

INTERPRETACIÓN, CAMBIO DE JURISPRUDENCIA Y REFORMA DE LA LEY: UN CASO SUIZO

JOSÉ HURTADO POZO

SUMARIO: I. Introducción. II. Argumentación de las sentencias. 1. Interpretación extensiva del art. 206 CP 1942. 2. Cambio de jurisprudencia: interpretación restrictiva del art. 206 CP 1942. III. Contexto del cambio de jurisprudencia. IV. Cambio legislativo. V. A guisa de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los argumentos que casi siempre invocan quienes sostienen que una disposición legal debe ser comprendida en un sentido determinado consiste en decir que este es el único y verdadero. La incorrección de este argumento queda manifiesta cuando en la jurisprudencia el sentido afirmado de manera constante y uniforme como verdadero es abandonado en favor de uno que antes era descalificado por no corresponder al *espíritu de la ley*. Este cambio de opinión no es raro ni contradictorio; es más bien la prueba, por un lado, de que la interpretación no es un mero proceso lógico y, por otro, de que está fuertemente marcada por criterios de valor. La evolución de las ideas y del contexto social son procesos que determinan variaciones en la manera de entender la ley y de comprender los hechos a los que se aplica.

Para explicar e ilustrar este planteamiento vamos a presentar un interesante cambio de jurisprudencia del Tribunal Federal Suizo relativo a la prostitución,

consistente en la propuesta de actos de carácter sexual por parte de la persona que se prostituye. Las decisiones del Tribunal Federal que analizaremos se refieren a la aplicación del art. 206 del CP suizo, que ha sido modificado luego de manera sustancial.

A manera de ejemplo, señalemos cuatro casos concretos en los que dicha disposición fue aplicada, que nos permitirán percibir los problemas específicos que se plantearon.

En el primer caso,¹ una mujer vestida de modo particular y con un caminar provocativo concurría con regularidad a una calle de la ciudad de Zúrich, frecuentada por prostitutas. Allí deambulaba o permanecía de pie en la vereda hasta que un peatón le hacía comprender que deseaba su compañía.

En el segundo,² una prostituta cubierta con un abrigo rojo solía pasear por la vereda de una avenida principal en busca de clientes. Mediante su actitud llamaba la atención de los automovilistas. Un día, la Policía la detuvo cuando subía al vehículo de uno de sus clientes.

El tercer caso³ se trata de una prostituta que abandona, con la finalidad de prostituirse, el edificio donde habita. Cuando se encontraba mirando una vitrina, un policía se dio cuenta de lo que buscaba e inició conversación con ella. La mujer lo invitó a subir a su departamento y él aceptó. Sin embargo, no mantuvieron relaciones sexuales.

El último caso⁴ concierne a una mujer que frecuentaba la calle de un barrio en el que las prostitutas concurrían con la finalidad de practicar su oficio. Esta mujer acostumbraba pasear a la espera de un cliente sin llamar la atención ni por su vestimenta ni por su actitud.

Los primeros casos tuvieron lugar en la época inmediatamente posterior a la entrada en vigor del CP suizo y, por tanto, del art. 206, aplicable a este tipo de comportamientos. El cuarto caso ocurrió en 1969, y dio lugar al cambio de jurisprudencia. Según esta disposición, debía ser castigado con detención o multa «[...] el profesional de la prostitución que, públicamente,

1 ATF 81 IV 107/JdT 1956 I 57. Véase el anexo X del presente volumen. HURTADO POZO 1992: 221 y ss.

2 ATF 82 IV 194/JdT 1957 IV 11.

3 ATF 68 IV 40/JdT 1942 IV 582.

4 ATF 95 IV 131/JdT 1969 IV 148. Véase el anexo XI de este volumen.

hubiera incitado a una persona a la práctica de actos de carácter sexual mediante pedidos o proposiciones deshonestas».

II. ARGUMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS

Si bien la aplicación de la ley supone la comprensión tanto de los hechos como de la ley aplicable, en la redacción de las sentencias no se distinguen claramente los argumentos relativos a la constatación de los hechos de aquellos relativos al entendimiento del texto legal. Dicho de otra manera: no se separan claramente las cuestiones de hecho de las de derecho. Esto no debe sorprender, pues la constatación de los hechos supone tener en cuenta los elementos del tipo legal previsto en la disposición aplicable y, al mismo tiempo, el sentido de esta se encuentra influido por los hechos del caso sub iúdice. En esta perspectiva —y teniendo en cuenta la situación fáctica tomada en cuenta por los jueces federales— resulta conveniente destacar, más bien, los criterios de valor invocados en los argumentos referidos a la apreciación de los hechos.

1. Interpretación extensiva del art. 206 CP 1942

En la decisión relativa al primer caso, el Tribunal Federal apreció las circunstancias fácticas afirmando lo siguiente:

1. La locución «incitar una persona a tener relaciones sexuales venales a instancias o por proposiciones deshonestas», empleada por el legislador en el art. 206, supone «[...] ein über das bewusste und gewollte gewerbsmassige öffentliche Anlocken zur Unzucht hinausgehendes Verhalten». Por tanto, esta disposición se aplica solamente si mediante su comportamiento en la vía pública la prostituta favorece, a sabiendas, el comercio deshonesto.
2. Tal es el caso si permanece en un lugar que tiene la reputación de ser un barrio de prostitutas, si exhibe determinada vestimenta o devela sus intenciones mediante miradas circulares o insinuantes, idas y venidas o cualquier otro medio.
3. Esas actitudes equivalen a proposiciones deshonestas, aun si no están dirigidas a una persona determinada. Al respecto, cualquier peatón es «una persona» en el sentido del art. 206.

4. Las proposiciones deshonestas resultan del hecho de que la imputada tenía el hábito de permanecer parada o deambular en las calles de un barrio de prostitutas, vestida y caminando, mostrando su intención de prostituirse por dinero.

Los criterios de valor tomados en cuenta por los jueces federales pueden ser reunidos en dos grupos. En el primero figuran, sobre todo, los de índole jurídica, orientados hacia la sistemática:

1. El Código Penal se inspira en este punto en los mismos principios que el derecho de obligaciones. En este, por regla general, se asimila a una oferta el hecho de exponer la mercadería con la indicación de su precio, aun cuando la oferta no esté dirigida a una persona determinada (art. 7, inc. 3, del Código de Obligaciones). El hecho de que esta disposición exija que se indique el precio no es obstáculo para que se le compare con el caso de la prostituta que, no lo hace.
2. Lo esencial es que la prostituta expone su cuerpo como un comerciante expone su mercadería para atraer a los clientes.
3. Si la invitación debiera ser personal e individual, ella importunaría a la persona objeto de la invitación y, por tanto, constituiría la infracción prevista en el art. 205. De este modo, el art. 206 sería superfluo.

En el segundo grupo comprendemos los argumentos de carácter preponderantemente axiológico, y dirigidos hacia principios de política criminal:

1. Sería chocante reprimir a la prostituta que denigra el medio en el que se desenvuelve y dejar impune a aquella que de manera discreta expone sus encantos y abandona la iniciativa al cliente.
2. La oferta que supone un acto concluyente aparece como más reprobable en algunos aspectos, ya que está dirigida a un número indeterminado de personas y no solo a un cliente determinado.
3. El art. 206 está dirigido, sobre todo, a proteger las buenas costumbres y combatir el escándalo público provocado por la prostituta que comercia con sus encantos de manera reconocible por todos.
4. Por último, mientras que la represión de la falta prevista en el art. 205 solo puede tener lugar por querrela, la persecución es de oficio respecto al caso del art. 206, lo que muestra claramente que esta disposición protege intereses generales.

En esta argumentación cabe destacar el hecho de que, sin entrar a discutir los antecedentes de la disposición, los trabajos preparatorios de su elaboración, las diversas opiniones expresadas al momento de discutirse el texto o los diversos sentidos de los términos utilizados, los jueces explican lo que entienden por «favorecer la prostitución» y «proposiciones deshonestas». Lo hacen afirmando que la prostituta profesional favorece su comercio, a sabiendas, cuando frecuenta un lugar donde se practica la prostitución, cuando ostenta una vestimenta particular o cuando revela sus deseos venales mediante la manera de mirar, el modo de caminar u otros medios. Esta argumentación tiene como telón de fondo la concepción moral o social de los jueces sobre la prostitución, así como su convencimiento de la necesidad de combatirla. De la calificación que hacen del mencionado oficio como «comercio deshonesto», deducen que la finalidad del art. 206 CPd es el de salvaguardar las buenas costumbres y luchar contra el escándalo público producido por una prostituta. Esta concepción moralizadora queda aun más patente cuando estiman que hubiera sido chocante reprimir a la prostituta que obrase abiertamente y dejar impune a la que, mediante un comportamiento artificioso, exhibiese sus encantos dejando la iniciativa al tercero interesado.

También resulta interesante destacar que, a diferencia de otras oportunidades, los jueces federales no discuten en detalle los argumentos de los jueces cantonales, y se limitan a expresar su conformidad sobre la afirmación, por un lado, de que la expresión «mediante pedidos o proposiciones deshonestas» no había sido introducida en el texto legal por inadvertencia y, por el otro, de que dicha expresión suponía un comportamiento que no implicaba necesariamente un comportamiento patente de prostituirse.

Criterios similares se encuentran en la decisión concerniente al tercer caso. Así, los jueces sostienen⁵ que «[...] poco importa saber si la recurrente [condenada por Tribunal cantonal] se había comportado en la calle de tal manera que el agente de policía debía darse cuenta de sus intenciones o si éste por casualidad estaba en búsqueda de una prostituta; tampoco importa saber si la mujer o el hombre inició la conversación», y concluyen sosteniendo que «[...] invitando a este último [al policía] a reunirse con ella en cierta casa para practicar el acto sexual, la recurrente ha realizado objetiva y subjetivamente los elementos del delito [reprimido según el art. 206 CPd]».

5 ATF 68 IV 40/JdT 1942 IV 582.

La argumentación fue más desarrollada en la sentencia del segundo caso. Los jueces, aludiendo a la doctrina, sostuvieron que los pedidos y proposiciones deshonestas consistían en todos los signos mediante los cuales la persona que se prostituye manifiesta que está dispuesta a practicar actos de índole sexual. En este sentido, admitieron que «[...] no es indispensable que las proposiciones o pedidos deshonestos, provenientes de personas que se prostituyen, provoquen siempre escándalo público, sino que un comportamiento que pasa desapercibido para la mayoría de transeúntes puede, igualmente, ser reprimido». Para reforzar su opinión destacaron un fin de política criminal, al afirmar que «[...] la colectividad tenía interés en que se frenen los comportamientos de mujeres y hombres que se prostituyen, aun cuando sean solo percibidos por algunos peatones».⁶

En sus decisiones, los jueces federales calificaron constantemente la prostitución como un «comercio deshonesto». Esto les permitió compararla con el comercio normal. La finalidad que perseguían era la de justificar el sentido amplio que atribuían a los términos con que se describía el comportamiento incriminado. Para ello recurrieron a las nociones del derecho de obligaciones, en particular al art. 7, inc. 3 Código de Obligaciones suizo. De este modo, señalaron que, en general, la oferta consiste en exponer una mercadería ante un público indeterminado, hecho que es practicado tanto por la prostituta como por el comerciante común, sin importar que la primera no indique el precio como lo hace este último. Mediante esta interpretación extensiva del texto legal, los jueces federales ampliaron demasiado el dominio de aplicación del art. 206 CPd.

2. Cambio de jurisprudencia: interpretación restrictiva del art. 206 CP 1942

La manera de abordar el juzgamiento⁷ del caso se diferencia sustancialmente de la utilizada en los casos anteriores. La orientación de los argumentos varía en la medida en que se da mayor importancia a la comprensión del texto legal, a los trabajos preparatorios, a la determinación de la voluntad del legislador y a las opiniones doctrinales. No se descuidan las apreciaciones de valor, pero se manifiestan, sobre todo, de manera implícita

6 ATF 82 IV 194/JdT 1957 IV 11.

7 ATF 95 IV 131/JdT 1969 IV 148

al exponer los criterios. La diferencia de las concepciones que inspiraron a los jueces federales de este caso se pone claramente en evidencia cuando pasan de una interpretación extensiva a una restrictiva del texto legal.

El cambio de giro jurisprudencial fue justificado con criterios que, si bien se refieren a las mismas circunstancias aludidas en las sentencias anteriores, son comprendidos de modo distinto. En cuanto a la descripción misma del comportamiento incriminado, se dice:

1. La expresión «a instancias o por proposiciones deshonestas» —como ya había sido admitido anteriormente— es utilizada a sabiendas por el legislador. Los jueces federales suponen un comportamiento que no implica necesariamente la profesional y pública «provocación para tener relaciones sexuales venales».
2. Mediante dichos términos se hace referencia solo a la búsqueda activa de clientes, la incitación inoportuna a la «provocación para tener contacto sexual».
3. Por «proposiciones deshonestas» hay que comprender las llamadas, las sollicitaciones, los rozamientos, los gestos que incitan un tercero a la «provocación para tener contacto sexual». La incitación discreta a la «provocación para tener relaciones sexuales venales» no es asimilable a las «proposiciones deshonestas» del art. 206.
4. La oferta (*Antrag*) supone que el art. 206 no es asimilable a la oferta en el sentido del derecho privado (art. 3 y ss., del Código de Obligaciones). Además, lo que es decisivo para aplicar el art. 206 no es que la oferta sea reconocible por un número más o menos grande de personas, sino que sea inoportuna.
5. Lo mismo sucede con el hecho de que una prostituida permanezca parada o deambule en un lugar considerado barrio de prostitutas, donde suelen esperar ser abordadas por clientes. Solo importa la manera en que estas manifiestan sus intenciones venales.

Respecto a la apreciación del sentido escogido, se indica:

1. Conforme al Mensaje del Consejo Federal del 23 de julio de 1918,⁸ el art. 206 no está destinado a combatir todo exceso de la prostitución, sino solo la manera ultrajante como es practicada.

8 FF 1918 IV, p. 50.

2. No se puede conservar la jurisprudencia que afirma que todos los signos por los que la persona que se prostituye manifiesta sus intenciones, pues dicha jurisprudencia tiene el efecto de suprimir una de las restricciones expresamente previstas en el art. 206, y de convertir en punible —contra el fin de esta disposición— toda forma de incitación pública a la práctica de actos venales.
3. En las diferentes etapas de los actos preparatorios se expresaron opiniones en el sentido de que solo debe reprimirse la incitación inoportuna y formal, que implique la presión sobre la voluntad de terceros.
4. Los autores han explicado de manera concordante que quien se prostituye debe provocar al tercero, es decir, debe proceder mediante actos positivos de incitación.

El cambio de sentido en la jurisprudencia supone que los jueces percibían de manera diferente la prostitución. Los jueces federales no expresaron esta vez su concepción sobre la prostitución —como sí lo hicieron los jueces anteriores—; sin embargo, esta queda manifiesta, por ejemplo, cuando citan en su apoyo la opinión de que «la prostituta que se comporta decentemente» en la vía pública no incurre el delito previsto en el art. 206. Lo mismo ocurre cuando observamos la manera en que reconsideran la comparación que se hace con el ejercicio de un comercio lícito. En lugar de hacer abstracción de la indicación del precio de la mercadería respecto a la noción de oferta, destacan que este elemento es indispensable y, además, reconocen que las prostitutas escogen a sus clientes.

Así, discrepando del criterio hasta entonces admitido, y partiendo de una concepción menos moralizante respecto al ejercicio de la prostitución profesional, los jueces decidieron atribuir un sentido menos amplio al texto para restringir el recurso al derecho penal respecto a ese hecho social. Con este objeto —y para dar mayor credibilidad a su decisión—, dieron mayor importancia a la manera en que se describe el comportamiento incriminado (criterio literal o gramatical), invocaron la voluntad del legislador (criterio histórico) y de los comentaristas de la ley (criterio de autoridad).

III. CONTEXTO DEL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA

En este punto creemos conveniente describir —aunque muy breve y esquemáticamente— el camino que ha seguido la regulación de la prostitución en Suiza.

Un hecho importante mencionar es que luego de la ocupación de Suiza por Napoleón los Gobiernos cantonales decidieron reglamentar la prostitución y reprimir a las personas que la practicaban. Junto con ello, la Reforma protestante dio lugar a un combate encarnizado contra dicho oficio. El resultado fue la imposición de un gran rigor en los comportamientos sexuales.

El ejercicio de la prostitución era reprimido como delito por la mayor parte de legislaciones cantonales cuando estas estaban vigentes.⁹ Con frecuencia, estas preveían una pena privativa de la libertad. Solo en algunos cantones (Ginebra, Neuchâtel, Vaud y Zúrich) la represión se limitaba a la incitación a la práctica de actos de orden sexual (*racolage*, en sentido parecido al del art. 206). Sin embargo, las penas previstas eran severas.

En los trabajos de unificación del derecho penal, el contexto sociopolítico marcó la regulación de las infracciones sexuales. Respecto a la prostitución, la discusión giró en torno a saber si debía o no considerársela como una infracción penal. Los grupos abolicionistas exigían la impunidad, pues estimaban, de manera general, que la represión penal constituía en cierta medida el comienzo de la institucionalización de la esclavitud de las personas que se prostituían. Por el contrario, las asociaciones feministas promovían el recurso a la ley penal, pues pensaban que esta podía constituir una base útil para las obras de asistencia social a las prostitutas.

Los miembros de la comisión encargada de redactar el código penal federal pensaban que la prostitución constituía «[...] una fuente de infección moral, que dañaba los sentimientos de las personas y amenaza constantemente la vida de la familia». Asimismo, consideraban que las prostitutas y sus rufianes formaban verdaderas asociaciones de malhechores. Sin embargo, estimaban que «[...] era improductivo reprimirla [la prostitución] en tanto que tales». Sus argumentos eran pragmáticos en la medida en que consideraban imposible delimitar en la práctica el comportamiento delictuoso. Además, siguiendo a Rousseau, sostenían que la sociedad era ampliamente responsable de la «culpa de la mujer». En esta perspectiva, Zürcher afirmó que no reprimir la prostitución se justificaba por el hecho de evitar «[...] dificultar los esfuerzos más eficaces que se trataba de realizar en el ámbito de

9 MEIER 1948: 59.

la educación y de la asistencia». ¹⁰ Este rechazo impidió que en el nuevo código se previera una disposición para reprimir la prostitución. ¹¹

Desde entonces, la prostitución dejó de ser calificada como una infracción penal. Sin embargo, se previó la punición de comportamientos relacionados con su práctica y la situación de las personas que se prostituyen. Entre las infracciones menos graves se consideró, junto a la incitación profesional y pública a practicar actos de índole sexual, las perturbaciones a la vecindad por la prostitución, la publicidad sobre las oportunidades de aprovechar de la prostitución fueron castigadas (art. 206, 207 y 210 respectivamente).

Como acabamos de ver, el Tribunal Federal, en contra de esta corriente de ideas, interpretó de manera tan amplia el art. 206, que en la práctica implicaba la represión de ejercer la prostitución en público y de manera profesional, criterio que fue compartido por algunos juristas. Así, por ejemplo, Schwander sostuvo que «[...] unter Alocken ist ein Verhalten zu verstehen, welches die unzüchtige Bereitschaft allgemein oder dem individuell ins Auge Gefasstes zu erkennen gibt und dadurch das Zustandekommen eines unsittlichen Geschäftes zu fördern geeignet ist». ¹² Sin embargo, diversos autores criticaron fuertemente la concepción del Tribunal Federal. Clerc, por ejemplo, afirmó que el autor debía provocar al tercero, lo que no se da cuando una prostituta se limita simplemente a deambular en una calle esperando que alguien quiera recurrir a sus servicios. ¹³

Aun cuando los cambios en la constitución de la sala penal del Tribunal Federal hayan jugado un papel significativo o que las críticas de los comentaristas hayan ejercido cierta influencia, el cambio de jurisprudencia — iniciado mediante una decisión dictada en octubre de 1969— no puede explicarse sin tener en cuenta las variaciones en la mentalidad y el sentimiento moral en la sociedad. Una manifestación clara de dicha evolución en Europa fueron los sucesos de mayo de 1968 en Francia. Estos ejercieron una gran influencia en los demás países, influencia que fue notoria en la manera de percibir y vivir la sexualidad.

10 ZÜRCHER 1914: 232.

11 CONSEIL FÉDÉRAL 1918: 1 y ss.

12 SCHWANDER 1964: n. 654.

13 CLERC 1943: 39.

A título de ejemplo de esta evolución de las ideas y costumbres, cabe presentar sucintamente dos comentarios realizados con ocasión de emitirse la sentencia que contenía la nueva interpretación del art. 206. Sus autores, Zipkes y Schlatter, eran juristas y funcionarios del cantón de Zúrich.

Schlatter¹⁴ publicó un artículo titulado «Prostitutas zúricueses y Tribunal Federal», en el que criticó fuertemente la decisión de los jueces federales de interpretar restrictivamente el art. 206. En su opinión, estos garantizaban a las prostitutas un gran libertinaje (*Narrenfreiheit*) e impedían tanto a la Policía como a la población importunada controlar sus abusos, al considerar solo como una «oferta» y no como una «proposición deshonestas» el comportamiento de las prostitutas profesionales de exhibirse como tales en un lugar público y estar listas a indicar el precio de su comercio sexual. Según este autor, los trabajos preparatorios de elaboración del texto legal y la doctrina han sido utilizados sin espíritu crítico. En esta perspectiva, y después de indicar que los jueces federales han considerado los lugares frecuentados por los profesionales de la prostitución como simples hechos, pregunta si dichos sitios no son —al igual que los modernos *auto-shopping*— una forma óptima de propaganda comercial efectiva y pública. Sobre el particular, afirma que esos lugares de prostitución no son hechos naturales sino creados por quienes se prostituyen, en la medida en que los frecuentan y ofrecen sus servicios; enseguida, agrega que es la creación de estos mercados lo que provoca el escándalo público. Atribuyendo al art. 206 la finalidad de proteger la moral pública (*öffentliche Sittlichkeit*), estima que no se interpreta correctamente la ley cuando se ignora uno de sus principales objetivos. Por último, sostiene que comprender al mercado como una forma activa de propaganda y atracción tiene la ventaja de establecer un límite razonable al tipo legal y, al mismo tiempo, facilitar un tratamiento satisfactorio del problema por parte de la Policía.

Zipkes¹⁵ analiza críticamente el artículo de Schlatter. Para esto toma como punto de partida la idea de que enfrentar el problema de la prostitución mediante medidas policiales o penales contradice, por un lado, los reconocidos objetivos de higiene social y las condiciones para crear una sociedad libre y, por otro, los fines del art. 206. Enseguida, subraya que la imposición coercitiva de criterios morales implica más un peligro que una

14 SCHLATTER 1970: 102 y ss.

15 ZIPKES 1970: 180 y ss.

ventaja para la libertad y la tolerancia entre las personas. A esto agrega que el derecho penal solo debe ser utilizado cuando un comportamiento implique un peligro para terceros, y que este no es el caso del ejercicio profesional y público de la prostitución. De manera oportuna recuerda que desde 1955 —año en que se impone la interpretación amplia del art. 206—, la explotación y el maltrato de las prostitutas se ha intensificado. Asimismo, destaca que el objetivo del legislador fue el de limitar la represión penal a los casos de incitación a la práctica de actos de carácter sexual por parte de profesionales de la prostitución de forma clara, manifiesta y en un lugar público. De aquí se deduce que el fin del art. 206 es reprimir los abusos cometidos al ejercerse esta actividad mediante proposiciones directas e inoportunas a terceros; no así, como sostiene Schlatter, el control de la prostitución o la lucha contra el escándalo público provocado por la creación del mercado sexual. En conclusión, manifiesta que bastan medidas policiales para conservar la tranquilidad pública y alejar los lugares de prostitución de las zonas residenciales. Por todo ello, espera que el Tribunal Federal no vuelva a los antiguos criterios de interpretación del art. 206.

IV. CAMBIO LEGISLATIVO

La evolución de la manera de percibir la prostitución y de las ideas sobre los medios para regularla se manifestó en los diversos ámbitos, tanto públicos como privados. Para los efectos de este trabajo, nos limitamos a señalar dos hechos estrechamente relacionados con el derecho.

El primero está relacionado con la regulación de la prostitución como actividad permitida, así como con los derechos y libertades de quienes se prostituyen profesionalmente. Fue motivado por una decisión del gobierno del cantón de Ginebra. Se trata de la prohibición del ejercicio de la prostitución en la vía pública y durante el día. Atacada judicialmente por un grupo de personas concernidas, la última palabra la tuvo el Tribunal Federal, órgano que dictó una resolución refiriéndose a la garantía constitucional de la libertad de comercio y de industria, conforme al art. 31 de la Constitución suiza entonces vigente. Los jueces constataron, en primer lugar, que la prohibición decretada por las autoridades ginebrinas concierne exclusivamente a la actividad profesional de las personas que se prostituyen y es desproporcionada. En segundo lugar, declararon que en la medida en que esta actividad no es punible —conforme al art. 206 del Código Penal—, las

prostitutas gozan también, en principio, de la protección de la garantía constitucional antes indicada. Además, indicaron que, por el contrario, la reglamentación adoptada por las autoridades del cantón de Zúrich —establecidas teniendo en cuenta las circunstancias locales particulares— parece ser suficiente y eficaz.

Como ya lo indicábamos líneas arriba, la evolución de la mentalidad y de las costumbres se reflejó de manera importante en la reforma de las disposiciones del Código Penal referentes a los delitos sexuales.¹⁶ Este es el segundo hecho al que deseamos referirnos. La nueva regulación ha sido establecida bajo la influencia de una corriente de ideas que, desde hace años, reclamaba que los criterios morales no sean determinantes en el momento de decidir qué comportamientos sexuales debían ser incriminados y qué penas debían ser infligidas a los responsables. Teniendo en cuenta el derecho foráneo, y partiendo de la idea de que toda persona tiene la libertad de comportarse conforme a su buen entender siempre que no cause perjuicio a terceros, el Consejo Federal afirmó¹⁷ que el comportamiento sexual forma parte de la vida privada de cada uno, y que solo debe ser reprimido si daña o es peligroso para un tercero, si una de las personas concernidas no tiene plenamente la facultad de determinarse a realizar el comportamiento o si se debe impedir que una persona conozca contra su voluntad actos de orden sexual.

La terminología utilizada revela el cambio de orientación efectuado por el legislador. Así, antes de la reforma se decía «infracciones contra las buenas costumbres» («infractions contre les mœurs») y «actos contrarios al pudor» («actes contraires à la pudeur»). La referencia a las buenas costumbres («bonnes mœurs») indicaban el bien jurídico colectivo o público protegido, cuyo titular era la sociedad. Mediante su protección, se consideraba que se estaba evitando la comisión de actos contrarios a la moral social predominante en el dominio de la sexualidad, actos que chocaban a las personas. Por su parte, en la doctrina y en la jurisprudencia se definían los actos contrarios al pudor como aquellos que atentaban contra la decencia sexual.

Este criterio se había reflejado en el cambio de jurisprudencia referente a la interpretación del art. 206, consistente en el abandono de la comprensión

16 Ley federal del 21 de junio de 1991, en vigor desde el 1.º de octubre de 1992. Recueil officiel (RO), 1992, p. 1670 y ss.; cf. FF, 1985, II, p. 1021 y ss.

17 CONSEIL FÉDÉRAL 1985: 1079.

extensiva y moralizadora hasta entonces imperante. Según la nueva interpretación, se atribuye a dicha disposición la finalidad de proteger a las personas del asedio —no buscado y tal vez no deseado— de los profesionales de la prostitución, y no el de evitar el detrimento de la protección de la moral pública o de las buenas costumbres. Esta evolución culminó con la despenalización del comportamiento reprimido por el art. 206. Considerando que se trata más bien de regular administrativamente el ejercicio de la actividad profesional de quienes lo hacen como profesionales —como es el caso de las demás actividades comerciales—, se previó sancionar, solo a título de falta, a quien «[...] viole las disposiciones cantonales que reglamentan los lugares, las horas y las maneras de ejercer la prostitución, así como las destinadas a combatir sus efectos secundarios y molestos» (nuevo art. 199 CP suizo).

Como referencia interesante, conviene comparar la evolución suiza con la que ha tenido lugar en los últimos años en Francia. Si bien en este último país la prostitución no es penalmente reprimida, las «casas de citas» o prostíbulos (*maisons de tolérance*) han sido prohibidos mediante la ley 46-684, del 13 de abril de 1946. Asimismo, la incitación a la práctica de relaciones sexuales venales (*racolage*) fue igualmente declarada punible a título de falta. Por decreto 58-1303, del 23 de diciembre de 1958, se estableció un trato diferenciado respecto a esta forma de infracción, y se distinguieron dos formas: activa y pasiva. Esta segunda forma es reprimida con sanción menos grave. La primera debe manifestarse mediante actos precisos —gestos, palabras—, comportamientos provocadores o actitudes exhibicionistas. Por el contrario, la segunda solo consiste en el hecho de provocar el uso de la prostitución mediante, por ejemplo, una vestimenta llamativa o actitudes particulares en la vía pública. La distinción de estas dos formas de la infracción había perdido toda importancia al dictarse el nuevo Código Penal francés. En este no se volvía a utilizar la fórmula «actitud en la vía pública propia para provocar la *débauche*». Por el contrario, en su art. 625-8 se regulaba la forma activa al decir que es el «[...] hecho de proceder, mediante cualquier medio, al enganche de otro para incitarlo a las relaciones sexuales» («le fait, par tout moyen, de procéder publiquement au racolage d'autrui en vue de l'inciter à des relations sexuelles»). La jurisprudencia tenía, sobre todo, una comprensión restrictiva de la forma pasiva. Así, los jueces consideraron que no tenía lugar esta infracción si la indumentaria de la prostituta era normal y que esta no había pronunciado palabras para incitar

cualquier persona; por ejemplo, en el caso de que la persona que se prostituye deambule por la vereda y se dirija a peatones o automovilistas.¹⁸

En contra de esta opinión, se ha introducido en el CP (art. 225-10-1), mediante la ley 2003-239, del 18 de marzo de 2003 —referente a la seguridad interior—, la represión del hecho de proceder públicamente al *racolage* de una persona para incitarla a la práctica de relaciones sexuales a cambio de una remuneración o promesa de remuneración utilizando cualquier medio y aun mediante una actitud pasiva. No está de más señalar que este nuevo texto recuerda mucho la vieja concepción de los jueces federales suizos.

El nuevo criterio francés ha sido justificado diciendo que las diversas manifestaciones de la prostitución «[...] en la vía pública generan, en efecto, diversas perturbaciones de la tranquilidad, el orden y la seguridad públicos». También se afirma que, por un lado, dichas manifestaciones representan, con frecuencia, la parte emergente de una red mafiosa y, por otro, que si bien existe un arsenal jurídico para enfrentar la situación existente, este es inadecuado y hasta insuficiente¹⁹ para remediar este problema en las grandes y medianas aglomeraciones de Francia.

Cabe destacar que esta manera de percibir la situación es compartida por diversos sectores. Así, el Consejo Constitucional ha declarado al art. 225-10-1 como conforme a la Constitución.²⁰ Al respecto, ha afirmado que hay que tomar en consideración que «[...] el *racolage* público es propio a causar perturbación del orden público, por ejemplo, en cuanto a la tranquilidad, higiene y seguridad públicas» y que «[...] privando al proxenetismo de fuentes de provecho pecuniario, la represión del *racolage* hace fracasar el tráfico de seres humanos».

La ley 2003-239 tiene dos objetivos: el primero es dismantelar las redes mafiosas internacionales, lo que pone en primer plano a las personas extranjeras que se prostituyen; el segundo es responder a las preocupaciones de los vecinos de ciertas zonas de la ciudad sobre la seguridad pública. En la práctica, se actúa para alejar a los proxenetes o para *limpiar* la zona central de las ciudades. De este modo, se oscila entre la prevención y la represión. No es de extrañar que la aplicación de la nueva disposición

18 Cour de cassation criminelle, 25 juin 1996.

19 Projet de loi pour la sécurité intérieure du 23 octobre 2002, p. 7.

20 Projet de loi pour la sécurité intérieure du 23 octobre 2002, p. 7.

encuentre dificultades por la manera diversa en que los órganos competentes la interpretan.

V. A GUIA DE CONCLUSIÓN

De las decisiones del Tribunal Federal suizo y de la reforma de la ley penal no nos ha interesado mostrar si la manera de enfrentar uno de los comportamientos relacionados con la prostitución es correcto o no. Nuestro objetivo, conforme lo indicamos al inicio, ha sido presentar la manera en que los jueces interpretan y aplican la ley.

Uno de los primeros aspectos es la forma en que —por un proceder regular y constante— los jueces buscan establecer criterios generales partiendo de los casos particulares que juzgan. De modo que, con el transcurrir del tiempo, se puede hablar de jurisprudencia sobre un punto particular, es decir, el criterio o concepción que se ha forjado mediante sucesivas y persistentes sentencias. Por ello es posible hablar de cambio del sentido de la jurisprudencia.

En nuestro país, donde las decisiones de la Corte Suprema son esporádicas y no regularmente publicadas, no es posible hablar de criterios firmes de jurisprudencia. Otra razón para ello es el simple hecho de que con cierta frecuencia no contengan fundamentos, debido a la mala costumbre de no darlos cuando la decisión es conforme a la opinión del fiscal supremo, opinión que, muchas veces, no tiene la consistencia y claridad debidas como para que de ella se deduzcan con precisión los argumentos admitidos.

La elaboración progresiva de criterios y directivas de aplicación e interpretación de la ley, por la que se logra establecer una concepción jurisprudencial, permite uniformizar las decisiones de los demás órganos de justicia. Estos respetarán y seguirán la jurisprudencia de la Corte Suprema en la medida en que esta sea debidamente conocida. De esta manera, un criterio de jurisprudencia deviene poco a poco en vinculante para las instancias inferiores. Por ello, resulta contraproducente que entre nosotros se haya reconocido a los jueces supremos —constituidos en tribunales (salas civil, penal, etc.)— la potestad de transformar decisiones aisladas en «sentencias vinculantes», en el sentido de que los criterios en ellas expuestos sean obligatoriamente aplicados por los demás magistrados. Basta leer una de estas

deficientes sentencias vinculantes para concluir que serán difícilmente comprendidas y seguidas.

En cuanto al proceso mismo de la interpretación, hay que destacar la libertad creadora con la que los jueces suizos atribuyen un sentido a la ley que aplican. Atribución que no es arbitraria, en la medida en que permanecen dentro de los límites del texto legal —al no desnaturalizarlo o ignorarlo— y, sobre todo, por el cuidado que ponen en argumentar a favor de uno de los posibles sentidos de la ley. Se puede o no estar de acuerdo con dichos argumentos, pero son suficientemente expuestos. Esto permite a los demás jueces decidir —de acuerdo con sus facultades—, seguir o contradecir los criterios del máximo tribunal en futuras decisiones.

Asimismo, es conveniente hacer una mención especial a la manera en que los jueces recurren a los métodos de interpretación. Dicha manera pone en evidencia —a pesar de lo que se afirma tradicionalmente— que estos métodos no son instrumentos para descubrir el verdadero sentido de la disposición legal, sino medios adecuados para justificar la solución encontrada después del largo y complejo proceso en que consiste la interpretación.

Por último, es interesante destacar el importante papel que juega la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo en la reforma de la ley penal. Muchas veces esta reforma solo es la regulación positiva del criterio defendido por los jueces. En otros casos, como en el que hemos presentado, la jurisprudencia condiciona positiva o negativa la modificación de la ley. En nuestro país, las deficiencias de la jurisprudencia, así como su desconocimiento —aun en los casos en que las decisiones son publicadas—, impiden que el tribunal máximo cumpla eficientemente su función.