

## LA CRIMINALIZACIÓN EN CHILE DE LOS DENOMINADOS DELITOS SIN VÍCTIMA

Recordando mis primeras clases de pregrado y en particular la cátedra de introducción al derecho, mi profesor de la época acostumbraba preguntarnos, que realidad poseía la presunción de derecho que se contempla por intermedio del artículo 8 del Código Civil, hasta que punto es cierto, que la ley se conoce por todos los habitantes de la república o al menos, debe reputarse conocido por los mismos, la pregunta a esta interrogante no resultaba de fácil solución, sin embargo aquel profesor, nos señalaba que la ley se presume y se reputa conocida por todos, porque se basa en un mínimo moral, un mínimo ético aceptable.

Esta unión entre moral y derecho que en pregrado nos permitía satisfacer esta interrogante, hoy no me parece aceptable ni verdadera.-

Sin embargo, no se puede desconocer la influencia de la moral en el derecho y particularmente en nuestro catálogo punitivo, como no recordar a modo de ejemplo el delito de adulterio, el rapto, la circulación de estampas contrarias a la moral o las buenas costumbres, la sodomía consentida privada entre dos sujetos mayores de edad, o sin ir más lejos, la actual figura del artículo 365 del Código Penal, que sanciona el acto sexual entre personas del mismo sexo, cuando uno de ellos resulta menor de edad, pero sin embargo, mayor de catorce años.-

En una república joven como la nuestra, mayoritariamente católica y en que, la separación Estado Iglesia, solo se remonta a 1925, sería iluso y casi ingenuo no reconocer la influencia de la moral en la génesis del derecho penal.-

Sin embargo, ello no debe llevar a confusión ni tampoco a mantener una suerte de inercia sobre la materia. El derecho y particularmente el catálogo penal, no puede descasar únicamente sobre las concepciones morales aun mayoritarias de la sociedad, no todo acto indigno, repulsivo, deleznable, espurio y moralmente reprochable, debe ser criminalizado, si no en cuanto, como veremos, se afecte por intermedio de su ejecución las libertades del resto de los sujetos y se sobrepase los mínimos culturales generalmente aceptados en la comunidad organizada.-

En este sentido resulta notable la concepción del profesor Zaffaroni, quien se remite a los acervos culturales vigentes para una época y sociedad determinada que han sido interiorizados por el individuo miembro de la colectividad, el profesor argentino sostiene con acierto, que es, en ello, que el derecho penal debe encontrar su fundamentación, concibiendo lo que denomina el fundamento antropológico del derecho, en el que por cierto están presentes las normas morales generalmente aceptadas por el colectivo, pero además las reglas de trato, los mandatos y prohibiciones dirigidas a los sujetos emanadas del pacto; de esta forma, el derecho está al servicio del individuo y no éste al servicio del derecho, lo que permite que se legitime y se distancie del simple ejercicio de un acto sancionatorio de poder,-

Ahora bien, si partimos de la base que no todo acto repulsivo, inmoral, por desviado o anormal que nos parezca debe ser objeto del derecho penal y que en algunos casos por más desagradables que resulte su práctica, en ella no se afecta libertad de los restantes individuos del colectivo, es más en muchos casos, son demandados por los mismos, consentidos por un número importante de ellos, que obran con plena conciencia de que no actúan contra derecho ni se causa daño a nadie y producto de lo anterior, no están dispuestos a plantear reclamación alguna, por estos hechos queridos y buscados, nos situamos derechamente en el campo de los denominados delitos sin víctimas, en los que precisamente la descriminalización debe convertirse en la regla general.-

Sin embargo en nuestro país, a partir de Abril de este año, se ha evidenciado una política de seguridad pública en orden a gobernar por intermedio del derecho penal, o como sostienen los Americanos gobernar por intermedio del delito, una política que junto con dividir a los ciudadanos entre delincuentes y víctimas,

desconoce el principio de intervención mínima del derecho penal y lo que es peor, se traduce en un eje desarticulador de nuestro sistema penal. Un claro ejemplo de ello, entre otros, resulta el proyecto de ley destinado a criminalizar el comercio sexual en saunas.

En la actualidad, la existencia de prostíbulos o casas de tolerancia reciben en Chile una regulación de orden sanitaria, y en general la organización de las mismas como su funcionamiento se encuentra prohibido, asociándose a su funcionamiento una serie de sanciones administrativas que pueden llegar incluso a la clausura del inmueble objeto de tal giro comercial ( artículo 41 Código Sanitario). Si bien es cierto, el ejercicio del comercio sexual en nuestro país, no reviste por regla general caracteres de delito y salvo en contadas excepciones en las que se ven involucrados menores de edad o extranjeros introducidos en el país para el solo efecto de ejercer la prostitución podemos llegar encontrar con conductas típicas, la regla general es que el ejercicio de la prostitución resulta un hecho social y penalmente tolerado. Sin embargo, en los últimos meses el diputado señor FELIPE HARBOE BASCUNAN ha sostenido “ la tolerancia que nuestro país ha dispensado históricamente al ejercicio del comercio sexual, el que incluso ha sido objeto de reglamentaciones de orden sanitario que controlan las policías, no puede extenderse a la denominada industria del comercio sexual, pues ello escapa a las consideraciones que, desde antiguo, se han tenido en cuenta para no criminalizar la prostitución, fundamentalmente, como un acto ejercido por personas naturales” en este sentido sostiene el Diputado Harboe y en relación a la industria del comercio sexual, que la norma del artículo 367 Bis del Código Penal “ abarca una prohibición mayor, como quiera que lo que prohíbe es la organización productiva o “industrial” de la prostitución, prohibiendo la importación o exportación de este “atípico producto”.

Sin embargo, no podemos desconocer que por moralmente reprochable que para algunos parezca el comercio sexual y la industria del mismo, la experiencia práctica a lo largo de la historia demuestra que se trata de un servicio comúnmente reclamado y demandado por los individuos del colectivo, que impone al Estado la necesidad no sólo de tolerar si no que más importante descriminalizar de jure y regular por intermedio de normas administrativas o civiles, a objeto de evitar males mayores, como por ejemplo la proliferación de enfermedades de transmisión sexual o la explotación sexual infantil. -

Creemos que se equivoca el Diputado señor Harboe, cuando sostiene “la existencia de la industria del comercio sexual trae aparejados una serie de problemas e inconvenientes que afectan la vida y el normal desarrollo de las familias, especialmente el de aquellas que, por razones de proximidad vecinal, se ven obligadas a convivir con el ejercicio de esta ilegal industria. Es lo que pasa con los vecinos de los barrios de Santiago Centro, por nombrar uno de tantos casos representativo de lo que ocurre en el Centro de Concepción, Valparaíso o Viña del Mar, por nombrar los centros donde en mayor cantidad son ofrecidos los servicios sexuales en paginas de Internet o en los diarios locales. Al comercio sexual están íntimamente ligados los fenómenos de la venta de drogas, ruidos molestos y presencia de delincuentes.” Creemos que se equivoca, puesto que, sus argumentaciones arrancan de la simple constatación de estos hechos prolíferamente informados en algunos casos por los medios de comunicación social, más no existe en nuestro país estudios estadísticos que permitan vincular realmente al comercio sexual al tráfico de drogas.

Es más, revisado las Estadísticas de Carabineros de Chile correspondiente al año 2004, se puede apreciar que no existen en nuestro país, un correlato mínimo entre las detenciones por infracción a la ley 20.000 y la detenciones motivadas por ultrajes a la moral y las buenas costumbres, que sería lo de esperar, de existir esta íntima vinculación a la que alude el señor Diputado Harboe. -

Por otro lado, en materia de comercio sexual e industria de la prostitución, nos encontramos con parámetros claros, que nos indican estar en presencia de un delito sin víctima, puesto que, en todos ellos, y al margen de las concepciones valóricas de cada cual, no se puede desconocer la constante demanda de los individuos del colectivo por este tipo de servicio, ninguno de los involucrados en estas transacciones está dispuesto a entablar reclamación alguna por los mismos, todos los involucrados actúan con el convencimiento de sostener una transacción que a la luz de la moral puede ser reprobable, pero que no afecta las libertades o derecho de los restantes miembros de la sociedad .-

A su vez, las argumentaciones en orden a que la existencia de casas de tolerancia contribuirían a la alteración de la paz social del sector, nos parece un argumento feble y de poca relevancia, máxime cuando por intermedio de la criminalización , el efecto necesario , será el aumento de prostitución callejera, con efectos negativos a primera vista palpables, como la falta de control sanitario de las trabajadoras sexuales, en razón de la falta de fiscalización y en consecuencia, la proliferación de enfermedades de transmisión sexual, un aumento significativo de las detenciones por ultrajes a la moral y las buenas costumbres, en relación directa al comercio sexual callejero , un necesario aumento de los delitos violentos de que puedan ser objeto estas trabajadoras expuestas en la vía pública , es decir, los efectos negativos que genera la criminalización sobrepasan con creces los fines perseguidos .-

Todo lo anterior debe entenderse con excepción de las normas jurídico penales que sancionan la explotación sexual infantil , y la trata de blancas, puesto que precisamente en estos casos límites, la criminalización de la conducta se justifica, por el atentado que terceros promuéveme ya sea de la indemnidad sexual de los menores en algunos casos o de libertad sexual de las extranjeras, sometidas a un verdadera esclavitud moderna. En estos casos, estamos en presencia de conductas que dañan a otros y configuran una verdadera explotación que justifican por cierto entonces, transformarlas en ofensas criminal

En conclusión, la criminalización propuesta en su proyecto de ley por el señor Diputado don Felipe Harboe Bascuñan, parece traer aparejada más consecuencias nefastas que positivas, para el caso de convertirse en ley de la república y sería contraria al principio de intervención penal mínima, puesto que estas conductas perfectamente pueden y deben ser reguladas por otras ramas del derecho, particularmente en este caso por el derecho administrativo (Código Sanitario).-

Gustavo Menares C.-  
Abogado