

Prostitucion Menores Competencia

JURISPRUDENCIA

Prostitución. Menores. Competencia

Se revoca la declaración

de incompetencia dispuesta por la jueza interviniente, pues en la actualidad la investigación y juzgamiento de los casos encuadrados en la figura contenida en el artículo 125 bis del CP corresponde a la justicia local; máxime cuando las actuaciones no se encuentran pendientes de resolución por ante ¿los juzgados nacionales al momento de perfeccionarse la transferencia de competencias?.

Buenos Aires, 17 de abril de 2019 Vistos: los autos indicados en el epígrafe. Resulta 1. Como surge del pronunciamiento de fs. 69/70, el Fiscal a cargo de la Fiscalía de Cámara Este de la CABA interpuso queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad cuya copia acompañó a fs. 30/37. Allí cuestionaba la confirmación, por parte de la Sala II, de la declaración de incompetencia dispuesta por la jueza interviniente. Los camaristas consideraron que el delito previsto en el art. 125 bis del CP -modificado mediante ley n° 26.842- no se hallaba incluido en ningún convenio de traspaso de competencias a la jurisdicción de la CABA, ni tampoco se trataba de un delito nuevo incorporado con posterioridad a las leyes n° 24.588 y 26.702. 2. En su recurso de inconstitucionalidad, el Fiscal de Cámara sostuvo que la decisión de la Sala II era, por sus efectos, equiparable a una sentencia definitiva porque la confirmación de la declinación de competencia resolvía definitivamente la cuestión en el ámbito local. A su vez, denunció que lo resuelto constituía un exceso jurisdiccional que afectaba la garantía de debido proceso en tanto, sorpresivamente, introdujo como objeto de discusión la condición de ¿nuevo delito? del art. 125 bis del CP que no había sido el argumento por el cual la magistrada de grado declinó su competencia. Además, sostuvo que la decisión impugnada implicaba un caso de gravedad institucional debido a que las cuestiones debatidas excedían el mero interés de las partes y vulneraba la autonomía jurisdiccional de la CABA por contradecir la posición asumida -mediante resolución conjunta- por el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio Público de la Defensa, la Asesoría General Tutelar y acompañada por el Consejo de la Magistratura de la CABA en los términos de la ley n° 5935 -Res. MPF n° 8/18, DG n° 5/18, AGT n° 4/18 y CM n° 2/2018-. Por lo demás, consideró -contrariamente a lo sostenido por los jueces de la Cámara- que la ley n° 26.842, en su parte pertinente, no modificaba el art. 125 bis del CP sino que creaba un nuevo delito y, por consiguiente, conforme lo dispuesto en el art. 2 de la ley nacional n° 26.702 y la local n° 5935, le correspondía a la justicia de la CABA asumir su competencia. 3. El Fiscal General Adjunto, al tomar intervención, solicitó que se hiciera lugar a los recursos interpuestos por el MPF. 4. Con posterioridad, al otorgar el efecto suspensivo solicitado por el Fiscal de Cámara, se requirieron los autos principales, diligencia que fue cumplida según constancia de fs. 76. Fundamentos: La juez Inés M. Weinberg dijo: La queja fue interpuesta en tiempo y forma y rebate de manera adecuada los argumentos expuestos por la Cámara para declarar inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad. Por lo tanto debe ser admitida. También cabe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido toda vez que la recurrente plantea un caso constitucional en los términos del artículo 26 de la ley n° 402, pues se encuentra en juego la interpretación de los artículos 129, CN y 6 de la CCABA. En autos resulta de aplicación la doctrina según la cual los pronunciamientos judiciales deben atender a las circunstancias y marco normativo existente al tiempo de la decisión, aun cuando sea sobreviniente (cf. CSJN, Fallos 339:1478 y sus citas). En esa línea, corresponde señalar que de acuerdo a lo establecido en los arts. 1 y 2 de la ley n° 5935 (BO 03/01/18), la Ciudad aceptó la transferencia de la competencia para entender en los delitos previstos en los arts. 1 y 2 de la ley nacional n° 26702 (es decir, los detallados en el Anexo y los nuevos delitos de competencia penal ordinaria). La referida norma local dispone la entrada en vigencia (...) ¿respecto de los delitos creados con posterioridad a la ley 26702?, a los 30 días de su publicación en el Boletín Oficial. Luego, con fecha 12/01/18 se dictó la Resolución Conjunta n° FG 8/18, DG 5/18 y AGT 4/18 -con la que prestó conformidad el Consejo de la Magistratura de la Ciudad (Resol. n° 2/18) y que fue además receptada por el Procurador General de la Nación interino (Resol. PGN 8/18)-. Allí se establece que a partir del 03/02/2018 el tipo penal previsto en el art. 125 bis, CP será entendido como de competencia local. Por su parte, la cláusula transitoria primera de la aludida ley n° 5935 prevé que ¿a partir del primero de enero de 2019, las competencias mencionadas en la presente ley que no hayan entrado en vigencia en la CABA por expresa Resolución conjunta del Ministerio Público, serán asumidas plenamente por el Poder Judicial de la Ciudad?. Lo cierto es que en la actualidad la investigación y juzgamiento de los casos encuadrados en la figura contenida en el art. 125 bis del CP corresponde a la Justicia local; máxime cuando las presentes actuaciones no se encuentran pendientes de resolución por ante ¿los juzgados Nacionales al momento de perfeccionarse la transferencia de competencias? (conf. cláusula transitoria del Anexo de la ley n° 26702). Por lo tanto, voto por declarar la competencia de la Ciudad para seguir interviniendo en las presentes actuaciones. El juez Luis Francisco Lozano dijo: 1. El MPF recurre la sentencia de la Cámara que confirmó la del juez de primera instancia que había declarado su incompetencia para entender en la causa que investiga la presunta comisión del delito previsto en el art. 125 bis del CP y ordenado la remisión de las

actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (cf. fs. 137/140 vuelta de las actuaciones principales a los que en adelante me remitiré salvo aclaración en contrario).

2. El MPF sostiene: a) que el a quo incorporó sorpresivamente a la discusión el asunto vinculado al carácter de ?delito nuevo? del art. 125 bis del CP. Sostiene que esto no había sido objeto del recurso de apelación ante la Cámara ni discutido en la primera instancia; b) que estamos frente a un caso de gravedad institucional puesto que la decisión adoptada por la Cámara contradiría la posición adoptada por la Fiscalía General, la Defensoría General y la Asesoría General Tutelar (resolución conjunta FG nro. 8/18, DG nro. 5/18 y AGT nro. 4/18, avalada por el Procurador General de la Nación interino -Resolución PGN nro. 8/18-) respecto de la competencia para entender en los casos en los que se persigue la comisión de este delito; y c) que ?la sola circunstancia de que el texto del art. 125 bis, del CP constituya una modificación de una figura ya prevista no es una razón suficiente para descartar la existencia de un nuevo delito? (cf. fs. 53 de la queja).

3. La sentencia recurrida, aunque no es la definitiva a la que refiere el art. 26 de la ley n° 402, resulta equiparable a una de esa especie, porque determina definitivamente la pérdida de jurisdicción local. Luego, tal como lo señala mi colega preopinante, la jueza Inés M. Weinberg, la discusión que propone el MPF -esto es, si las conductas captadas por el art. 125 bis deben ser juzgadas por los tribunales locales, o no- involucra una cuestión constitucional en relación a la interpretación del art. 6 de la CCABA y el art. 129 de la CN.

4. La Cámara sostuvo que el tipo penal del art. 125 bis no se hallaba incluido en ninguno de los convenios de transferencia de competencias penales a la Ciudad ni se trataba de un ?nuevo delito? de competencia penal ordinaria cuyo juzgamiento e investigación corresponden, con arreglo a la regla fijada por la ley n° 26702, al poder judicial de la Ciudad (cf. fs. 138 vuelta). Explicó que, en el caso, se encontraba en consideración un comportamiento ya tipificado como delito con anterioridad a la sanción de la ley n° 24588, y que la circunstancia de haber sufrido una modificación en su redacción original no conducía a considerarlo como ?nuevo delito? (cf. fs. 139/139 vuelta), ello en consonancia con lo dicho por el Tribunal en ?Ministerio Público -Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ?Neves Cánepa, Alvaro Gustavo y Orono, Franco s/ infr. art (s) 193 bis, CP?, expte. n° 7312, resolución del 22/12/10.

5. Tal como lo destacó la Cámara, y se dijo en ?Neves Cánepa?, ya citado, la voz ?nuevo delito? (adoptada, también, en la ley n° 26702) no alcanza a aquellos tipos penales regulados con anterioridad a la sanción de la ley n° 24588 que luego sufran modificaciones.

5.1 Ahora bien, afirmar que cuando el legislador introduce en el tipo penal una modificación, cualquiera que sea, éste queda excluido del universo abarcado por aquella expresión (?nuevo delito?), conduce, naturalmente, a excluir, también, los supuestos en los que la modificación apunte a captar una nueva conducta. Veamos qué ocurre con el delito del art. 125 bis. Con anterioridad a la sanción de la ley 26842, el Código Penal tipificaba en el art. 125 bis la promoción o facilitación de la prostitución de menores de 18 años y en el art. 126 la promoción o facilitación de la prostitución de mayores de edad. Este último exigía, a diferencia del primero, que esa conducta se realizara con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos.

5.2 La ley n° 26.842 eliminó la distinción que el Código Penal realizaba entre menores y mayores de edad, captando en el art. 125 bis la promoción o facilitación de la prostitución de una persona sea ésta mayor o menor de edad, como así también la exigencia en cuanto al dolo que, en relación a los mayores de edad, preveía la redacción anterior. A su vez, la ley 26.842 eliminó los medios comisivos previstos anteriormente para la figura de promoción o facilitación de la prostitución de las personas mayores de edad. Finalmente, incorporó en el 126 del CP como agravante que la víctima del delito fuese una persona menor de edad. Es decir, conforme la reforma reseñada, en la actual redacción no se requiere ningún medio comisivo específico para la configuración del tipo básico. Los medios comisivos, a su turno, se incorporan con la nueva ley en el art. 126, CP como agravantes del tipo básico previsto en el art. 125 bis. El legislador mantuvo en el actual art. 126, CP, aunque, en el sentido que se viene explicando, algunos medios comisivos previstos en el anterior 126 del CP, pero modificó y agregó otros. La redacción anterior preveía como medio comisivo de la conducta prevista en el art. 126 el ?abuso de una relación de dependencia o de poder? que ha sido sustituido por las fórmulas ?abuso de una situación de vulnerabilidad y ?abuso de autoridad?. Finalmente, la reforma incorporó como agravante del tipo básico la comisión mediante ?fraude? o ?concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima?.

5.3 De lo señalado puede advertirse que la modificación del tipo penal tuvo por objeto abarcar un universo de conductas que antes no se encontraba captado por la norma. Y ese cambio en el conjunto de conductas captadas evidencia, a su vez, una variación en el bien jurídico tutelado. Es razonable pensar que si el legislador distinguió entre mayores y menores de edad, no lo hizo de manera caprichosa, sino porque entendía que los bienes tutelados en uno y otro caso eran distintos. Es posible que castigar de un modo más severo la facilitación de la prostitución de un menor de edad haya tenido por objeto resguardar la inmadurez de ese menor. Eliminada la distinción por edad, desaparece la inmadurez como bien jurídico tutelado por el tipo en cuestión. En cambio, en la nueva redacción, la minoridad de la víctima aparece como agravante del tipo básico del 125 bis. En ese marco, la modificación introducida por el legislador en la ley 26.842 tuvo por objeto modificar el bien jurídico tutelado por la anterior redacción del Código.

En ?Neves Cánepa? el Tribunal sostuvo que ?[l]a modificación o reformulación de tipos penales que preveían sanción con

anterioridad a la ley n° 24.588 no los transforma en "nuevos delitos" y, por ende, en aquellos casos en que se introduce una modificación a un tipo penal regulado con anterioridad a la ley n° 24.588 y que no haya sido objeto de algún convenio de transferencia se encontraría abarcada por la competencia que esa norma nacional manda a mantener en cabeza de la justicia nacional con asiento en la Ciudad de Buenos Aires? (cf. punto 8 del voto que suscribí junto con los jueces Conde y Casás). Sin embargo, es razonable pensar que, en este caso, no estamos frente a una modificación del tipo penal sino frente a un tipo penal que, por proteger un bien jurídico distinto, difiere de aquel previsto con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley n° 26.842. Como quedó expuesto más arriba, al eliminar la distinción entre mayores y menores de edad, el legislador entendió que el bien jurídico a tutelar era otro, como así también era distinto el universo de conductas captadas. La expresión "nuevos delitos" escogida por el legislador en la ley n° 26.702 debe ser interpretada a la luz de la regla prevista en el art. 129 de la CN. Esto es, que en la medida en que las facultades jurisdiccionales corresponden a la Ciudad, salvo que el Congreso identificara algún interés federal en que esos "nuevos delitos" fueran juzgados por un órgano distinto del poder judicial local, la competencia es de éste último. En este sentido, tengo dicho junto a los jueces Casás y Conde que "...para que una facultad jurisdiccional de las que no competen a la Nación quede dentro de la esfera federal es indispensable una expresa declaración del Congreso que identifique un interés federal cuya garantía sea el ejercicio de una competencia jurisdiccional de naturaleza local por un órgano judicial de la Nación" (cf. punto 2 del voto en "Neves Cánepa" ya citado, sin destacar en el original). Nada de ello ocurre en el caso que aquí nos ocupa. 6. Por ello voto por: hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad del MPF, revocar la sentencia recurrida y declarar la competencia del Poder Judicial de la Ciudad para seguir interviniendo en las presentes actuaciones. La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo: 1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y contiene una crítica suficiente de la decisión que declaró inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener, lo que autoriza el tratamiento de los agravios allí vertidos. 2. En cuanto al recurso de inconstitucionalidad, coincido con lo expuesto por la Jueza Weinberg en su voto. Cuando los jueces del a quo resolvieron confirmar la incompetencia, la justicia local ya era competente para intervenir en el delito previsto en el artículo 125 bis, CP. Ello, conforme la sanción de la ley n° 5935; Resolución Conjunta n° DG-26/18, AGT-17/18 y FG-32/18, rectificadas por la Resolución Conjunta n° DG-29/18, AGT-19/18 y FG-46/18; y consentida por el Consejo de la Magistratura de la CABA mediante la Resolución n° 5/18. Tampoco existe condicionamiento material alguno que sujete el juzgamiento de la conducta investigada en autos a la denominada "justicia nacional" (cf. cláusula transitoria del anexo de la Ley n° 26.702). 3. En virtud de lo expuesto, voto por hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad y declarar la competencia del fuero local para entender en el presente caso. Así lo voto. Por ello, el Tribunal Superior de Justicia resuelve: 1. Hacer lugar al recurso de queja interpuesto. 2. Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la resolución de Cámara del 01/02/2018 y declarar la competencia del Poder Judicial de la Ciudad para seguir interviniendo en las presentes actuaciones. 3. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

039807E