Chicas en minifaldas

EL DECRETO 936/2011 Y EL 'RUBRO 59'

El 05/07/2011 la presidenta Cristina Fernández dictó el decreto 936/2011 que estableció:
"Artículo 1º — Con carácter de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República, conforme lo previsto por el artículo 1º de la Ley Nº 26.485, prohíbense los avisos que promuevan la oferta sexual o hagan explícita o implícita referencia a la solicitud de personas destinadas al comercio sexual, por cualquier medio, con la finalidad de prevenir el delito de Trata de Personas con fines de explotación sexual y la paulatina eliminación de las formas de discriminación de las mujeres.

Asimismo, quedan comprendidos en este régimen todos aquellos avisos cuyo texto, haciendo referencia a actividades lícitas resulten engañosos, teniendo por fin último la realización de alguna de las actividades aludidas en el párrafo precedente."

Sinteticemos la norma:
a- se propone como decreto de ejecución (cita el artículo 99 inciso 1 de la CN) y reglamentario (cita también el inciso 2) de las leyes 26485 (protección integral a las mujeres) y 26364 (prevención y sanción de la trata de personas), y sin manifestarlo en los considerandos reglamenta también la 26522 (servicios de comunicación audiovisual).

b- se autodefine como 'de orden público' remitiendo al artículo 1 de la 26485. Con ello pretende su aplicación inmediata, retroactiva, y en todo el país sin importar las competencias provinciales.

c- prohíbe totalmente (no limita) los 'avisos' que:
c-1- promuevan (o efectúen?) oferta sexual
c-2- soliciten personas para comercio sexual
incluso cuando dichos avisos sean disimulos de c-1 o c-2

d- enarbola como fines de la norma
d-1- 'prevenir' el delito de trata de personas (tipificado en el artículo 145 bis del Código Penal)
d-2- la 'paulatina' eliminación de las formas de discriminación de las mujeres

e- los ‘avisos’ pueden estar en cualquier medio. Pero el artículo 4º detalla sólo los medios gráficos. Y el artículo 3º crea la Oficina de Monitoreo pero le habilita solamente a controlar medios gráficos. Sin embargo el Ministro de Justicia (autoridad de aplicación) dijo aquí que avanzará en la oferta en internet y en los papeles en vía pública.

INCONSTITUCIONALIDAD POR LESION A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José de Costa Rica)
El artículo 13 de dicha norma con jerarquía constitucional requiere que -para limitar la libertad de expresión- pueden establecerse sanciones a ciertas expresiones, pero no prohibiciones previas.
Y tales restricciones sólo se pueden establecer (como enseña Ramiro Álvarez Ugarte) si:
1) cumple un objetivo legítimo (el objeto explicitado lo es)
2) ser compatible con la discusión en una sociedad democrática (la afección no es grave al debate público)
3) disponerse por ley en sentido formal (conforme opinión consultiva 6/86)
Y claramente este tercer punto es el que no se cumpliría en este caso, ya que el decreto (al no ser un DNU) no tiene siquiera carácter de ley en sentido material
Aquí disiente Gustavo Arballo quien entiende que la restricción ya existe en la ley 26485 (art. 6-f), y el decreto sólo la reglamenta, con lo cual el requisito estaría cumplido. Si bien Arballo admite que la habilitación legal de control no alcanza a lo que no sean medios masivos.
En nuestra humilde opinión, siguiendo como siempre a Andrés Gil Domínguez, el decreto no es medio constitucionalmente hábil ni para restringir la oferta comercial de sexo entre adultos ni para prohibir -y menos sancionar- la publicación de avisos de oferta de servicios sexuales, por incurrir en una clara contradicción del artículo 13 de la Convención Americana de San José.
Si los países signatarios hubiesen admitido que la Libertad de Expresión podía limitarse por decretos presidenciales, hubiesen establecido una protección aminorada. Por el contrario, el espíritu, y la letra del Pacto pretenden una amplísima libertad de expresión sólo restringible tras un amplio y consensuado debate público parlamentario.

INCONSTITUCIONALIDAD POR LESION A LA RESERVA PROVINCIAL DE LIBERTAD DE IMPRENTA
La Constitución Nacional en su artículo 32 establece claramente:

Artículo 32. El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.
Es decir: el Congreso Nacional no puede restringir la libertad de imprenta (el nombre que en aquel entonces recibía la libertad de expresión, porque sólo se conocía la imprenta como vehículo de ideas).
Mucho menos puede el Poder Ejecutivo disponer restricciones semejantes.
Se discute la aplicabilidad del mandato constitucional en lo que hace a las señales de radio, televisión, internet, que por su inmaterialidad sólo pueden incluirse en la norma por interpretación analógica, dinámica y dificultosa. Pero en este caso no puede haber dudas porque son los medios gráficos los destinatarios expresos de la norma.
Pero más aún: no puede establecerse jurisdicción nacional sobre cuestiones de imprenta. Es decir: sólo las provincias pueden reglamentar lo que se publica en la prensa.
Esta prevención de los convencionales en la Constitución Originaria se explicaba para evitar avasallamientos del gobierno central utilizando a la prensa como quinta columna de su influencia.
Y en tal sentido es que varias provincias venían legislando, o preparando proyectos de ley en el mismo sentido.
Para nosotros, que no somos los más fervorosos defensores del federalismo, pero sí del texto constitucional, no hay forma de salvar la constitucionalidad del decreto.
Más aún: sabiéndolo, la presidenta que es una gran conocedora del derecho constitucional, intenta salvar la situación aludiendo al orden público de la ley 26485 que atropella las autonomías provinciales. Y a confesión de parte… relevo de constitucionalista.

¿ES LIBERTAD DE EXPRESION LA LIBERTAD DE COMPRAR UN AVISO CLASIFICADO?
Entendemos que sí. Y muy esencial parte de la libertad de expresión es la posibilidad de acceder -aunque sea pagando- a expresar lo que deseamos en los medios.
Esta no es una libertad de las empresas de medios, sino una libertad de los usuarios de medios. Tenemos derecho a publicar avisos como tenemos derecho a publicar solicitadas y publicidades de todo tipo.
Claro que no puede obligarse a los medios a publicar avisos que vayan contra sus protocolos éticos dictados y aplicados con carácter general.
Por eso también es que muchos medios venían autolimitándose y se negaban a publicar avisos de oferta sexual.

EL OBJETO DEL DECRETO ES INCONSTITUCIONAL: LA PROSTITUCION ES UNA ACTIVIDAD TUTELADA CONSTITUCIONALMENTE

Como sostuvimos hace unos años en nuestro artículo “El derecho constitucional a prostituirse” no está prohibida la actividad comercial de intercambiar sexo por dinero.

Si la oferta de sexo la hace un hombre o una mujer adultos y libres (consentimiento) y la acepta otro adulto libre, no puede ser impedido este trato por el Estado.

Este acuerdo está dentro del principio constitucional de intimidad (artículo 19) ya que se trata de actos que no afectan a terceros.

Más aún: el artículo 14 CN establece el derecho a comerciar libremente, y a ejercer industria lícita (no reprimida penalmente).

No hablamos de la trata de personas, actividad repudiable y tipificada por el Código Penal, ni del proxenetismo.

Hablamos sencillamente de la prostitución, que no es una actividad punible ni punida.

Hablamos de una actividad que -pese a estar permitida- el decreto 936/2011 sugiere que no es lícita.

Hablamos de una actividad antiquísima, extendidísima, y que el decreto no regula, sino que se limita a esconderla bajo la alfombra.

Y, como siempre decimos, normas que serán objeto de burla en la conducta cotidiana de los ciudadanos, son normas que llevan al mayor desprestigio del derecho, y deben ser evitadas por el poder.

Pero además, la persecución de avisos que encubran la oferta sexual mediante ‘alusiones engañosas a actividades lícitas’, es de cumplimiento imposible, ya que no es fácil determinar a simple vista que quien ofrece animar una fiesta en verdad ofrece servicios sexuales, que, como ya adelantamos, no es una actividad ilícita.

En este punto señala Arballo que la carga de la prueba de la falsedad incumbe al Estado, y que si la actividad aparece como lícita (busco chicas para secretarias ejecutivas en Tinogasta) será muy difícil sancionar al medio que toma el aviso.

Así, el decreto, pretende modificar toda la regulación constitucional e infraconstitucional de la actividad convirtiendo en delito aquello que sólo podría considerarse pecado.

INCONSTITUCIONALIDAD POR IRRAZONABILIDAD

Como enseña el artículo 28, las reglamentaciones de los derechos deben establecerse razonablemente.

Uno de los ‘test de razonabilidad’ que han creado la doctrina y la jurisprudencia,

consiste en comprobar que los medios utilizados se adecuen a los fines perseguidos.
En este caso el decreto 936/2011 establece como finalidad
1- 'prevenir' el delito de trata de personas (tipificado en el artículo 145 bis del Código Penal)

2- la 'paulatina' eliminación de las formas de discriminación de las mujeres
1- Para evitar la trata de personas no hacía falta establecer la prohibición de avisos que la faciliten, ya estaban prohibidos, nadie puede publicitar un delito, ni publicar avisos buscando víctimas. Llama la atención que las estadísticas judiciales no muestran grandes acciones persecutorias que podrían hacerse con sólo leer los avisos que se publicaban. Es decir: no hacíamos nada para perseguir a quienes pedían 'chicas para wiskería' pero ahora hacemos algo: prohibimos su publicación. El medio en este caso es ineficaz y la norma redundante. También podrían dictar un decreto prohibiendo que se pidan u ofrezcan sicarios en los diarios como pasa en México…
Creo que hay más una confusión, o una generalización, por la que se considera que toda publicidad sexual implica trata.
Y además hay una brutal confesión de impotencia estatal.
2- Para eliminar la discriminación de la mujer, aunque sólo sea paulatinamente como todas las conquistas que implican modificación cultural, hay que apostar a la educación. Simplemente prohibir los avisos clasificados de oferta sexual no parece un medio muy eficaz para resolver este problema.
También llama la atención que no se analice ni prevea respecto a los hombres que brindan servicios sexuales tanto a hombres como a mujeres, ni se piense en dignificar también su rol cultural.

Y para mayor escarnio de la razonabilidad, debemos reconocer que los avisos clasificados en la prensa gráfica son la menor de las porciones en la torta publicitaria del comercio sexual. En Buenos Aires, y otras grandes ciudades, los 'volatineros' repartiendo publicidad son mucho más efectivos. Por no hablar de la oferta a través de internet…
Con respecto a los volantes que el Ministro Alak prometió controlar sin autorización normativa, reiteramos que no están incluidos en el decreto que sólo habla en sus considerandos de 'medios masivos' y en su texto de 'medios gráficos'.
Pero aquí Alak deslizó que la idea sería acudir a los jueces para que sancionen, así que… estamos igual que antes… y los fines (el pescado) sin vender…
En síntesis: la prohibición de avisos clasificados de índole sexual no parece ser un

medio adecuado a ninguno de los dos fines propuestos por la norma. Eso hace pensar en que sí es eficaz para fines que no se expresan. O en que es una medida meramente declamativa dirigida a quienes no quieren ver el pecado en los diarios. O simplemente en que los funcionarios redactores son poco eficientes.

LA WEB INALTERABLE

Si bien Alak prometió avanzar sobre las páginas web que ofrecen servicios sexuales, advertimos que las mismas tampoco están incluidas ni en los considerandos ni en el texto del decreto.

La estricta y escasa regulación normativa argentina sobre internet no permitiría al Gobierno interceptar publicaciones de cibernautas que ofrezcan servicios sexuales. Eso no quita que si se promueve o comete un delito a través de internet deben actuar los jueces penales, ubicar al emisor y aplicarle castigo.

Pero la mera publicación no puede ser impedida. Volvemos a la diferencia entre censura previa y responsabilidades delictuales posteriores.

Sería bueno que los jueces y los funcionarios releean la vasta jurisprudencia de la Corte Europea sobre libertad de expresión en internet, para que no seamos más chinos que los funcionarios pekineses.

LA CENSURA PREVIA

El artículo 14 de la Constitución Nacional garantiza el derecho a expresarse por la prensa sin censura previa. Por ende, si un usuario de medios quiere publicar un aviso ofreciendo servicios sexuales y acepta someterse a las responsabilidades ulteriores, el medio debería permitir la publicación.

No hay forma de justificar que se impida una publicación que no conlleva delito, siempre y cuando la persona se identifique claramente y acepte las responsabilidades que su conducta pueda acarrearle.

PREFERÍAMOS UN REGISTRO

Nos gustaba más la idea sugerida por Andrés Gil Domínguez consistente en que los medios que aceptasen avisos de índole sexual tuviesen que llevar un registro estricto de quiénes los publicaban, de modo de controlar la actividad, los fines de la publicidad, y enseriar el rubro.

De ese modo se lograban mejor aún los fines propuestos, y no se afectaba la Libertad de Expresión.

INCONSTITUCIONALIDAD DE CUALQUIER SANCIÓN DERIVADA DE ESTE DECRETO. NULLA POENA SINE LEGE
En nuestro sistema constitucional no puede haber un régimen sancionatorio (como bien apunta Andrés Gil Domínguez) por decreto, y toda restricción al derecho-llave de Libertad de Expresión debe estar claramente autorizada en la ley (formal del Congreso).
Gustavo Arballo adhiere a que no pueden aplicarse sanciones basadas en este decreto, porque la habilitación legal que él ve en la 26485 para restringir los avisos no alcanza para establecer sanciones por derivación.
Nunca puede el PEN establecer delitos, mucho menos so pretexto de reglamentación (salvo los discutidísimos casos de ley penal en blanco).
Y más teniendo en cuenta que a través de este decreto pretende penarse la prostitución que no está reprimida penalmente (se habla de 'otras actividades lícitas' sugiriendo que la prostitución no lo es). Ello es -por lo menos- un gravísimo error.

El decreto en su artículo 4 habla de sanciones. Pero lo único concreto es que se va a intimar al medio gráfico infractor. No surge qué sanción se aplicaría, y ello no podría ser establecido por la Autoridad de Aplicación (Ministerio de Justicia), ya que si no pueden crearse penas por decreto, mucho menos lo puede haber por resoluciones ministeriales...

POR UN STS (Sindicato Trabajadores de las Sábanas)
Creemos que la prostitución no puede seguir siendo ignorada por el derecho argentino.
Es menester que se tome el toro por sus ásperas astas y se piense en lo siguiente:
* Fomentar la agremiación
* Establecer un régimen de trabajo que permita controlar horas y días de labor, remuneración, formalización impositiva, beneficios previsionales, etc.
* Controles sanitarios y campañas de información y asistencia que eviten que sufran y difundan enfermedades de transmisión venérea
* Las legislaturas provinciales deben eliminar todas las normas de sus códigos de faltas que sancionan la prostitución que no afecte a terceros

EL PALACIO DE LA LIBERTAD
Y el gran problema de este tipo de normas es que no debemos permitir que se empiece con gotitas de agua normativas a horadar la piedra de las libertades civiles.
Como la Corte dijera en SOJO: *"El palladium de la libertad no es una ley suspendible*

en sus defectos, revocable según las conveniencias públicas del momento; el palladium de la libertad es la Constitución, ésa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal".

Lamentablemente, como descubrieron los norteamericanos con los atentados del 11-S, en épocas de crisis las ciudadanías están dispuestas a renunciar a porciones de libertad. Y luego, es dificilísimo recuperarlas.

Y si dejamos que los Gobiernos, aludiendo a motivos nobles, restrinjan las libertades, no sabemos dónde se termina.

Dijo el constitucionalista padre de Filadelfia, Alexander Hamilton:

"El principio fundamental del gobierno republicano, reconoce el derecho del pueblo a alterar o abolir la Constitución en vigor en todo caso en que llegue a la conclusión de que está en desacuerdo con su felicidad, sin embargo no sería legítimo deducir de este principio que los representantes del pueblo estarían autorizados por esa circunstancia para violar las prevenciones de la Constitución vigente cada vez que una afición pasajera dominara a una mayoría de sus electores en un sentido contrario a dichas disposiciones, o que los tribunales estarían más obligados a tolerar las infracciones cometidas en esta forma que las que procedieran únicamente de las maquinaciones del cuerpo representativo. Mientras el pueblo no haya anulado o cambiado la forma establecida, por medio de un acto solemne y legalmente autorizado, seguirá obligándolo tanto individual como colectivamente; y ninguna suposición con respecto a sus sentimientos, ni aun el conocimiento fehaciente de ellos, puede autorizar a sus representantes para apartarse de dicha forma previamente al acto que indicamos. Pero es fácil comprender que se necesitaría una firmeza poco común de parte de los jueces para que sigan cumpliendo con su deber como fieles guardianes de la Constitución, cuando las contravenciones a ella por el Legislativo hayan sido alentadas por la opinión de la mayor parte de la comunidad."

Es nuestro deber sostener las libertades que la Constitución reconoce, en todo tiempo, en toda circunstancia, y frente a cualquier cruzada moral o ideológica.

CONCLUSIÓN: EL AVESTRUZ ES LA PEOR PROSTITUTA

Normas que pretenden ocultar lo que existe, esconder la cabeza en la ignorancia, convertir en fantasmas a los hombres y mujeres que deambulan por las esquinas, son siempre negativas en una sociedad democrática madura.

El Estado no puede elegir un plan de vida para todos sus habitantes. Los argentinos quisimos ser libres, o morir con gloria (aunque fuera por una enfermedad venérea).

Claro que es mejor estudiar y ser profesional. Claro que es mejor aprender un oficio y trabajar en un taller. Claro que es mejor conseguir un empleo estable y asegurar el sostén de la familia. Claro que es mejor reservar el cuerpo para quien nos ama. Pero lo que puede ser pecado, no siempre es delito. Por eso la Constitución dice que esas acciones quedan reservadas a Dios y no pueden ser revisadas por los jueces.
Pero hay momentos en que el Estado se siente imbuido de valores y saberes que cree necesario imponer a los ciudadanos. Pero el Estado Constitucional de Derecho no puede sostener ideas morales que impliquen modificaciones a los planes de vida de sus ciudadanos, salvo que esos planes afecten a terceros y sean tipificados en el Código Penal.
Estamos convencidos de que invisibilizar la prostitución sólo colabora a la extensión de las redes mafiosas de trata y de protección política y policial, incrementando la desprotección de las trabajadoras independientes que viven de este trabajo por elección o porque no consiguen otro que les traiga los mismos beneficios.
A nosotros nos apena la prostitución, nos duele que haya gente que se vea necesitada de ejercerla. Pero la pena no nos puede llevar a ocultarlos, a perseguirlos. La conmiseración, la misericordia, conducen por otros derroteros, no por el de la sanción. Seguramente estas normas son más inspiradas por la vergüenza, la hipocresía y la impotencia, que por la piedad.
Nuestra Constitución quiso un país donde podamos elegir. Nosotros debemos defenderlo.
Así protegemos nuestras libertades, y las de nuestros hijos, y las de todos los que quieran habitar nuestro suelo, aunque sea para prostituirse…

NOTAS RELACIONADAS:
Derecho constitucional a prostituirse