

UNIVERSIDAD SIGLO 21



TRABAJO FINAL DE GRADO
ABOGACÍA

**PROSTITUCIÓN Y TRABAJO
SEXUAL AUTÓNOMO:
LAGUNAS NORMATIVAS EN LA
REGULACIÓN LEGISLATIVA.**

AUTOR: Luciano Paoni.
LEGAJO: VABG56851
TUTOR/A: Guadalupe Lanzaco.

Córdoba, Argentina.2019.

Resumen

La investigación tuvo como objetivo principal analizar el estatus normativo de la prostitución en Argentina y la procedencia de su categorización como trabajo sexual autónomo. Se utilizó un método cualitativo y un análisis interpretativo, utilizando información de diversas fuentes, entre ellas: legislación, jurisprudencia y doctrina, tanto nacional como extranjera, recomendaciones de la OIT, informes y resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), artículos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), etc. La actividad mencionada es lícita en nuestro derecho, no existe ninguna norma que la prohíba, sin embargo existen figuras jurídicas relacionadas con ella que prohíben determinados supuestos expresamente. Sumado a ello existen reclamos sociales plasmados en proyectos de actual tratamiento en el Congreso de la Nación Argentina que promueven su categorización como "trabajo sexual", como "trabajo sexual autónomo" y otros, que en contraposición, impulsan normas que incrementan la penalización de la actividad. La hipótesis se centra en la posible existencia de una laguna normativa, las cuales consisten en la ausencia de normas que den tratamiento legislativo a una materia concreta.

Palabras clave: prostitución, lagunas normativas, trabajo sexual autónomo.

Abstract

The main objective of the research was to analyze the normative status of prostitution in Argentina and the origin of its categorization as autonomous sex work. A qualitative method and an interpretive analysis were used, using information from various sources, including: legislation, jurisprudence and doctrine, both national and foreign, ILO recommendations, reports and resolutions of the United Nations (UN), articles of the World Health Organization (WHO), etc. The aforementioned activity is lawful in our law, there is no rule that prohibits it, however there are legal entities related to it that prohibit certain cases expressly. Added to this there are social claims reflected in current treatment projects in the Argentine National Congress that promote its categorization as "sexual work", as "autonomous sexual work" and others, which in contrast, promote norms that increase the penalty of the activity. The hypothesis focuses on the possible existence of a regulatory gap, which consists of the absence of rules that give legislative treatment to a specific subject.

Key words: Autonomous sex work, regulatory lagoon, labor law.

Índice

	<i>Pág.</i>
❖ <i>Introducción.</i>	4.
❖ <i>Capítulo I: Bases normativas.</i>	6.
- Introducción	
1.1- Modelos Socio-Jurídicos de regulación en el derecho comparado.	6.
1.2- Conceptos básicos sobre la prostitución.	10.
1.3- La constitución argentina y el bloque de constitucionalidad.	11.
1.4- Disposiciones de leyes nacionales.	13.
1.5- Disposiciones en leyes provinciales. La provincia de Córdoba.	15.
❖ <i>Capítulo II: Análisis del régimen laboral Argentino. ¿La prostitución puede ser considerada un “trabajo sexual” o en su caso un “trabajo sexual autónomo”?</i>	16.
- Introducción.	
2.1- Derecho del trabajo.	17.
2.2- Trabajo. Conceptos y características.	18.
2.2.1. Trabajo humano.	18.
2.2.2. Trabajo en la L.C.T. Ley N 20.744 Régimen de Contrato de Trabajo. Honorable Congreso de la Nación Bs. As., 13/5/1976.	18.
2.2.3 Trabajo autónomo.	21.
2.3 Implicancias en la prostitución.	21.
❖ <i>Capítulo III: El Código Civil y Comercial de la Nación como fuente alternativa para el trabajo autónomo.</i>	24.
Introducción	

3.1- El contrato de obras y servicios.	24.
3.1.1. Definición.	24.
3.1.2 La prestación de servicio como obligación “de hacer”.	25.
3.1.3 Ejecución del hecho y la posible incorporación de un tercero.	27.
3.1.4 Obligaciones del prestador.	27.
3.1.5 Incumplimiento del prestador. La ejecución forzada.	28.
3.1.6 Obligaciones del Comitente.	30.
3.1.7 Riesgos de contratación.	30.
3.2- Conclusiones parciales.	31.
❖ Capítulo IV: Jurisprudencia.	32.
Introducción.	
4.1- Fallo N°1.	32.
4.2- Fallo N°2.	33.
4.3- Fallo N°3.	33.
4.4- Fallo N°4	37.
❖ Conclusiones.	37.
❖ Bibliografía.	43.
- Legislación.	
- Jurisprudencia.	
- Doctrina.	

Introducción

La investigación está dirigida hacia el fenómeno de la prostitución en Argentina, específicamente la modalidad autónoma de una persona que voluntariamente trabaja sexualmente. En la actualidad existen fuertes reclamos en búsqueda de un mayor reconocimiento de derechos hacia quien ejerce la prostitución, uno de ellos es el impulsado como proyecto de ley ante el Congreso de la Nación por la Asociación de Mujeres Meretrices de Argentina (AMMAR) denominado “regulación del trabajo sexual autónomo”. Por otro lado existen posturas que expresan y persiguen objetivos totalmente antagónicos y cuya trascendencia también ha logrado llegar a nuestro Congreso Nacional.

En la actualidad la prostitución y el estatus jurídico con el que cuenta son foco de un intenso debate, cuenta de ello son los reclamos efectuados por la sociedad, los cuales presentan lineamientos e implicancias jurídicas diferentes. Respecto a ello podemos mencionar que un sector de la sociedad (en el cual muchas personas son protagonistas directos de la actividad) cuestiona la legislación de nuestro país en cuanto a la prostitución y reclama que se ajuste a sus necesidades (categorizar la prostitución como trabajo sexual autónomo); en contrapartida existen posturas y proyectos jurídicos que no consideran a la prostitución como un “trabajo” y lo conciben como una actividad que obstruye los esfuerzos por erradicar la trata de personas; paralelamente a ello encontramos las disposiciones normativas vigentes de nuestro ordenamiento jurídico y sus implicancias.

Podemos observar que la prostitución es una actividad que se ejerce en nuestro país y es lícita conforme al derecho, sin embargo, como detallaremos a continuación existen prohibiciones que afectan algunos aspectos de la actividad. Actualmente el ordenamiento argentino no cuenta con normas que brinden regulación concreta a la materia. A raíz de ello la problemática de nuestra investigación recae sobre la pregunta ¿Cómo está regulada la prostitución en argentina?

En base a lo expuesto nuestro objetivo principal será analizar las normas y principios consagrados en nuestro derecho y determinar qué tratamiento se le otorga a la prostitución.

Nuestra hipótesis se centra en la posibilidad de que exista una laguna normativa respecto a su regulación, las mismas consisten en la ausencia de normas que den tratamiento legislativo concreto sobre determinada materia.

Como objetivos particulares a seguir, para cumplir el mencionado objetivo, nos propondremos examinar: las disposiciones internacionales y las bases constitucionales; las implicancias de concebir a la prostitución como un “trabajo” mediante el análisis de la Ley de Contrato de Trabajo y el Código Civil y Comercial; exponer normas consagradas en las leyes nacionales y las dispuestas en la legislación provincial de Córdoba; por ultimo analizar argumentos de exposiciones doctrinales y la jurisprudencia existente.

En cuanto al marco metodológico el trabajo se centra en realizar un estudio de tipo exploratorio, ello surge de las características de la temática elegida y su relación con nuestro ordenamiento jurídico. Al analizar esto nos encontramos con aspectos determinantes para optar por este tipo de estudio, ejemplo de ello es nuestra hipótesis, que plantea la posibilidad de que exista una ausencia de normas que regulen de forma concreta la actividad, es decir, naturalmente nos encontramos con un escaso desarrollo jurisprudencial y doctrinario en nuestro derecho, situación por la cual abordaremos un análisis exploratorio de diferentes regulaciones aplicadas al trabajo sexual en el derecho comparado. El método a utilizar es cualitativo, la connotación social del trabajo sexual es insoslayable, sus implicancias en las personas involucradas debe ser el principal parámetro de valor a la hora de analizar las instituciones jurídicas que se aplican, o en nuestro caso las que no se aplican. Los impactos de estas elecciones se traducen directamente a la realidad de los miembros de nuestra sociedad, a veces con resultados positivos y otras veces en forma de perjuicios. Para descubrir estos parámetros abordaremos la temática desde un análisis interpretativo, de la situación normativa en la que se encuentra la prostitución, dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Lo expuesto anteriormente, referido a la metodología, resulta indispensable para la investigación que nos ocupa, dadas las características de la temática elegida y las controversias que puede generar, nuestro enfoque es de carácter objetivo. De acuerdo a esto los argumentos que se desarrollan están despojados de toda expresión y perspectiva ideológica, moral e incluso política, el trabajo que nos ocupa se limita a un análisis técnico-

jurídico de la situación normativa que nuestro ordenamiento presenta respecto a la temática planteada.

❖ *Capítulo 1: Bases Normativas.*

Antes de comenzar con el análisis específico de las bases normativas vigentes, expondremos una breve reseña histórica. Siguiendo al Dr. Juan Carlos Romi podemos observar que en nuestro país la prostitución se reglamentó en 1824 como una regulación estatal del ejercicio de la prostitución en casas de tolerancia. En 1935 esto se modificó por una ordenanza municipal en la Capital Federal de connotación “abolicionista”, suprimiendo las casas de tolerancia donde se ejerza la prostitución. En consonancia la ley 12331 Profilaxis Antivenérea, sancionada el 17/12/1936 y publicada en el B. O. 11/1/1937, en su artículo 15 dispuso “queda prohibida en toda la república, el establecimiento de casas de tolerancia o locales donde se ejerza la prostitución o se incite a ella.”¹ A principios de 1944 por ley 10638, se modifica el artículo mencionado, exceptuando al anterior en aquellos lugares donde el funcionamiento fuera autorizado por la Dirección Nacional de Salud Pública, con aprobación del Ministerio del Interior, sujetándose a las normas que se impongan por reglamentación; de esta manera se imponía un abolicionismo con tinte reglamentarista, en ciertas circunstancias. Luego mediante el artículo 17 expresó que “los que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente casas de tolerancia, serán castigados con una multa de doce mil quinientos a ciento veinticinco mil pesos.”² En 1944, se modifica dicha disposición, estableciendo que el simple ejercicio de la prostitución por la mujer en su casa, en forma individual e independiente, si afectar el pudor público no constituye delito alguno (por López, Daniela Alejandra).

1.1- Modelos Socio-Jurídicos en el derecho comparado.

Respecto a las exposiciones doctrinales sobre la prostitución, internacionalmente se reconoce la existencia de tres modelos jurídicos principales, la mayoría de los países se basan en alguno de ellos, según sus perspectivas e intereses, para adecuar sus lineamientos

¹ Art.15 Ley N° 12.331 Profilaxis antivenérea. Honorable Congreso de la Nación 1936

² Art.17 Ley N° 12.331 Profilaxis antivenérea. Honorable Congreso de la Nación. Modificado.

normativos. La elección de cada uno importa la definición de una postura socio-jurídica frente a la prostitución. En tal sentido, adhiriendo lo postulado por Garrido Guzmán en “La prostitución, claves básicas para reflexionar sobre un problema”, podemos mencionar los siguientes sistemas:

Prohibicionismo.

Bajo este sistema, el Estado sanciona penalmente a todas y cada una de las tres partes que necesariamente intervienen en el ejercicio de la prostitución, a saber, persona prostituida, cliente y, de existir, al proxeneta. De acuerdo con esta regulación, la persona prostituida es considerada delincuente y no víctima de la prostitución.

Argumentos a favor de este sistema: Se señala la necesidad de que el Estado se implique en la solución de un problema de corrupción y vicio mercantilizado, que puede afectar a mujeres y jóvenes de ambos sexos que estuvieran en círculos próximos a la prostitución.

Argumentos en contra de este sistema: La prohibición, lejos de controlar el problema, favorece el ejercicio clandestino de la actividad y la aparición de organizaciones explotadoras de la prostitución.

Escasos son los países que adhieren plenamente a este modelo, no obstante encontramos como ejemplo la normativa de Irlanda.

Abolicionismo.

Surge como consecuencia de los debates abanderados por la Federación Abolicionista Internacional, fundada en 1875 bajo los auspicios de la feminista Josefina Butler, para luchar contra la reglamentación de la prostitución, y cuyos principios fueron incorporados al texto del Convenio de Naciones Unidas del 2 de diciembre de 1949. Bajo este sistema, el ordenamiento jurídico despenaliza el ejercicio de la prostitución y la persona que se prostituye pasa a ser considerada víctima de la propia actividad. Las normas penales tipifican exclusivamente la conducta de quienes se benefician de la prostitución ajena, sin que en la valoración de los hechos se tenga en cuenta la existencia o no de consentimiento por parte de la víctima.

Abolicionismo, en la definición de Daniela Heim y Nuria Monfort, tiene como eje la criminalización de todas las formas de explotación de la sexualidad ajena, pero siempre dejando impune a la prostituta.³

Los principales países que adoptan este modelo son Suecia, Noruega, Islandia o Reino Unido.

Argumentos a favor de este sistema: Los defensores del sistema abolicionista pretendieron asimilar la lucha por la eliminación de la esclavitud, con las campañas emprendidas para acabar con la reglamentación de los burdeles y las circunstancias que favorecían su ejercicio por parte de millones de mujeres. Con la implantación de este sistema se pretende evitar el comercio sexual de las personas, aboliendo para ello toda reglamentación relativa a la prostitución, cerrando los espacios donde se practica y suprimiendo la inscripción de prostitutas en registros policiales y sanitarios.

Argumentos esgrimidos en contra de este sistema: Los detractores de este sistema destacan que, entre otros inconvenientes, la abolición de la prostitución favorece el ejercicio clandestino de todas las formas de prostitución, aumenta las ganancias de los explotadores y agrava los riesgos para la salud de las personas que ejercen la prostitución.

Reglamentista.

El sistema reglamentista se sustenta sobre la base de considerar el fenómeno de la prostitución como un hecho inevitable, cuya existencia ha de ser aceptada por la sociedad. En ese sentido, la regulación accede a establecer un sistema de control de la actividad mediante el confinamiento de algunos de los elementos que intervienen en la misma. Consiste normalmente en delimitar los espacios públicos y privados, sus horarios y características. Identifica y registra la oferta, a través de licencias o credenciales, y partiendo del reconocimiento del riesgo de contagio de infecciones de transmisión sexual, arbitra un sistema de control médico, establece los mecanismos de supervisión, e intenta identificar los lugares clandestinos de comercio sexual. Bajo este sistema, las personas que se prostituyen se someten a controles públicos, especialmente de carácter sanitario, estando prohibida y

³ Heim, Daniela y Monfort, Núria, “Vigilar y Castigar: las nuevas propuestas de políticas públicas para la prostitución en Europa”, en Revista Nueva Doctrina Penal, n° 2005/B, Buenos Aires, 2005, pp. 771–812.

sancionada la prostitución clandestina ejercida al margen del control público. Sin embargo, quedan fuera de cualquier tipo de control quienes demandan este tipo de servicios.

Alemania, Grecia y Holanda son los principales exponentes de este sistema.

Argumentos a favor de este sistema: La principal ventaja que ofrece este sistema radica en que facilita el control sanitario sobre quienes trabajan sexualmente, de forma que se pueda combatir de manera más eficaz la propagación de enfermedades de transmisión sexual.

Argumentos esgrimidos por los detractores de este sistema: Quienes se oponen a la reglamentación de la actividad argumentan, que la misma favorece el establecimiento de redes ilegales de prostitución y, consecuentemente, la consolidación de la actividad como oficio profesional a costa de la dignidad de las mujeres que se ven forzadas a prostituirse, ya que hace de la prostitución un servicio social necesario ejecutado por una clase separada de mujeres e integra ese "trabajo" a una estructura social a través de la imposición de contribuciones, revisiones de salud y otras medidas administrativas, al tiempo que minimiza la violencia real que la mayoría de las mujeres experimentan en la prostitución.

Expuestos los diversos sistemas, resulta pertinente hacer una salvedad, el presente trabajo no refiere a ninguna valoración sobre la toma de posturas ideológicas, sociológicas o jurídicas respecto a los mencionados sistemas, nuestra labor parte de las posturas y medidas ya adoptadas por nuestro ordenamiento, en base a ello se analizara, teniendo como referencia los derechos fundamentales consagrados por las normas y principios de nuestro derecho, su estatus normativo en particular. En este sentido Argentina adopta el modelo abolicionista respecto a la prostitución, nuestra tarea no tiene como foco elaborar un juicio de valor respecto a dicha elección, lo que se pretende es analizar la forma en la que se aplica ese sistema en nuestro derecho, en qué medida se ajusta a los preceptos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico en particular y las consecuencias que de ello devienen.

Ahora bien, al iniciar el abordaje de las bases normativas referidas a la prostitución, resulta pertinente definir los conceptos que utilizaremos. La temática que nos ocupa puede presentar confusiones en cuanto a su delimitación y relación con otras actividades, atentos a

ello buscaremos en la exposición de los conceptos más relevantes obtener las bases que nos aporten claridad en el análisis y en el razonamiento, así como las principales normas de nuestro ordenamiento jurídico aplicables a la temática.

1.2- Conceptos básicos.

En nuestra legislación no se encuentra vigente una normativa que regule la prostitución, mucho menos que la defina, este concepto a lo largo del tiempo ha ido evolucionando.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la prostitución o Trabajo Sexual Comercial (TSC) como toda "actividad en la que una persona intercambia servicios sexuales a cambio de dinero o cualquier otro bien" (OMS 1989, citada en CONAPO 1994: 761).

Por su parte la Organización de Naciones Unidas (ONU) designa bajo el término prostitución, a los efectos jurídicos:

A toda persona de uno y otro sexo que percibiendo una remuneración cualquiera, en especie o en natura, se entrega de una manera habitual y en la forma que sea, durante toda o una parte de su tiempo, a contactos sexuales, normales o anormales, con diferentes personas, de su mismo sexo o de sexo opuesto.⁴

En cuanto a doctrina, Manuel Ossorio define a la prostitución como “el ejercicio de comercio carnal mediante precio” (Ossorio, 1994, p. 806). Buompadre, citando a Núñez, refiere a la prostitución como “la depravación de los motivos generadores del trato sexual. No hay prostitución diferenciable de la corrupción sin entrega habitual indeterminada y venal” (Buompadre, 2009, p. 412). También afirma que es un “trato sexual, promiscuo y por precio” (Buompadre, 2009, p. 413).

En la actualidad existen posturas que reclaman se categorice a la prostitución como trabajo sexual autónomo. Existen proyectos de ley que entienden al mismo como “la actividad voluntaria y autónoma de ofrecer y/o prestar servicios de índole sexual, a cambio de un pago, para beneficio propio.”⁵

⁴ Resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Tokio 1958, Nueva York, 1958, p. 19. Citado en Barba Álvarez, Rogelio, Delitos Relativos a la Prostitución. Ángel Editor. México, 2003, p. 98.

⁵ Fundamentos del Proyecto de ley Nacional para el trabajo sexual autónomo, AMMAR.

Amnistía internacional refiriendo a la utilización del término “trabajador/a sexual” designa a toda persona, mayor de 18 años, que obtiene dinero o bienes como contraprestación de sus servicios sexuales, bajo consentimiento, regular u ocasionalmente (Amnistía internacional 2016).

Ahora bien, la prostitución en nuestro ordenamiento jurídico (en tanto no se configuren los tipos delictivos que detallaremos a continuación) es una actividad lícita, sin embargo a la hora de considerarla como un “trabajo” las implicancias son diferentes. En el presente trabajo analizaremos la situación normativa de la prostitución en Argentina y si en base a ello es procedente categorizarla como “trabajo sexual” o en su caso como “trabajo sexual autónomo”.

1.3- La Constitución Argentina y el bloque de constitucionalidad.

La Constitución Nacional es la ley fundamental, funciona como base o sustento jurídico del ordenamiento, el cual debe adecuarse y ajustarse a su preceptiva (Bottoni, María Alejandra y Navarro, Marcelo Julio, “El control de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”).

En la tutela constitucional sobre el trabajo encontramos el derecho de todos los habitantes de la nación a trabajar y ejercer toda industria lícita⁶. Para garantizar esto la carta magna establece que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes.⁷ De este artículo podemos interpretar la función de protección y garantía de los derechos que debe llevar a cabo el estado.

En consonancia observamos que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.”⁸ En el mismo artículo se expresa el principio de reserva: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”⁹ Este principio es un pilar fundamental de nuestro ordenamiento, y también lo es en nuestra investigación, ya que es en virtud de su mandato

⁶ Art 14 Constitución Nacional Argentina (1994). Honorable Congreso de la Nación.

⁷ Art 14 bis. Constitución Nacional Argentina (1994). Honorable Congreso de la Nación.

⁸ Art 19 Constitución Nacional Argentina (1994). Honorable Congreso de la Nación.

⁹ Art 19 Constitución Nacional Argentina (1994). Honorable Congreso de la Nación

que establecemos la premisa de licitud del trabajo sexual en su modalidad autónoma, es decir, al no existir ninguna norma expresa que establezca la prohibición o ilegalidad de la mencionada prestación, nadie puede ser privado de desempeñarla y consecuentemente goza de los derechos y garantías otorgados por el ordenamiento a aquellas actividades análogas.

Continuando con lo expuesto anteriormente destacamos el principio de igualdad consagrado en nuestra carta magna, el cual consagra que “todos los habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad.”¹⁰ Este derecho reviste gran importancia si tenemos en cuenta que una persona al elegir desempeñar una actividad lícita, en virtud de este principio, deberá ser amparada por todos los derechos, garantías y obligaciones consignados por el ordenamiento jurídico.

Por otro lado el artículo 75 inc. 22 establece la integración del bloque de constitucionalidad por los tratados internacionales a los cuales adhiere y detalla.

Así encontramos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.”¹¹ Además establece:

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad¹²

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) también se expide al respecto y dispone que los estados miembro “reconozcan el derecho al trabajo, que incluye el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante el trabajo que escoja o acepte, y tomarán medidas apropiadas para salvaguardar este derecho.”¹³

¹⁰ Art 16 Constitución Nacional Argentina (1994). Honorable Congreso de la Nación

¹¹ Art 23. Naciones Unidas, “Universal Declaration of Human rights” disponible en <http://www.un.org/es/universal-declarationhuman-rights/index.html> (último acceso 25 de Octubre del 2018).

¹² Art. 22. Naciones Unidas, “Universal Declaration of Human rights” disponible en <http://www.un.org/es/universal-declarationhuman-rights/index.html> (último acceso 25 de Octubre del 2018).

¹³ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights” disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx> (último acceso 25 de Octubre del 2018).

1.4- Disposiciones de leyes nacionales en relación al trabajo sexual.

Existen actividades contempladas y prohibidas por nuestro Código Penal Argentino, que están relacionadas a la actividad que nos ocupa, a continuación enunciaremos algunas de estas figuras con el objetivo de poder vislumbrar tanto las implicancias como las diferencias respecto a la prostitución en sí misma, es decir la ejercida con la voluntad de la propia persona:

-Proxenetismo: Nuestra normativa lo define como

aquel que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos promoviere o facilitare la prostitución de mayores de dieciocho años de edad mediando engaño, abuso de una relación de dependencia o de poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción.¹⁴

Esta actividad se encuentra prohibida y configura un delito tipificado por nuestro código penal vigente. Quien lleve a cabo la comisión del delito es denominado bajo el término “Proxeneta”.

-Trata de personas: es entendido como “el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países.”¹⁵ Al igual que la figura que antecede, esta actividad está prohibida y configura un delito tipificado en nuestro ordenamiento, de igual manera las organizaciones internacionales y el derecho internacional realizan múltiples esfuerzos por combatir esta actividad.

-Oferta pública de servicios sexuales: Comprende los “avisos que promuevan la oferta sexual o hagan explícita o implícita referencia a la solicitud de personas destinadas al comercio sexual, por cualquier medio, con la finalidad de prevenir el delito de Trata de Personas con fines de explotación sexual y la paulatina eliminación de las formas de

¹⁴ Art. 126 Código Penal Argentino. Modificado por Ley 25.087. Honorable Congreso de la Nación 1999.

¹⁵ Art. 1 Ley 26.842 Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas (2012). Modificaciones Código Penal, Código Procesal Penal y Ley N° 26.364. Honorable Congreso de la Nación.

discriminación de las mujeres.”¹⁶De igual forma están prohibidos en toda la República los “establecimientos de casas o locales donde se ejerza la prostitución, o se incite a ella.”¹⁷

En cuanto a este apartado, resulta pertinente analizar el impacto que produce. Como podemos observar la norma establece una gran limitación y condicionante respecto al ámbito de actuación que deja para quien ejerce la prostitución. Si nuestro ordenamiento jurídico estableciera la ilicitud de la prostitución, estas últimas dos normas resultarían coherentes, ya que la ley estaría persiguiendo toda expresión de la hipotética actividad delictiva. Sin embargo en nuestro ordenamiento jurídico la actividad que nos ocupa es lícita, por lo que la prohibición de oferta pública de servicios sexuales y de establecimientos que involucren la actividad son disposiciones que atentan directamente contra el ámbito de actuación de la persona que desempeña el labor, a tal punto que quien presta el servicio no puede disponer de recursos esenciales como lo son un lugar de trabajo u ofertas públicas de sus servicios, sin incurrir en un delito.

1.5- Disposiciones en leyes provinciales. La provincia de Córdoba.

“Las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal;”¹⁸dictan su propia constitución, asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero;¹⁹ crean sus propias instituciones y se rigen por ellas.²⁰ Conforme a ello existen normas en las legislaciones provinciales que serán aplicables a las personas que, dentro de su jurisdicción, incurran en la actividad de comercio sexual. En virtud de la mencionada facultad de complementariedad normativa el código de convivencia ciudadana de la provincia de Córdoba dispone una serie de normas que refieren a la prostitución.

En primer lugar, en el código de convivencia ciudadana de la provincia de Córdoba, encontramos los actos contrarios a la decencia pública. El código prevé sanción

Hasta tres días de trabajo comunitario, multa de hasta seis unidades de multa o arresto de hasta tres días a los que en la vía pública, lugares abiertos al público o lugares

¹⁶ Art. 1 Decreto 936/2011 Protección integral a las mujeres. Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.) Julio 2011.

¹⁷ Art.15 Ley N° 12.331 Profilaxis antivenérea. Honorable Congreso de la Nación 1936.

¹⁸ Art 121 Constitución Nacional Argentina (1994). Honorable Congreso de la Nación.

¹⁹ Art 122 Constitución Nacional Argentina (1994). Honorable Congreso de la Nación.

²⁰ Art 123 Constitución Nacional Argentina (1994). Honorable Congreso de la Nación.

públicos profirieren palabras o realizaren gestos o ademanes contrarios a la decencia pública.²¹

En consonancia con lo dispuesto por el Art.15 de la Ley 12.331 Profilaxis antivenérea (nos remitimos al apartado 1.2 del presente capítulo), el código provincial establece una pena a quien incumpla la prohibición que recae sobre los establecimientos que involucren actividades de prostitución o inciten a ella

Sin perjuicio de las penalidades previstas en otros ordenamientos normativos sobre la materia y la clausura total y definitiva del establecimiento, serán sancionados con arresto de hasta sesenta (60) días no redimible por multa, los que violen la prohibición dispuesta en todo el territorio de la Provincia de Córdoba de instalación, funcionamiento, regenteo, sostenimiento, promoción, publicidad, administración o explotación, bajo cualquier forma o modalidad, de manera ostensible o encubierta, de whiskerías, cabarets, clubes nocturnos.²²

En este sentido el legislador ubica el mencionado artículo en el capítulo IV, llamado “De la protección contra la trata de personas”, motivo por el cual, interpretamos que el fin perseguido es la prevención; lo cual resulta lógico y en coherencia con los esfuerzos realizados por nuestro ordenamiento jurídico y los tratados internacionales para prevenir, combatir y erradicar la trata de personas. Sin embargo ello también afecta a la actividad desempeñada en forma lícita.

El límite que separa la prostitución lícita de tipificar como actividad ilegal o delito es muy estrecho, ya que el comercio de los servicios sexuales se mantiene, siendo determinantes los agentes que intervienen. La trata de personas usualmente presenta como fin obtener provecho del comercio sexual de la víctima, mediante la prestación de sus servicios sexuales. En base a ello las personas que se prostituyen pueden ser una fuente de potenciales víctimas de proxenetismo e incluso trata, ya que de producirse coacción o violencia en la intervención de un sujeto durante el desempeño de la actividad el panorama cambia radicalmente, como podemos observar el límite es delgado y el ambiente en el cual se ven inmersos puede generar una mayor exposición a sufrir delitos contra la integridad

²¹ Art 52 Código de convivencia ciudadana de la provincia de Córdoba. Ley 10.326. Legislatura de la provincia de Córdoba.

²² Art 61 Código de convivencia ciudadana de la provincia de Córdoba. Ley 10.326. Legislatura de la provincia de Córdoba.

sexual; esto genera una gran problemática en el estatus normativo de la prostitución, ya que el derecho en su función de prevenir, combatir y erradicar los delitos contra la integridad sexual establece normas que en sus efectos también afectan derechos y deberes de quienes ejercen la prostitución lícitamente. Al mismo tiempo esa licitud puede perjudicar los esfuerzos de prevención que el ordenamiento establece. Aquí la ausencia de una regulación específica en la materia es un gran factor, ya que de existir podría implicar un avance en la solución a esta controversia, proporcionando el tratamiento de aspectos que contribuyan a la protección de los derechos y al mismo tiempo sean capaces de brindar medidas de seguridad y control tanto en la propia actividad como en la prevención respecto a delitos de índole sexual. Ejemplo de esto puede ser la propuesta de un registro de trabajadoras/es sexuales y el otorgamiento de habilitaciones para trabajar de acuerdo a requisitos de edad, sanidad, inscripción fiscal, etc. en el anteproyecto de ley realizado por A.M.M.A.R. 2017.

Capítulo 2: Análisis del régimen laboral Argentino. ¿La prostitución puede ser considerada un “trabajo sexual” o en su caso un “trabajo sexual autónomo”?

En el capítulo que precede se realizó un análisis general que permita comprender las normas fundamentales que sustentan nuestro derecho y por lo tanto nuestra investigación. Establecido ello, en el presente capítulo realizaremos un abordaje específico realizado desde el Derecho Laboral en relación a la temática que nos ocupa. Como analizamos en el proyecto de ley fundado por Ammar, y en reclamos de movimientos sociales, existen fuertes posturas que impulsan categorizar a la prostitución como un “Trabajo Sexual”. Esta denominación, no es menor, ya que posee implicancias y consecuencias jurídicas en relación al derecho de nuestro País. En base a esto analizaremos las bases del derecho laboral argentino, los fundamentos de la reclamada categorización y en qué medida la prostitución tipifica dentro del régimen laboral. La metodología que utilizaremos seguirá los lineamientos de la hasta aquí desarrollada, es decir, comenzando desde los aspectos generales hacia los particulares y analizando durante el proceso la relación que la actividad tiene con los mismos.

2.1- Derecho del trabajo.

Entre las acepciones más destacadas, se lo entiende como la rama de las ciencias jurídica que a través de sus principios y normas regula las relaciones de trabajo en todos sus efectos y consecuencias tanto en el plano de las relaciones individuales entre empleado y empleador como en el marco de la actividad colectiva, siendo el objeto de su regulación el trabajo subordinado, como punto de partida (Lecturas de derecho del trabajo y la seguridad social, Universidad Empresarial Siglo XXI, 2016).

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el organismo especializado de las Naciones Unidas encargado de tratar los asuntos relativos al trabajo y las relaciones laborales. La misma declara los Principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptados en 1998, ellos comprometen a los Estados miembros a respetar cuatro derechos universales, independientemente del nivel de desarrollo económico.²³ Estos derechos y principios fundamentales son:

- 1- La libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva.
- 2- Eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio.
- 3- Abolición efectiva del trabajo infantil.
- 4- Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

El Programa de Trabajo Decente de la OIT. El concepto de trabajo decente implica:

Oportunidades de trabajo productivas y que ofrezcan ingresos justos, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que las personas expresen sus preocupaciones, organizarse y participar en las decisiones que afectan sus vidas e igualdad de oportunidad y trato para hombres y mujeres.²⁴

²³ Organización Internacional del Trabajo, “ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up” disponible en <http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang-es/index.htm> (último acceso 25 de Octubre del 2018).

²⁴ Organización Internacional del Trabajo, “Decent Work” disponible en <http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm> (último acceso 25 de Octubre del 2018).

2.2- Trabajo. Concepto y características.

Como primera aproximación el Tesoro de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) define al trabajo como el conjunto de actividades humanas, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad o proveen los medios de sustento necesarios para los individuos. El empleo es definido como "trabajo efectuado a cambio de pago (salario, sueldo, comisiones, propinas, pagos a destajo o pagos en especie)" sin importar la relación de dependencia.²⁵Nuestro ordenamiento en cuanto al régimen laboral profundiza más respecto a estos conceptos, lo cual expondremos a continuación.

2.2.1. Trabajo Humano. 2.2.2. Trabajo en la L.C.T. Ley N 20.744 Régimen de Contrato de Trabajo. Honorable Congreso de la Nación Bs. As., 13/5/1976.

Se torna pertinente comprender el concepto de “trabajo humano” y su diferencia con la concepción de “trabajo” a la cual el derecho laboral se circunscribe. Una interesante definición y la cual compartimos es la brindada por J. Grisolia, quien entiende al trabajo humano como toda actividad realizada por el hombre, con su esfuerzo físico o intelectual, que produce bienes y servicios y que tiene por objeto convertir las cosas, es decir, transformar la realidad. En cambio, para el derecho del trabajo el concepto es más estricto. Se circunscribe a toda actividad lícita prestada a otro — persona física o jurídica (empleador individual o empresa) — a cambio de una remuneración (Grisolia-Manual de derecho laboral, edición 2015 Buenos Aires, Argentina). En la temática que nos ocupa esta distinción es sumamente relevante, en un primer momento podemos observar que la prestación de servicios sexuales a cambio de una remuneración, pagada por quien los solicita, es una actividad que encuadra dentro del concepto de trabajo humano. Sin embargo un punto central de nuestra investigación es determinar si la actividad mencionada tipifica el concepto de “Trabajo” al cual nuestro derecho laboral ampara.

²⁵ https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang--es/index.htm (Visitada ultima vez 21/04/19 20:13hs)

En base a ello observamos que la Ley de Contrato de Trabajo respecto al concepto de “Trabajo” define:

Toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración. El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley.²⁶

De la definición legal J. Grisolia (Manual de derecho laboral, edición 2015, Buenos Aires.) afirma que surgen distintos caracteres:

1) “productividad”, porque le sirve tanto a quien va destinado como al propio ejecutor, ya que constituye para él un medio para su subsistencia.

2) “ajenidad”, por cuanto se realiza para otro, y, por ende, el trabajador no goza de los frutos de lo producido (que quedan en poder del empleador), ni participa en la organización del trabajo, tampoco asume los riesgos.

3) “libertad”, en lo que respecta al ejercicio de la voluntad del trabajador para efectuarlo.

Luego el articulado de la ley procede a complementar su disposición estableciendo:

Habrà contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.²⁷

²⁶ Art. 4. Ley N 20.744 Régimen de Contrato de Trabajo. Honorable Congreso de la Nación Bs. As., 13/5/1976. Ordenado por decreto 390/1976.

²⁷ Art 21. Ley N 20.744 Régimen de Contrato de Trabajo. Honorable Congreso de la Nación Bs. As., 13/5/1976. Ordenado por decreto 390/1976.

Es importante mencionar que existe una presunción de la existencia del mencionado contrato.²⁸ Dentro del mismo cuerpo normativo podemos encontrar una disposición relativa al trabajo ilícito, en el cual el factor determinante va a ser el objeto de tal trabajo:

Se considerará ilícito el objeto cuando el mismo fuese contrario a la moral y a las buenas costumbres pero no se considerará tal si, por las leyes, las ordenanzas municipales o los reglamentos de policía se consintiera, tolerara o regulara a través de los mismos.²⁹

Ahora bien, luego de haber expresado las precedentes disposiciones normativas, nos detendremos en un aspecto esencial de la definición de trabajo que brinda y por lo tanto ampara el art. 4 de la L.C.T. el factor de “ajenidad”, el mismo hace referencia a la existencia de una relación de dependencia.

Siguiendo lo expresado por Grisolia (Manual de derecho laboral, edición 2015, Buenos Aires.): El trabajador protegido por la L.C.T. y el derecho individual del trabajo es el que presta su actividad personal a cambio de una remuneración, en relación de dependencia o subordinación respecto a otro — empleador (persona física o empresa) — que requiere de sus servicios. Por lo tanto la relación se caracteriza por la subordinación manifestada en sentido:

1) Técnico: somete su trabajo a los pareceres y objetivos señalados por el empleador; es decir trabaja en base una organización ajena, no depende de si mismo.

2) Económico: no recibe el producto de su trabajo y no asume el riesgo de la empresa;

3) Jurídico: consiste en la potestad legal del empleador de dirigir en el empleo la conducta del trabajador hacia los objetivos de la empresa. El trabajador está sometido a la autoridad del empleador: facultades de dirección, control y poder disciplinario.

²⁸ Art. 23. Ley N 20.744 Régimen de Contrato de Trabajo. Honorable Congreso de la Nación Bs. As., 13/5/1976. Ordenado por decreto 390/1976.

²⁹ Art. 39. Ley N 20.744 Régimen de Contrato de Trabajo. Honorable Congreso de la Nación Bs. As., 13/5/1976. Ordenado por decreto 390/1976.

Cabe mencionar que la ley considera empleador “a la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador”³⁰. Asimismo entiende por Empresa-Empresario

La organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos. A los mismos fines, se llama "empresario" a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la "empresa".

Consecuentemente el trabajo que regula la L.C.T. no es todo el trabajo humano, queda fuera de su alcance el trabajo benévolo, el familiar y el trabajo autónomo (Grisolia, Manual de derecho laboral, edición 2015 Buenos Aires, Argentina).

2.2.3. Trabajo Autónomo.

El trabajo autónomo es definido mayoritariamente como la actividad económica con carácter lucrativo, realizado por una persona física de forma habitual personal y directa, sin sujeción a contrato de trabajo, inclusive si eventualmente utilizase el servicio remunerado de otra persona. Ello implica que trabaja en base a su propia organización y bajo su propio riesgo.

De esta forma y siguiendo al autor de referencia, el trabajo autónomo no está protegido por la L.C.T. ni por ninguna otra norma del derecho del trabajo, ello implica que no está sujeto a un régimen de jornada (lugar y tiempo de trabajo), ni a recibir órdenes o ser sometido al poder disciplinario; pero tampoco goza de vacaciones pagas, ni de licencias, ni tiene derecho a percibir como mínimo un determinado salario legal o convencional, entre otros beneficios (Grisolia Manual de derecho laboral, edición 2015 Buenos Aires, Argentina). Meramente podemos destacar la influencia del Código Civil y Comercial, en este sentido el mismo da lugar a que los trabajadores autónomos o por cuenta propia se amparen bajo algunos de los contratos establecidos en su articulado.

2.3. Implicancias respecto a la Prostitución.

³⁰ Art. 26. Ley N 20.744 Régimen de Contrato de Trabajo. Honorable Congreso de la Nación Bs. As., 13/5/1976. Ordenado por decreto 390/1976.

En base a lo establecido, y en vista de nuestro objetivo, es imperante analizar la situación de la prostitución dentro de los regímenes planteados. Ello para determinar si cumple con los caracteres que la L.C.T. establece respecto al trabajo o bien si queda excluido de su ámbito de aplicación por tipificar la figura de trabajo autónomo:

En cuanto a esta controversia, toma gran importancia un aspecto en particular del concepto de trabajo que contempla la L.C.T., la ajenidad, este carácter refiere directamente a la relación de dependencia que existe entre trabajador-empleador. Adhiriendo a lo expresado por Khedayán (Diario Laboral Nro. 180 - 18.20.2018) de los Arts. 4y5 de la L.C.T. se dispone que la noción de dependencia incluye: El poder de dirección del empleador y la correlativa obediencia del trabajador sometién dose a aquel, incluyendo el poder sancionatorio. Consistiendo en la prestación personal de tareas con sometimiento a órdenes, directivas e instrucciones impartidas en el marco de una organización ajena, con facultad de establecer los modos y los procedimientos de ejecutar las tareas; el trabajador es ajeno a los frutos de su labor y a los riesgos de la actividad. Como mencionamos previamente se da una subordinación técnica, económica y jurídica. Ahora bien en el “trabajo sexual autónomo” de una persona autónoma en este aspecto no tiene lugar, es decir, basados en las características descritas de la actividad podemos observar que el trabajador presta sus servicios a cambio de una contraprestación con carácter de remuneratorio; dirige su accionar, de acuerdo a su propia organización y a sus objetivos. Ej.: cantidad de clientes por día, precio de sus servicios, etc.; obtiene los frutos de su labor; asume los riesgos de su actividad.

Para ser tipificante debería existir una relación de dependencia, es la condición necesaria para ser categorizado como “trabajo sexual”. Sin embargo esto no es posible, ya que el carácter de relación de dependencia en esta materia en particular, sería también el factor que lo excluye de la protección de las leyes laborales por tipificar un delito, lo cual convertiría en nulo el contrato de trabajo.

En relación a lo expresado el Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires. Dr. Diego J Podashevsky (Director Provincial de Asuntos Legales del Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires), fechado 5 de julio de 2012, expresó:

El código Penal Argentino con las reformas introducidas en el mismo por las Leyes N° 25.087 (B.O. 14/05/99), N° 26.364 (B.O. 30/4/08) y N° 26.388 (B.O. 25/06/08) establece

en los artículos 126 y 127 la condena al que promueve la prostitución y la explotación económica de la prostitución, y en la Ley Nacional N° 12.331, sobre Profilaxis de Enfermedades Venéreas, en sus artículos 15 y 17 establece la prohibición de establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución o quienes sostengan, administren o regenteen casas de tolerancia. En virtud de la normativa apuntada, la prostitución no está prohibida, pero sí la explotación sexual y la existencia de prostíbulos, donde se configuraría una relación de trabajo o relación de dependencia, con lo cual, esta Secretaría de Estado vela por el cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad e higiene y todo lo relacionado con el trabajo decente definido por la Organización Internacional del Trabajo Si se analizará eventual vinculación en los términos de una típica relación de dependencia (artículos 22, 23 LCT) y en consecuencia la aplicación de la normativa tuitiva de la Ley de Contrato de Trabajo al caso, en los artículos 37 a 44 de la mencionada ley se regula sobre el objeto del contrato de trabajo y determinan las distintas consecuencias jurídicas del mismo ya sea el objeto prohibido o ilícito. En síntesis, en caso que la prestación de servicios sexuales se hiciera bajo la figura de vinculación contemplada en el párrafo anterior, el contrato de trabajo sería de objeto ilícito y debe ser considerado nulo de nulidad absoluta (art. 1047 Cod. Civ) en tanto afecta el orden público (general y laboral), y puede ser declarado como tal por el juez aún sin pedido de parte, siendo inconfirmable y su validéz de carácter imprescriptible, pues el tiempo no puede sanear su licitud. Por otra parte, la prestación de servicios sexuales fuera del ámbito de la relación típica de dependencia, escapa a la órbita de competencia de este Ministerio, por consiguiente no puede expedirse en otros términos que los expuestos.

Por lo cual estamos en condiciones de afirmar que el trabajo sexual, como "actividad en la que una persona intercambia servicios sexuales a cambio de dinero o cualquier otro bien" (OMS 1989, citada en CONAPO 1994: 761), debe ser un trabajo necesariamente autónomo para ser lícito. Ello implica que es excluida la aplicación del régimen laboral, es decir no se registrá por la Ley de Contrato de Trabajo.

Ahora bien, si la prostitución es una actividad lícita y puede ser considerada un trabajo autónomo, es oportuno preguntarnos ¿En virtud de qué figura jurídica se pueden amparar los trabajadores para desarrollar la actividad?

Capítulo III: El Código Civil y Comercial de la Nación como fuente alternativa para el trabajo autónomo.

Como hemos mencionado el trabajo en forma autónoma es excluido de la aplicación del régimen dispuesto por la Ley de Contrato de Trabajo, consecuencia de ello las relaciones laborales de los trabajadores autónomos no encuentran un marco legal específico (como la L.C.T. si lo hace respecto del trabajo en relación de dependencia), sin embargo es posible recurrir a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante C.C.Y.C.N.), apelando a la aplicación supletoria de las normas civiles ante la ausencia de una norma propia del derecho del trabajo. De esta forma en el Libro III del C.C.Y.C.N. Título II encontramos las disposiciones relativas a los contratos en general y en el Título IV lo respectivo a los contratos en particular. Siendo posible obtener tutela jurídica para ciertas actividades, realizadas en carácter de trabajo autónomo, mediante la utilización de los tipos contractuales que el código establece.

El CCYC define al contrato como “el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.”³¹ Al respecto consagra un principio fundamental, la libertad de contratación, “las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.”³²

3.1 El contrato de obra o servicios.

3.1.1- Definición.

El art. 1251 del Código Civil y Comercial de la Nación define el contrato de obra o de servicios. La norma expresa:

Hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada

³¹ Art. 957. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Honorable Congreso de la Nación Argentina 2014.

³² Art. 958. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Honorable Congreso de la Nación Argentina 2014.

comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución.³³

Si hay duda sobre la calificación del contrato, “se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia.”³⁴

Al respecto Ricardo Lorenzetti comenta que los elementos tipificantes que hoy se predicen para ambos contratos son: “1) la ejecución independiente o autónoma de una obra —sea ésta material o intelectual—, o de un servicio o actividad, y 2) el pago, de una retribución. Por excepción, se admite que el contrato sea gratuito.”(Código Civil y Comercial de la Nación comentado / dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti - 19 ed. - Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015). Bueres por su parte, destaca que el artículo solamente define las obras y los servicios, descartando la locación de cosas, lo cual va a regular por separado (Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado. Alberto J. Bueres. 1ra ed. Buenos Aires, Hamurabi 2014).

En cuanto a la distinción respecto del contrato de trabajo, el reconocido jurista enfatiza que “la obra o servicios sólo puede considerarse como tal, siempre que el contratista o el prestador actúe con independencia o autonomía.” Afirmando que “para tal calificación se juzga relevante la Ley de Contrato de Trabajo, y concordantes.” De esta forma entiende que “el Código apunta a impedir que la subsunción en los contratos de obra o servicios intente burlar los efectos del orden público estatutario que protege a los trabajadores.”(Código Civil y Comercial de la Nación comentado / dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti - 19 ed. - Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015). Bueres resalta que el artículo 1252 borra cualquier intento de deslaboralización y que ratifica la CCYC intención del mismo, en cuanto se encuentra motorizado por el reconocimiento de la constitucionalización del derecho privado (Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado. Alberto J. Bueres. 1ra ed. Buenos Aires, Hamurabi 2014).

3.1.2. La prestación del servicio como obligación “de hacer”.

En nuestro caso, nos centraremos en analizar el segundo tipo contractual definido por la norma, esto es, el contrato de prestación de servicios.

³³ Art. 1251. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Honorable Congreso de la Nación Argentina 2014.

³⁴ Art. 1252. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Honorable Congreso de la Nación Argentina 2014.

En este sentido podemos mencionar que el tipo descrito en el contrato de servicios contiene una obligación de hacer. El código las define como “aquellas cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes.”³⁵ Bueres sostiene que las mencionadas obligaciones son todas aquellas que “implican una actividad o cierto comportamiento por parte del deudor a favor del acreedor” (Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado. Alberto J. Bueres. 1ra ed. Buenos Aires, Hamurabi 2014). De esta forma y siguiendo lo explicado por Ricardo Lorenzetti la nota que distingue a las obligaciones de hacer es que “la cuestión reposa esencialmente en una actividad del hombre que puede o no producir una cosa” (Código Civil y Comercial de la Nación comentado / dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti - 19 ed. - Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015), es decir el prestador no se obliga a la producción de un resultado. Trípoli y Silva al respecto afirman que “las mismas se pueden presentar tanto en la órbita contractual como en la extracontractual, ya que son múltiples las situaciones que originan obligaciones de hacer” (Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015).

La prestación de un servicio puede consistir en

- a) Realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito; b) procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) proporcionar al acreedor el resultado eficaz prometido. Sobre los medios utilizados “a falta de ajuste sobre el modo de hacer la obra, el contratista o prestador de los servicios elige libremente los medios de ejecución del contrato.”³⁶

Profundizando esto destacamos que el servicio “es una actividad intangible, y desde el punto de vista del receptor se agota con el consumo inicial y desaparece, no se traduce en una cosa, si bien eventualmente puede haberlas, pero éstas son sólo instrumentales y accesorias.” (Código Civil y Comercial de la Nación comentado / dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti - 19 ed. - Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015).

³⁵ Art. 773. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Honorable Congreso de la Nación Argentina 2014.

³⁶ Art. 774. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Honorable Congreso de la Nación Argentina 2014.

3.1.3- Ejecución del hecho y la posible incorporación de un tercero.

En cuanto a la forma, “el obligado a realizar un hecho debe cumplirlo en tiempo y modo acordes con la intención de las partes o con la índole de la obligación. Si lo hace de otra manera, la prestación se tiene por incumplida”³⁷ También el Código menciona que “la prestación puede ser ejecutada por persona distinta del deudor, a no ser que de la convención, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias resulte que éste fue elegido por sus cualidades para realizarla personalmente.”³⁸ Esto es un aspecto central si se pretende enmarcar el ejercicio de la prostitución en este contrato, ya que el prestador podrá determinar en él las características y modos de la prestación que va a ejecutar. Ello constituye el parámetro que determinara el cumplimiento del contrato por parte del prestador y al mismo tiempo impondrá un límite respecto a lo que el comitente puede reclamar y exigir por parte del prestador.

3.1.4- Obligaciones del prestador:

a) ejecutar el contrato conforme a las previsiones contractuales y a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondientes a la actividad desarrollada; b) informar al comitente sobre los aspectos esenciales del cumplimiento de la obligación comprometida; c) proveer los materiales adecuados que son necesarios para la ejecución de la obra o del servicio, excepto que algo distinto se haya pactado o resulte de los usos; d) usar diligentemente los materiales provistos por el comitente e informarle inmediatamente en caso de que esos materiales sean impropios o tengan vicios que el contratista o prestador debiese conocer; e) ejecutar la obra o el servicio en el tiempo convenido o, en su defecto, en el que razonablemente corresponda según su índole³⁹.

De acuerdo a lo expuesto por Lorenzetti (Código Civil y Comercial de la Nación comentado /dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti - 19 ed. - Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015) este artículo “explicita cuatro ejes relativos a las obligaciones a cargo del contratista o prestador, a saber: alcance

³⁷ Art. 775. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Honorable Congreso de la Nación Argentina 2014

³⁸ Art. 776. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Honorable Congreso de la Nación Argentina 2014.

³⁹ Art. 1256. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Honorable Congreso de la Nación Argentina 2014.

de la ejecución de la prestación prometida; información de aspectos esenciales; régimen de materiales provistos o a proveer, y tiempo de cumplimiento. Sobre lo primero el contratista o prestador debe “ejecutar el contrato conforme a las previsiones contractuales y a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondientes a la actividad desarrollada”. En cuanto a la regulación de la información “se valora no sólo que aparezca elevada al status de obligación, sino también a que se explicita más allá de las fronteras del contrato de consumo (art. 1100)” lo que se fundamenta debido a “la asimetría existente entre las partes, en particular, debida a la experticia del contratista o prestador.” En cuanto al cumplimiento se destaca que el código “recurre a la razonabilidad como criterio de integración, que inicialmente corresponderá a las partes, y subsidiariamente al juez.” Siendo importante “el nexo entre buena fe y razonabilidad (art. 961), en tanto esta última reenvía a la realidad, exigiendo obrar de acuerdo a lo que resulta usual en el mercado”.

3.1.5- Incumplimiento del prestador. La ejecución forzada.

Un aspecto importante es analizar la figura de ejecución forzada ante el incumplimiento del prestador, la norma establece: “el incumplimiento imputable de la prestación le da derecho al acreedor a) exigir el cumplimiento específico; b) hacerlo cumplir por terceros a costa del deudor; c) reclamar los daños y perjuicios.”⁴⁰ La ejecución forzada de la prestación supone que exista la posibilidad de cumplimiento. Para activar los mecanismos previstos en la norma

el incumplimiento debe haber sido imputable al deudor, esto es, de su autoría, antijurídico, y en razón de un factor de atribución subjetivo u objetivo. La norma permite al acreedor optar, en forma alternativa, por dos variantes para lograrlo: el cumplimiento específico y el cumplimiento por tercero, además, puede reclamar el pago de los daños que ello le ocasione.” (Código Civil y Comercial de la Nación comentado / dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti - 19 ed. - Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015).

Ahora bien, en cuanto a la prostitución, al analizar la procedencia de la ejecución forzada en relación a un contrato de servicio, cuya obligación de hacer consista en una actividad sexual, podemos observar que la figura no es susceptible de aplicación. Ello por un lado tiene fundamento en que

⁴⁰ Art. 777. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Honorable Congreso de la Nación Argentina 2014

el poder de agresión (jurídico) del acreedor encuentra un límite bien definido, que normativamente se ha trasladado a la Parte general: como la persona humana es inviolable y tiene derecho al reconocimiento y respeto a su dignidad (art. 51 del Código), no puede ejercerse violencia física ni moral sobre la persona del deudor, pues ello expondría su integridad psicofísica. En el artículo 52 del Código se dispone que no puede menoscabarse la dignidad de la persona. Constituye éste un valladar infranqueable para el acreedor” (Código Civil y Comercial de la Nación comentado / dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti - 19 ed. - Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015).

En este sentido, si bien la negativa de continuar con la prestación de servicios sexuales por parte del prestador constituye una rescisión unilateral del contrato, no va a ser susceptible de ejecución forzada en sus incisos “a” y “b” ya que la falta de consentimiento del prestador/a es un límite inquebrantable, es decir no se puede obligar a una persona a realizar una actividad sexual en contra de su voluntad, ello implicaría una indudable violencia física y moral, atentaría directamente contra su dignidad y salud psicofísica, Privilegiándose, en el conflicto de intereses jurídicos, el derecho a la dignidad del deudor por sobre el derecho patrimonial del acreedor, que se verá relegado. Por otro lado si el/la prestador/a de servicios sexuales fuera sometido a una ejecución forzada de los mismos, tanto en el supuesto “a” como “b” el acreedor estaría tipificando un abuso sexual en los términos del artículo 119° del Código Penal Argentino y sus posibles agravantes. Con lo cual ante el incumplimiento de la prestación del servicio imputable al deudor, de acuerdo al caso particular, solo puede resultar aplicable el inciso “c” para reclamar los daños y perjuicios sufridos a causa del incumplimiento. Respecto a ello la doctrina considera que

en caso que la ejecución específica forzada no resulte viable, el acreedor puede reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos. Para ejercer la pretensión resarcitoria, solo le basta al sujeto activo constituir en mora al deudor sin necesidad de agotar la instancia de ejecutar la prestación por un tercero a costa del obligado” (Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015).

3.1.6- Obligaciones del comitente, por su parte, está obligado a 1) pagar la retribución; 2) proporcionar al contratista o al prestador la colaboración necesaria, conforme a las características de la obra o del servicio; 3) recibir la obra si fue ejecutada.⁴¹

El Código, respecto al incumplimiento de estos deberes, prescinde de enunciar los efectos, dado que ello surge de las normas generales, en especial de la teoría del contrato, en donde se sitúa, por ejemplo, a la suspensión del contrato y los diferentes mecanismos de extinción (Código Civil y Comercial de la Nación comentado /dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti - 19 ed. - Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015).

3.1.7- Riesgos de la contratación.

En cuanto a los riesgos de la contratación “son asumidos por la parte que debía proveer los bienes necesarios para la ejecución del servicio.”⁴² La ley también contempla que el comitente podrá desistir del contrato, aunque la ejecución ya haya comenzado, “por su sola voluntad, debiendo indemnizar al prestador todos los gastos y trabajos realizados, y la utilidad que hubiera podido obtener.”⁴³ Siguiendo a Lorenzetti (Código Civil y Comercial de la Nación comentado /dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti - 19 ed. - Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015) la doctrina mayoritaria considera que las causales de extinción del contrato son tres: la rescisión, la resolución y la revocación. Singularmente consideradas, todas han generado debates, pero particularmente el mismo se ha profundizado con motivo de la rescisión. Respecto a ello el mencionado jurista afirma

el Código adopta un criterio sobre el tema, reconociendo expresamente una nueva categoría que se configura cuando la extinción resulta de la declaración de una de las partes. Dentro de esta última, cabe la rescisión unilateral, la revocación y la resolución, como expresamente lo afirma el artículo 1077. La rescisión unilateral comprende a las denuncias del contrato, entre las que se encuentra el desistimiento unilateral del contrato de obra y servicios.

⁴¹ Art. 1257. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Honorable Congreso de la Nación Argentina 2014.

⁴² Art. 1258. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Honorable Congreso de la Nación Argentina 2014.

⁴³ Art. 1261. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Honorable Congreso de la Nación Argentina 2014.

Esto aplicado a la prostitución no es un tema menor, ya que en el supuesto de que el cliente se arrepintiera de lo contratado, si bien el mismo podrá desistir y extinguir el contrato por su sola voluntad, el trabajador sexual tendrá derecho a percibir la correspondiente indemnización.

3.2. Conclusiones parciales.

Si bien la generalidad del contrato de obra y servicio hace posible aplicarlo a nuestra temática y tomarlo como un valioso recurso para dar sustento legal a la actividad, el tratamiento de características jurídicas particulares de la prostitución es un punto de gran controversia y parece difícil de clarificar mediante este recurso. Ejemplo de las mencionadas características, es la relación contradictoria entre la licitud de la prostitución (como trabajo sexual autónomo) y las normas que prohíben su oferta pública, así como aquellos establecimientos que involucren la actividad, aspectos que limitan considerablemente el desempeño de la actividad. En este punto parece ser necesaria la existencia de una legislación concreta respecto a la materia, que defina con claridad el ámbito de ejercicio de la prostitución. Mayoritariamente los demás trabajos autónomos no cuentan con este tipo de limitaciones en aspectos centrales de su actividad, como lo puede ser el lugar de trabajo o la oferta del mismo.

Por otro lado las características de los proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación presentan grandes diferencias respecto al tratamiento que el derecho vigente le otorga a la prostitución. Por ejemplo, uno de ellos consiste en establecer una pena a los clientes del servicio sexual. La diputada Rodríguez impulsa el proyecto e incorpora el artículo 126 bis al Código Penal, estableciendo penas de seis meses a tres años a quien “ofreciere o entregare una suma de dinero” por el “uso sexual de una persona”. Rodríguez sigue de esta manera los lineamientos de la legislación sueca, aplicada desde hace diez años. Según la legisladora, “el modelo de penalización del cliente funciona bien, porque reduce notablemente la trata y la prostitución”. En la Cámara de Diputados la iniciativa cuenta con el aval de miembros de todo el arco político, si bien esto aún no es efectivo, de seguir su curso y prosperar se volvería trascendente, transformaría en ilícito el objeto del contrato de obras y servicios; al igual que lo hace la prostitución relación de dependencia (configura un delito) con el contrato de trabajo (lo transforma en nulo por ilicitud del objeto).

❖ *Capítulo IV: Jurisprudencia.*

Respecto a este tipo de antecedentes resulta necesario expresar que, consecuencia del objeto de nuestra hipótesis – laguna jurídica – la temática que nos ocupa cuenta con escasas disposiciones jurisprudenciales, ello resulta lógico en cierta forma, ya que nuestro planteo radica en la inexistencia de una regulación normativa específica.

4.1-Fallo N°1

En el marco de una causa iniciada por AMMAR con el fin de proteger a los/as trabajadores/as sexuales de la Provincia de Buenos Aires del constante hostigamiento sufrido por las fuerzas de seguridad mediante la aplicación de normas abiertamente inconstitucionales, un fallo avaló la licitud del trabajo sexual autónomo declarando la inconstitucionalidad del artículo 68 del Código de faltas de la Provincia de Buenos Aires.

20 de diciembre de 2012. El Tribunal Oral Criminal 5, en la causa 1910, de acción de amparo promovida por AMMAR, resolvió: “ 1) Hacer lugar a la acción de amparo interpuesta..., en favor de los/las trabajadoras sexuales de la provincia de Buenos Aires. 2) Declarar la inconstitucionalidad del artículo 68 del decreto ley 8031/73, por los fundamentos y citas legales expuestas en los considerados precedentes. 3) Exhortar al Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires que se arbitren los medios para la correcta aplicación del artículo 15 de la ley 13482 en lo referente a los/las trabajadores/as sexuales de la provincia de Buenos Aires, de tal forma que la misma no se torne un acto discriminatorio por parte del personal policial en contra de dicho colectivo de personas”. Los magistrados también expresaron en referencia al trabajo “práctica que, conviene dejar sentado también puede ser ejecutada de forma tal que no perturbe a terceros con ruidos o desórdenes en la circulación, o como en otros países, en lugares cerrados con el control estricto del estado desde lo legal hasta lo sanitario. (...) Recordando una vez más que la prostitución NO ES DELITO. (...)Queda claro que la tranquilidad pública no es protegida por la norma, solamente se castiga a quien honestamente ejerce la prostitución. La prohibición contenida en el artículo 68 del decreto ley, se dirige a sancionar acciones privadas. (...) La moral pública no puede ser el patrón con el que se miden estas acciones, las que no pueden ser objeto de regulación por el derecho (...)” para más adelante afirmar que (...) la oferta de sexo por si misma carece de entidad suficiente para configurar el daño a terceros que

se debería exigir para prohibirla legítimamente sin afectar el principio de reserva ni de legalidad (...). ”⁴⁴

4.2- Fallo N°2

“(…) en nuestro país por aplicación de la ley de Profilaxis, ya mencionada. Pues a partir de la vigencia de esa ley, Argentina se definió como un país abolicionista, es decir, no se reprime el ejercicio de la prostitución, ni lo intenta reglamentar, pero sí se sanciona a todo aquel que lucre o explote el ejercicio de la actividad sexual ajena.” ⁴⁵

Como podemos observar en el citado considerando del fallo, la Magistrada de Control, Niñez, Juventud, y Penal Juvenil y Faltas de Río Segundo, Córdoba, Dra. María de los Ángeles Palacio de Arato, hace mención de la postura normativa respecto al trabajo sexual que ha adoptado nuestro país, conocida en el derecho comparado como “Abolicionista”, y es esto de gran relevancia en cuanto al problema jurídico que pretendemos abordar, la mera definición de este sistema abolicionista es lo que nos deriva en una posible laguna normativa, es decir no prohíbe ni reprime el trabajo sexual (lo cual significa que es legal) pero tampoco lo regula y reglamenta como a los demás trabajos y actividades contempladas por el derecho, así nos encontramos con una inexistencia de normas que regulen el accionar de las personas involucradas en la actividad. Esto atenta contra los más elementales principios de nuestra constitución ya que no les permite a aquellas personas que ejercen el trabajo sexual gozar plenamente de sus derechos, como tampoco tener obligaciones claras a las que responder, situación igualmente disvaliosa ya que ocasiona perjuicios para las distintas partes intervinientes en la actividad (ej. los clientes de la persona que trabaja sexualmente).

4.3- Fallo N°3

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 15 días del mes de abril de 2014, Jueces integrantes de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Dres. Pablo Bacigalupo, Fernando Bosch y Marcela De Langhe.

⁴⁴ Tribunal Oral Criminal 5. Causa N° 1910. Acción de amparo promovida por Ammar.

⁴⁵ Magistrada de Control, Niñez, Juventud, y Penal Juvenil y Faltas de Río Segundo, Córdoba, Dra. María de los Ángeles Palacio de Arato.

Respecto a la conducta descrita en el acta N° 3- 00470545, a saber “funcionar y desarrollar la actividad de masajes corporales en habitaciones privadas, siendo rubro de inspección previa.”. Los magistrados expusieron:

Con respecto a la tónica, la Sra. RRR manifiesta al formular defensa en esta sede que: “Va de suyo, que la instalación o funcionamiento de casas de tolerancias se encuentra prohibida por el art. 15 de la ley 12.331, de lo que se concluye naturalmente que tal actividad no resulta habilitable, al encontrarse expresamente prohibida por la citada norma. De tal guisa, el labramiento del Acta de Comprobación N° 300470545 y la clausura de la actividad `servicios personales directos con uno o más gabinetes (masajes corporales en habitaciones privadas), desarrollada en el inmueble de referencia ...`, constituye un mero eufemismo o esfuerzo dialéctico, para tratar de encasillar una actividad que se encuentra expresamente prohibida por la ley 12.331, como si se tratase de una actividad presuntamente lícita y habilitable, a la luz del Código de Habilitaciones y Verificaciones del GCBA (arts. 1.1.1. 2.1.8), lo que constituye un auténtico absurdo y un accionar administrativo contrario a las leyes de la lógica y de la sana crítica racional. Resulta claro, que si en el inmueble de la calle XXX se estaba desarrollando una actividad en presunta infracción a la Ley 12.331, no resulta posible tramitar una habilitación como erróneamente propugna el Sr. Controlador en la resolución en crisis, ya que se trataría de una actividad presuntamente ilícita y como tal `inhabilitable`, por lo que respetuosamente se entiende que corresponde el archivo de las actuaciones” (fs. 106/109).

En tal sentido se observa que mientras en el documento infraccionario de fs. 1, en el informe de inspección de fs. 3/4 y en el acta circunstanciada de fs. 5, se hace referencia a la existencia de la actividad de “masajes”; al prestar declaración testimonial en la audiencia de Debate Oral y Público el Sr. Mariano YYY – quien dice desempeñarse en la Unidad Especial de Investigaciones y Procedimientos Judiciales de Gendarmería Nacional y haber participado del procedimiento del 12 de septiembre de 2012 en Calle XXX 1° piso- declara que en el lugar había “un mini bar con bebidas, piezas con baños individuales y más al fondo a la derecha de la segunda puerta había otra barra con bebidas ... había aparatos sexuales... En cuanto a cómo eran las habitaciones refiere que los cuartos consistían en una cama de dos plazas con sábanas, almohadas y el baño tenía jacuzzi y otros sistemas de duchas que variaban... Las características del lugar que allanó se adecuaba a la ley de profilaxis. Comenta que en el lugar había profilácticos en unos recipientes que estaban en el lavamanos de cada habitación. Recuerda que había cerca de uno de los teléfonos un

listado que decía el precio de los servicios ... Refiere que había dormitorios en el lugar, no camillas. ... La cantidad de profilácticos era poca cantidad en las habitaciones pero en el lavadero y en la azotea se encontraron gran cantidad en las alacenas” (fs. 159).

El propio Fiscal –Dr. Patricio Maissonave- señala a fs. 158 vta. que los lugares donde se desarrollan masajes en gabinete, son definidos por la Real Academia Española como “habitaciones más reducidas que la sala, donde se recibe a las personas de confianza”. A contramano de ello, de la declaración testifical precedentemente citada resulta que el inmueble de autos en cambio de reducidos gabinetes, cuenta con habitaciones con cama matrimonial con ropa de cama y baño privado, sin camillas (con aparatos sexuales y profilácticos en cada habitación), cuyas características se adecúan a la ley de profilaxis.

En suma, el testigo no menciona elemento alguno que permita presumir la actividad lícita de “casa de masajes”, sino antes bien, la de ejercicio de la prostitución, que según viene sosteniendo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, constituye una acción privada. Y cuanto al caso ataño, es una acción privada que no se encuentra reglamentada ni reconocida como actividad comercial, motivo por el cual mal podría decirse que infringe norma alguna del extenso cuerpo normativo de faltas de esta Ciudad (conforme ya ha sostenido esta Sala en la causa N° 39490-00/2010 “UUU Feliz, A. s/infr. art.(s) 4.1.1.2, Habilitación en infracción L 451”). Por lo expuesto, no resulta suficiente para fundar una condena en instancia judicial, como pretende la Fiscalía, forzar el encuadre de la conducta en la figura tipificada en el art. 2.1.8 del Código de Habilitaciones, ya que dicha solución implicaría multar a la Sra. Marcela RRR por un comportamiento que no se encuentra prohibido, ni reglado.

Va de suyo que lo contrario lesiona el principio de legalidad (aplicable en el régimen de faltas) consagrado en el art. 18 C.N. que establece: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”, en el art. 13 inc. 3° C.C.A.B.A.: “La Ciudad garantiza la libertad de sus habitantes como parte de la inviolable dignidad de las personas. Los funcionarios se atienen estrictamente a las siguientes reglas... Rigen los principios de legalidad, determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, doble instancia, inmediatez, publicidad e imparcialidad. Son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos...” y en el de reserva del art. 19 C.N.: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a

un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Obsérvese asimismo la copia del contrato de locación celebrado por la Sra. Marcela RRR (en calidad de locataria) que acusa el destino de “Vivienda particular” del inmueble (fs. 12/16, en especial cláusula quinta de fs. 13); la copia del acta de constatación notarial de la que resulta que en dos de las habitaciones duermen, respectivamente, la mencionada Sra. RRR y la Sra. YYY, constatando el escribano interviniente en su interior ropas y efectos personales, que las citadas indican como de su propiedad (fs. 21/22); y los certificados de domicilio glosados a fs. 25/28.

*En el caso -entonces- tanto la declaración testimonial citada cuanto los constancias aportadas por la enjuiciada a fs. 12/16 y 21/28 lograron conmover el valor convictivo del que goza el Acta de Constatación glosada a fs. 1 en los términos del art. 3 de la ley 1217, no correspondiendo aplicarse, como dijimos, la regla del art. 5 de la ley de forma, y por ende, no resultando el acta plena prueba de los hechos imputados, toda vez que no se encuentra configurada la figura del art. 2.1.8 del Código de Habilitaciones y Verificaciones, toda vez que el mismo se refiere visiblemente a establecimientos del tipo “Salón de belleza, casa de baños, sauna y masajes, en la medida que cuenten con dos (2) o más gabinetes o re cintos individuales de tratamiento” que en nada pueden equipararse al *thema decidendum*.*

Incluso, dicha conclusión surge del juego de los arts. 1º de la ley 451, 1.1.1, 2.1.1 y el ya citado 2.1.8 del Código de Habilitaciones, toda vez que mientras que el primero prescribe “El régimen de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires sanciona las infracciones a: a) las normas de la Ciudad de Buenos Aires destinadas a reglamentar, en ejercicio de las facultades ordenatorias atribuidas por la Constitución al Gobierno de la Ciudad, al desenvolvimiento de actividades comerciales, y todas las que están sujetas al poder de policía de la Ciudad b) las normas dictadas como consecuencia del ejercicio de las facultades ordenatorias delegadas por la legislación nacional en el Gobierno de la Ciudad como autoridad local de aplicación”, los últimos sostienen: “Para el ejercicio de toda actividad comercial o industrial en el ejido de la Ciudad de Buenos Aires, deberá solicitarse habilitación o permiso municipal según corresponda” y “Las actividades a que se refiere el artículo 1.1.1 de este Código están sujetas al presente régimen de habilitaciones, de acuerdo con las normas municipales que reglamentan su ejercicio”, toda vez que en todos

*ellos se hace referencia a una “actividad comercial”, que según lo que venimos exponiendo no puede tenerse por acreditada. Por lo dicho, no habrá de tener favorable acogida la apelación introducida por el Sr. Fiscal, ya que se reunieron elementos de prueba suficiente como para concluir que no se explotaba en el inmueble de autos la actividad lícita de masajes corporales en habitación individual que dio origen al labrado del acta.*⁴⁶

Fallo N°4

Si bien el siguiente fallo no es sobre la materia que nos ocupa, entre sus argumentos encontramos un criterio de la Corte Suprema de la Nación sobre la interpretación de los principios de legalidad y de reserva consagrados en la Constitución Nacional, lo cual, si es válido de considerar en cuanto a la prostitución como actividad lícita per se, pero limitada por normas que restringen su ámbito de actuación. El fallo expresa

*El Art. 19 de la CN impide al legislador prohibir conductas que se desarrollan dentro de la esfera privada. Este ámbito de reserva no solo se refiere a las acciones que se realicen en la “intimidad”, sino que alcanza también a todos los actos realizados en público que no perjudiquen a terceros.*⁴⁷

❖ **Conclusiones.**

A modo de síntesis, nuestra investigación realizó un análisis de las bases normativas referidas a la prostitución de acuerdo a la prelación normativa que nuestro derecho establece. Comenzando por la Constitución Nacional y las disposiciones de derecho internacional receptadas. Continuando con las leyes nacionales y destacando el análisis de la Ley de Profilaxis Antivenérea, la Ley de Contrato de Trabajo y la viabilidad de enmarcar la actividad en el contrato de obra y servicio establecido en el Código Civil y Comercial. En el ámbito provincial nos remitimos a la normativa de Córdoba y detallamos las disposiciones que aplican respecto a la actividad. En la parte final del trabajo se examinaron fallos

⁴⁶ Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Causa n° 12916-00-00/13, “RRR, Marcela s/inf. Art(s). 4.1.1, Ausencia de habilitación y Desvirtuación de rubro – L 451” Sala II.

⁴⁷ Bazterrica, Gustavo M. CS 1986/08/29, s/Tenencia de estupefacientes para uso personal – Inconstitucionalidad del Art. 6° de la Ley 20771 (Estupefacientes).

jurisprudenciales para conocer la visión que los tribunales de nuestro país tienen respecto a la prostitución. Por último también mencionamos los principales proyectos de ley, donde se expresan las controversias y reclamos sociales respecto a la regulación de la prostitución.

De esta forma pretendimos analizar el estatus normativo actual de la prostitución y determinar cuál es la regulación que nuestro ordenamiento le otorga. Lo cual, además, nos permitió observar con mayor claridad la respuesta, de nuestro derecho, frente a los supuestos reclamados por la sociedad o frente a la determinación de sus respectivas procedencias.

En base a lo desarrollado y en respuesta a la pregunta sobre nuestra problemática ¿Cómo está regulada la prostitución en Argentina? la presente tesis establece las siguientes conclusiones:

El ejercicio de la prostitución es una actividad lícita, en virtud de que no existe ninguna norma que la prohíba. Sustento de ello son los principios de legalidad y reserva consagrados en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”⁴⁸

Por otro lado, la prostitución es considerada un “trabajo” en los términos dispuestos por la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T); en los términos de “trabajo humano”; y en los de “trabajo autónomo”.

Respecto al derecho laboral, la misma no constituye un “trabajo” en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo, en tanto la prostitución realizada en relación de dependencia tipificaría un delito, por lo cual se encuentra excluido de su ámbito de aplicación.

En cuanto a su ejercicio, se encuentran prohibidos aspectos como la oferta pública sexual (Art. 1 Decreto 936/2011 Protección integral a las mujeres. Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.) Julio 2011.) y los establecimientos donde se ejerza (Art.15 Ley N° 12.331 Profilaxis antivenérea. Honorable Congreso de la Nación 1936).

Expusimos la posibilidad y viabilidad de utilizar el contrato de obra y servicios (art. 1251 C.C.Y C.N.) para enmarcar jurídicamente la actividad, y mediante esta figura brindarle tutela al caso en particular.

⁴⁸ Art 19 Constitución Nacional Argentina (1994). Honorable Congreso de la Nación

De esta forma concluimos que, si bien existen normas dispersas en el ordenamiento que pueden incidir en la prostitución, no existe legislación que de tratamiento y regulación en concreto a la actividad. Dadas las características particulares de la prostitución y su relación con normas que tipifican delitos, es posible considerar la existencia de una laguna normativa.

Como principal solución nos parece pertinente proponer la elaboración de una legislación específica que le otorgue tratamiento, no solo para profundizar el sistema jurídico en sí, sino también para neutralizar los posibles perjuicios que una laguna normativa podría significar para las personas inmersas en la prostitución, al igual que para impulsar fines perseguidos, como la prevención y erradicación de la trata de personas, mediante medidas de control. A modo enunciativo, en vistas de la actual licitud de la actividad, se podrían desarrollar normas que aborden medidas como: la asignación de un organismo específico de contralor; el otorgamiento de una matrícula habilitante para trabajar de forma autónoma –en base a requisitos de edad, sanidad, etc.-; una cedula que acredite su habilitación, así como su identidad; medidas que permitan su inscripción en un registro nacional de trabajadoras/es sexuales autónomos, inscripción tributaria; controles médicos periódicos; entre otras.

Como pudimos observar el debate, respecto a cómo dar tratamiento normativo a la prostitución, está abierto y los esfuerzos legislativos continúan.

Entre los de mayor impulso encontramos el proyecto de ley presentado la Asociación de Mujeres Meretrices de Argentina (AMMAR), denominado “regulación del trabajo sexual autónomo”. Según Ammar, las normas vigentes criminalizan el trabajo sexual porque son leyes pensadas para combatir la trata de personas. "En la práctica no diferencian entre trata, explotación laboral y trabajo sexual autónomo", y así “han cerrado fuentes de trabajo, y las compañeras trabajan con una mayor precarización y vulneración laboral.”⁴⁹

El proyecto está integrado por 17 artículos, donde se declara que la prostitución pasará a la categoría de “trabajo” en Argentina, no obstante, establece una definición respecto

⁴⁹ <https://www.ammar.org.ar>. Última vez 14/05/19 21:28hs.

al trabajo sexual, entendiéndolo como “la actividad voluntaria y autónoma de ofrecer y/o prestar servicios de índole sexual, a cambio de un pago, para beneficio propio.”⁵⁰

Incorpora que “toda persona legalmente habilitada para ejercer el trabajo sexual (T.S.) puede prestar sus servicios en locales o casas, administrando su organización en forma individual o colectiva.”⁵¹ En este artículo la caracterización de autónomo es puesta en duda, ya que en su parte final hace referencia a una posible organización colectiva en cuanto a su administración, por ello también analizaremos las implicancias normativas de utilizar el término “trabajo sexual” sin especificar la autonomía de la persona. Dispone, además, que para poder ejercer el trabajo sexual deberán ser mayores de edad y asistir al curso gratuito brindado por la Autoridad de Aplicación.

La norma contempla un régimen especial de inspecciones y la aplicación de sanciones en caso de incumplimiento, para ello presenta un anexo en el que detalla cómo deben ser las instalaciones de los establecimientos, sus habitaciones, y qué recaudos en materia de higiene y funcionamiento se deben tomar. Por último, establece la creación de un ente regulador de la actividad, la Oficina Nacional de la Protección al Trabajo Sexual, integrada por miembros del Ministerio de Trabajo y organizaciones de la sociedad civil, que permita el control del desarrollo del trabajo sexual, garantice el acceso de las trabajadoras sexuales a los sistemas de salud y previsionales, y emita habilitaciones personales correspondientes para ejercer.⁵²

Lo señalado respecto al proyecto presentado por AMMAR genera un importante contraste con la actualidad normativa de nuestro ordenamiento jurídico, en principio la prostitución no es considerada un trabajo bajo lo dispuesto por la Ley de Contrato de Trabajo, solo se la contempla como una actividad lícita cuando es realizada de forma autónoma. No obstante, existen ciertos aspectos y formas de ejercer la actividad que se encuentran prohibidos por nuestra legislación, normas que expondremos más adelante.

⁵⁰ Art. 2 del Proyecto de Ley, consultado en [https://www.ammар.org.ar/IMG/pdf/proyecto_de_ley_nacional_trabajo_sexual_autonomo.pdf]. Ultima vez 14/05/19 21:15hs.

⁵¹ Art. 4 del Proyecto de Ley, consultado en [https://www.ammар.org.ar/IMG/pdf/proyecto_de_ley_nacional_trabajo_sexual_autonomo.pdf]. Ultima vez 14/05/19 21:19hs.

⁵² <https://www.ammар.org.ar>. Ultima vez 14/05/19 21:15hs.

Por otro lado, en el debate existen posturas opuestas a ello: Para la directora de la ONG Casa del Encuentro, Fabiana Tuñez, "la prostitución no es un destino laboral". Y lo explica diciendo

No hay relaciones igualitarias de poder: alguien paga y hace lo que quiere con el cuerpo de la mujer. Estamos en contra del sistema de prostitución que condena a las mujeres a ser objetos. El 90% de las mujeres que ingresan al circuito de la prostitución lo hacen como una supervivencia: no tuvieron igualdad de oportunidades, no tuvieron oportunidad de elegir. Las mujeres más pobres son las que terminan siendo víctimas de estas redes de explotación sexual. Sólo las del circuito vip pueden llegar a decir que eligieron prostituirse.⁵³

En consonancia Margarita Peralta, presidenta de Mujeres Argentinas por los Derechos Humanos se expidió diciendo:

No está prohibida la prostitución, sí lo está la explotación sexual, el proxenetismo. El policía que cobra coima es un proxeneta. Y para poder terminar con este gran problema es necesario reeducarnos varones y mujeres. Si no hay cliente no hay prostitución y no hay trata.⁵⁴

En este sentido ingresaron al Congreso de la Nación dos proyectos de ley para penalizar a los clientes de la prostitución. En el Senado, Aníbal Fernández (FPV-PJ) propone penalizar a quienes contraten los servicios de víctimas de trata. El proyecto del ex Jefe de Gabinete incorpora el artículo 127 bis al Código Penal, mediante el cual se disponen penas de uno a tres años para quien "utilice o procure servicios sexuales de una persona sabiendo o debiendo saber que es una víctima de trata de personas". En los casos en que las víctimas sean menores de edad, las penas se incrementan de cinco a diez años. Atento al avance del debate sobre trata en foros internacionales, Fernández plasma en su proyecto la acción negativa del cliente, en tanto responsable en la generación de la demanda de trata de personas para la explotación sexual.⁵⁵

⁵³ https://www.clarin.com/sociedad/Cuestionan-proyecto-legalizar-privados_0_Hk1t0HY5Pmx.html. 14/05/19 22:00 hs.

⁵⁴ https://www.clarin.com/sociedad/Cuestionan-proyecto-legalizar-privados_0_Hk1t0HY5Pmx.html. 14/05/19 22:10 hs.

⁵⁵ <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/presentan-congreso-dos-proyectos-para-penalizar-clientes-prostitucion>. 24/06/2019 09:40hs.

En Diputados, por su parte, Marcela Rodríguez (Democracia Igualitaria y Participativa) impulsa una sanción para todos los clientes, exista o no consentimiento por parte de la trabajadora sexual, quien en ninguna de las dos iniciativas es penalizada. Rodríguez lleva su propuesta más allá, impulsando una sanción para todo consumidor sexual, sin importar si la trabajadora es víctima de una red de trata o no. En declaraciones a la prensa, Rodríguez sostuvo que “la prostitución siempre es explotación, independientemente de que quien la ejerza lo haga por propia decisión”⁵⁶. Por ello, en su iniciativa se incorpora el artículo 126 bis al Código Penal, estableciendo penas de seis meses a tres años a quien “ofriere o entregare una suma de dinero” por el “uso sexual de una persona”.

Rodríguez sigue de esta manera los lineamientos de la legislación sueca, aplicada desde hace diez años. Según la legisladora, “el modelo de penalización del cliente funciona bien, porque reduce notablemente la trata y la prostitución”. En la cámara de Diputados, la iniciativa cuenta con el aval de miembros de todo el arco político, Héctor Recalde y María Elena Chieno, María Luisa Storani (UCR), Nora Iturraspe (Unidad Popular) y Virginia Linares (GEN). A su vez, tanto la propuesta de Fernández como la de Rodríguez fueron celebradas por la titular del Programa “Víctimas contra las Violencias”, del Ministerio de Justicia de la Nación, Eva Giberti. (Diario Clarín. Violencia contra las mujeres, trata y prostitución: en el Congreso buscan penalizar al cliente, 03/04/13).

⁵⁶ <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/presentan-congreso-dos-proyectos-para-penalizar-clientes-prostitucion>. 24/06/2019 09:40hs.

❖ **Bibliografía.**

Legislación:

- Proyecto de ley Nacional para el trabajo sexual autónomo, AMMAR 2013.
- Constitución Nacional Argentina (1994). Honorable Congreso de la Nación.
- Código Penal Argentino. Modificado por Ley 25.087. Honorable Congreso de la Nación 1999.
- Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Honorable Congreso de la Nación Argentina 2014.
- Ley N 20.744 Régimen de Contrato de Trabajo. Honorable Congreso de la Nación Bs. As., 13/5/1976. Ordenado por decreto 390/1976.
- Ley 26.842 Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas (2012). Modificaciones Código Penal, Código Procesal Penal y Ley N° 26.364. Honorable Congreso de la Nación.
- Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina 2014.
- Ley N° 24.240 Defensa del consumidor.
- Ley N° 12.331 Profilaxis antivenérea. Honorable Congreso de la Nación 1936.
- Decreto 936/2011 Protección integral a las mujeres. Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.) Julio 2011.
- Código de convivencia ciudadana de la provincia de Córdoba. Ley 10.326. Legislatura de la provincia de Córdoba.
- Naciones Unidas, Universal Declaration of Human rights.

Jurisprudencia:

-Tribunal Oral Criminal 5, en la causa 1910, de acción de amparo promovida por AMMAR. 2012.

Doctrina:

- Grisolia-Manual de derecho laboral, edición 2015- Buenos Aires.
- Compendio de Derecho Constitucional - BIDART CAMPOS, Germán - 1ra - 2005
-Buenos Aires.
- Manual de Derecho Constitucional - SAGÜES, Néstor - 1ra - 2008
- Mirólo, René R. (2003). Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Tomos I y II. Córdoba: Advocatus.
- Código Civil y Comercial de la Nación comentado / dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti - 19 ed. - Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015
- Bueres, A. J. (2014). Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado. Buenos Aires: Hammurabi. Buteler Caceres, J. (2000). Manual de Derecho Civil. Parte General. Córdoba: Advocatus. Rivera, J. C. y Medina, G. (2014).
- Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.
- Derecho Penal parte general. - LASCANO, Carlos Julio (h) - 2008 - 2008 - Advocatus Córdoba.
- Manual de Derecho Penal: parte especial. -Núñez, R.C.-S/D-2009-Lerner-Córdoba.
- Introducción al Derecho, Universidad Empresarial Siglo XXI, 2015.
- Dain, Mariana y Otero, Romina. (2001). Las metáforas de la tolerancia: construcciones discursivas acerca de la prostitución (Córdoba 1883-1910). Córdoba: Editorial de la municipalidad de Córdoba.

- Dain, Mariana y Otero, Romina. (2004). “La emergencia de la mujer pública. Representaciones de la prostitución en el discurso social. Córdoba, 1883-1910”. Cuadernos de Historia. Serie Economía y Sociedad. N°6.. Área de Historia del CIFYH, María Saleme de Burnichón – UNC.
- ENGISCH, KARL; “Der rechtsfreie Raum”, utilizamos aquí la traducción al castellano efectuada por Ernesto Garzón Valdes: “El ámbito de lo no jurídico”, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1960.
- Dain, Mariana. (2009). “La tolerancia bajo sospecha: políticas de control social proactivo en la Ciudad de Córdoba a fines del siglo XIX”.
- Di Liscia, María Hermina Beatriz; Di Liscia, María Silvia y Rodríguez, Ana María Teresa. (1994). “Prostíbulos y control estatal”. Di Liscia, María Hermina Beatriz (Coord.). Acerca de las mujeres. Género y sociedad en La Pampa.
- KERLINGER, FN. (1975). Investigación del comportamiento: técnicas y metodología.
México, D.-F: Nueva editorial Interamericana. Capítulo dos ("Problemas e hipótesis").
- COSSIO, CARLOS; La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964.
- KELSEN, HANS; Teoría Pura del Derecho, por ROBERTO J. VERNENGO, 1982.