
DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 12.331: EL PELIGRO CONCRETO DEL PELIGRO ABSTRACTO

CHAVES, SUSANA NOELIA

Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

(UBA)

4753-5389 / (15)6547-2460

Solís 1645. CP. 1134. CABA

schaves@jusbares.gov.ar

SÍNTESIS

A partir de la entrada en vigencia de la ley 12.331 en el año 1937, que también fue conocida al momento de su sanción como de “cierre de los prostíbulos”¹, la Argentina adoptó respecto de la prostitución, una política criminal de tipo abolicionista, en la que se suprime toda reglamentación de la prostitución pero sin castigar a quien la ejerce. Es decir, no se reprime el ejercicio de la prostitución, ni se lo intenta reglamentar, pero sí se sanciona a todo aquel que lucre o explote el ejercicio de la actividad sexual ajena.

Concretamente el objeto de mi trabajo es analizar el artículo 17 de dicha ley que dispone que *“los que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente casas de tolerancia, serán castigados con una multa de doce mil quinientos a ciento veinticinco mil pesos.”*

Entiendo que el punto de partida debe ser la identificación del bien jurídico al que alude el tipo legal en estudio. En efecto, el concepto de bien jurídico tiene una función limitadora del poder punitivo por cuanto exige, como requisito para su habilitación, la afectación de un bien jurídicamente tutelado por el derecho (no por el derecho penal sino constitucional, internacional, civil, etc.)². Un reciente fallo de la Sala I de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal del 19 de agosto de 2009, declaró la inconstitucionalidad del artículo 17³ basándose en, lo que según entiendo es, un erróneo análisis de la norma desde una óptica meramente higienista. El problema es que analizar esta norma como destinada únicamente a evitar el contagio de enfermedades venéreas y concebir a este delito como de peligro abstracto trae la necesaria consecuencia de la declaración de su inconstitucionalidad pues, si esto fuera efectivamente así, claramente la norma bajo estudio estaría en franca violación con el artículo 19 de la Constitución Nacional. Por el contrario, basta con repasar los debates parlamentarios de la ley, para concluir sin lugar a dudas que, al momento de su dictado, se pensaba no sólo en la salud pública sino también en la dignidad y en la libertad e integridad sexual de las mujeres víctimas de la que entonces se denominaba “trata de blancas”. La relación entre esta ley y el interés del Estado en reprimir la trata de personas y la explotación de la prostitución, en cuanto afecta la libertad de las personas, no puede presentarse de forma más clara tanto por su origen (fundamentos invocados en la discusión parlamentaria de la ley) como también por los avatares de su vigencia (restablecimientos de sus prescripciones normativas anteriores por la ley 16.666, que es ratificatoria del Convenio para la represión de la trata de personas).

Aclarado esto hay que establecer si las conductas descritas en la norma logran sortear el límite que viene dado por el principio de lesividad consagrado en el artículo 19 de la CN. En ese sentido es necesario reeditar la clásica distinción entre dos clases de peligro: el concreto y el abstracto. A éstos últimos se les asigna una mayor probabilidad en la producción del resultado lesivo porque la ley, al diagramar la figura, presume necesariamente que ciertas acciones conducirán al riesgo del bien jurídico, ya sea por la clase de conducta o por los medios empleados.⁴ Se trata de normas que no tienen detrás una afectación a bienes jurídicos de terceros, se sanciona por el mero quebrantamiento de la norma prescindiendo de toda verificación de una situación de verdadero peligro de lesión para un bien jurídico. Ahora bien, el principio de lesividad o de ofensividad opera como un límite del poder punitivo imponiendo la necesidad de efectuar esa verificación pues para poder afirmar la tipicidad de una conducta es un requisito ineludible que ella afecte el bien jurídico al que alude la norma, ya sea en la forma de lesión o de peligro.

Los tipos de peligro abstracto habilitan una mayor cantidad de poder punitivo, presumiendo una situación de peligro allí donde no la hay y sancionando, de ese modo, conductas inocuas y notablemente distantes a la realización efectiva de una agresión, en franca violación al principio de ofensividad consagrado en la Constitución Nacional, lo que, paradójicamente, configura un claro peligro concreto para el Estado de Derecho, permitiendo una habilitación ciertamente irracional de poder punitivo.⁵ Cualquier anticipación criminalizante viola el principio de reserva garantizado por el art. 19 constitucional, por lo que deben quedar expresamente excluidos los cursos de acción que sólo revelan una posibilidad de afectación abstracta, en los que no se hace más que usar un discurso

pretendidamente tutelar de bienes jurídicos para habilitar el ejercicio del poder punitivo en razón de meras desobediencias administrativas o de criterios de moral subjetiva.

En ese orden de ideas, entiendo que el artículo 17 de la ley 12.331 debe ser analizado como un delito de peligro concreto. De ello se sigue que, en cada caso, habrá que verificar si ha existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real, siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva. Si analizamos el artículo 17 en relación al bien jurídico salud pública, cabe concluir que la acción de sostener, regentar o administrar una casa de tolerancia no implica, por sí misma, un peligro concreto para la salud pública. En efecto, y como ya se ha expresado precedentemente, si hubiera una puesta en peligro o lesión de la salud pública, ya sea por la posibilidad o el efectivo contagio de una enfermedad venérea, ello va a ser consecuencia no de la conducta típica sino de la omisión de usar profiláctico, ya sea por parte de quien presta o quien requiere los servicios sexuales.

En relación con los bienes jurídicos libertad e integridad sexual el análisis es mucho más complejo. No debe perderse de vista que la existencia de las casas de tolerancia es un problema estrechamente vinculado con la trata de personas por cuanto son ellas el destino del proceso de trata, sin que con esto quiera decirse que, en atención a la importancia del bien jurídico protegido, deba presumirse que existe un peligro allí donde no lo hay.

Hay aquí dos casos que hay que distinguir. El primero es el de quien ejerce la prostitución por cuenta propia y de manera voluntaria. El ofrecimiento de sexo por parte de una persona mayor de edad, en forma individual y en la intimidad de un departamento privado es una acción privada que carece de relevancia penal.⁶

No obstante, la situación cambia drásticamente cuando existen intermediarios. Es allí donde radica el problema. Nadie puede consentir su propia explotación ni prostituirse para el exclusivo beneficio de otro.⁷ Esto es claro pues sostener lo contrario sería admitir que un esclavo puede consentir libremente su esclavitud. En este sentido, el legislador quiso reprimir al sostenedor, organizador, regente de esa actividad, al que de ella lucra, es decir al intermediario, que es quien podría generar un peligro concreto para la libertad e integridad sexual de quienes ejercen la prostitución, en atención a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran.

Distinto es el caso de quien ejerce la prostitución por cuenta propia, con autonomía y entrega parte de sus ganancias a quien le consigue los clientes o le facilita el lugar para su ejercicio, pues en este caso no hay peligro alguno para la libertad sexual.⁸ En consecuencia, tal como se expuso a lo largo de este trabajo, por imperativo constitucional el peligro no puede presumirse sino que en cada caso concreto habrá que verificar si la conducta descrita en la norma ha puesto el bien jurídico en una situación de peligro concreto.

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 12.331

El peligro del peligro abstracto

1.- LA LEY NACIONAL 12.331

En la Argentina, durante muchos años, el ejercicio de la prostitución en las casas se hallaba reglamentado. Se permitía el funcionamiento de prostíbulos pero sólo podían estar regenteados por mujeres.⁹ En 1935 una ordenanza municipal estableció la prohibición de las casas de tolerancia en el territorio de la capital federal, adoptando de así un sistema abolicionista. Como un efecto no deseado de esa prohibición, se incrementó el número de casas de tolerancia en las comunas limítrofes del Gran Buenos Aires. En ese estado de cosas, a fin de adoptar un sistema abolicionista de la prostitución que tuviera aplicación en todo el país, era necesario el dictado de una ley nacional. Así, el 11 de enero de 1937, entró en vigencia la ley 12.331 referida a la profilaxis antivenérea, que derogó todos los reglamentos referidos a la prostitución y que, en su artículo 15, dispone "*queda prohibida en toda la república, el establecimiento de casas de tolerancia o locales donde se ejerza la prostitución o se incite a ella*". Asimismo, y a fines de procurar el cumplimiento de la prohibición del artículo 15, en su artículo 17 dispone que "*los que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente casas de tolerancia, serán castigados con una multa de doce mil quinientos a ciento veinticinco mil pesos.*"

De esta forma, con la ley 12.331, que también fue conocida al momento de la sanción como de "cierre de los prostíbulos"¹⁰, la Argentina adoptó respecto de la prostitución, una política criminal de tipo abolicionista.

Este sistema se fundamenta en la consideración de que la prostitución es una explotación del cuerpo del ser humano y que, reglamentar tal actividad, sólo consigue perpetuar esa injusticia. Propone la derogación de la reglamentación y si bien no incrimina la prostitución, tampoco la reconoce.

Una vez más el efecto de la ley no fue el esperado por cuanto su entrada en y la consecuente derogación de la reglamentación de la prostitución que ella preveía, significó que muchos prostíbulos pasaran a funcionar de manera clandestina, otros se cerraron y se reabrieron bajo nuevas fachadas.

Posteriormente, la ley 12.331 fue modificada por el decreto ley 10.638 del 28/04/44 (ratificado por ley 12.912 el 11/7/47) que modificó el artículo 15 y permitió el funcionamiento de prostíbulos, siempre que ellos estuvieran autorizados por la Dirección Nacional de Salud Pública y Asistencia Social. Asimismo, modificó el artículo 17 estableciendo que el simple ejercicio de la prostitución por la mujer en su casa, en forma individual e independiente, sin afectar el pudor público no constituía delito alguno. Así se volvió al sistema reglamentarista que imperaba antes de la ley 12.331

Pero no obstante este momentáneo (y finalmente abandonado) relajamiento en la prohibición que venimos apuntando, la ley 16.666, publicada en el B.O. 16/7/65, dispuso expresamente la derogación de las excepciones que venía a consagrar el Decreto 10.638/44, así como de toda disposición que se opusiera al Decreto Ley 11.925/57, ratificado por Ley 14.467, que ratificaba el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. Así se volvió a la redacción anterior de los artículos 15 y 17 de la ley.

2.- LAS ACCIONES TÍPICAS.

El artículo 17 prohíbe las conductas de sostener, administrar o regentar, ya sea de manera ostensible o encubierta, casas de tolerancia.

Según el Diccionario de la Real Academia Española sostener significa mantener, dar lo necesario para su manutención y prestar apoyo. Por su parte, regentar significa dirigir, gobernar aún sin ser el dueño. Y finalmente, administrar significa conducir, guiar y dirigir.

Con respecto a las conductas descritas en la norma, la jurisprudencia ha dicho “*Es sostenedor de una casa de tolerancia el que la tiene -ej. quien alquila el local a prostitutas y recibe parte de las ganancias-, o mantiene -p. ej. quien sufraga los gastos que demanda el uso del local-, o presta un apoyo o auxilio material para que el lugar sirva a tal fin*”¹¹ y “*No sólo es punible quien sólo se beneficia de la promiscua actividad realizada por un tercero, sino quien lucre al participar en la propiedad o la administración de un lenocinio, es decir, quien asuma a modo de empresa la explotación de esa conducta*”.¹²

3.- BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS.

Para la elaboración dogmática del concepto de tipo se debe atender tanto a la conducta tipificada como también a la exclusión de tipicidad cuando no media conflictividad, como requisito o barrera infranqueable a la irracionalidad con la que opera poder punitivo. En este sentido, se ha dicho que “*los conflictos penalizados son concebibles cuando importan lesiones a otros que se producen en la interacción humana, de modo que no existe conflictibilidad cuando hay acciones que no lesionan a nadie, ni tampoco lo hay cuando no es posible tratarlas como pertenecientes a alguien*”.¹³

En este orden de ideas, toma vital importancia el concepto de bien jurídico, que tiene una función limitadora del poder punitivo por cuanto exige, como requisito para su habilitación, la afectación de un bien jurídicamente tutelado por el derecho (no por el derecho penal sino constitucional, internacional, civil, etc.)¹⁴. En consecuencia, el punto de partida debe ser la identificación del bien jurídico al que alude el tipo legal en estudio.

Un reciente fallo de la Sala I de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal del 19 de agosto de 2009, declaró la inconstitucionalidad del artículo 17 de la ley 12.331¹⁵ basándose en, lo que según entiendo es, un erróneo análisis de la norma desde una óptica meramente higienista. En efecto, el fallo “Rojas” pretende anclar la interpretación de la ley en una concepción higienista y, sin embargo, si uno repasa el debate parlamentario de aquella época, queda claro que al momento de dictarse la ley que aquí nos ocupa, se pensaba no sólo en la salud pública sino también en la dignidad y en la libertad e integridad sexual de las mujeres víctimas de la que entonces se denominaba “trata de blancas”.

En el fallo mencionado, la Cámara acude a los argumentos introducidos en el debate, pero lo hace de una manera parcial.

Cabe destacar que estos dos artículos a los que me estoy refiriendo, fueron finalmente incorporados al texto de la ley a partir de la propuesta efectuada por el senador Serrey. Cuando se estaba debatiendo el texto de tales artículos, en especial del artículo 15 de la ley, el senador Serrey, por la provincia de Salta, dijo “*Uno de los males más graves que derivan de la prostitución oficializada, es el desarrollo que toma la trata de blancas, que mi colega el senador por la Capital trató de combatir con el proyecto que presentara hace ya muchos años, porque la existencia de casas de lenocinio facilita esos negocios*”, “*Suprimiendo estos establecimientos, llegaremos a eliminar una profesión tan infame como infamante, quitando los lugares a que suelen llegar los cargamentos de mercancías, que como tal consideran a las pobres mujeres traídas de Europa*”¹⁶

Asimismo, en ocasión de expresar los motivos por los cuales propuso la inclusión del que hoy es el artículo 15 de la ley, el senador Serrey citó un decreto del gobernador Fresco y dijo “*las condiciones antihigiénicas de los locales en que funcionan esos prostíbulos no pueden ser más alarmantes, siendo sus deficiencias de tal naturaleza que autoriza a clasificarlos como verdaderos lupanares, donde pelagra seriamente y por igual, la salud de los visitantes y la de las pupilas, mujeres que con la desgracia de verse obligadas a ejercer tan triste comercio, deben soportar así una inicua explotación y vivir en condiciones que importan una terrible amenaza de contaminación venérea*”, “*El diputado Giménez – y lo cito en primera línea porque es el apóstol del*

*abolicionismo en este país- decía en un discurso pronunciado en el Consejo Deliberante: ‘La reglamentación de los prostíbulos es la causa principal de la trata de blancas, la degeneración del hombre y con ella la esclavitud de la mujer. El prostíbulo es la escuela del vicio y del proxenetismo y la causa principal de la difusión de las enfermedades venéreas’*¹⁷

Citando al doctor Cafferata dijo *“Otro aspecto de la sanción que comentamos se refiere a la prohibición de la prostitución reglamentada. Tiene nuestra decidida adhesión y merece destacarse como un paso más hacia la justicia social. Elementales consideraciones sociales, morales y hasta humanitarias, se oponen a que existan en la sociedad seres humanos en esas condiciones, que son de las más repugnante y dolora esclavitud. La discusión entre abolicionistas y reglamentaristas, basada en razones profilácticas, no puede subsistir, porque hay otros motivos superiores que invocar”* *“Puede decirse, en resumen, de la reglamentación, que es el factor de desmoralización, factor de contaminación; poder discrecional dado a la autoridad, lo que fomenta su abuso; favorecer el escandaloso comercio de los dueños de casas, perpetrar la esclavitud de la mujer y llevar fatalmente a la trata de blancas”*¹⁸, *“El prostíbulo ha sido siempre –como lo acaba de repetir recientemente el comité especial de estudio de la Sociedad de las Naciones- uno de los principales estimulantes de la tata de blancas”*¹⁹

La iniciativa y propuesta del entonces senador por Salta fue apoyada unánimemente por sus colegas de ambas cámaras y así pasó a integrar la nueva ley.

El diputado Padilla al pronunciarse sobre la conveniencia, para la profilaxis de las enfermedades venéreas, de la supresión de la prostitución reglamentada, adujo *“el negocio infame del tratante de blancas se resiente enormemente con la supresión del lenocinio reglamentado. La supresión de los lenocinios si no va a acabar con el tratante de blancas, hablando gráficamente, les va a arruinar el negocio. Un detalle muy importante que ha sido observado en todos los países donde se ha suprimido la prostitución reglamentada, es que los tratantes de blancas se trasladan con ese motivo a otros países en que existe la misma.”*²⁰. Por su parte, el diputado Mouchet argumentó *“Suprimiendo la prostitución reglamentada, realizamos un gran conquista moral, por cuanto anulamos el infame comercio que gira alrededor de la pobre mujer que realiza una función tan innoble y degradada como es la prostitución...Este mal es, justamente, el que se va a corregir si a ley se cumple...Esto desde el punto de vista moral. Desde el punto de vista médico, ya ha establecido muy bien el señor diputado Padilla, miembro informante de la comisión, que la supresión del prostíbulo reglamentado va a dar por resultado un descenso de las enfermedades venéreas.”*²¹

Así las cosas, de las citas efectuadas se desprende claramente que el bien jurídico protegido por ley no es sólo la salud pública sino además la libertad sexual y dignidad humanas de quienes son explotadas sexualmente.²² En este sentido, se ha dicho que *“Las palabras que emplea el artículo 17 ley 12.331 son aplicables a aquellos terceros sostenedores, explotadores del comercio carnal, verdaderos proxenetes”, “la Ley 12.331 tiende a suprimir el régimen reglamentarista de la prostitución y no la prostitución misma. Las sanciones que estatuye el artículo 17 y que corresponde al artículo 15 de la ley, que prohíbe en toda la República el establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución o se incite a ella, consistentes en multa, pérdida de carta de ciudadanía a los naturalizados y extranjeros y expulsión del país una vez cumplida la condena, hablan a las claras que se quiso punir a quienes regenteaban, sostenían o administraban casas de tolerancia, en el sentido de mancebías, **casas públicas de mujeres meretrices, estimulantes de la trata de blancas y alimentos de corrupción política y social.**”*(El destacado me pertenece).²³

El fallo mencionado parte de una premisa equivocada pues sólo considera como bien jurídico en juego a la salud pública. Siendo así, no sorprende que se declare la inconstitucionalidad de la norma, pero a esto me referiré más adelante.

En igual sentido, entiendo se equivoca la Sala V en el fallo “Chanquia” del año 2008.²⁴ En este caso, la Sala V de la Cámara, argumentó que la ley de Profilaxis Antivenérea tutela la salud pública y, entendió que no se había verificado la lesión de bien jurídico alguno, en atención a que había quedado demostrado que se habían utilizado preservativos en los encuentros sexuales que

tenían lugar en la prostíbulo que el imputado sostenía. No obstante, no analiza si la conducta del imputado puso en peligro el bien jurídico libertad e integridad sexual de las mujeres.

Debe considerarse además que la ley 16.666, publicada en el B.O. 16/7/65, además de actualizar los contenidos de los artículos 15 y 17 de la ley 12.331, reponiéndolos conforme su concepción originaria (abolicionista), dispuso además la derogación expresa de toda disposición que se opusiera al Decreto Ley 11.925/57, ratificado por Ley 14.467, que ratificaba el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. De ello se sigue que lo hizo para cumplir con los compromisos internacionales de nuestro país en la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena

Por lo dicho, la relación entre esta ley y el interés jurídico del Estado en reprimir la trata de personas y la explotación de la prostitución, en cuanto afecta la libertad de las personas, no puede presentarse de forma más clara tanto por su origen (fundamentos invocados en la discusión parlamentaria de la ley) como también por el desarrollo o avatares de su vigencia (restablecimientos de sus prescripciones normativas anteriores por la ley 16.666, que es ratificatoria del Convenio para la represión de la trata de personas).

4.- “EL PELIGRO CONCRETO DEL PELIGRO ABSTRACTO”

Como se expresó precedentemente, en el fallo “Rojas” la Cámara considera que el único bien jurídico al que alude la norma es la salud pública y en virtud de ese análisis parcializado es que llega a la conclusión de que es inconstitucional. En efecto, la conducta consistente en administrar un prostíbulo no implica peligro alguno para la salud pública pues si ha de ser posible una lesión a tal bien jurídico es a través del contagio de una enfermedad venérea, el cual va a depender de la omisión del uso del preservativo, ya sea por parte del solicitante del servicio sexual o de quien lo provea. Pues entonces, esa acción voluntaria, excluiría el nexo causal que debe mediar entre el resultado lesivo y la conducta prohibida. Lo que la Cámara omite es analizar la norma desde los otros bienes jurídicos protegidos, esto es la libertad e integridad sexual y la dignidad.

Cabe destacar que el fallo mencionado 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. También en este punto discrepo con el fallo.

Es clásica la distinción entre dos clases de peligro: el concreto y el abstracto. A éstos últimos se les asigna una mayor probabilidad en la producción del resultado lesivo porque la ley, al diagramar la figura, presume necesariamente que ciertas acciones conducirán al riesgo del bien jurídico, ya sea por la clase de conducta o por los medios empleados.²⁵ Para formular una incriminación de ese tipo, el derecho se basa en reglas constantes de experiencia y se desentiende de toda comprobación referente a la efectiva existencia de lesiones o de riesgos. Dicho en otras palabras, se castiga una acción “típicamente peligrosa” o peligrosa “en abstracto”, sin exigir que se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido.²⁶

El bien jurídico en los delitos de peligro abstracto generalmente es de carácter público, común o colectivo, ya que justamente la abstracción del peligro y la lejanía de la lesión hacen que no pueda conocerse de antemano cuál será la conducta lesiva posterior ni el futuro objeto lesionado materialmente.

Vemos así, como en los delitos denominados “de peligro abstracto” la finalidad limitadora del bien jurídico, a la que se ha hecho referencia en el punto tres, se ha expandido de una manera inusitada, lo que implica la sanción de conductas que pueden llegar a ser inocuas en sí mismas, pero que sin embargo pueden reconducirse a la protección de bienes jurídicos remotos, con la consecuente incriminación de conductas notablemente distantes a la realización efectiva de una agresión.²⁷ Se trata de normas que no tiene detrás una lesión de un derecho de terceros, se sanciona por el mero quebrantamiento de la norma.

El principio de lesividad o de ofensividad se constituye en un límite para la habilitación de poder punitivo que se encuentra expresamente exigido por el artículo 19 de la CN. Este principio hace que no sea posible prohibir una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada,

entendida como aquella que no lesiona a terceros. Por tanto, para afirmar la tipicidad de una conducta es un requisito ineludible que ella afecte el bien jurídico al que alude la norma, ya sea en la forma de lesión o de peligro. La afectación del bien jurídico es así un límite de garantía.

Los tipos de peligro abstracto habilitan una mayor cantidad de poder punitivo, presumiendo una situación de peligro allí donde no la hay y sancionando, de ese modo, conducta que no afectan en modo alguno bienes jurídicos de terceros, en franca violación al principio de ofensividad consagrado en la Constitución Nacional.

Hirsch sostiene que solo los delitos de peligro concreto son auténticos delitos de peligro. Las formas de los delitos de peligro abstracto facilitan la utilización del derecho penal, porque ya no es necesario probar la lesión efectiva al bien jurídico, sino que solo basta con demostrar lo peligroso de la acción. Con ello se reduce los requisitos para castigar y las posibilidades de defensa ante ello.²⁸ A la misma conclusión arriba Zaffaroni, para quien ninguno de los criterios esgrimidos para justificar la punibilidad de los tipos de peligro abstracto son constitucionalmente admisibles. Hay muchas formas de tratar de destruir el concepto de afectación del bien jurídico como límite contentor del poder punitivo del estado y una de ellas es inventar el peligro abstracto.

Conforme lo expuesto, por imperativo constitucional, sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro en los que debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que se deberá establecer en cada situación concreta, siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva.

Por tanto, si en los delitos de peligro presunto el legislador presume la posibilidad de daño para el bien jurídico tutelado, lo cierto es que tal presunción no puede ser de aquellas conocidas como *juris et de jure*, es decir, que no admiten prueba en contrario porque el principio de lesividad impone que no puede haber tipicidad sin afectación a un bien jurídico, que puede consistir en una lesión en sentido estricto o en un peligro. Por tanto, frente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la presunción contenida en la respectiva norma *es iuris tantum*, es decir, que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela. Sobre este punto Ferrajoli sostiene que “*estos tipos deberían ser reestructurados, sobre la base del principio de lesividad, como delitos de lesión, o al menos peligro concreto, según merezca el bien en cuestión una tutela limitada al perjuicio o anticipada a la mera puesta en peligro (concreto).*”²⁹

Dicho en otras palabras, no basta con realizar simple y llanamente el proceso de adecuación típica de la conducta para luego dar por presupuesta su tipicidad, pues siempre se impone verificar si en el caso concreto tal presunción legal es desvirtuada por alguna prueba en contrario. Cualquier anticipación criminalizante viola el principio de reserva garantizado por el art. 19 constitucional, por lo que deben quedar expresamente excluidos los cursos de acción que sólo revelan una posibilidad de afectación abstracta, en los que no se hace más que usar un discurso pretendidamente tutelar de bienes jurídicos para habilitar el ejercicio del poder punitivo en razón de meras desobediencias administrativas o de criterios de moral subjetiva. Vemos así, como aceptar el peligro abstracto genera un peligro concreto para el Estado de Derecho, permitiendo una habilitación irracional de poder punitivo.

En definitiva, hay situaciones concretas de peligro y otras que no lo son, y nada puede legitimar que en las últimas se afirme la tipicidad objetiva en contra de la letra clara del art. 19 de la Constitución Nacional.³⁰ Por tanto, siempre que una conducta se realice en condiciones que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, dicha conducta se encuentra amparada por la garantía del artículo 19 de la Constitución Nacional.³¹

5.- EL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 12.331 COMO DELITO DE PELIGRO CONCRETO.

En los delitos de peligro concreto se requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídico, el peligro concreto es el resultado típico.³²

Si analizamos el artículo 17 en relación al bien jurídico salud público, cabe concluir que a acción de sostener, regentear o administrar una casa de tolerancia no implica, por si misma, un

peligro concreto para la salud pública. En efecto, y como ya se ha expresado precedentemente, si hubiera una puesta en peligro o lesión de la salud pública, ya sea por la posibilidad o el efectivo contagio de una enfermedad venérea, ello va a ser consecuencia no de la conducta típica sino de la omisión de usar profiláctico, ya sea por parte de quien presta o quien requiere los servicios sexuales.

En relación con los bienes jurídicos libertad e integridad sexual el análisis es mucho más complejo y habrá que verificar, en cada caso, si la conducta típica generó para aquellos bienes jurídicos una situación próxima a la lesión.

En este orden de ideas, me parece importante destacar que de lo que aquí se trata es de evitar lesiones a la libertad e integridad sexual. Y con ese objetivo, no puede perderse de vista que nunca una persona puede ejercer la prostitución “para otro” con un consentimiento libre.³³

Hay aquí dos casos que hay que distinguir. El primero es el de quien ejerce la prostitución por cuenta propia y de manera voluntaria. El ofrecimiento de sexo por parte de una persona mayor de edad, en forma individual y en la intimidad de un departamento privado es una acción privada que carece de relevancia penal.³⁴ La discusión acerca del posible encuadramiento, en el artículo 17, de la conducta de la mujer que ejerce la prostitución en su domicilio hoy se encuentra superada³⁵. Al respecto la jurisprudencia ha dicho “*No constituye delito a tenor de lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 12.331 la conducta de la mujer que comercia con su propio cuerpo en un lugar determinado, casa o local, en forma individual o independiente, aun cuando su oficio se revele abierta o encubiertamente al público por aviso periodístico*”³⁶, “*El ejercicio de la prostitución en forma individual o independiente, no constituye delito y no corresponde confundir esta conducta con la que verdaderamente posee relevancia penal, que no es otra, que la desplegada por los sostenedores, administradores o regentes de la prostitución. Tanto la prostitución ejercida en esas condiciones, como su “presunta” promoción periodística, no constituyen delito.*”³⁷

Es interesante mencionar que, mientras que un grupo de organizaciones de mujeres y feministas pone de relieve el carácter de víctima de las mujeres que trabajan en prostitución hablando de “explotación sexual” y definiendo a las mujeres como “mujeres en situación de prostitución”, otro grupo las identifica como “trabajadoras sexuales” y procura desvictimizarlas.³⁸ Por mi parte, entiendo que sostener que una persona no puede decidir libremente ejercer la prostitución implica violentar la autonomía de la voluntad.³⁹ En este sentido, refiriéndose a la prostitución ejercida libremente, Emilio García Méndez sostiene “*la tentación de incapacitar para proteger nada tiene de nuevo. Aunque le suene a edad del bronce a las mujeres jóvenes de hoy, no han pasado muchos años desde que la mujer, casada y mayor de edad, necesitaba la autorización del marido para trabajar. ¿La razón? La “protección” de la mujer.*”⁴⁰

No obstante, la situación cambia drásticamente cuando existen intermediarios. Es allí donde radica el problema. Nadie puede consentir su propia explotación ni prostituirse para el exclusivo beneficio de otro. Esto es claro, sostener lo contrario sería admitir que un esclavo puede consentir libremente su esclavitud. En este sentido, el legislador quiso reprimir al sostenedor, organizador, regente de esa actividad, al que de ella lucra, es decir al intermediario, que es quien podría generar un peligro concreto para la libertad e integridad sexual de quienes ejercen la prostitución, en atención a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran. En igual sentido se advierte el artículo 1 del Protocolo de Palermo que castiga al que, para satisfacer las pasiones de otra, “*Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona*”

La existencia de las casas de tolerancia es un problema estrechamente vinculado con la trata de personas por cuanto son ellas el destino del proceso de trata. La realidad muestra que las prostitutas integran un colectivo discriminado de especial vulnerabilidad, lo que propicia su explotación. En este sentido, estimo importante destacar las palabras de Mercedes Assorati, Coordinadora General del Programa Esclavitud Cero de la Fundación El Otro: “*Un tratante nos dijo que dentro de los prostíbulos existían tres clases de mujeres: las locas sueltas -que eran mujeres que se encontraban en situación de prostitución sin ningún proxeneta, chulo o marido, como se llama en la jerga de los prostíbulos-; existían mujeres que tenían marido -que son las gerenciadas por proxenetas, chulos o sus propios maridos reales-; y las que lloran. Y las que lloran eran las víctimas de trata de personas*”, “*La trata antes operaba con los sectores más vulnerables*

de las diferentes sociedades: con las mujeres más pobres, las mujeres analfabetas, con las mujeres que eran de otros países y no hablaban la lengua”, agrega Tuñez. “En la medida que el consumo de prostitución se empieza a globalizar se genera toda esta cuestión de la mercantilización de los cuerpos y de las vidas de las mujeres, empiezan a haber otras demandas. No sólo se demandan mujeres en situaciones vulnerables, se demandan mujeres ‘exóticas’, mujeres de clase media, mujeres-niñas de clase alta. La trata hoy opera en función de la demanda y el consumo”.⁴¹

Distinto es el caso de quien ejerce la prostitución por cuenta propia, con autonomía y entrega parte de sus ganancias a quien le consigue los clientes o le facilita el lugar para su ejercicio, pues en este caso no hay peligro alguno para la libertad sexual.⁴² En consecuencia, tal como se expuso a lo largo de este trabajo, por imperativo constitucional el peligro no puede presumirse sino que en cada caso concreto habrá que verificar si la conducta descrita en la norma ha puesto el bien jurídico en una situación de peligro concreto.

6.- REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este trabajo he expresado mi parecer en torno a la proliferación de los tipos de peligro abstracto, y al peligro que implica, para un estado de derecho, el aceptar un peligro presunto sin respeto alguno por el principio de lesividad impuesto por la constitución nacional. En ese orden de ideas, manifesté la necesidad de establecer el bien jurídico protegido por la norma y la exigencia de su lesión o su puesta en peligro concreto, para sólo entonces, habilitar poder punitivo.

Para concluir me parece interesante realizar algunas reflexiones sobre el fenómeno de la explotación sexual en atención a su clara vinculación con la norma que ha sido objeto de análisis. Legislar es necesario pero no alcanza. Durante muchos años no existió en la Argentina una verdadera voluntad política de perseguir a las redes de trata y a los proxenetas. Para lograr ese cometido, es indispensable que cada una de las provincias intensifiquen las medidas de control sobre los locales donde podrían estarse llevando a cabo conductas prohibidas por los artículos 17 de la ley 12.331, 125, 125bis, 126, 127 y 145 bis y 145ter del Código Penal de la Nación, los que generalmente se encuentran habilitados como whiskerías, bares, casas de masajes y pubs. Asimismo, sería deseable la derogación de las normas contravencionales que reprimen, en algunos casos, el ejercicio de la prostitución de manera independiente. Mantener esa clase de normativa acrecienta el estado de vulnerabilidad de quienes ejercen la prostitución, pues las deja más expuestas a la arbitrariedad y corrupción policial y es una clara forma de complicidad con los traficantes y dueños de lugares donde se explota y se esclaviza a mujeres. La mujer que no puede ejercer la prostitución en la vía pública se ve empujada a recurrir a los prostíbulos, con todos los peligros que ello implica.

Advierto, con agrado, una corriente que se ha propuesto tomar cartas en el asunto mediante la adopción de medidas tendientes a evitar el incremento de víctimas de explotación sexual, a que “*las que lloran*” sean cada vez menos. Tal vez ahora también la jurisprudencia comience a avanzar en este sentido.

¹ MOLINARIO, ALFREDO, “*Los Delitos*”, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tipográfica Editora Argentina, 1996, pág. 483.

² Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL- ALAGIA, ALEJANDRO- SLOKAR, ALEJANDRO, “*Derecho Penal Parte General*”, Ob. Cit, pág. 486.

³ CCCF, Sala I, “Rojas, Isabel y otros s/procesamiento”, Rta. el 19/08/09.

⁴ BAIGÚN, DAVID, “*Los delitos de peligro y la prueba del dolo*”, Ed. B de F, Montevideo, 2007, pág. 17 y SOLER, SEBASTIÁN, “*Derecho Penal Argentino*”, T IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, pág. 564.

⁵ MARÍA CECILIA TORO, “*Delitos de peligro abstracto. La tenencia de estupefacientes para el consumo personal en el código penal argentino y la legislación española*”, publicado en <http://www.terragnijurista.com.ar>.

⁶ C. Nac. Casación Penal, Sala III, “Tintillay, Jorge E. y otros”, Rta. 07/11/2003. .

⁷ DE LUCA, JAVIER AUGUSTO Y LÓPEZ CASARIEGO, JULIO, “*Delitos contra la integridad Sexual*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pág. 170.

⁸ En este caso, podría configurarse el delito previsto en el artículo 26 del CPN si se dan los medios allí descritos.

⁹ En la ordenanza de la ciudad de Buenos Aires se establecía cómo debían ser las ‘casas de prostitución’, su localización (a no menos de dos cuadras de templos, teatros y escuelas), quienes debían regentearlas (sólo mujeres) las normas de higiene y seguridad municipal; establecía además que las mujeres debían ser mayores de 18 años (la mayoría de edad en el Código civil era de 21 años, de modo que la prostitución de menores estaba legalizada) y someterse a inspecciones y reconocimientos médicos. Regía la obligación para las casas de prostitución de llevar registros de las mujeres. Se prohibía la prostitución clandestina, es decir aquella que se ejercía fuera de las casas de prostitución toleradas por el reglamento.

¹⁰ MOLINARIO, ALFREDO, “*Los Delitos*”, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tipográfica Editora Argentina, 1996, pág. 483.

¹¹ C. Nac. Crim. y Corr., Sala IV, “Morrone, Patricia”, Rta. el 30/04/03.

¹² C. Nac. Crim. y Corr., Sala IV, “Rivadavia 5474”, Rta. el 23/03/00.

¹³ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL- ALAGIA, ALEJANDRO- SLOKAR, ALEJANDRO, “*Derecho Penal Parte General*”, 2º edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 484.

¹⁴ Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL- ALAGIA, ALEJANDRO- SLOKAR, ALEJANDRO, “*Derecho Penal Parte General*”, Ob. Cit. pág. 486.

¹⁵ CCCF, Sala I, “Rojas, Isabel y otros s/procesamiento”, Rta. el 19/08/09.

¹⁶ Debate parlamentario de la ley 12.331, Cámara de Senadores, 18 de septiembre de 1936, pág. 278.

¹⁷ Debate parlamentario de la ley 12.331, Cámara de Senadores, 18 de septiembre de 1936, pág. 279.

¹⁸ Debate parlamentario de la ley 12.331, Cámara de Senadores, 18 de septiembre de 1936, pág. 280.

¹⁹ Debate parlamentario de la ley 12.331, Cámara de Senadores, 18 de septiembre de 1936, del informe de los doctores Balaña, Belbey y Zwanck del año 1935, pág. 281.

²⁰ Debate parlamentario de la ley 12.331, Cámara de Diputados, 9 de diciembre de 1936, pág. 932.

²¹ Debate parlamentario de la ley 12.331, Cámara de Diputados, 9 de diciembre de 1936, pág. 936.

²² En el mismo sentido FAINBERG, MARCELO, “*Prostitución, pornografía infantil y trata de personas*” pág. 84.

²³ C. Nac. Crim. y Corr, Sala II, Rta. 17/9/1990, publicado en JA 1991 - I – 403.

²⁴ C. Nac. Crim. y Corr, Sala V, “Chanquia, Cristian Marcelo”, Rta. 26/9/08.

²⁵ BAIGÚN, DAVID, “*Los delitos de peligro y la prueba del dolo*”, Ed. B de F, Montevideo, 2007, pág. 17 y SOLER, SEBASTIÁN, “*Derecho Penal Argentino*”, T IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, pág. 564.

²⁶ CORIGLIANO, MARIO EDUARDO, “*Delitos de peligro. Hacia una definición político-criminal y sistemática. La frontera de lo punible en el derecho penal*”, pág. 5, publicado en Revista electrónica Derecho Penal Online.

²⁷ MARÍA CECILIA TORO, “*Delitos de peligro abstracto. La tenencia de estupefacientes para el consumo personal en el código penal argentino y la legislación española*”, publicado en <http://www.terragnijurista.com.ar>.

²⁸ HANS JOACHIM HIRSCH, “*Derecho Penal, Obras Completas*”, T.I, Rubinzal-Culzoni , 2000, págs.65-87

²⁹ FERRAJOLI, LUIGI, “*Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*”, Trotta, Madrid, 2001, pág. 479.

³⁰ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL- ALAGIA, ALEJANDRO- SLOKAR, ALEJANDRO, Ob. Cit., pág. 491-492.

³¹ CSJN, “Bazterrica”, Rta. 29/8/86, Fallos: 308:1392.

³² CORIGLIANO, MARIO EDUARDO, Ob Cit. ,pág. 5.

³³ DE LUCA, JAVIER AUGUSTO Y LÓPEZ CASARIEGO, JULIO, “*Delitos contra la integridad Sexual*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pág. 170.

³⁴ C. Nac. Casación Penal, Sala III, “Tintillay, Jorge E. y otros”, Rta. 07/11/2003. .

³⁵ El fallo plenario de la C. Nac. Crim. y Corr., del 27/3/40, “Rodríguez Blasa”, sostuvo que el simple ejercicio de la prostitución por la mujer, en forma individual e independiente, en un local, configura la figura del artículo 17. de la ley 12.331. Esta postura fue criticada duramente por gran parte de la doctrina.

³⁶ C. Nac. Crim. y Corr., Sala II, Rta. 17/09/1990, publicado en JA 1991-I-403.

³⁷ C. Nac. Crim. y Corr, Sala IV, “Montoya, Rosa M.”, Rta. 12/03/02.

³⁸ MARIO PECHENY Y MÓNICA PETRACCI , “*Argentina: derechos humanos y sexualidad*”, CEDES, 2007, Págs. 227 a 248

³⁹ La Comisión Internacional contra el Tráfico de Mujeres ha considerado que la prostitución no resulta ser una elección libre, sino que es una elección propia de supervivencia. Más que consentir, una mujer prostituta accede a la única opción que está a su alcance. Su conformidad deriva del hecho de tener que adaptarse a las condiciones de desigualdad que son establecidas por el consumidor que le paga a ella para que haga lo que él quiera (conf. Raymond, Janice, “10 razones para no legalizar la prostitución”, Coalición Internacional contra el Tráfico de Mujeres, del 25-3-03, en www.geaweb.org; citado por Javier de la Fuente, “Oferta y demanda de sexo en los espacios públicos” en el libro de Ponencias de las Jornadas “La nueva legislación contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pág. Organizadas por la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pág. 161).

⁴⁰ GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, “*La trata de personas y el consentimiento*”, publicado en Diario Página 12, sábado 12 de abril de 2008.

⁴¹ En “El negocio de la trata en la ruta del petróleo”, publicado en www.opsur.wordpress.com el 21/04/2010.

⁴² En este caso, podría configurarse el delito previsto en el artículo 26 del CPN si se dan los medios allí descritos.

7.- BIBLIOGRAFÍA

- ❖ FAINBERG, MARCELO H, “*Prostitución, pornografía infantil y trata de personas*”, Ad Hoc, Buenos Aires, 2010.
- ❖ DE LUCA, JAVIER Y LÓPEZ CASARIEGO, JULIO, “*Delitos contra la Integridad Sexual*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- ❖ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL- ALAGIA, ALEJANDRO- SLOKAR, ALEJANDRO, “*Derecho Penal Parte General*”, 2º edición, Ediar, Buenos Aires, 2002.
- ❖ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, TERESA, “*Delitos de peligro, Dolo e Imprudencia*”, Universidad Complutense, Madrid, 1994.
- ❖ BAIGÚN, DAVID, “*Los delitos de peligro y la prueba del dolo*”, Ed. B de F, Montevideo, 2007.
- ❖ CORIGLIANO, MARIO EDUARDO, “*Delitos de peligro. Hacia una definición político-criminal y sistemática. La frontera de lo punible en el derecho penal*”, publicado en Revista electrónica Derecho Penal Online.
- ❖ FERRAJOLI, LUIGI, “*Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*”, Trotta, Madrid, 2001.
- ❖ FONTÁN BALESTRA, CARLOS, “*Derecho Penal Parte Especial*”, 15ª edición actualizada por Ledesma, Guillermo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- ❖ MOLINARIO, ALFREDO, “*Los Delitos*”, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tipográfica Editora Argentina, 1996.