



**“La Condición Jurídica del Cliente de Prostitución o Usuario
de Servicios Sexuales”**

Trabajo Final de Grado

ABOGACIA

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

MONTENEGRO, VIRGINIA

DNI : 37.734.200

LEGAJO VABG46695

2019

RESUMEN

A partir del modelo implementado en Suecia de penalizar al cliente o usuario de prostitución, y a partir de su publicidad positiva en torno a la disminución, el mismo se ha extendido a otros países europeos y de nuestra región, sin que escape esta tendencia a la iniciativa de legisladores locales.

Históricamente nuestro país ha seguido la tradición alemana y no sanciona la prostitución o el intercambio sexual por dinero. Es decir que se enrola en el modelo abolicionista. Sin embargo y en los últimos años las trabajadoras sexuales han tomado voz solicitando el reconocimiento del trabajo sexual, y la protección legal del mismo.

Por otro lado, y en forma paulatina, se ha incorporado a la libertad sexual como bien jurídico protegido en el orden penal y como una esfera más de la libertad personal que merece garantías por influjo del sistema de Derechos Humanos que se materializa a través del reconocimiento de los derechos sexuales.

Desde este escenario de debates y tensiones y a través de una investigación de tipo cualitativa, de diseño exploratorio descriptivo inscripta en el campo jurídico dogmático se pretende indagar y describir la posibilidad jurídica de responsabilizar penalmente al cliente de servicios sexuales o prostitución en el marco del sistema abolicionista y la protección de la libertad sexual en el ordenamiento jurídico argentino.

PALABRAS CLAVES: Prostitución, Cliente, Libertad Sexual, Abolicionismo

ABSTRACT

Based on the model implemented in Sweden to penalize the client or user of prostitution, and based on its positive publicity regarding the decrease, it has been extended to other European countries and our region, without escaping this tendency to the initiative of local legislators.

Historically our country has followed the German tradition and does not sanction prostitution or sexual intercourse for money. That is to say that it is enrolled in the abolitionist model. However, and in recent years, sex workers have taken a voice requesting recognition of sex work, and legal protection of it.

On the other hand, and gradually, sexual freedom has been incorporated as a protected legal right in the penal order and as a sphere of personal freedom that deserves guarantees due to the influence of the Human Rights system that is materialized through recognition. of sexual rights.

From this scenario of debates and tensions and through a qualitative research of descriptive exploratory design registered in the dogmatic legal field, the aim is to investigate and describe the legal possibility of holding the client criminally liable for sexual services or prostitution within the framework of the abolitionist system and the protection of sexual freedom in the Argentine legal system.

KEYWORDS: Prostitution, Client, Sexual Freedom, Abolitionism

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
Marco Teórico	11
Marco Metodológico	16
CAPÍTULO 1: LAS DISTINTAS CONCEPCIONES SOBRE PROSTITUCIÓN	19
1.1 Acerca de la Prostitución	19
1.2 La prostitución desde distintas concepciones teóricas	20
1.3 Prostitución o servicios sexuales	21
1.4 Sistemas jurídicos en torno a la prostitución	22
1.4.1 Sistemas Abolicionistas	24
1.4.2 Sistemas Reglamentaristas	25
Conclusiones Parciales	27
CAPÍTULO 2 LA LIBERTAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICAMENTE PROTEGIDO	29
2.1 Las Concepciones de la moral sexual	29
2.2 La Libertad Sexual: Concepto	31
2.3 Derechos sexuales y Libertad Sexual	32
2.3.1 Los Derechos Sexuales en el Plano Internacional	34
2.4 Sexualidad y Derecho Penal	36
2.4.1 De la Honestidad a la Integridad Sexual o Libertad Sexual	38
Conclusiones Parciales	40
CAPÍTULO 3 LA PROSTITUCIÓN EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO	43
3.1 Antecedentes	43
3.2 Prostitución y Trata de Personas con fines de Explotación Sexual	45
3.3 Promoción y Facilitación de la Prostitución	46
3.3.1 Modalidades agravadas de la promoción y facilitación	48
3.4 Rufianería	52
Conclusiones Parciales	53
CAPÍTULO 4: PROYECTOS LEGISLATIVOS DE PENALIZACIÓN DEL CLIENTE DE PROSTITUCIÓN O USUARIO DE SERVICIOS SEXUALES	55
4.1 Nuevos debates: el cliente de prostitución o servicios sexuales	55
4.2 Proyecto que proponen penalizar al cliente solo en caso de trata	57
4.3 Proyectos que proponen la sanción del cliente de servicios sexuales	59
4.4 Proyectos que proponen reglamentar la prostitución	61
4.5 Análisis crítico de las Políticas Públicas y las iniciativas legislativas	62

CONCLUSIONES FINALES	63
BIBLIOGRAFÍA	69

INTRODUCCIÓN

En sentido jurídico, la prostitución y los delitos relacionados con la misma se encuentran en permanente tensión con las demandas sociales, y, desde las diversas sociedades y tiempos históricos se han diseñado órdenes que penalizan la figura de la prostitución hasta aquellos totalmente abolicionistas. El derecho comparado también ofrece diversas soluciones a la conflictividad, y dichas respuestas fluctúan conforme a la necesidad de que la prostitución desaparezca o se destierre de la comunidad para lo que se adopta respuestas punitivas; o respuestas que consideran necesario tolerarla e incluso regularizarla, con lo cual resulta vano la persecución de los participantes.

Los delitos relativos a la prostitución, son varios y tipifican diverso tipo de conductas. Otro tanto ocurre con la trata de personas, uno de cuyos objetos puede ser la explotación sexual de la víctima. Así se penaliza entre otras figuras, el proxenetismo o la rufianería, a través de tipos legales que no alcanzan al cliente o usuario.

Cabe mencionar que existen proyectos legislativos que pretenden la represión penal del cliente, los que de promulgarse cambiarían el paradigma actual de la cuestión y abriría nuevos debates, incluso desde aquellas organizaciones que reivindican la figura de la trabajadora sexual.

La penalización del cliente o usuario se extiende a partir del modelo adoptado por Suecia, y la publicidad positiva del mismo en torno a la disminución de la prostitución que del mismo se hace, ha generado impactos y la posibilidad de adoptarse en numerosos países. De modo que el tema reviste actualidad y merece un debate en torno a la potencialidad de adopción de este modelo por parte de nuestro ordenamiento.

Históricamente, nuestro sistema penal no sanciona la figura de la prostitución o los servicios sexuales en sí mismo, entendidos como el intercambio sexual o carnal por dinero, vale decir que se enrola en el tipo de sistema abolicionista.

Silvia Chejter (2016), afirma que los debates en torno al fenómeno prostibulario tienen más de un siglo, y que las normas jurídicas sobre prostitución, que a la vez responden a dilemas éticos y políticos se sostienen por todo este tiempo, como si las circunstancias fueran idénticas. Desde esta afirmación se torna en necesario aportes académicos en el campo del Derecho que actualicen el debate ante el impacto de nuevas normas y nuevos principios.

Por otro lado el impacto del modelo sueco, en términos de prostitución se ha extendido a otros países, y desde esta premisa resulta interesante analizar el ordenamiento jurídico actual, de un modo integral y respetuoso, a los efectos de evidenciar o no la posibilidad jurídica de un nuevo enfoque y un nuevo sistema.

Encontrándose en discusión un anteproyecto de reforma al Código Penal y dos proyectos legislativos que tienden a responsabilizar penalmente al cliente de prostitución uno, y al de trata con fines de explotación sexual el otro, es un tema con relevancia actual.

En el ámbito personal, y teniendo en cuenta que los sistemas jurídicos en torno a la prostitución son respuestas a dilemas éticos y políticos de las sociedad en un determinado período histórico, surge la motivación de indagar los posicionamientos jurídicos que se construyen desde el feminismo y desde las organizaciones de la sociedad civil respecto a la condición del cliente.

Por otro lado, y en forma paulatina, se ha incorporado a la libertad sexual como bien jurídico protegido en el orden penal y como una esfera más de la libertad personal que merece garantías por influjo del sistema de Derechos Humanos. Con distintos proyectos legislativos que consideran la penalización de la conducta del cliente de prostitución o de explotación sexual, cabe preguntarse como problema de investigación: ¿Cuáles son las relaciones que se establecen entre la responsabilidad penal del cliente de servicios sexuales o prostitución y el sistema abolicionista y la protección de la libertad sexual en el ordenamiento jurídico argentino?. Desde el interrogante guía de la investigación se establece como hipótesis de trabajo que la penalización de la figura del cliente de prostitución es contraria a la tradición jurídica abolicionista de nuestro

ordenamiento jurídico, y que de materializarse sería invasiva de la esfera de la libertad de las acciones privadas, y entre ellas de la libertad sexual. Nuestro sistema jurídico sigue en ese sentido al modelo alemán que considera a la prostitución como trabajo sexual y es un país abolicionista desde 1936, año en el que se aprueba la ley 12.331 de profilaxis.

A partir del problema de investigación, se pretende una proyecto de investigación aplicada que responda al interrogante a través de un objetivo de investigación definido en los siguientes términos: Indagar y describir la posibilidad jurídica de responsabilizar penalmente al cliente de servicios sexuales o prostitución en el marco del sistema abolicionista y la protección de la libertad sexual en el ordenamiento jurídico argentino. Para alcanzar este objetivo general se definen los siguientes objetivos específicos: Analizar la prostitución desde los distintos sistemas o modelos jurídicos; Conceptualizar la libertad sexual como bien jurídico protegido; Indagar las características del fenómeno prostitución en el marco del Derechos Penal y Analizar críticamente los distintos proyectos y anteproyectos de penalización del cliente.

El abordaje del intercambio sexual se construye desde dos ejes diferenciados, el primero de ellos que emerge del orden contractual y que se basa en la libertad personal, la libertad sexual y que admite que el sexo, o el cuerpo, es un bien mercantizable. El segundo eje concibe a la prostitución como un sistema que incluye a una diversidad de actores sociales: clientes, proxenetas, Estados, sectores económicos, entre otros. Estos dos ejes de abordaje por otro lado, demarcan a la prostitución con un sinnúmero de matices limitándolo en ocasiones a un hecho delictivo, y en otras poniendo en foco las motivaciones de las personas prostituidas o en alguno de los actores que participan del mundo prostibulario, entre ellos las organizaciones proxenetas en una dimensión globalizada del fenómeno. Jurídicamente los debates se han polarizado entre el abolicionismo o la legalización, sin tener en cuenta los aportes de otros campos disciplinares.

Entre los distintos modelos jurídicos de abordaje de la prostitución, aquellos que han conducido a la incriminación de conductas, ya de los propios trabajadores sexuales, ya de las personas que se lucran del ejercicio de tal

actividad, pueden identificarse con el prohibicionismo, de un lado, y el abolicionismo, de otro. Si bien existe una clara diferenciación conceptual entre ambos modelos, en la realidad de los ordenamientos jurídicos se pueden establecer conexiones entre uno y otro. Toda vez que se permite la posibilidad de incriminar conductas relacionadas con la prostitución, los límites de las intervenciones punitivas son fluctuantes, incluso muy cercanas al propio prohibicionismo (Villacampa & Torres, 2013).

Analizar los posicionamientos que se esgrimen desde el feminismo como movimiento en el que es posible advertir el flujo entre posturas abolicionistas y otras prohibicionistas que ponen el eje en la mercantilización o cosificación del cuerpo de las mujeres; y desde organizaciones de la sociedad civil como AMMAR (Asociación de Mujeres Meretrices de Argentina) que reivindican el trabajo sexual exigiendo que el mismo se reglamente, suman voces y aportes que enriquecen los debates jurídicos.

Desde una investigación de tipo cualitativo y de diseño exploratorio descriptivo, enmarcado en la investigación dogmática se pretende responder al problema de investigación y alcanzar exitosamente cada uno de los objetivos planteados, circunstancia que demarca la estructura del presente trabajo final de grado. En el capítulo primero se analiza todas aquellas características que contribuyen a definir la prostitución y los modelos jurídicos de abordaje; en el capítulo segundo se pretende la conceptualización de la libertad sexual como bien jurídico protegido; el tercer capítulo se encuentra destinado a indagar las características del fenómeno prostitución en el marco del Derechos Penal y las particularidades del Código Penal; el cuarto capítulo se dedica a un análisis crítico de los distintos proyectos legislativos de penalización del cliente.

MARCO TEÓRICO

Existen dos visiones polares de la prostitución. La primera de ellas que pone en juego conceptos del orden contractual basadas en la libertad personal, la libertad sexual y que admite que el sexo, o el cuerpo, es un bien mercantizable. La segunda visión la concibe como un sistema que incluye a una diversidad de actores sociales: clientes, proxenetas, Estados, sectores económicos, entre otros. Entre ambas visiones existen diversas demarcaciones del fenómeno prostibulario, así, en ocasiones, se lo limita a un hecho delictivo y en otros casos se pone la mirada en las motivaciones de las personas prostituidas o en alguno de los actores que participan del mundo prostibulario, entre ellos las organizaciones proxenetas y su dimensión globalizada. Consecuentemente los debates jurídicos se polarizan entre el abolicionismo o la legalización (Chejter, 2016).

Entre los distintos modelos jurídicos de abordaje de la prostitución, aquellos que han conducido a la incriminación de conductas, ya de los propios trabajadores sexuales, ya de las personas que se lucran del ejercicio de tal actividad, pueden identificarse con el prohibicionismo, de un lado, y el abolicionismo, de otro. Si bien existe una clara diferenciación conceptual entre ambos modelos, en la realidad de los ordenamientos jurídicos se pueden establecer conexiones entre uno y otro. Toda vez que se permite la posibilidad de incriminar conductas relacionadas con la prostitución, los límites de las intervenciones punitivas son fluctuantes, incluso muy cercanas al propio prohibicionismo (Villacampa y Torres, 2013).

Desde el feminismo, como movimiento político que impulsa reformas legales a lo largo de la historia, se tejen alianzas entre una parte del movimiento sostienen posturas abolicionistas, y otro sector con posturas conservadoras, no alejadas de posiciones prohibicionistas, y en este espacio en concreto se hace plausible la manifestación ideológica y de aproximación entre ambos modelos (Villacampa y Torres, 2013).

Estados Unidos, es de los pocos países que actualmente adopta el sistema prohibicionista. En este país se prohíbe el ejercicio de la prostitución, siendo

ilegal en prácticamente todos los estados, con excepción de once condados del Estado de Nevada. En este modelo norteamericano se incrimina tanto la conducta de las trabajadoras sexuales y con mayor gravedad las de aquellos que se benefician del ejercicio de la prostitución, proxenetas y propietarios de burdeles. Se cuestiona este modelo de parte de la propia doctrina norteamericana, toda vez que la persecución de la prostitución acarrea gastos públicos inconmensurables y se puede calcular que aproximadamente del 50% de las mujeres en prisión, están privadas de su libertad por cargos relacionados con la prostitución (Villacampa y Torres, 2013).

El modelo abolicionista, no culpabiliza el trabajo sexual y es el que mayoritariamente han adoptado los países occidentales, aunque con diversas especificidades. Argentina, siguiendo al modelo alemán que considera a la prostitución como trabajo sexual, es un país abolicionista desde 1936, año en el que se aprueba la ley 12.331 de profilaxis (Giacosa, 2013). Sin embargo si se encuentran tipificadas en el Código Penal, algunas conductas relacionadas a la prostitución.

El Código Pernal tipifica la promoción y facilitación de la prostitución¹, cuando hay una incidencia del autor en actos materiales, expresiones verbales o escritas significativas que tienen por objeto impulsar, incitar o tratar de inducir a una personas para que ejerza la prostitución, para que continúe ejerciéndola o para que la ejerza más activamente. No es punible el ejercicio de la prostitución, o el pago de sexo, sino la acción del autor para inducir a ejercer la prostitución (Laje Anaya y Gavier, 2000).

En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

¹Código Penal, Título III, Capítulo III, Artículo 125 bis

2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.

3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.²

El artículo 127 del Código Penal se refiere al proxenetismo, como la conducta del “que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediere el consentimiento de la víctima”, con la exigibilidad de un dolo específico que es el fin económico o lucrativo. La figura también cuenta con agravantes en razón del uso de medios intimidatorios, el parentesco, la pertenencia a una fuerza pública y cuando se trate de víctimas menores de edad.³

Es decir que dentro del sistema de punibilidad restringida, que impone pena a la promoción y facilitación de la prostitución y al proxenetismo, no se encuentra penada la conducta de quien paga por sexo, el cliente o usuario de servicios sexuales o prostitución. Sin embargo a nivel nacional hay dos proyectos legislativos que persiguen la tipificación y responsabilidad penal del cliente. La primera de las iniciativas nacionales es la del senador Aníbal Fernández que apunta a penalizar el consumo de prostitución sólo en casos de trata. La segunda, pertenece a la diputada Marcela Rodríguez, y propone penas de seis meses a tres años de prisión a quien paga por el uso sexual de una persona. Es decir, que en esta segunda iniciativa legislativa no existe distinción si es una víctima de trata o no. Ninguno de los proyectos avanza sobre la conducta o circunstancia de las personas que son objeto de ese comercio (Giacosa, 2013).

Estos proyectos, responden a una extensión del modelo sueco, que desde que se ha instaurado en Suecia en 1999 se ha expandido a distintos países de Europa y pretende ser seguido por distintos procesos legislativos en la región. Suecia, no hace distinción alguna entre prostitución voluntaria y forzada, sostiene que cualquier forma de prostitución constituye una manifestación de la violencia

²Código Penal, Título III, Capítulo III, Artículo 126

³Código Penal, Título III, Capítulo III, Artículo 127

de género, incrimina la compra de servicios sexuales. Sostienen quienes impulsan y sostienen este modelo, que ha resultado exitoso para disminuir la explotación sexual de las mujeres y la prostitución misma. Sin embargo sus detractores afirman que lejos de disminuir la explotación sexual y la prostitución ha supuesto una transformación de la prostitución callejera en prostitución en establecimientos, aumentando la estigmatización que sufren los trabajadores sexuales y haciendo más precarias y peligrosas las condiciones del desempeño de su actividad (Villacampa y Torres, 2013).

Pese a las severas críticas que se sostienen frente al modelo sueco, la lucha contra la prostitución basada en la punición del cliente está haciendo fortuna y está siendo exportada a otros países. Así Noruega ya en 2008, Islandia en 2009 y más recientemente el Reino Unido en 2010, aunque de forma no completamente fiel ni en situación de ausencia de opiniones críticas en este último caso, han adoptado el modelo (Villacampa y Torres, 2013). Y desde Europa, ha alcanzado espacios de discusión, debate, estado parlamentario y hasta media sanción en Argentina.

Donna (2005) afirma que en los delitos contra la integridad sexual el bien jurídico protegido es la libertad sexual, protección que para el Derecho Penal va a asumir dos vertientes: una vertiente dinámico-positiva entendida como la capacidad de la persona de manejar libremente su cuerpo en las esferas sexuales o de comportarse sexualmente solo conforme a sus propios deseos y una vertiente que la sitúa como la posibilidad de negarse a ejecutar por sí mismo o que otro ejerza actos de naturaleza sexual que no desee soportar.

Existe un debate sobre la libertad sexual, sobre en qué medida el Derecho Penal puede utilizarse para regular o reprimir los comportamientos de las personas en el campo de la sexualidad. Frecuentemente se afirma que las leyes penales en este sentido tienden a reforzar reglas morales basadas en concepciones patriarcales y autoritarias. Así se exige, de forma paternalista la obediencia a reglas consideradas normales y buenas (Hurtado Pozo, 2000).

Pensar el diseño de un Derecho Penal Sexual, plantea ineludiblemente replantear las relaciones entre el derecho y la moral, relaciones complejas y polivalente por las cuales desde la moral se justifican normas legales o se las interpreta (Nino, 2013).

La libertad sexual se configura como una concreción de la libertad personal, que se vincula con la autorrealización personal, que se refiere a las diversas conductas sexuales realizadas (Diez Ripolles, 2000).

La relación entre prostitución y trata es uno de los ejes presente no solo en los debates actuales sino también a lo largo de los últimos 150 años, y que han generado la intervención de organismos internacionales como la Sociedad de las Naciones, Estados y organizaciones de la sociedad civil que confluyeron en la aprobación por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) del Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de 1949 (Chejter, 2016).

La separación entre trata y prostitución es destacada por los sectores a favor de la legalización del trabajo sexual, que consideran que la legislación basada en la Convención de 1949 confunde ambos fenómenos. Asimismo esta separación es cuestionada por los sectores abolicionistas, que consideran que trata y prostitución no deben separarse. La diferencia entre ambas corrientes se sustenta en cómo es pensada la trata. Para la corriente que considera que la prostitución es un trabajo sexual rechaza solo aquella trata en la que hay engaños o se utilizan formas coactivas y violentas, pero sostiene que a muchas mujeres que quieren emigrar, tanto a escala nacional como internacional, no les queda otra opción que recurrir a organizaciones clandestinas de tráfico y trata de personas, y lo hacen por decisión propia. Las corrientes abolicionistas, por su parte, arguyen que la trata es la forma de reclutamiento que demuestra el carácter organizado de la prostitución y que esto va más allá de las modalidades que utilizan las organizaciones proxenetas, sosteniendo que en la práctica no es posible diferenciar a las mujeres víctimas de trata de las que no lo son, ambas son igualmente explotadas sexualmente (Chejter, 2016).

MARCO METODOLÓGICO

Teniendo en cuenta el problema de investigación y los objetivos planteados se opta por estudios exploratorios en una primera etapa y descriptivos en su segunda fase. Son exploratorios en cuanto pretenden determinar las categorías y variables vinculadas a un concepto, clasificarlas y ponderar la posibilidad de aplicarlas a un nuevo concepto (Yuni y Urbano, 2014). En esta etapa precisa se trata alcanzar una aproximación al concepto de cliente, innovadora pero dentro de las posibilidades dentro del sistema jurídico, valiéndose de la multiplicidad de fuentes, y los marcos conceptuales y jurídicos existentes.

En una segunda etapa es descriptivo en cuanto intenta describir las características de un fenómeno a partir de la determinación de variables o categorías ya conocidas (Yuni y Urbano, 2014), para analizar las relaciones entre el concepto de cliente, el sistema punitivo, el paradigma sobre prostitución y el de la libertad sexual.

Para Yuni y Urbano (2014) en la lógica cualitativa, la realidad se conoce a través de una captación holística, habida cuenta que los fenómenos a conocer no son la suma de sus partes, sino totalidades que poseen su propia lógica de estructuración. Teniendo en cuenta que en el presente trabajo de investigación se pretende indagar y describir la posibilidad jurídica de responsabilizar penalmente conductas que en la actualidad no tienen dicho reproche, hay una necesidad desde el propio problema de investigación de analizar la estructuración tanto de la figura penal, como los marcos jurídicos y paradigmas en los que la misma se inserta. Precisamente desde la articulación de otros elementos jurídicos se construye el conocimiento de esta innovación jurídica, y en este apartado los estudios cualitativos responden acabadamente.

Por otro lado el problema se aborda, dentro del campo de las investigaciones jurídicas, a través de la exégesis y la dogmática, propias de la investigación jurídico dogmática (Sánchez Zorrilla, 2011)

“Llamamos fuentes de información a aquellas obras o productos de comunicación científica, que se presentan en diferentes formatos, periodicidad y sistematicidad (Yuni y Urbano, 2014: 85)”. Entre las fuentes se encuentra las primarias, es decir aquellas en las que los autores informan directamente de sus estudios, a través de libros de Doctrina, Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la Constitución Nacional, el Código Penal y la jurisprudencia atinente a las categorías procedente de diversos tribunales. Entre las fuentes secundarias, que son las que someten a un proceso de reelaboración de las fuentes primarias (Yuni y Urbano, 2014), se acude a artículos y comentarios de fallos, comentario de leyes y códigos provenientes de publicaciones especializadas. Finalmente las fuentes terciarias o de referencia que se utilizarán en el presente, son buscadores temáticos y catálogos virtuales de sitios reconocidos en la materia.

Las técnicas de recolección de información son aquellos procedimientos mediante los cuales se generan informaciones válidas y confiables, para ser utilizadas como datos científicos (Yuni y Urbano, 2014). Desde el tipo de estudio y el diseño metodológico se acude principalmente a la investigación documental, técnica que permite contextualizar el concepto de cliente, para entrecruzarlo con las variables definidas en los objetivos específicos y arribar a la respuesta del problema de investigación. La investigación documental posibilita una mirada retrospectiva y flexible del objeto de investigación. Principalmente se llevará a cabo sobre documentos escritos, mediante análisis contextual, es decir análisis de contenido.

Tal como ha sido descripto el cuerpo de análisis se trata de un muestreo no probabilístico que no permiten la extrapolación de los datos ni de sus conclusiones, y por otro lado es una muestra decisional en torno a las categorías que se analizan (Yuni y Urbano, 2014). La muestra en la parte del conjunto seleccionada especialmente para extraer las conclusiones (Yuni y Urbano, 2014). Tratándose de técnica de análisis documental y de contenido, el cuerpo de análisis está compuesto por Tratados, Constitución, Leyes Nacionales y Extranjeras,

Códigos de Faltas o Convencionales sobre delitos contra la integridad sexual, la libertad sexual, derechos sexuales, teoría de la pena y prostitución.

Teniendo en cuenta que se procura analizar la posibilidad jurídica de una nueva figura penal, y los marcos trazados por el problema de investigación, los objetivos y la construcción del marco teórico se utiliza como punto de partida el año 1999, fecha de cambio de la rúbrica del Capítulo III del Código Penal de Delitos Contra la Honestidad a Delitos Contra la Integridad Sexual. Es decir que la delimitación temporal es desde el año 1999 hasta nuestros tiempos.

Respecto a los niveles de análisis se tiene en cuenta el Código Penal, doctrina y jurisprudencia provenientes de la legislación de fondo y de tribunales locales o nacionales en materia penal, como así también aquella proveniente de los sistemas internacionales de promoción y protección de Derechos Humanos.

CAPÍTULO 1: LAS DISTINTAS CONCEPCIONES SOBRE PROSTITUCIÓN

Este capítulo pretende analizar el fenómeno de la prostitución desde distintas concepciones teóricas con especial hincapié en su recepción en los sistemas jurídicos.

Para alcanzar este objetivo se parte de precisar las características y antecedentes de la prostitución, pasando por la diversidad de aproximaciones teóricas respecto del rol del estado frente a la prostitución.

Definida que fuera la prostitución se analizarán los distintos modelos o sistemas jurídicos de abordaje.

1.1 Acerca de la Prostitución

Alrededor de la literatura y en los usos coloquiales del habla frecuentemente la prostitución se define de formas ambiguas, recurriendo la mayoría de las veces a expresiones con connotaciones racistas, sexistas o clasistas; pero focalizadas sobre todo solo en algún actor o algún aspecto del mundo prostibulario (Chejter, 2016). Ejemplo de esto último es que en la mayoría de los textos se habla en femenino aun cuando se citan casos de prostitución masculina Sin lugar a dudas asumir una definición de prostitución es asumir un posicionamiento político e ideológico en torno al fenómeno, teniendo en cuenta estos tintes y esta ambigüedad.

Para Chejter (2016), la prostitución es históricamente y aún hoy una institución patriarcal, sostenida sobre el deseo y el poder sexual de los varones, que se basa indiscutiblemente en la asimetría entre varones y mujeres, y aun en los circuitos homosexuales o transexuales los que pagan por sexo son varones. Más allá de eso la mayoría de las personas prostituidas o en situación de prostitución

son feminizadas, excepto los llamados *taxi boyso* la prostitución viril, a los que recurren también algunas mujeres, pero que constituyen un tipo de prostitución minoritario.

Las visiones en torno a la prostitución, que se trasladan al debate jurídico se polarizan en tanto se polarizan las opiniones en general. Por un lado se caracteriza a la prostitución como una relación entre dos personas en la que se ponen en juego conceptos contractualistas, decisiones basadas en la libertad personal, libertad sexual, elección, mercado e incluso servicio, admitiendo que el propio cuerpo, o el sexo, es un bien mercantilizable. Por otro lado se la concibe como un sistema organizado, una industria del sexo que incluye a una diversidad de actores sociales : clientes, proxenetas, Estados, varones, mujeres y sectores económicos complementarios, como empresas publicitarias y turísticas, hoteles, lavaderos, industria pornográfica, etc..

Entre ambas visiones polarizadas existen otras demarcaciones necesarias de analizar, incluidos los derechos humanos de las personas que ejercen la prostitución en los que ambos debates parecen coincidir. Esta polarización se ha trasladado al debate jurídico y político y se coloca como eje, evitándose otras aristas necesarias de analizar.

1.2 La prostitución desde distintas concepciones teóricas

Desde el propio feminismo, la literatura y las teorías identifican a la prostitución desde la perspectiva de la sexualidad. Desde esta perspectiva los posicionamientos teóricos varían entre concebirla como una forma de sexualidad, una identidad sexual y la posibilidad debatida de que se pueda tratar a la prostitución como un trabajo (Chejter, 2016). Sin lugar a dudas plantear la posibilidad de que la prostitución es una identidad sexual la coloca en el terreno de la libertad sexual, dejando afuera la variable económica o el intercambio de dinero que se observan en el fenómeno, y que lo caracterizan jurídicamente.

El Estado como ente interviniente en el ejercicio de la actividad, en interés de la salud y el orden público no ha sido ajeno al desarrollo del trabajo sexual, postulando posiciones que reflejan sus visiones morales frente al fenómeno y consecuentemente con el crecimiento del fenómeno los Estados han extendido sus preocupaciones, manifiestos en una carrera legislativa alrededor de la prostitución, unos en una vía prohibicionista y otros en una vía legalista (Chejter, 2016).

Los países europeos muestran una tendencia predominantemente legalista, mientras países del oriente como China, Taiwán o Tailandia son primordialmente restrictivos. Por otra parte en los países en los que se ha reglamentado el trabajo sexual, se ha hecho a instancias del creciente desarrollo de la explotación y tráfico sexual que se da en el marco de un comercio sexual cada vez más extendido en el mundo en condiciones de globalización que facilita la interconexión con lugares que antes parecerían inalcanzables (Tirado Acero, 2011).

1.3 Prostitución o servicios sexuales

Para cierto sector de la doctrina, la prostitución es considerada un estado, de un estado que se alcanza mediante un trato sexual venal, múltiple e indeterminado. Se trata de una actividad que, ejercida con cierta nota de cotidianidad o habitualidad, consiste en la prestación de servicios de naturaleza sexual a personas indeterminadas, a cambio de una prestación de contenido económico (De Lucca y Lancman, 2018).

Desde esta concepción doctrinaria la configuración del fenómeno prostitución como estado requiere de tres elementos constitutivos: La entrega carnal indeterminada, que esta entrega sea una actividad habitual, y que existe un precio o una contraprestación económica a cambio de esta entrega sexual (De Lucca y Lancman, 2018). Es decir que un acto sexual aislado, aun cuando se practique por un precio o por dinero, no encuadra en el tipo o la definición, como

tampoco es suficiente la entrega sexual a una o a varias personas determinadas pues cabe agregar la entrega indiferenciada a la multiplicidad de personas.

Otra nota característica que se rescata desde la literatura es, que si bien las capacidades sexuales de la persona deben estar a la venta, de ellos no deriva la obligación de satisfacer cualquier demanda, porque el sujeto pasivo se reserva la potestad de elegir entre sus clientes (De Lucca y López Cassariego, 2009).

Por otro lado para la Asociación de Mujeres Meretrices de la Argentina (AMMAR), quienes se encuentran organizadas la prostitución es un trabajo y movilizan diversas iniciativas legislativas para el reconocimiento social y estatal del trabajo sexual, y los derechos y reivindicaciones de las trabajadoras sexuales.

De la lectura de los proyectos legislativos que penalizan o intentan penalizar la figura del cliente de trata o de prostitución se evidencia la eliminación de la palabra prostitución, la que es reemplazada por servicios sexuales.

Sin lugar a dudas, la conceptualización del fenómeno prostibulario, como lo denomina Chejter (2016) en alusión a la complejidad de las circunstancias que acompañan a la prostitución y a la verdadera dimensión política que debe acompañar, va a depender de la mirada o el paradigma desde donde se intente definir, encontrándose en la literatura debates y tensiones al respecto.

1.4 Sistemas jurídicos en torno a la prostitución

Sin lugar a dudas, la prostitución como fenómenos social y cultural se inscribe en el mundo jurídico a partir de las miradas que desde esta construcción cultural se hace.

Así desde una mirada prohibicionista se pretende eliminar completamente de la sociedad el ejercicio de la prostitución, valiéndose de la represión penal ante cualquier oferta sexual pública o privada que implique una retribución monetaria, clientes y prostitutas. La mujer que está en situación de prostitución al igual que el

cliente, son delincuentes ante la sociedad y deben responder ante la justicia sobre su conducta, siendo plausibles de encarcelamiento, multas o medidas reeducadoras para quien la ejerce, organizao promueve (Folmer, 2016). Estas miradas prohibicionistas que la sociedad tiene sobre la prostitución encuentran respuestas en sistemas prohibicionistas, que si bien no son los que rigen en el derecho occidental, encuentran puntos en común con el objeto del presente trabajo, la posibilidad jurídica de sancionar al cliente de prostitución.

La mirada abolicionista, contraria a la prohibicionista e impulsada fuertemente por sectores feministas, realiza una crítica radical a la prostitución como fenómeno social, cuestionando la estructura que subyace de subordinación y explotación sexual de la persona prostituida, que principalmente son mujeres (Folmer, 2016).

Si bien desde la segunda mitad del siglo XIX el feminismo abolicionista ha liderado las campañas de lucha contra la prostitución desde la consideración de que se trata de una actividad que constituye un grave atentado a la dignidad y a la libertad de las mujeres y un impedimento para conseguir la igualdad de los sexos; existen otras tendencias en disputa de este sentido que han impulsado también modificaciones en los sistemas jurídicos (Heim, 2011).

El paradigma abolicionista se ha visto fuertemente convulsionado desde mediados de la década de 1970 con el aporte de otros elementos de consideración en torno a los derechos humanos y los derechos de las mujeres en particular. Desde estos nuevos aportes se corrió el foco de la mera existencia de la prostitución a la vulneración de derechos de las trabajadoras sexuales (Heim, 2011).

Esta crítica a la mirada abolicionista, considera a la mujer prostituida como una trabajadora sexual, cuya actividad debe ser controlada por el Estado. Desde esta concepción la prostitución se debe reglamentar porque es la forma más idónea de defender los derechos de las mujeres prostituidas. Este movimiento es conocido como movimiento a favor de los derechos de las trabajadoras sexuales o movimiento reglamentarista.

Ambos movimientos, y su recepción en los sistemas jurídicos se presentan como posicionamientos antagónicos respondiendo a concepciones diferentes en torno a un mismo tema, diferenciándose incluso al papel que juega o debe jugar el estado frente a la prostitución.

Existen sistemas, en los cuales se prohíbe directamente la prostitución, pero que no han seguido ni siguen los países occidentales, motivos por el cual se omite considerarlos en el presente trabajo.

1.4.1 Sistemas Abolicionistas

Los modelos abolicionistas, impulsados por importantes sectores del movimiento feminista, consideran la práctica de la prostitución como un producto del sometimiento y de la dominación del hombre, como símbolo de la violencia machista y una forma de esclavitud sexual. Desde esta perspectiva y con diversos matices, se niega que la prostitución pueda ser libre y no se le da valor a la elección voluntaria de su ejercicio (LlobetAnglí, 2017).

En su versión clásica el movimiento abolicionista se origina en Inglaterra a finales del Siglo XIX en reacción a las leyes que reglamentaban la prostitución por considerarlas misógina y que atentaban contra la dignidad de las mujeres y particularmente de aquellas que ejercían la prostitución. Si bien se han derogado mucha de las leyes reglamentaristas, poco se ha avanzado respecto de la vulneración de los derechos de las mujeres que ejercen la prostitución (Heim, 2011).

Desde esta perspectiva, y en su forma más radical, la prostitución se presenta como una de las formas más intolerables de violencia contra las mujeres, que niega prácticamente la totalidad de sus derechos civiles y el derecho fundamental a la dignidad e integridad de las personas. Una expresión de esta

corriente ha extendido la lucha contra la prostitución al ámbito de la pornografía, especialmente en los Estados Unidos.

Este modelo también postula en otra vertiente la persecución penal de la demanda de esta actividad, dejando impune su oferta. Tal el modelo Sueco que inspira diversas legislaciones. Estas propuestas ponen en el centro de atención a los clientes, grandes ausentes en los debates sobre la prostitución.

En posiciones más moderadas del abolicionismo se reconoce que existiendo la posibilidad del ejercicio voluntario de la prostitución sin dejar de defender la necesidad de continuar luchando contra la prostitución sin frivolar ni minimizar los efectos negativos, individuales y sociales, de la prostitución especialmente en términos económicos; distinguiendo los conceptos de tráfico, trata de personas y prostitución; y garantizando los derechos sociales y económicos de las mujeres que ejercen la prostitución, tanto si abandonan la actividad como si se mantienen en ella.

La influencia de esta posición moderada ha tenido cabida en la Declaración de Viena sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, aprobada por la Organización de Naciones Unidas en 1993, que reconoce explícitamente la prostitución forzada. De este modo este instrumento reconoce que existe una diferencia entre prostitución forzada y voluntaria, diferencia que el abolicionismo en sus formas radicales desconoce totalmente. Sin embargo esto no es una discusión menor a los efectos del presente trabajo, pues los fundamentos de los proyectos de penalización del cliente, no apuntan a la prohibición de la prostitución, incluido el modelo sueco, sino que aspiran a combatir la trata de personas para explotación sexual.

1.4.2 Sistemas Reglamentaristas

Sostenido políticamente por las organizaciones y movimientos que procuran el reconocimiento de derechos de las trabajadoras sexuales se articulan antagónicamente sobre las críticas a las deficiencias de los sistemas abolicionistas.

Las limitaciones en torno a la explicación del fenómeno de la prostitución y su extensión al abordaje jurídico, son el foco de las críticas de estos importantes sectores, quienes sostienen que la prostitución es un fenómeno mucho más complejo que aquel que se explicita a través del abolicionismo.

En cuanto a su surgimiento, desde la propia concepción de crítica, es mucho más contemporáneo que el abolicionismo, aunque su desarrollo teórico ha alcanzado fuerte expansión e impacto político en los últimos años.

Sus valiosos aportes son sistematizados por Heim (2005) en torno a tres ejes fundamentales: el concepto de trabajo sexual; la distinción de los conceptos de trabajo sexual, trata y tráfico de personas con fines de explotación sexual; c) la protección de los derechos fundamentales de las personas que ejercen la prostitución, como ámbito diferenciado del de la protección de los derechos fundamentales de las víctimas de la trata y el tráfico de personas con fines de explotación sexual.

El aporte más importante y novedoso es la descripción del fenómeno de la prostitución como trabajo sexual, y quizás el más cuestionado desde el feminismo abolicionista, por considerar válida una opción de explotación sexual que se pretende abolir. La distinción entre prostitución y trata de personas para explotación sexual, es quizás algún punto de aproximación o coincidencia entre ambas vertientes del pensamiento (Heim, 2011).

Diferentes países han aprobado leyes que posibilitan el ejercicio legal de la prostitución, pero ninguno toma la totalidad de reivindicaciones de este movimiento en lo que respecta a los derechos sociales y laborales reconocidos en otros trabajo o profesiones, es decir en el resto de los ámbitos laborales.

Conclusiones Parciales

Este capítulo buscaba como propósito hacer un recorrido académico a través de las distintas concepciones y miradas respecto de la prostitución, para comprender acabadamente cuáles son los elementos constitutivos y que contribuyen a definirla desde distintas miradas y aportes teóricos. Este recorrido necesario permite comprender cuál es la recepción jurídica del fenómeno en cuestión.

Hay una característica que describe los hallazgos teóricos en cuanto a prostitución que es su ambigüedad y su complejidad, y se cual fuere la posición teórica que se adopte se dejan de lado múltiples aristas propias de la complejidad social del fenómeno en análisis. Sin lugar a dudas asumir una definición de prostitución es asumir un posicionamiento político e ideológico en torno al fenómeno, teniendo en cuenta estos tintes y esta ambigüedad.

Hay una coincidencia entre la literatura, las aproximaciones teóricas y los postulados del feminismo como movimiento social que colocan a la prostitución en un campo mayor que es el de la sexualidad.

Más allá de que las injerencias e intervenciones del Estado se presentan motivadas por la salud y el orden público, las distintas posiciones desnudan miradas muy relacionadas a la moral. Y desde uno u otro campo es creciente la preocupación ante la expansión a niveles transnacionales de la prostitución.

El modelo sueco al poner en centro de atención a los clientes, que hasta el momento se encontraban fuera del debate, y desde este aporte se complejiza el análisis.

Por otro lados los movimientos de trabajadoras sexuales pregonan la necesidad de definir al trabajo sexual; de distinguir precisamente el trabajo sexual de la trata o la explotación de personas con fines sexuales, y la necesidad urgente de proteger los derechos de las trabajadoras sexuales como un ámbito diferenciado

del de la protección de los derechos fundamentales de las víctimas de la trata y el tráfico de personas con fines de explotación sexual.

CAPÍTULO 2 LA LIBERTAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICAMENTE PROTEGIDO

El presente capítulo se encuentra destinado a conceptualizar la libertad sexual como bien jurídico protegido.

Para alcanzar este objetivo parte de analizar las distintas concepciones morales sobre sexualidad que en alguna medida constituyen los fundamentos de lo prohibido y lo permitido en materia de sexualidad.

Se define a la libertad sexual, desde aquellas características históricas , filosóficas y jurídicas que la identifican en el plano mayor que es la libertad personal.

Se desarrolla en un apartado los derechos sexuales como materializaciones de la libertad sexual, para analizar el recorrido de los mismos desde el Derechos Internacional de los Derechos Humanos, que fija los estándares internacionales a los que los Estados deben ajustar sus legislaciones internas,

Finalmente dedica el capítulo al tratamiento de la sexualidad en el Derecho Penal y específicamente a la libertad sexual como bien protegido.

2.1 Las Concepciones de la moral sexual

El derecho en materia de sexualidad y en torno a la elaboración de los distintos conceptos y las distintas categorías que adquieren relevancia jurídica de la sexualidad, ha estado orientado por diversos criterios y concepciones morales, que han evolucionado a lo largo de la historia y principalmente en los últimos años. Para Tirado Acero (2011) en la tarea interpretativa del derecho debe recurrirse a las consideraciones morales para el entendimiento de por qué han sido

establecidas normas represoras de ciertas conductas sexuales y cómo éstas han sido comprendidas.

El Cristianismo es un fenómeno preponderante en la conformación del pensamiento occidental, desde sus postulados la libertad sexual y la valoración positiva del placer sexual predominantes en el mundo grecolatino han sido sustituidas por la condena generalizada de la sexualidad y la reglamentación estricta de sus prácticas. Más allá de que sus vestigios se sostienen en los distintos ordenamientos cada vez con más fuerza, siguiendo a los historiadores es posible señalar tres sucesos importantes: la reforma gregoriana que se propone imponer el celibato y propugna el ideal contemplativo que suponía la continencia, la virginidad, en una marcada división sexual entre clérigos y laicos, reservando para el matrimonio entre laicos el ejercicio de la sexualidad con los fines de procreación; en segundo lugar y en relación al primero la imposición de un modelo de matrimonio monogámico indisoluble y exogámico; y en tercer lugar la unificación conceptual de los pecados de carne en el pecado de lujuria mediante la previsión de los siete pecados capitales. Desde estos ejes se desarrolla una intolerancia hacia la homosexualidad y una especial manera de tratar la prostitución. Los pecadores sexuales serán calificados de réprobos y excluidos de la sociedad (Hurtado Pozo, 2000).

La concepción liberal de la moral sexual, basada en concepciones filosóficas que afirman la autonomía y la libertad de la persona, donde el factor determinante en materia de sexualidad es el acuerdo de voluntades, acuerdo que condiciona lo permitido y lo prohibido (Hurtado Pozo, 2000).

Estas deficiencias trataron de ser superadas por la ideología marxista, la familia es considerada como un medio para someter económicamente a la mujer y promover la natalidad con la finalidad de aumentar la fuerza de trabajo de la sociedad, mientras que el hombre impone su voluntad en el dominio sexual. Para el marxismo la libertad en general y la libertad sexual en particular depende de la desaparición de las clases sociales (Hurtado Pozo, 2011).

Frente a todas estas concepciones morales de la sexualidad, se erigen los movimientos feministas, rechazando los criterios naturales a los que recurre el pensamiento católico y el de la libre autodeterminación de la persona preconizado por la concepción contractual, cuestionan de manera radical el sistema sexual predominante y favorable al hombre (Hurtado Pozo, 2011). Desde estas críticas, los feminismos pretenden liberar la sexualidad de los límites rigurosos y rígidos de la monogamia y la heterosexualidad, y despojándola del fin de procreación en el que era concebido. Bajo la consigna de que lo sexual es político, buscan dejar de considerar a la sexualidad como hecho perteneciente sólo al ámbito eminentemente privado.

2.2 La Libertad Sexual: Concepto

Tal y como se desarrollara en el recorrido histórico de las concepciones morales y de pensamiento sobre la sexualidad, la libertad sexual surge como una reacción frente a la actitud moralmente represora del Cristianismo y de la mano de las corrientes filosóficas liberales que afirman la autonomía y la libertad de la persona.

Desde esta concepción liberal el factor determinante el factor determinante en materia de sexualidad es el acuerdo de voluntades, el acuerdo y consentimiento entre personas libres condiciona lo prohibido y lo permitido sexualmente.

La libertad sexual, en términos jurídicos y como bien que requiere una tutela jurídica es el derecho de disponer del propio cuerpo en cuanto a su sexualidad, de una libertad de hacer o dejar que nos hagan. Este concepto tiene un aspecto negativo o de reserva entendido como el derecho a decir no a diversas expresiones de contenido sexual (De Luca y López Casariego, 2009).

La libertad sexual, como bien jurídico protegido, puede conceptualizarse también como el hemisferio de la libertad personal que se refiere a la sexualidad de las personas, así como existe una libertad de opinión, de asociación o de

organización. Así la sexualidad misma se asienta sobre la idea general de libertad Benítez, 2018).

La libertad sexual comprende un aspecto positivo consistente en la posibilidad del sujeto de relacionarse sexualmente en libertad, según su parecer y con quien mejor le plazca, sin injerencias que lo condicionen en su elección. Y su contracara, o aspecto negativo comprende el derecho a repeler o rechazar la intención de otro, de involucrarlo en un contexto de contenido sexual sin su consentimiento. Así el sujeto puede disponer de su sexualidad, siendo libre para autodeterminarse sexualmente sin agresiones o injerencias arbitrarias que lo condicionen en su elección sexual consciente (Benítez, 2018).

2.3 Derechos sexuales y Libertad Sexual

Los derechos sexuales son instrumentos para la producción de libertad sexual, puesto que los mismos funcionan como un mecanismo para la ampliación de derechos y libertades en el plano de la sexualidad y en contextos más o menos tradicionales o conservadores. El reconocimiento de derechos sexuales ha ampliado la esfera de libertad personal, lo han hecho a expensas de imponer ciertas condiciones y limitaciones demarcando el campo de aceptabilidad de ciertas identidades, conductas y prácticas sexuales. Este delineamiento se efectúa mediante el establecimiento de las condiciones para el ejercicio de derechos y en la determinación de las leyes, políticas y acciones que se consideran discriminatorias o violatorias de derechos humanos (Milisenda, 2016).

Para la autora (Milisenda, 2016), es posible sistematizar tres ejes a modo de esquema analítico a partir de los cuales se estructuran los derechos sexuales y los distintos planteos que versan sobre los mismos: prácticas, identidades y relación.

El eje prácticas comprende todo lo relacionado con el derecho a participar de determinados actos sexuales, el derecho al placer sexual y los derechos de autodeterminación sexual, esferas que en el ámbito de la libertad sexual reconocen

la defensa del derecho a la vida privada o privacidad como un ámbito vedado a la interferencia del poder estatal. El derecho al placer sexual se ejemplifica con los reclamos de liberación sexual y algunos reclamos de grupos feministas de la segunda ola que concebían a la sexualidad como organizada en base al deseo masculino, por lo que exigían una igualdad de derechos entre mujeres y varones. El derecho de autodeterminación sexual/reproductiva se vincula con los derechos de autonomía e integridad corporal, por lo que se incluyen los reclamos de tener relaciones sexuales seguras, esto es sin riesgos de embarazos no deseados, enfermedades de transmisiones sexual, coerción, violencia y abuso.

En el ámbito de la libertad sexual el eje identidades se materializan a través del derecho a la libre definición, a la libre expresión y libre realización de la identidad sexual. Por último, el eje relaciones tiene que ver con los reclamos en base a relaciones, el cual se subdivide en tres líneas: el derecho a consentir la práctica sexual en las relaciones interpersonales, el derecho a elegir libremente la pareja sexual y el derecho al reconocimiento público de las relaciones sexuales.

Así, en las sesiones del año 2004 de la Comisión de Derechos Humanos se aprueba una resolución sobre “El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” en la que se considera que “la salud sexual y la salud reproductiva son elementos esenciales del derecho de toda persona a disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

A su vez, esta resolución es producto del Informe del Relator Especial del Derecho a la Salud (2004), en el cual sostiene que el acceso a la salud no puede ser limitado por la orientación sexual y que la discriminación es una amenaza a la salud sexual y reproductiva. Además, que la “prohibición legal de las relaciones entre personas de un mismo sexo vigente en muchos países, junto con la frecuente falta de apoyo o protección de las minorías sexuales contra la violencia y la discriminación, obstaculiza el disfrute de la salud sexual y reproductiva de muchas personas de identidades o conductas lesbianas, invertidas, bisexuales o transexuales” (Milisenda, 2016)

Por otro lado, y consecuentemente, el reconocimiento internacional de los derechos sexuales funciona a modo de pautas orientativas para las exigencias políticas a los Estados, quienes asumen el compromiso internacional de adaptar su legislación interna a estos estándares. De allí la importancia de la comprensión de este proceso jurídico internacional.

2.3.1 Los Derechos Sexuales en el Plano Internacional

Desde los inicios de los sistemas internacionales, la sexualidad o alguno de sus aspectos, han sido tenidos en cuenta por los distintos Estados, principalmente en relación al tráfico de mujeres y niños con fines de explotación sexual, de los matrimonios forzados o serviles, el derecho a casarse y formar una familia y la reproducción⁴. Pero a partir de diversas conferencias que se realizan en la década de los noventa, los derechos sexuales comienzan a cobrar entidad en la órbita de Naciones Unidas. Así es que se crean derechos específicos con sujetos individualizados y se focaliza en el libre ejercicio de la sexualidad más que en su control y la protección contra la explotación y el abuso sexual.

En el año 1993 se lleva a cabo la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena, tiene lugar un quiebre en lo que respecta a la concepción de la sexualidad en el ámbito internacional de los derechos humanos ya que en su Declaración y Programa de Acción, por primera vez, se reconoce a la violencia sexual contra las mujeres como una violación a los derechos humanos. Lo sexual, a partir de esta conferencia cobra entidad en el campo de los Derechos Humanos.

En la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo (1994) la sexualidad ingresa de modo positivo, despojada de su atinencia al abuso, la violencia o escondida en el matrimonio heterosexual. En primer lugar es posible este cambio de eje desde el reconocimiento de la condición social de la mujer y la necesidad de adoptar medidas que reviertan esta situación. En segundo

⁴ Convención Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), Convención de los Derechos del Niño (1989)

lugar se coloca de manifiesto la sexualidad en el campo de los derechos al atribuírsele un objetivo en el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente circunscriptas al asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.

En forma paralela a esta conferencia, el Comité de Derechos Humanos emite un dictamen en la comunicación particular de *Toonen vs. Australia*, el que constituye la primera decisión en el marco de ONU que versa directamente sobre los derechos sexuales cuando reconoce que la penalización de la actividad sexual entre personas del mismo sexo constituye una violación de derechos humanos.

Un año después, en la ciudad de Beijing, tiene lugar la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995) que contempla el derecho de las mujeres a controlar los asuntos relacionados con su sexualidad libre de coerción, violencia o discriminación, acentuándose el rol de las mujeres como sujetos de derecho y con implicancias muchos más extensas que la orientación sexual. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y los consentimientos recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual. (Naciones Unidas, 1995b). La conferencia de Beijing fue central para afianzar la idea del libre ejercicio de la sexualidad como un derecho humano.

Como vimos, en un primer momento, los derechos sexuales aparecen ligados y subordinados a los de derechos reproductivos, aunque luego se independizan para poner en foco aquellas cuestiones que escapan al contexto reproductivo y heterosexual de la sexualidad.

A partir de la apertura signada por las Conferencias mencionadas, se sucede un camino de configuración de los derechos sexuales como categoría en sí misma, como objeto de garantía y protección por el sistema internacional de Derechos Humanos. En el año 2003, la sexualidad vuelve a estar en debate en el seno de Naciones Unidas, a partir de un proyecto de resolución sobre orientación sexual en la Comisión de Derechos Humanos. Ya en el año 2008 diversos países

suscriben una carta al Presidente de la Asamblea General en la que solicitan la aplicación del principio de no discriminación por orientación sexual e identidad de género. Y finalmente en el año 2011 el Consejo de Derechos Humanos (2019) aprueba la Resolución 17/19 sobre orientación sexual e identidad de género.

2.4 Sexualidad y Derecho Penal

En las últimas décadas, las distintas reformas penales se han visto interpeladas por el criterio que afirma que todo delito debe comportar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Estas interpelaciones se basan en la idea de que el Derecho Penal debe ser un derecho de actos y que no debe reprimir ideas, sentimientos o deseos que no se materialicen en actos modificadores del mundo exterior; y por otro lado en que no es función del Derecho Penal una concepción moral o política determinada (Diez Ripollés, 2000). Sin lugar a dudas esta distinción es fundamental, si se tiene en cuenta los contenidos ya desarrollados y como las concepciones morales condicionan los postulados jurídicos sobre la sexualidad.

Precisamente los debates sobre la posibilidad que tiene el Derechos Penal de regular los comportamientos de las personas en el dominio de la sexualidad, han sido fuertemente impulsados por posicionamientos críticos que admiten que las leyes penales tienden a reforzar reglas morales basadas en concepciones patriarcales y autoritarias. Desde estas discusiones y estas circunstancias cobran actualidad permanentemente las relaciones entre el Derecho y la moral (Diez Ripollés, 2000).

La moral se relaciona con el Derecho en dos planos diferenciados, para la justificación de las normas en el primer plano y para interpretarlas, ello ya en el segundo plano (Nino, 2013). Y para Diez Ripollés (2000) la intervención de la moral para determinar lo prohibido y lo permitido en la órbita de la sexualidad, evidenciados los criterios morales, resulta evidente por qué se reprimen

determinadas conductas. Es decir que el contexto moral en el que surge y se desarrolla el Derecho Penal determina que la interpretación de las normas sea un proceso colmado de apreciaciones de valor, en el que la concepción moral sobre la sexualidad, que es histórica y contingente, desarrolla un rol prácticamente fundamental entre lo permitido y prohibido penalmente.

Uno de los derechos más importantes del ser humano es la libertad, dado que implica el presupuesto para poder gozar de los demás derechos. Y un segmento muy importante del mismo es la libertad sexual. Tener relaciones sexuales libremente, poder disfrutarlas, hacer uso de nuestro cuerpo de la manera que creamos conveniente, es un derecho humano básico. No es admisible ninguna injerencia, ya sea por parte del Estado o de un particular u organización, en esa esfera de nuestra vida. Si las partes en el acto sexual brindan su consentimiento válido, nadie puede objetar nuestra decisión de tener relaciones sexuales con quien y como nos plazca. Es una decisión que ingresa dentro de la esfera de privacidad de cada individuo, principio de reserva y está exenta de la injerencia de terceros (Hurtado Pozo, 2000).

Lo dicho implica que, a lo largo de la historia, las distintas culturas han variado las formas que adopta la sexualidad. Asimismo, dentro de cada sociedad las manifestaciones culturales no resultan homogéneas ni inmutables, sino que están condicionadas por las variables de edad, clase social, género, grupo étnico, etc. y se encuentran en continua transformación a través del tiempo. Esta diversidad cultural implica multiplicidad de valores, pero no significa que coexistan culturas aisladas entre sí, sino una reinterpretación de los valores dominantes que los diferentes grupos producen para resolver colectivamente los problemas producidos por su posición en la estructura social. No existe un consenso único sobre la forma de vivir y, por supuesto, ello incluye a las prácticas sexuales, las que pueden adoptar tantas formas cómo individuos o grupos existen. Y el ejercicio de dichas prácticas sexuales diversas es un derecho de cada individuo, al que le cabe decidir los actos sexuales que considera normales o anormales en virtud del principio de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional.

2.4.1 De la Honestidad a la Integridad Sexual o Libertad Sexual

En el año 1999 se produce una importante modificación en el Código Penal, y se sustituye la rúbrica del Capítulo III que se denominaba Delitos contra la Honestidad, por una nueva rúbrica: Delitos Contra la Integridad Sexual⁵. Ello más allá de un cambio de rúbrica es indicador de un nuevo paradigma, de una nueva concepción de la sexualidad desde el Derecho Penal, y el surgimiento de un nuevo bien jurídico protegido o a proteger que es la integridad sexual o la libertad sexual como lo reconoce importante sector doctrinario. Esta reforma cobra vital importancia en relación a la prostitución, que si bien no se encuentra reprimida en sí misma, es el capítulo que comprende otros delitos relacionados a la prostitución como la rufianería o el proxenetismo.

Retomando los aportes de la moral en la justificación de las normas penales, se desprende las propias discusiones parlamentarias la necesidad de ubicar y conceptualizar las agresiones y vejámenes que afectan la integridad y el ejercicio autónomo de la sexualidad de las personas por fuera del concepto de honestidad. Ello, pues el concepto de honestidad se basaba en valores morales y sociales muy antiguos en las que se mancillaba el honor de la mujeres afectadas por estos comportamientos sexuales dejando de ser honestas y doblemente victimizadas por el autor de los hechos por un lado y por la sociedad, por el otro.

Las agresiones sexuales no pueden afectar el honor o la honestidad de las víctimas, sino su integridad y dignidad como personas, afectando su posibilidad de decisión sobre su propio cuerpo y el concepto de honestidad colocaba la responsabilidad en cabeza de las propias víctimas. Así la reforma penal redefine el bien jurídico protegido, descartando un concepto público de honestidad o de honra de los valores (Donna, 2005).

Laje Anaya y Gavier (2000) sostienen que la nueva rúbrica acertadamente protege la reserva sexual, esto es el derecho que tienen las personas a un

⁵ Ley 25.087, 1999, artículo 1.

consciente y voluntario trato sexual, el derecho de mantenerlo con quien les plazca, en las formas y condiciones que quieran o lo estimen y en aquellas circunstancias en que lo deseen, incluido el derecho a la abstinencia sexual. Asimismo consideran que hubiera sido más correcto denominarlos delitos contra la reserva, la normalidad y la moralidad sexual o delitos contra la indemnidad sexual.

Donna (2005) afirma que la integridad sexual es un aspecto de la libertad personal que se materializa en el derecho de todo individuo de ejercer libremente su sexualidad, en este sentido es la libertad sexual del individuo mayor de edad y la libertad para el desarrollo sexual de aquellos menores de 18 años lo que el Código Penal estima proteger. El bien jurídico protegido es la libertad sexual, protección que para el Derecho Penal va a asumir dos vertientes: una vertiente dinámico-positiva entendida como la capacidad de la persona de manejar libremente su cuerpo en las esferas sexuales o de comportarse sexualmente solo conforme a sus propios deseos y una vertiente de reserva entendida como la posibilidad de negarse a ejecutar por sí mismo o que otro ejerza actos de naturaleza sexual que no desee soportar.

Fígari (2014) estima que hubiera sido más correcto referirse en la rúbrica a delitos contra la libertad e indemnidad sexual puesto que el título abarca todos aquellos delitos de índole sexual y que cada uno en sí mismo protege bienes distintos pero que en su conjunto se alude indefectiblemente a la libertad de autodeterminación sexual.

Más allá de la diversidad de alcances que evidencia la doctrina, hay un intención manifiesta en la nueva rúbrica de todo tipo de innecesaria connotación moral, apreciaciones a las que debe permanecer ajena el Derecho Penal que solo debe limitarse a proteger a la persona frente a injerencias de terceros no deseadas o no consentidas (Donna, 2005).

Tal y como se ha desarrollado la nueva redacción de la rúbrica del Título III del Código Penal otorgada por la Ley 25.087⁶, que protegía la libertad sexual o

⁶ Ley 25.087, 1999, artículo 1

integridad sexual, y comprendía entonces al delito de trata de personas, esto ha sido así hasta el año 2008, en que una nueva reforma del Código Penal la coloca en el Título V de Delitos Contra la Libertad⁷, con lo que el bien jurídico protegido en el delito de trata, distinción que es necesario realizar ya no es la libertad sexual como una de las esferas de la libertad, sino la propia libertad (Buompadre, 2009).

Conclusiones parciales

La prostitución lleva implícita la idea de sexualidad, y las conductas sexualmente permitidas en una sociedad dada, están determinadas por los modelos o miradas morales sobre la sexualidad. La sexualidad es uno de los campos donde con mayor precisión se observan las relaciones entre la moral y el Derecho, como justificante de lo sexualmente permitido y lo prohibido normativamente. Este campo de disputas alcanza también al Derecho Penal, y en materia de sexualidad las conductas reprimidas penalmente, han variado a partir de diversas reformas, precisamente porque han variado las concepciones de moral sexual a lo largo del tiempo.

La idea de libertad sexual surge como una reacción frente a las actitudes moralmente represoras de la sexualidad. En la libertad sexual el factor determinante en materia de sexualidad es el acuerdo de voluntades, el acuerdo y consentimiento entre personas libres. La libertad sexual, además de ser el hemisferio de la libertad personal que se refiere a la sexualidad de las personas, que posibilita a las personas relacionarse sexualmente en libertad sin injerencias arbitrarias que condicionen la elección, comprende el derecho a repeler o rechazar la intención de otro, de involucrarlo en un contexto de contenido sexual sin su consentimiento.

Los derechos sexuales como instrumentos para la producción de libertad sexual, han evolucionado hasta diferenciarse de los derechos reproductivos para conformar esta esfera de libertad dedicada a la sexualidad, ampliando la esfera de

⁷ Ley 26.364, 2008

libertad personal, en la determinación de las leyes, políticas y acciones que se consideran discriminatorias o violatorias de derechos humanos. Desde estas materializaciones la sexualidad cobra entidad propia en el campo de los Derechos Humanos.

A partir de estas nuevas concepciones la libertad sexual se posiciona como un bien jurídico protegido por el Derecho Penal, entendido como la capacidad de la persona de manejar libremente su cuerpo en las esferas sexuales o de comportarse sexualmente solo conforme a sus propios deseos, o bien como la posibilidad de negarse a ejecutar por sí mismo o que otro ejerza actos de naturaleza sexual que no desee soportar. Ello en el marco de una nueva relación entre moral y Derecho Penal, en el que este último debe limitarse a proteger a la persona frente a injerencias de terceros no deseadas o no consentidas, desterrando todo tipo de apreciación moral sobre la conducta sexual.

CAPÍTULO 3 LA PROSTITUCIÓN EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

En el presente capítulo se buscará indagar las características del fenómeno prostitución en el marco del Derechos Penal Argentino.

Para desarrollar los contenidos que permitan alcanzar este propósito se presentarán los distintos antecedentes de la redacción actual del Código Penal. Si bien ya ha sido desarrollado el modelo abolicionista que adopta nuestro país, es necesario analizar los distintos tipos penales que reprimen delitos íntimamente relacionados a la prostitución.

3.1 Antecedentes

Si bien el Código Penal la prostitución en si misma tiene punición autónoma, tampoco su ejercicio es enteramente libre, en tanto se reprime su promoción y facilitación⁸tal y como se desarrolla en el presente apartado, como también su explotación económica⁹, el ofrecimiento, captación, traslado, recibimiento o acogimiento de personas con esos fines¹⁰ sin exigirse ninguna clase de torcer la voluntad de los sujeto. Todo ello además de seguir siendo prohibidas las casas o locales donde se ejerce la prostitución, que son llamadas casas de tolerancia y reprime a quienes las sostienen, administran o regentean¹¹.

En el año 1936 se sanciona la Ley 12.331, aún en vigencia y que es conocida como Ley de profilaxis. Esta norma prohíbe en todo el territorio argentino el establecimiento de casas o locales para el ejercicio o incitación de la prostitución¹² castiga con pena de multa el sostenimiento, administración o

⁸ Código Penal, artículo 125 bis

⁹Código Penal, artículo 127 bis

¹⁰ Código Penal, artículo 145 bis

¹¹ Ley 12.331, artículos 15 y 17

¹² Ley 12.331, 1936, artículo 15

regenteo de casas de tolerancia¹³. La ley de profilaxis de enfermedades venéreas, dirigida a proteger la salud pública y, de acuerdo con algunos legisladores de la época, la libertad y dignidad de las personas. Con ella, la prostitución a título personal y sin autorización estatal dejó de ser delito, y se penalizó el establecimiento de locales donde se ejerza o incite la prostitución así como a quienes los regenteen (Daich, 2012).

La norma, cuyos aspectos trascendentales se han detallado en el párrafo anterior, en opinión de Buompadre (2009) importa un cambio de modelo en la regulación del ejercicio de la prostitución, un paso del sistema reglamentarista entonces en vigor a un régimen abolicionista. Si bien la norma no prohíbe el ejercicio de la prostitución, la tolera sin regularla pero manteniéndola al margen de la ley penal, aboliendo o penalizando su explotación por terceros.

Desde la ley de profilaxis, el sistema argentino es abolicionista, ya que si bien la letra de la ley sostiene que su objetivo es la organización de la profilaxis de las enfermedades venéreas y su tratamiento sanitario en todo el país, no fueron sólo esos los objetivos pensados por los legisladores. Así, en la discusión parlamentaria la propuesta de incorporar los artículos que se refieren a la prostitución fue justificada en la necesidad de dignificación humana, de igualdad de los sexos, de verdadero feminismo, abolición de la más ominosa de todas las esclavitudes, siendo el fin último la erradicación de la trata de blancas, nombre que recibía en ese entonces este flagelo criminal. Si bien el tráfico de mujeres para fines de explotación sexual no era nuevo, la prostitución organizada se había convertido en un agobio tal que la ley de profilaxis se había promulgado con la esperanza de que las redes de rufianes y regentas desaparecieran (Daich, 2012).

Años van a pasar para la consideración de la trata de personas como actividad penada, y para se incluya dentro de los delitos. Esto sucede en el año 1968 y se contempla con alcances limitados la pena para quien promoviere o facilitare la entrada o salida del país de una mujer o de un menor de edad, para el ejercicio de la prostitución. Este texto se va reeditar con la Ley 21.338 de 1976, siendo mantenido posteriormente por la Ley 23.077 de 1984.

¹³Ley 12.331, 1936, artículo 17

La ley 25.087 (1999) modifica los delitos sexuales con cambios significativos en ellos, y especialmente en lo que se refiere a la materialidad del presente trabajo y en relación a la prostitución, además de penalizar la trata internacional de mayores y menores con fines de prostitución. Pero todo ello lejano aún de la normativa y los estándares internacionales.

En el año 2008, se sanciona la ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, instrumento legal que deroga lo previsto en la ley 25.087, adaptándose a los requerimientos del Protocolo de Palermo.

En el año 2012, se sanciona la Ley 26.842, por medio de la cual se produce una reforma integral de la Ley 26.364 (2008), incorporándose un nuevo modelo de regulación del delito de trata de personas y nuevas figuras vinculadas a la prostitución (Buompadre, 2009).

3.2 Prostitución y Trata de Personas con fines de Explotación Sexual

La relación entre prostitución y trata es uno de los ejes presente no solo en los debates actuales sino también a lo largo de los últimos 150 años, tanto a escala nacional como internacional. El tema viene fijado en agenda no solo a nivel local, sino a niveles transnacionales con intervenciones de organismos internacionales como la Sociedad de las Naciones, Estados y organizaciones de la sociedad civil que confluyeron en la aprobación por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) del Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena en 1949(Chejter, 2016).

Los sectores o movimientos que reclaman el reconocimiento del trabajo sexual y la reivindicación de los derechos laborales de las trabajadoras sexuales exigen la separación de ambos fenómenos. En tanto que aquellos sectores abolicionistas consideran que trata y prostitución no deben separarse desde el argumento que la trata es la forma de reclutamiento que demuestra el carácter organizado de la prostitución y que esto va más allá de las modalidades que

utilizan las organizaciones proxenetas; sostienen que en la práctica no es posible diferenciar a las mujeres víctimas de trata de las que no lo son, ambas son igualmente explotadas sexualmente, los lugares de explotación son los mismos y las redes de trata y de proxenetas también son las mismas (Chejter, 2016).

Este tema es sin duda un nudo problemático de carácter conceptual e ideológico. Y si bien ambas corrientes consideran que la trata es intolerable y admiten la necesidad de políticas de persecución penal, los criterios que establecen en la práctica cuándo es trata y cuándo no son tan diferentes que la propia definición común de trata queda en cuestión.

Desde el feminismo abolicionista las distinciones entre prostitución infantil y adulta, entre prostitución forzada y voluntaria o entre prostitución y trata son distinciones ideológicas, porque en la base de la prostitución se encuentra la violencia de género, la construcción de una categoría de mujeres disponibles para la satisfacción de la sexualidad masculina. Sin embargo de no admitirse la distinción se invisibiliza la voz y se niega la agencia de las trabajadoras sexuales autoorganizadas, quienes consideran la prostitución como una opción consentida y cuya dignidad como personas está más ligada al hecho de que sean reconocidas como sujetos de derecho que al uso del sexo (Daich, 2012).

Esta distinción, no es un tema menor, pues si bien los distintos proyectos presentados se diferencian entre quienes penalizan la figura del cliente solo de trata o explotación sexual forzada y quienes pretenden la penalización del cliente indistintamente de cual fuere la situación, es decir forzada o no, los motivos esgrimidos, y siguiendo el antecedente sueco, son relacionados a la erradicación de la trata con fines de explotación sexual.

3.3 Promoción y Facilitación de la Prostitución

El Código Penal, tipifica la conducta de quien promueve o facilita la prostitución de otro, en una figura mucho más amplia que aquella conocida como

la del proxeneta, pues no se circunscribe a un agente intermediario en la prostitución. Por otro lado la figura se aleja de quien explota la prostitución, considerada en otro tipo penal, y no es necesario para que se configure el delito que el autor procure obtener para sí una ganancia o provecho material (De Luca y Lancman, 2018).

Desde la reforma introducida y la redacción otorgada al artículo 125 bis, resulta en acuerdo de la doctrina que es la libertad sexual el bien jurídico cuya lesión exige la figura comentada. El tipo penal se perfecciona aunque mediare el consentimiento de la víctima, pues la ley ya no exige la falta de consentimiento de las víctimas mayores de edad, dado que la situación de las víctimas menores queda comprendida en la modalidad agravada.

La ley pretende comprender la conducta de aquellos que, de algún modo, configuran formas que contribuyen a la degradación humana, formas incipientes o que contribuyen a la explotación de los seres humanos en materia sexual, prescindiendo de considerar el consentimiento de quienes se prostituyen. No son casos de violencia sexual ni de aprovechamiento de la actividad sexual de otro. Se trata de castigar a todo aquel que contribuye a la prostitución simple de otros.

Para De Luca y Lancman (2018) la letra de la ley se inspira en la idea de la asimetría, teniendo en cuenta que la prostitución no se trata de un trabajo pactado en igualdad de condiciones, que la existencia de consentimiento en el trato sexual individual no implica un consentimiento libre en prostituirse, porque esa actividad es degradante, desde el punto de vista psicológico y de la dignidad. Estos autores diferencian dos consentimientos distintos: uno es el de la disponibilidad de tradicionales bienes jurídicos en igualdad de partes contratantes; el otro, el que se da dentro de una situación global de explotación humana, en donde quien tiene el poder se vale de las necesidades del otro. Esta diferenciación consideran que es útil a los efectos evitar ver en esta figura un ataque a la decencia pública, a la moral pública o algo similar que difícilmente pueda sortear el escollo constitucional del artículo 19, pues se trata de acciones entre adultos que no ofenderían de modo alguno a terceros.

En la interpretación de este artículo, la doctrina sostiene mayoritariamente que los clientes de la prostitución no son facilitadores ni promotores, sino parte del fenómeno prostibulario. Para que exista prostitución debe haber quien se prostituye y quien es beneficiario o usuario de esos servicios sexuales.

En definitiva, la única forma de interpretar constitucionalmente estas dos modalidades delictivas del art. 125 bis del Código Penal, será considerar que la simple promoción o facilitación de la prostitución ajena configura una especie particular y menor de explotación que el legislador consideró que merecía ser sancionada, aun cuando mediare el consentimiento de personas adultas y libres. De esta manera, no cualquier promoción o facilitación en el sentido literal de las expresiones, será apta para habilitar castigo penal. Promueve quien engendra en el otro la idea del ejercicio de la prostitución, lo impulsa a que se mantenga en ella, o lo persuade para no abandonarlo, de modo que también una persona ya prostituida puede ser sujeto pasivo de este delito. En todos los casos la iniciativa parte del autor. Facilita quien pone a disposición del sujeto pasivo la oportunidad o los medios para que se prostituya, como el hecho de procurar el lugar para el ejercicio de la actividad, o colaborar con publicidad para el negocio y la captación de clientes (De Luca y Lancman, 2018).

3.3.1 Modalidades agravadas de la promoción y facilitación

El artículo 126 del Código Penal enumera una serie de conductas calificadas como agravadas en los casos de promoción y facilitación. Esas conductas han sido reformuladas y sustituidas en la redacción del artículo por la reforma operada en el año 2012, mediante Ley 26.842.

En el caso del artículo anterior¹⁴, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

¹⁴Código Penal, artículo 125 bis

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.

3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.¹⁵

Las agravantes del delito pueden clasificarse de la siguiente manera: aquellos en los que el legislador ha tenido en cuenta el medio por cual se vale al autor para lograr doblegar la voluntad de la víctima; los medios violentos, fraudulentos, coactivos o intimidatorios; o bien una calidad particular que ostenta el autor per se o específicamente en relación a la víctima.

El agravante cuando mediare engaño¹⁶ debe entenderse como el uso de maniobras o artilugios desplegado sobre la víctima para que a consecuencia de ello se produzca un error o una incorrecta comprensión de la realidad, y concordante con ello el fraude debe entenderse en relación de sinonimia. (De Lucca y López Casariego (2009)

En cambio la violencia¹⁷, y a diferencia de los supuestos del apartado anterior, se refiere concretamente al despliegue de energía física, animal, mecánica, o de cualquier otra índole que es llevada a cabo por el autor sobre la víctima, con el objeto de doblegar la voluntad de la misma, es decir de acciones materiales sobre el cuerpo del sujeto pasivo, incluidos el uso de medios hipnóticos y narcóticos¹⁸.

¹⁵Código Penal, artículo 126

¹⁶Código Penal, artículo 126, inciso 1

¹⁷Código Penal, artículo 126, inciso 1

¹⁸ Código Penal, artículo 78.

La amenaza es otro de los medios que agravan la conducta del autor, y la misma debe entenderse como la intimidación o anuncio de la producción de un mal que constriñe psicológicamente a la víctima para someterla a los designios y la voluntad del agresor. En este supuesto se produce un vicio en la voluntad de la víctima desde una amenaza que debe ser grave, con mal anunciado de proporción considerable, sin uso de tonos irónicos, es decir como una posibilidad real e inminente de que este daño ocurra.

En el supuesto de abuso de autoridad la voluntad de la víctima se ve doblegada a nivel subjetivo a consecuencia de una situación de desigualdad con su ofensor, quien se encuentra en un lugar de superioridad otorgado por el cargo que detenta. Ello a diferencia de la situación de vulnerabilidad como estatus propio de la víctima a quien se protege en ocasión de una afección o padecimiento mental que la colocan en una condición de inferioridad e indefensión ante el autor.

Finalmente y como último supuesto de este copioso inciso 1 del artículo 126 se encuentra la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, supuesto en el que la voluntad de la víctima es doblegada por este pago o beneficio.

Determinadas calidades del autor, también son tenidas en cuenta para calificar como agravada la conducta del promotor o facilitador de la prostitución, como aquella de quien reviste la calidad de ascendiente, descendiente o afín en línea recta, sin límites de grados y provenientes de relaciones matrimoniales y extramatrimoniales. Este agravante también alcanza a los cónyuges y convivientes.¹⁹ Para Buompadre (2009) llamativamente no alcanza a los hermanos y no incluye expresamente los vínculos provenientes de la adopción, teniendo en cuenta la categorización extensa y detallada que acompaña al artículo. Para este autor el fundamento último del agravante se encuentra en la violación de los deberes particulares inherentes al cargo o a las obligaciones asumidas voluntariamente por el autor. Por esta razón quedan incluidos en la categoría los ministros o educadores.

¹⁹ Código Penal, artículo 126, inciso 2

Otra categoría de calificantes por circunstancias especiales del autor y por las cuales se agrava la pena de la figura, está constituida por funcionarios y miembros de las fuerzas de seguridad²⁰. El agravante se configura por esta sola condición sin exigirse que la misma sea utilizada en el doblegamiento de la voluntad (De Luca y Lancman, 2018).

La última de las agravantes se da cuándo la víctima fuere menor de dieciocho años, límite que deviene como consecuencia de la Convención de los Derechos del Niño²¹, instrumento ratificado por nuestro Estado Nacional.

3.4 Rufianería

El Código Penal reprime a quien explotare que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima.²²

Desde una interpretación literal del tipo penal, la acción de explotar, consiste en la utilización abusiva y en provecho propio del trabajo o las cualidades de otra persona. Desde esta interpretación el consentimiento sigue siendo un factor desincriminante en el tipo penal.

Por otro lado la figura lleva implícito el abuso, no siendo suficiente de que el autor se sirva de la prostitución, sino que debe instrumentalizar o cosificar a la persona víctima del delito.

Rufián puede ser cualquier persona, la norma nos indica que el tipo penal es indiferenciado no requiriendo el autor cualidad o condición alguna para su configuración. Distinto son las agravantes del segundo párrafo que califican la conducta en razón de la calidad, condición o situación del sujeto activo. La víctima

²⁰ Código Penal, artículo 126, inciso 3

²¹ Ley 23.849, artículo 2

²² Código Penal, artículo 127

tampoco requiere cualidad o condición alguna, siendo el rango etario una calificante que agrava la pena.

Las agravantes del delito pueden clasificarse al igual que los agravantes de la promoción y facilitación de la prostitución en tanto el legislador ha tenido en cuenta el medio por cual se vale al autor para lograr doblegar la voluntad de la víctima sean violentos, fraudulentos, coactivos o intimidatorios; o bien, en virtud de una calidad particular que ostenta el autor específicamente en relación a la víctima (Benítez, 2018).

Conclusiones Parciales

El sistema jurídico argentino es abolicionista desde la sanción de la ley de profilaxis. La prostitución en sí misma no se encuentra penada ni prohibida, sin embargo hay delitos relacionados íntimamente a la prostitución que si son penalmente reprimidos.

La relación entre prostitución y trata, eje de grandes discusiones, no es un tema menor, pues incluso los proyectos que pretenden penalizar al cliente indiferentemente que se trate de trata o no, indican como fundamento de esta medida represiva la necesidad hacer frente a la trata de personas, referidas evidentemente a aquella destinada a la explotación sexual.

En este tema nodal, se advierten claramente las diferencias entre los movimientos abolicionistas y aquellos reglamentaristas. Los sectores o movimientos que reclaman el reconocimiento del trabajo sexual y la reivindicación de los derechos laborales de las trabajadoras sexuales exigen la separación de ambos fenómenos. En tanto que aquellos sectores abolicionistas consideran que trata y prostitución no deben separarse porque la trata es la forma de reclutamiento que demuestra el carácter organizado de la prostitución. Si tomamos este eje de tensión a la luz de la diferencia entre los proyectos legislativos, cabe la pregunta de cómo se diferencia en la práctica una mujer que

ejerce libremente la prostitución de aquella que es explotada o forzada, dificultad que se traslada a cómo se reconocen los clientes o qué posibilidad tiene el cliente de conocer esta diferencia.

No cabe duda que en la base de la prostitución se encuentra la violencia de género y la inequidad de géneros que es estructural, y que la posibilidad de mercantilización de los cuerpos tiene un sesgo liberal, capitalista, sexista y patriarcal. Sin embargo de no admitirse la distinción se invisibiliza la voz y se niega las reivindicaciones de los movimientos de trabajadoras sexuales quienes consideran la prostitución como una opción consentida y cuya dignidad como personas está más ligada al hecho de que sean reconocidas como sujetos de derecho que al uso del sexo.

CAPÍTULO 4: PROYECTOS LEGISLATIVOS DE PENALIZACIÓN DEL CLIENTE DE PROSTITUCIÓN O USUARIO DE SERVICIOS SEXUALES

El presente capítulo se destina al análisis crítico de los distintos proyectos de penalización del cliente.

Se intenta analizar una gama importante de proyectos, a pesar de que la mayoría de los mismos no ha alcanzado siquiera debate parlamentario, aunque alguno ha obtenido media sanción. Si bien se trata de proyectos presentados hace algunos años, con pocas probabilidades de ser tratados inmediatamente, reflejan algunas discusiones no zanjadas en el campo de las ciencias jurídicas, y algunos de ellos son totalmente incompatibles con la tradición jurídica.

4.1 Nuevos debates: el cliente de prostitución o servicios sexuales

Los debates sobre prostitución y explotación sexual de las mujeres son amplios, diversos e históricos, pero evidentemente espasmódicos en relación a la complejidad del fenómeno, que de una práctica reducida o una industria artesanal, es considerada actualmente un fenómeno de escala multinacional y corporativo.

Diversos actores participan de estos debates generalmente circunscriptos a los regenteadores y proxenetas que se encargan de facilitar la prostitución de las mujeres (Chejter, 2016).

Por otro lado las mujeres trabajadoras sexuales, hoy asociadas en la Asociación de Meretrices (AMMAR) ejercen y defienden el trabajo sexual, exigiendo reivindicaciones laborales, que asemejen el trabajo sexual a otros oficios desde la protección legal que el Estado argentino históricamente

proporciona a los trabajadores. Desde esta organización, que se erige en un nuevo actor político, denuncian las persecución de las que son víctima de parte de las fuerzas de seguridad, solicitan también se deroguen normas contravencionales que impiden el ejercicio libre del trabajo sexual (Chaher, 2014).

A pesar de un escenario que se modifica constantemente, hasta hace pocos años la figura del cliente o del hombre que consume prostitución, permanecía a un margen de cualquier discusión. A partir del modelo sueco de penalizar al cliente, al igual que en otros países que han seguido la tendencia, han ingresado distintos proyectos legislativos que ponen el eje de discusión precisamente en la figura de los hombres, quienes hasta el momento permanecían al margen de la agenda pública toda vez que se debatía el tema.

Efectivamente ha sido Suecia el primer país en implementar la política criminal de penalizar a los clientes de prostitución para combatir la trata de mujeres para explotación sexual. El modelo sueco penaliza la conducta del cliente y no permite que los cuerpos puedan ser utilizados como objeto que se vendan o alquilen. Si bien esta medida que se ha repetido en otros países lo que hace es penalizar al cliente, los propósitos esgrimidos eran la erradicación de la trata de personas para explotación sexual, o al menos reducir el impacto de la misma. Sin embargo, aunque la medida aplicada en ese país y repetida en otros puntos europeos logró bajar el índice de prostitución provocó un aumento del turismo sexual hacia países como Holanda donde la prostitución está reglamentada o permitida (Giacosa, 2013).

Suecia, por su parte, fue el primer país en el mundo en legislar criminalizandola compra de servicios sexuales en lo que constituye un importante giro de la perspectiva mundial y su valor simbólico ha contribuido para implantar la concepción de que la trata con fines de explotación sexual constituye una de las mayores violaciones de los derechos humanos y que el pago por el uso sexual de una persona es violencia. Es interesante destacar, en materia de derecho comparado, numerosos países acompañan la iniciativa sueca sancionando al cliente o usuario.

Nuestro país no ha sido ajeno al fenómeno y se han sucedido una serie de iniciativas al respecto. La iniciativa del senador Aníbal Fernández que apunta a penalizar el consumo de prostitución sólo en casos de trata, la de diputada Marcela Rodríguez, del monobloque Democracia Igualitaria y Participativa propone penas de seis meses a tres años de prisión a quien pague por el uso sexual de una persona, sin distinguir si se trata de víctima de trata o no (Giacosa, 2013) similar al presentado por los legisladores Kosiner y Fiore de la Provincia de Salta, salvo que estos últimos imponen la pena de multa a quien solicite el intercambio de sexo por dinero.; el proyecto ley de los señores senadores Rojkes de Alperovich y Mansilla, creando la Unidad de Enlace para el Seguimiento y Tratamiento de Temas Vinculados a la Trata y Tráfico de Personas ; el proyecto de ley del señor senador Nikisch, modificando la ley 26.364 de Prevención y Sanción de Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas ;el proyecto de ley de la señora senadora Bortolozzi, modificando la ley 26.364 por el cual se excluye el consentimiento de la víctima como causa eximente de responsabilidad penal, civil o administrativa, para el que cometiera el delito ; y el proyecto de ley de la señora senadora Negre de Alonso, modificando la ley 26.364 respecto a capacitar a las azafatas, pilotos y personal afín para reconocer a víctimas del delito son algunos de estos proyectos que permiten nuevas discusiones. Pero en ninguno de los casos se plantea una condena a las personas que son objeto de ese comercio.

Argentina sigue lo que sería el modelo alemán donde se considera a la prostitución como trabajo sexual, no se persigue al cliente, pero la diferencia radical con su modelo antecesor es que en Alemania las trabajadoras tienen hasta un seguro de empleo. El país es abolicionista desde 1936, cuando se aprobó la ley 12.331 de profilaxis, sin embargo en Argentina, se persiguen penalmente delitos conexos como el rufianismo, el proxenetismo y no se encuentran regulados los servicios sexuales o la condición de quien presta esos servicios.

4.2 Proyecto que proponen penalizar al cliente solo en caso de trata

Como iniciativa del senador Anibal Fernández se presenta en el año 2013 un proyecto que tiene por objeto incorporar a nuestra legislación la penalización del usuario o cliente de trata de personas con fines sexuales.

Se sostiene argumentativamente el proyecto en tres elementos fundamentales del delito de trata: los tratantes o reclutadores, las víctimas y los clientes, usuarios o tomadores de servicios sexuales. Desde estos elementos constitutivos se considera fundamental admitir la complicidad de los clientes en las circunstancias de esclavitud a la que se ven sometidas mujeres y adolescentes encerradas en burdeles, whiskerías o sitios similares donde, a través del engaño, amenazas y violencia, son obligadas a prostituirse.

Por otro lado, se considera a la trata como el tercer negocio ilegal más rentable en el mundo, por lo que la lucha contra las redes de esclavitud para fines de explotación sexual debe verse acompañada de avances legislativos en materia penal que resulten congruentes y efectivos con las estrategias que apuntan a prevenir y sancionar el, como así también se requieren de herramientas y dispositivos de prevención que permitan visualizarlo y desalentar la demanda. En este argumento se reitera el carácter constitutivo de la demanda y el rol del cliente o usuario en la configuración del fenómeno trata.

Señala que la tipificación del delito realizada por la Ley N° 26.364, permite visualizar, identificar y registrar como trata de personas aquellos casos judiciales que antes de su vigencia eran caratulados como explotación sexual comercial infantil, secuestro no extorsivo, reducción a servidumbre, tráfico ilícito de inmigrantes y amenazas, entre otros; lo que ha constituido sin lugar a dudas un importante avance. Frente a este avance legislativo, la lucha para introducir la noción de responsabilidad en la generación de la demanda de trata de personas para propósitos de explotación sexual y avanzar hacia la penalización del cliente o usuario desenmascara la complicidad de quien paga para ejercer su poder dominante sobre las víctimas.

El proyecto cita fuentes internacionales que recomiendan promover acciones que contribuyan a visualizar la acción negativa del denominado cliente o usuario en tanto es quien alimenta el círculo de explotación sexual y tiene responsabilidad en la generación de la demanda de trata de personas para propósitos de explotación sexual y antecedentes europeos y regionales de legislaciones penales que avanzan en ese sentido, como muestra patente de la necesidad de adecuar la legislación argentina a estos estándares y avances internacionales.

Más allá de cualquier consideración, esta iniciativa legislativa que cuenta con media sanción de la Cámara de Senadores pero no ha sido tratado en la Cámara de Diputados, reconoce que implícitamente existe una diferencia o al menos una prostitución no forzada que se encuentra fuera de los márgenes de alcance de la pretendida sanción para su cliente.

4.3 Proyectos que proponen la sanción del cliente de servicios sexuales

Otros proyectos pretenden unificar la sanción de los clientes en una sola norma, indistintamente, sea que se trate de trata o no, desde la concepción de que sin clientes no hay trata, considerando que ello es adecuado desde el punto de vista técnico. Además pretenden elevar las escalas para el caso de que se tratara de niños, y de la condición de saber o deber saber que se trata de una situación de trata con fines de explotación sexual.

Una de estas iniciativas corresponde a la legisladora Marcela Rodríguez quien afirma que este proyecto brinda mayores herramientas a los jueces o fiscales para contextualizar obligatoriamente el delito en cuanto a las características del lugar donde concurrió, las condiciones de las víctimas y las cuestiones conexas con las agravantes.

Desde estas premisas la iniciativa pretende desterrar la exigencia de un conocimiento pleno del cliente o usuario que puede erigirse en una trampa formal en una temática que ya las tiene, y en cantidad.

Respecto del agravante por la menor edad de la víctima se basa en que el daño físico, psicológico y psicosocial que sufren los niños y niñas objeto de trata, y su mayor vulnerabilidad, hacen necesario un tratamiento especial, mucho más riguroso que el previsto para los adultos víctimas de trata de personas.

Similares iniciativas y fundamentos se evidencian el proyecto de los diputados salteños Kosiner y FioreViñuales quienes proponen la incorporación de un segundo párrafo al artículo 127, penando al que demandare u obtuviere una relación sexual a cambio de dinero, por compra de servicio sexual o al pago realizado o prometido por una tercera persona. Toma como premisa fundamental este proyecto, que sin consumo no hay trata y proponemos incorporar al Código Penal de nuestro país, la figura de compra de servicio sexual, penalizando al que obtuviera o demandara una relación sexual a cambio de dinero; y también al pago prometido o realizado por una tercera persona.

Cita como fuente el Plan de trabajo contra la trata de personas en el hemisferio occidental elaborado por la Comisión de Seguridad Hemisférica del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos(OEA), en el que se insta a los estados miembros punto a promover la adopción de legislaciones nacionales que tomen las previsiones legales para establecer sanciones civiles, penales o administrativas según sea el caso, tanto a personas naturales actuando individualmente como a grupos de delincuencia organizada y a las personas jurídicas que participen en actividades relacionadas con la trata de personas. De este modo estiman que se empieza a cerrar la cadena aberrante de la trata de personas, que comienza con la captación, traslado, recepción o acogida de personas con fines de explotación sexual. Agrega como agravante de este delito la conducta de quien utilice o procure servicios sexuales de una persona sabiendo o debiendo saber que es una víctima de trata de personas

4.4 Proyectos que proponen reglamentar la prostitución

Si bien son una serie de proyectos que no han avanzado sustancialmente desde su presentación, no han sido tratados en comisión y no han alcanzado a

llegar al debate parlamentario, son indicadores de futuros debates y entran en franca contradicción con aquellos que pretenden penalizar al cliente. Pues como se penaliza a una de las partes de una actividad regulada legalmente. Sin lugar a dudas son proyectos que responden a distintas miradas respecto del fenómeno de la prostitución.

Iniciativa del senador Osvaldo López de Tierra del fuego, proponía reglamentar a nivel nacional la prostitución como trabajo sexual y en idéntica línea se presenta un proyecto en la Provincia de Mendoza y otro en la provincia de Santiago del Estero, y uno que pretende legalizar el funcionamiento de prostíbulos en la Ciudad de Buenos Aires. A la vez, la próxima semana, será presentado en la Legislatura de la provincia de Santiago del Estero, un tercer proyecto en la misma línea del de Mendoza.

Los fundamentos de estos proyectos que proponen una modificación del estatus jurídico de la prostitución reclaman el reconocimiento de derechos para el sector, sobre todo para las mujeres que se consideran trabajadoras sexuales, por parte de la sociedad y el Estado y se basan en el principio de reserva de la Constitución Nacional (Chaher, 2014)

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.²³

Este proyecto, o serie de iniciativas, de aprobarse, nos coloca en un paradigma o modelo totalmente opuesto al abolicionismo, pues las personas prostitutas, o trabajadoras sexuales, estarían reconocidas como trabajadoras sexuales con un carnet habilitante o libreta sanitaria según la iniciativa.

La iniciativa referida, corre diametralmente el eje de discusión y se opone a una política pública acorde a la posición abolicionista de la Argentina a nivel internacional en materia de prostitución de no persecución de las personas prostitutas pero sí de la explotación sexual y con énfasis en el combate a la trata de personas.

²³ Constitución Nacional, artículo 19

4.5 Análisis crítico de las Políticas Públicas y las iniciativas legislativas

Tal y como se ha desarrollado, desde la vigencia del propio Código Penal (1921) que penaba la promoción y facilitación de prostitución y reforzado por la Ley de Profilaxis (1936) que prohíbe la existencia de prostíbulos.

Esta tradición es confirmada por la Convención Internacional contra la Trata de Personas y la Explotación de la prostitución ajena (1949) y por la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que insta a los Estados a tomar todas las medidas incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer. Desde estos antecedentes, no existe obstáculo jurídico trascendente que impida la posible penalización del cliente.

Sin embargo, la cotidianeidad de las prácticas en nuestro país denuncian la existencia de prostíbulos habilitados por ordenanzas municipales bajo eufemismos de whiskerías o locales bailables y que las personas que ejercen la prostitución perseguidas por figuras presentes en los Códigos de Faltas municipales como promoción o facilitación de la prostitución, ofensa al pudor o desnudez en público, entre otros (Chaher, 2014).

Por otro lado, los derechos o la situación de las mujeres en situación de prostitución, nunca han sido objeto de debates serios y mucho menos de políticas públicas. La perspectiva abolicionista considera a la prostitución como una evidencia de las desigualdades estructurales de género y una forma extrema de violencia. Sin embargo, la prostitución existe y probablemente siga haciéndolo en la medida en que habitemos estados patriarcales en los que la desigualdad de género no es fuertemente combatida y desnaturalizada (Giacosa, 2013). Es decir que la mera no criminalización de la figura de la prostituta, ha sido insuficiente en sí misma.

La Asociación de Mujeres Meretrices Argentina (AMMAR) desde sus reivindicaciones, pone al desnudo la existencia misma del trabajo sexual, la vulneración de los derechos básicos de las trabajadoras sexuales y la necesidad de un debate mucho más amplio. Desde una posición reglamentarista, AMMAR propone que la prostitución sea reconocida como trabajo sexual por la sociedad y el Estado, con organismos específicos para hacerse cargo del tema (Chaher, 2014). Este posicionamiento es totalmente adverso al modelo abolicionista, pero es una demanda de reconocimientos de derechos a desde un colectivo tremendamente vulnerable y marginado social y estatalmente.

Los proyectos o iniciativas que promueven la tipificación y sanción del cliente de prostitución o trata responden a una extensión del modelo sueco, que desde que se ha instaurado en Suecia en 1999 se ha expandido a distintos países de Europa y pretende ser seguido por otros procesos legislativos en la región, y que sostienen que ha resultado exitoso para disminuir la explotación sexual de las mujeres y la prostitución misma. Sin embargo sus detractores afirman que lejos de disminuir la explotación sexual y la prostitución ha supuesto una transformación de la prostitución callejera en prostitución en establecimientos, aumentando la estigmatización que sufren los trabajadores sexuales y haciendo más precarias y peligrosas las condiciones del desempeño de su actividad (Villacampa y Torres, 2013).

Pese a las severas críticas que se sostienen frente al modelo sueco, la lucha contra la prostitución basada en la punición del cliente está haciendo fortuna y está siendo exportada a otros países. Así Noruega ya en 2008, Islandia en 2009 y más recientemente el Reino Unido en 2010, aunque de forma no completamente fiel ni en situación de ausencia de opiniones críticas en este último caso, han adoptado el modelo (Villacampa y Torres, 2013).

CONCLUSIONES FINALES

A poco de iniciar la consulta bibliográfica para la elaboración del presente trabajo, surge como evidencia irrefutable la complejidad que en sí misma encierra la prostitución, y las dificultades académicas para el abordaje de la misma, desde

la propia inexistencia de definiciones con pretensión de objetivas y desprovistas de connotaciones ideológicas, morales o estimaciones y juicios de valor. Definitivamente para hablar de prostitución hay que asumir un posicionamiento crítico ab initio.

La literatura consultada, que es transdisciplinar y variada coincide en una aproximación total de la prostitución con la sexualidad, y las propias dificultades de la represión existente en el campo de lo sexual se trasladan a los estudios consultados, en los que abundan juicios de valor y no escapan a comentarios sexistas o patriarcales, lejanos a la dignidad humana de las personas que ejercen la prostitución o son prostituídas, Quizás como cualquier objeto de estudio, se adopta la dimensión objetivante, desconociendo en la generalidad de las fuentes que en la base de este objeto de estudio existen personas que lejos están de la tan ansiada dignidad del sujeto de derechos.

En las formas más radicales del feminismo abolicionista la prostitución se presenta como una de las formas más intolerables de violencia contra las mujeres, que niega prácticamente la totalidad de sus derechos civiles y el derecho fundamental a la dignidad e integridad de las personas. Sin embargo y presentadas como posiciones moderadas del abolicionismo, que reconocen la posibilidad del ejercicio voluntario de la prostitución y sin dejar de defender la necesidad de continuar luchando contra la prostitución sin frivolar ni minimizar los efectos negativos, individuales y sociales, de la prostitución solicitan los derechos sociales y económicos de las mujeres que ejercen la prostitución, tanto si abandonan la actividad como si se mantienen en ella. En este punto sus demandas se asemejan visiblemente con las del movimiento reglamentarista o a favor del reconocimiento del trabajo sexual. Es decir que desde los movimientos feministas y desde las trabajadoras sexuales asociadas subyace una demanda emergente: la reivindicación de vida digna para las mujeres en situación de prostitución.

Abandonando conceptualizaciones radicales o radicalizadas emergen tres ejes teóricos que no pueden faltar en el debate y que se imprimen fuera de la tradición jurídica argentina pero que emergen de los movimientos sociales : el concepto de trabajo sexual; la distinción de los conceptos de trabajo sexual, trata

y tráfico de personas con fines de explotación sexual; y la protección de los derechos fundamentales de las personas que ejercen la prostitución, como ámbito diferenciado del de la protección de los derechos fundamentales de las víctimas de la trata y el tráfico de personas con fines de explotación sexual. Sin embargo ninguno de estos ejes es analizado en los proyectos que pretenden la penalización del cliente, ni siquiera en aquellos que pretenden diferenciar categóricamente el cliente de trata del cliente de prostitución. Para avanzar en políticas públicas que se precien de serias, es necesario profundizar el debate trata y prostitución, o la posibilidad de existencia de una prostitución no forzada.

La prostitución es un fenómeno que se relaciona directamente con la sexualidad, y quizás sea algunas de las razones de la segunda de las dificultades teóricas encontradas durante el desarrollo del presente trabajo, y es el escaso trabajo de producción de conocimiento en el campo de los derechos sexuales y más aun de la libertad sexual.

Las discusiones doctrinarias en torno a la libertad sexual como bien jurídicamente protegido o la propia integridad sexual, se acaban en la diferenciación con el concepto de honestidad y la necesidad de despojar al Derecho Penal de connotaciones morales, pero muy poco avanzan en definir, conceptualizar o avanzar sobre la libertad sexual. Quizás se comparta las dificultades con el fenómeno prostitución desde la explicación de la represión sexual aún vigente que nos impide teorizar sobre este ámbito, o sobre este campo particular de conocimiento que es la esfera de la sexualidad.

Idénticas razones quizás expliquen la dificultad de escindir definitivamente los derechos sexuales de los derechos reproductivos, y la posibilidad siquiera de pensar derechos no reproductivos. Desde esta concepción pensar en términos jurídicos lo sexual y reproductivo nos coloca más en el ámbito de la salud que en el de la ciudadanía, y desde este ámbito en marcos jurídicos con un determinado sujeto destinatario que es la mujer, y no cualquier mujer sino aquella signada por un proyecto reproductivo o de maternidad. Si como sostiene parte de la doctrina consultada y se viene definiendo desde los sistemas de promoción y protección de Derechos Humanos que la libertad sexual es una esfera de la libertad, una parte

inescindible de la dignidad humana y los derechos sexuales son la materialidad que reivindica la libertad sexual, es mucho el camino de discusiones, debates y sobre todo políticas públicas por desarrollar. Es un ámbito que ha alcanzado poco debate jurídico en relación a otros aspectos. Los derechos en general y los sexuales en particular como materialidad del presente trabajo funcionan instrumentos para la producción de libertad sexual frente a contextos adversos o tradicionales, y en este sentido el poco desarrollo jurídico desnuda un derecho como campo propio de estos espacios tradicionales o conservadores.

Los desarrollos teóricos en torno a la sexualidad no significan un tema menor, pues precisamente la idea moral sexual predominante en cada época es la que ha signado las intervenciones del estado en este campo. Desde esta premisa la poca discusión teórica y jurídica puede ser una respuesta a la mirada del Estado, que solo se evidencia en el campo de la represión penal y muy tímidamente en materia de reconocimiento de derechos. Desde ellos la diferenciación de los planos morales y jurídicos aparece poco claro cuando se abordan temas relacionados a la sexualidad, y mucho más a una sexualidad cargada de ponderaciones que es aquella que se ejerce mediando una contraprestación económica. Es decir que por un lado se reprimen figuras relacionadas a la prostitución, represión que únicamente existe en los textos pues es casi nula la jurisprudencia que evidencia pronunciamientos judiciales condenatorios, se persigue a las mujeres que ejercen la prostitución, se prohíbe la publicidad de ofertas de prostitución, se pretende la penalización del cliente, se reprime la promoción y facilitación de prostitución, pero se tolera en las prácticas la existencia creciente de prostitución y la existencia de espacios destinados al comercio sexual.

De lo desarrollado hasta el momento se desprende que la actitud del Estado argentino no es totalmente abolicionista, más allá de las intenciones y las manifestaciones de tradición jurídica. Existen por un lado políticas públicas de persecución a quienes ejercen la prostitución a través de faltas o contravenciones, pero poco o nada se avanza en la situación de vulnerabilidad de estas mismas personas. Un estado poco preocupado por la vulnerabilidad de las personas en

situación de prostitución y que no garantice los derechos económicos sociales y culturales de las poblaciones o sectores poblacionales en situación de vulnerabilidad, más que un estado abolicionista, es un estado promotor de prostitución, una maquinaria prostituyente.

De la línea de estas conclusiones se desprende la poca incidencia que el Derecho Penal ha tenido por sobre el fenómeno de la prostitución que se encuentra permanentemente en escala ascendente, y se estima que ello no es un problema o una falencia del sistema penal en sí, sino que las normas penales o las sanciones no van acompañada de acciones políticas en idéntico sentido e inclusive en el combate contra la trata de personas.

La relación entre prostitución y trata es uno de los ejes presente no solo en los debates actuales sino también a lo largo de los últimos 150 años, tanto a escala nacional como internacional. El tema viene fijado en agenda no solo a nivel local, sino a niveles transnacionales con intervenciones de organismos internacionales. Los sectores o movimientos que reclaman el reconocimiento del trabajo sexual y la reivindicación de los derechos laborales de las trabajadoras sexuales exigen la separación de ambos fenómenos. En tanto que aquellos sectores abolicionistas consideran que trata y prostitución no deben separarse desde el argumento que la trata es la forma de reclutamiento que demuestra el carácter organizado de la prostitución. Estas premisas teóricas, y la diferenciación entre uno u otro fenómeno exige un debate, que y que esto va más allá de las modalidades que utilizan las organizaciones proxenetas; sostienen que en la práctica no es posible diferenciar a las mujeres víctimas de trata de las que sea solo parlamentario, sino que se multiplique socialmente. Una modificación de tamaño magnitud en el Código penal nos exige un debate social, pues no alcanza con soluciones espasmódicas provenientes de las reformas penales.

Por otro lado no es suficiente la cita de fuentes extranjeras, o seguir un modelo que se publicita como exitoso, si no responde a la idiosincrasia, a la tradición jurídica que no es inmutable o inalterable, pero que su reforma no puede ser tras un acto reflejo.

Este tema es sin duda un nudo problemático que escapa a lo meramente conceptual. Pues si bien hay una coincidencia en cuánto a la necesidad de erradicar o combatir la trata de personas, la respuesta no puede ser atacando la esfera de libertades personales, y la esfera de la sexualidad que con tanto esfuerzo social y político se ha tornado en tema actual de debate.

Esta distinción, no es un tema menor, pues si bien los distintos proyectos presentados se diferencian entre quienes penalizan la figura del cliente solo de trata o explotación sexual forzada y quienes pretenden la penalización del cliente indistintamente de cual fuere la situación, es decir forzada o no, los motivos esgrimidos, y siguiendo el antecedente sueco, son relacionados a la erradicación de la trata con fines de explotación sexual. En ninguno de los proyectos analizados se distingue con nitidez cuál es la diferencia que debiera advertir el cliente, y como desde la mera sanción se combate la trata de personas.

Muchos son los dilemas jurídicos que plantea el debate, que son a la vez dilemas éticos y políticos. Más que certezas se abren nuevos interrogantes y nuevas líneas de investigación. Se otorga lo jurídico un rol determinante, el mismo que detenta desde el abolicionismo que poco ha abolido a las esclavas sexuales, y que los cambios sociales van a suceder indefectiblemente desde las reformas penales. Una problemática tan compleja no puede reducirse a las alternativas de legalización, penalización e incluso abolicionismo o reglamentarismo, todo ellos en respuestas espasmódicas, con discusiones ligeras, imitando experiencias e invadiendo la esfera de libertad sexual de quienes sostienen relaciones sexuales por intercambios económicos.

Por otro lado, aun sosteniendo la posibilidad de que las relaciones sexuales puedan prestarse o consentirse a través de intercambios económicos, o si la prostitución es una elección sexual libre o una forma más de vivir la sexualidad, desde dónde se torna necesario que la misma se legalice, si precisamente la libertad sexual pretende que la sexualidad sea vivida libremente, sin injerencia en la intimidad. El consentimiento tan citado al momento de pensar y definir la libertad sexual o la posible opción libre de prostituirse tema del consentimiento es típico de las discusiones acerca de la sexualidad para establecer los límites

entre una sexualidad libre y una sexualidad coactiva. Queda entonces por discutir cuáles son las manifestaciones, o como puede manifestarse ese consentimiento.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Benítez, V. (2018) Art. 126 a 127 Proxenetismo Agravado y Rufianería. En Vitale. G. (coord) Garberi, P.; Ávila, F. (dir) (2018) *Código Penal Comentado de Acceso Libre*. Argentina: Asociación de Pensamiento Penal. <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado>
- Buompadre, J. (2009) *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, T.I*. Buenos Aires: Astrea.
- Canclomellá, J. (2011) Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual. *La Ley Penal: Revista de Penal, Procesal y Penitenciario*. N° 80, Año 8, Marzo de 2011(5-20) España: La Ley
- Chaer, S. (2014) *¿Qué derechos debe reconocer un estado abolicionista a las personas prostitutas?* Publicado el 29 octubre de 2014 en <http://comunicarigualdad.com.ar/que-derechos-debe-reconocer-un-estado-abolicionista-a-las-personas-prostitutas/>
- Chejter, S. (2016) La prostitución: debates políticos y éticos. *Revista Nueva Sociedad. Geografías Feministas*. 265, (5)6, 58-76. Buenos Aires: Nueva Sociedad
- Coppa, L. (2016) Apuntes para una microfísica de las formas jurídicas en torno a la prostitución. Relaciones de saber poder y modos de subjetivación. *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2016. N° 14 (Semillero de investigadores/as con perspectiva de género Instituto de Cultura Jurídica, FCJyS.UNLP) 137-148 . ISSN 1852-2971. La Plata: Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP
- Daich, D. (2012). *¿Abolicionismo o reglamentarismo?: Aportes de la antropología feminista para el debate local sobre la prostitución*. *Runa*, 33(1), 71-84. Recuperado en 07 de junio de 2019, de

http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-96282012000100004&lng=es&tlng=es.

De Luca, J.; Lancman, V. (2018) Art. 125 bis Promoción y facilitación de la prostitución. En Vitale, G. (coord) Garberi, P.; Ávila, F. (dir) (2018) *Código Penal Comentado de Acceso Libre*. Argentina: Asociación de Pensamiento Penal. <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado>

De Luca, J. y López Casariego, J. (2009) *Delitos contra la Integridad Sexual*. Buenos Aires: Hamurabi.

Díez Ripollés, J. (2000) El Objeto de Protección del Nuevo Derecho Penal Sexual. *Anuario de Derecho Penal, Université de Fribourg*. Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1999_06.pdf.

Donna, E. (2005) *Delitos contra la Integridad Sexual*. (Segunda Edición Actualizada). Argentina: Rubinzal Culzoni

Giacosa, V. (2013) *La prostitución y el debate sobre "penalizar al cliente"*. Recuperado el 22/09/2018 de <http://www.pensamientopenal.org/la-prostitucion-y-el-debate-sobre-penalizar-al-cliente/>.

Heim, D. (2011) *Prostitución y Derechos Humanos*. Barcelona: Antígona

Heim, D.; Monfort, N. (2005) Vigilar y castigar: las nuevas propuestas de políticas públicas para la prostitución en Europa. Análisis de los modelos de Suecia y los Países Bajos. En *Revista Nueva Doctrina Penal* 2005/B, 771-812. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Hurtado Pozo, J. (2000) Moral, Sexualidad y Derecho Penal. *Anuario de Derecho penal Université de Fribourg*. Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1999_04.pdf.

Laje Anaya, J. y Gavier E. (2000) *Notas al Código Penal Tomo II Parte Especial*. (Segunda Edición Actualizada). Córdoba, Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba

- LlobetAnglí, M.(2017) *¿Prostitución?: ni sí ni no, sino todo lo contrario. Sesgos empíricos, contradicciones de lege lata y desaciertosde legeferenda*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 19-19 (2017). En <http://criminet.ugr.es/recphttp://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/12/doctrina46078.pdf>
- Maqueda, M.L. (2016)*Prostitución y Trata Sexual: Otras Perspectivas más allá del Victimismo*. Revista EMERJ. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/05/doctrina43327.pdf>
- Mejía Díaz, S.; Santillán Delgado, G. y Mendoza Méndez, R. (2018) *Estudio socio-jurídico del “cliente” en el comercio sexual y su responsabilidad penal*. Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales. Recuperado de <https://www.eumed.net/rev/cccss/2018/03/cliente-responsabilidad-penal.html>.
- Milisenda, L. (2016) *Una retrospectiva crítica de los derechos sexuales como derechos humanos en Naciones Unidas*. STUDIA POLITICÆ Número 38, otoño 2016 (28-56). Córdoba: Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, de la Universidad Católica de Córdoba.
- Nino, C. (2013) *Una teoría de la justicia para la democracia: Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores
- Osborne, R. (2004) *Trabajador@s del sexo: derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*. España: Bellaterra
- Pecheny, M. (2014) *Derechos humanos y sexualidad: hacia la democratización de los vínculos afectivos en la Argentina*. Sudamérica N° 13, 2014 (119-136). Argentina: CONICET
- Petracci, M.;Pecheny, M.(2007) *Argentina: Derechos humanos y sexualidad*. Buenos Aires, Argentina. CEDES-CLAM

- Sánchez Zorrilla, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho [versión electrónica]* (14), 317-358.
- Tirado Acero, M. (2011). El Debate Entre Prostitución y Trabajo Sexual: Una mirada desde lo socio-jurídico y la política pública. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 6(1), 127-148. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-30632011000100007&lng=en&tlng=es.
- Villacampa, C. y Torres, N. (2013) Políticas criminalizadoras de la prostitución en España. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (15)6,1-40. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-06.pdf>.
- Villanueva Flores, R. (2005) *Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*. Bolivia: CEPAL
- Vitale, G. (coord) Garberi, P.; Ávila, F. (dir) (2018) *Código Penal Comentado de Acceso Libre*. Argentina: Asociación de Pensamiento Penal. <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado>
- Yuni J. y Urbano C. A. (2014). *Técnicas para investigar. Recursos Metodológicos para la Preparación de Proyectos de Investigación*. (2ª Edición). Córdoba: Ed. Brujas

Leyes

Constitución Nacional

Convención Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer

Convención de los Derechos del Niño

Código Penal

Ley 12.331 de Profilaxis y Enfermedades Venéreas