las cuales difícilmente se den en forma aislada en cada caso particular.

La ley quiso concentrarse en la conducta de aquellos que, de algún modo, configuran formas que contribuyen a la degradación humana. Si se quiere, puede considerarse que son formas incipientes o que contribuyen a la explotación de los seres humanos en materia sexual.

Ya al quitarle cualquier clase de efecto al consentimiento de quienes se prostituyen, la ley concibe que las personas que ejercen tal actividad no lo hacen porque le place o con un consentimiento informado y libre. No son casos de violencia sexual ni de aprovechamiento de la actividad sexual de otro. Se trata de castigar a todo aquel que contribuye a la prostitución simple otros.

Esta concepción se inspira en la idea que no existe la “prostituta feliz”, que puede entrar y salir de la prostitución lucrativa cuando quiere. Pone de manifiesto el verdadero problema, éste es, que generalmente no se trata de un trabajo pactado en igualdad de condiciones. No se trata de una violación, sino de prostitución, donde no hay violación porque existe consentimiento en el trato sexual individual, pero ello no significa que, desde otra mirada, exista un consentimiento libre en prostituirse, porque esa actividad es degradante, desde el punto de vista psicológico y de la dignidad. Lo mismo sucede con otras situaciones, como los trabajos denigrantes, matrimonios serviles, etcétera. Se trata de dos consentimientos distintos: uno es el de la disponibilidad de tradicionales bienes jurídicos en igualdad de partes contratantes; el otro, el que se da dentro de una situación global de explotación humana, en donde quien tiene el poder se vale de las necesidades del otro. La línea es sutil, pero la ley obliga a trazarla¹¹. Si no lo hacemos, caeríamos en la sencilla tarea de ver en esta figura un ataque a la decencia pública, a la moral pública o algo similar, y difícilmente pueda sortearse el escollo constitucional de nuestro artículo 19 CN, en tanto se trata de acciones llevadas a cabo entre adultos, que no afectan derechos de terceros.

Corresponde aclarar que valerse u obtener un beneficio de esas situaciones de vulnerabilidad no se refiere a los clientes de la prostitución, porque no son facilitadores ni promotores, sino parte necesaria de la prostitución misma, como situación. También debe advertirse que, al momento en que esto se escribe, existen proyectos legislativos para reprimir al cliente, lo cual volvería a cambiar el paradigma de todos estos delitos.

Aquí estamos en el ámbito de quienes ejercen la prostitución por cuenta propia y con pleno dominio de la situación o autonomía. Esto deberá ser analizado en cada caso, pero cuidando de razonar en el sentido que conduce a la tipificación de una inmoralidad. No debe olvidarse que detrás de todo esto existe una desgracia, donde aparece una persona que debe sustentarse a través del trato sexual



ejercido no con quien le place (en el sentido afectivo y erótico del término), sino con quien le pague.

En definitiva, la única forma de interpretar constitucionalmente estas dos modalidades delictivas del art. 125 *bis* del Código Penal, será considerar que la simple promoción o facilitación de la prostitución ajena configura una especie particular y menor de explotación que el legislador consideró que merecía ser sancionada, aun cuando mediare el consentimiento de personas adultas y libres (De Luca, Javier Augusto y Lancman, Valeria A. “Promoción y Facilitación de la Prostitución”, comentario al art. 125 bis del CP, publicado en www.pensamientopenal.com.ar).

Es que cabe cuestionar la conveniencia del empleo de una fórmula tan amplia, comprensiva de cualquier forma de promoción o facilitación de la prostitución de personas mayores. Es muy sencillo caer en la trampa de ver en ello sólo una ofensa a las buenas costumbres o la moral. Como decía Carrara *“la cuestión se vincula con el tema general de la prostitución, contra la cual han sido tan variables las opiniones de los filósofos y de los publicistas, pues unos las rechazan como peste social, y otros la defienden como un mal necesario que debe preferirse a los graves desórdenes que, gracias a ella, se impiden en las repúblicas [...] La solución de ese problema debe llevarnos a un dilema inevitable, en el caso presente: si os parece oportuno arrojar de las ciudades a las prostitutas, sois lógicos en castigar a sus ayudantes; pero si os parece conveniente tolerarlas, es una estupidez concentrar vuestra persecución sobre sus sirvientes. Y creo que esta conclusión es irrefutable”*.

Por ello, siempre debe verificarse algún grado de lesión a la libertad sexual, y en el presente caso lo hubo. Los autores no fueron “sirvientes” (Carrara) de las mujeres, sino que fueron quienes las guiaron a ese derrotero.

En definitiva, hay violación al principio de lesividad porque hay ofensa, de algún modo, a la libertad sexual. Luego, toda la discusión se remite a asuntos de política criminal, esto es, a razones de criterio, oportunidad y conveniencia que ha tenido el legislador para sancionar conductas en nuestra sociedad contemporánea.

D. El cuestionamiento de la pena impuesta a Aquino debe ser rechazado.

Como puede observarse, el *a quo* dio las razones que permiten establecer los parámetros tenidos en cuenta al momento de fijar el monto punitivo, de conformidad con las pautas previstas por los artículos 40 y 41 del CP.

En este sentido, tiene dicho la CSJN: *“El juicio previo establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional no sólo exige que los jueces expresen las*

razones en las que se encuentra fundada la responsabilidad o irresponsabilidad del procesado, sino también aquellas en que se apoyan la naturaleza o intensidad de la consecuencia jurídica correlativa a su responsabilidad o irresponsabilidad penal” (Fallos 314:1910).

A su vez –a contrario sensu– la Cámara Federal de Casación Penal sostuvo que *“la debida fundamentación de la pena requiere imprescindiblemente que se indique de modo explícito si los factores, pautas y circunstancias establecidos en la normativa se valoran en favor y en contra, indicando además el por qué de esa valoración (confr.: Ziffer, Patricia S., “Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena”, en “Determinación Judicial de la Pena”, volumen compilado por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, , 1993, pág. 107)”* (CFCP Sala I, resuelta el 26/05/2009, autos: “Carro Córdoba, Christian”).

Pues bien, toda vez que no ha mediado arbitrariedad en la fijación del monto de pena y se ha respetado la escala penal prevista para el delito en cuestión, la determinación en concreto es competencia del tribunal de juicio, por lo que entiendo que éste agravio debe ser rechazado.

5.

Por todo lo expuesto, considero que los recursos de casación interpuestos por las defensas, deben ser rechazados.

Fiscalía N° 4, 10 de abril de 2018.

GG.