

//tencia N°

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA DORIS MORALES

Montevideo, primero de febrero de dos mil veintitrés

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: **"FORMALIZACIÓN EN EL MARCO DE OPERACIÓN OCÉANO 1) BALLIVA GIMÉNEZ, WASHINGTON ULISES. 2) ORTIZ DE LUCÍA, NICOLÁS. 3) LARRAMENDI GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL. 4) PAULLIER SYMONDS, JACQUES. 5) PFEFFER SLOBODINSKI, ARIEL SERGIO. 6) SOSA DE LEON, MATÍAS. 7) GOLDONI, LEOMAR. 8) PEÑA DE LA CARCOVA, JOSÉ MARÍA. 9) IRISARRI, ALFONSO. 10) CIRIO, RICARDO ORESTES. 11) SIOSTEDT PAPERÁN, ROBERTO JUAN - EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - ARTS. 81.2 C) Y 268.4 DEL C.P.P., ART. 4 DE LA LEY N° 17.815 Y 80 DE LA LEY N° 19.580", IUE: 2-13958/2020.**

RESULTANDO:

I) En el marco de la causa denominada "OPERACIÓN OCÉANO", comparecen conjuntamente las Defensas técnicas de los enjuiciados Miguel LARRAMENDI, Washington BALLIVA, Ricardo CIRIO, Alfonso IRISARRI, Nicolás ORTIZ, Jacques PAULLIER, José María PEÑA, Leomar GOLDONI, Ariel PFEFFER, Roberto SIOSTEDT y Matías SOSA, interponiendo excepción de inconstitucionalidad respecto de los artículos 81.2.c y 268.4 del Código del Proceso Penal, 4 de la Ley N° 17.815 y 80 de



la Ley N° 19.580 (fs. 2.565-2.591).

En cuanto a las normas que reputan inconstitucionales, en síntesis, alegaron lo siguiente:

a) Artículo 81.2.c del Código del Proceso Penal.

Sostienen que vulnera los principios del debido proceso y de igualdad de armas entre las partes en el proceso, al admitir que la defensa de la víctima pueda presentar prueba coadyuvando con la acusación después de contestada por la Defensa, impidiendo a esta última su efectivo control y contradictorio, principios rectores protegidos por los artículos 8, 20, 21, 22, 72 y 332 de la Constitución de la República.

b) Artículo 268.4 del Código del Proceso Penal.

Alegaron que la norma impugnada, al exigir que los múltiples medios de prueba o evidencias que la Defensa pretenda diligenciar en juicio, deben ser exhibidos previamente a la Fiscalía, vulnera el debido proceso, el principio de igualdad y el derecho de defensa recogidos por los artículos 7, 8, 10, 16, 18, 72 y 332 de la Constitución.

c) Artículo 4 de la Ley N° 17.815.



Argumentaron que las penas establecidas en el delito, al sancionar meros actos de proposición, son absolutamente desproporcionadas y violentan criterios elementales de dosimetría penal reconocidos en los principios de igualdad y razonabilidad, que son la base consagrada en los artículos 8 y 72 de la Constitución.

El delito previsto en el artículo, pretende castigar actos que son esencialmente de proposición, ya que no exige la consumación del acto sino el mero ofrecimiento.

A criterio de las Defensas, a partir del derecho de las personas mayores de quince años de consentir el relacionamiento sexual, este delito criminaliza la propuesta remuneratoria de un acto lícito. Rematan afirmando que la prostitución es un acto de ejercicio de actividad de rendimiento económico, cumplida por quien tiene quince años de edad toda la libertad de hacerlo.

d) Artículo 80 de la Ley N° 19.580.

Alegaron que vulnera el principio de igualdad, ya que crea una diferenciación entre las víctimas de diferentes delitos, sin razón de ser de acuerdo a la Constitución. La norma brinda un beneficio especial a las víctimas de delitos sexuales,



que no se otorga a las restantes víctimas de delitos.

Concluyen que, esta diferenciación, no es razonable ni se encuentra justificada, vulnerando el principio de igualdad.

II) Elevados los autos para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 2.599 y 2.602), fueron recibidos el día 6 de junio de 2022 (fs. 2.604).

III) Por decreto N° 826, de fecha 14 de junio de 2022, se dispuso conferir traslado de la excepción de inconstitucionalidad a la Fiscalía Letrada Penal de Montevideo de Delitos Sexuales, Violencia Doméstica y Violencia basada en Género de 5° Turno (fs. 2.605), la que lo evacuó solicitando el rechazo de la impugnación interpuesta (fs. 2.610-2.619).

IV) Por auto N° 985, de fecha 21 de julio de 2022, se ordenó el traslado de la excepción de inconstitucionalidad a la Defensa de las víctimas (fs. 2.625), que lo evacuó en el sentido de que corresponde rechazar la excepción interpuesta (fs. 2.641-2.649, 2.652-2.655 y 2.657-2.663 vta.).

V) Por auto N° 1.200, de fecha 18 de agosto de 2022, se ordenó el pasaje del expediente a estudio y autos para sentencia, citadas las partes (fs. 2.666).

VI) Culminado el estudio por parte de los Sres. Ministros, se acordó emitir el siguiente



pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

1) La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad de sus integrantes, desestimaré la defensa de inconstitucionalidad por los fundamentos que a continuación se pasan a exponer.

2) Sobre la inconstitucionalidad pretendida del artículo 81.2.c del Código del Proceso Penal.

Para empezar, el sector de la norma que se impugna establece lo siguiente:

“La víctima del delito podrá intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en este Código y tendrá, entre otros, los siguientes derechos:

(...)

c) A proponer prueba durante la indagatoria preliminar, así como en la audiencia preliminar y en la segunda instancia, si la hubiere, coadyuvando con la actividad indagatoria y probatoria del fiscal. En el diligenciamiento y producción de la prueba que haya sido propuesta por la víctima, esta tendrá los mismos derechos que las partes; (...).”

Los excepcionantes, alegan que este artículo brinda a las Defensas de las presuntas víctimas la posibilidad de ofrecer prueba, luego de que



la defensa de los imputados contestó la acusación. Esto, continúan, generó en la práctica forense el uso habitual de las víctimas, "con todas las cartas a la vista", de agregar prueba que subsana o complementa la que no presentó la Fiscalía oportunamente.

Entienden vulnerados por esta norma los artículos 8, 20, 21, 22, 72 y 332 de la Constitución de la República, así como el principio de igualdad de las partes en el proceso.

2.1.) Para la Corte el planteo no puede prosperar, ya que en puridad, se pretende contender contra una "práctica forense-jurisprudencial", cuestión totalmente ajena al ámbito del control constitucional de la ley.

Para los excepcionantes, en el Código Procesal Penal existe un "vacío legal", esto es, no se estableció la oportunidad procesal para que la víctima ofrezca la prueba, como sí se previó expresamente para el actor y el acusado (arts. 127 y 128).

A consecuencia de una práctica forense, los impugnantes ubican esa prerrogativa en la audiencia de control de acusación. Sin embargo, no existe disposición aplicable pasible de reproche constitucional, por lo que tal vacío no podrá lesionar ningún interés directo, personal y legítimo del que



fueran titulares los encausados (artículos 258 de la Constitución y 508 y 509 nral. 2º del C.G.P.).

Como destaca la Sra. Fiscal Letrada: *“Los promotores de la excepción ... están por tanto solicitando la declaración de inconstitucionalidad de un artículo de la ley por algo que éste no dice, por algo que no establece, cuál es la oportunidad [para que la víctima ofrezca prueba]”* (fs. 2.612).

Si la actuación de los operadores jurídicos es contraria a la propia Constitución -como entienden los impugnantes-, lo que correspondería es movilizar los recursos ordinarios tendientes a resistir tal práctica o interpretación. La excepción de inconstitucionalidad no es la vía adecuada para corregir -supuestas- prácticas o interpretaciones erróneas.

En definitiva, para la Suprema Corte de Justicia la impugnación carece de objeto.

La norma tachada de inconstitucional, que reconoce el derecho de la víctima a proponer prueba durante la indagatoria preliminar, en la audiencia de formalización, en la audiencia de juicio oral y en segunda instancia, no es, en sí misma y en rigor técnico, objeto de cuestionamiento por la Defensa.

En realidad, a partir de su regulación y de una supuesta práctica jurisprudencial,



es que la Defensa deduce que, si en la audiencia de juicio se va a recibir la prueba ofrecida por la víctima (art. 271.1), es porque de algún modo puede ofrecerla en una etapa anterior (en la audiencia de control de acusación, como propone la impugnante), cuestión, esta última, que sí considera inconstitucional, por las razones ya apuntadas. Sin embargo, tal regulación no está contemplada en la norma impugnada, lo que deja sin objeto a la excepción.

Por estas razones, para la Corporación no les asiste razón a los impugnantes.

2.2.) Sin perjuicio de lo anterior, para el Sr. Ministro Dr. John Pérez Brignani, en el presente caso no puede hablarse de manera alguna de una violación al principio de igualdad de armas.

Las Defensas en forma poco argumentativa deslizan que se violaría tal principio, sin embargo, el Dr. Pérez Brignani estima necesario en forma primigenia definir cuál es el alcance del mismo.

Para el Dr. Pérez Brignani, como bien expresan Roxin y Schünemann, el concepto de igualdad de armas (utilizado por las defensas) es "confuso", ya que, por un lado, es ilusorio y, por otro, es inadecuado afirmar que debe dársele trato igual a la acusación respecto de la defensa (Cfme. ROXIN, Claus y SCHÜNEMANN, Bernd. Strafverfahrensrecht. C.H. Beck,



Múnich, 2017, pág. 71). Por ello y como claramente lo hace notar Baumann “hoy ya no se puede hablar de igualdad de armas”, sino más bien, “de una relación equilibrada entre derechos y deberes” (Cfme. BAUMANN, Jürgen, Derecho Procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1986, pág. 36).

En cuanto al alcance de esta relación equilibrada, continúa el Dr. Pérez Brignani, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha sostenido que se traduce en la posibilidad del demandado de tener “una oportunidad razonable de presentar su caso ante la Corte bajo condiciones que no lo ubica en una desventaja sustancial, *vis a vis*, frente a su oponente” (Cfme. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Kaufman C. Bélgica, decisión de 9 de diciembre de 1986).

Al respecto, Cafferatta Nores expresa que la igualdad mencionada se expresa de la mejor forma como respeto al “principio contradictorio”, lo que habilita a refutar la tesis de la parte opuesta, para lo cual se requiere el reconocimiento de “iguales atribuciones” a las partes en la posibilidad de producir pruebas, controlar las de la contraparte, argumentar ante los jueces su fuerza de convicción y de contar con las mismas posibilidades de intentar lograr el acogimiento por la jurisdicción del interés defendido



por dicha parte (Cfme. CAFFERATTA NORES, José I. *Proceso penal y derechos humanos*. Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 13).

En la misma línea, para el Dr. Pérez Brignani es necesario afirmar que en los modelos adversariales se exige que las partes se “presenten y actúen en el proceso en condiciones de igualdad relativa”, destacándose dos características particulares del sistema: igualdad de oportunidades para recoger evidencia y “potestades similares” (Cfme. BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El Proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004, pág. 126).

En el caso concreto planteado por las Defensas, lo cierto es que existe una norma que garantiza la relación equilibrada de las partícipes del proceso en torno a las posibilidades probatorias.

A saber, el artículo 268.4 del C.P.P. al regular la audiencia de control de la acusación, expresa: “No podrá admitirse en juicio ninguna prueba a la que la contraparte no haya tenido acceso y posibilidad de control. A tales efectos el juez adoptará las medidas pertinentes para garantizar el control por las partes”.

De esta forma, concluye el Dr.



Pérez Brignani, se ve explicitada la garantía enunciada previamente, ya que no es posible ingresar al juicio oral ninguna prueba a la que las partes no hayan tenido acceso y posibilidad de control.

Ergo, las “potestades similares” para los distintos participantes del proceso, se encuentra reconocida y garantizada en forma expresa por la propia normativa, lo que conlleva a concluir que la violación alegada por las defensas en el presente excepcionamiento no sea tal.

2.3.) Sobre esto último, la Sra. Ministra Dra. Elena Martínez entiende que el instituto del “*discovery*”, indirectamente cuestionado por la Defensa de los excepcionantes, al referir que la víctima tiene la posibilidad de ofrecer prueba que la Defensa de los encausados no tiene oportunidad de conocer y controlar, encuentra basamento en la idea de igualdad de las partes en el proceso y lealtad recíproca, como condiciones indispensables para la evitación de juzgamientos sorpresivos. Los principios de contradicción, debido proceso e igualdad (artículos 9, 127 y 128 C.P.P.) sólo cristalizarán si las partes llegan al juicio oral conociendo el contenido de la prueba de la contraria.

En ese sentido, continúa la Dra. Martínez, ningún riesgo corren los imputados (y por



esta razón descarta su interés para plantear la presente defensa), puesto que la etapa procesal intermedia, en la que se desarrolla la audiencia de control de acusación, está estructurada sobre la base del ya citado artículo 268.4 del Código del Proceso Penal.

De ese modo, para la referida Ministra, la exigencia de revelación o descubrimiento de la información está garantizada, significando en consecuencia, que las partes llegan a la audiencia principal sabiendo con precisión cuáles son los hechos que están en discusión, cuál es el derecho que cada uno invoca y, sobre todo, cuáles son individualizadamente cada una de las pruebas que se van a presentar y cuál es en lo medular la información que aportarán. Es justamente en esa audiencia de control de la acusación en donde el Juez deberá pronunciarse sobre la admisibilidad de los medios ofrecidos; admisibilidad para referir genéricamente a todas las condiciones de validez intrínseca que debe ostentar un medio de prueba para ser incorporado al proceso (Cf.: KLETT, Selva. *Reglas generales de la prueba*. En la obra colectiva del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal: "Curso sobre el Nuevo Código del proceso Penal", Volumen 1, FCU, 2021, págs. 492 y ss.), lo que incluye, entiende la Dra. Martínez, la condición prevista en el art. 268.4 del C.P.P.



Luego de tener acceso a la prueba, la Defensa tiene garantizado el adecuado desarrollo del principio de contradicción, puesto que podrá analizar la prueba ofrecida y tendrá la oportunidad procesal de solicitar su exclusión conforme a los criterios de pertinencia, conducencia, necesidad, sobreabundancia, legalidad, que ha previsto el legislador (arts. 140.2 y 268.2).

Por último, la Dra. Martínez agrega como otro argumento coadyuvante que, en el proceso penal vigente, la situación jurídica procesal de la víctima no es la de parte, sino la de tercero coadyuvante (Cf.: sentencia de la SCJ N° 222/2021, y N° 354/2021 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno), de tal suerte que, no hay riesgo realmente de que la Defensa de la víctima pueda ofrecer prueba que complemente y/o contradiga la ofrecida por la Fiscalía, ni tampoco podrá subsanar omisiones en las que la parte acusadora haya incurrido.

En verdad, continúa la Dra. Martínez, analizada la cuestión desde la situación jurídica de la parte acusadora, solo existirá una teoría del caso, que será aquella desarrollada por la Fiscalía, con la que podrá coadyuvar la Defensa de la víctima. A su vez, esa teoría del caso, será conocida por la Defensa de los imputados, que desplegará la propia al



contestar la acusación (art. 128). Por manera que la Defensa de la víctima no podrá introducir una teoría distinta a la formulada por la Fiscalía, lo que descarta que los acusados queden expuestos a “sorpresas” que disminuyan sus garantías constitucionales. Por consiguiente, en este enfoque, no avizora la Dra. Martínez lesión alguna a las garantías constitucionales denunciadas a fs. 2567 *in fine* y vta.

Es más, el art. 268.4 del C.P.P., establece que el Juez adoptará las medidas pertinentes para garantizar el control referido, por lo cual podría, a pedido de la Defensa, postergar la audiencia hasta que ésta se informara adecuadamente.

No hay, concluye la Dra. Martínez, retaceo de las garantías constitucionales denunciadas.

2.4.) El Sr. Ministro Dr. Tabaré Sosa Aguirre, por su parte, entiende que de la lectura detenida del artículo 81 no puede concluirse que la Defensa no pueda conocer y controlar la prueba ofrecida por la víctima, por la garantía del artículo 268.4 del C.P.P. ya referida.

En tal sentido, continúa el Dr. Sosa, va de suyo que la construcción realizada por los excepcionantes -por más seductora que parezca- se da de bruces con la propia aplicación integral del Código. En



efecto, el artículo 81 no consagra lo que los excepcionantes dicen que la norma consagra y, si quedare alguna duda, el juez de garantías deberá tener un rol activo en la audiencia de control de acusación, pues no podrá permitir que ingrese a juicio prueba ofrecida por una parte, de la que la contraria no haya tenido acceso a su control.

En definitiva, para el Dr. Sosa el Código consagra -en forma acertada- que las partes lleguen al juicio sabiendo con precisión los hechos en discusión, el derecho que se invoca y cada una de las pruebas que se irán presentando en el juicio, dado que, justamente en la audiencia de control de acusación, el juez de garantías irá analizando cada una de ellas y efectuará el filtro previsto en el artículo 268 del C.P.P.

Véase, sigue el Dr. Sosa, que el artículo 268.2 del C.P.P. dispone que “cada parte enunciará la prueba ofrecida oportunamente y formulará las observaciones que considere pertinentes respecto de la prueba de la parte contraria. El juez velará por un genuino contradictorio sobre estos puntos y rechazará la prueba cuando esta resulte inadmisibile, impertinente, sobreabundante, dilatoria o ilegal”, además de la garantía prevista en el artículo 268.4 ya referido.

Tal como señala González



Postigo: *“Igualdad de armas en la producción y control de la prueba. Este derecho tiene anclaje en el principio de contradicción, que consiste en uno de los elementos integrantes de la teoría del juicio del sistema de garantías. Según Maier, “se ha incluido en el principio de contradicción el derecho de probar y el de controlar la prueba del adversario. Ello no es incorrecto, pues, sobre todo el control de la prueba del adversario, representa una manifestación del contradictorio, a la vez que la facultad otorgada para demostrar los extremos que son esgrimidos para inhibir la imputación de que se es objeto, o aminorar sus consecuencias, es una manifestación imprescindible de la posibilidad de oponerse a la persecución penal”.* Con lo cual, el control de la prueba de la acusación constituye un componente del principio de contradicción. En lo concreto, este principio se expresa en dos dimensiones. Por un lado, en la posibilidad de que la persona imputada, a través de su defensa técnica, acceda al legajo de investigación del acusador. Para que la defensa pueda prepararse de forma efectiva, el Ministerio Público debe revelar su información de modo previo a la audiencia y cualquier impedimento u ocultación será objeto de litigio en la audiencia de etapa intermedia. El juez o la jueza deberán analizar si el acceso insuficiente ha perjudicado la presentación de



la defensa y si en tal caso es necesario ordenar a la fiscalía que revele la prueba y se le conceda un plazo adicional a la defensa técnica para acceder a ella. Por otro lado, se manifiesta en la obligación de que el juez o la jueza de garantías aseguren que la persona imputada, a través de su defensa técnica tenga la amplia posibilidad de cuestionar y hacer todo tipo de señalamiento sobre la prueba que la acusación pretende llevar a juicio. Por lo tanto quien conduzca la audiencia debe generar una contradicción sobre los distintos medios de prueba de la fiscalía y evitar que los acusadores hagan alegaciones abstractas” (GONZÁLEZ POSTIGO, L. “Juezas y jueces de garantías en la litigación penal”, ed. Didot, Buenos Aires, 2021, págs. 160-161).

Justamente, para el Dr. Sosa, sobre esta última precisión que efectúa González Postigo es que reposa gran parte de nuestro sistema, extremo que quedó expresamente consagrado en el artículo 268.2 y 268.4 del C.P.P. Dichas disposiciones se encuentran en total sintonía con el principio de igualdad de armas en la producción y control de la prueba. De esta forma, la audiencia de control de acusación -la cual aún no se celebró en la presente causa- será el momento en el cual la Jueza de Garantías cumpla un rol activo a los efectos de evitar que no ingrese a juicio aquella prueba que fue



ofrecida por una de las partes y que la otra no tuvo posibilidad de controlar.

Si la Jueza de Garantías no cumple a cabalidad con su tarea, o vulnera la normativa vigente, entiende el Dr. Sosa, será eventualmente la parte agraviada la que movilizará los recursos pertinentes que permitirán que se llegue a la etapa de juicio oral con tal extremo saneado, pues, es esencia misma de la audiencia de control de acusación que tales extremos sean discutidos allí, pues las discusiones secundarias, excederían el objeto del propio juicio oral.

Tal como sintetiza Alliaud:
“otra aclaración importante es que la buena fe entre los litigantes, no implica la imposibilidad de control de la prueba por parte del contrario, porque justamente, es a través de la contradicción que puede obtenerse la información de calidad que no es más que prueba depurada (...) la buena fe entre las partes, aquella a la que alude el principio de objetividad del Ministerio Público Fiscal queda garantizada con el “descubrimiento” (disclosure o discovery), que refiere a la obligación de una parte de dar a conocer a la contraparte, previo al juicio, la información sobre las evidencias que pretende hacer valer en el debate. Este descubrimiento se fundamenta en el principio de evitar juzgamientos



sorpresivos (trial by surprise) y se inspira en la idea de igualdad entre partes y lealtad que las partes deben guardarse recíprocamente. La discovery desempeña la función de permitir a las partes conocer que elementos de prueba están en posesión o bajo el control de la otra parte. Cada una de ellas tiene la obligación de revelar a las otras partes los medios de prueba con los que cuenta. Si se cumple apropiadamente con tal obligación, todas las partes lograrán un conocimiento adecuado de todos los medios de prueba disponibles para ser presentados en el juicio (...) una de las cuestiones que se presentan ante ello, es preguntarnos si tal obligación en cabeza de la defensa no conculcaría el principio de inviolabilidad de la defensa en juicio y el privilegio contra la autoincriminación contenido en nuestro plexo de garantías. La Corte Suprema de los Estados Unidos, ante un planteo similar (...) sostuvo que no entendiendo que "el privilegio contra la autoincriminación no es violado por el requerimiento de que el acusado notifique a la defensa de coartada y descubra los testigos de ésta". Y el incumplimiento del deber de proporcionar discovery se sanciona con la orden compulsiva de hacerlo, la suspensión del juicio o la supresión de prueba" (ALLIAUD, A. "Audiencias preliminares", Ed. Didot, Buenos Aires, 2016, págs. 160-161/163).



Sobre el punto, añade el Dr. Sosa, en reciente fallo se pronunció nuestra jurisprudencia. En tal sentido, en sentencia N° 464/2021, señaló el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3° Turno: *"El art. 268.4 NCPP, en el centro del debate de todas estas Resoluciones, establece que "no podrá admitirse en juicio ninguna prueba a la que la contraparte no haya tenido acceso y posibilidad de control. A tales efectos el juez adoptará las medidas pertinentes para garantizar el control por las partes". Es posición consolidada de este Tribunal que el Juez de garantías, interviniente en esta etapa intermedia, es llamado a expedirse sobre la admisibilidad de la prueba ofrecida, en función de estándares de descubrimiento que tomarán como baremo la relevancia de acceso a la información para que las partes puedan preparar -sin sorpresa- la confrontación en juicio. Se trata entonces de depurar la calidad de la información que en definitiva permitirá obtener juicios de calidad y mejores fallos. Siguiendo a BAYTELMAN y DUCE, citados por este Tribunal en sentencia interlocutoria N° 25 de 13 de febrero de 2020, "...Las partes, en cambio, cuentan con toda la información que va a ser sometida al juicio, incluyendo la información de la o las contrapartes; como se sabe, la investigación de la fiscalía es pública para la defensa de manera que ésta*



conoce cuál es la información que el fiscal ha adquirido a través de dicha investigación, pero todavía más, el objeto de la audiencia de preparación del juicio oral es precisamente que todas las partes abran sus cartas respecto de cuál es la versión de cada quién y a través de qué medios específicos pretenden probarla. Esta exigencia de revelación o descubrimiento de la información con anterioridad al juicio significa en consecuencia, que las partes llegan a la audiencia principal sabiendo con precisión cuáles son los hechos que están en discusión, cuál es el derecho que cada uno invoca y, sobre todo, cuáles son individualizadamente cada una de las pruebas que se van a presentar y cuál es en lo medular la información que aportarán...” (Andrés BAYTELMAN - Mauricio DUCE, Litigación penal. Juicio oral y prueba). En cuanto al ofrecimiento de prueba la Sala ha consignado en Sentencia N° 200/2020 de 11 de mayo de 2020: “En efecto, para ALLIAUD está dentro de la buena fe de las partes, la obligación de cada una “de dar a conocer a la contraparte, previo al juicio, la información sobre las evidencias que pretende hacer valer en el debate. Este descubrimiento se fundamenta en el principio de evitar juzgamientos sorpresivos (trial by surprise) y se inspira en la idea de igualdad entre las partes y lealtad que las partes deben guardarse recíprocamente (...) desempeña la función de permitir a



las partes conocer qué elementos de prueba están en posesión o bajo el control de la otra parte. Cada una tiene la obligación de revelar a las otras partes los medios de prueba con que cuenta. Si se cumple apropiadamente con tal obligación, todas las partes lograrán un conocimiento adecuado de todos los medios de prueba disponibles para ser presentados en el juicio..." ("Audiencias preliminares, Colección Litigación y Enjuiciamiento Penal Adversarial", págs. 160-163, Bs.As. 2017). Justamente a eso se refiere el artículo 268.4 cuando requiere que cada parte "haya tenido acceso y posibilidad de control"; es tener la posibilidad real de tomar contacto con los actos de investigación que ha realizado en este caso específico la Fiscalía, conocer las evidencias probatorias recolectadas durante su indagatoria preliminar y en lo sustancial, conocer cuál ha sido la información que aportarán al proceso. De esa forma, el conocimiento de las "armas" con que cuenta su contraparte, las "munitiones con que están cargadas" las mismas y su intención de "abrir fuego" con ellas en juicio, habilitará a la otra para que -con tiempo suficiente- pueda pertrecharse adecuadamente para defender su "fortificación" -teoría del caso- e incluso contratacar".

En definitiva, por los diferentes argumentos expuestos, se irá a desestimar el



planteo.

3) Sobre la alegada inconstitucionalidad del artículo 268.4 del Código del Proceso Penal.

Para los excepcionantes, exigir que los múltiples medios de prueba o evidencias que la Defensa pretenda diligenciar en juicio, deben ser exhibidos previamente a la Fiscalía, vulnera el debido proceso, el principio de igualdad y el derecho de defensa recogidos por los artículos 7, 8, 10, 16, 18, 72 y 332 de la Constitución.

Los impugnantes apelan, nuevamente, a la aplicación jurisprudencial del artículo cuestionado, que exige a la Defensa presentar en juicio pruebas o evidencias ya diligenciadas que no tiene los poderes para obtener, para luego ver si son admitidas o no, lo que resulta absolutamente contrario a la lógica y al principio de razonabilidad, situación que, según denuncian, ha sucedido en varios casos.

Sostienen que la norma pretende que luego de conocer la acusación y la prueba de la Fiscalía, en el exiguo plazo de 30 días, la Defensa prepare su prueba de descargo y permita darle a la Fiscalía copia de declaraciones de peritos y testigos que están en el territorio nacional o extranjero, o amparados por el derecho de declarar por oficio, como son las altas autoridades o diplomáticos, informes de



registros públicos o privados, etc., para que luego pueda ser admitida en juicio.

Para la parte excepcionante, pretender que antes de la audiencia de Control de Acusación la Defensa puede lograr diligenciar toda su prueba de descargo para exhibirla a la Fiscalía, es exigir lo imposible.

En resumen, a su criterio la norma impugnada vulnera el principio de razonabilidad que inspira a nuestro proceso penal, la seguridad jurídica, el derecho a la igualdad, el principio de legalidad, el derecho de defensa o de asistencia técnica, el debido proceso legal, los derechos inherentes a la persona humana, la regla de que el orden de los juicios lo fijará la ley (arts. 7, 8, 10, 16, 18, 72 y 332 de la Constitución).

Finalmente, la Defensa hace acopio del marco en el cual se pide la declaración de inconstitucionalidad, transcribiendo (y valorando) desgrabaciones de audios presuntamente incorporados a juicio por declaraciones anticipadas (fs. 2.575-2.586 vta.).

En suma, la Defensa solicitó que se declare la inconstitucionalidad del art. 268.4 del C.P.P., a fin de que, sin limitaciones, se pueda ejercer el derecho de defensa.



3.1.) Para la Corte, tampoco en este punto le asiste razón a la parte excepcionante.

En primer lugar, la totalidad de las extensas referencias, detalles, transcripciones de declaraciones anticipadas y valoración de la prueba realizada por la parte impugnante (fs. 2.575-2.586 vta.), resulta, en el marco del presente juicio de control de constitucionalidad, totalmente improcedente, de modo que no corresponde a la Corte analizar tales argumentaciones.

Expresado lo anterior, nuevamente, el planteo se circunscribe a criticar la interpretación que hacen los órganos de mérito acerca del alcance de la formulación normativa contenida en el art. 268.4 del C.P.P. En otras palabras, lo que postulan los solicitantes es una suerte de recurso extraordinario de inconstitucionalidad, algo que, como tiene reiteradamente afirmado la Corte, carece de recepción en nuestro ordenamiento jurídico.

Como ya se expresó en el apartado anterior, la corrección del error que denuncian será procedente, eventualmente, por la vía de los recursos ordinarios. De otro modo, la Corporación estaría exorbitando su competencia actuando como Tribunal Constitucional de la República, resolviendo una suerte de recurso extraordinario de inconstitucio-



nalidad, remedio procesal no consagrado en nuestro sistema (Cf. Sentencia SCJ N° 1.412/2019).

El control de constitucionalidad versa sobre la norma -interpretación correcta mediante la formulación normativa- y su inaplicación al proceso y no, como parecen deslizar los impugnantes, sobre los criterios que postulan algunos órganos judiciales.

De otro forma, si la Corte accediera a formular un pronunciamiento de este tipo, estaría realizando una declaración genérica para salir al "cruce" de la interpretación de una disposición legal con fines "nomofilácticos", situación no prevista para el control de constitucionalidad de la ley.

Los excepcionantes no logran justificar sucintamente en qué consiste la violación de los arts. 7, 10, 16, 72 y 332 de la Constitución de la República por la nueva redacción del art. 268.4 del C.P.P.

En forma deficiente, alegan que se viola el principio de seguridad jurídica, una vez más, sobre la base de criterios de los Tribunales diametralmente opuestos.

El incumplimiento, en este aspecto, del art. 512 del C.G.P. es manifiesto.

Si bien ni siquiera se



identifican los antecedentes jurisprudenciales “contradictorios”, para la Corte, la norma impugnada buscó zanjar una discusión a nivel doctrinario y jurisprudencial sobre el alcance del instituto. En igual sentido, las ostensibles carencias alegatorias también se trasladan a las supuestas violaciones a los arts. 10, 16, 18, 72 y 332. No alcanza a comprenderse en qué se afectaría el principio de legalidad (la norma que se impugna proviene de un acto legislativo) y el del debido proceso.

Por estas razones, la impugnación es de pleno rechazo.

3.2.) Sumado a lo anterior, para la Corte no le asiste razón a la Defensa en su crítica.

El artículo 268.4 del C.P.P. que regula el instituto del descubrimiento (o “discovery” para el derecho anglosajón), permite a las partes conocer qué elementos de prueba están en posesión o bajo control de la contraria.

Cada una de ellas tiene la obligación de revelar a las otras partes los medios de prueba con los que cuenta. Si se cumple apropiadamente con tal obligación, todas las partes lograrán un conocimiento adecuado de los medios de prueba disponibles para ser presentados en el juicio.

Por consiguiente, todas las



partes pueden -al menos en principio- conocer de antemano todos los medios de prueba que cualquier otra parte puede presentar en el juicio. Cada una de las partes puede inspeccionar cada medio de prueba real y documental, obtener información acerca de los peritos, interrogar a las otras partes y los posibles testigos y peritos.

En su desarrollo reciente, la "discovery" se ha convertido en un mecanismo que funciona también para la definición de los hechos del caso, los hechos alegados se descubren al revelar las pruebas sobre los mismos, de modo que aquellos se van definiendo paso a paso, durante el desarrollo de la propia "discovery". La "discovery" es, pues, un mecanismo jurídico por medio del cual todas las partes identifican los hechos y descubren y verifican los medios de prueba por anticipado. Tomando como base esta revelación y el descubrimiento formal o informal de las pruebas, las partes seleccionan los medios de prueba que consideran realmente relevantes y que presentarán en juicio (TARUFFO, Michele. *La prueba*. Marcial Pons. 1ª Edición. Madrid. 2008, págs. 119 y 120).

La programación del debate en juicio (estructurada sobre el artículo impugnado) veda la admisión de prueba a la cual no haya tenido acceso la contraparte y exige que tenga posibilidad de control



(cf.: SIMÓN, Luis María. *La etapa de conocimiento del proceso penal ordinario*. en AA.VV., “Curso sobre el nuevo Código del Proceso Penal”, Vol. 2, FCU, 2021, pág. 282).

Con acierto, la modificación del art. 268.4 vino claramente a consolidar la interpretación sistémica del control de admisibilidad de la prueba en clave adversarial, al reclamar o asegurar el acceso de las partes a la prueba de su contraria (Cf. sentencias N^{os} 595/2021 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1^o Turno, 259/2022 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2^o T. y 464/2021 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal 3^o T.).

Esto es, la norma impugnada, en el marco de la estructura de un proceso acusatorio, exige cumplir con el “develamiento” para las partes en juicio.

Tal descubrimiento se fundamenta en el principio de evitar juzgamientos sorpresivos y se inspira en la idea de igualdad y lealtad entre las partes.

Los excepcionantes ven en esta regulación, vulneraciones a normas constitucionales que la Corte no comparte.

Si se admitiera la tesis de los impugnantes, los imputados estarían en una posición



asimétrica respecto del acusador, con privilegios que no tienen anclaje en el derecho de defensa ni en el debido proceso.

El descubrimiento de los medios de prueba ni genera debilidades en el enfoque fáctico-jurídico que pretenderán sostener ni supone alteración de las formalidades de los juicios. La progresiva formación del conocimiento por las partes requiere el debido contralor recíproco y refuerza sus garantías.

Como señala GONZÁLEZ POSTIGO, el descubrimiento en la etapa intermedia tiene una ventaja adicional, vinculada con las exigencias que impone el debido proceso: *“Cada parte tendrá en el juicio el derecho a confrontar la prueba de la contraparte (defensa), pero como no se debe tratar del derecho a una confrontación formal que consista en la mera facultad abstracta de dirigirle preguntas a una persona desconocida respecto de la cual no se tiene mayores antecedentes, sino que, por el contrario, se deba tratar de la verdadera posibilidad de hacer un contraexamen efectivo, será necesario que cada parte tenga la información suficiente para preparar dicha confrontación y el aviso anterior de qué es lo que la contraparte llevará al juicio es uno de los medios para hacerla efectiva”*. Es decir, que la producción y el control de la prueba en el juicio será más eficiente en



tanto se tenga un conocimiento acabado de la información que aportará cada medio probatorio. Por ello, el control de la prueba en la etapa intermedia sirve como un testeo de los puntos fuertes y débiles del caso de la contraparte. De tal modo, esta audiencia le permite a los litigantes planificar de modo minucioso las estrategias de contraexamen (incluso, mediante el chequeo de cierta información que desconocían o reforzando algún punto fuerte de su propia teoría del caso) que aplicarán durante el debate del juicio (GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. Justicia Penal Adversarial. Ad-Hoc. 1ª Edición. Buenos Aires, 2019, pág. 161).

Por otra parte, el artículo 268.4 del C.P.P. no impide al justiciable el ofrecimiento de prueba testimonial.

Muy por el contrario, se consagran reglas de admisibilidad y ordenación, para que el debate en juicio se verifique en condiciones de estricta igualdad, con la mayor información de calidad y con base en una -previa- posibilidad de preparación por la toma de contacto con la prueba en mérito al "discovery".

En la misma línea REYES, cuando -en cita obligada en el caso- afirma:

"a) la principal función de toda audiencia de control de acusación es el



'descubrimiento probatorio' por las partes, esto es, mostrar sus cartas". "En esta oportunidad sí, deberá mostrar cuáles son sus pruebas, para que la Fiscalía pueda prepararse para ejercer su derecho a contradicción en el juicio oral, evitándose así, sorpresas en el juicio oral (...).

b) el juez de garantías tiene que valorar la pertinencia del material probatorio ofrecido para resolver qué es lo que pasa a juicio oral o no. Si ese material no está (informe, pericia, conocimiento de lo que dirán los testigos, etc.), no es posible hacer ese control y de esa forma puede llegar a juicio información de baja calidad, sobreabundante, etc. y decidirse por ejemplo, en base a prejuicios. (...)

c) no es posible sustentar una teoría del caso solicitando -como es propio del sistema anterior y del proceso civil- una prueba cuyo resultado desconoce: en el adversarial, la acusación o contestación se hace en base a las evidencias o elementos de convicción con los que se cuenta.

La modificación del art. 268.4 vino claramente a consolidarla, hasta entonces basada (...) en una interpretación sistémica del control de admisibilidad de la prueba en clave adversarial, al reclamar o asegurar el acceso de las partes a la prueba de su contraria: 'No podrá admitirse en juicio ninguna



prueba a la que la contraparte no haya tenido acceso y posibilidad de control. A tales efectos el juez adoptará las medidas pertinentes para garantizar el control por las partes” (antes decía: ‘...el control por la Defensa’). Vale decir: ya no solo se trata de la razón estratégica vinculada con la teoría del caso y la confrontación respectiva, en aplicación de los principios ordenadores del modelo acusatorio (arts. 12 y 14 CPP), sino que ahora se exige a texto expreso que no solo el imputado y su Defensa deben poder acceder a la evidencia o prueba que la Fiscalía pretende ingresar a juicio para convertirla en prueba, sino que existe un texto legal expreso, como exigía la tesis opuesta, que impone el acceso de la Fiscalía a la prueba de la Defensa.

Más allá del alcance que debería acordarse a qué significa acceso de la Fiscalía a la prueba de la Defensa, algo es claro: esto presupone que la Defensa debe investigar antes de la audiencia, si pretende el ingreso de sus evidencias, echando por la borda la posibilidad de un ofrecimiento a la usanza del CGP, esto es, proscribire ‘salir a pescar’. El ejemplo paradigmático es el de la pericia: la Defensa debe contar con el informe pericial para que la contraparte pueda controlarlo y preparar el interrogatorio del perito, y a su vez, para que el Juez pueda evaluar su



pertinencia" (Cf.: REYES OENINGHER, Alberto. *El Discovery uruguayo. Incidencia de la Ley 19889 (LUC)*. En AA.VV.: "Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal", Tomo II, AMU-FCU, año 2020, págs. 369-370).

Los excepcionantes pretenden trasladar "la libertad de prueba" como estandarte de la defensa, cuando claramente el planteo es una rémora del sistema inquisitivo, sobre la base de un rol devaluado y pasivo del imputado.

Siguiendo a GONZÁLEZ POSTIGO, el débil desarrollo y problematización alrededor de la teoría probatoria generó que los nuevos códigos procesales penales sufrieran la fuerte influencia del paradigma inquisitorial, a través de la regulación del llamado principio de "amplitud o libertad probatoria". Esta fórmula produce una confusión en el modo de comprender la admisibilidad de la prueba y, en particular, los filtros de la etapa intermedia. De hecho, han derivado a que se entienda que todos los medios probatorios deben ingresar al juicio y que previo a él debe hacerse un análisis pasivo o formal de la prueba.

Una lectura adversarial de los ordenamientos procesales impondría repensar la manera de comprender los criterios probatorios en cuanto límites que el acusador debe superar (Cf. GONZÁLEZ POSTIGO,



Leonel: "Justicia Penal Adversarial", cit., págs. 171 y 172).

Por último, el plazo de treinta días que se concede a la Defensa para contestar el traslado de la acusación, es a los meros efectos de que indique los medios de prueba de los cuales pretende servirse, pero ello no obsta a que durante toda la investigación preliminar, la Defensa vaya preparando las evidencias que, en definitiva, postulara como prueba para el juicio.

En definitiva, para la Suprema Corte de Justicia la norma no violenta ningún precepto constitucional, por el contrario, garantiza el debido proceso.

3.3.) Sin perjuicio de lo anterior, la Dra. Martínez agrega los siguientes argumentos coadyuvantes para desestimar la excepción.

A su criterio, la Defensa articula una deficiente estrategia impugnativa, puesto que, afirmar genéricamente, sin relacionar el argumento al caso concreto, que el plazo legal impide lograr a la Defensa, antes de la audiencia de control de acusación, la prueba de descargo para exhibirla a la Fiscalía, carece de toda seriedad argumentativa, máxime cuando, en este expediente, la acusación se presentó el 13 de mayo de 2022 (fs. 2.374-2.451 vta.), sin que a la fecha se



haya todavía celebrado la audiencia de control de acusación. La Dra. Martínez hace notar que la Defensa, al plantear la presente impugnación, obtiene con ello un plazo superior al legalmente previsto para recolectar su prueba.

Por otra parte, agrega la referida Ministra, en cuanto a la oportunidad de recolectar material de convicción, la ley asegura que desde que toma conocimiento de la investigación (etapa pre-procesal), la Defensa puede recolectar información que será útil para la reconstrucción de la realidad fáctica, y con ello intentar desvirtuar la eventual acusación futura (arts. 144 y 260 del C.P.P.)

Afirma OLIVERA: "Asimismo, durante el curso de la indagatoria preliminar, la defensa del imputado y la víctima le pueden solicitar al representante fiscal que disponga la recolección de los elementos de convicción que consideren eficaces para el esclarecimiento de los hechos. En caso de negativa del titular de la pretensión, el requirente puede solicitarle al tribunal que le ordene al fiscal que la disponga" (Cf.: OLIVERA, Germán, "La prueba por informe en el proceso penal: oportunidad y forma de ofrecimiento", en RUDP N° 1-2/2019, pág. 387).

En este contexto, para la Dra. Martínez carece de toda seriedad afirmar que la



disposición impugnada adolece de certeza jurídica, y que la norma está expuesta a la libre y aleatoria interpretación de la jurisprudencia, cuando -en verdad- la regla impugnada se ajusta perfectamente al ordenamiento procesal acusatorio adversarial, que echa raíces en la Constitución a partir de una lectura armónica de sus arts. 8, 12, 13, 15, 16, 19, 21 y 22.

Asimismo, partiendo de las premisas expuestas, considera la Dra. Martínez y la redactora comparte que, en puridad, lo impugnado refiere a una cuestión de política legislativa, que resulta ajena al control que ejerce la Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional.

A propósito, corresponde hacer hincapié en que la Corte ha sostenido, a lo largo de jurisprudencia inveterada, que su función en el proceso de declaración de inconstitucionalidad de las leyes no es juzgar el mérito o el desacierto del legislador, sino la adecuación de la norma legal impugnada a la Carta (por citar simplemente algunas a vía de ejemplo: sentencias N^{os} 152/1991, 86/1993, 744/1994, 287/2004, 13/2007, 77/2009, 45/2010, 4.819/2011, 588/2012, 500/2014, 104/2015, 180/2016 y 667/2018 de este Colegiado).

Dada la organización del sistema de control de constitucionalidad previsto en la



Carta, corresponde atender a las circunstancias del caso planteado, y en este sentido, como se sostuvo anteriormente, el planteo de la defensa de inconstitucionalidad relaciona referencias genéricas y prácticas jurisprudenciales, todas cuestiones inútiles para justificar interés directo para impugnar (artículos 258 de la Constitución y 509 nral. 1° del C.G.P.).

En conclusión, corresponde desestimar el planteo.

4) Inconstitucionalidad del delito previsto en el artículo 4 de la Ley N° 17.815.

Para la Defensa, el guarismo punitivo previsto en el delito contenido en el artículo impugnado, al sancionar meros actos de proposición, es absolutamente desproporcionado y violenta criterios elementales de dosimetría penal, reconocidos en los principios de igualdad y razonabilidad, consagrados en los artículos 8 y 72 de la Constitución.

Afirmaron que el delito se encuentra lejos de la lesividad requerida por el artículo 10 de la Constitución. La conducta prohibida es un acto no lesivo, ajeno, en principio a la autoridad de los magistrados. Un acto de proposición -por su propia lejanía del acto consumativo- es, de principio, no punible.

Advierte que, el acto promesa



de retribución a personas que, como en el caso, si bien son menores de dieciocho años, son mayores de quince y, por consiguiente, capaces de consentir el relacionamiento sexual, implica que el progreso de la conducta (proposición aceptada), no se encuentre dentro de un ámbito de progresividad, ni siquiera de ilicitud, sino que la conducta prohibida, de progresar, resulta plenamente conforme a Derecho, por cuanto el acto de naturaleza sexual típicamente propuesto, lejos de construir un progreso en el "iter criminis", se detiene ante el ejercicio de un derecho sexual que las víctimas, que en las circunstancias tenían y tienen.

A criterio de la Defensa, el art. 4 en cuestión, criminaliza la propuesta remuneratoria de un acto lícito, propio de la libertad consagrada para las víctimas en el art. 39 de la Constitución: la prostitución es un acto de ejercicio de actividad de rendimiento económico, cumplida por quien tiene, cumplidos quince años, toda la libertad de hacerlo. Restringir este derecho a vía de incriminar la propuesta de realizar una actividad lícita es infringir un derecho de libertad constitucional que la víctima tiene desde el momento en que la ley le reconoce su libertad sexual.

Consecuentemente, afirma que el art. 4 de la ley N° 17.815 es inconstitucional, porque



castiga la proposición de un acto de continuación lícita y protegida por los artículos 10, 39 y 72 de la Constitución.

4.1.) Nuevamente para la Corporación, no le asiste razón a la Defensa.

La crítica parte de reivindicar el derecho de las víctimas (menores de edad, mayores de quince años) a ejercer su libertad sexual mediante la prostitución. Resulta evidente para la Corte que el “interés” que se busca tutelar mediante la presente impugnación no es el “directo” y “personal” de los excepcionantes, sino el presunto de las propias víctimas.

En otras palabras, la defensa fue propuesta desde la perspectiva de las adolescentes y poco -o nada- desde la esfera personal de los excepcionantes.

Con esa mirada, los impugnantes carecen de interés para litigar en este punto (artículos 258 de la Constitución y 509 nral. 1° del C.G.P.).

En segundo término, la crítica de los excepcionantes refiere a una cuestión de política legislativa, que resulta ajena al control que ejerce la Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional.

La función de la Corte, actuando como Tribunal Constitucional, no es juzgar el



mérito o el desacierto del legislador, sino la adecuación de la norma legal impugnada a la Constitución.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia, en sentencia N° 664/2017 se pronunció sobre el punto en términos que, con las adaptaciones del caso, resultan trasladables al “sub exámine”:

“Como ha reiteradamente sostenido ‘la Suprema Corte de Justicia no juzga el mérito o desacierto legislativo, sino tan solo si la Ley se ajusta o no a la Constitución, por lo cual es ajeno al objeto del proceso incursionar en cuestiones de política legislativa y, en consecuencia, equivocado formular observaciones respecto a la mayor o menor lesividad de la conducta y/o sobre la necesidad de la sanción de tipo penal. Estas cuestiones son de exclusivo resorte del legislador y, entonces, ajenas al control de constitucionalidad de las leyes (79/2016, 469/2016, 427/22016, 428/2016, entre muchas otras)’.

En tal sentido, Jesús María Casal Hernández señala: ‘El legislador, en uso de su libertad de configuración normativa o libertad política, está facultado para adoptar las medidas que estime necesarias para alcanzar el bien colectivo, lo cual puede conducir a la previsión de medidas restrictivas de algún derecho constitucional. El uso de esa libertad



política conoce límites (...), pero el legislador a menudo dispone de un margen de libertad para decidir si somete o no a un derecho a una determinada restricción constitucionalmente lícita mas no constitucionalmente necesaria' (Condiciones para la limitación o restricción de Derechos Fundamentales, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, N° 3, 2002, pág. 116).

Por tanto, estima la Corporación que el tipo penal en estudio, no vulnera el principio de subsidiariedad antes aludido, por lo que se descarta la inconstitucionalidad de la norma en examen.(...) (Suprema Corte de Justicia, Sentencia N° 664/2017).

Por estos argumentos, el planteo es de franco rechazo.

4.2.) Sin perjuicio de lo anterior, para la redactora, nada tiene que ver el ejercicio de la libertad sexual con el delito previsto en el artículo 4 de la Ley N° 17.815, tal como proponen las Defensas.

La Defensa afirmó que "el art. 4 en cuestión criminaliza la propuesta remuneratoria de un acto lícito, propio de la libertad consagrada, para las víctimas, en el art. 39 de la Constitución: la prostitución es un acto de ejercicio de actividad de rendimiento económico, cumplida por quien tiene, cumplidos 15 años, toda la libertad de hacerlo" (fs.



2.587 voto.). La sinrazón del planteo es palmaria.

Como sostiene MALET, la “consolidación de la libertad sexual como bien jurídico tutelado es un avance importante. Encierra el reconocimiento de la sexualidad como trascendente para la realización individual y destaca el valor de practicarla libremente” (Cfme. MALET VAZQUEZ, Mariana. Para una reforma de los delitos sexuales. En: Revista de Derecho Penal 17. FCU. Montevideo. Enero - Diciembre 2008).

El trabajo sexual es una actividad lícita que se encuentra regulada, pero siempre que se trate de personas mayores de dieciocho años de edad (artículo 1 y 2 de la Ley N° 17.515).

La autodeterminación y la libertad sexual, también implica que el ejercicio de actos sexuales por contraprestación no sea explotada por terceros, es decir, que el ejercicio de la prostitución solo se tolera en la medida en que dicha actividad haya representado una decisión libre y siempre que se trate de una persona mayor de edad. (Cfme. ABOSO, Gustavo Eduardo. Derecho Penal Sexual. BdeF. Buenos Aires. 2014, pág. 53).

El delito previsto en el artículo impugnado, nada tiene que ver con limitar la libertad sexual. Antes bien, apunta a castigar



modalidades de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, en el marco de los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre protección a la infancia y la adolescencia.

La Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por Ley N° 16.137), en su artículo 34 establece la obligación del Estado de *"(...) proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos"*.

En el contexto de la preocupación por esta temática, se realizaron tres Congresos mundiales contra la explotación sexual de niños (Congreso de Estocolmo, 1996; Congreso de Yokohama, 2001; Congreso de Río de Janeiro, 2008) cuyas declaraciones apuntan a conceptualizar, definir y asumir el compromiso de los estados en la erradicación de este tipo de violencia.

Por Ley N° 17.559, se ratificó el "Protocolo Facultativo contra la venta de niños,



prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía”, que reforzó y amplió las medidas a adoptar por los Estados en el cumplimiento del deber de protección a la infancia y la adolescencia contra la explotación sexual.

Como se sostiene en una investigación sobre la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes *“La problemática que hoy denominamos explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, históricamente fue nombrada bajo el término ‘prostitución infantil’. Sin embargo, en los últimos años, las distintas producciones conceptuales sobre el tema sugieren cambiar dicha nominación por la de explotación sexual comercial dado que eso permite poner el énfasis en la vulneración de derechos que implica dicha práctica y quitar la posibilidad de entender la ‘prostitución’ como una elección o decisión cuando se trata de niños, niñas y adolescentes. En un país como Uruguay, donde el trabajo sexual adulto está reconocido legalmente, es fundamental el uso de una nominación que distinga el ejercicio de la prostitución por parte de personas adultas, con la explotación de NNA [niños, niñas y adolescentes] con fines sexuales. Abordar este tema desde el concepto de explotación sexual comercial es fundamental para entender su verdadera dimensión: visibilizar la vulneración de*



derechos, la cosificación de los cuerpos de NNA, la violencia sexual a la que son sometidos, la mercantilización de la sexualidad y las diferentes responsabilidades que tienen los actores involucrados con este delito" (CABALLERO, Fernanda. PAILLOS, Diego (Coordinadores). Explotación sexual comercial hacia niños, niñas y adolescentes en Uruguay. Dimensión, características y propuestas de intervención. Fundación Telefónica. Montevideo. 2015, pág. 23).

En igual sentido, este Alto Cuerpo en sentencia N° 580/2015, sostuvo en términos que comparto que: *"En lo que dice relación con la figura delictiva referida a los actos sexuales remunerados o con promesa de remuneración, cabe indicar que esta modalidad implica la utilización de niñas, niños o adolescentes en actividades sexuales a cambio de una remuneración o cualquier otra forma de retribución (...).*

Si bien a esta modalidad comúnmente se le denomina prostitución infantil, es una nominación que se considera inadecuada. Dentro de ella encontramos formas más visibles como la explotación callejera, en calles, rutas, plazas, parques, puertos, pasos de fronteras, explanadas de camiones y formas encubiertas como en bares, clubes nocturnos, whiskerías, prostíbulos, casas de masajes y domicilios particulares



tanto de la persona explotada como del explotador.

Tal figura se define en La Declaración y Agenda para la Acción del I Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial Infantil (ESCI) llevada a cabo en Estocolmo como: "La explotación sexual comercial infantil es una violación fundamental de los derechos de la niñez. Abarca el abuso sexual por parte de un adulto y remuneración en dinero o en especie para el niño o la niña o para una Tercera persona o personas. El niño o la niña son tratados como objeto sexual y como mercancía".

En el párrafo 5 se especifica que la explotación sexual comercial de los niños constituye una forma de coerción y violencia contra los niños, que puede implicar el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud.

Declaración en la que se hace referencia a los actores de los referidos delitos, conocidos como "clientes", en el entendido de que cuando se entabla una relación sexual con una niña o adolescente a cambio de una remuneración se le está utilizando como mercancía sexual. (...)

En suma, los instrumentos internacionales citados califican las distintas formas de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes como conductas vulneratorias de los derechos humanos,



resultando irrelevante la circunstancia de que para ejecutar la conducta se hubiera contado o no con la colaboración de la víctima del delito.

Los tipos penales que sancionan las referidas conductas sexuales abusivas tutelan el bien jurídico integridad sexual de niños, niñas y adolescentes.

En cuanto a la normativa vigente es de señalar que Uruguay posee una normativa variada que protege a las personas en el ejercicio de sus derechos. La ratificación de diversas Convenciones y Protocolos tanto a nivel de Naciones Unidas como de la Organización de Estados Americanos define a las mismas como derecho positivo por lo tanto vigente en nuestro país.

Desde el año 2004 en la Ley No. 17.815, haciendo efectiva la obligación establecida en el Protocolo Facultativo citado se establecieron los tipos penales referidos a actos vinculados a las diversas formas de explotación sexual comercial. Esta Ley integra a la categoría de delincuente a todas aquellas personas que proveen el bien de intercambio para realizar actos sexuales con niñas, niños y adolescentes y además a quienes cooperan para la realización de los mismos.

(...) El contenido de la norma es



de absoluta prohibición, a la luz de sus objetivos de prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niños.

La razón de ser de la disposición es proteger a niños, niñas y adolescentes que son sujetos pasivos de las sugerencias o invitaciones o promesas de obtener favores sexuales o eróticos que, configuran por sí mismas un tipo de peligro abstracto."

En definitiva, nada tiene que ver el ejercicio de la libertad sexual con el delito previsto en el artículo 4 de la Ley N° 17.815.

5) Inconstitucionalidad del artículo 80 de la Ley N° 19.580.

La parte excepcionante alega que la norma impugnada creó una diferenciación entre las víctimas de diferentes delitos, que no encuentra razón de ser, vulnerando el principio de igualdad.

Para la Corte, tampoco en este punto le asiste razón a la Defensa.

5.1.) En primer lugar, para la Dra. Martínez, conforme al argumento que funda este sector de la impugnación, estima -nuevamente- que el "interés" que se busca tutelar mediante la presente impugnación no es el "directo" y "personal" de los excepcionantes, sino el de "otras" víctimas, incluso distintas a las de autos.



Con ese telón de fondo, para la Dra. Martínez los impugnantes carecen de interés para plantear la defensa de inconstitucionalidad (artículos 258 de la Constitución y 509 nral. 1° del C.G.P.).

En segundo lugar, la referida Ministra considera que corresponde -otra vez- poner de manifiesto que lo cuestionado refiere a una cuestión de política legislativa, que resulta ajena al control que ejerce la Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional.

Por estas razones, entiende que corresponde el rechazo de la impugnación.

5.2.) Con otro enfoque, pero arribando a la misma conclusión desestimatoria, para los Sres. Ministros Dres. John Pérez Brignani, Tabaré Sosa Aguirre, Bernadette Minvielle Sánchez y la redactora, los excepcionantes cuentan con legitimación causal activa para contender contra el artículo 80 de la Ley N° 19.580.

El hecho de que la reparación patrimonial que la norma consagra en beneficio de la víctima no habilita, por este motivo, a no reconocerle a los excepcionantes la titularidad de un interés directo, personal y legítimo para impugnarla. Precisamente, porque al ser los imputados en el proceso penal -tienen la condición de parte- pueden impugnar una norma



supuestamente lesiva de su esfera jurídica personal al habilitar, concomitantemente con una condena, la aplicación de una sanción pecuniaria que puede llegar a sufragar.

Los excepcionantes se encuentran en el supuesto normativo de la regla jurídica -tienen la condición de imputado y es posible que si se dicta una condena se convoque la aplicación de la norma-, por lo que ostentan un interés legítimo que reviste la nota de directo.

No obstante, en lo sustancial, no les asiste razón en su planteo.

La Corte ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la regularidad constitucional del art. 80 de la Ley N° 19.580 (sentencias SCJ N°s 110/2020 y 199/2020), ocasión en la que desestimó agravios vinculados con la violación del principio de igualdad y que se tendrán por reproducidos con las adecuaciones del caso.

La Sra. Ministra Dra. Bernadette Minvielle, agrega que la Ley N° 19.580 se inscribe en una política pública "afirmativa" que lo que procura es tutelar con acciones materiales, positivas y concretas a un grupo social vulnerable: "mujeres de todas las edades" y "mujeres trans".

Ante un contexto social de



violencia instalada contra las mujeres, sigue la Dra. Minvielle, el legislador identificó a éstas como grupo social vulnerable y que no se encuentra en pie de igualdad con los hombres a la hora de erradicar la violencia. Para ello es que se han arbitrado una serie de mecanismos institucionales afirmativos para proteger el derecho de las mujeres al goce efectivo de una vida libre de violencia basada en género, esto es, por su mera condición de mujer como tal.

No hay, concluye la Dra. Minvielle, violación del principio de igualdad cuando la paridad de tratamiento se reclama entre sujetos que no se encuentran en análogas condiciones para requerir la misma actividad del Estado.

En suma, por los fundamentos expuestos corresponde desestimar este sector de la impugnación y, en consecuencia, la excepción de inconstitucionalidad promovida.

Las costas serán de cargo de los excepcionantes, conforme lo dispone el artículo 523 del C.G.P., y no se impondrán especiales condenaciones en costos.

Por los fundamentos expuestos y las normas citadas, la Suprema Corte de Justicia

FALLA:

DESESTÍMASE LA EXCEPCIÓN DE



**INCONSTITUCIONALIDAD OPUESTA, CON COSTAS DE PRECEPTO Y
SIN ESPECIAL CONDENACIÓN EN COSTOS.**

HONORARIOS FICTOS: 20 B.P.C.

OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVANSE LOS AUTOS.

**DRA. DORIS MORALES
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. JOHN PÉREZ BRIGNANI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DRA. GABRIELA FIGUEROA DACASTO
SECRETARIA LETRADA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

