

LA CLAUSURA DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE EXPLOTACIÓN SEXUAL COMO MEDIDA CAUTELAR

Federico José Iuspa
Martín Miguel Monedero

SUMARIO: I.- Introducción. - II.- Presentación del problema. III.- El fundamento jurídico para disponer la clausura. - Compromisos internacionales del estado argentino. - El funcionamiento de los establecimientos de explotación sexual como una flagrante infracción al art. 125 *bis* CP, a la ley 12.331, y al orden público de los contratos de locación. - El inmueble como instrumento del delito y la necesidad de adoptar medidas cautelares *desde el inicio* de las actuaciones. IV.- La conveniencia de disponer la clausura - La necesidad de dar un giro en la política de persecución de estos hechos: la afectación del núcleo económico. - La incontable proliferación de sumarios que se inician como consecuencia de que continúe el inmueble sin ser sometido a una clausura. - La clausura como medio para poner al propietario del inmueble en conocimiento de su uso ilegal. V.- ¿“Elementos de convicción suficientes” es “sospecha suficiente de indagatoria”? - El texto legal sobre las medidas cautelares en los C.P.P.N. y C.P.C.C.N. - Teoría general de las medidas cautelares (*fumus bonis iuris* y peligro en la demora). - Alguna jurisprudencia a favor y en contra de las clausuras. - La Resolución PGN 129/09 y el error de equiparar ambos estándares. VI.- La recurribilidad de una denegatoria de clausura - VII.- Conclusión. - Es conveniente y es ajustado a derecho disponer la clausura preventiva de los establecimientos de explotación sexual en procesos en donde se investiguen delitos de dicha naturaleza.

I.- Introducción

Las reformas que se han llevado a cabo en materia de delitos vinculados con la explotación sexual, con la sanción de las leyes 26.364¹ y 26.842², en donde

¹ Publicada en el Boletín Oficial en fecha 30/04/2008.

² Publicada en el Boletín Oficial en fecha 27/12/2012.

entre otras cuestiones de importancia que exceden el objeto de este trabajo³, se modifican sustancialmente los artículos 125 bis⁴, 126⁵, y 127⁶ del Código Penal, como así también el artículo 23 del mismo texto⁷, traen a colación una cuestión que, si bien es cierto que no es en rigor de verdad actual, sí aparece como relativamente novedosa en el ámbito de la justicia de instrucción, que es aquella que ha tomado intervención más asiduamente en materia de los delitos antes señalados a partir de la sanción de las referidas leyes. En todo nuevo turno en los que les toca intervenir a cada fiscalía y juzgado de

³ Ambas leyes se refieren, principalmente, al delito de trata de personas con fines de explotación en sus diversas modalidades, esto es, con el objeto de explotación sexual, laboral, para la extracción ilícita de órganos o tejidos humanos, y/o para el sometimiento de una persona a la servidumbre o a condiciones de esclavitud. También las nuevas leyes determinan cuál es el alcance y concepto de la *explotación sexual* (art. 4 inciso "c" de la ley 23.364) y se incorporan y contemplan expresamente una gama diversa de derechos de las víctimas de este tipo de delitos (arts. 6, 7, 8, y 9 de la ley 23.364).

⁴ Art. 21 de la ley 26.842, que sustituye el antiguo artículo 125 bis del C.P. y ha quedado redactado de la siguiente manera "*El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediare el consentimiento de la víctima*".

⁵ Art. 22 de la ley 26.842, que sustituye el anterior artículo 126 del C.P. y que señala "*En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias: 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. 2. El autor fuera ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o guarda de la víctima. 3. El autor fuera funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión*".

⁶ Art. 23 de la ley 26.842, que sustituye el anterior artículo 127 del C.P. por el siguiente "*Será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima. La pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias: 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. 2. El autor fuera ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o guarda de la víctima. 3. El autor fuera funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión*".

⁷ Art. 20 de la ley 26.842, que ampliando la redacción originaria del artículo 23 del C.P. en materia de decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y/o de las cosas o ganancias que son producto o provecho del delito, para los supuestos en que exista condena, sustituye el anterior sexto párrafo de dicho artículo por el siguiente "*En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 125, 125 bis, 127, 140, 142 bis, 145 bis, 145 ter, y 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad u objeto de explotación. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima*".

instrucción a partir de la sanción de la ley 26.842, las fuerzas de seguridad (principalmente las seccionales policiales) realizan sus consultas judiciales y remiten luego los sumarios iniciados al ámbito de esos operadores del servicio de justicia. Y así sucede, porque no se puede descartar de plano, al comienzo mismo de los hechos, que éstos no constituyan únicamente una infracción a la ley 12.331 de profilaxis antivenérea⁸.

Nos referimos puntualmente a las clausuras, a modo de medida cautelar, de aquellos establecimientos de explotación sexual. Inmuebles en donde funcionan los llamados “departamentos privados” o “casas de tolerancia”, que son, para ponerlo en términos bien concretos, meros eufemismos para denominar a aquellos sitios a los que usualmente se conoce como prostíbulos, dadas las características que estos lugares mayormente presentan y que se revelan cada vez que un nuevo allanamiento se realiza en ellos.

Estos sitios se caracterizan por estar compuestos por distintas mujeres, en números que varían entre dos y diez; procedentes en muchas ocasiones de distintos lugares del país o incluso del extranjero; las más de las veces se trata de mujeres de escasos recursos económicos y por ende de mayor

⁸ Haciendo un breve repaso, esta ley fue publicada en el Boletín Oficial el 11 de enero de 1937. Dos son los temas sobre los que versa: el examen prenupcial obligatorio y la profilaxis antivenérea. Esta última, que es la que guarda relación con la temática de estas líneas, es abordada por la ley 12.331 a partir de su artículo 15, que establece, ya a modo de marco comprensivo, que “*Queda prohibido en toda la República el establecimiento de casas o locales en donde se ejerza la prostitución, o se incite a ella*”, y luego en su artículo 17, que dice “*Los que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente, casas de tolerancia, serán castigados con una multa de doce mil quinientos pesos (\$ 12.500) a ciento veinticinco mil pesos (\$ 125.000). En caso de reincidencia, sufrirán prisión de uno (1) a tres (3) años, la que no podrá aplicarse en calidad de condicional. Si fueren ciudadanos por naturalización la pena tendrá la accesoria de pérdida de la carta de ciudadanía y expulsión del país una vez cumplida la condena, expulsión que se aplicará, asimismo, si el penado fuere extranjero*” (la redacción del texto es según la ley 23.077, y los montos de las multas actualizados según la ley 24.286). Debe señalarse también sobre esta ley que recientemente, a partir de una interpretación evolutiva y dinámica en consonancia con las reformas legislativas que se han venido realizando en materia de trata de personas, la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires, por intermedio de su tribunal de casación, ha resuelto que estos artículos 15 y 17 de la ley 12.331 constituyen más que un mero daño a la salud pública (tal era el bien jurídico originariamente protegido), sino también, precisamente, se pretende evitar la trata de personas y se protege la dignidad humana (Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, Sala VI, C/Nº 60.107 “*B.R.O. S/ recurso de casación interpuesto por fiscal general*” del 31/3/2014).

vulnerabilidad; se constata también la presencia de una persona (generalmente una mujer) que se encarga de manejar el lugar en lo diario y cotidiano (otorga turnos, recibe a los clientes, oficia de presentadora de las otras mujeres que hay en el lugar, y recibe el cobro, asentándolo en algún cuaderno o agenda y conocido comúnmente como “pase”); se advierte también la imposibilidad de las personas que allí trabajan de rechazar o poder escoger al cliente con el cual realizar el “pase”; como así a veces también pueden encontrarse uno o dos individuos encargados de brindar “seguridad”, u oficiar de “porteros” además de aquél otro rol, a veces de manera indistinta; y en otras ocasiones puede constatarse la existencia de un organizador o administrador, que usualmente no se encuentra en el lugar.

Para poder abordar adecuadamente la problemática que esta cuestión conlleva, previamente, creemos, debe tomarse conciencia y comprenderse correctamente el contexto en que la decisión debe ser tomada, y la importancia de combatir los delitos de explotación sexual con la especificidad y profesionalidad con la que se les debe hacer frente, ya que por tratarse muchas veces de nuevas manifestaciones del crimen organizado, no pueden ser sorteadas con la respuesta penal clásica, sino que hace falta valorar el rol que cumplen los actores del fenómeno, los medios de los que se valen y, sobre la base de todo ello, la forma más eficaz de llevar adelante la instrucción de este tipo de causas.

II.- Presentación del problema

Realizada la denuncia sobre la existencia de un “departamento privado”, una “casa de tolerancia”, o un prostíbulo, y efectuadas las primeras medidas de prueba tendientes a su constatación, como por ejemplo la comprobación a través de avisos en internet de la oferta de sexo en dicho lugar, o la realización de medidas de averiguación por parte de algún área

especializada de una fuerza de seguridad, suele de ordinario llevarse a cabo un registro sobre dicho lugar, no sólo tendiente a determinar su efectivo funcionamiento sino también a establecer quiénes serían las víctimas del delito, quiénes cumplen algún rol jerárquico en la organización criminal, si existen o no en el sitio elementos que acrediten el destino dado al inmueble (volantes de oferta sexual, cantidad de preservativos, objetos con alguna connotación erótica) como así también otros que den detalles sobre cómo funcionaba (anotaciones de “pases”, turnos, contrato de locación y/o facturas de servicios).

Y una vez realizado ese allanamiento se presenta el problema materia de este artículo, que es el destino inmediato que corresponde darle al inmueble en donde se llevaba a cabo la explotación sexual: se dispone su clausura o se le restituye a quien detentaba su posesión?.

III.- El fundamento jurídico para disponer la clausura

Los Compromisos internacionales del estado argentino

Aparte de nuestras leyes nacionales, punto sobre el cual nos explayaremos más adelante, la República Argentina ha firmado distintos tratados vinculados con la temática que poseen jerarquía constitucional por aplicación del inciso 22 del artículo 75 de nuestra Constitución Nacional.

Entre éstos se encuentra el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena⁹, que en su artículo 1 dispone que las partes se comprometen a castigar a toda persona que *“para satisfacer las pasiones de otra: 1) Concertare la prostitución de otra persona, la indujere a la prostitución o la corrompiere con el objeto de prostituirla, aun*

⁹ Ratificado por Decreto-Ley 11.925 del 30 de septiembre de 1957, y posteriormente por las leyes 14.467 y 15.768.

con el consentimiento de tal persona; 2) Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona”.

Asimismo, en el artículo 2 las partes acuerdan penar a quien *“1) Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento; 2) Diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena”.*

Del mismo modo, contamos con la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas¹⁰, que en su artículo 6 establece que *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer”.*

Esto debe quedar perfectamente claro porque resulta esencial para la correcta comprensión del tema: a raíz de los compromisos asumidos por el Estado, el Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal tienen la obligación de, puestos delante de una situación en la que se adviertan los casos enunciados, cumplir con los acuerdos internacionales según las leyes locales lo hayan reglamentado. Por tal motivo, los tratados no admiten duda en cuanto a que el compromiso de penalizar tales conductas es ineludible, y la clausura preventiva, cuando existan elementos de prueba que así lo justifiquen, es uno de los medios para garantizar el cumplimiento de la posible sentencia condenatoria posterior. Dicho de manera más sencilla: podrá discutirse cómo mejorar nuestras leyes 26.364, 26.842, y otras vinculadas, pero no en una dirección que contradiga todos los compromisos asumidos por el estado argentino en los convenios citados.

¹⁰ Mediante la Resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979, suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980, y ratificada posteriormente por la ley 23.179 y publicada en el Boletín Oficial el 3 de junio del año 1985.

El funcionamiento de los establecimientos de explotación sexual como una flagrante infracción al art. 125 bis CP, a la ley 12.331, y al orden público de los contratos de locación

La ley 26.364 dio el primer gran paso en rumbo de reglamentar la obligación internacional asumida, ya que configuró penalmente el delito de trata de personas. Sin embargo, el salto final –a toda luz necesario– fue dado por la ley 26.842, ya que a través de ella se modificaron los tipos penales de todos los delitos de explotación sexual y, fundamentalmente, se le quitó toda relevancia jurídica al consentimiento de la víctima. Como consecuencia de ello, pasaron a tramitar bajo la órbita de la justicia de instrucción muchísimos expedientes generados a partir de la constatación de lugares organizados en los que se ejerce la prostitución y la mujer dice prestar su consentimiento, pero aún no se ha comprobado ningún indicador de la comisión del delito de trata de personas.

Dichos establecimientos, esos prostíbulos, esas “casas de tolerancia”, o “departamentos privados” que no son otra cosa que un maquillaje para definir al primero, no sólo importan la comisión del delito previsto en el artículo 125 bis del C.P. y, normalmente, también el normado por el artículo 127 del C.P., sino que además implican una violación grave al contrato de locación (que no puede tener por objeto actos ilícitos según lo estipulan los artículos 21, 953, 1554 y 1559 del Código Civil) y una actividad impedida por la normativa de nuestra República, que en la ley 12.331 dispuso prohibir las casas de tolerancia o locales en donde se ejerza la prostitución o se incite a ella (art. 15) y penalizar a aquellos que sostengan, administren o regenteen, ostensibles o encubiertamente casas de tolerancia (art. 17).

Por tanto, la clausura del establecimiento como medida cautelar deviene triplemente procedente: para evitar la infracción al Código Civil, para impedir el uso ilegal del inmueble en infracción a la ley 12.331 y para hacer cesar la comisión de los delitos mencionados.

El inmueble como instrumento del delito y la necesidad de adoptar medidas cautelares *desde el inicio de las actuaciones*

Recordemos, como ya se mencionó en la introducción de este trabajo, que a la hora de sancionar la ley 26.842 se modificó también el sexto párrafo del artículo 23 del C.P., con una intención más que clara, que surge en la formulación hecha por el Diputado Albrieu, informante del proyecto, el día de su sanción: “...*Por otro lado, el proyecto que hoy estamos discutiendo prevé el decomiso de los bienes muebles o inmuebles en los que se mantuviera en cautiverio a la víctima o siendo objeto de explotación. Se trata de una medida reclamada por muchas de las organizaciones de la sociedad civil que se acercaron a dar su opinión...*”¹¹.

Interpretando tal disposición en armonía con el noveno párrafo del mismo artículo, vemos que el Código faculta al juez a adoptar “*desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, (...) y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer*”.

Nótese que el Código Penal dice explícitamente que en la investigación del delito de promoción o facilitación de la prostitución queda comprendido entre los bienes a decomisar el inmueble donde se produce la explotación sexual –disposición que incumbe al juez que dicte la sentencia–, y a la par de eso faculta al juez a adoptar las medidas cautelares que hicieran falta para garantizar ese futuro decomiso –disposición que incumbe al juez de la instrucción–.

Pero además de todo ello, el mismo artículo 23 del C.P., en su último párrafo, extiende –por obra de la ley 25.815– la disposición a aquellas “*medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a*

¹¹ Versión taquigráfica de la sesión del 19/12/12, según el sitio oficial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes”.

Disponer entonces la clausura preventiva del sitio en donde se produce la explotación sexual no es otra cosa que adoptar la medida cautelar idónea para hacer cesar la comisión del delito tipificado en el art. 125 bis del C.P., de la ley 12.331, y el objeto ilícito del contrato de locación si lo hubiere.

IV.- La conveniencia de disponer la clausura

Además de los fundamentos de orden jurídico que hasta recién hicimos referencia, tres son las razones de orden práctico que tornan conveniente la clausura del inmueble en donde se lleva a cabo la explotación sexual: la necesidad de dar un giro en la política de persecución de esta clase de hechos, mediante la afectación del núcleo económico de la explotación; evitar la incontable proliferación de sumarios que se inician como consecuencia de que continúe el inmueble sin ser sometido a clausura; y finalmente, la clausura del inmueble sirve para poner de forma indubitable en conocimiento de su propietario sobre el uso ilegal que se le daba a éste.

La necesidad de dar un giro en la política de persecución de estos hechos. La afectación del núcleo económico:

En un contexto de organizaciones criminales que administran numerosos departamentos privados, en los cuales van rotando constantemente las víctimas que allí se encuentran, la encargada de cada sitio va variando, los problemas con la ley y los conflictos con los propietarios de los inmuebles van suscitando que cierren unos y abran otros nuevos; en este contexto, decimos, los verdaderos autores de estos delitos, quienes lideran estas organizaciones criminales, están tan bien escondidos detrás de una gran cantidad de mantos (nombres falsos de titulares de servicios, contratos falsos, apodos, direcciones inventadas) que la respuesta penal clásica, que se

funda en la responsabilidad de una persona y la pena de prisión contra ella, si bien no deja de ser útil y necesaria, no alcanza para revertir el fenómeno.

Es necesario que se dé un vuelco en la forma que se tiene de enfrentar esta criminalidad compleja y –sin renunciar a la ardua tarea de correr esos velos y llegar hasta el verdadero autor para aplicarle la sanción penal– se adopten con celeridad y desde el principio las medidas que, si bien no llevan a la detención y condena del responsable de un delito, contribuyen a desbaratar o al menos obstaculizar la organización criminal, detener el curso del delito e impedir que sus efectos sigan salpicando a las víctimas.

Todo esto se encuentra, por supuesto, íntimamente vinculado con la adopción de medidas cautelares al principio del proceso –clausurar inmuebles donde se perpetra la explotación sexual de personas– pero también se dirige a lograr el posterior decomiso de esos bienes y de todos los que hayan servido como instrumento del delito o hayan sido su producto; tema que merece una reflexión aparte y que, lamentablemente por su extensión y profundidad, no puede ser abordado en este resumen.

Son esclarecedoras las palabras del anterior Procurador General de la Nación en el marco de la Resolución PGN n° 99/09¹²: *“resulta imperioso realizar un giro en la política de persecución de este tipo de hechos, a efectos de atacar el núcleo económico de las organizaciones criminales que lo sustentan, siguiendo la pista económica del negocio”* aclarando posteriormente que, en el caso de la promoción, facilitación o explotación de la prostitución ajena, *“cabrá interpretar al inmueble que le sirve de espacio para el desarrollo de la actividad criminal como instrumento de ella; y en algunos casos, también, como beneficio de la actividad (...) En resumen, la explotación sexual no puede pensarse dissociada del beneficio económico de quienes participan de ella en cualquier etapa del proceso y por ello la investigación penal tampoco debe descuidar el aspecto económico del delito”*.

¹² Del 24 de agosto de 2009.

Estos argumentos esbozados en el año 2009 fueron los que motivaron, entre otros, a la hora de sancionar la ley 26.842, la modificación del artículo 23 C.P. en su sexto párrafo¹³.

O en las palabras del Director Nacional del Registro de Bienes Secuestrados y Decomisados durante el proceso penal: *“Las penas tradicionales, tales como la pena privativa de la libertad y la de la multa, no son muy eficaces contra las acciones del crimen organizado, y un complemento esencial de ellas es actuar contra sus bienes (y no sólo contra las personas)”*¹⁴.

La incontable proliferación de sumarios que se inician como consecuencia de que continúe el inmueble sin ser sometido a una clausura

Los sistemas de registro de expedientes que hoy existen en el ámbito del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público Fiscal y sus diferentes variables de búsqueda de datos, demuestran que con el paso de los meses, o incluso años, un mismo inmueble genera distintos expedientes siempre por el mismo motivo. Y eso sucede porque el departamento es sometido a un allanamiento, pero casi invariablemente de inmediato, o pocos días después a lo sumo, vuelve a funcionar. En una mayoría de casos, cuando se recibe una denuncia por un “departamento privado”, ya hubo alguna actuación judicial anterior; generalmente varias.

Por eso aquí encontramos un motivo más para disponer su clausura: porque si no la casa de prostitución seguirá funcionando; los vecinos harán nuevas denuncias; las fuerzas de seguridad iniciarán nuevas actuaciones; seguirán existiendo los conocidos volantes en la vía pública; y todo esto provocará una incontable proliferación de sumarios policiales, actuaciones administrativas, causas correccionales, federales, criminales, a veces con

¹³ Ver nota al pie N° 7.

¹⁴ Barbier, Nicolás Francisco, *“Recupero de activos de origen ilícito: Un nuevo desafío para el derecho argentino”* (artículo publicado en www.infojus.gob.ar (id infojus DACF130167)).

pocos días de diferencia una de la otra, repitiendo idénticas tareas de investigación, pedidos de informes, y efectuando nuevos allanamientos, y todo con exactamente el mismo objeto procesal, y el dispendio de recursos humanos y materiales que evidentemente esto genera.

Todo esto se impide con la clausura y la verificación de su efectivo cumplimiento (muchas veces se ha podido comprobar la violación de la clausura en que incurren los ocupantes), y se evitan asimismo las contiendas de competencia que muchas veces tienen lugar y que siempre redundan en una demora de la investigación, en una lamentable difusión de las pruebas y, paradójicamente, en el surgimiento de más causas iniciadas durante el tiempo que demanda la resolución de éstas.

La clausura como medio para poner al propietario del inmueble en conocimiento de su uso ilegal

Finalmente, resulta conveniente la clausura porque es un recurso más para que el propietario del inmueble donde se produce la explotación sexual tome conocimiento de dicha actividad. La eventual responsabilidad penal del propietario y su conocimiento respecto del funcionamiento del “departamento privado” son temas que merecen una extensión particular que excede también el marco de este trabajo, pues versa en definitiva sobre distintas consideraciones de prueba que pueden existir en un expediente, pero en lo que aquí interesa no podemos dejar de señalar que si al momento del allanamiento el propietario no sabía nada del uso ilegítimo que se le daba al inmueble transgrediendo el objeto de la locación, clausurar el departamento implica, las más de las veces sino todas, que tome inmediata noticia y se resuelva el contrato.

Esto en nada obsta, por supuesto, a que luego, en este caso puntual en donde el propietario del inmueble desconocía que se estaba contraviniendo el

objeto del contrato locativo, la clausura pueda ser levantada y el departamento eventualmente le sea entregado¹⁵.

V.- ¿“Elementos de convicción suficientes” es “sospecha suficiente de indagatoria”?

Nuestro código procesal penal dispone que una medida cautelar podrá ser dispuesta, si bien con carácter excepcional, antes que sea dictado un auto de procesamiento, cuando hubiere peligro en la demora y elementos de convicción suficientes que justifiquen su imposición.

A raíz de ello se han ensayado diversas teorías sobre cuál debe ser el criterio para medir el peso que deben tener esos “elementos de convicción” para poder ser considerados “suficientes” en los términos citados. Y de cómo se interprete este punto se siguen consecuencias muy diversas, como se explicará.

El texto legal sobre medidas cautelares en los códigos de procedimiento penal, y civil y comercial:

Conviene recordar el texto legal del Código Procesal Penal de la Nación, como así también el del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que resulta de aplicación supletoria.

El artículo 518 del C.P.P.N. dice que *“Al dictar el auto de procesamiento, el juez ordenará el embargo de bienes del imputado o, en su caso, del civilmente demandado, en cantidad suficiente para garantizar la pena pecuniaria, la indemnización civil y las costas. Si el imputado o el civilmente demandado no*

¹⁵ Y Así correspondería asimismo porque *“los instrumentos del delito cuyo decomiso ordena el artículo 23 C. Penal (...) son fundamentalmente (...) todos aquellos utilizados como medios para la tentativa o la consumación del delito (...) quedando excluido el decomiso de los instrumentos del delito pertenecientes a un tercero no responsable”* (Romero Villanueva, Horacio, *“Código Penal de la Nación y Legislación complementaria anotados con jurisprudencia”*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 79).

tuvieren bienes, o lo embargado fuere insuficiente, se podrá decretar su inhibición. Sin embargo, las medidas cautelares podrán dictarse antes del auto de procesamiento, cuando hubiere peligro en la demora y elementos de convicción suficientes que las justifiquen”.

Y debe prestarse especial atención el sitio del código procesal en el cual ha sido redactado, porque justamente eso fija su finalidad: ha sido incorporado dentro del Título III dedicado a la ejecución civil, y puntualmente dentro del Capítulo I que hace alusión a las condenas pecuniarias.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dentro del Título IV, Capítulo III dedicado a las medidas cautelares, establece en su artículo 230 que *“Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio siempre que: 1) El derecho fuere verosímil. 2) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible. 3) La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria”*, mientras que en su artículo 232, dentro de las medidas cautelares de carácter genérico, señala *“Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”*.

Teoría general de las medidas cautelares (*fumus bonis iuris* y peligro en la demora)

Como se sabe, la clausura de un inmueble no es otra cosa que una medida cautelar, y como tal no escapa a la teoría ordinaria de las medidas cautelares que ha sido desarrollada por el derecho procesal en general.

En esa tesitura, Calamandrei señala que éstas *“representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la celeridad y la ponderación. Es decir, entre hacer las cosas pronto, pero mal, y hacerlas bien, pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de la justicia intrínseca de la providencia se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario”*¹⁶.

Toda medida cautelar consta de dos requisitos esenciales: la verosimilitud en el derecho (*fumus bonis iuris* o “humo de buen derecho”) y el peligro en la demora. Así lo requieren como vimos el artículo 230 del C.P.C.C.N. y el artículo 518 del C.P.P.N., aunque este último, sobre ese primer requisito, hace alusión a que deben existir elementos de convicción suficientes.

Respecto al peligro en la demora existe acuerdo general en que la extensión en el tiempo del proceso penal es un aplazamiento tal que justifica la adopción de medidas cautelares, y por eso éstas existen, bien que con carácter excepcional. En los casos bajo estudio no es difícil advertir que si se espera a la sentencia de condena para cerrar un prostíbulo, no sólo no se estaría evitando hacer cesar los efectos del delito, o tornar eventualmente ilusorias las posibles responsabilidades pecuniarias, sino que además el estado podría volverse, de alguna manera, un silencioso cómplice de una explotación sexual ampliamente extendida en el tiempo.

En cuanto a los riesgos de la no imposición de una medida cautelar en tiempo oportuno se pronuncian Morello y Vallefín al decir *“...el gravamen que se sufre o se podría sufrir como consecuencia de la medida que se cuestiona, resultará de difícil o imposible reparación. O sea que a la postre y en caso de una sentencia estimatoria, el reconocimiento obtenido consistirá en un*

¹⁶ Calamandrei, Piero, *“Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”*, traducción de S. Sentis Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, págs. 43 y 44; citado por Monserrat Abad Castelos en *“El Tribunal Internacional de Justicia y la protección cautelar de los derechos de los estados”*, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, pág. 31.

*derecho ilusorio*¹⁷, de modo que queda claro que extender demasiado la averiguación de la materia de fondo desnaturalizaría el objeto de la medida cautelar. La jurisprudencia ha expresamente señalado sobre este aspecto que “*El proceso cautelar tiene por finalidad asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso.....*” (Fallos C.S.J.N. 314:711 “*Nación Argentina (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) c/ Provincia de Río Negro*”).

Este mismo precedente se encarga de abordar también la cuestión inherente a la verosimilitud en el derecho, al expresar “*...La fundabilidad de la pretensión no debe depender de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de la mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido...*”, y en este mismo sentido señalando que el dictado de medidas precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, también se pronunció nuestro máximo tribunal en Fallos C.S.J.N. 317:978, la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata al decir que “*...La verosimilitud en el derecho se afirma con la mera apariencia de su existencia, sin exigirse la demostración de un derecho cierto, líquido y consolidado, sino tan sólo probable y aún dudoso...*” (C. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, “*Pérez Panizo, Hugo C/ Bonanza S.A. S/ rendición de cuentas*”), la Cámara Nacional en lo Civil “*...para decretarlas no se requiere una prueba acabada de la verosimilitud del derecho invocado en el principal -extremo que sólo puede ser alcanzado al momento de la sentencia-, ni es menester un examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, bastando que a través de un estudio prudentemente apropiado al estado del trámite sea dado percibir el fumus bonis iuris del peticionario...*” (C.N. Civ., Sala “B”, “*Guerriero, Juan Roberto y otro C/ Mutual Rivadavia de Seguros de Transporte Público de Pasajeros S/*

¹⁷ Morello, Augusto, y Vallefin, Carlos, en “*El amparo. Régimen Procesal*”, Librería Editora Platense, quinta edición, año 2007, pág. 177.

art. 250 C.P.C.”), y la misma alzada al expresar “...obedecen a la necesidad de amparar un derecho que todavía no es cierto, líquido o consolidado, sino tan sólo probable, las medidas de esta índole no exigen como recaudo de admisibilidad la prueba terminante del derecho invocado...” (C.N. Civ., Sala “G” “Loiácono, Viviana Mónica C/ Activa Salud”), entre otros tantos.

Alguna jurisprudencia a favor y en contra de las clausuras

Yendo concretamente a los argumentos que se utilizan para sustentar una u otra postura, en la mayoría de las ocasiones en donde se dispone no hacer lugar a los pedidos de clausura preventiva se señala que se trata de medidas cautelares y, como tales, su dictado debe darse junto al auto de procesamiento o, excepcionalmente, previo a éste si existiere peligro en la demora pero existiese estado de sospecha suficiente sobre alguna persona, más no cuando no existe aún un imputado individualizado y no se ha convocado a declaración indagatoria (C.C.C., Sala V, C/Nº 8.416/2014/CA1 “Dawidson, Magnolia Alba S/ promover la prostitución” del 6/5/14).

También se ha invocado como razones propicias para no disponer la clausura, la falta de determinación de alguno de los requisitos para la configuración del tipo penal. Por ejemplo, el no saber desde dónde y/o quién maneja el lugar, o cuál es la ganancia dineraria que se obtiene, o que la circunstancia de que se ejerza la prostitución no implica necesariamente la comprobación de una eventual infracción al artículo 125 bis del C.P.

Por el contrario, a favor de su imposición se ha expresado que el llamado a prestar declaración en los términos del artículo 294 del C.P.P.N. no es requisito indispensable para el dictado de una medida cautelar, de modo excepcional, en el proceso penal, pues lo que corresponde determinar es si se ha conformado un marco probatorio objetivo que le otorgue sustento a la solicitud de clausura (C.C.C., Sala V, C/Nº 65.680/2013/CA1 “N.N. S/ infracción ley 12.331” del 2/6/14, con citas de misma sala, C/Nº 38.814

“Sánchez Molina, Juan Julián” del 30/3/2010 y de C/Nº 26.849 de la Sala I “Zambón, María Luisa” del 27/10/05). Este último fallo puntualmente señala que “Si bien los estándares de probabilidad requeridos por la última parte del art. 518 del C.P.P.N. (“elementos de convicción suficientes”), y por el inc. 1º del art. 230 del C.P.C.C. (“verosimilitud del derecho”), son asimilables al exigido por el art. 294 (“motivo bastante para sospechar”), el formal llamado a prestar declaración indagatoria no es requisito indispensable para el dictado de una medida precautoria en el proceso penal”.

Más específicamente ya, fijando estándares sobre la verosimilitud en el derecho, se ha dicho *“...se observa que en el registro domiciliario dispuesto en la finca...ha arrojado indicios que hacen sospechar la presunta comisión de un delito relacionado a la explotación sexual de las cuatro mujeres que fueron identificadas en el lugar –entre ellas se verificó la presencia de una de nacionalidad extranjera-, y que podrían resultar víctimas del comercio sexual por parte de terceros...Asimismo, las tareas de inteligencia desarrolladas previamente habían determinado la existencia de elementos relacionados a la presunta comisión de un ilícito, pues se obtuvieron folletos y volantes de oferta sexual y se contaba con el testimonio de una persona que confirmó haber abonado una suma de dinero por mantener una relación sexual en el lugar; todo lo cual, a nuestro entender, reúne el estándar de verosimilitud en el derecho invocado por la fiscalía, y del peligro en la demora, los que se advierten en el sub examen y justifican las medidas solicitadas...En consecuencia, debe revocarse la resolución recurrida, a fin de que la magistrada de origen ordene en torno a la finca citada su clausura preventiva, inhabilitación, la no restitución y afectación al decomiso (art. 23 C.P.) ...”* (C.C.C., Sala I, C/Nº 7.288/2014/CA2 *“N.N. (ocupantes de Sarmiento 3278) S/ medidas cautelares”* del 13/8/14).

La Resolución PGN 129/09 y el error de equiparar ambos estándares

Vemos que la discusión radica principalmente en determinar cuál será el patrón probatorio que nos permitirá considerar que para el dictado de una medida cautelar existen “elementos de convicción suficientes”, y asimismo, si este concepto es similar al estado de sospecha para convocar a una declaración indagatoria con la que, creemos que equivocadamente, ha sido en algunos casos igualado.

La Resolución PGN N° 129/09¹⁸ estableció en sus consideraciones que “...un monitoreo de lo obrado hasta ahora por los operadores judiciales y un recorrido por diversa jurisprudencia penal, lleva al suscripto a concluir que existe una errónea convicción general de que las medidas cautelares sólo resultan procedentes cuando media el dictado de un auto de procesamiento o, por lo menos, el llamado a prestar declaración indagatoria. Empero, en sentido contrario a esa creencia, puede afirmarse que no existe en nuestro orden legal ninguna limitación en tal sentido. Ello es así pues, aun cuando el artículo 518 del código de forma se refiere al embargo o a la inhibición como medidas que el juez debe adoptar al momento de disponer el procesamiento del imputado, también prevé la posibilidad de que ellas sean adoptadas con anterioridad a esa etapa si el magistrado cuenta con ‘elementos de convicción suficientes’”.

Queda claro de este modo entonces que, aun cuando la individualización del autor o autores no se hubiere conseguido, igual procederían las medidas cautelares. De acuerdo a los principios generales que rigen la materia, lo que se requiere a fin de cuentas es verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, y no otro requisito.

¹⁸ De fecha 6 de octubre del año 2009. Esta resolución versa sobre la necesidad de promover la adopción de medidas cautelares en el proceso penal tendientes a asegurar el recupero de activos de origen delictivo, y la necesidad de generar criterios de actuación para elevar el nivel de eficiencia en la investigación de los casos de corrupción.

Y de esta manera podemos colegir, de acuerdo a una interpretación armónica de la normativa, que la alusión a los “elementos de convicción suficientes” debe ser equiparable o entendida como “verosimilitud en el derecho”, pero nunca como “sospecha suficiente para indagatoria”.

La circunstancia de que exista esa sospecha sobre la comisión de delito no requiere necesariamente que la persona sobre la que recae esté absolutamente identificada. Cuando se equipara la “verosimilitud en el derecho” de la medida cautelar con la “sospecha suficiente” de la indagatoria, debe entenderse que lo que se busca es garantizar la verosimilitud de la acusación, es decir, que los elementos de prueba obtenidos hasta el momento sean suficientes como para convocar a indagatoria a posibles autores, o dicho de otro modo, sospecha suficiente de la comisión de un delito. Si dichos autores se conocen con nombre y apellido o sólo se conoce su rol o función (el dueño o locatario del departamento, o quien maneja la línea telefónica, o quien gerencia el lugar), son distinciones que hacen a la profundización de la pesquisa pero que no pueden obstar al dictado de una medida cautelar.

La Resolución PGN 129/09 afirma que si el efecto de la decisión judicial está constituido por una razonable restricción al derecho de propiedad, los criterios en base a los cuales se deben tomar medidas tendientes a inmovilizar los bienes deberán partir, fundamentalmente, de no tornar ilusoria o meramente declarativa de ejecución de una eventual expresión jurisdiccional definitiva que ordene el decomiso o el resarcimiento civil, lo que va a depender de que el juez y el fiscal actúen en tiempo oportuno.

Y concluye “...En consecuencia, no hay motivos para sostener que el estándar probatorio requerido para que proceda una medida cautelar en el proceso penal sea idéntico al requerido para la convocatoria del artículo 294 del código de forma o para el dictado de un auto inculpativo...”.

Tal como salta a la vista, una decisión de ese tipo busca hacer cesar la comisión del delito, y para ello no hace falta haber construido una imputación completa (como sí sería necesario para procesar a una persona) sino simplemente tener reunidos elementos de convicción que, prima facie, indiquen que allí se comete el ilícito. Yendo a ejemplos concretos: si con el allanamiento se encontró a las víctimas manteniendo relaciones sexuales con ocasionales clientes, se secuestró una gran cantidad de preservativos y objetos de connotación erótica y volantes de oferta sexual, todo ello ya es suficiente para tener por acreditado, provisoriamente, que el sitio funciona como una casa de tolerancia, y para más adelante en la pesquisa quedará la determinación de los autores, modalidad operativa, víctimas, precio de pases, etcétera.

VI.- La recurribilidad de una denegatoria de clausura

La resolución que dispone denegar un pedido de clausura puede ser recurrida a través del recurso de reposición y el de apelación subsidiaria, contenidos por los artículos 446 y ss. y 449 y ss. del C.P.P.N.

El primero de ellos, pese a la opinión negativa que suele encontrarse, lo entendemos viable si consideramos que su objetivo principal es lograr que el mismo órgano judicial que dictó una resolución la revoque, a partir del error de juicio o actividad en el que se incurrió. Encuentra su esencia en la celeridad que debe regir un proceso y en su economía procesal, cuestiones éstas que resultan centrales cuando se trata de medidas cautelares, pues uno de los requisitos de procedencia de éstas es el peligro en la demora, aspecto que puede verse sensiblemente afectado con el trámite correspondiente al recurso de apelación y la consecuente remisión del expediente a la cámara de apelaciones.

Resulta acertado de cualquier manera interponer subsidiariamente el recurso de apelación. Éste es admisible pues aún cuando la resolución que

niega ordenar la clausura no es de aquellas que son expresamente declaradas como apelables tal como lo establece el artículo 449 del C.P.P.N., sí en cambio causa un gravamen irreparable en los términos del citado artículo.

La existencia de ese gravamen no puede ignorarse principalmente porque de comprobarse que en el lugar se comete el delito previsto por el artículo 125 bis del C.P. y, pese a ello, no se lo clausurase en forma preventiva, importa permitir a quienes los administran, dirigen, promocionan o facilitan, que sigan cometiendo el delito, y en ese mismo orden, también se podría ver frustrada la posibilidad de su decomiso posterior (que fue la intención del legislador), en abierta contraposición a lo establecido por el artículo 23 in fine del C.P.

El carácter apelable de una denegatoria de clausura preventiva ha sido reconocido por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en numerosos casos, entre los que pueden citarse por mencionar sólo algunos ejemplos entre muchos otros: Sala I, C/Nº 7.288/14 “N.N. S/ incompetencia” del 4/6/14; Sala I, C/Nº 7.288/2014/CA2 “N.N. (ocupantes de Sarmiento 3278) S/ medidas cautelares” del 13/8/14; Sala V, C/Nº 65.680/13 “N.N. S/ infr. Ley 12.331” del 2/6/14; Sala V, C/Nº 8.416/2014/CA1 “Dawidson, Magnolia Alba S/ promover la prostitución” del 6/5/14; misma sala, C/Nº 42.684/13 “N.N. S/ averiguación de ilícito” del 28/10/13¹⁹, en las que luego de que el magistrado de primera instancia concediera los recursos los jueces de cámara habilitaron su tratamiento, por considerar que la resolución cuestionada causaba gravamen irreparable al Ministerio Público Fiscal.

Por el contrario, la resolución a la que arribe una cámara de apelaciones respecto al dictado de una medida cautelar, no podrá ser en principio objeto

¹⁹ Todas ellas ya citadas precedentemente.

del recurso de casación para poder ser revisada a través de esta vía, desde que no constituye una sentencia de carácter definitivo ni alguna equiparable²⁰.

VII.- Conclusión

Creemos que pueden finalizarse estas líneas enfatizando que es conveniente y ajustado a derecho disponer la clausura preventiva de los llamados “departamentos privados” o sitios similares en aquellos procesos en donde se investiguen delitos vinculados con la explotación sexual.

Porque podemos afirmar que para su dictado hacen falta los elementos que fundan un estado de sospecha de la comisión del delito y el peligro en la demora; pero en nada influye que no se conozca la identidad de los imputados, ya que no resulta necesario haber construido una imputación completa (como sí lo sería para procesar a una persona o para llamarla a indagatoria) sino simplemente contar con elementos de convicción que, en principio, nos indiquen que allí se comete el hecho ilícito.

O dicho en otras palabras: los “elementos de convicción suficientes” para imponer la medida cautelar no son equiparables a la “sospecha suficiente de indagatoria”, sino que deben ser asimilados o entendidos a “verosimilitud en el derecho”.

Una vez comprobado que en un determinado inmueble se explota la prostitución ajena resulta esencial, dijimos antes que por fundamentos de derecho pero también por razones prácticas, que se proceda a la clausura e inhabilitación del lugar, en tanto la explotación de la prostitución ajena es una actividad prohibida, sin que tenga significación legal alguna el

²⁰ Ver, a modo de excepción en el caso de una medida cautelar de no innovar C.N.C.P., Sala III, causa “Duclet, A.”, pub. en LL-2008-A, 45.742-S, citado por Guillermo Navarro y Roberto Daray en “Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Editorial Hammurabi, 4º Edición actualizada y ampliada, Tomo 3, pág. 503.

“supuesto” consentimiento de la persona mayor de edad cuyo cuerpo es utilizado para tal comercio.

Indudablemente, como la mayoría de las reflexiones jurídicas, entendemos que el tema que nos ha convocado puede admitir discusión. Simplemente hemos pretendido con estas líneas el aporte de algunas ideas y argumentos para sustentar aquella postura que consideramos alineada con la normativa internacional y con la legislación de nuestro país, y que resulta conveniente para afrontar este tipo de hechos en donde se investigan delitos vinculados con la explotación sexual de personas.