

¿CASTIGAR LA FACILITACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN CONSENTIDA DE PERSONAS MAYORES DE EDAD? TRABAJO SEXUAL, DIGNIDAD HUMANA Y AUTONOMÍA PERSONAL

¿PUNISHING THE FACILITATION OF CONSENSUAL PROSTITUTION OF ADULTS? SEX WORK, HUMAN DIGNITY AND PERSONAL AUTONOMY

Gustavo Alberto Arocena*

Resumen: En el presente artículo, el autor reflexiona sobre la legitimidad del castigo de la facilitación de la prostitución consentida de adultos, vinculando al trabajo sexual con el derecho de las personas adultas a configurar autónomamente su propio plan de vida. Para ello, el jurista analiza las normas del ordenamiento jurídico argentino vigente y los aportes teóricos de la doctrina penal y de los discursos feministas.

Abstract: In this article, the author reflects on the legitimacy of the punishment of the facilitation of consensual prostitution of adults, linking sex work with the right of adults to independently configure their own life plan. To this end, the jurist analyzes the norms of the current Argentine legal system and the theoretical contributions of the criminal doctrine and feminist discourses.

Palabras clave: prostitución consentida de adultos, legitimidad del castigo del trabajo sexual, derecho a la configuración del propio plan de vida.

Key words: consensual prostitution of adults, legitimacy of the punishment of sex work, right to the configuration of one's life plan.

1. Introducción

1.1. En un magnífico texto de 2016, Green, retóricamente, se pregunta: “¿Qué cuenta, o debería contar, como prostitución?”¹, para luego enfatizar: “A pesar de la enorme literatura existente sobre el derecho y la moralidad de la prostitución, apenas se ha prestado atención a cuestiones básicas de definición de este tipo”².

Acierta el catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Rutgers (Nueva Jersey, Estados Unidos de Norteamérica) cuando manifiesta: “No es fácil decidir qué debe considerarse prostitución. El concepto de prostitución está profundamente arraigado dentro de construcciones culturales, morales y legales complejas, todas muy controvertidas”³.

Artículo recibido el 27/7/2023 – aprobado para su publicación el 12/12/2023.

* Catedrático de Derecho Penal. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular por concurso de Derecho Penal. Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina). E-Mail: gustavo.alberto.arocena@gmail.com. Registro de ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3695-1233>.

¹ GREEN, STUART P. (2016). “What Counts as Prostitution?”, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, volume 4, issue 1, p. 184.

² GREEN, “What Counts as Prostitution?”, p. 184.

³ GREEN, “What Counts as Prostitution?”, p. 185.

Pienso, como él, que:

La clave es reconocer que la forma en que elijamos definir la prostitución dependerá inevitablemente de por qué creemos que uno o más aspectos de la prostitución son incorrectos o dañinos, o deben ser criminalizados o disuadidos, en primer lugar. Estos juicios, a su vez, a menudo dependerán de una evaluación de las pruebas empíricas impugnadas en las que se basan⁴.

Sentado todo esto, diré que el Derecho argentino –como veremos- castiga la facilitación de la prostitución de personas mayores de edad y competentes para definirse en materia sexual; y que lo hace, incluso, no obstante que concurra la conformidad del “sujeto pasivo del delito”.

Para mí, esta decisión de política legislativa impone que volvamos nuestra mirada sobre el concepto de prostitución, sobre las razones que justifican la punición de su promoción o facilitación y, fundamentalmente, sobre el bien jurídico que pretende tutelar el legislador a través de la figura delictiva. De esta forma, procuraré, como sugiere Green, reflexionar acerca de *qué cuenta como prostitución* y, de paso, acerca de *cuándo resulta legítimo que se penalicen las conductas que se orientan a facilitar su ejercicio*.

De esto se ocupará el presente artículo.

1.2. Por virtud de la **ley 26.842**, de “**Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas**” (2012), se modificaron distintos artículos del Cód. Penal de la Nación, entre los que se encuentran varios enunciados relativos a los delitos sexuales, a saber: los artículos 125 bis, 126 y 127 del digesto citado.

En el presente texto, me detendré en la primera de estas disposiciones legales, la que, tras la reforma, establece: “*El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediere el consentimiento de la víctima*”.

Si se repara en que una interpretación sistemática de la regla –que tiene en cuenta su situación en el texto legal y su relación lógica o teleológica con otras normas fines y principios- obliga a parar mientes en que el art. 126 del Código agrava la promoción o facilitación de la prostitución “...cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años”, es evidente que el enunciado sobre el que versan estas líneas tipifica el delito de promoción o facilitación de la prostitución *de mayores de edad*.

Sentado esto, diré que, a mi ver, la nueva tipificación de este injusto –reprochando la conducta promotora o facilitadora de la prostitución de una persona mayor de edad *aun cuando ella hubiera prestado su conformidad con la conducta del agente*- desdibuja los contornos del bien jurídico delictivo tutelado en esta constelación delictiva, y lo hace, incluso, de modo que puede reputarse constitucionalmente tachable. Para expresarlo en términos simples: sostendré la tesis según la cual la represión de –específicamente- la *facilitación* de la prostitución de una persona *con su consentimiento* tensiona insanablemente con garantías constitucionales fundamentales; concretamente, con el **principio de lesividad** consagrado por el art. 19 de la Const. nacional y con el derecho de “la víctima” a la **dignidad inherente al ser humano** (art. 75, inc. 22, Const. nacional; art. 10, apartado 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5, apartado 2, 2ª disposición, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

⁴ GREEN, “What Counts as Prostitution?”, p. 185.

Adelantando conclusiones, aún provisionales, añadiré, todavía, que este “estado de cosas” normativo –*sit venia verbis*- responde a una finalidad político-criminal plausible, pero fundada en razonamientos entimemáticos que desembocan en una figura penal ilegítima por conculcar derechos humanos fundamentales protegidos por la Ley Suprema.

¿Por qué afirmo esto?

Porque, aunque la interpretación genética de la ley 26.842 no arroje demasiada luz acerca de la voluntad perseguida por el legislador al modificar el art. 125 bis del Cód. Penal argentino –puesto que nada dicen al respecto los proyectos que culminaron en la sanción de la ley-, existen buenas razones para inferir que dicha decisión legislativa estuvo inspirada en la voluntad de prevenir y sancionar el fenómeno de la trata de personas: la inclusión de la norma reformadora de la figura de la promoción y facilitación de personas mayores de edad en un conjunto normativo orientado a dicho fin permite, razonablemente, colegirlo de tal manera. En este sentido, y como ya manifesté, habrá de concordarse que se trata de un objetivo político criminal loable, por la evidente vulneración al derecho a la libertad personal que la trata de personas conlleva.

Ahora bien, he asegurado que esta meta se apoya en un razonamiento entimemático del legislador, o sea, en un razonamiento “...que se formula de manera incompleta, parte del cual se deja «sobrentendida» o «en la mente»”⁵. Constituye un razonamiento entimemático porque, al consagrar el tipo de legal de la promoción o facilitación de la prostitución de mayores como un *delito de sujeto pasivo de consentimiento irrelevante*, el encargado de elaborar las leyes está dando por sentado que la persona que decide ejercer la prostitución *nunca lo está resolviendo en forma libre*. Y esta premisa implícita, en mi opinión, es falsa, aun considerando que la libertad, como presupuesto de los actos voluntarios, no sólo se encuentra viciada por el engaño o el fraude (error: v. art. 265 y ss. Cód. Civil y Comercial de la Nación) y la violencia (fuerza o intimidación: v. art. 276 C.C.N.), sino también por situaciones de particular vulnerabilidad u otras equivalentes a éstas. Múltiples circunstancias acreditan la falsedad de la premisa, pero me conformaré aquí con mencionar solamente los múltiples reclamos de agrupaciones de trabajadoras sexuales dirigidos a que se les reconozca su derecho a disponer libremente de su sexualidad como medio de vida o de consecución del sustento propio necesario y el de los suyos, a través del ejercicio consentido de la prostitución.

También, y por las mismas razones, es falaz la afirmación de que el trabajo sexual deriva *necesariamente* de –o desemboca en- la trata de personas u otro atentado contra la libertad de las personas. Manifiesta Lamas:

Creer que el comercio sexual deriva ineluctablemente en trata es un pánico moral contemporáneo que ha sido estimulado por el activismo anti-prostitución (...). El pánico social es la forma extrema de la indignación moral (...) y lo caracterizan dos elementos: su irracionalidad y su conservadurismo. La indignación moral produce una reacción ante lo que se vive como una amenaza a los valores o a la propia identidad; de ahí que los pánicos morales suelen transformarse después en batallas culturales, como ha ocurrido con el comercio sexual. La prensa juega un papel importante en la formación de la opinión pública, y la representación distorsionada de ese fenómeno conduce a la indignación pública y a llamados para que el Estado

⁵ COPI, IRVING M. (1995). *Introducción a la lógica*, traducción de Néstor Alberto Míguez, 3ª edición, Buenos Aires, Eudeba, p. 255.

ejerza un mayor control social. Con este tipo de estrategias se pretende justificar la total erradicación de cualquier forma de comercio sexual⁶.

Y esto último, como ha sido ya expresado, tensiona con el derecho –de jerarquía constitucional- al respeto a la dignidad inherente a todo ser humano, el que supone la facultad de toda persona configurar su propio plan de vida libre de interferencias de terceras personas, incluido el Estado.

Lo preocupante del asunto reside en que la citada figura delictiva pergeñada al amparo de aquel razonamiento entimemático decanta en un tipo legal, como el del art. 125 bis del Cód. Penal, que vulnera el derecho constitucional de respeto a la dignidad inherente del ser humano, en tanto supone la facultad de toda persona de configurar su propio plan de vida en forma autónoma, o sea, libre de injerencias de terceros, incluso el Estado, que pretendan asegurar una vida más plena o virtuosa.

Procuraré desarrollar mi posición en forma ordenada.

2. El bien jurídico protegido en los delitos contra la integridad sexual, en general, y en la promoción y facilitación de la prostitución de personas mayores de edad, en particular

Como es sabido, el Título III del Libro Segundo de nuestro Cód. Penal –en el que se inserta el art. 125 bis examinado en estas líneas- reúne los delitos contra la *integridad sexual*.

Un análisis exhaustivo de las distintas figuras delictivas comprendidas en este apartado del Código permite apreciar que el interés jurídico amparado allí muestra dos aspectos diferentes.

En relación con las personas que tienen capacidad para expresar válidamente su voluntad, la integridad sexual aparece como el *derecho a tener un libre y consciente trato sexual o a no tenerlo contra su voluntad* (libertad, reserva o autodeterminación sexual, o autonomía para la elaboración del propio plan de vida sexual). Puede distinguirse, así, en esta materia, una autonomía sexual “robusta”, que involucra la libertad positiva –esto es, el derecho a tener una vida sexual de acuerdo con los deseos y necesidades individuales-, y una autonomía sexual “estrecha”, relacionada con la libertad negativa, que implica el derecho a no ser sometido a actos sexuales ajenos⁷.

Se trata, pues, de la *libertad sexual*, entendida como el derecho de toda persona a mantener relaciones o realizar actividades de naturaleza sexual sólo con su consentimiento, o –en un sentido más amplio- como el derecho de todo individuo a no verse inmiscuido en contextos de naturaleza sexual en contra de su voluntad. La ley penal protege el derecho constitucionalmente garantizado al reconocimiento de la dignidad personal, en su flanco de dignidad sexual, impidiendo injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada.

En cambio, con respecto a quienes –por ser menores de ciertas edades o incapaces- no pueden manifestar válidamente su consentimiento, la noción de “integridad sexual” se

⁶ LAMAS, MARTA (2016). “Feminismo y prostitución: la persistencia de una amarga disputa”, *Debate Feminista*, n° 51, p. 24.

⁷ HÖRNLE, TATJANA (2020). “Violación como relaciones sexuales no consentidas”, traducción del inglés de Corina Engelmänn, *En Letra: Derecho Penal*, año VI, número 10, p. 199.

corresponde con el *derecho a un desarrollo de la sexualidad progresivo y libre de injerencias indebidas (intangibilidad o indemnidad sexual)*.

Si bien la mayoría de los abusos sexuales del art. 119 del Cód. Penal, la prostitución de mayores de dieciocho años agravada del art. 126, las exhibiciones obscenas del art. 129, párrs. 1° y 2°, parte 1ª, y la sustracción o retención de mayores de dieciséis años con fines sexuales (art. 130, párr. 1°), son delitos que lesionan la libertad de determinación del ser humano en materia sexual, no hay posibilidad de hacer referencia a ataques a la libertad sexual cuando –como sucede en otros delitos del título- el ilícito recae sobre ciertos menores o incapaces que se caracterizan, justamente, por carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual.

En efecto, el sujeto pasivo del abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima (art. 120); la corrupción de menores de dieciocho años (art. 125); la prostitución de tales menores (art. 126, último párr.); las distintas modalidades de pornografía infantil (art. 128, párrs. 1°, 2° y 3°); la facilitación del acceso a espectáculos pornográficos o suministro de material pornográfico a menores de catorce años (art. 128, párr. 4°); las exhibiciones obscenas del art. 129, párr. 2° *in fine*, la sustracción o retención con fines sexuales de menores de dieciséis o de trece (art. 130, párrs. 2° y 3°) y el *child grooming* del art. 131, es una persona que –por no haber alcanzado la plena madurez física, psíquica y sexual- carece de capacidad para elaborar su propio plan de vida sexual y, en razón de ello, no puede prestar su válido consentimiento en esta materia.

Lo protegido en estos últimos casos es, en definitiva, la *indemnidad sexual*, interpretada como el derecho de determinados menores y sujetos jurídicamente incapaces para consentir libremente la acción del sujeto activo a mantenerse alejados de todo acto sexual, como una forma de garantizar su bienestar y el libre desarrollo de su personalidad.

3. Crítica a la legitimidad de la figura delictiva del art. 125 bis del Cód. Penal argentino

Sin perjuicio de todo cuanto he anotado, conviene añadir –en sintonía con lo adelantado en la introducción de este artículo- que ciertas reformas introducidas por ley 26.842 han, de alguna manera, perjudicado la clara delimitación del objeto jurídico de los delitos sexuales. Es que, en tipos legales como, por ejemplo, el del art. 125 bis, que castiga la *promoción o facilitación de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima*, resulta difícil afirmar racionalmente –y con consistencia dogmática jurídica- que el bien jurídico tutelado es la libertad de configurar su propio plan de vida sexual por parte de personas mayores de edad que, justamente, ejercen esa libertad de autodeterminarse en materia sexual, decidiendo voluntaria y autónomamente dedicarse a la prostitución, como forma de ganar el sustento propio necesario y el de los suyos o por las razones personales que fuere. Otro tanto podría sostenerse –digresión mediante- en orden a la rufianería tipificada en el art. 127, párr. 1°, del Cód. Penal que reprime al que *explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de ésta*: si la obtención de utilidad por parte del agente es lograda con la conformidad de la “ofendida penal”, parece contradictorio aseverar que ésta está siendo lesionada en su libertad de definir su plan de vida sexual y todo lo que rodea al mismo.

Con todo, ha de retornarse al punto de partida, para reiterar que, en definitiva, lo que tutela la figura delictiva de la promoción o facilitación de la prostitución de personas mayores de edad la autonomía para la elaboración del propio plan de vida sexual, por

parte de seres humano para hacerlo.

Y, para que la aserción precedente conserve una cierta consistencia argumental, agregaré que el objeto de la figura continúa siendo éste, aun cuando el legislador haya tipificado el reproche a las conductas promotoras o facilitadoras de la prostitución, sin perjuicio de que ellas se lleven a cabo “con el consentimiento” de la víctima, en razón de creer que *nunca una persona es libre al decidirse a ejercer la prostitución*. Si el encargado de elaborar las leyes hubiera entendido algo distinto, no podría haber tipificado este delito como un entuerto de sujeto pasivo con consentimiento irrelevante: si se reconociera trascendencia a la anuencia del ofendido penal, la concurrencia de ella cancelaría toda posibilidad de castigar legítimamente a quien engendra en la víctima consintiente la idea de ejercer la prostitución o a quien le allana los obstáculos para la ejecución de su decisión de practicar el trabajo sexual.

Ahora bien, ¿es esta decisión legislativa *legítima*? ¿Lo es el tipo legal resultante de ella? He adelantado ya que, en mi opinión, la respuesta negativa a estos interrogantes es ineludible.

Así lo pienso, en primer lugar, porque la concepción del legislador se funda en un razonamiento que, como he puntualizado, reputo entimemático y, aún, falaz.

Esto es así, porque la premisa implícita en la consagración de la promoción o facilitación de la prostitución como un delito de sujeto pasivo de consentimiento irrelevante es, según se aseveró, el convencimiento de que *ninguna persona puede prestar su libre conformidad para iniciarse en el ejercicio de la prostitución o para que se le allanen los obstáculos para dicho ejercicio*. La premisa –insisto: *implícita* en el razonamiento del legislador que pergeñó un conjunto normativo orientado a prevenir y sancionar la trata de personas- exhibe un argumento empírico que, en cuanto tal, es débil y, principalmente, derrotable. Es que, acaso, ¿no puede una persona disponer, en función de su personal configuración axiológica, optar por lograr el sustento propio necesario y/o el de los suyos, a través de una actividad consistente en la entrega sexual venal, habitual y a personas indeterminadas? Si, como es por todos aceptado, la *prostitución* consiste en la depravación de los motivos generadores del trato sexual, reemplazándose la búsqueda de complacencia del placer, la atracción física, el deseo de procrear y el amor (en tanto razones que impulsan la práctica del sexo) por la pretensión de lograr provechos económicos, no se advierte de qué modo resultaría lesionada la libertad sexual de una persona que, en ejercicio de su competencia para configurar el plan de vida propio, decide echar mano del trabajo sexual como modo o conducta general de vida, y recurre, para ello, a un tercero para que le facilite el ejercicio de esa actividad (v. gr., prestándole un departamento para que reciba a sus clientes). Tampoco parece distinta la situación –en la que no me detendré demasiado en el presente escrito- si una persona resuelve libremente dedicarse al trabajo sexual, en virtud de la conducta de un tercero persuadiéndola de la conveniencia de tal faena.

Por lo demás, corresponde decir también que los expertos aseguran que

el número de mujeres que se prostituyen voluntariamente, o no, está lejos de poder determinarse. Todo lo que se maneja son cifras y cálculos estimativos, parciales y partidistas en función del posicionamiento ideológico que se sustente. Así, aunque, ciertamente, no se sabe tampoco que el número de prostitución voluntaria sea mayoritaria, hay dudas razonables sobre un porcentaje apabullante de prostitución forzada, las cuales impiden fundamentar, desde esta óptica, políticas públicas

*abolicionistas*⁸.

Si de sintetizar la idea se trata, diré que la aseveración de que “*el trabajo sexual raramente es voluntario*”, lleva implícita el reconocimiento de que, en algunos casos, el ejercicio de la prostitución es libremente decidido. Y, si esto es así, resulta violatoria del derecho a la autodeterminación de quien libremente quiere disponerse en este último sentido, toda figura delictiva que castigue a quien posibilite el mejor ejercicio de dicha facultad de configurar el propio plan de vida.

Para evitar confusiones, me apresuro a aclarar que todo cuanto acabo de expresar se vincula exclusivamente con la situación de un hombre o una mujer competentes –por su edad y condiciones necesarias para ello- para configurar su propio plan de vida, que en forma absolutamente libre deciden ejercer la prostitución, como consecuencia de la acción promotora de un tercero o con la conducta facilitadora de éste.

Por otra parte, castigar al promotor o facilitador de la persona consintiente del ejercicio de la prostitución importa ***lesionar el principio constitucional de lesividad (arg. art. 19 Const. nacional)***, que tiene como una de sus principales consecuencias la prohibición de castigar acciones que son el ejercicio de la libertad moral de las personas o, aun, *acciones* –como, por ejemplo, la del facilitador del ejercicio de la prostitución ejercida por la autónoma decisión de un hombre o una mujer- *que posibilitan el ejercicio de la libertad moral por parte de una persona competente para configurar su propio plan de vida*.

En esta línea argumental, habré de manifestar también que la discusión en torno a la legitimidad o ilegitimidad de la tipificación de determinada conducta no debe confundirse con la reflexión sobre su estatuto moral. El hecho de que un comportamiento o un determinado plan de vida no parezcan virtuosos o, aún, deseables, no significa, sin más ni más, que ellos deban ser prohibidos por la ley, e incluso castigados por el Estado.

En mi opinión, reitero, el libre ejercicio de la prostitución dispuesto en el ámbito de la autonomía individual de cada quien, no perjudica a terceros, y por ello no puede ser castigada *per se* o indirectamente a través de la punición de las conductas que posibilitan la realización de ese plan de vida.

En segundo término, la punición de la promoción o facilitación de la prostitución de personas mayores de edad que consienten la acción promotora o facilitadora resulta igualmente ilegítima en virtud de que traduce el castigo de conductas que coadyuvan a la más plena vigencia del ***derecho a la dignidad personal (art. 75, inc. 22, Const. nacional; art. 10, apartado 1, P.I.DD.CC.PP.; art. 5, apartado 2, 2ª disposición, C.A.DD.HH.)*** de quien libremente decide adoptar el trabajo sexual como medio de vida.

En este sentido, puede afirmarse que, aunque existan disensos respecto de su sentido y alcance, las oscuridades teóricas del concepto de “dignidad” no impiden que la concibamos en términos *kantianos*, entendiéndola como aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, o sea, algo que no tiene un valor meramente relativo, sino un valor interno.

Con arreglo al pensamiento de Kant, el ser humano es un fin en sí mismo porque es un ser dotado de razón y voluntad libre, que, a su vez, puede proponerse fines. El hombre es un ser capaz de hacerse preguntas morales, de discernir entre lo justo y lo injusto, de

⁸ LLOBET ANGLÍ, Mariona (2017). “¿Prostitución?: Ni sí ni no, sino todo lo contrario Sesgos empíricos, contradicciones de *lege lata* y desaciertos de *lege ferenda*”, *RECPC*, 19-19, pp. 28 y 29.

distinguir entre acciones morales e inmorales, y de obrar según principios morales, es decir, de obrar de forma responsable⁹.

Es, justamente, esta aptitud para comportarse responsablemente la que hace que a las personas puedan *imputárseles* sus acciones y que aquéllas se erijan en fines en sí mismas: son *autónomas* y merecen, por ello, un *respeto incondicionado*. El valor de la persona no remite al mercado ni a apreciaciones meramente subjetivas, de conveniencia o utilidad, sino que proviene de la dignidad que le es inherente a los seres racionales libres y autónomos.

Se advierte, pues, que la autonomía moral es el concepto central con el que Kant caracteriza al ser humano, y constituye la *razón de ser* de la dignidad humana: “La *autonomía* es ...el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional”¹⁰.

Por su parte, en opinión que comparto, y en relación con una cuestión íntimamente vinculada con lo que aquí analizamos, Schünemann ha enfatizado que

*el libre albedrío no es un mero dato biofísico, sino una parte de la llamada reconstrucción social de la realidad e incluso, según creo, pertenece a una capa especialmente elemental de la cultura occidental, cuyo abandono sólo sería concebible en caso de liquidación de esta cultura en su globalidad. Dado que las singularidades lingüísticas de una sociedad y, en especial, la gramática de su lengua, de conformidad con la convincente tesis central de la teoría del lenguaje de Humboldt y Whorf, ponen de manifiesto una determinada visión del mundo, difícilmente podrá discutirse, al menos en el caso de las lenguas indogermánicas, lo arraigado del libre albedrío en las más elementales formas gramaticales. En efecto, la construcción de las frases con un sujeto agente y un objeto que padece la acción, así como las formas gramaticales de la voz activa y la pasiva muestra una visión del mundo conformada por el sujeto activo, y, en última instancia, por su libertad de acción, que constituye un punto de partida del que no se puede prescindir en tanto en cuanto tales estructuras lingüísticas dominen nuestra sociedad*¹¹.

Pienso, en definitiva, que el principio de respeto a la dignidad inherente del ser humano exige que nunca se trate a éste de una manera que niegue la importancia distintiva de su propia vida; y la dignidad de las personas en general, *no es un atributo accidental*, sino una expresión equivalente a la afirmación de su humanidad, de su capacidad para actuar autónomamente.

Por lo demás, el concepto de “dignidad humana” que defiendo en este texto en modo alguno es incompatible, sino que incluso puede ser complementado, con la noción que propone Dworkin, propiciando una especie de “versión evaluativa” de aquélla.

Para el filósofo norteamericano

el derecho de una persona a que se la trate con dignidad es el derecho a que otros reconozcan sus intereses críticos genuinos: que reconozcan que es el tipo de criatura

⁹ MICHELINI, Dorando J. (2010). “Dignidad humana en Kant y Habermas”, *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas (INCIHUSA – CONICET / Mendoza), vol. 12, n° 1, p. 42.

¹⁰ KANT, Immanuel (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ciudad de México, Porrúa, p. 49.

¹¹ SCHÜNEMANN, Bernd (1991). “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”, en Schünemann, Bernd, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, traducción de Jesús-María Silva Sánchez, Madrid, Tecnos, pp. 154 y 155.

y que se encuentra en la posición moral con respecto a la cual es intrínseca y objetivamente importante la forma como transcurre su vida (Dworkin, 1994, pp. 308 y 309).

El valor de estas concepciones kantiana y dworkiniana de la dignidad reside en que ellas condicionan la delimitación del bien jurídico pretendidamente protegido a través de la figura delictiva de la promoción o facilitación de la prostitución de personas mayores de edad, impidiendo que se reconozca la existencia genuina de un injusto legítimo en *cualquier tipo de comportamiento que posibilite el mejor ejercicio del derecho del ser humano a configurar autónomamente su propio plan de vida*, incluso por medio de alternativas que puedan estimarse poco virtuosas o moralmente reprochables, como, por ejemplo, las conductas promotoras o facilitadoras de la libre decisión de ejercer la prostitución como medio para lograr el sustento propio y/o de los suyos.

4. Los derechos sexuales como derechos humanos fundamentales

Un argumento adicional a favor de la ilegitimidad de las conductas facilitadoras del ejercicio de la prostitución libremente decidido por una persona mayor de edad competente puede extraerse de la consideración de los *derechos sexuales como derechos humanos fundamentales*, e incluso del contenido que corresponde otorgarle a estos, el que, como veremos, brinda cobertura jurídica a la tesis que aquí sostengo, a saber: la práctica de la prostitución autónomamente decidida por parte de una persona competente para configurar su propio plan de vida sexual es una facultad comprendida en el haz de derechos inherentes al principio de la dignidad del ser humano.

En esta orientación, cabe señalar que, en el documento intitulado *Defining sexual health: Report of a technical consultation on sexual health*, la Organización Mundial de la Salud subraya que los derechos sexuales *abarcán los derechos humanos que ya se reconocen en las leyes nacionales, en los documentos internacionales de derechos humanos y en otras declaraciones de consenso*, y comprenden el *derecho de todas las personas para que, libres de coacción, discriminación y violencia, puedan, entre otras cosas, decidir si se quiere ser sexualmente activo o no y tener relaciones sexuales consensuales*¹².

A partir de esto, parece razonable afirmar que la garantía de los derechos sexuales para todas las personas incluye, no sólo la protección del daño, sino también un *compromiso con la libertad*, que obliga a respetar la autonomía moral de las personas mayores de edad y su facultad de ejercer todos los derechos y libertades sexuales, incluida la de ejercer el trabajo sexual como medio de vida.

He anotado ya, quizá en forma fatigadora, que la tesis que aquí se defiende supone una persona que adopta su decisión de ejercer el trabajo sexual en forma absolutamente libre, autónoma e informada. Ahora bien, no desconozco que, en relación con un fenómeno emparentado con la prostitución, se ha sostenido:

[E]n el delito de trata de personas, el consentimiento de la víctima a los requerimientos del tratante no es relevante. La trata se basa en abuso de poder. Este fenómeno se manifiesta en las diferentes formas de violencia que utiliza el tratante para reclutar y controlar a las víctimas hasta el momento en que son entregadas a los explotadores. La mayor parte de las víctimas tienen una historia anterior de abuso u otras formas de violencia y/o son literalmente engañadas utilizando situaciones de vulnerabilidad como la pobreza, bajo nivel educativo y estados de

¹² WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Defining sexual health: Report of a technical consultation on sexual health*, 28–31 January 2002, Geneva (2006). Geneva, W.H.O., p. 5.

incapacidad. Uno de los factores que favorece el acercamiento del tratante es su relación de poder o confianza con la víctima. Puede tratarse de sus padres, hermanos, tíos, abuelos, entre otros o personas cercanas del trabajo, el centro de estudio o el vecindario. En el caso de las personas menores de edad son sus representantes legales quienes usualmente son abordados por los tratantes para tener acceso al niño, niña o adolescente. El consentimiento de la víctima no se toma en cuenta en ninguna de las fases de la trata de personas, ya sea reclutamiento, traslado o explotación. En todas ellas persisten los factores de intimidación, manipulación o fuerza. En la práctica jurídica, algunos países han considerado en sus legislaciones sobre trata de personas que la víctima mayor de edad que consiente en la actividad de trata sin que medie engaño, coerción, amenaza o fuerza no es víctima y por lo tanto no hay delito. Esta es una tendencia que está desapareciendo rápidamente ante la consideración de que la víctima no consiente libremente en ser explotada¹³.

Pero la argumentación precedente se apoya en una premisa elemental: la existencia de relaciones de abuso de poder, las que, sin duda, vician la libertad de autodeterminación de las personas, y nos llevan a una hipótesis diferente de la que contemplamos en este artículo: la promoción o facilitación de la prostitución de una persona que libremente consiente iniciar o practicar el trabajo sexual.

Hay quien ha señalado:

Si pensamos en los términos del respeto, y si aceptamos una definición de respeto como reconocimiento, hemos de considerar a todas las personas merecedoras de un trato igual, lo cual significa que cada uno ha de ser tomado en serio y a su vez tomar en serio a las demás personas como seres que deliberan sobre qué han de hacer. Y para que esas personas puedan deliberar acerca de lo que han de hacer o acerca de lo que han de creer son necesarias unas condiciones mínimas. Al respetar a otra persona en el sentido del respeto como reconocimiento, estamos aceptando su estatus como un miembro igual de la comunidad moral y eso nos hace responsables del otro. Es decir, por un lado hemos de aceptar que existen restricciones en la aceptabilidad moral de las acciones conectadas con el objeto del respeto. Es decir existen exigencias acerca del modo en que hemos de tratar a esas personas y esferas de no intervención. Al tiempo existen exigencias acerca de asegurar que ese respeto sea real para todas las personas. Lo que nos dice la idea de respeto como reconocimiento es que el respeto a las personas es incondicional¹⁴.

Voy a coincidir en la idea de *respeto como reconocimiento del otro*, pero discreparé en orden a la necesidad de admisión de “restricciones en la aceptabilidad moral de las acciones conectadas con el objeto del respeto”. Reconocer ese tipo de limitaciones conduce a la justificación de posiciones paternalistas absolutamente incompatibles con un Estado de Derecho respetuoso del derecho de todo ser humano a configurar autónomamente, y según las propias convicciones, preferencias y valores, su propio plan de vida.

Según Alonso Álamo:

La abolición de la prostitución plantea las mismas cuestiones que la abolición de la esclavitud. La dignidad es siempre dignidad de la persona y se afirma objetivamente, es decir con independencia de la voluntad del titular, a cuya protección tienden los

¹³ U.N.O.D.C. (OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO) (2010). *Manual sobre la investigación del delito de trata de personas: Guía de Autoaprendizaje*, Costa Rica, p. 10.

¹⁴ BELTRÁN, ELENA (2011). “En los márgenes del derecho antidiscriminatorio: Prostitución y derechos de las mujeres”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 45, p. 62.

tipos. No se trata de adoptar una posición de paternalismo jurídico, ni tiene por qué producirse una huida hacia el Derecho penal, ni tiene por qué violentarse el principio de intervención mínima; se trata de acudir prudencialmente al Derecho penal si está presente un interés merecedor de protección (principio de necesidad de la intervención), un interés que no es patrimonio privativo de la moral: la dignidad «secularizada», positivada en la historia, o, si se prefiere, la «última concreción» o positivación de la dignidad, la (acaso mal llamada) integridad moral¹⁵.

Para mí, si se admite que el derecho a la tutela de la dignidad supone –entre otras cosas– la imposibilidad de instrumentalizar a una persona con la finalidad de tutelar intereses o valores “ajenos” a su universo axiológico (como, por ejemplo, una vida “virtuosa”, una suerte de “decencia sexual” o algo equivalente), resulta difícil aceptar que tal dignidad se deba resguardar “con independencia de la voluntad del titular” de dicho interés jurídico.

En un ordenamiento jurídico penal como el argentino, en el que la protección penal de la libertad –tanto en su manifestación “genérica”, equivalente a la autonomía del individuo, como en las libertades o derechos concretos que derivan de ella (p. ej., la libertad sexual)– se funda una concepción *liberal* de tal objeto jurídico, conductas como, *verbi gratia*, la reducción de una persona a la esclavitud o servidumbre (art. 140 Cód. Penal), sólo resultan reprochables si se realizan *en contra del consentimiento del titular del bien jurídico protegido*, que en el caso de este ejemplo es la libertad individual (Título V del Libro Segundo del Cód. Penal). Lo mismo sucede en el supuesto de la prostitución consentida de adultos y, más aún, el de la facilitación a la misma comprendida en la descripción típica del art. 125 bis Cód. Penal, habida cuenta que, como se ha visto, bajo la rúbrica “integridad sexual” (Título III del Libro Segundo, Cód. Penal) se preserva la libertad de autodeterminación en materia sexual de las personas adultas, la que, desde luego, y como acaba de anotarse, no puede sino considerarse una proyección la libertad individual del ser humano en un ámbito específico de incumbencias, a saber: el de su sexualidad. Por consiguiente, también rige aquí lo expresado en orden a la tutela de la libertad conforme una concepción liberal de ella, la que sólo puede ser atacada por medio de conductas llevadas a cabo *en contra del consentimiento del titular del objeto jurídico*. Esto es así porque, con arreglo a una noción “liberal” de la libertad, el Estado únicamente es gendarme o custodio de los derechos individuales (libertad individual, libertad sexual o cualquier otra manifestación específica de la libertad), que son *disponibles* por parte de sus titulares.

Inclusive, en lo tocante a esto último, me animo a decir más aún.

Según mi parecer, las figuras delictivas contra intereses individuales, *en su totalidad*, protegen *más de un objeto jurídico*, a saber: el bien jurídico explícito y preponderante (vida, honor, integridad sexual, libertad individual, etc.), por un lado, y la libertad de autodeterminación y disposición de los propios intereses del sujeto pasivo, como bien jurídico implícito y adicional, por el otro. El primero es el bien jurídico principal; el segundo, un bien jurídico complementario. La libertad, como adelanté, trasunta todas las figuras delictivas que preservan bienes del individuo. Esta idea tiene en su *background* un concepto procedimental de bien jurídico actualizable al desarrollo de la persona de acuerdo a la configuración que va adquiriendo la sociedad en que vive. La libertad otorga al ciudadano (arg. art. 19 Const. nacional) la posibilidad de disponer de todos los bienes jurídicos de los que es exclusivo titular (el honor, la integridad sexual, la libertad

¹⁵ ALONSO ÁLAMO, MERCEDES (2007). “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, *Revista Penal*, n° 19, p. 20.

individual, incluso su vida) como mejor le parezca (v. gr., mantener relaciones sexuales masoquistas o de sometimiento sexual, fumar marihuana, comer comidas fritas, tirarse de un avión con paracaídas, hacerse cirugías estéticas, y hasta morir), en la medida que no se ofenda al orden público, ni se perjudique a un tercero.

Apelando a la teoría de la afectación plurisubjetiva de los hechos delictuosos que acabo de invocar, en la facilitación de la prostitución practicada con el consentimiento libre del trabajador o la trabajadora sexual no parece verse afectada, ni su libertad sexual, ni su libertad de autodeterminación, salvo que, desde luego, quien consienta sea incapaz.

Una aseveración del estilo “la dignidad de la persona se afirma objetivamente y se protege con independencia de la voluntad del titular”, seguida de la aclaración de que aquella no se apoya en “una posición de paternalismo jurídico”, si no es acompañada de razones consistentes que la justifiquen, se me presenta –sincera y respetuosamente- como un aserto puramente dogmático. ¿Qué clase de concepción, sino una meramente paternalista, sostendría que determinados intereses –como el que Alonso Álamo denomina “dignidad «secularizada»”, deben ser preservado más allá, o incluso en contra, de las preferencias del titular de ese objeto jurídico, aun cuando sea un interés absolutamente individual?

Conviene recordar que, por “*paternalismo*”, generalizadamente se entiende aquella concepción de quienes están tan convencidos de sus concepciones y preferencias,

que están dispuestos a imponer sus ideas sobre la felicidad y la salvación a los demás. Incluso mediante el uso de la fuerza. Se trata, muy probablemente, de verdaderos fundamentalistas, frecuentemente inconscientes de serlo, que no toleran la diversidad, a aquellos que no son sus congéneres, que tienen miedo —consciente o inconscientemente- de que los demás puedan cambiarlos, contaminarlos, «contagiarlos», «castrarlos», con su ideología, su sexualidad, su cultura, su religión. Los paternalistas no se limitan, de hecho, a creer que saben aquello que los demás deberían hacer para no desperdiciar su propia vida; por ejemplo, contribuir al progreso científico en lugar de dedicarse a jugar al póquer, ser valientes en lugar de ahogar las penas en alcohol o haciendo uso de heroína, trabajar mucho en lugar de ser ociosos. Muchos creemos saberlo. Los paternalistas sostienen que es deber del Estado imponer a todos, mediante el uso de la fuerza, la realización del ideal de salvación o de felicidad en el que ellos creen. No importa en qué Dios crean, o si no son creyentes. No importa qué culto religioso practiquen, o si practican solamente el culto de su propia persona¹⁶.

Y esto es, justamente, lo que –acaso sin advertirlo- propone quien promociona la idea de que ciertos intereses jurídicos individuales deben protegerse incluso en contra de la voluntad de su titular, y sin importar que se trate de un objeto que, como la dignidad del ser humano, supone el derecho de configurar el propio plan de vida con arreglo a los valores, intereses y preferencias que cada quien defienda.

Para finalizar, afirmaré que el “error”, si es que cabe esta expresión, de las concepciones paternalistas como las que –a mi ver- materializa la justificación del castigo de la prostitución consentida de adultos, en general, y la ayuda al ejercicio de ella, en particular, es

ontológico; esto es, no comprender que la única cosa que materializa el bien, el bienestar de una persona, el único bien o bienestar empírica o concretamente cognoscible, es aquel que la propia persona sostiene que materializa su bien o bienestar, en presencia —por ejemplo— de suficiente racionalidad, libertad de

¹⁶ MANIACI, GIORGIO (2020). *Contra el paternalismo jurídico*, traducción de Mauricio Maldonado, Madrid / Barcelona / Buenos Aires / São Paulo, Marcial Pons, p. 10.

presiones coercitivas, conocimiento de algunos datos relevantes y estabilidad de los deseos en el tiempo. El resto es ilusión, engaño. Peligrosa ilusión, porque implica la represión de los deseos de los demás individuos. No tiene mucho sentido imponer a los individuos ideales de salvación ultraterrena, basados en asunciones metafísico-trascendentes no demostradas y seguramente indemostrables (...). Cada uno es, por el contrario, responsable de su propia fe. Ciertamente, también las personas suficientemente racionales y libres de constricciones pueden ser infelices. Pero la infelicidad depende, en este caso, de la imposibilidad de materializar los propios deseos, no de no saber, dentro de los límites de lo humanamente posible, cuáles son¹⁷.

5. El concepto material de delito y el tipo legal del art. 125 bis del Cód. Penal argentino

El derecho del legislador a establecer penas, el *ius puniendi*, se desprende del art. 75, inc. 12, de la Const. nacional, en cuanto confiere al Congreso la atribución de dictar, entre otros, el Cód. Penal.

Pero con ello aún no se ha dicho nada sobre cómo tiene que estar configurada una conducta para que el Estado esté legitimado a penarla. Esta es la cuestión acerca del “concepto material de delito”¹⁸. Se trata de una noción previa al Cód. Penal y le suministra al legislador un criterio político-criminal sobre que el mismo puede y lo que debe dejar impune.

¿Cuáles son las exigencias se desprenden de dicho concepto material de bien jurídico?

En primer lugar, alegaré que, si admitimos que el Derecho penal tiene la misión de proteger bienes jurídicos, es indiscutible que resulta ilegítima la tipificación de conductas como, por ejemplo, la facilitación de la prostitución de una persona que libremente ha decidido ejercerla, que no menoscaban ni derechos individuales ni “bienes” en el sentido de estados vulnerables, protegibles y valiosos. En tipificaciones como éstas, “...falta una «real causalidad lesiva»; y por ello, ...sólo pueden entenderse como infracciones contra «conceptos generales» como la moral, pero no como lesiones de bienes jurídicos”¹⁹.

En segundo término, el concepto material de bien jurídico demanda que el interés que se pretende tutelar a través de determinada delictiva derive de la Const. nacional, la cual instituye un Estado social y democrático de Derecho basado en la *libertad del individuo* (arg. art. 19 Const. nacional). Ante esto, los bienes jurídicos se muestran como circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema (Roxin 1997: 56). La Ley Suprema argentina consagra, entre otros, los derechos a la integridad personal (art. 75, inc. 22, Const. nacional; art. 5, apartado 1, C.A.DD.HH.), a la libertad personal (personal (art. 75, inc. 22, Const. nacional; art. 7 C.A.DD.HH.) y a la dignidad inherente al ser humano (art. 75, inc. 22, Const. nacional; art. 5, apartado 2, 2ª disposición, C.A.DD.HH.), lo que, a mi ver, en materia sexual, supone la protección del daño, la libertad de decisión en esta materia y la facultad de configurar el propio plan de vida –en igual terreno- sin injerencias

¹⁷ MANIACI. *Contra el paternalismo jurídico*, p. 12.

¹⁸ ROXIN, Claus (1997). *Derecho penal. Parte General*, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, p. 51.

¹⁹ ROXIN. *Derecho penal*, p. 52.

arbitrarias del Estado o terceras personas. En la ejecución de la decisión de ejercer la prostitución adoptada autónoma y eficientemente por una persona mayor de edad no hay daño para el titular del derecho subjetivo, concurre el ejercicio de la libertad de decisión en lo relativo a la sexualidad y se verifica un plan de autorrealización personal configurado a partir de las propias preferencias, intereses y prioridades, sin que se lesionen derechos de terceros ni se instrumentalice a la persona en procura de finalidades virtuosas o deseables. Ergo, una tal decisión así tomada no puede ser tipificada penalmente, así tampoco puede serlo ninguna conducta de terceros dirigida –a través de la facilitación o ayuda- a la mejor materialización de aquella opción.

Vistas así las cosas, puede afirmarse, de modo razonable y con consistencia argumental, que la tipificación de la facilitación de la prostitución de una persona mayor de edad consintiente deviene arbitraria por no proteger el bien jurídico que dice tutelar, ni condicionar decisiones autorreferenciales de sujetos competentes pero que puedan lesionar derechos de terceros. La figura delictiva del art. 125 bis del Cód. Penal termina materializando, así, una disposición legal de justificación paternalista que, acaso por reputarla inmoral, castiga el ejercicio de una actividad decidido en función de las facultades inherentes a otro derecho de jerarquía constitucional de dicho sujeto, a saber: la dignidad inherente al ser humano.

La paradoja se muestra en plenitud si se piensa, al fin y al cabo, que tipificar la facilitación de la prostitución de una persona mayor de edad consintiente significa punir el allanamiento de los obstáculos para el ejercicio de la prostitución *libremente* decidido por un individuo competente, al socaire de que se lo hace para proteger la *libertad de autodeterminarse en materia sexual* de dicho sujeto.

6. El aporte del (o de los) feminismo(s)

El discurso feminista, en mi opinión, puede hacer una contribución de singular relevancia a la hora de pensar sobre estos tópicos.

Antes de detenernos en tal aporte, conviene realizar algunas aclaraciones preliminares.

Se habrá advertido que el título del presente apartado alude a “los” feminismos. La utilización del plural no es azarosa; antes bien, ella se inspira en la voluntad de remarcar que: “No existe un único feminismo, sino múltiples feminismos que convergen en un movimiento dinámico, no exento de contradicciones o polémicas; se trata de un movimiento plural y diverso”²⁰. Una buena prueba de esto es, justamente, la existencia de distintos posicionamientos dentro de los discursos feministas –que incluso adquieren antagonismos marcados-, en relación con los temas de la prostitución y el de la pornografía.

Desde luego que no es pertinente, en un artículo como el que aquí escribo, detenernos en la individualización de las diversas concepciones que convergen en el pensamiento feminista. Sin embargo, sí podemos remarcar algunos hitos y discusiones claves en dicha ideología respecto de la sexualidad en el siglo XX.

Según reseña Daich, durante el siglo XIX, al interior del pensamiento feministas se consolidaron distintas visiones en torno al sexo y la sexualidad, que fueron reactualizadas en el siglo XX en lo que se conoció como las *sex wars*, a saber: una serie de debates y

²⁰ DAICH, Deborah (2018). “Aportes de la antropología feminista para el debate local sobre la prostitución”, Runa, n° 39.1, enero-junio, p. 9.

posiciones encontradas entre los feminismos norteamericanos a partir de los años setenta, especialmente entre el movimiento antipornografía y la corriente “prosex”, que culminaría en un enfrentamiento público en la Conferencia de Barnard de 1982. Las diferentes posiciones feministas en orden a la prostitución

eran bien variadas, pero el debate entonces se polarizó en dos posturas contrarias. [...]De un lado se presentaba al sexo como la raíz de la opresión, y a la prostitución como el caso paradigmático, por lo que las prostitutas debían verse como víctimas de esa violencia, como objetos sexuales y pasivos. Del otro lado, se presentaba al sexo como fuente de poder y a la prostituta como símbolo de la autonomía sexual de las mujeres y amenaza potencial al control patriarcal de la sexualidad (...). Otras posturas piensan en el sexo como terreno de disputa antes que como campo fijo de posiciones de género y poder, por lo que el orden sexista imperante no es enteramente determinante. Por lo mismo, la posición de la prostituta no puede ser reducida a la de un objeto pasivo subordinado a las prácticas sexuales masculinas, sino que debe leerse como un espacio de agencia donde se negocia y se hace uso activo del orden sexual existente²¹.

A partir de todo cuando se acaba de anotar, puede advertirse el fundamento de mi afirmación inicial en orden a la enorme utilidad de los aportes feministas para la discusión en torno a la prostitución, entendiéndolo por ella –todo debe ser dicho, e incluso reiterado, como sucede con esta definición- la práctica social consentida consistente en la compra y venta de relaciones sexuales a cambio de un dinero entre dos personas adultas y capaces, pactadas voluntariamente por ambas. La estipulación se dirige a dejar fuera de estas consideraciones a hipótesis distintas como, por ejemplo, la trata de personas, la que, en términos criminológicos, supone un atentado contra libertad individual del ser humano.

También Heim destaca el valor de las aportaciones de los discursos feministas en relación con la polémica en torno a la prostitución, aunque denuncia, en sintonía con la posición que defiende en este texto, una cierta falta de apertura de aquéllos hacia la profundización de la tutela de los derechos de los trabajadores sexuales:

Las contribuciones de los movimientos feministas a los debates sobre prostitución y derechos humanos expresan una gran riqueza de matices, los cuales, de acuerdo a la manera en la cual se han venido presentando hasta ahora, han sido escasamente visibilizados. La parte de estos debates a la que se ha dado más peso se centra tan sólo en un aspecto de la discusión: el que se relaciona con la conceptualización de la prostitución como trabajo o como una expresión de la violencia contra las mujeres. Los ámbitos de discusión relacionados con la forma en que se deben reconocer, proteger y garantizar los derechos humanos de las mujeres que ejercen esta actividad, han sido menos atendidos y son aquellos en los que, entre las diferentes corrientes analizadas, se pueden trazar más conexiones y puntos en común²².

El debate feminista, pues, ha consolidado una dicotomía en torno a la cuestión de la prostitución, ubicando de un lado a quienes aseveran que la prostitución es una forma de violencia de género y del otro, a quienes la conciben como trabajo sexual. Y este afianzamiento de posiciones nítidamente distinguibles permite reparar de modo consistente en argumentos centrales a la hora de reflexionar sobre el tópico, los que, ciertamente, debe ser incardinados en el universo de razones de toda índole atinentes al asunto, las que **deben incluir también condicionamientos jurídicos** –como la ya

²¹ DAICH. “Aportes de la antropología feminista”, p. 11.

²² HEIM, DANIELA (2011). "Prostitución y derechos humanos", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 23, p. 251.

mencionada vigencia del derecho a la dignidad inherente al ser humano y la correlativa facultad de toda persona de configurar su propio plan de vida con arreglo a sus propias valoraciones e intereses-, que a veces han solapados en beneficio de argumentos sociológicos que se estiman preferentes.

Ahora bien, llegado a este punto, juzgo imprescindible poner de resalto una circunstancia dirimente, a la que ha me he referido y que es también subrayada por Gimeno Presa:

[E]n el debate sobre la prostitución ninguna de las posturas intervinientes mantiene posiciones moralmente neutrales. Sin embargo, ambas [posiciones, la prostitución como manifestación de la violación de género, y la prostitución como trabajo sexual] plantean la cuestión como si se tratase de un problema jurídico, político y económico subestimando la reflexión ética que debería preceder en orden lógico a las demás discusiones. Esta reflexión debería abarcar el análisis de las limitaciones y contradicciones que puede tener la ética del deber y si es necesario o no completar sus postulados con los de la ética de la virtud a la hora de resolver cuestiones tan controvertidas y complejas como es la prostitución. Debería, además, estudiar si el comportamiento sexual debe ser enjuiciado con los mismos elementos con los que se valora cualquier otra relación humana o si existen razones para considerar que dicho comportamiento posee una estructura y naturaleza específica que justifica su valoración a través de una moral sexual especial²³.

Esta discusión sobre el “estatuto moral” de la prostitución consentida de adultos es, reitero, imprescindible; y lo es, aún, porque ella vincula de manera íntima con las diferentes regulaciones jurídicas en materia de prostitución.

Con todo, y aunque parezca un contrasentido –que considero meramente aparente- es conveniente subrayar que un tal debate ético en torno a la prostitución o trabajo sexual ha de admitir, como alternativa razonable, pronunciamientos en el sentido de la neutralidad moral del trabajo sexual consentido por parte de adultos, en virtud de tratarse de un asunto que concierne al ejercicio de un derecho “autorreferente” por parte de una persona competente y que no ofende derechos de terceros. Un debate referido a esta actividad practicado en términos dicotómicos “moral / inmoral” parecería convalidar posicionamientos paternalistas incompatibles con el derecho a la autodeterminación de toda persona adulta y competente.

En esta última sede de análisis, se pueden distinguir cuatro modelos, a saber: el reglamentarismo, el prohibicionismo, el abolicionismo y la legalización o modelo laboral. El abolicionismo –que es la orientación que sigue la República Argentina- y el prohibicionismo, aunque también el reglamentarismo, comparten una condena moral a la prostitución, por lo que promocionan su eliminación o, al menos, su control. Los dos primeros de estos paradigmas consideran a la prostitución un mal social que debe erradicarse por resultar “incompatible con la dignidad humana”. En cambio, el reglamentarismo asume a la prostitución como un “mal inevitable” que, en cuanto tal, reclama el control estatal en tutela de la salud y el orden público”. Distinta es la situación del modelo reglamentarista que –a partir del impulso de las organizaciones de trabajadoras sexuales desde los años setenta y ochenta del siglo pasado- se aparta de aquella condena moral de la prostitución y propone el reconocimiento de la oferta de servicios sexuales como una actividad económica legítima cuya legalización conduciría a acabar con la clandestinidad, la violencia y la marginalidad en la que viven las personas que participan del mercado del sexo. Podría decirse que esta postura se apoya en la

²³ GIMENO PRESA, M^A CONCEPCIÓN (2018). “La argumentación a favor del trabajo sexual y sus implicaciones éticas”, *Opinión Jurídica*, vol. 17, n° 33, Enero-Junio, p. 94.

consideración de los derechos sexuales como verdaderos derechos humanos fundamentales, y brega por la defensa de las libertades individuales y del derecho al trabajo; incluido, desde luego, el trabajo sexual. El paradigma, en sus distintas variantes, es complaciente con la legalización de la prostitución por cuenta propia o ajena, el derecho a la compra de servicios sexuales y la licitud del comercio sexual. El modelo reglamentarista, en suma, se alinea con la lucha de las organizaciones de trabajadoras sexuales en procura de la exclusión de los mismos derechos que la sociedad confiere al resto de los trabajadores sobre la base del reconocimiento del trabajo sexual como una actividad legítima y de la despenalización de los negocios relacionados con la prostitución, que debería ser regulada por disposiciones del Derecho civil y el Derecho laboral, y no por normas jurídico-penales.

Me permito una breve digresión en este punto para señalar que, en mi opinión, la “*neutralidad moral*” –expresión, esta, que estimo más prudente que la de “*legitimación moral*”- del trabajo sexual que podría predicarse respecto del modelo reglamentarista es plausible porque, para quienes consideran que una condición indispensable para criminalizar legítimamente una conducta es su inmoralidad –algo que, no obstante, reputo cuestionable, pues la culpabilidad penal es una **culpabilidad jurídica y no moral**-, el ejercicio consentido de la prostitución de personas adultas carecería de la contrariedad con normas morales no jurídicas imprescindible para su válido castigo penal, con la adicional ventaja de poner el foco de la discusión en las condiciones y los derechos laborales de individuos ejercitantes de su derecho constitucional a configurar su propio plan de vida de modo autónomo.

Retornando a los discursos feministas, puntualizaré que, analizando el “estado del arte” del problema de la prostitución en el marco de los Encuentros Nacionales de Mujeres que se realizan todos los años en una ciudad distinta de la Argentina, con miles de mujeres – algunas de las cuales se identifican en distintos grados con los postulados feministas– que, por tres días, discuten en diversos talleres las problemáticas que consideran más relevantes para el movimiento de mujeres, Martynowskyj informa:

Podría aventurar, como hipótesis, que se está empezando a pensar –no sin tensiones ni resistencias– al sexo comercial como un derecho sexual, y que se está nucleando un activismo, con perfil de disidencia sexual, a su alrededor. La conformación del Frente de Unidad Emancipatorio por el Reconocimiento de los Derechos de lxs Trabajadores Sexuales en Argentina (Fuertsa), en 2016, y la participación, por primera vez, de las trabajadoras sexuales en la Marcha del Orgullo LGBTTIQ (en Buenos Aires, Santiago del Estero y Mar del Plata), bajo el slogan “Orgullosa de ser puta”, dan cuenta de eso²⁴.

En este sentido, cabe anotar que

la figura de la víctima parecía ser el único punto de partida posible, dentro del movimiento de mujeres y feminista[s] ..., para la subjetivación y la acción política de las mujeres que hacen sexo comercial. Esto excluía del campo de la subjetividad a las mujeres que se autopercibían como trabajadoras sexuales. Sin embargo, en el contexto actual, la reciente emergencia de la figura de la “puta feminista” da cuenta del intento de las trabajadoras sexuales de relacionar sexo comercial y derechos

²⁴ MARTYNOWSKYJ, ESTEFANÍA (2018). “Prostitución y feminismo(s). Disputas por el reconocimiento en los Encuentros Nacionales de Mujeres (Argentina, 1986-2017)”, *Sexualidad, Salud y Sociedad*, n° 30, p. 35.

*sexuales, apropiándose del estigma para subvertirlo y reclamar su lugar dentro del feminismo, en una nueva tentativa por ser reconocidas como sujetos de derechos*²⁵.

Con arreglo a mi parecer, esto es saludable, pues posibilita un debate más profundo sobre un problema complejo, que se desliga de posicionamientos morales concluyentes en torno a la prostitución consentida de personas adultas, allanando el camino para una discusión en la que el derecho a la dignidad inherente a todo ser humano y la correlativa facultad de configurar el propio plan de vida de modo autónomo no resulten razones inanes, no pertinentes, inconsistentes o de peso muy relativo. En mi opinión, la vigencia del derecho a la dignidad, así entendido, ha de revestir una relevancia fundamental en el terreno de la reflexión sobre la legitimidad o falta de legitimidad de criminalizar una conducta sin trascendencia lesiva para los derechos de terceros.

7. Una reflexión final

Asumo que, llegado a este punto, debo ejercer una prudencia a la que no estoy acostumbrado. No me extenderé más.

Con todo, haré mías las palabras de Lora:

*[E]xiste la prostitución voluntaria; la prostitución no equivale «por definición» a esclavitud. En todo caso, puestos a considerar la prostitución como algo esencialmente denigrante o indigno para los seres humanos (equiparable a la compraventa de órganos, por ejemplo) la actitud coherente por parte del Estado no es la «desregulación» (que implica que la prostitución no es delito pero no se ampara jurídicamente a quien la ejerce), sino la prohibición bajo la amenaza de la sanción penal. Esa es la respuesta, con todo, de un Estado perfeccionista que trata de que los ciudadanos desarrollen sólo aquellos planes de vida que se estiman deseables o virtuosos, lo cual conlleva una restricción insoportable del ideal de la libertad individual*²⁶.

Ante esto, el castigo de las conductas promotoras o facilitadoras del ejercicio de la prostitución libremente decidido por una persona mayor de edad y competente para configurar su propio plan de vida importa reprimir comportamientos que se orientan a posibilitar el mejor ejercicio del derecho a la libertad sexual y a la dignidad humana, y que lo hacen *sin perjuicio o daño alguno a los derechos de terceros*.

El concepto material del delito excluye esta paternalista tipificación de conductas que parecieran ser reprochadas por el legislador en virtud de la exclusiva razón de reputarlas poco virtuosas o moralmente tachables.

Es tiempo de que nos permitamos un debate profundo sobre la legitimidad de la criminalización del trabajo sexual consentido entre adultos, que no se vea encorsetado por posicionamientos morales incuestionables en torno a la prostitución, que abrevé decididamente en los importantísimos aportes de los discursos feministas y que no deje de parar mientes en el programa constitucional que consagra la totalidad de los derechos fundamentales de los que es titular la persona humana.

²⁵ MARTYNOWSKYJ. “Prostitución y feminismo(s)”, p. 47.

²⁶ DE LORA, Pablo (2007). “¿Hacernos los suecos? La prostitución y los límites del Estado”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 30, p. 469.