

INFORME SOBRE EL FALLO “ROJAS” DE LA SALA I DE LA CÁMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CRIM. Y CORREC. FEDERAL.

En este documento pretendemos realizar una serie de consideraciones en torno al fallo dictado el 19 de agosto de 2009 por la Sala Primera de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal en el marco de la causa “Rojas, Isabel y otros s/ procesamiento”¹, por el cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 17 de la ley 12.331 en el entendimiento de que tal declaración tiene efectos sobre la investigación del delito de trata de personas, materia de esta Unidad Fiscal.

En este sentido, el fallo realiza un análisis acerca del delito previsto en el artículo 17 de la ley 12.331 que tiene como eje la relación entre quien ofrece servicios sexuales y el cliente. Desde esta perspectiva efectúa precisiones vinculadas con la autonomía de las personas y los alcances del artículo 19 de la Constitución Nacional que no pretendemos discutir. Tampoco consideramos discutibles aquellas consideraciones efectuadas en torno de los límites del Estado para delinear la moral intersubjetiva de sus ciudadanos.

Sin embargo, creemos que el fallo, que se enmarca en un análisis de tipo *originalista* de la norma -en tanto delinea su inconstitucionalidad a partir de una comparación entre el marco histórico y social de los años 30 y el que se presenta en la actualidad- es falaz en tanto deja fuera del razonamiento argumentos válidos que se discutieron en aquel entonces en el Congreso Nacional y cuya actualidad resulta indiscutible, hoy con más fuerza que hace algunos años a partir de la ratificación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar el delito de trata de personas, especialmente de mujeres y niños (Protocolo de Palermo) y la sanción de la ley 26.364, por la cual se incorporó el delito de trata en el ordenamiento interno.

De esta forma, no dudamos de las líneas generales que guiaron la sanción de la ley 12.331, sin embargo, es preciso analizar cuáles fueron los motivos de la incorporación de los artículos 15 y 17 y para ello, siguiendo la metodología de la Sala Primera de la Excma. Cámara Federal, sería

¹ CCCF, Sala I, causa n° 42.719, caratulada “Rojas, Isabel y otros s/ procesamiento”, resuelta el día 19 de agosto de 2009.

correcto acudir a los argumentos introducidos en el debate legislativo. A todos ellos.

Estos artículos fueron introducidos al texto de la ley a partir de la propuesta realizada por el entonces Senador Serrey, por la provincia de Salta. En aquella ocasión dijo que su inclusión buscaba la *“dignificación humana, de igualdad de los sexos, de verdadero feminismo, abolición de la más ominosa de todas las esclavitudes”*. Sostuvo que el propósito era erradicar *“uno de los males más graves que derivan de la prostitución oficializada...el desarrollo de la trata de blancas”*, que la reglamentación de la prostitución y la consecuente existencia de casas de tolerancia eran *“la causa principal de la trata de blancas, la degeneración del hombre y con ella la esclavitud de la mujer”*. Finalmente, para dejar más en claro aun cuáles eran las razones que abonaban las prescripciones que pretendía agregar al proyecto señaló: *“la discusión entre abolicionistas y reglamentistas, basada en razones profilácticas, no puede subsistir porque hay otros motivos superiores que invocar”*. La iniciativa y propuesta del entonces senador por Salta fue apoyada unánimemente por sus colegas de ambas cámaras y así pasó a integrar el texto de la ley.

Estas consideraciones, que provienen de uno de los legisladores citados en el fallo, fueron ignoradas por la Cámara.

Esta cuestión es importante porque, incluso dentro de la propia línea de razonamiento de los Jueces, si corresponde valorar las circunstancias de hecho y jurídicas que pudieron haber mutado desde la sanción de la norma hasta la actualidad respecto de la protección de la salud pública (extremo que no se demostró con datos empíricos), lo propio debió hacerse, antes de realizar una declaración de inconstitucionalidad, con los otros fundamentos de hecho y jurídicos de la prohibición penal (vinculados a la libertad personal y la integridad sexual). Y ellos, si mutaron en algún sentido, fue en el de una evidente consolidación y revalorización de la norma.

El primer hecho relevante que confirma esta tesis es la sanción de la ley 16.666, el 24 de junio de 1965. Aún si el análisis de contextualización histórica hecho por la Cámara fuera correcto y la ley 12.331 hubiera devenido inconstitucional por *“rancia”*, vale recordar que, tras la derogación de su artículo 15 por el Decreto-Ley 10.638/44, el Congreso

reintrodujo ese artículo, con el mismo texto, a través de la citada ley 16.666 (esto es, casi 30 años después de la ley 12.331).

Ello en primer lugar descontextualiza el análisis efectuado por la Cámara, pues la concepción social y cultural higienista predicada respecto de 1937 debió re-confirmarse para 1965. Y si se hubiera realizado este análisis, se hubiera advertido que la reincorporación del derogado artículo 15 fue posterior a la ratificación, en 1960, del “Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena²”. Desde ya no cabe presumir, sin más, que los legisladores omitieron considerar este dato al momento de sancionar la ley 16.666, y que lo reintrodujeron sin tener en cuenta su funcionalidad para prevenir situaciones de explotación.

Pero independientemente de intenciones y espíritus que puedan sobrevolar los boletines oficiales, cabe detenerse en el texto del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena para determinar si los artículos 15 y 17 de la ley 12.331 pueden constituir aplicación interna de sus disposiciones o si, como sostiene el fallo, ello no es así y su implementación es patrimonio exclusivo de los artículos 125 bis a 127 del Código Penal y de la nueva ley 26.364.

No hay que ir más allá del artículo 1 para encontrar una respuesta: *“Las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona”*. La circunstancia de que deba castigarse la mera concertación (término que denota el simple hecho de acercar oferta y demanda) ya es demostrativo de la insuficiencia de las figuras penales mencionadas en el fallo para dar cumplimiento a esta obligación. Pero, por si ello no fuera suficientemente claro, se explicita además que es irrelevante el consentimiento de la víctima, cuando para las normas penales que cita la Cámara, si se trata de personas mayores de 18 años, se exige la concurrencia de medios comisivos.

En definitiva, sin los artículos 15 y 17 de la ley 12.331, no se cumple plenamente con esta obligación.

Desde ya, esto no agota el debate porque la Cámara podría discutir también la admisibilidad de los tipos de peligro abstracto (aunque si este

² Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949.

fuera el caso, debió declararse inconstitucional el artículo 1 del Convenio antes que el artículo 17 de la ley 12.331). Pero de este tema nos ocuparemos luego.

Lo cierto es que, a partir de aquí, sí se desplaza radicalmente la discusión. Ahora resulta insuficiente la conclusión a la que pueda llegarse desde el punto de vista de la salud pública, dado que la norma efectivamente se enmarca en la tutela de otro bien jurídico del que fue mal despojada por la Cámara.

Por lo demás, también en la actualidad la existencia de las casas de tolerancia resulta un problema relacionado con la trata de personas. Ello surge expresamente del informe exploratorio sobre la situación del delito de trata de personas en la Argentina realizado por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) en diciembre del año 2006³, en el que expresamente se afirma que los prostíbulos constituyen el destino por excelencia de la trata de personas con fines de explotación sexual⁴.

En efecto, las casas de tolerancia son un ámbito propicio para la explotación sexual y ésta es una de las finalidades de explotación que el legislador incluyó en el artículo 4º, inciso “c”, de la ley 26.364 de trata de personas⁵.

El fallo de la Cámara, sin embargo, parece desacreditar la interpretación de esta norma como tendiente a evitar situaciones de explotación de la prostitución ajena, en base a una comparación entre los montos de pena que uno y otro prevén en abstracto.

Si bien consideramos que este argumento por sí solo no es suficiente para descartar tal interpretación, puesto que existen vastos ejemplos de incongruencias de este tipo en el Código Penal y en sus leyes complementarias, lo cierto es que hay algo más para decir.

Los fundamentos del Senador Serrey que se mencionaron antes no están aludiendo a un delito de lesión sino más bien a un **delito de peligro**.

³ Organización Internacional para las Migraciones (OIM) “Estudio exploratorio sobre trata de personas con fines de explotación sexual en Argentina, Chile y Uruguay”, Diciembre de 2006

⁴ Por cierto, respecto de la ley 12.331, este mismo estudio advierte que el Estado Argentino cambió de una concepción *reglamentarista* de la prostitución por una *abolicionista* debido a la proliferación de la trata de mujeres que se hizo más visible con el caso de mujeres traídas desde Polonia.

⁵ Ley 26.364, art. 4º “Explotación. A los efectos de la presente ley, existe explotación en cualquiera de los siguientes supuestos: (...) c) Cuando se promoviere, facilitare, desarrollare o se obtuviere provecho de cualquier forma de comercio sexual”.

Los delitos de peligro en general son constitutivos, en el sentido de que el legislador, respetando los límites del artículo 19 de la Constitución Nacional, es quien establece normativamente las condiciones objetivas que deben presentarse y que configurarían un riesgo –más o menos abstracto– de lesión de alguno de los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico.

El fallo comentado no introduce argumentos en contra de la validez constitucional de los delitos de peligro abstracto en general, sino sólo respecto de aquellos que tienen como finalidad situaciones en interferencia con la autonomía personal de los individuos. Por ello, asumiremos también aquí su validez.

A partir de esto, la discusión debe ceñirse al bien jurídico que el delito de peligro abstracto intenta resguardar y, en definitiva, si esa protección invade o no esferas protegidas por el artículo 19 de la Constitución Nacional. El fallo considera que la ley 12.331 tiene por finalidad proteger el bien jurídico “salud pública” y desde esa perspectiva arriba a la conclusión de que la norma evidencia un fin perfeccionista que repugna a un estado de derecho.

Sin embargo, como dijimos, entendemos que en su análisis omite otro de los bienes jurídicos que la norma intenta proteger mediante la prohibición de las casas de tolerancia, esto es, la libertad en general y la integridad sexual.

Las situaciones que el legislador intenta prevenir, entonces, mediante la sanción de esta figura de peligro abstracto (explotación y promoción y facilitación de la prostitución ajena, y trata de personas) constituyen delitos de lesión, cuya configuración indiscutiblemente viola el principio *neminem laede* (prohibición de dañar a terceros).

Por otra parte, el argumento que descarta que la norma tenga por finalidad prevenir esta clase de delitos en base a la comparación entre las escalas penales que prevé el art. 17 de la ley 12.331 y los delitos antes reseñados (arts. 125 bis, 126 y 127 del Código Penal) tampoco es correcto, puesto que por regla general los delitos de peligro abstracto conllevan un grado de disvalor menor (por lo pronto no habría disvalor de resultado) que aquellas conductas que devienen en una lesión efectiva del bien jurídico.

Todo ello, sumado a que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es *ultima ratio* (CSJN, Fallos, 328:1416, 327:831, 316:779, 315:923, 314:923, 314:407 y 312:2315, entre muchos otros) es que, existiendo una lectura constitucional disponible de la norma, su inconstitucionalidad –con los alcances que la Cámara le asignó– no se encuentra justificada.

Existen también, otras críticas complementarias a las efectuadas hasta aquí que no se vinculan ya con la relación existente entre la norma declarada inconstitucional y el delito de trata, pero que, en función de lograr un análisis más acabado de la resolución, consideramos necesario introducir aquí.

Aun partiendo de la consideración efectuada por la Cámara en torno a la Salud como bien jurídico que la norma pretende tutelar, el fallo no logra superar las exigencias requeridas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para una declaración de inconstitucionalidad.

La Corte ha reconocido límites al control de constitucionalidad y ha dicho en varias oportunidades que para que ello sea posible debe darse una contradicción manifiesta e inconciliable⁶ con la Constitución o una evidente irrazonabilidad⁷. En la línea de un delito contra la salud como el que sostiene la Sala Primera, estaríamos frente a un tipo de peligro abstracto donde el legislador adelantó la punibilidad a conductas que **podrían** afectar o lesionar la salud de la población, independiente de la corriente de pensamiento científico que lo haya motivado. En esos términos, ¿de qué manera la ley 12331 se muestra frente a la constitución de modo inconciliable o con una evidente sin razón?

La inconstitucionalidad sobreviniente por irrazonabilidad sobre la base de mutaciones de hecho y jurídicas argumentada NO sólo fractura la idea del control de constitucionalidad como *ultima ratio*, sino también que atenta contra el principio de conservación de la ley.

Los indicadores de desproporcionalidad que exhibe la sentencia para sostener la inconstitucionalidad, esto es: disminución y facilidad de curación de las enfermedades de transmisión sexual y la existencia de medios alternativos al derecho penal para luchar contra éstas, son, en

⁶ Ver. CSJN in re: “Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación c/Universidad Nacional de Luján s/aplicación ley 24.521”): Tomo 322 folio 842.

⁷ Cfr. CSJN in re: “Adamini, Juan Carlos c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción de amparo”: tomo 323 folio 2409.

primer término, inexactos, y por otro lado, usurpan facultades que son propias del poder legislativo, porque implican un examen o evaluación sobre el acierto del criterio adoptado por el legislador para proteger dicho bien jurídico⁸.

La disminución y facilidad de curación constituyen un clisé más. El fallo no ha hecho mención alguna acerca de la fuente utilizada para brindar semejante argumento. No es más que una cáscara vacía, un fundamento aparente. No es cierto que las enfermedades de transmisión sexual hayan disminuido, sino por el contrario, en los últimos once años se han incrementado de manera notable.

La funcionaria a cargo del centro estadístico del hospital Muñiz y el estudio realizado en el año 2007 por la Universidad Nacional del Litoral así lo sostienen. Ambas instituciones señalan no sólo el aumento del número de enfermos, sino también, en la variedad de enfermedades de transmisión sexual. La funcionaria del Muñiz refirió que entre sus causas se encuentra un aumento del consumo de la prostitución, como así también que las campañas de prevención no han logrado concientizar a la población sobre la utilización de preservativos, y muchos menos acerca de su correcta utilización. Sin embargo, aun para ciertas enfermedades de transmisión sexual tal preservación resulta inútil.

Nos preguntamos, entonces, de qué manera, en este verdadero marco circunstancial, aparece como irrazonable limitar la libertad de quienes agrupan a mujeres en situación de explotación generando mecanismos de atracción al público para el consumo de la prostitución y generando situaciones propicias para la transmisión de enfermedades venéreas. Nos preguntamos, también, si una pena de multa resulta desproporcionada a esos fines. Para ambos casos es no.

Para terminar, resta decir que también la sentencia afecta al principio de conservación de la ley⁹, en cuanto genera lagunas o vacíos legislativos que podrían derivar en mayores daños que beneficios. De esta manera los jueces ejercerían atribuciones que son propias de los legisladores derogando el artículo que, por otra parte, debería ser sustituido por otra similar para cumplir con los compromisos

⁸ Cfr. CSJN in re: "audiotécnica S.A. s/quiebra": tomo: 324 Folio: 4404.

⁹ Cfr. Sentencia del tribunal Constitucional Español emitida el 3 de enero de 2003 en el exp-0010.2002-tc sobre acción de inconstitucionalidad seguida por ciudadanos con firmas contra los decretos leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas.

internacionales asumidos por medio de la ratificación del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena del año 1949.