

REGISTRO Nro.: 19405

///nos Aires, 21 de septiembre de 2011.

**Y VISTOS:**

La presente causa n° 13.568 caratulada "Colombo, Marcelo s/recurso de casación".

**Y CONSIDERANDO:**

1º) Que a raíz del resultado de la Investigación Preliminar n° 118/09 el Fiscal General a cargo de la Unidad Fiscal de Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas de la Procuración General de la Nación, decidió formular denuncia ante el Juzgado Federal de la Rioja (fs. 1/12). A raíz de los hechos denunciados el Fiscal Federal de La Rioja promovió ante el Juez Federal la instrucción del proceso. Al describir el objeto de la instrucción señaló que "*Los elementos colectados en la investigación previa alcanzan para afirmar que los locales «Ghost», «Caricias», «Play», «Sí Eva», funcionan como «casa de tolerancia» en clara infracción a disposiciones de la ley 12.331. [El] Artículo 15 de la mentada ley prohíbe expresamente en toda la República Argentina el establecimiento de casas o locales donde se ejerza o se incite a la prostitución.*"

En la pieza requirente la fiscalía sostuvo que "*El hecho de facilitar el lugar con pleno conocimiento de que allí se acuerdan relaciones sexuales remuneradas, participar de la contabilidad y la administración del dinero de esos acuerdos o del que se genera en el local por la actividad previa de estas mujeres (copas), pero que constituye el estímulo o incitación para el acuerdo sexual remunerado –mas si el acercamiento es promovido o estimulado por los encargados-, definen a estas personas como sostenedores y administradores de una casa de tolerancia en los términos que exige el artículo 17 de la ley 12.331.*"

*Sin perjuicio de ello, entiendo que las específicas circunstancias apuntadas por los investigadores de la Gendarmería Nacional, es decir, el hecho de que ninguna de las mujeres encontradas en situación de prostitución en los cuatro prostíbulos fuesen de origen local sino que todas ellas provienen de otras provincias e incluso de países limítrofes, que las mismas rotarían de un sitio a otro luego del plazo que denominan 'plaza', sumando a que algunas de ellas fueron halladas visiblemente intoxicadas por los efectos de sustancias estupefacientes, pueden reputarse como claros indicios del delito de trata de personas de otras conductas reprimida en la ley 23737."*

En la misma pieza requirente el representante del Ministerio Público promovió la cuestión de constitucionalidad que viene rechazada y es objeto del presente recurso de casación, en estos términos: *"Finalmente, ante la existencia en el ámbito provincial de una ley (8.166) que establece un marco regulatorio –y habilitatorio- para el desarrollo de la actividad comercial de los prostíbulos (denominados 'Whiskerías u otros de características similares'; definidas como 'locales en los que se ofrece expresa o tácitamente compañía de personas para los clientes que asisten al local) estableciendo para sus propietarios un deber de inscripción en un registro de Salud (artículo 4to) y para las mujeres que allí están en situación de explotación un 'carnet sanitario...mediante el cual acredite que no padece infección y/o enfermedad de transmisión sexual' (artículo 6to), consideramos necesarios que, al momento de solicitarse a la autoridad administrativa la inhabilitación del comercio se declare simultáneamente, la inconstitucionalidad de la mencionada ley, especialmente de sus artículo 2do., inc. 'C' 4to y 6to que permiten la habilitación y existencia de locales cuya actividad se encuentra prohibida en todo el territorios del país por la ley nacional 12.331; así como por el Convenio para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena (1949), del cual la República Argentina es Estado adherente (fue aprobado incorporado al ordenamiento jurídico argentino por la ley 11.925 del 30 de septiembre de 1957 que entró en*

*Cámara Nacional de Casación Penal*

vigor el 13 de febrero de 1958) Creemos que la existencia de esa norma (8166) es contraria a la norma nacionales y supranacionales conforme el artículo 77, inciso 22 de la CN y por tal razón violatoria del régimen establecido en nuestra carta magna por el artículo 31 [...].

2º) Que por decisión de 29 de septiembre de 2010 la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba confirmó la del juez federal de La Rioja que había rechazado el planteo de inconstitucionalidad que había promovido el Ministerio Público contra la ley provincial n° 8166 (fs. 90/94).

Que al rechazar la impugnación de inconstitucionalidad la Cámara Federal declaró que *"no se advierte que [la ley provincial] vulnere disposición alguna de la ley nacional en cuanto ésta reprime la trata de personas con el objetivo de evitar la explotación de personas en los términos establecidos por las leyes nacionales e internacionales."* (fs. 92vta.).

Después de relevar las disposiciones de la ley provincial n° 8166 el *a quo* consideró que *"mientras el ordenamiento jurídico de la Nación, protege, cautela la salud pública como derecho protegido por la ley de fondo, la ley local también la custodia por medio de sus disposiciones administrativas de carácter sanitario. La ley local tiene carácter preventivo."* (fs. 93 vta.)

3º) Contra ese pronunciamiento el fiscal interpuso recurso de casación (fs. 95/99), que fue concedido (fs. 101/103).

El representante del Ministerio Público plantea por la vía de casación que ha mediado errónea aplicación de la ley sustantiva, pues *"se había inobservado la aplicación correcta de leyes sustantivas como son las leyes 26.363 y 12.331, priorizando en el caso una ley de carácter provincial en desmedro de aquellas"* (fs. 95 vta.).

Ha alegado que *"al no hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad de la ley provincial 8166 deja incólume su aplicación siendo los fundamentos de la misma insuficientes e inidóneos a los fines expuestos."* (fs. 97). Agregó que *"el control y prevención de los delitos de trata, explotación de la*

*prostitución ajena y estupefacientes en el ámbito de la provincia puede ser ejercida en su plenitud por las autoridades pertinentes [...] pero la persecución y juzgamiento pertenece al ámbito judicial aplicándose las leyes nacionales 26364 y 23737 y no la ley provincial 8166. Si esto se hubiera entendido así, no hubiese sido necesario el planteo de inconstitucionalidad. La cuestión que agravia y fundamenta este carril recursivo es que el pedido de inconstitucionalidad al que no ha hecho lugar la resolución en crisis, radicó en la circunstancias que el a-quo consideró la aplicación de la ley 8166 en desmedro de las leyes nacionales que corresponden aplicar al caso” (fs. 97vta.).*

Expuso también que la ley provincial “*pretende regular subrepticamente las actividades de las casas de tolerancia, wiskerías, cuya existencia y funcionamiento están prohibidas por la ley 12.331, porque allí se ha establecido como actividad principal o secundaria el ejercicio de la prostitución.*” (fs. 98vta.).

4º) Que el remedio intentado se presenta inadmisibile por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar, se releva que la impugnación de inconstitucionalidad de la ley provincial había sido promovida como una incidencia en el marco de un sumario por delitos de acción pública cuya instrucción había sido promovida por el Ministerio Público (arts. 180 y 195 C.P.P.N.). La instrucción del sumario no ha sido desestimada, ni se alega la existencia de una decisión judicial que impida su prosecución, ni el ejercicio de la acción penal promovida por la fiscalía. De tal suerte, sin abrir juicio acerca de la pertinencia de la vía procesal elegida por la fiscalía para promover ante el juez federal que conocía del sumario la inconstitucionalidad de la ley provincial, en todo caso la decisión que rechazó la impugnación de constitucionalidad no es ninguna de aquellas comprendidas en el art. 457 C.P.P.N.

Más aún, aunque la decisión ha sido contraria a la pretensión ejercida por el Ministerio Público en este sumario por delitos de acción pública, la

*Cámara Nacional de Casación Penal*

fiscalía falla en demostrar cuál es el agravio concreto que la decisión acarrea para el ejercicio de las facultades legales del Ministerio Público concernientes al objeto de este proceso penal. La falta de demostración del agravio (art. 432 C.P.P.N.), sella la inadmisibilidad del recurso de casación.

5°) Que, a mayor abundamiento, es de señalar que también se arribaría a la inadmisibilidad por falta de un caso constitucional correctamente planteado.

Uno de los intérpretes más adelantados y respetados de la Constitución Nacional anunció: “[...] « *Aplicar la ley* » es el objeto del Poder Judicial, es decir, conocer y decidir todas las causas que se produzcan con motivo de hechos regidos por la Constitución y las leyes. Significa que no puede tomar por sí una ley o una cláusula constitucional, y estudiarlas o interpretarlas en teoría, sin un caso judicial que provoque su aplicación estricta. No pueden, pues, los jueces de la Corte y demás inferiores, hacer declaraciones generales ni contestar a consultas sobre el sentido o validez de las leyes: su facultad para explicarlas e interpretarlas se ejerce sólo aplicándolas a las cuestiones se suscitan o se traen ante ellos por las partes, para asegurar el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones” (GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Ángel Estrada y Cia., Buenos Aires, 16ª. Edic.; p. 609, con cita de Fallos: 1:28; 2:253; 4:75; 5:316; s. II, 6:65; s. III, 5:144).

El Capítulo I de la ley n° 27 al definir la “Naturaleza y funciones generales del Poder de la Nación”, establece en su art. 2 que la Justicia Nacional “*nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte*”. En el art. 3 declara esa ley que “*uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella*”. Estas dos provisiones ponen en evidencia una distinción: los jueces del Poder Judicial deben asegurar la supremacía de la Constitución prescindiendo “*al decidir las causas*” de toda

disposición u acto de otro poder que se le oponga (art. 3), pero deben hacerlo en el marco de un caso o causa. Fuera de un caso o causa no son garantes de la supremacía Constitucional.

En uno de los primeros casos de la jurisprudencia en los que la Corte Suprema se ha pronunciado sobre el control de constitucionalidad, ella ha declarado: *“Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan ó no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles é involuntarios de los poderes públicos”* (Fallos: 33: 162, “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo”).

La función judicial de control de constitucionalidad es inherente a ciertas cláusulas de la C.N., en particular el art. 31 que sienta el principio de supremacía constitucional, el art. 30 que define el carácter rígido de la ley fundamental que impide la enmienda por el Congreso, y el art. 116, en cuanto confía a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, *“el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”* (SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Recurso extraordinario*, 4a. Edic., Astrea, Buenos Aires, 2002, tomo 1, p. 97).

En Fallos: 245:552 la Corte Suprema declaró que el control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requiere que el requisito de la existencia de un *caso* o *controversia* sea observado rigurosamente, y que tales *casos* o *causas* en los artículos 100 y 101 CN (actuales art. 116 y 117 según texto reformado de 1994) son aquellos que contempla el art.

*Cámara Nacional de Casación Penal*

2 de la ley 27, con la exigencia de que los tribunales federales sólo ejerzan jurisdicción en los casos contenciosos.

Y en el caso de Fallos: 306:1125 (1984) -voto de la mayoría- se estableció que *"el poder judicial de la Nación conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los Tribunales nacionales por los arts. 94, 100 y 101 de la Constitución se define de acuerdo con invariable interpretación receptada por el Congreso argentino y por la jurisprudencia de este Tribunal, de la doctrina constitucional de los Estados Unidos, como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a las que se refiere el art. 2º de la ley 27. Dichas causas son aquellas en las que se persigue la determinación del derecho debatido entre partes adversas (Fallos: 156:318, considerando 5º, p. 321). Y por ello no se da una causa o caso contencioso que permita el ejercicio del poder judicial conferido a los tribunales nacionales cuando se procura, como ocurre con la demanda de autos, la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o de los actos de los otros poderes (Fallos: 243:176 y 256:104, cons. 5º, segundo párrafo)".* En ese voto se ha explicado que *"ello es así porque, como también lo ha afirmado la Corte Suprema en Fallos: 242:353, considerando 3º, «el fin y las consecuencias del 'control' encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requieren que este requisito de la existencia de un 'caso', o 'controversia judicial' sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes, según lo expone el juez Frankfurter, con fundamento en la jurisprudencia norteamericana (341 U.S. 149)» [...]"*. Al respecto ha concluido que *"Por tal motivo se ha dicho en Fallos: 256:104, considerando 2º, que resulta condición para el examen judicial de la constitucionalidad de las leyes u otros actos de la autoridad que él ocurra como aspecto de un litigio común o como medida tendiente a superar el obstáculo que deriva de aquéllos para el reconocimiento del derecho invocado por la parte que los impugna"*.

Estas afirmaciones corresponden a la interpretación tradicional y más temprana de “caso” o “causa”, según la cual la Corte había declarado que *“Todo asunto susceptible de ser llevado a resolución de los tribunales de justicia, cuando involucre alguna cuestión de naturaleza federal y la decisión recaída sea irrevisable dentro del mecanismo local, constituye un caso o pleito o juicio a los efectos del art. 14 de la ley 48”* (Fallos: 186:97). También había decidido que *“todo asunto susceptible de ser llevado ante los tribunales de justicia mediante alguno de los procedimientos establecidos a ese efecto, constituye un caso, juicio o pleito a los fines del art. 14 de la ley 48”* (Fallos: 193:115). Es de destacar en este último caso que no se trataba de un pleito de partes sino de una petición de expedición de una orden de allanamiento en ejercicio de poderes de policía estatal sobre ciertos negocios.

Por cierto, se puede promover la supremacía de la Constitución en un caso o causa, que no tenga carácter contencioso. Tal el caso de la acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 322 C.P.C.C.N.). Ha dicho la Corte al respecto que *“de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal, la declaración de certeza, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un “caso” que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, constituye causa en los términos de la ley Fundamental”* (Fallos: 311: 421 y sus citas; en igual sentido Fallos: 311:1835 y sus citas).

El Poder Judicial de la Nación no tiene una jurisdicción inmanente, para conocer de cuanto eventual conflicto normativo pueda existir, sino que, al contrario, sólo pueden ejercer esa jurisdicción cuando han sido llamados por otros a resolver un caso o causa regido por la Constitución o las leyes, porque no son garantes de modo general y abstracto de la supremacía de la Constitución sino en el marco de los casos que se le presentan.

Esta distinción aparece clara en el caso de Fallos: 324:3219



*Cámara Nacional de Casación Penal*

("Mill de Pereyra Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Ángel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa"). Así, por ejemplo, se lee en el voto de los jueces Fayt y Belluscio, que admiten la declaración de inconstitucionalidad de oficio de normas legales, aunque ella no hubiese sido invocada por las partes, aunque sostienen que *"el ejercicio de tal facultad en orden a mantener el imperio de la Constitución sólo puede considerarse autorizado en situaciones muy precisas"*, esto es, la invalidez constitucional sólo puede ser declarada cuando la entidad de aquella la justifique, la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable, y cuando se proceda en un caso o causa. Sobre esto se expresa: *"debe ponderarse que su ejercicio no supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual debe optarse entre la aplicación de una norma de rango inferior en pugna con la Constitución Nacional o de ésta, a efectos de resolver un conflicto contencioso en los términos del art. 2º de la ley 27"*, y se explica que *"de estos recaudos habrá de derivar necesariamente el carácter incidental de este tipo de declaración de inconstitucionalidad, en el sentido de que, por definición y al tratarse de una declaración oficiosa, no habrá sido solicitada por las partes; de allí que sólo será necesaria para remover un obstáculo -la norma inconstitucional- que se interponga entre la decisión de la causa y la aplicación directa a ésta de la Ley Fundamental; dicho en otros términos, esa declaración será el presupuesto para el progreso de otra pretensión (causa A.529.XXII. "Asociación Bancaria c/ Chubut, Provincia del", sentencia del 15 de junio de 1989) o, en su caso, defensa"* (considerandos 9 y 10, sin subrayado en el original).

Desde esta perspectiva, si el fiscal ha promovido la declaración de inconstitucionalidad de una ley provincial en el marco de un sumario penal instruido por un juez federal, tiene la carga de demostrar que esa ley impide o afecta el ejercicio de la jurisdicción federal sobre los hechos objeto del proceso de un modo incompatible con el art. 31 C.N., o el ejercicio de una autoridad federal

competente para la persecución penal, en el caso, el ejercicio de la autoridad estatuida por el arts 120 C.N. y por la ley 24.946.

Si se trata de la defensa de la legalidad y de la Constitución en el que no se encuentra en cuestión, o no se afecta la facultad de persecución penal, y el eventual castigo, entonces debe tratarse de un caso o controversia promovido por la vía y forma procesal pertinente, o eventualmente por la acción declarativa de inconstitucionalidad, de entre aquellas que son admitidas por la ley y la jurisprudencia de la Corte Suprema antes citada.

Por lo expuesto, esta Sala **RESUELVE**: Declarar mal concedido el recurso de casación de fs. 95/98 (artículos 444 y 465 bis del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Fdo.: Dres. Luis M. García, Guillermo J. Yacobucci y Liliana E. Catucci.

Ante mí: Gustavo Alterini.