



**UNIVERSIDAD DE BELGRANO**  
**ESCUELA DE POSGRADO EN DERECHO**

***“Análisis crítico del tipo penal del artículo 17 de la Ley 12.331, de Profilaxis Antivenérea”***

ALUMNO: CEREZOLI, CARLOS ALBERTO (DNI 28.504.932)

CARRERA: MAESTRÍA EN DERECHO PENAL (1501)

MATRÍCULA: 11

AÑO: 2021



\*IMÁGEN EXTRAÍDA DE INTERNET, SIN REFERENCIAS

## ÍNDICE GENERAL:

<b>I.- INTRODUCCIÓN</b> .....	4
<b>II.- CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO</b> .....	20
A) PROPUESTA DE ABORDAJE.....	21
B) NOCIÓN DE PROSTITUCIÓN.....	22
C) HISTORIA DE LA PROSTITUCIÓN.....	24
D) SISTEMAS SOBRE LOS QUE SE HA ESTRUCTURADO EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA PROSTITUCIÓN.....	30
E) FIGURAS PENALES QUE SURGEN EN TORNO A LA PROSTITUCIÓN.....	33
F) CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA LEY DE PROFILAXIS, NÚMERO 12.331.....	43
G) DERROTERO HISTÓRICO DE LA LEY DE PROFILÁXIS ANTIVENÉREA.....	46
H) SOBRE LA FIGURA PENAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 12.331.....	49
I) COLOFÓN.....	57
<b>III.- CAPÍTULO II: DISCURSO CRIMINOLÓGICO DE LA LEY 12.331</b> .....	59
A) PROPUESTA DE ABORDAJE.....	59
B) DESARROLLO: I) DE LOS SABERES QUE INFORMAN LA CUESTIÓN.....	61
II) DEL CONTEXTO HISTÓRICO QUE PROPICIÓ LA SANCIÓN DE LA LEY 12.331.....	75
III) DE LA LEY DE PROFILAXIS Y SU TRASFONDO POLÍTICO.....	77
IV) DE LA DETECCIÓN DE IMPRONTAS IDEOLÓGICAS EN LA LEY COMENTADA.....	80
C) APARTADO CRÍTICO: I) CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	78
II) ACERCA DE LA CRIMINOLOGÍA SOCIOLÓGICA.....	85
III) ANÁLISIS INTEGRADOR.....	104
IV) A MODO DE CONCLUSIÓN.....	117
<b>IV.- CAPÍTULO III: EL BIEN JURÍDICO EN EL ART. 17 DE LA LEY 12.331</b> .....	121
A) INTRODUCCIÓN.....	121
B) BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NOCIÓN DE BIEN JURÍDICO.....	122
C) SOBRE LA CONCEPCIÓN DE BIEN JURÍDICO QUE DEFIENDE ESTE TRABAJO.....	133
D) ACERCA DE LAS POSIBLES AFECTACIONES AL BIEN JURÍDICO - DELITOS DE LESIÓN Y DE PELIGRO.....	138
E) ADDENDA: SOBRE LA POSIBILIDAD DE INTEGRAR LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO AL DERECHO CONTRAVENCIONAL.....	144
F) ACERCA DEL BIEN JURÍDICO CONSAGRADO EN EL ART. 17 DE LA LEY 12.331.....	152
G) A MODO DE CONCLUSIÓN.....	161
<b>V.- CAPÍTULO IV: OBJECIONES CONSTITUCIONALES AL ART. 17 DE LA LEY 12.331</b> .....	170
A) PROPUESTA DE ABORDAJE.....	170
B) SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	172
C) REFLEXIONES PRELIMINARES Y TOMA DE POSICIÓN.....	183

D) JUICIO DE ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ART. 17 DE LA LEY 12.331.....	196
E) UN FALLO ESCLARECEDOR EN LA MATERIA: I) DESARROLLO DE SU DOCTRINA.....	203
II) COMENTARIOS A LA RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DOCTRINA DEL FALLO.....	206
F) ADDENDA: SOBRE LA POSIBILIDAD DE RECONducIR LA PROBLEMÁTICA AL ORDEN MUNICIPAL O COMUNAL.....	211
G) CONCLUSIONES.....	213
<b>VI.- REFLEXIONES FINALES DE LA TESIS.....</b>	<b>222</b>
<b>FUENTES DE CONSULTA: A) BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>246</b>
B) HEMEROGRAFÍA.....	253
C) JURISPRUDENCIA .....	255
D) SITIOS DE INTERNET CONSULTADOS.....	256
E) NORMATIVA.....	257
F) OTRAS FUENTES DE CONSULTA.....	258

## I.- INTRODUCCIÓN:

Pese a los diez años transcurridos desde mi paso por la cursada de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Belgrano, mantengo frescas en mi memoria las palabras del profesor de la materia Taller de Tesis, el epistemólogo Jerónimo Cracogna, cuando trataba de explicarnos a los alumnos cómo debíamos seleccionar el objeto de nuestro futuro trabajo, y cuál iba a ser nuestra relación con la materia a partir de entonces. Sencillamente, nos dijo que ocurre lo mismo que con una relación de pareja: cierto atractivo debe guiar la elección, pero para que llegue a buen puerto es preciso que esa *magia* perdure en el tiempo; pues el período de convivencia, mayor o menor según cada caso en particular, ha de ser de todos modos considerable.

Con estas palabras en mente, me propuse como meta buscar una idea para la tesis que canalice adecuadamente mi curiosidad y me motive a explotar sus posibilidades sin alcanzar esa sensación de tedio intelectual de la que tanto se nos advirtiera. Al mismo tiempo, consideré que a la elección del tema debía imponerle como exigencias adicionales algún grado de novedad (es decir, que no se trate de un mero relevamiento de doctrina y jurisprudencia cruzada, acompañada de alguna que otra conclusión) y una marcada proyección o implicancia en el ámbito forense (en lugar de moverme por un campo de mayor abstracción, que no termine de cuajar en la resolución de alguna problemática penal en concreto).

Hallábame, entonces, ante un desafío nada despreciable; principalmente porque los contenidos a los cuales tenía acceso como operario de una dependencia judicial eran disparadores de tópicos por demás tratados en el ámbito académico y en las decisiones de los tribunales superiores. Sabido es que casi todos los aspectos controversiales que encierra el empleo de figuras tales como los delitos contra la vida, contra la libertad física o contra la propiedad, o las infracciones a la Ley de Estupefacientes, han inspirado montañas de libros y artículos y otras tantas de jurisprudencia especializada. Si bien es cierto que en muchos casos las cuestiones distan de estar zanjadas, creo que mi aporte como tesista en tales supuestos iba a verse reducido al de un cronista de la opinión experta; sin posibilidad de efectuar alguna contribución que pueda despertar interés en la comisión evaluadora.

Por análogas razones, tampoco me predispose a tratar algún tópico dentro de los estratos analíticos de la teoría del delito (pese a que, sinceramente, me habría gustado hacerlo), pues mucho se ha dicho al respecto y corría el riesgo de quedar seducido y atrapado en algún adoctrinamiento que me convirtiera en su mero portavoz; con la inevitable consecuencia de perder la originalidad que requiere un esfuerzo intelectual de esta clase.

Medité bastante al respecto y estuve al borde de llegar a la amarga conclusión de que no iba a dar con una temática que me genere esa satisfacción de la que hablaba el profesor. No obstante,

como muchas veces ocurre en el amor, donde uno no busca sino simplemente encuentra, conseguí acercarme al foco de mi interés casi por casualidad.

En una oportunidad, me encontraba en mi trabajo examinando unas actuaciones remitidas por una división policial de investigaciones; en donde constaban los resultados de una diligencia de allanamiento en un local que posiblemente funcionaba como prostíbulo, contraviniendo las disposiciones de la Ley 12.331, conocida como Ley de Profilaxis Antivenérea. Revisé, como es de rigor, el contenido de los testimonios y de las actas que se incorporaron al sumario; y cuando llego el momento de examinar las fotografías tomadas en el lugar (en una reafirmación del refrán que sostiene que una imagen vale más que mil palabras) una pregunta me tomó por asalto: *¿qué bien jurídico se ve afectado acá?*

Las fotos que menciono mostraban unas instalaciones harto precarias (un salón con una barra donde se expedían bebidas alcohólicas y tres o cuatro habitaciones ubicadas en forma contigua, todo en condiciones ruinosas y en un alarmante estado de falta de higiene); así como también a las personas que fueron demoradas durante el procedimiento. Efectivamente, en muchas aparecían retratadas tanto las mujeres que posiblemente vendían su cuerpo como los clientes del local (o *parroquianos*, en la jerga de los investigadores de brigada), sentados unos al lado de los otros; con expresiones que –a mi entender- no evidenciaban más que fastidio frente a la actuación policial, como si estuviesen esperando que todo termine cuanto antes.

Estas imágenes me llevaron a pensar en el objeto mismo de la pesquisa. De repente, me pareció claro que resultaba un sinrazón perseguir penalmente a los dueños o administradores del local (que es lo que propone el art. 17 de la citada ley) por el solo hecho de brindar las condiciones para hacer posible que dos personas, adultas y en ejercicio de su libre albedrío, dispongan por sí mismas de su cuerpo o de su dinero. Es decir, si el mismo ejercicio de la prostitución (siempre que fuese en un ámbito de privacidad) no es de interés para el derecho sancionador: *¿por qué hay un castigo para quienes, con su actividad, estarían enrolados según el Derecho Penal tradicional en alguna categoría de participación?*

Me pareció claro entonces (y me lo sigue pareciendo hoy) que el tipo penal indicado no rige en interés de la trabajadora sexual, ni tampoco para protección de quien contrata sus servicios. El propósito declarado de la ley, esto es, el de *combatir* las enfermedades de transmisión sexual que aquejaban a la población al momento de su dictado (año 1936), no sólo ha perdido actualidad, sino que es síntoma de una concepción paternalista del estado que busca impedir a las personas -plenamente capaces según las distintas ramas del Derecho- adoptar decisiones sobre un aspecto muy íntimo de su vida; amparado nada más ni nada menos que por el art. 19 de la Constitución Nacional.

Gracias a estos interrogantes comprendí rápidamente que éste debía ser el tema a desarrollar en la tesis. Mis expectativas estaban cumplidas casi por entero, ya que la problemática despertó

mi interés como objeto de estudio y era probable que pudiese soportar el rigor científico propio de un trabajo de investigación; al tiempo que me ofrecía un ámbito de comodidad importante, ya que en muchos aspectos se mezclaba con mis labores cotidianas. Me restaba averiguar si era una cuestión ya agotada en la doctrina y la jurisprudencia o sí, por el contrario, tenía chances de brindar algún material novedoso. Así, luego de acopiar y examinar información, he arribado a la conclusión que los alcances de la Ley 12.331 han recibido escaso tratamiento jurídico; y menos aún en clave crítica. Algunos artículos especializados (destacando la labor del célebre Luis Jiménez de Asúa o –con mayor actualidad- los trabajos de Alejandro Tazza) y unos pocos fallos son honrosas excepciones a un vacío intelectual que se ha venido prolongando desde los ochenta y cinco años de vida que lleva esta legislación entre nosotros.

Mayor aun el desafío entonces, pues las dificultades planteadas y las posibles soluciones que he proyectado -sobre las cuales versará esta tesis, tal y como explicaré unos párrafos más abajo- gozan de un importante grado de autonomía científica; toda vez que su formulación es la amalgama de mucho material que, aisladamente considerado, trata tangencialmente la temática o –directamente- se refiere a otros asuntos dentro de la ciencia jurídico-penal (aunque, claro está, con algún nivel de correspondencia con el objeto de estudio).

En resumen, pude dar con una trama que a mi entender tiene aristas atrayentes, dignas de un tratamiento pormenorizado, que cuenta con proyección práctica y que no fue analizado exhaustivamente en ningún campo donde el Derecho Penal tiene injerencia. Por ello es que la labor de compilar y analizar datos, de rescatar los puntos de dificultad que puede encerrar la cuestión y darles una estructura, así como también la de ensayar propuestas superadoras, me resultó sumamente gratificante y se ha convertido en una de las experiencias académicas más gratificantes de mi carrera. Encontré aquello de lo que habló mi profesor y, por tanto, espero que la dedicación y el entusiasmo que han signado mi trabajo de investigación se vean suficientemente reflejados en cada una de las páginas que el tribunal habrá de examinar.

Ya adentrándome en aquello que buscaré demostrar a lo largo de esta tesis, el núcleo o la idea rectora que moldea la obra, me permito adelantar que la misma está enrolada en un análisis crítico que tiene por objetivo poner de relieve **la inconveniencia de mantener vigente la aplicación de la figura penal del artículo 17 de la Ley 12.331 de Profilaxis y que, en todo caso, podría reconducirse –reconfiguración mediante- al ámbito contravencional o bien, subsidiariamente, desecharse cualquier intromisión jurisdiccional y circunscribir la intervención pública al ejercicio de atribuciones de policía sanitaria.**

A tales fines, propondré distintos ejes temáticos, fácilmente reconocibles pues cada uno de ellos será el punto focal de un capítulo del trabajo. Individualmente diseñados y dentro de su esfera de incumbencia, buscarán resaltar los espacios problemáticos que se abren con motivo de la persecución penal que establece esta normativa. Cada uno de éstos contribuirá a cimentar las

bases de mi conclusión final, relativa a la premisa antes expuesta; aunque no por ello estarán exentos de preliminares observaciones críticas durante su desarrollo.

Así, comenzaré exponiendo un marco teórico que obrará a modo de introducción y que permitirá trazar un *punte conceptual*; procurando acercar al tribunal evaluador una explicación sobre cuál es la significación y la extensión que el tesista asigna a determinados contenidos. Considero que ésta es la mejor manera de iniciar la labor, ya que aclarando desde un principio cómo se interpreta el alcance de ciertas nociones, conseguiré que quien lea mi trabajo se familiarice mejor con mi posterior forma de opinar y concluir; al tiempo que podrá tomar contacto con las primeras objeciones que, a mi entender, merece el tipo penal en cuestión, emparentadas con su particular forma de redacción.

También estimo que este capítulo tendrá el valor de acercar unos cuantos datos históricos acerca de cómo ha sido concebida la prostitución prácticamente desde el inicio de la civilización humana; lo cual invitará a reflexionar si la evolución de las formas sociales se vio reflejada en el tratamiento jurídico que ha ido recibiendo este fenómeno. Será igualmente provechoso para discernir cuáles son los puntos de contacto y de diferenciación que resultan de comparar el tipo penal del art. 17 de la Ley 12.331 con otras figuras delictuales que reprimen los ataques contra la libertad sexual; paso ineludible para asegurar que en el desarrollo crítico no se cuelel confusiones terminológicas que terminen distorsionando el examen.

El segundo apartado estará destinado a desentrañar cuál era el saber criminológico dominante durante la época en que fue redactada la norma. Sólo así podremos conocer los problemas sociales que se avistaron en aquella época, cómo se percibía el binomio *delito-delincuente* (concepción propia de las primeras escuelas criminológicas, contemporáneas a la ley analizada) y con qué sustrato teórico se edificó la respuesta normativa. Sentado ello, el análisis va a discurrir por determinar si las razones que impulsaron la redacción de la ley mantienen su vigencia o bien si son propias de etapas discursivas superadas; caso en el cual se propondrá un cotejo con otros paradigmas, para ensayar juicios hipotéticos sobre posibles tratamientos alternativos que recibiría el delito en cuestión bajo otras miradas de la *cuestión criminal*.

A su turno, abordaré -del modo más ordenado posible- la cuestión del bien jurídico que toma como estandarte la citada ley. Comenzaré por explicar la génesis de esta formulación, para luego pasar revista a las más destacadas opiniones que se han vertido sobre el tema; muchas de las cuales han acompañado cambios en la forma de pensar el rol del Derecho Penal y el ejercicio del poder punitivo. De todas estas posiciones, tomaré algunas para poner en crisis unos cuantos principios fundantes de la Ley de Profilaxis Antivenérea; poniendo bajo la lupa alguno de mis interrogantes iniciales: *¿qué bien jurídico se ve afectado en realidad?* Para ofrecer una respuesta plausible, aclaro de antemano, también deberé someter a consideración la fundamental distinción entre las nociones de *salud pública* y de *salubridad pública* como bienes jurídicos

penalmente relevantes; clave para fundar y lanzar una crítica hacia el dogma que pregona que la Ley 12.331 *sirve para combatir* las enfermedades de transmisión sexual.

En tal sentido, se pondrá en evidencia el manifiesto problema de indefinición con que la norma tropieza al momento de individualizar cuál es el bien jurídico bajo ataque; amén de los inconvenientes metodológicos que acarrea su implementación al trazar una conexión distante entre las conductas relevadas y el resultado dañoso. Sobre esta base, se ensayará una posible reconducción de la problemática al ámbito del Derecho Contravencional, que si bien comulga con un sistema imputativo afín a la disciplina penal, se centra esencialmente en las infracciones al ejercicio del poder de policía de la autoridad pública para organizar la vida en comunidad; de suerte que no se aprecia como desafortunada la idea de asignarle el resguardo de un bien jurídico periférico como es el individualizado por el artículo en comentario.

El siguiente eje temático va a estar dedicado por entero a las objeciones constitucionales que merece el empleo de la norma como sustento de sanción, basadas en el principio de ofensividad que emana del art. 19 de la Constitución Nacional y de los pactos internacionales de Derecho Humanitario incorporados como derecho interno (conf. art. 75, inc. 22, CN); bastión de la autodeterminación del hombre frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos. Aquí va a haber un confronto por demás interesante, destinado a verificar si la ley consigue superar un *test constitucional* seriamente planteado; que es casi como traer a consideración la pregunta sobre si la punición *tiene alguna razón de ser*. La respuesta, adelanto, va a estar inclinada hacia la negativa.

Tal conclusión allanará el camino para ensayar otra posible respuesta a la problemática planteada: el sostenimiento, regenteo o administración de una casa de tolerancia (que son las acciones típicas que describe el tipo objetivo de la figura), al resultar una actividad exenta de la autoridad de los magistrados, no debe ser prohibida y en todo caso –derogación mediante– quedar sujeta a regulación en materia de policía sanitaria, es decir, a un control sobre las condiciones en que se presta el servicio sexual; en procura de salvaguardar los fines profilácticos tenidos en mira al momento del dictado de la Ley 12.331.

Ya para el final de la tesis, buscaré aunar las observaciones parciales volcadas durante el desarrollo de los capítulos anteriores y darles complemento con otros razonamientos no incluidos hasta entonces; a efectos de lanzar las reflexiones finales que, fieles a la línea argumental trazada desde el inicio, van a suponer la cristalización de una dura crítica hacia la legislación en examen. Allí me explayaré sobre cómo la norma perdió vigencia en el medio social en el cual se haya inserta, sobre cuáles son los intereses a los que responde en la actualidad; y el rechazo que éstos deben generar a la luz de un derecho sancionador de *ultima ratio*, fragmentario, protector de bienes jurídicos *reales* y respetuoso de la manda constitucional de intervención penal frente a la afectación. A partir de estos cuestionamientos, toda afirmación sobre la

inconveniencia o falta de practicidad de la aplicación de la Ley de Profilaxis en nuestro medio se manifestará –a mi entender- casi como una obviedad.

En función de lo expuesto, doy por cumplidos mis propósitos de acercar al tribunal evaluador las razones que me llevaron a elegir el objeto de estudio, de declarar cuál es su *leitmotiv* y de explicar sintéticamente cómo se irá a desarrollar desde su inicio hasta las conclusiones finales. Con todo, esta fase introductoria dista mucho de estar completa.

En efecto, restan formular unas cuantas observaciones, necesarias para dejar a salvo mi posición como autor sobre la relación que existe entre lo que aquí se estudiará y otros temas que están estrechamente vinculados y que, al mismo tiempo, tocan fibras sensibles dentro de distintos espacios sociales, culturales y políticos que atraviesan nuestra actualidad. No se trata -entonces- de introducir simples distinciones terminológicas, sino de dejar en claro cómo puede convivir una visión crítica de la ley como la propuesta con determinados fenómenos y problemáticas propios del medio en el que se inserta. Considero que la rectitud política de mis estudios se juega en estas aclaraciones.

A fin de ilustrar en mejor medida sobre el complejo entramado social al que estoy haciendo referencia, quisiera comenzar tomando como referencia dos acontecimientos que, a mi modo de ver, marcaron hitos en la concepción actual de la mujer como víctima del delito; a saber: el caso *Marita Verón* y las multitudinarias marchas organizadas bajo la consigna *Ni una menos*.

El primero representa el caso más emblemático de nuestro país en materia de trata de personas; en atención al cariz público que tomó “*no por distinto a otros, sino porque de él aprendimos que la desesperación, la impotencia y el dolor pueden cobrar fuerza en la más inquebrantable de las voluntades*”<sup>1</sup>. Todos fuimos testigos -desde nuestras pantallas, a través de los periódicos o de las redes sociales- de la infatigable lucha de Susana Trimarco por recuperar a su hija; y transitamos junto a ella un camino plagado de historias que revelan cuán crudos pueden ser los padecimientos que deben soportar las mujeres afectadas por este flagelo<sup>2</sup>.

El día 3 de abril de 2002, María de los Ángeles Verón (que por entonces contaba con 23 años de edad y tenía una hija de 3) salió de su casa en San Miguel de Tucumán para realizar una consulta ginecológica y jamás regresó. Su madre y el resto de la familia comenzaron a buscarla poco tiempo después de notar su ausencia. Fueron al hospital donde ella debía concurrir y a

---

<sup>1</sup>NIREMPERGER, ZUNILDA – RONDAN, FRANCISCO, “*Mercaderes de vidas: una visión histórica, sociológica y jurídica del delito de trata de personas*”, editorial ConTexto Libros, Resistencia, año 2010, pág. 47.

<sup>2</sup>Para contar con un relato pormenorizado sobre el desarrollo de la búsqueda de Marita Verón, así como también de los antecedentes de la compleja (y cuestionada) investigación policial llevada a cabo y del juicio celebrado para juzgar la conducta de los imputados individualizados, recomiendo consultar el sitio web <http://casoveron.org.ar>. Se trata de una publicación realizada por la familia de la víctima con ayuda del Programa Nacional de Lucha Contra la Impunidad (Secretaría de Derechos Humanos de la Nación) y la colaboración de periodistas que realizaron el seguimiento del caso en las redes sociales.

todos los de la zona, sin éxito. También consultaron a sus allegados sobre si la habían visto, pero el resultado fue el mismo. Dieron entonces aviso a las autoridades policiales locales, al tiempo que fueron hacia la *zona roja* de la ciudad, para ver si allí recababan información sobre su paradero. Consiguieron lo que buscaban, pero el panorama distaba de ser alentador; ya que las pistas obtenidas indicaban que había sido captada por una red de trata de mujeres y que había sido trasladada contra su voluntad hacia La Rioja.

Las averiguaciones en esa provincia (en gran medida practicadas a instancias de la familia de la damnificada) generaron indicios mucho más sólidos, pues se pudo dar con testigos que afirmaban haber visto a María de los Ángeles o haber estado con ella. Al mismo tiempo, fueron surgiendo los nombres de quienes se encontraban implicados en una organización dedicada al tráfico de mujeres para su prostitución forzada, que operaba en la región noroeste y tenía conexiones en toda la Argentina e incluso operaba en el exterior.

Las pesquisas también fueron esclarecedoras en cuanto al *modus operandi* empleado a tales fines: ya sea por medio de *entregadores* o por tareas de inteligencia propia, los captores marcaban a las chicas de su interés, tras lo cual las secuestraban -en un operativo tipo *comando*- en plena vía pública, trasladándolas con un vehículo (empleo de drogas o somníferos mediante) hacia su primer casa de *acogida*. En este lugar eran encerradas junto a otras víctimas, en lamentables condiciones de hacinamiento, y se las sometía a inhumanos métodos de *ablande*, a fin de que estuvieran preparadas para ofrecerse sexualmente a extraños. Estas prácticas suponían la combinación de golpizas, de amenazas de muerte, del constante empleo de psicotrópicos, de la privación de alimentos y de sistemáticas violaciones. Todo ello, claro está, en el marco de un régimen análogo a la esclavitud, con control y vigilancia las veinticuatro horas del día.

Una vez doblegada su voluntad, las mujeres no tenían otra opción que aceptar su destino y entonces eran llevada ante el regente del prostíbulo, que las ponía a trabajar de inmediato hasta que fueran trasladadas a otro local asociado a la red; ya que todas debían alternar de lugar por cuestiones comerciales (a fin de mantener a la clientela siempre interesada, con nuevos *objetos de deseo*), al igual que para evitar que fuesen rastreadas<sup>3</sup>.

Pese al empeño puesto en la búsqueda, a los recursos de toda clase que se invirtieron con ese propósito (humanos, técnicos, institucionales, etc.), Marita Verón jamás fue habida. Como saldo positivo de estos intentos, puede señalarse que gracias a ellos fue posible desarticular (quizás totalmente, quizás parcialmente, no hay certezas al respecto) un grupo organizado de tratantes de blancas; así como también que se rescataron unas 19 jóvenes, con edades que oscilaban

---

<sup>3</sup>Conf. NIREMPERGER, ZUNILDA – RONDAN, FRANCISCO, ob. cit., págs. 53 a 55.

entre los 15 y los 19 años, las cuales se encontraban sometidas a un régimen de trabajo sexual esclavo dentro de distintos establecimientos clandestinos.

Sobre el juicio oral y público sustanciado tras las investigaciones<sup>4</sup>, el mismo tuvo inicio el 8 de febrero de 2012 en Tucumán y, cerrado el debate en el mes de noviembre, finalizó con la sentencia dictada el 11 de diciembre del mismo año. Un total de 13 fueron los acusados de haber tomado participación activa en las distintas fases del fenómeno delictivo, configurativas del delito de privación ilegítima de la libertad agravada (art. 142 bis inc. 1 del Código Penal) en concurso ideal (art. 54 del Código Penal) con el de promoción de la prostitución (art. 126 del Código Penal)<sup>5</sup>.

La fiscalía adjudicó responsabilidad penal a estas personas, dentro de su esfera de actuación, por haber privado de libertad a Marita, por dar la orden de ese secuestro, por retenerla en una casa de *acogida* en Tucumán, por entregarla a un prostíbulo en La Rioja, por obligarla –bajo amenaza- a ejercer la prostitución en ese lugar, por organizar sus sucesivos traslados hacia otras casas de tolerancia y por explotar tales establecimientos.

No obstante, al tiempo de evaluar el mérito de la prueba de cargo, el tribunal se inclinó por desestimar la hipótesis acusatoria. En lo sustancial, observaron los juzgadores que la investigación atravesó por numerosas dificultades (generadas por la escasez y falta de factor humano, profesional, técnico y de capacitación para responder a esta actividad criminal) que impidieron al fiscal y a la querrela demostrar forma concluyente las conductas delictivas atribuidas; en tanto que la actividad probatoria generada durante el contradictorio discurrió por pistas trucas, omisiones, hipótesis y hechos que trascendían al objeto del proceso. Se estimó que había poca credibilidad en algunos testigos traídos por la acusación, que muchos relatos eran uniformes e imprecisos; así como también se detectaron fallas en la forma de encarar las pesquisas policiales, pues nunca se llevaron a cabo ciertas comprobaciones de vital importancia para la causa (relativas a indagar en el propio entorno intrafamiliar de la víctima y su círculo de amistades, o entrevistar a las últimas personas que la vieron antes de su desaparición)<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup>Cámara Penal de San Miguel de Tucumán, Sala II, 11/10/2.012, expediente 23.554/2.002 “*Iñigo, David Gustavo; Andrada, Domingo Pascual y otros s/ privación ilegal de la libertad y corrupción (María de los Angeles Verón)*”. Asimismo, para obtener mayor información sobre las partes intervinientes, sobre el cronograma de las sesiones del juicio y sobre los alegatos esgrimidos por la acusación y la defensa, se recomienda ingresar al sitio web del Poder Judicial de la Provincia de Tucumán, por medio del siguiente enlace: [https://www.justucuman.gov.ar/juicio\\_penal\\_23554\\_2002\\_mv.html](https://www.justucuman.gov.ar/juicio_penal_23554_2002_mv.html).

<sup>5</sup>Cabe aclarar que la configuración de los delitos aplicables al momento de los hechos difiere sustancialmente de la que recibiera a partir de las reformas introducidas por la Ley 26.364 (de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas) del año 2008, y la Ley 26.842, (modificatoria de la anterior), del año 2012. Estas distinciones serán adecuadamente tratadas en el primer capítulo de la tesis.

<sup>6</sup>Conf. punto 10.07.02 (págs. 571 y 572) del fallo analizado.

En consecuencia, los jueces entendieron que no era posible afirmar certeramente la ocurrencia de los hechos tal y como fueran alegados por la fiscalía y la querrela y, menos aún, que los imputados tuvieran alguna responsabilidad penal vinculada estos eventos, de modo que por aplicación del principio de inocencia y la pauta interpretativa emergente del *in dubio pro reo*, se sentenció absolverlos a todos ellos<sup>7</sup>.

La opinión pública siguió con interés el juicio, y cuando se dio a conocer la decisión hubo descontento y rechazo generalizado, reflejado tanto en los medios de comunicación y en las redes sociales<sup>8</sup> como en las multitudinarias marchas y protestas que organizaron agrupaciones políticas de distinto signo, ONG's de Derechos Humanos y movimientos feministas; congregados al día siguiente en varios puntos país para manifestar su repudio al fallo (llegando a haber disturbios y detenidos). Tanto se hizo sentir la indignación popular que el entonces Ministro de Seguridad de la Provincia de Tucumán se vio presionado a presentar su renuncia al cargo y así lo hizo un día después de las movilizaciones. Por su parte, los magistrados que dirigieron el debate fueron el principal blanco de las críticas y al calor de éstas se formalizó un pedido de juicio político por mal desempeño en la función, que en la actualidad está pendiente de sustanciación<sup>9</sup>.

La conflictividad social que acarreo la cuestión menguó recién en diciembre de 2013, cuando la Corte Suprema de Justicia de Tucumán –que entendió en cinco recursos de casación promovidos por las partes- revisó la decisión del tribunal inferior y revocó parcialmente el fallo absolutorio, disponiendo que la misma judicatura -con otra composición- fije los montos de las penas<sup>10</sup>. De tal suerte, 10 de los 13 imputados originales (dos fueron absueltos y otro murió antes de dictado el nuevo fallo) resultaron condenados a penas que oscilaban entre los 10 y los 22 años de prisión. La sentencia final data del 8 de abril de 2014 y aun no se encuentra firme.

Pasando revista a las principales repercusiones que ha tenido el caso, corresponde indicar en primer lugar que, gracias al empeño puesto por la familia de Marita por averiguar la verdad, la

---

<sup>7</sup>Conf. puntos 12.12 a 17.02 (págs. 578 a 585) del fallo.

<sup>8</sup>Me resultó interesante, en este sentido, una nota del sitio *lanacion.com*, publicada al día siguiente de la resolución, donde se busca graficar cómo repercutió la misma en el ámbito político exhibiendo los *tweets* de algunas personalidades destacadas del ambiente, cargados de descalificaciones para la justicia tucumana y de expresiones de solidaridad para con Susana Trimarco y su valiente cruzada personal (ver: <http://www.lanacion.com.ar/1536071-conmocion-sin-culpables-en-el-juicio-por-marita-veron>).

<sup>9</sup>En el año 2013, la defensa del *jury* planteó ante la Corte Suprema de Justicia de Tucumán la inconstitucionalidad del procedimiento y obtuvo una medida cautelar que frenó su avance hasta tanto se resuelva el pedido. El alto tribunal tucumano rechazó la solución intentada y la cuestión pasó a consideración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en el año 2015 también se pronunció por la inadmisibilidad. De tal suerte es que, al momento de redacción de este trabajo, no hay obstáculos para proseguir con el juicio político, suspendido indefinidamente; pero sólo respecto de uno de los jueces, toda vez que los restantes ya están inactivos, pues se han acogido a los beneficios jubilatorios.

<sup>10</sup>Conf. puntos V a VII del resolutorio de: Corte Suprema de Justicia (Sala en lo Civil y Penal) de la Provincia de Tucumán, sentencia 1.098/2013, 17/12/2.013, "*Iñigo, David Gustavo; Andrada, Domingo Pascual y otros s/ privación ilegal de la libertad y corrupción (María de los Ángeles Verón)*".

sociedad pudo tomar real conciencia de que la trata de personas no era un fenómeno que solamente aparecía descrito en la literatura especializada o que se trataba de un problema de otras regiones. Estas percepciones generalizadas quedaron desmentidas cuando salió a la luz la existencia de importantes redes organizadas operando en el país con total soltura. Paralelamente, se reparó en la actuación insuficiente del Estado a la hora de prevenir y reprimir esta clase de delitos; que iba a contramano de los múltiples compromisos internacionales asumidos en la materia y los reducía a una simple declaración de propósitos.

Al compás de las reflexiones apuntadas, fue operando en el ámbito gubernamental un significativo cambio en la forma de encarar el problema y, así, la lucha contra la trata de personas pasó a transformarse en una verdadera política de estado.

Prueba cabal de ello es el impulso parlamentario que ganó, en el año 2006, el proyecto que terminaría por materializarse en la sanción de la Ley 26.364 (de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas) en el año 2008. Contemporáneamente, se crearon unidades de investigación específicamente abocadas a la temática dentro de la estructura de todas las fuerzas de seguridad. También se lanzó el Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación<sup>11</sup>. Otro ejemplo de esta nueva concepción sobre el tratamiento institucional del delito surge de la creación –en la esfera del Ministerio Público Fiscal de la Nación- de la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas, en pasó a funcionar en reemplazo de la Unidad de Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas<sup>12</sup>.

Hoy día, el tema ha quedado instalado en el ideario colectivo y –lejos de perder empuje– el interés que genera sigue *in crescendo*, gracias a la proliferación de libros (sean de doctrina, de carácter periodístico o de opinión), artículos, programas, series de televisión, documentales, etcétera, consagrados a la materia. La política partidaria también fue haciéndose eco de las inquietudes sociales que acarrea el problema y se convirtió un tema de agenda recurrente, tal y

---

<sup>11</sup>Creado mediante el Dec. 1281/07 (del 2 de febrero de 2007) del Poder Ejecutivo de la Nación. Su art. 2 le fija como pautas de actuación, entre otras: promover la articulación y colaboración interinstitucional entre organismos estatales y organizaciones civiles para la asistencia y reinserción social de las víctimas rescatadas; desarrollar estrategias para una mejor detección, persecución y desarticulación de las redes de trata; asegurar a las víctimas el respeto y ejercicio pleno de sus derechos y garantías; prevenir la revictimización; promover la concientización sobre el fenómeno, etc.

<sup>12</sup>Creada conforme Res. PGN N° 805/13 (del 30 de abril de 2013) de la Procuración General de la Nación. En dicho documento, se hace alusión a que -reconociendo la gravedad del fenómeno, su relevancia a nivel nacional e internacional y la creciente demanda de intervención estatal- es preciso potenciar la actuación del Ministerio Público en la materia. Con este cometido, la unidad fue dotada de una gran cantidad de facultades: recopilar datos de expedientes, solicitar información sobre causas en trámite, elaborar estudios de campo, organizar actividades de capacitación, diseñar programas y herramientas de investigación, intervenir como parte acusadora principal o coadyuvante en casos de su incumbencia, recibir denuncias, realizar investigaciones preliminares, gestionar acuerdos con entidades públicas o privadas para la provisión de información, etc. (ver puntos 4 y 5 de la resolución comentada).

como lo prueban los múltiples discursos, participaciones, *spots* publicitarios, etcétera, que buscan captar nuestra atención a diario.

*Ni una menos*<sup>13</sup> se da en llamar a la consigna que aglutinó a los participantes de multitudinarias marchas de protesta que se sucedieron en distintos puntos del país (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Tandil, San Juan, Tucumán, Córdoba, La Pampa, Misiones, etc.), al igual que en importantes ciudades del continente americano (Miami, Santiago de Chile, Montevideo, por poner algunos ejemplos); las cuales tuvieron ocurrencia por vez primera el día 3 de junio de 2015 y a partir de entonces se fueron repitiendo todos los años.

La locución (incluida en un *hashtag* que se viralizó por las redes sociales) fue cobrando progresiva difusión y se convirtió en un símbolo que cohesiona un sinfín de reclamos contra todas las formas de agresión contra la mujer, tales como el acoso laboral, la violencia doméstica, el homicidio contra la mujer por su condición de tal *-femicidio-* o su sometimiento dentro de las redes de explotación sexual.

En nuestro país, del repudio se pasó a la movilización como consecuencia de la repercusión negativa que tuvo un caso policial especialmente trágico. Chiara Páez era oriunda de Rufino, provincia de Santa Fé, y se había ausentado de su hogar el 10 de mayo de 2015. Tenía tan sólo 14 años de edad y estaba embarazada. Al día siguiente de su desaparición, las autoridades policiales llevaron a cabo un allanamiento en la casa de su novio (de 16 años) y pudieron localizar el cadáver de la menor, enterrado en el patio trasero de la vivienda. En las averiguaciones preliminares de la causa se deslizó la hipótesis de que el móvil del crimen habría sido el estado de gravidez de la víctima; y que el menor no actuó solo, sino que también su madre y su padrastro estaban involucrados en el homicidio. En apariencia, existió una discusión previa entre la joven y la familia del novio sobre la interrupción del embarazo, y ante las reiteradas negativas de Chiara a ingerir una sustancia abortiva, fue ferozmente golpeada hasta la muerte<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup>El lema "*Ni una Menos*" reconoce su origen en la frase "*Ni una muerta más*", acuñada por la poetiza mexicana Susana Chávez Castillo, reconocida defensora de los Derechos Humanos en Juárez. Fue encontrada muerta y mutilada el 6 de enero del año 2011, en un distrito de dicha ciudad. Si bien la investigación judicial descartó que haya existido una relación entre el homicidio y su rol como activista, muchos de sus seguidores no tuvieron la misma opinión e inmortalizaron sus palabras como banderas en la lucha contra los centenares de *femicidios* cometidos en dicha región.

<sup>14</sup>Información extraída, de la versión web del diario *La Nación* (<http://www.lanacion.com.ar/1793641-caso-chiara-a-una-semana-del-asesinato-siguen-los-interrogantes>), así como también de la red de noticias *News Vice* (<https://news.vice.com/es/article/mujer-menos-manifestacion-por-crmenes-contra-mujer-argentina>) y del periódico *Clarín* ([http://www.clarin.com/sociedad/chiara-femicidio-rufino-muerte-crimen-novio-enterrada\\_0\\_1355864421.html](http://www.clarin.com/sociedad/chiara-femicidio-rufino-muerte-crimen-novio-enterrada_0_1355864421.html)), entre otros sitios de internet.

En igual sentido, y con la advertencia de que su lectura puede afectar ciertos niveles de sensibilidad, recomiendo tener presente el vivo relato de Verónica Camargo, madre de Chiara, que aparece volcado en la obra RODRÍGUEZ, PAULA, "*#NiUna Menos*", editorial Planeta, Buenos Aires, año 2015, págs. 45 y 46.

Este hecho fue el disparador para que ciertas agrupaciones feministas expresaran su alarma por la cantidad de homicidios contra mujeres en Argentina<sup>15</sup>, y organizaran a través de la red social *Twitter* una marcha de protesta frente al Congreso de la Nación. La convocatoria generó la empatía de personalidades públicas de toda clase (estrellas deportivas, actores y personalidades del medio artístico, periodistas, dirigentes políticos, referentes de organizaciones no gubernamentales, sindicalistas, etc.) y terminó ganando -de manera totalmente espontánea- seguimiento a nivel nacional e internacional.

Durante el acto de Capital Federal, que nucleó a más de 300.000 personas, los oradores designados leyeron un documento cargado de reclamos, dirigido a los poderes públicos y a los medios de comunicación principalmente<sup>16</sup>. Asimismo, los puntos más salientes de las propuestas

---

<sup>15</sup>Cifras no oficiales, proporcionadas por el Observatorio de Femicidios en Argentina, dirigido por la asociación civil *La casa del Encuentro*, revelan un total de 282 homicidios contra mujeres para el 2011, 295 en el año 2012, 255 en el 2013 y 277 en 2014; y 1733 en el período comprendido entre los meses de junio de 2015 y junio de 2021 (<http://www.lacasadelencontro.org>).

<sup>16</sup>A riesgo de extenderme demasiado en el tratamiento de la temática, me permito incorporar parte del documento recitado frente al Congreso de la Nación; fiel reflejo de cómo la sociedad percibió este fenómeno, del nivel de descontento e intolerancia generalizados en torno a estas prácticas, de las demandas y las expectativas sobre una actuación gubernamental más prolífica.

Comienza el discurso de la siguiente manera: *“En 2008 mataron a una mujer cada 40 horas; en 2014, cada 30. En esos siete años, los medios, publicaron noticias sobre 1.808 femicidios ¿Cuántas mujeres murieron asesinadas solo por ser mujeres en 2015? No lo sabemos. Pero sí sabemos que tenemos que decir “Basta”. En estos años, los femicidios dejaron cerca de 1.500 niñas y niños huérfanos y algunos de ellos están obligados a convivir con los asesinos. El problema es de todos y de todas. La solución hay que construirla en conjunto. Necesitamos sumar compromisos para cambiar una cultura que tiende a pensar a la mujer como objeto de consumo y descarte y no como una persona autónoma (...)*

*El femicidio es la forma más extrema de esa violencia y atraviesa todas las clases sociales, credos e ideologías. Pero la palabra “femicidio” es, además, una categoría política, es la palabra que denuncia el modo en que la sociedad vuelve natural algo que no lo es: la violencia machista. Y la violencia machista es un tema de derechos humanos (...)*

*Hablamos entonces de una cultura de la violencia contra las mujeres. Hablamos de hombre que piensan que una mujer es suya y que tienen derecho sobre ella, que pueden hacer lo que quieran, y que cuando esa mujer dice NO, la amenazan, le pegan, la matan para impedir que diga NO (...)*

*El femicidio es eso: marcar los cuerpos de las mujeres violentamente, y como amenaza para otras: para que las mujeres no puedan decir que no, para que renuncien a su independencia (...)*

*Aunque la gran mayoría de las mujeres que recordamos aquí fueron asesinadas por hombres de su círculo íntimo, el femicidio no es un asunto privado, es producto de una violencia social y cultural que los discursos públicos y de los medios vuelven legítima, cada vez que alguien dice puta a una mujer porque ejerce su sexualidad libremente, cada vez que alguien la juzga por las medidas de su cuerpo, cada vez que alguien la mira con sospecha porque no quiere tener hijos, cada vez que alguien pretende reducirla simplemente al lugar de la buena esposa o de la buena madre, destinada a un varón (...)*

*El femicidio es un tipo de violencia particular: no es un tema íntimo o doméstico o solo de las mujeres. En muchos femicidios también fueron asesinados los hijos como parte del castigo proyectado sobre ellas y su propia capacidad de dar vida (...)*

*Lo privado es político. Cada mujer que se atreve a decir: “Basta”, que quiere dejar de ser víctima para convertirse en sobreviviente, desafía a toda la estructura de la violencia machista. Pero ese es su momento más vulnerable, ahí es cuando con saña se pretende ajusticiarla y es entonces cuando más necesita de otros y de otras que ayuden a sostener su decisión: redes de afecto, sociales, asistencia del Estado y un activismo político fuerte que insista en decirle que no está sola y que no es su culpa. Para que ese BASTA,*

redundaron en: a) la implementación del Plan Nacional de Acción para la Prevención Asistencia y erradicación de la violencia contra las mujeres, previsto la Ley 26.485 (de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, sancionada el 11 de marzo de 2009); b) facilitar el acceso a la justicia de las víctimas, la no revictimización de las afectadas, la unión y agilización de los procesos civil y penal; c) organizar estadísticas oficiales sobre los *femicidios*, que sirvan de guía para futuras políticas públicas; d) garantizar la Educación Sexual Integral en todos los niveles, a fin de generar cambios culturales; e) reforzar el monitoreo de las medidas de protección que son dispuestas en las causas de violencia doméstica<sup>17</sup>.

Las repuestas a todas estas demandas aún son una deuda del estado para con la sociedad; pese a lo cual la problemática de la violencia de género (que incluye dentro de su órbita, vale aclarar nuevamente, a la trata de mujeres con fines de explotación sexual) adquirió el cariz de una cuestión de interés público; ganando adhesión en distintos niveles de la comunidad.

Día a día nos llegan noticias sobre casos de ataques a la mujer en cualquiera de sus formas, presentadas junto a discursos cargados de diatribas; que no sólo tienen por blanco a los autores de los respectivos hechos, sino también a diversas agencias estatales, primordialmente punitivas (sea por no recibir anteriores denuncias que hubiesen evitado males venideros, por un control inadecuado de las medidas que restringen el contacto entre víctima y victimario, por conducir deficientes investigaciones que no esclarecen los hechos, o por no acompañar y brindar contención suficiente a las mujeres afectadas, etcétera).

Pese a estas observaciones, se advierte que las agencias dedicadas a la administración de justicia dirigieron parte de su atención hacia la temática y orientaron esfuerzos a la obtención de respuestas (o, al menos, para dar a la sociedad el mensaje de que se trabajaba en este sentido). Sin extenderme demasiado sobre el punto, me permito señalar que se verifica una tendencia en las cabezas de los poderes judiciales y ministerios públicos (nacionales y provinciales) a bajar específicas instrucciones hacia las oficinas subalternas; encomendándoles proactividad a la hora

---

*que por fin pudo enunciar, se sostenga en el tiempo. Eso es, también, lo que estamos haciendo hoy, acá, en esta plaza pública (...)*

*La violencia ejercida en el ámbito doméstico se vincula con cuestiones sociales que deben ser discutidas en la esfera de la política. A diferencia de otros crímenes, el femicidio se puede leer en una cadena: encontramos crímenes casi calcados por todo el país (...)*

*Por eso, afirmamos el derecho a decir NO frente a aquello que no se desea: una pareja, un embarazo, un acto sexual, un modo de vida preestablecido. Afirmamos el derecho a decir NO a los mandatos sociales de sumisión y obediencia. Y porque decimos NO, podemos decir sí a nuestras decisiones sobre nuestros cuerpos, nuestras vidas afectivas, nuestra sexualidad, nuestra participación en la sociedad, en el trabajo, en la política y en todas partes (...)*". (texto incorporado en RODRÍGUEZ, PAULA, ob. cit., págs. 191 a 193).

<sup>17</sup>Para contar con una crónica más pulida del acto y una referencia más acabada sobre la cobertura mediática que recibiera, se recomienda ver una nota que fuera publicada en el sitio web del diario Clarín el día 3 de junio de 2015, disponible a través del siguiente enlace: [http://www.clarin.com/sociedad/Acto-NiUnaMenos\\_0\\_1369063449.html](http://www.clarin.com/sociedad/Acto-NiUnaMenos_0_1369063449.html).

de investigar estos delitos. De igual modo, se advierte que dentro de la estructura administrativa de estos poderes se crearon organismos exclusivamente abocados a investigar tales ilícitos (como ocurre con la Procuración General de la Nación y algunas fiscalías *temáticas*, como la Unidad Fiscal Especializada de Violencia contra las Mujeres o UFEM<sup>18</sup>, o la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas, ya mencionada).

Con todo lo expuesto, lo que busco es hacer notar la existencia un complejo contexto -pues conecta y contrapone variados aspectos del entramado social- con una marcada conflictividad alrededor de la mujer que ejerce la prostitución y, por lógica extensión, a aquel que contribuye a que ésta actividad tenga lugar. Y como pretendo elaborar un trabajo que goce de proyección práctica, no puedo dejar de tener en cuenta, precisamente, cuál es el medio en el que se insertarían las soluciones que se propondrán. De otro modo, el planteamiento quedaría reducido a meras abstracciones, reflexiones más o menos elaboradas, pero carentes de importancia para formular alguna propuesta concreta; y no es el propósito de este ensayo invitar a razonamientos estériles.

Con todo, son necesarias ciertas aclaraciones adicionales, en honor a la honestidad intelectual que se pretende imprimir al trabajo. Así, luego de describir la delicada problemática que rodea al papel de la mujer como víctima, no puedo comenzar -sin más- a trabajar con ideas que apuntan hacia la despenalización de quien le brinda condiciones para trabajar como prostituta. Por el contrario, me corresponde fijar de antemano una postura clara en cuanto a qué situaciones de la realidad toma como punto de partida la tesis y cómo se vincularían éstas con el medio que las circunda; signado por las características antedichas.

En tal sentido, corresponde señalar que cada una de las páginas que componen el presente estudio estarán por entero consagradas a tratar aquellos supuestos en los cuales existe una conexión con quien se prostituye (sea hombre o mujer, pero teniendo especialmente en cuenta a esta última, ya que hay más casos y son los que generan la controversia) **en ejercicio pleno de sus facultades y de manera libre**. Puntualmente, me estoy refiriendo a quien hace de la prostitución su forma de ganarse el sustento, a aquella persona cuya decisión de vida trasunta por dedicarse a estos menesteres y lo hacen sin ninguna interferencia externa (más allá de los condicionamientos propios de su biografía: situación económica, escolaridad, historia familiar, adicciones, etcétera).

Predicar que todo aquel que se ofrece sexualmente a cambio de dinero es una víctima –en términos de criminalidad– es, a mi entender, una generalización falaz o un reduccionismo simplista, que no tiene mayor efecto que confundir los niveles de discusión; cuya traducción involucra respuestas estatales uniformes incapaces de resolver problemáticas estructuralmente

---

<sup>18</sup>Creada mediante resolución PGN 1960/15 de la Procuración General de la Nación.

disímiles. Claro ejemplo de ello son los casos de las prostitutas que, una vez “rescatadas” por las agencias estatales, vuelven a sus actividades no bien cesa la intervención.

El foco de atención suele estar puesto en la mujer joven, sexualmente inexperta, de escasos recursos y educación precaria que suele ser presa fácil de los tratantes o explotadores; los cuales, valiéndose de múltiples formas de engaño, extorsión o violencia consiguen nueva *mano de obra* para un mercado siempre demandante. Contra esta cosmovisión, sitúo a aquellas que – sea por la razón que fuere- encuentran al trabajo sexual como un modo de ganar dinero para sí y para su familia, a quienes teniendo otras opciones de vida -aun acotadas- eligen este camino y no desean salirse de él. Mucho puede discutirse sobre si hay o no una suerte de coacción para ejercer la prostitución a partir de sus condiciones socioambientales (como ocurre en la polémica que involucra a la población económicamente marginal y los delitos contra la propiedad) pero ello escapa por completo al nivel de análisis propuesto; de modo que no se harán demasiadas consideraciones al respecto para evitar polemizar en base a afirmaciones dogmáticas.

También confronto este postulado absoluto de la prostituta como víctima con la situación propia de quienes integran ciertos círculos vulgarmente conocidos como de *prostitución vip*; que depara importantes cantidades de dinero y toda clase de beneficios económicos para quienes lucran con su cuerpo. Es más fácil advertir en estos supuestos (sin dejar de observar que pueden existir excepciones) que quien trabaja lo hace en un clima de plena libertad; en el cual la voluntad de obtener mayores ganancias es la única guía de la conciencia individual.

Por otra parte, considero necesario aclarar que no dejo de estar de acuerdo ni de reprobar estas conductas. Todas las objeciones morales que comúnmente se formulan a tal modo de vida, más allá de que en algún momento puedan ser destacadas, para probar algún punto, no las haré mías; así como tampoco romperé lanzas por la prostitución como forma válida de sostener un hogar o como vía adecuada para escalar posiciones sociales. En todo caso, guardaré para mi fuero interno todo juicio de valor y me limitaré a respetar estas decisiones; en cumplimiento de los mandatos que, a mi modo de ver, emanan de la constitución nacional. Aquí simplemente busco resaltar aquello que debe ser tenido en cuenta para evaluar el fenómeno desde todos sus prismas sin entremezclar las problemáticas que puede encerrar, es decir, *separar la paja del trigo*.

En tal sentido, vuelvo a hacer hincapié en que mi proposición no se inmiscuye con la mujer que se desempeña como prostituta por influencia o acción de terceras personas (tal y como ocurre en los restantes delitos contra la libertad y la libertad sexual referidos a la prostitución, que serán delineados a su tiempo); prácticas merecedoras del mayor repudio. No puede ser de otro modo, luego de pasar revista por algunos casos de nuestra fatídica historia policial y judicial reciente. Asombro y repulsión en iguales proporciones causa advertir cómo la humanidad –que da tímidos

pasos hacia la comprensión y la tolerancia- no se puede despegar de ciertas formas de agresión de unos contra otros e incluso, gracias a los adelantos de la época, las termina refinando.

Reitero: nada tiene que ver con ello mi objeto de estudio, que está anclado exclusiva y excluyentemente en la trabajadora sexual que consiente en serlo; punto de partida para indagar si la acción de brindar las condiciones necesarias para esa actividad debe ser o no pasible de reproche penal. El libre albedrío, la conciencia expresada sin trabas, los arreglos comerciales entre particulares en una posición de pares (con prescindencia de cualquier condicionamiento biográfico) son el norte de esta presentación. Conviene dejarlo aclarado, aun cuando en el apartado del marco teórico se hagan muchas distinciones relacionadas, por cuanto, más allá de lo terminológico, la cuestión se presta a interpretaciones diversas sobre la posición del autor respecto a la temática; y nada mejor para evitarlo que una sincera declaración de principios como forma de apertura.

Para finalizar con este exordio, no me resta más que agradecer a las autoridades de esta prestigiosa casa de estudios por brindarme la oportunidad de exponer mis ideas sobre un tema que se ha sabido ganar mi interés (además de mucho de mi tiempo, claro está), que me ha desafiado como estudioso y como profesional del Derecho Penal y que me ha brindado una importante satisfacción académica. Espero que abordar la lectura del material resulte una experiencia tan gratificante como ha sido para mí el darle vida.

## **II.- CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO:**

### **A) PROPUESTA DE ABORDAJE:**

A lo largo del presente capítulo buscaré desarrollar los conceptos y contenidos que a mi juicio son de conocimiento ineludible para analizar cuáles son los puntos problemáticos que encierra la aplicación de la Ley 12.331, más precisamente del tipo penal previsto en el artículo 17.

En efecto, no es posible encarar una discusión fructífera si se soslayaran algunas referencias de tipo histórico o dogmático; ya que a través de ellas se puede conocer cuál ha sido el tratamiento cultural que recibió el fenómeno de la prostitución durante el desarrollo de la civilización y de qué manera se tradujo en la esfera normativa; en aras de identificar tanto los paradigmas tradicionales como los actuales.

Tampoco deberán faltar las reseñas de tipo terminológico, pues en todo análisis de esta naturaleza es imperioso conocer cuáles son los posibles alcances de las nociones que se someterán a controversia y establecer cómo se reconocen y limitan conceptualmente con términos afines. Sólo estableciendo pautas para un lenguaje común se pueden garantizar mayores posibilidades de que la exposición refleje las ideas directrices del trabajo.

En el mismo tren de consideraciones, incluiré un desarrollo de la estructura típica del delito (sobre el bien jurídico presuntamente afectado, los modos comisivos, los elementos descriptivos y normativos del tipo objetivo, el aspecto subjetivo y las condiciones que habilitan la punibilidad diferenciada que trae la norma), con el fin de dejar en evidencia cuál es el alcance mismo de la prohibición.

Lógicamente, a partir de todas estas construcciones podrá advertirse con meridiana claridad cuál es la postura del autor sobre determinados puntos interpretativos, pues la exposición no es valorativamente neutra y no se agota en la mera descripción. Muy por el contrario, en cada paso del desarrollo teórico, pondré en evidencia cuál es el sentido o extensión de los significados que resulta más apropiado a la hora construir una hipótesis como la aquí ensayada.

Procuraré que el abordaje sea ordenado, conduciendo al lector desde los temas más generales o elementales hacia una visión más particularizada, tratando de abarcar los múltiples aspectos que encierra la prostitución como fenómeno. La función de este apartado no es otra que brindar una base de referencia general; una guía para el posterior análisis de los supuestos problemáticos asociados al tratamiento legal que ofrece el artículo 17 tal y como se encuentra configurado en la actualidad.

### **B) NOCIÓN DE PROSTITUCIÓN:**

La pregunta más elemental que he encontrado para iniciar el desarrollo de un marco teórico apropiado es, ni más ni menos, qué se entiende por prostitución.

El vocablo prostitución proviene de la locución latina *prosto*, que significa “sobresalir” o “estar saliente” y representa la actitud de una mujer ofreciéndose al público para generar en terceras personas pensamientos pecaminosos<sup>19</sup>.

Ese modo de actuar va más allá de un simple acto de seducción y responde a un propósito concreto, a una forma de “*vida inmoral con propósito de lucro (...) definida como el comercio sexual fuera del matrimonio, y actos realizados que ofenden a la decencia sexual*”<sup>20</sup>. Hay entonces un estado de corrupción de la sexualidad, que se caracteriza por “*el oficio de comercio sexual con fines de lucro*”<sup>21</sup>.

Esta percepción de la prostitución se acerca a la elaborada por Justiniano en el *Digesto* del año 533; en virtud de la cual se la califica como el caso de “*mujeres que se entregan a los hombres por dinero y no por placer*”<sup>22</sup>. También guarda correspondencia con aquella que -en tiempos más próximos- ha brindado la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.); que la ha definido como “*toda actividad en la que una persona intercambia servicios sexuales a cambio de dinero o cualquier otro bien*”<sup>23</sup>.

Mas ello, si bien nos acerca a la formulación del concepto, no resulta suficiente para precisarlo; pues, además del propósito de obtener un rédito económico a partir de la entrega del propio cuerpo a extraños, es preciso que quien se prostituya se entregue habitualmente a tratos

---

<sup>19</sup>Conf. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, “*Libertad de amar y derecho a morir*”, séptima edición, editorial De Palma, Buenos Aires, año 1984, pág. 55.

<sup>20</sup>GARRONE, JOSÉ A., “*Diccionario Manual Jurídico Abeledo - Perrot*”, segunda edición, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, año 1997, pág. 622.

<sup>21</sup>VALLETTA, MARÍA L., “*Diccionario Jurídico*”, tercera edición, Valletta Ediciones, Buenos Aires, año 2004, pág. 570. En este sentido, me permito añadir una reflexión sobre el pensamiento de Ricardo Núñez, de acuerdo con la cual la prostitución “*es la depravación de los motivos generadores del trato sexual. El sexo y el amor son sustituidos, como motivo habitual del acto sexual, por la finalidad del sujeto de satisfacer el propio lucro o el ajeno, entregándose carnalmente a personas indeterminadas*”. Al respecto, ver DONNA, EDGARDO A., “*Derecho Penal: parte especial: tomo I*”, tercera edición, editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, año 2008, pág. 681.

Interesa también destacar la opinión que Adrián Tenca tiene sobre el tema, apuntando que “*(d)esde el punto de vista conceptual, existe unanimidad respecto de que ella significa la entrega del propio cuerpo al comercio sexual, la degradación de la persona y la ausencia de pudor*”. Al respecto, ver TENCA, ADRIÁN M., “*Delitos sexuales*”, segunda edición, editorial Astrea, Buenos Aires, año 2013, pág. 267.

<sup>22</sup>Véase “*Prostitución: Ejercicio – Derecho Comparado*” en revista Elementos para la Acción Legislativa, del Departamento de Investigación e Información Extranjera -División Estudios Interdisciplinarios- de la Biblioteca del Congreso, Año 3, número 21, pág. 3.

<sup>23</sup>O.M.S, año 1989, citada en FAINBERG, MARCELO H., “*Prostitución, pornografía infantil y trata de personas*”, editorial Ad – Hoc, Buenos Aires, año 2010, pág. 19.

sexuales con personas más o menos determinadas, haciendo de esta actividad su modo de vivir<sup>24</sup>.

En palabras de Figari, la prostitución supone una forma de comercio público en la cual la mujer (o el hombre, que no está excluido de estas actividades<sup>25</sup>) se ofrece a cualquier persona con carácter habitual, con un sentido de profesionalidad y mediante el pago de un precio a manera de contraprestación<sup>26</sup>.

Consecuentemente, hay tres elementos que tradicionalmente la caracterizan como tal, a saber: una entrega sexual indeterminada, la habitualidad en la práctica y la exigencia del pago de un precio; que permiten definirla como *“trato sexual, promiscuo y por precio”*<sup>27</sup>.

Se exige necesariamente que las entregas sexuales indeterminadas caractericen la conducta general de vida de las personas que se prostituyen<sup>28</sup>. Ello quiere decir que su actividad debe estar destinada a satisfacer las apetencias sexuales de todo aquel que solicite los servicios ofrecidos; sin que exista por parte de la trabajadora –en principio- elección sobre la persona que en definitiva hará la demanda<sup>29</sup>.

Asimismo, es preciso que los actos no ocurran de manera aislada o inusitada en la vida de la persona prostituida, sino que deben tener tal frecuencia que pueda predicarse una habitualidad en la oferta sexual; circunstancia que permite concluir que representa una ocupación importante o predominante dentro de su cotidianeidad (en otras palabras, ocupa todo o una parte importante de su tiempo).

Debe hacerse notar que si bien la entrega del cuerpo a personas indeterminadas y la habitualidad en las prácticas sexuales se aceptan como requisitos ineludibles sin que exista oposición doctrinaria alguna; no ocurre lo mismo con la exigencia de que haya una contraprestación

<sup>24</sup>Conf. SOLER, SEBASTIAN, *“Derecho Penal Argentino – III”*, cuarta edición, editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, año 2000, pág. 339.

<sup>25</sup>Señala Fainberg a este respecto que los *prostitutos* (hombres cuya profesión es vender su cuerpo) pueden ser tanto homosexuales como bisexuales. Son homosexuales a aquellos hombres, travestidos o no, que ejercen roles activos y pasivos con otros hombres; y en el caso de los bisexuales, las relaciones carnales son tanto con varones como con mujeres. Al respecto, ver FAINBERG, MARCELO H., ob. cit., pág. 21. Sin embargo, como fuera antes dicho, en este trabajo las referencias serán en su mayoría a la prostitución de mujeres, por tratarse de un fenómeno estadísticamente más importante y toda vez que casi la totalidad de los autores consultados aluden a él exclusivamente.

<sup>26</sup>FIGARI, RUBÉN E., *“Delitos de índole sexual”*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, año 2003, pág. 307.

<sup>27</sup>Conf. BUOMPADRE, JORGE E., *“Manual de derecho Penal – Parte especial”*, editorial Astrea, Buenos Aires, año 2012, pág. 428. El citado autor apunta a este respecto –siguiendo a Ricardo Núñez- que la prostitución es una depravación de los motivos generadores del trato sexual que no resulta diferenciable de la corrupción si no media una entrega habitual, indeterminada y venal.

<sup>28</sup>Conf. NÚÑEZ, RICARDO, citado en TENCA, ADRIÁN M., ob. cit., pág. 268.

<sup>29</sup>En sintonía con este pensamiento, Explica Figari que un acto carnal o eventuales entregas –aun por lucro- a una misma persona no significan un estado de prostitución, sino una conducta íntima pasible de algún reproche moral. Es preciso que las entregas sexuales sean indeterminadas, es decir con cualquiera. Al respecto, ver FIGARI, RUBÉN E., ob.cit., pág. 307.

económica. Mientras que autores de la talla de Fontán Balestra y de Jiménez de Asúa sostienen que la prostitución para ser considerada tal debe constituir un medio de vida para quien asume esa condición; para otros –como es el caso de Carrara- la clave del concepto está en la libertad de acceso promiscuo (prestaciones carnales a un número indeterminado de personas), siendo la venalidad una exigencia meramente accesorio<sup>30</sup>. Núñez -por su parte- sostiene que cuando las entregas promiscuas no son por un precio, sino que responden “*al propio vicio erótico, solo cabe hablar de corrupción, no de prostitución*”<sup>31</sup>; mientras que Creus reflexiona que el lucro no es imprescindible porque sea equivalente a la depravación de los motivos sexuales; ya que también actuaría de manera perversa quien –por ejemplo- usara habitualmente su cuerpo como ofrenda para los miembros de la secta a la que pertenece<sup>32</sup>.

No obstante las diferencias apuntadas, es que, en abono a mi posición sobre el tema, me permito traer a consideración una reflexión adicional de Creus, para quien la cuestión resulta ser “*relativamente académica en nuestra realidad social actual, donde la prostitución se ejerce por lucro*”<sup>33</sup>.

En conclusión, en la inmensa mayoría de los casos la prostitución importa la entrega que la persona hace de sí misma para satisfacer los gustos eróticos o sexuales de otros a cambio de un precio; noción que Figari resume en el latinismo *palam sine delectu pecunia accepta* (públicamente, sin elegir, aceptando dinero)<sup>34</sup>. Esto es lo que hace de la prostitución una profesión, ya que la entrega carnal recurrente a desconocidos debe reportar a quien la lleva a cabo un rédito económico que por lo menos contribuya a su sustento. Nótese que profesión se define como toda actividad o desempeño que una persona lleva a cabo generando como contrapartida una retribución y al profesionalismo como la utilización o cultivo de ciertas disciplinas con ánimo de lucro<sup>35</sup>.

Corresponde dejar en claro que este ánimo de lucro se explica como algo más que la sola entrega dineraria (más allá de que sea el común denominador en este tipo de actividades); abarcando

---

<sup>30</sup>Conf. ESTRELLA, OSCAR A., “*De los delitos sexuales*”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2005, pág. 179.

<sup>31</sup>Ídem al anterior. Vale destacar que, en el mismo tren de ideas, Figari apunta que el fin de lucro sirve para distinguir prostitución de aquellos casos donde hay entrega corporal a una cantidad de personas que responde a un vicio erótico fruto de una excesiva apetencia sexual, corruptora de la conducta sexual en sí misma. Ver FIGARI, RUBÉN E., ob. cit., página 306.

<sup>32</sup>Conf. ESTRELLA, OSCAR A., obr. cit., pág. 180.

<sup>33</sup>Ídem al anterior.

<sup>34</sup>FIGARI, RUBÉN E., ob. cit., pág. 307.

<sup>35</sup>VALLETTA, MARÍA L., ob. cit., pág. 567. Destaco que este mismo diccionario señala (ver pág. 45) que es aficionado quien practica o cultiva o oficio, arte, ciencia, etc. sin ser profesional, de modo que la única distinción entre ambos conceptos se da en función de la recepción de dinero como pago por lo que es realizado.

toda concesión de beneficios materiales hacia la persona que se prostituye (como sería el caso de que le entregara joyas o alimentos como pago por los favores sexuales)<sup>36</sup>.

En un concurrente orden de consideraciones, conviene tener presente –tal y como señalara Jiménez de Asúa- que la naturaleza misma de la prostitución exige que la trabajadora ofrezca sus servicios a cualquiera, de modo que su actividad es una forma de comercio público, categoría que se opone a la noción de privado y no a la de oficialmente consentido; razón por la que, aun cuando hubiese prostitución clandestina, esta no perdería su carácter público<sup>37</sup>.

En cuanto a los actos carnales que hacen a la práctica de la prostitución, además del acceso por vías normales o anormales están incluidos aquéllos que no implican la cópula. Son los mismos que –descontado el despliegue de un ataque sexual- sirven de sustrato para configurar el tipo objetivo de los primeros dos párrafos del artículo 119 del Código Penal y van desde los simples tocamientos de contenido erótico hasta la introducción de objetos o dedos vía anal o vaginal, pasando por actos de sadismo y masoquismo y también por la práctica del sexo oral (*fellatio in ore* y *cunnilingus*)<sup>38</sup>.

### C) HISTORIA DE LA PROSTITUCIÓN:

La prostitución es un fenómeno sumamente antiguo (no por nada ha recibido el título de *la más vieja de las profesiones*<sup>39</sup>), con carácter universal, pues –según los más variados registros

---

<sup>36</sup>FIGARI, RUBÉN E., ob. cit., pág. 307. Me permito agregar que el autor –con cita de Creus- indica que por el contrario quedan fuera de consideración las ventajas económicas que sólo pueden conceder ciertas personas específicas. Así, por ejemplo, no se prostituye la mujer que se ofrece exclusivamente a los directivos de una empresa para conseguir un puesto relevante o a los responsables de los bancos de su barrio para que le permitan girar en descubierto. Claro está que en estos supuestos hay una idea de lucro, pero lo que excluye la noción de prostitución es que no hay indeterminación, que como se ha dicho resulta una condición ineludible para formarla.

<sup>37</sup>Conf. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, ob. cit., pág. 55.

<sup>38</sup>Para mayor detalle sobre el tema, que excede los lineamientos del presente trabajo, se recomienda consultar CREUS, CARLOS A. – BUOMPADRE, JORGE E., *“Derecho Penal - Parte Especial 1”*, séptima edición, editorial Astrea, Buenos Aires, año 2007, págs. 182 a 208.

<sup>39</sup>Un razonamiento que me pareció interesante sobre la cuestión de la antigüedad de la práctica lo extraigo del *Satyricon* de Petronius (siglo I D.C.). En la obra se habla que la conducta humana responde a las directrices emanadas de dos instintos primordiales: la voluntad de vivir y la de continuar la especie, y reconoce que la interacción de cualquiera de estos dos pudo dar origen a la prostitución, razón por la cual debe reconocérsela como una de las profesiones más antiguas del mundo (Al respecto, ver FAINBERG, MARCELO H., ob. cit., pág. 33). En contraposición, pueden mencionarse argumentos que discuten su antigüedad desde un punto de vista socioeconómico, fundados en que el intercambio de favores sexuales por bienes tuvo que requerir de cierto grado de acumulación capitalista, asimetría en el acceso a recursos o bien una diferenciación social, que probablemente no sucedió entre las primeras sociedades hasta que la tecnología no pasó cierto nivel de desarrollo. Para mayores referencias, se recomienda visitar el sitio de internet <http://es.wikipedia.org/wiki/Prostituci%C3%B3n>.

históricos- se ha dado en todas las épocas y sociedades. Tal es así que los estudiosos del tema no han logrado ponerse de acuerdo sobre cuál es su génesis.

Algunos la ubican en las primeras sociedades tribales paganas; en las cuales la mujer ocupaba el rol de un simple objeto para uso y goce de aquéllos hombres que proveían lo necesario para satisfacer las necesidades primarias de la comunidad. Esta práctica, si bien configurada de un modo diverso a la tradicional, se la conoce como *prostitución hospitalaria*<sup>40</sup> que da lugar al “rudimentario burdel y lupanar de la puerta de la cabaña donde la mujer se topaba con el cazador que volvía fatigoso de su lucha diaria y su presa, y a trueque de ésta se entregaba a los halagos pasajeros al solo objeto de una compra y venta, por cierto muy rudimentaria”<sup>41</sup>.

El siguiente hito en el devenir histórico de la prostitución tuvo lugar en las civilizaciones Caldea y Asiria, cultoras de la llamada *prostitución doméstica*. Radicaba en la costumbre (también afincada en la premisa de la libre disposición del cuerpo de la mujer) según la cual el cabeza de familia ofrecía a su esposa, su hija o su sirvienta al ocasional huésped como gesto de cortesía y estima; es decir, sin generar en el viajero la obligación de corresponderle económicamente, en la creencia de que éste traía consigo la bendición de los dioses<sup>42</sup>.

En regiones como Sumeria, Asia, África, Chipre y Fenicia era común el ejercicio de la *prostitución religiosa o sagrada*, en la que los devotos entregaban a sus mujeres jóvenes vírgenes a los dioses de su adoración (de la naturaleza, de la vida, de la fertilidad, del amor, etc.), en prueba de obediencia y fe. En algunas ocasiones, los sacerdotes del templo eran los encargados de recibir la ofrenda y en otras la disposición sexual de estas mujeres era útil para costear el mantenimiento del templo y de sus habitantes; pues no faltaban los hombres dispuestos a pagar para mantener contacto carnal con ellas, que fueron aumentando en número por cuestiones de fanatismo religioso o bien –ya deformada la tradición- por puro libertinaje<sup>43</sup>. Así “se obliga a las

---

<sup>40</sup>Conf. BUOMPADRE, JORGE E., “Manual de derecho Penal – Parte especial”, ya citado, págs. 428 y 429.-

<sup>41</sup>TIGIER, ARTURO A., “Historia de la prostitución”, Cuadernos de VII la libertad, editorial Ateneo Liberal Argentino, sin lugar de edición especificado, año 1952, pág. 3.

<sup>42</sup>Conf. “Prostitución: Ejercicio – Derecho Comparado”, ya citado, pág. 4.

<sup>43</sup>En el Código de Hammurabi (del siglo XVIII antes de Cristo) pueden encontrarse claras referencias a esta situación, pues algunas de sus disposiciones reconocían derechos de propiedad a las prostitutas, como es el caso de la ley 178, que establece: “Si el padre dio a una sacerdotisa o mujer pública un serictu y grabado una tablilla, si en la tablilla no grabó que ella podría dejar su herencia a quien quisiera y seguir los deseos de su corazón, cuando el padre haya ido a su destino, los hermanos tomarán su campo y su jardín, y según el valor de su parte, darán un donativo de trigo, de aceite y de lana y contentarán su corazón (dándole lo necesario). Si los hermanos, según el valor de su parte, no le han dado trigo, aceite, lana, y no han contentado su corazón, ella dará su campo y su huerto al cultivador que le parezca bueno, y su cultivador la sustentará. Ella disfrutará del campo, del huerto y de todo lo que el padre le dio, mientras viva. No los dará por plata, ni pagará a otro con ellos. Su parte heredada pertenece a sus hermanos”. También puede citarse como ejemplo la Ley 179, que reza: “Una sacerdotisa o mujer pública, a la que el padre hizo presente de un serictu, y le escribió en una tablilla que podía dar a su sucesión el destino que le pareciera, cuando el padre haya ido a su destino, ella dará su sucesión a quien le parezca. Los hermanos no reclamarán contra ella”.

*mujeres a prostituirse a la puerta de los templos, y los sacerdotes se abrogan un lúbrico imperio bajo los auspicios de impúdicas divinidades, y la prostitución pasa del bosque, del camino y de la cueva al templo*<sup>44</sup>.

La prostitución no tuvo similar acogida en todos los pueblos. Egipto fue el primero en establecer una prohibición al comercio sexual con las mujeres nativas y las sacerdotisas; en tanto que para las prostitutas independientes tenía previsto un régimen de policía sanitaria, que si bien era bastante meticuloso en el discurso, no tuvo mucha acogida en la práctica<sup>45</sup>.

En el pueblo judío tampoco estaba autorizada. El antiguo testamento contiene claras referencias de que Moisés –por el 1.200 A.C.- proscribía la prostitución en cualquiera de las formas conocidas (como en el Levítico, que dice “*Tu no prostituirás a tu hijo*” o en Deuteronomio, donde exclama que “*no habrá más prostitutas entre las hijas de Israel*”). Claro está que no existió un acatamiento absoluto, pues muchos encontraban la forma de satisfacer su impulsividad sexual acudiendo a las regiones vecinas y comerciando con sus tribus; como ocurría con los midianites<sup>46</sup>. Tampoco faltó la prostitución homosexual, las practicas bestiales y la sodomía, costumbres atribuidas al contacto con el pueblo caldeo<sup>47</sup>.

En Grecia existió la prostitución religiosa desde su época fundacional. Se celebraban festividades en honor a los dioses y durante estos eventos las mujeres se ofrecían a los ciudadanos y con lo que obtenían hacían contribuciones a los templos<sup>48</sup>. Con el correr del tiempo, la práctica perdió su carácter sagrado y se convirtió en una forma de comercio (conocida como *prostitución profana*) que terminó siendo monopolizada por el estado ante el comprobado margen de utilidades que arrojaba.

Efectivamente, durante el gobierno de Solón (siglo VI A.C.) se establecieron los primeros burdeles o casas públicas conocidas como *dicteriones*, donde las mujeres comerciaban con su cuerpo mientras eran mantenidas y administradas por el propio estado<sup>49</sup>. Ello con el objeto de dar al griego facilidades para evitar el adulterio (que era castigado con la muerte, pues suponía la violación del contrato matrimonial celebrado entre las familias de los esposos), salvando así una cuestión de orden público, y al mismo tiempo, generando un nuevo foco de recaudación

---

<sup>44</sup>RODRÍGUEZ – SOLIS, E., “*Historia de la prostitución en España y América*”, editorial Biblioteca Nueva, Madrid (s.f.), página 9.

<sup>45</sup>Conf. FAIBERG, MARCELO H., ob. cit., pág. 29.

<sup>46</sup>OTERO, LUIS M., “*El problema de la prostitución*” editado por el Sindicato Médico del Uruguay, año 1925, pág. 19.

<sup>47</sup>SAINT MEZARD, RAÚL, “*Prostitución: historia y causales*”, Enrique Santiago Rueda Editor, s/l, s/f., págs. 27 y 28.

<sup>48</sup>Conf. “*Prostitución: Ejercicio – Derecho Comparado*”, ya citado, págs. 4 y 5.

<sup>49</sup>Encontré curioso y pintoresco un pasaje del libro de Rodríguez – Solis (ya citado, en este caso en la pág. 13) donde relata que el célebre poeta Filemón solía pararse en la puerta de una de estas casas públicas y recitaba a viva voz: “*Entrad, ciudadanos, las veréis como las crió la naturaleza. Cuando queráis, la puerta se os abrirá. No cuesta más que un óbolo*” (moneda ateniense).

fiscal<sup>50</sup>; sin olvidar, claro está, que la vigilancia permanente contribuía a proteger la salubridad pública, es decir, que cumplía con un fin higiénico sexual.

En Roma, la prostitución inicialmente se ejercía libremente; en forma hospitalaria. Luego, se pasó a una situación de severa reglamentación<sup>51</sup>; pese a lo cual supuso un negocio prolífico para quienes la adoptaban como forma de vida<sup>52</sup>. Más aun teniendo en cuenta que todas las guerras y las conquistas del imperio favorecieron el tráfico de esclavos y, por consiguiente, la obtención de materia prima para el comercio sexual. Así, el mercader o propietario podía administrar la actividad de sus esclavos a su antojo e incluso podía venderlos bajo la condición de que sigan ejerciendo la prostitución<sup>53</sup>.

Con el cristianismo asentado como creencia en la cultura romana, los emperadores del nuevo credo –en especial Constantino (323 - 337 D.C.) y Justiniano (527 – 565 D.C.)- decretaron leyes prohibitivas y la actividad pasó directamente a la clandestinidad, bajo la forma de “prostitución

---

<sup>50</sup>Ídem al anterior. Conviene agregar -para tener un panorama más acabado acerca de cómo se presentaba el fenómeno en esa época- que la prostituta carecía de todos sus derechos civiles (no podía administrar sus bienes, heredar o testar, no tenía potestad sobre sus hijos, etc.), que vivía recluida en zonas residenciales especiales (de las cuales no podía salir hasta entrada la noche) y que se le prohibía asistir a los actos importantes de la vida social griega (pompas, cultos etc.). Asimismo, a fin de que pueda ser distinguida entre los restantes miembros de la comunidad, debía llevar un ropaje característico (un vestido especial, de estilo florido). Sin embargo, muy a pesar de todas estas imposiciones humillantes, el número de mujeres dedicadas al comercio sexual en Grecia jamás sufrió merma, sino que fue en constante ascenso. Al respecto, ver OTERO, LUIS M., ob. cit., págs. 20 y 21.

<sup>51</sup>Las primeras medidas que se dieron en este sentido provinieron del edil Marco (en el año 180 A.C.) y establecían que las trabajadoras estaban obligadas a contar con una licencia para trabajar dentro de una provincia. Para ello, debían registrarse ante el edil y consignar sus datos personales (nombre correcto, edad, lugar de nacimiento y el apodo o pseudónimo con el que iban a ejercer dicho oficio). Una vez que se fichaba, el registro era indestructible y vitalicio. La omisión de registrarse traía aparejada penas de multa, azotes y hasta el exilio. Sin embargo, el número de prostitutas censadas era casi igual al de aquéllas que no lo estaban (FAINBERG, MARCELO H., ob. cit., pág. 32). Además, debían pagar un impuesto especial conocido como *aurum lustral* (representativo de una octava parte de las ganancias diarias), que luego fuera reemplazado por el *crysargirium* (cobrado cada cinco años) hasta que el emperador Anastasio (430 – 518 D.C.) lo suprimió por considerar que era un insulto contra Dios y una ofensa contra Roma (OTERO, LUIS M., ob. cit., pág. 23).

<sup>52</sup>Se calcula que bajo el gobierno del emperador Trajano (98 -117 D.C.) había en Roma unas 32.000 mujeres dedicadas a la prostitución, sin contar la enorme cantidad de hombres que –caracterizados como mujeres- tenían sus propias casas de citas, muy concurridas por otros hombres de todas las clases sociales. Con esta información en mente, Raúl Saint Mezar hace una reflexión sobre el período que me pareció sumamente interesante y por ello me permito transcribirla: “no es posible formarse una idea del grado de libertinaje que anidaba en Roma. El lema justo fue “vivir para gozar”. Pasaban el día durmiendo, bebiendo, bañándose en los baños públicos y, terminaban la noche en escandalosas orgías (“comissationes”), en las que se admitían todas las formas de placer y todos los ensayos de sensualidad. No es extraño entonces, que luego de llegada a la cima, Roma cayera estrepitosamente en medio de la declinación de sus instituciones” (SAINT MEZARD, RAÚL, ob. cit., págs. 36 y 38).

<sup>53</sup>Conf. “Prostitución: Ejercicio – Derecho Comparado”, ya citado, pág. 5.

*concubinaria*” (desarrollándose mayormente en burdeles privados, gerenciados por las altas clases); situación que se prolongó hasta bastante entrada la Edad Media<sup>54</sup>.

En esta época se la concibió como un *mal necesario* de la sociedad<sup>55</sup>, y las prostitutas trabajaban como un gremio reconocido; ya sea en casas de burlesque o de manera individual en las zonas aledañas a las grandes ciudades, a los puertos (Nápoles, Venecia, Lisboa, Ámsterdam, etc.) y a los centros universitarios (Oxford, Padua, Siena, Sevilla, Salamanca, París, Heidelberg, Cambridge, etc.).

Luego de arduos debates políticos, teleológicos y económicos por la legalización de las mancebías, y fundamentalmente con motivo de las ganancias que generaba la actividad, se volvió en el siglo XIV a la forma griega de regenteo municipal de las casas; negocio que contó con la participación de los caballeros de más alta alcurnia. El prostíbulo municipal era el único apto para el comercio sexual, en tanto y en cuanto observara los reglamentos dados por los consejos o las asambleas vecinales y se sometiera a periódicas inspecciones sanitarias y de higiene corporal de las trabajadoras<sup>56</sup>.

Para hablar de prostitución en América es preciso remontarnos a la época de la colonización española, pues “*existen varios documentos de la época que dan noticias acerca de que en los barcos españoles venían mujeres de mal vivir, para gratificar las necesidades de los tripulantes, y más adelante, para gratificar las necesidades sexuales de los soldados*”<sup>57</sup>. Si bien el propósito declarado de estas campañas era el de *educar* a los pueblos originarios en las bondades de una organización social basada en las leyes de Dios y en los dictados de la monarquía; ya desde un comienzo se trasladaron al nuevo mundo las costumbres *non sanctas*, pues se traían prostitutas

---

<sup>54</sup>Conf. BUOMPADRE, JORGE E., “*Manual de derecho Penal – Parte especial*”, ya citado, pág. 429, y en consonancia FIGARI, RUBÉN E., ob. cit., pág. 314. Cabe reflexionar en abono de esta idea que muchos filósofos moralistas de la época abrazaron y contribuyeron a propagar la idea del amor cristiano, de la sexualidad reproductiva y de la fidelidad como única forma sana de vinculación entre los cónyuges; y que a pesar de ello la prostitución se mantuvo en plena vigencia en esta sociedad y en las que le siguieron, principalmente en aquellas donde se arraigó la unión monogámica de parejas (TIGIER, ARTURO A., ob. cit., pág. 8).

<sup>55</sup>Me interesa acudir en refuerzo de esta idea a algunas palabras de San Agustín, quien sostenía que los prostíbulos funcionaban como una especie de seguro contra la corrupción de las costumbres y de los desordenes sexuales “*del mismo modo que las cloacas y sentinas, aunque repletas de inmundicias, salvaguardan la sanidad del resto de la ciudad*” (FAINBERG, MARCELO H., ob. cit., pág. 42).

<sup>56</sup>No obstante la imposición de estas mancebías como únicos lugares autorizados para el ejercicio de la actividad, la prostitución desregulada estuvo igualmente vigente en la época. Dentro de estas actividades clandestinas, estaba la de las *mujeres enamoradas*, quienes se dedicaban al comercio sexual a tiempo parcial y su público eran los hombres pudientes que, por una cuestión de resguardar la imagen pública, no podían permitirse ser vistos en las casas autorizadas (FAINBERG, MARCELO H., ob. cit., pág. 53).

<sup>57</sup>FAINBERG, MARCELO H., ob. cit., pág. 62.

en los barcos y además se capturaban a las indígenas más bellas para servir sexualmente a los soldados de la corona, a fin de mantenerlos ordenados y disciplinados<sup>58</sup>.

En esta etapa se registraron entonces dos clases diferenciadas de prostitución: la forzada (que tenía por víctimas a las nativas) y la individual (ejercida por las españolas viajeras). También hay registros históricos de casos de ofrecimiento sexual voluntario por parte de las indígenas como forma de servidumbre a las altas autoridades militares y también como materia de trueque por productos que traían los conquistadores.

En la modernidad, pese a la influencia del Renacimiento y del pensamiento de la Ilustración (que predicaba la reivindicación de la práctica, a partir del reconocimiento de la libertad de conciencia como valor esencial del ser humano), no se produjeron cambios significativos en el ejercicio de la actividad. De hecho, las regulaciones se fueron tornando cada vez más sofisticadas, hasta convertirse en verdaderas reglamentaciones higiénicas y de policía; previstas para paliar el flagelo de las epidemias de transmisión sexual que surgieron en el siglo XVI<sup>59</sup>. En este punto conviene destacar un viraje en la forma de abordar el problema, con sustento en una lógica de defensa contra las enfermedades sexuales, que habrá de recurrir al auxilio de la ciencia médica para alcanzar sus fines (exámenes e inspecciones realizadas por médicos especializados, técnicas de profilaxis del individuo y del medio, hospitalización, etc.).

En la actualidad, gran parte de los países del mundo abandonaron el reglamentarismo y se volcaron hacia formas más liberales respecto al control sobre la trabajadora<sup>60</sup>. La prostitución en

---

<sup>58</sup>Ídem, pág. 63. El tráfico de mujeres y la prostitución en estas tierras se vio favorecido por lo que los españoles denominaban *ley de guerra*, que les acordaba un derecho a tomar botín o entregarlo al vencedor (siendo en este caso el botín las mujeres nativas); lo cual progresivamente fue decantando en actividades de comercio y en la creación de establecimientos adecuados para su ejercicio (Conf. NIREMPERGER, ZUNILDA – RONDAN, FRANCISCO, ob cit., pág. 25).

<sup>59</sup>En efecto, esta época fue testigo del desarrollo de la sífilis como pandemia grave, causante de estragos semejantes a los provocados por la peste. El 15 % de la población europea se hallaba infectada y miles de personas perdieron la vida por esta causa. Pueblos y ciudades enteras quedaron desoladas. Muchos estudiosos la han asociado a la promiscuidad de los conquistadores españoles, quienes luego la esparcieron por su tierra natal y de allí al continente todo. Otros sostienen que hay evidencias arqueológicas de que antes del descubrimiento de América ya existía la enfermedad en el viejo continente. En cualquiera de los casos, se le consideraba un azote para la humanidad, un mal innombrable que venía a estigmatizar el cuerpo de los libertinos, como si se tratara de un castigo divino (de hecho la iglesia así lo afirmaba). Esta situación –acicateada por el misticismo y el terror- ocasionó que la prostituta enferma fuera muchas veces blanco de criminalización y de crueles castigos, como ocurrió en ciudades tales como Venecia, Bolonia, Roma, Palermo y París. En este sentido, recomiendo ver PRUNES R., LUIS, “*La prostitución. Evolución de su concepto hasta nuestros días. El neo abolicionismo ante el nuevo código sanitario de Chile*”, Editorial Universo, Chile, año 1926, pág. 19.

<sup>60</sup>Esta nueva concepción es en gran parte tributaria de los esfuerzos de la Federación Abolicionista Internacional, fundada en 1874 y presidida por Josefina Buttler, cuya plataforma ideológica descansaba en que la prostitución personal y privada debía juzgarse bajo los dictados de la conciencia pero no era un hecho que deba ser considerado delictivo o que deba estar sometido a una estricta reglamentación. Ello no quiere decir que el movimiento no abogara por una intervención estatal en la materia, aunque circunscripta a unos pocos temas: represión de atentados al pudor y de los ultrajes públicos al mismo, represión de las

general no se prohíbe, pero sí algunas circunstancias asociadas con ella (como es el caso de la ley cuyo cuestionamiento constituye el objeto central de esta obra), que son elevadas a la categoría de delito; aunque con variaciones según el sistema jurídico de que se trate<sup>61</sup>. Las diferencias tienen que ver, entre otros factores, con el impacto social que en las distintas regiones ha tenido la aparición de nuevas formas y modalidades de comercio sexual, como ser la prostitución infantil, el turismo sexual, la profusión de sexo y de pornografía en internet, así como también el fenómeno transnacional de la trata de personas<sup>62</sup>.

#### **D) SISTEMAS SOBRE LOS QUE SE HA ESTRUCTURADO EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA PROSTITUCIÓN:**

Analizando la reseña histórica efectuada, es posible advertir tres cosmovisiones bien diferenciadas en torno al fenómeno, que se han dado en las distintas épocas de manera sucesiva, alternada o conjunta: a) una fase del *prejuicio favorable*, en el que se la considera como un *mal necesario*; b) una fase *moral*, en la cual es repudiada por ir en contra de los valores de honestidad socialmente aceptados; c) una fase *sanitaria*, de acuerdo con la cual la prostitución es concebida y tratada como origen de enfermedades<sup>63</sup>. Y estos tres tópicos son la piedra basal de específicos programas legales que proponen soluciones claramente encontradas; tal y como se verá a renglón seguido.

a) *Reglamentarismo*: también conocido como sistema latino, es el más antiguo de todos y –como ya se ha visto– proviene de las épocas en las cuales la prostitución fue legalizada y puesta bajo control estatal. Se apoya en el interés primordial de proteger la salud de la ciudadanía. El estado –en la concepción de que es imposible erradicarla– reconoce, admite y tolera el ejercicio de la prostitución; pero lo sujeta al cumplimiento de directivas orientadas a la preservación de la higiene y la salubridad. Así, se autoriza y regula el funcionamiento de los prostíbulos y la actividad de los proxenetes (sostenedores, regentes o administradores)<sup>64</sup>, debiendo ser satisfechos los

---

provocaciones públicas al libertinaje y al castigo de los proxenetes. Al respecto, ver JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, ob. cit., pág. 58 y ESTRELLA, OSCAR A., ob. cit., pág. 182.

<sup>61</sup>Conf. BUOMPADRE, JORGE E., “*Manual de derecho Penal – Parte especial*”, ya citado, pág. 429.

<sup>62</sup>La Unicef indica al respecto que el turismo sexual infantil es alarmante en regiones del sudeste asiático (tales como Camboya, India, Indonesia, Tailandia, Taiwan y Nepal), en América (Argentina, Brasil, Cuba México y Panamá, República Dominicana) y en algunos países de África y Europa. También genera el crecimiento de la pornografía infantil, cuestión estrechamente vinculada con la prostitución de menores (FAINBERG, MARCELO H., ob. cit., pág. 62).

<sup>63</sup>JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, ob. cit., pág. 56.

<sup>64</sup>A lo largo de este trabajo se hablará de proxeneta y se lo diferenciará del rufián de acuerdo con los postulados del Anteproyecto de Código de Faltas para la Provincia de Santa Fé (del año 1936), elaborado por Sebastián Soler. Allí se sostiene que rufián es quien que se hace mantener, aunque sea parcialmente, por una prostituta; en tanto que proxeneta será considerado aquél que tiene una casa de prostitución o, en forma análoga, se asocia directamente a las ganancias eventuales de mujeres prostitutas (arts. 45 y 46). Ello conforme AFTALIÓN, ENRIQUE, “*Prostitución, Proxenetismo y Delito*”, en Revista La Ley, Tomo 18, del 28 de mayo de 1940, pág. 105.

requisitos propios de todo emprendimiento comercial: habilitación, pago de impuestos, etc.<sup>65</sup>. A ello, lógicamente, se suma la exigencia de restricciones y precauciones sanitarias, tales como revisiones médicas periódicas para las prostitutas, el examen de las condiciones del medio en el cual ejercen su oficio, etcétera<sup>66</sup>.

Sin perjuicio de lo ya dicho durante la crónica de la prostitución, me permito agregar – emparejando estos postulados teóricos con la realidad histórica nacional- que los precedentes del Código Penal, el del año 1886, la Ley de Reforma número 4.189, la llamada Ley Palacios (Ley 9.143), así como el código del año 1921, se inclinaron por la modalidad reglamentarista, concepción que –como se verá más adelante- cambió a partir de la sanción de la Ley 12.331<sup>67</sup>.

Los detractores de este modelo apuntan que su mayor desventaja radica en que el control médico que ha instaurado -en función de la gran demanda- fue siempre escaso y superficial; por lo que no representaba una herramienta suficientemente útil para monitorear la salud de las trabajadoras sexuales (de hecho, se sostiene que, para garantizar la efectividad del examen médico, tendría que haberse realizado cada vez que la prostituta mantenía relaciones con un cliente)<sup>68</sup>. Paralelamente, se le atribuye haber generado una falsa confianza en los clientes; quienes en muchos casos no se protegieron durante los encuentros sexuales como lo hubiesen hecho de estar prohibida la actividad<sup>69</sup>.

Otro argumento de peso contra la adopción del sistema indica que lleva implícito un reconocimiento legal de actividades inmorales (como la de los proxenetas) y de formas esclavistas prohibidas según el derecho internacional (la trata de personas), situación que resulta intolerable para los modelos de estado de derecho tal y como se encuentran configurados en la actualidad<sup>70</sup>.

*b) Abolicionismo:* también conocido como sistema anglosajón o germánico, predica la impunidad del trabajo sexual autónomo; e impone a la prostituta la únicas obligaciones de respetar el decoro público y la de tratarse si padece alguna enfermedad de transmisión sexual. El abolicionismo no

---

<sup>65</sup>TENCA, ADRIÁN M., ob. cit., pág. 270.

<sup>66</sup>Conf. ESTRELLA, OSCAR A., ob. cit., pág. 181 y FIGARI, RUBÉN E., ob. cit., pág. 308.

<sup>67</sup>FIGARI, RUBÉN E., ob. cit., pág. 309.

<sup>68</sup>Conf. TENCA, ADRIÁN M., ob. cit., pág. 270 y ESTRELLA, OSCAR A., obr. cit., pág. 181.

<sup>69</sup>Conf. ESTRELLA, OSCAR A., ob. cit., pág. 181 y JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, ob. cit., pág. 57. En idéntica sintonía, traigo un testimonio de la época en que el modelo estuvo en auge. El Dr. Justino Jiménez de Aréchaga, Ministro del Interior del Uruguay (1.923-1.925), sostuvo a este respecto que: “(l)a *reglamentación hace del proxeneta casi un funcionario y le hace beneficiar de las ventajas de una aparente garantía moral y una no menos ilusoria garantía sanitaria a expensas de la libertad de la prostituta para explotar, alquilando mujeres, la necesidad, el vicio y la perversión del hombre. Mantener esa organización del comercio sexual que creó el perjuicio, toleraron sus leyes y mantienen el uno y las otras, es negar la función social de la ley misma desde que aquella alimenta la forma de delincuencia que esta combate. Ninguna razón valedera abona la conservación de semejante ignominia*” (LUISI, PAULINA, “*El problema de la prostitución: abolicionismo o reglamentarismo?*”, editado por el Sindicato Médico del Uruguay, año 1925, pág. 37).

<sup>70</sup>Conf. ESTRELLA-GODOY LEMOS, citado en TENCA, ADRIÁN M., ob. cit., pág. 270.

criminaliza a la prostituta, lo cual no significa la impunidad de las distintas modalidades que la circundan, ya que contempla penas para quienes regentean casas de tolerancia, para los que se dedican a la trata de blancas, para quienes contagian enfermedades venéreas, para los que incitan a la prostitución etcétera<sup>71</sup>. Por ello es que Estrella y Godoy Lemos atribuyen a este sistema la utilidad de liberar a las prostitutas de sus explotadores, a quienes se hallan sujetas con motivo de coacciones morales, físicas, sociales y económicas<sup>72</sup>.

La doctrina abolicionista se contrapone al reglamentarismo justamente porque tiene como objetivo eliminar toda clase de reglamentación y así desvincular al estado de la prostitución; en la concepción de que es un hecho inmoral, más no delictivo. En otras palabras, se tolera pero no se sostiene. Este es el modelo con predominio en el mundo occidental actual, a raíz de numerosos acuerdos y convenios internacionales establecidos en torno a esta materia<sup>73</sup>. En nuestro país, se consagró a partir de la sanción de la Ley 12.331.

c) *Prohibicionismo*: este sistema pretende el castigo de la prostitución definiéndola como delito y asignándole una pena, tanto para quien la ejerce como para quien la demanda (como si se tratara de un delito de acción bilateral). Es un criterio utópico, que si bien ha sido propuesto aisladamente, no ha alcanzado repercusión en la doctrina ni en la legislación universales<sup>74</sup>; fundamentalmente porque choca frontalmente con los principios de respeto por la personalidad

---

<sup>71</sup>Conf. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, ob. cit., págs. 57 y 58.

<sup>72</sup>Conf. ESTRELLA-GODOY LEMOS, citado en TENCA, ADRIÁN M., ob. cit., pág. 272.

<sup>73</sup>A manera de ejemplo, pueden señalarse los siguientes instrumentos de alcance mundial: Acuerdo Internacional para Asegurar una Protección Eficaz contra el Tráfico Criminal Denominado Trata de Blancas, de la Sociedad de Naciones (1904), Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, de la Sociedad de Naciones (1921), Convención sobre la Esclavitud, de las Sociedad de Naciones (1926), Convenio Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio, de la Organización Internacional del Trabajo (1930), Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, de la Sociedad de Naciones (1.933), Declaración Universal de Derechos Humanos, de las Naciones Unidas (1948), Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de las Naciones Unidas (1950), Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud, de Naciones Unidas (1953), Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, de las Naciones Unidas (1956), Convenio Relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso, de la Organización Internacional del Trabajo (1957), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Naciones Unidas (1966), Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de las Naciones Unidas (1979), Convención sobre los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas (1989), Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de las Naciones Unidas (2000), Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, de las Naciones Unidas (2000), Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, de las Naciones Unidas (2000). En el ámbito regional, pueden mencionarse la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1994) y la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1994).

<sup>74</sup>FIGARI, RUBÉN E., ob. cit., pág. 313.

humana y por las acciones privadas, que constituyen la base de los sistemas jurídicos propios de los países civilizados<sup>75</sup>.

#### **E) FIGURAS PENALES QUE SURGEN EN TORNO A LA PROSTITUCIÓN:**

Como fuera antes dicho, la prostitución, por sí misma, no se considera delito en la mayor parte de las naciones del mundo occidental<sup>76</sup>; sin perjuicio de que en derredor se manifiestan especiales formas de criminalidad que los ordenamientos jurídicos aprehenden de manera diversa. En el ámbito nacional, la primera norma que trata la cuestión es el artículo 125 bis del Código Penal de la Nación<sup>77</sup>, que reprime –con cuatro a seis años de prisión- la conducta de quien *promoviere o facilitare* la prostitución de otra persona, aun cuando mediare consentimiento por parte de la víctima.

Promueve quien impulsa al otro a prostituirse, lo inicia en ese ámbito o lo alienta a mantenerse de esa forma mediante acciones de significación intelectual o material (como sería el caso en que el autor apelase a recomendaciones, enseñanzas, órdenes, amenazas, ejemplos, exposiciones; o procurase para el iniciado clientes, un local o comodidades). Por su parte, facilita quien hace factible o más accesible la concreción del estado de prostitución al que se ha encaminado un tercero por sí solo, ya sea en su iniciación, mantenimiento o empeoramiento<sup>78</sup>. El facilitador es quien allana el camino, propiciando las oportunidades para que el otro cumpla con su determinación de prostituirse, sin que exista por su parte influencia o cualquier otra forma de intervención.

Estrella señala que las conductas de promover o facilitar requieren acciones positivas<sup>79</sup> destinadas a generar la prostitución como un estado; de modo que si se propicia o favorece un acto sexual aislado, aun cuando medie el pago de dinero o bienes, no será suficiente para configurar la conducta típica<sup>80</sup>. Tampoco ingresarían dentro de esta calificación la promoción o

<sup>75</sup>AFTALIÓN, ENRIQUE, ob. cit., pág. 102.

<sup>76</sup>Ello no obsta a que su ejercicio, bajo determinadas condiciones, pueda ser considerado una falta. Es claro ejemplo de ello el artículo 81 del nuevo Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, que establece que *“Quien ofrece o demanda en forma ostensible servicios de carácter sexual en los espacios públicos no autorizados o fuera de las condiciones en que fuera autorizada la actividad, es sancionado/a con 1 a 5 días de trabajo de utilidad pública o multa de doscientos (200) a cuatrocientos (400) pesos. En ningún caso procede la contravención en base a apariencia, vestimenta o modales”*.

<sup>77</sup>Modificado por el artículo 21 de la Ley 26.842.

<sup>78</sup>Conf. NÚÑEZ, RICARDO *“Tratado de Derecho Penal – Tomo III”*, Lerner Ediciones, Buenos Aires, año 1977, pág. 349. En igual sentido, ver DONNA, EDGARDO A., ob. cit., pág. 683.

<sup>79</sup>En ninguno de los dos casos se puede llegar a la concreción del tipo penal mediante conductas meramente omisivas. No obstante, hay cierto acuerdo en considerar que puede haber facilitación de la prostitución a través de una comisión por omisión, como cuando el agente incumple el deber jurídico que (como padre o tutor por ejemplo) tiene a su cargo de impedir o entorpecer la prostitución de un menor, haciendo con ello más fácil su auto-prostitución. Al respecto, ver NÚÑEZ, RICARDO, ob. cit., pág. 350.

<sup>80</sup>Conf. ESTRELLA, OSCAR A., ob. cit., pág. 187.

facilitación de actos de desnudo, *striptease*, bailes eróticos, espectáculos en vivo, *call-sex*, cibersexo, etcétera; pues no media contacto físico entre cliente y quien se ofrece<sup>81</sup>.

No es un dato menor que a partir de la reforma introducida por la Ley 26.842, de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas (publicada en el Boletín Oficial el 27 de diciembre de 2012), se prescinde del consentimiento que la persona prostituida pueda dar; en tanto que con la redacción anterior estaba previsto que solamente era punible la promoción o facilitación de la prostitución de mayores cuando se llevaba a cabo en contra de su voluntad<sup>82</sup>. Un cambio tan significativo en la concepción del delito solo puede explicarse en función de cuestiones de política criminal que, a mi criterio, ponen en evidencia la *lógica de guerra* que siguen nuestras agencias políticas al tratar las cuestiones relacionadas con los delitos que circundan a la prostitución.

Por su parte, el artículo 126 –también modificado por la ley previamente citada– agrava la penalidad prevista para el caso anterior (pasando a tener un mínimo de cinco años de prisión y un máximo de diez), ante la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) *modos que anulan o vician la voluntad de la víctima*: engaño, fraude, violencia, amenaza, cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad<sup>83</sup>, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima<sup>84</sup>; b) *vínculos o relaciones de especial cuidado entre el autor y*

---

<sup>81</sup>ABOSO, GUSTAVO E., “Código Penal de la República Argentina”, sexta edición, editorial B de F, Buenos Aires, año 2021, pág. 759.

<sup>82</sup>Durante la vigencia de la ley 25.087, el artículo 125 bis preveía prisión de cuatro a diez años para quienes promovieren o facilitaren la prostitución de menores de dieciocho años edad (aun con su consentimiento), en tanto que el 126 reprimía, con igual penalidad, la conducta de quien con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos promoviere o facilitare la prostitución de mayores de dieciocho años de edad, siempre y cuando mediare intimidación o coerción.

<sup>83</sup>La vulnerabilidad se determina atendiendo a las cien reglas de Brasilia para el acceso a la justicia. En este camino, tres de las condiciones más frecuentes son la condición de pobreza, falta de educación y de migrante o desplazado interno; condiciones que, frecuentemente, reúnen las personas afectadas por la trata y la explotación sexual. Las víctimas detectadas por el sistema de justicia nacional son siempre mujeres, en su gran mayoría pobres, y otro gran porcentaje provienen de países o regiones alejados del lugar de explotación. La combinación de todos estos factores, incrementa y potencia su vulnerabilidad y la imposibilidad de oponerse a la relación abusiva en que están inmersas (naciones extraídas de los informes de la Procuraduría de Trata del Ministerio Público Fiscal de la Nación, publicado el 29 de mayo de 2013 en el sitio web oficial de la institución; accesible a través del siguiente enlace: <http://fiscales.gob.ar/trata/desde-el-ano-2008-se-dictaron-76-sentencias-por-casos-de-trata-y-la-situacion-de-vulnerabilidad-fue-clave-en-mas-del-90-de-las-causas/>).

En consonancia con ello la jurisprudencia ha considerado debidamente acreditada la condición de vulnerabilidad de las víctimas frente a su escasa edad, la presencia de necesidades acuciantes, falta de educación, contención familiar, su condición migratoria, situación alimentaria, madre e hijo/s menor/es a su cargo, entre otras circunstancias; destacándose que lo determinante es la relación que existe entre estos elementos y la condición de vulnerabilidad resultante, en tanto operen como circunstancias decisivas para captar sus voluntades y así explotarlas (FIGUEROA, ANA MARÍA, “*El Derecho de Género*”, editorial Ediar, Buenos Aires, año 2017, pág. 189).

<sup>84</sup>Oscar Estrella apunta que estos modos comisivos son compatibles con la promoción antes que con la facilitación, ya que implican vencer una resistencia inicial por parte de la víctima, que no existe en el segundo

*el sujeto pasivo*: 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; c) *condiciones funcionales del autor*: cuando fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, en tanto se valga de su calidad para afectar el bien jurídico reconocido por la norma.

Asimismo, este artículo reprime con mayor rigor (diez a quince años de prisión) las conductas típicas que recaigan sobre menores de dieciocho años de edad. Como fuera antes dicho, la Ley 26.842 volvió irrelevante el consentimiento en todos los supuestos de promoción o facilitación; de modo que ahora la circunstancia de la minoridad supone comparativamente un mayor nivel de injusto; justificando así que en este nuevo esquema pase de ser una figura básica a un tipo agravado.

El artículo 127 reprime (con prisión de cuatro a seis años) la conducta de quien explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare consentimiento por su parte<sup>85</sup>. Es la figura de *rufianería*, que opera cuando el agente consigue sacar provecho -de manera abusiva, sin poseer derecho o brindar contraprestación- de las ganancias que la víctima obtiene por el trabajo sexual. Se trata de un aprovechamiento de tipo parasitario, sin título legítimo alguno, que puede recaer sobre todo o una parte del producido<sup>86</sup>.

Aboso explica al respecto que *“(l)a represión de la explotación económica de la prostitución ajena no violenta o autónoma descansa sobre el presupuesto de que el sujeto pasivo, la o el prostituto, sufre siempre algún tipo de desventaja o presión en el ejercicio de su actividad sexual rentada que lo deja a disposición de terceros”*<sup>87</sup>

Para que se configure el delito, es preciso que las ganancias que el rufián explota provengan del ejercicio actual y directo de la prostitución ajena; de modo que no será típica la explotación de

---

supuesto donde -por el contrario- es la propia víctima quien toma la iniciativa de introducirse en el mundo de la prostitución. Al respecto, ver ESTRELLA, OSCAR A., ob. cit., pág. 192.

<sup>85</sup>El sentido de la voz explotación empleada en el artículo es, de acuerdo con Donna, el de *“sacar provecho de una fuente de riqueza; sacar provecho con astucia o abuso; servirse de alguien sin más miras que el provecho propio”*. Sobre el punto, ver DONNA, EDGARDO A., ob. cit., pág. 710.

Sin perjuicio de lo dicho, conviene señalar que algunas voces abogan por ampliar el espectro de responsables del aprovechamiento económico del trabajo sexual de la víctima; en el entendimiento de que: *“(l)a explotación sexual es la victimización sexual de una persona ligada a una remuneración económica u otro tipo de beneficio y regalías. El cuerpo de la persona explotada se utiliza para provecho económico del explotador y de los intermediarios y para placer o satisfacción del abusador, denominado por la sociedad como cliente y que, en esta obra, categorizamos como prostituyente, en tanto es quien consume la actividad sexual sobre la persona víctima”* (MOLINA, MARÍA L. – BARBICH, ALEJANDRA – FONTENLA, MARTA, *“Explotación sexual: evaluación y tratamiento”*, segunda edición, Librería de Mujeres Editoras, Buenos Aires, año 2010, pág. 20).

<sup>86</sup>Conf. ESTRELLA, OSCAR A., obr. cit., pág. 201.

<sup>87</sup>Conf. GUSTAVO E., ob. cit., pág. 759.

ganancias pasadas o de aquéllas que tienen una relación mediata con el ejercicio de la prostitución, como las obtenidas por administrar o regentear una casa de tolerancia<sup>88</sup>.

Se trata de una conducta que no implica ni presupone la promoción o facilitación de la prostitución ajena, por lo que si una persona desarrolla ambas actividades su conducta es pasible de ser calificada como un concurso real de figuras<sup>89</sup>. Asimismo, toda vez que la explotación económica requiere que el agente viva –si quiera parcialmente- a expensas de un tercero, no se configurará el delito ante la concurrencia de actos aislados de aprovechamiento económico; siendo necesario que la actividad revista cierta habitualidad o permanencia<sup>90</sup>.

Este artículo –al igual que el 125 bis- atestigua un notable cambio de paradigma sobre el valor del consentimiento dado por la víctima. Efectivamente, con la redacción anterior, la aprobación de la persona prostituida en ser explotada económicamente tornaba atípica la conducta; en tanto que solamente se criminalizaban aquellos supuestos en los que mediare engaño o coacción, hoy circunstancias agravantes de la explotación. En otras palabras, la tónica del artículo modificado era que *“quien ejerce la prostitución puede disponer de su dinero como mejor le parezca y mantener a quien desee, en la medida en que lo haga en forma libre”*<sup>91</sup>.

Las circunstancias agravantes de la explotación son las mismas que califican la promoción o facilitación. Así, se impone una pena que va de los cinco a los diez años de prisión si mediare algún medio que coarte o anule la voluntad de la víctima, ante la concurrencia de alguna relación que exija al autor un especial deber de cuidado sobre la víctima o si el sujeto activo reviste alguna condición funcional trascendente. También está prevista la calificación de la conducta cuando la persona contra la cual va dirigida la acción fuese menor de dieciocho años de edad. En este caso, la condena puede oscilar entre los diez y los quince años de prisión.

Las diferencias entre éste y el antiguo artículo 127 no se agotan en la ineficacia del consentimiento, ya que la redacción anterior se estructuraba en una sola figura básica a la que se le adjudicaba una penalidad de tres a seis años y preveía como modo comisivo toda forma de intimidación o coerción.

Puede advertirse entonces el mayor rigor con que se trata legislativamente a la *rufianería* en la actualidad, en función de la introducción de circunstancias agravantes, algunas de las cuales incluso configuraban el tipo básico con anterioridad (engaño, abuso de autoridad, de poder, violencia, amenaza, etc.). Para explicar acabadamente ésta y las restantes reformulaciones de

---

<sup>88</sup>Conf. ESTRELLA, OSCAR A., obr. cit., pág. 202.

<sup>89</sup>Conf. CREUS, CARLOS A. – BUOMPADRE, JORGE E., ob. cit., pág. 241.

<sup>90</sup>Conf. TAZZA, ALEJANDRO O. *“La trata de personas”*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2014, pág. 164. Aclara el autor que el delito puede verificarse en un caso individual de explotación, siempre que pueda constatarse que el autor llevó a cabo este obrar persiguiendo la finalidad de que se le provean medios para la subsistencia.

<sup>91</sup>TENCA, ADRIÁN M., ob. cit., pág. 299.

los tipos penales, hay que poner el foco de análisis en determinados aspectos fundacionales del actual programa represivo del fenómeno de la prostitución; sobre el cual dedicaré algunas consideraciones hacia el cierre de la tesis.

Las disposiciones que corresponde examinar a continuación reprimen sustancialmente ataques contra la libertad individual; aunque subsidiariamente se ocupan de probables afectaciones a otros bienes jurídicos, como es el caso de la integridad sexual (relacionada, en lo que aquí interesa, con el ejercicio de la prostitución). En estos supuestos, *“la libertad individual está comprometida en sus distintas manifestaciones, desde la libertad de movimientos hasta la libertad de decidir el destino de la propia integridad corporal”*<sup>92</sup>; lo que justifica su ubicación sistemática en el Código Penal de la Nación.

Así, el artículo 145 bis reprime con prisión de cuatro a ocho años a quien ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aun cuando mediere el consentimiento de la víctima<sup>93</sup>.

Por su parte, el artículo 145 ter agrava la conducta (con cinco a diez años de prisión) según los medios comisivos que se emplearen para perpetrar el delito (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); de acuerdo con las condiciones de la víctima (si estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta años, o si fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma); en función de la cantidad de damnificados o

---

<sup>92</sup>BUOMPADRE, JORGE E., *“Trata de personas, migración ilegal y derecho penal”*, Alveroni Ediciones, Córdoba, año 2009, pág. 61 y 62.

<sup>93</sup>Corresponde señalar que esta tipificación guarda correspondencia con las prescripciones del art. 3, inc. “a” del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, complementario de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, Italia, año 2000). De acuerdo con la norma, la trata de personas *“es la captación, el transporte, el traslado, la acogida, o la recepción de personas recurriendo al uso de la fuerza o a otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra para propósitos de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”*.

Cabe destacar que, a diferencia de la Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución del año 1949, el protocolo no considera la penalización de la prostitución como un medio para combatir la trata. En tanto aquella convención entendía que el trabajo sexual resultaba *“incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana”* (ver preámbulo) y exigía a los estados *“adoptar medidas para la prevención de la prostitución”* (ver art 16); el protocolo, en cambio, aborda el problema de la demanda, y exige a los estados *“desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas, especialmente de mujeres y niños”* (OYAZÁBAL, MARIO J., *“Trata de personas: Un tema emergente en la relación bilateral con los Estados Unidos”*, en Anuario de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, número XIV, Córdoba, año 2005, pág. 117).

autores (más de tres en ambos casos); ante la existencia de una relación que confiere al sujeto activo especial deber de custodia sobre la víctima (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 su guarda) y en virtud de la condición funcional del autor (si fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria). También prevé que cuando se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito, la pena sea de ocho a doce años de prisión. Finalmente, cuando la persona afectada fuere menor de dieciocho años, la pena será de diez a quince años de prisión.

Esto es el delito de trata de personas, que adquiere autonomía como tipo penal pluriofensivo<sup>94</sup> mediante la sanción de la Ley 26.364 del año 2008; modificada mediante la Ley 26.842 del año 2012<sup>95</sup>.

La trata de personas (originalmente *trata de blancas*, expresión que se empleaba para designar el comercio de mujeres blancas con fines sexuales) se fue desprendiendo progresivamente de la noción de prostitución a la que estuvo siempre asociada y en la actualidad –tal y como surge del texto de la normativa citada- es un fenómeno comprensivo de toda forma de explotación sexual, comercialización de pornografía infantil, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas, reducción a la servidumbre, matrimonio servil e incluso la extracción ilícita de órganos, fluidos o tejidos humanos<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup>Efectivamente, antes de la reforma, nuestro ordenamiento interno concebía a la trata como un delito que afectaba exclusivamente la integridad sexual. De allí que el art. 127 bis estableciera: “*El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de menores de dieciocho años para que ejerzan la prostitución, será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a diez años. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuere menor de trece años*”. Asimismo, el art. 127 ter establecía: “*El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de una persona mayor de dieciocho años para que ejerza la prostitución mediando engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, será reprimido con reclusión o prisión de tres a seis años*”. Ambos fueron derogados por imperio de la ley 26.394.

<sup>95</sup>En lo sustancial, la ley 26.842 introdujo los siguientes cambios: a) eliminar la eficacia absolutoria del consentimiento de la víctima en la trata y la explotación; b) definir los tipos básicos de modo tal que la conducta de trata o explotación sea punible *per se*, sin necesidad de acreditar la existencia de medios engañosos o violentos sobre la víctima; c) asignar a la trata y a la explotación mínimos en la escala penal que impiden la ejecución condicional; d) se definen tipos agravados que representan un mayor disvalor; e) se agrega el verbo típico *ofrecer* al delito de trata de personas.

<sup>96</sup>Según un informe del programa de población de la ONU (del año 2008), son más de 4.000.000 las personas que resultaron afectadas por esta modalidad criminal. En este ámbito se hizo un relevamiento de datos en 155 países, lo cual arrojó que el 20 % de los casos involucra a niños y que la forma más corriente de explotación es la sexual, que asciende a un 79 %, en su mayoría dirigida contra mujeres.

Por su parte, la OIT informó que más de 12.000.000 padecen situaciones laborales similares a la esclavitud, en tanto que Unicef calculó que más de 1.000.000 de niños es víctima de la trata. De acuerdo con las estimaciones, es un negocio que produce unos 1.000.000.000 de dólares anuales que benefician a los familiares de las víctimas, los traficantes y los funcionarios públicos que se hallan en connivencia (HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO “*Tráfico de personas: la trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*”, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2009, págs. 17 y 18). En el ámbito regional, las cifras indican que son 250.000 las personas que resultan víctimas de este delito y la ganancia

Es una forma compleja de criminalidad (que, según la Organización de las Naciones Unidas, aporta la tercer fuente de ingresos al crimen organizado a nivel mundial; después del tráfico de estupefacientes y el de armas) en la cual la mercadería que se negocia es el ser humano, susceptible de ser descrita como *“una versión moderna e insidiosa de esclavitud, muchas veces más larvada y disimulada que la institución en su sentido histórico, a punto tal que frecuentemente ni las víctimas –y desgraciadamente en ciertos casos la sociedad también- no tienen cabal conciencia de la gravedad, extensión, injusticia y potencialidad dañosa de este fenómeno delictivo”*<sup>97</sup>.

En efecto, entendida la trata como una forma de comercio, las víctimas constituyen la oferta, en tanto que los explotadores representan la demanda. El ofrecimiento de víctimas tiene su génesis en diversos factores, tales como la pobreza, la falta de estructuras sociales y económicas sólidas, la falta de oportunidades laborales, la violencia y discriminación contra las mujeres y niños, el crimen organizado, la corrupción de las distintas agencias políticas del estado, las guerras, etc. Por el lado de la demanda, están quienes articulan redes de prostitución, turismo sexual y pornografía infantil, aquéllos que buscan mano de obra barata, vulnerable y precarizada para mover sus industrias o los que forman parte del circuito de tráfico y venta ilegal de órganos y tejidos. Y, lógicamente, en medio de la oferta y la demanda están los tratantes, quienes se encargan de acercar y emparejar estas categorías con comprobado éxito<sup>98</sup>. Ello no obsta a que, como ocurre en infinidad de casos, los autores del delito de trata de personas revistan al mismo tiempo la calidad de organizadores o colaboradores de esas estructuras de explotación.

La creciente preocupación de la mayoría de los países del mundo por erradicar este fenómeno se tradujo en numerosos esfuerzos de colaboración en la comunidad internacional a lo largo del siglo pasado<sup>99</sup>; alcanzando su forma definitiva en el año 2000, mediante el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños; que complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada

---

estimada por estas prácticas alcanzan los 31.600 millones de dólares al año (al respecto, ver antecedentes parlamentarios de la Ley de Trata de Personas 26.842, editorial La Ley, año XX, marzo de 2013, N° 2, pág. 4, parágrafo 7).

<sup>97</sup> HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, ob. cit., pág. 16.

<sup>98</sup>Conf. OYAZÁBAL, MARIO J., *“Trata de personas: Un tema emergente en la relación bilateral con los Estados Unidos”*, en Anuario de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, número XIV, Córdoba, año 2005, págs. 106 y 107.

<sup>99</sup>Se pueden citar varios instrumentos internacionales abocados a la trata de personas, entre ellos: el Acuerdo Internacional para la Represión de la Trata de Blancas de 1904; el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, del año 1949; la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata y las Prácticas análogas a la Esclavitud de 1956. Para mayor información, recomiendo ver NIREMPERGER, ZUNILDA – RONDAN, FRANCISCO, ob. cit., pág. 75 y sgtes. Ello descontando, claro está, que los principales tratados de derechos humanos (la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969) prohíben la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus modalidades.

Trasnacional (Convención de Palermo). Y es precisamente en cumplimiento de los compromisos asumidos en este instrumento que el legislador nacional ha dado forma a los artículos bajo análisis<sup>100</sup>.

Las acciones típicas que comprende la figura son diversas, en procura de atrapar las distintas etapas en que se desarrolla esta modalidad delictiva (por ello se conoce a esta figura como un tipo mixto de acciones alternativas). En primer lugar, se criminaliza el *ofrecimiento*, que puede ser entendido como la conducta de quien oferta a terceros la entrega de una persona –que se encuentra en su ámbito de disponibilidad- para que se la utilice en actividades de explotación<sup>101</sup>. También se contempla la *captación*, que tiene lugar cuando el sujeto activo consigue ganar la voluntad, atraer o entusiasmar a quien va a resultar víctima del delito para dar cumplimiento a sus designios (como cuando los tratantes convencen a sus víctimas de que abandonen sus casas y se marchen con ellos, o utilizan agencias de empleo ficticias para atrapar su atención, bajo la promesa de trabajos en otros lugares del país o en el extranjero)<sup>102</sup>.

Por otro lado, *traslado* supone llevar una persona de un lugar a otro, ya sea dentro del país o desde y hacia el exterior<sup>103</sup>. *Acogimiento* es la acción de dar refugio o un lugar donde permanecer a la víctima, que al mismo tiempo permita encubrir su condición de persona bajo explotación. Y *recepción* significa aceptar la guarda de la víctima, aun cuando ésta sea momentánea (se distingue de la acción de acoger por cuanto mientras esta significa dar alojamiento a una persona, aquí tiene que ver con hacerse cargo de ese otro).

Ahora bien, el dolo requerido para configurar el delito no sólo debe abarcar alguno de estos verbos típicos, sino que se requiere además un elemento subjetivo diferente, una ultrafinalidad,

---

<sup>100</sup>Efectivamente, el art. 5 del protocolo mencionado exige a los estados participantes penalizar la trata de personas por medio de la adopción de leyes que prohíban esa conducta. Huelga decir que el combate de la trata de personas en nuestro orden interno no se ha agotado en la sola redacción de las leyes comentadas, sino que además –como viene siendo dicho- ha cristalizado en esfuerzos por garantizar la aplicación y cumplimiento de estos cuerpos legales, especialmente a través del aumento en las acciones penales y las condenas. (OCHOA, GONZALO J. – GULLI, MARÍA BELÉN, “*Trata de personas: la esclavitud del siglo XX*”, en revista Abeledo Perrot Córdoba, fasc. 7, año 2013, pág. 824).

<sup>101</sup>Alejandro Tazza hace notar a este respecto que como lo que se sanciona es el simple ofrecimiento -que incluso puede ser rechazado- la conducta implica necesariamente una etapa previa a las demás acciones contempladas en la norma, es decir, que se da un supuesto de adelantamiento de la punibilidad. (TAZZA, ALEJANDRO O., ob. cit., pág. 64). También vale apuntar que su contracara, la “solicitud” de personas por parte del tratante, continúa siendo un acto impune pese a que presenta el mismo disvalor que el ofrecimiento (al respecto, ver comentario de Magdalena Molina y Federico Trotta en antecedentes parlamentarios de la Ley de Trata de Personas 26.842, ya citado, pág. 181).

<sup>102</sup>Estos son algunos de los ejemplos propuestos por Diego Luciani en su libro “*Criminalidad organizada y trata de personas*”, citado en TAZZA, ALEJANDRO O., ob. cit., pág. 64.

<sup>103</sup>Me interesa señalar que el delito se perfecciona aun cuando la víctima no haya llegado a su destino como sí, por ejemplo, es rescatada en el camino. Asimismo, la acción típica puede ser llevada a cabo tanto por quien transporta a la persona de manera personal como por quien lo hace a través de un tercero (Ej: quien compra los pasajes y se cerciora que ascienda al transporte). Estas observaciones las hace Hairabedián al analizar el verbo típico *transportar*, contenido en el anterior art. 145 bis, término que doctrinariamente se emplea sin distinción con la voz *trasladar*. Al respecto, ver HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, ob. cit., pág. 23.

vale decir, que la acción típica sea realizada *con fines de explotación*. Por ello es que solamente se concibe que el delito pueda cometerse con dolo directo<sup>104</sup>.

Es importante hacer notar que, como el artículo indica que para su aplicación se prescinde del consentimiento de la víctima, la única forma de explotación a la que puede estarse refiriendo es a la explotación sexual de mayores; dado que en las otras hipótesis es imposible que pueda llegar a concurrir el consentimiento (tráfico de órganos, matrimonio *forzoso* o trabajos *forzados*), o se descarta por entero al estar en juego la dignidad del ser humano (esclavitud, reducción a la servidumbre, etc.), o es irrelevante por la incapacidad del menor de dar su consentimiento válidamente (pornografía o prostitución infantil)<sup>105</sup>.

Por ello es que se estima que las otras finalidades de explotación son compatibles con el tipo agravado del artículo 145 ter. Allí se prevé que el ofrecimiento, la captación, el transporte, el traslado, el acogimiento o la recepción puedan tener lugar mediante engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios a una persona que ejerza autoridad sobre la víctima. En todos estos casos –sea por la concurrencia de error, intimidación o la concesión de ventajas económicas- no hay por parte del afectado una voluntad expresada en forma libre y entonces sí resulta factible que pueda ser sujeto pasivo de otras modalidades de la trata que -por definición- van en contra de su consentimiento.

Este artículo prevé además algunos supuestos en los que la víctima -por sus propias condiciones- resulta incapaz de oponer una eficaz resistencia al hecho delictivo, de modo que el autor cuenta con una superior capacidad ofensiva que le garantiza mayores posibilidades de éxito en la empresa criminal. Así, se contempla la posibilidad de que el sujeto pasivo sea una mujer en estado de gravidez, o una persona mayor de los setenta años de edad, o posea una discapacidad física o intelectual (alteración funcional permanente que dificulta su integración en distintos ámbitos sociales), o se encuentre enferma (es decir, esté aquejada por un proceso patológico que afecte el correcto funcionamiento de su organismo), o sea minusválida (en otras palabras, que –por causas distintas de la discapacidad o de la enfermedad- se encuentre imposibilitada de valerse por sí misma).

Otro de los agravantes contemplados en el artículo tiene que ver también con el mayor poder ofensivo de los agentes, esta vez en función de su pluralidad, pues se establece la calificación de la conducta cuando sean tres o más las personas que tomen parte en el ilícito. Como la

---

<sup>104</sup>Conf. BUOMPADRE, JORGE E., “*Trata de personas, migración ilegal y derecho penal*”, ya citado, págs. 76 y 77. Adicionalmente, señala el autor que ante la falta de ese elemento subjetivo de tendencia interna trascendente las conductas que puedan llevarse a cabo nunca habrán de configurar trata de personas, sin perjuicio de que encuadrar en otras figuras delictivas, como coacciones, amenazas, lesiones, privación de la libertad, etc.

<sup>105</sup>Conf. TAZZA, ALEJANDRO O., ob. cit., págs. 62 a 69.

redacción no lo establece, no es preciso que todos los intervinientes revistan la calidad de coautores, ya que la actuación múltiple puede completarse con partícipes primarios y secundarios, siempre que hayan actuado de una manera coordinada –no meramente casual- y que ello se haya traducido en un superior poder de afectación al bien jurídico.

De igual modo, se prevé una respuesta penal más severa cuando las víctimas fueren tres o más, en función de que se busca “castigar más severamente a los tratantes que someten a numerosas personas a sus designios a través de condiciones invalidantes de la voluntad”<sup>106</sup>. Hay una mayor lesión al bien jurídico libertad que –de acuerdo con el criterio del legislador- amerita el castigo diferenciado. Es una agravante de tipo objetiva, similar en características y fines que la del artículo 84 del Código Penal.

Asimismo, es pasible de una sanción superior quien cometiere alguna de las conductas del artículo 145 bis encontrándose a cargo de la víctima, sea por custodia, guardia o resguardo, en virtud de relaciones de parentesco (ascendiente, descendiente, etc.), atribuciones legales (tutor, curador<sup>107</sup>), o convenciones sociales (encargado de la educación, etc.). Son supuestos en los cuales el sujeto activo goza de la confianza de la víctima y se vale de las mayores herramientas psíquicas con que cuenta para influir en su voluntad. Hay un vínculo que le exige al autor el mayor respeto por la libertad (en cualquiera de sus órdenes) de la víctima y es la violación de este deber que fundamenta una mayor punibilidad.

Posteriormente, el artículo agrava la comisión del delito en virtud de la calidad funcional del sujeto activo. Así, hay una mayor respuesta punitiva cuando el autor resulte ser un funcionario público, tal y como se lo define en el artículo 77 del Código Penal, o bien si pertenece a una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Se interpreta que no es preciso que el actor actúe abusando de sus funciones, ni con motivo o en ocasión de ellas (como se demanda en similares supuestos de agravamiento que existen en el código), bastando con la sola condición; de modo que la razón de ser de la calificación solo puede explicarse en la *infidelidad* de quien tiene el deber de obrar en defensa del recto funcionamiento de las instituciones del estado.

También se aumenta la penalidad en función de que se logre consumir la explotación de la víctima de trata. Claro que se está refiriendo a aquellos casos en los cuales quien ofrece, capta, traslada, etcétera, reúne al mismo tiempo la calidad de autor de la explotación, pues de lo

---

<sup>106</sup>TESSEI, BEATRIZ I. – MARTOS, JORGE H. “*Trata de personas. Ley 26.364*”, Editorial Universitaria de la Universidad Nacional de Misiones, Posadas, año 2010, págs. 357 y 358.

<sup>107</sup>Corresponde señalar que los supuestos de tutela y curatela pueden encerrar un problema de doble agravamiento, pues la tutela necesariamente se refiere a menores, circunstancia que autoriza la aplicación de una pena superior, según el último párrafo del artículo 145 *ter*, en tanto que la curatela recae –en la generalidad de los casos- sobre individuos que padecen una enfermedad, minusvalía o incapacidad, lo cual también está específicamente contemplado, como pudo verse unos párrafos más arriba. Al respecto, ver TAZZA, ALEJANDRO O., ob. cit., págs. 102 y 103.

contrario estaría respondiendo por un injusto que no le pertenece, contrariando el principio de culpabilidad.

Por último, está previsto que cuando la persona damnificada por el delito aun no haya cumplido los dieciocho años de edad, corresponderá una pena de diez a quince años de prisión; respuesta penal más rigurosa que la de la redacción anterior, donde se preveía un máximo semejante para los casos en que el menor tuviera menos de trece años de edad.

#### **F) CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA LEY DE PROFILAXIS, NÚMERO 12.331:**

La Ley 12.331 de Profilaxis es un conglomerado de disposiciones de naturaleza diversa, pues comprende normas de carácter civil (como por ejemplo, la tipificación de ciertas enfermedades venéreas como impedimentos matrimoniales), administrativo (abolición de las casas de tolerancia en todo el país) y, en lo que aquí interesa primordialmente, penal<sup>108</sup>.

En su mayoría, procuran sistematizar el tratamiento sanitario-asistencial de las enfermedades venéreas mediante la prevención del contagio y la atención de los afectados. En tal sentido, se destaca la creación –por disposición del artículo 2- de la sección “Profilaxis de las enfermedades venéreas” en el ámbito del Departamento Nacional de Higiene; cuya actividad actualmente es canalizada a través de la Secretaría de Programas Sanitarios del Ministerio de Salud de la Nación, dentro del “Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica”. Le cabe a esta dependencia la tarea de desarrollar proyectos para mejorar la educación sexual de la población; o bien políticas para evitar que los medicamentos que traten estas enfermedades tengan elevado costo (de conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 11).

Se pueden citar también como expresiones del espíritu de la ley aquellas disposiciones que intervienen en la vida civil imponiendo prohibiciones (como la de contraer matrimonio padeciendo una enfermedad venérea en período de contagio, de acuerdo con el artículo 13), deberes (como la obligación del afectado de hacerse atender por un médico estando en período contagioso, en virtud de lo estipulado en el artículo 7) e incluso medidas coactivas (hospitalización forzosa para quienes no se sometían voluntariamente a tratamiento y se encuentran durante la fase de máximo contagio de la enfermedad, según el artículo 9).

En este punto del desarrollo de las consideraciones, me permito detenerme para delimitar la noción de *enfermedad venérea*, cuestión que –a mi entender- es medular para interpretar lo que

---

<sup>108</sup>Amén del art. 17, cuyo estudio constituye materia del trabajo, la ley establece en el art. 18 que responderá con la pena del art. 202 del Código Penal (3 a 15 años, en casos de propagación de una enfermedad peligrosa y contagiosa) quien, sabiéndose portador de una enfermedad venérea transmisible, contagie a otra persona.

este esfuerzo legislativo representa. La ley no trae definiciones al respecto, de modo que es preciso acudir a otras disciplinas para despejar la incógnita.

Una aproximación al concepto sugiere que es la enfermedad “*que es contagiosa y habitualmente se contrae por el trato sexual*”<sup>109</sup>; en tanto la doctrina médico-legal explica que dentro de esta categoría cabe incluir a la sífilis, la blenorragia y el chancro blando, las cuales –precisamente, son las que aparecen mencionadas en los debates parlamentarios de la Ley 12.331. Estas proposiciones obligan a pensar sobre si, en atención a que la actualidad el Estado no persigue con igual ahínco estas enfermedades, cabe un respeto histórico al ámbito de lo prohibido<sup>110</sup> o bien si debe ampliarse el espectro del injusto hacia enfermedades de descubrimiento más reciente, como el sida<sup>111</sup>.

Actualmente denominadas enfermedades de transmisión sexual (en tanto la locución *venéreo* alude a la diosa romana del amor, Venus, y ha suscitado reclamos por parte de movimientos feministas), conforman uno de los grupos de enfermedades infecciosas que pueden ser adquiridas a través de contactos genitales sin adecuada protección. Se clasifican en enfermedades de origen bacteriano (gonorrea, sífilis, chlamydia trachomatis, linfogranuloma venéreo y chancro blando), enfermedades virales (virus del papiloma humano, herpes genital, hepatitis B –que también puede ser transmitida por esta vía-, carcinoma hepato celular primario y virus de la inmunodeficiencia humana -o HIV en su sigla anglosajona-) y enfermedades parasitarias (trichomoniasis vaginal)<sup>112</sup>.

Dentro de las disposiciones conminadas con pena, se encuentra el art. 17, destinado a completar el cuadro de infracciones que pueden darse en torno a la prostitución, ya que sanciona supuestos particulares en los cuales no se requiere el uso de violencias o de medios coactivos, bastando

---

<sup>109</sup>Definición de la Real Academia Española, obtenida a través de la consulta al sitio web [www.rae.es](http://www.rae.es).

<sup>110</sup>Al respecto, Zaffaroni, Alagia y Slokar señalan que “(u)n tipo penal no puede erigirse en instrumento para la criminalización indiscriminada. El respeto histórico del ámbito real de lo prohibido se impone en la legalidad porque, de lo contrario, la simple omisión de las agencias políticas extendería de modo inaudito las prohibiciones punitivas (...) La criminalización primaria se establece por acción de las agencias políticas y no por sus omisiones” (ZAFFARONI, EUGENIO R. – ALAGIA, ALEJANDRO – SLOKAR, ALEJANDRO “*Derecho Penal. Parte General*”, editorial Ediar, Buenos Aires, año 2000, pág. 113).

<sup>111</sup> La cuestión se complejiza de tener en consideración que un análisis integral de la norma indica que, de ser considerado el sida como una enfermedad venérea, supone un impedimento para contraer matrimonio, tal y como lo estipula el artículo 13 de la Ley 12.331. Es así que, teniendo en consideración que, a diferencia de las enfermedades mencionadas, el sida es incurable, de tomarla como condición de prohibición se estaría quebrantando seriamente el principio de igualdad e incluso se estaría llevando a cabo una práctica discriminatoria; contrariando lo previsto en el art. 1° de la Ley 23.592 (Conf. D’ ALESIO, ANDRÉS J. (Dir.) – DIVITO, MAURO A. (Coord.) “*Código Penal de la Nación. Comentado y anotado. Tomo III: Leyes especiales comentadas*”, segunda edición, editorial La Ley, Buenos Aires, año 2011, págs. 88 a 91).

<sup>112</sup>Conf. COTAIMICH, HENRY, “*Enfermedades de Transmisión sexual*”, en VILLADA, JORGE L., “*Delitos sexuales y trata de personas*”, tercera edición, editorial La Ley, Buenos Aires, año 2017, págs. 867 a 888.

con que exista una explotación de mayores de edad que válidamente consientan ejercer este oficio.

Establece el tipo penal en análisis que *“Los que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente, casas de tolerancia, serán castigados con una multa de doce mil quinientos a veinticinco mil pesos (multa actualizada conforme a la ley 24.286). En caso de reincidencia sufrirán prisión de uno a tres años, la que no podrá aplicarse en calidad de condicional. Si fuesen ciudadanos por naturalización, la pena tendrá la accesoria de pérdida de la carta de ciudadanía y expulsión del país una vez cumplida la condena; expulsión que se aplicará, asimismo, si el penado fuese extranjero”*.

Son casos en los cuales resultan pasibles de sanción penal aquellos individuos que actúan como intermediarios de la actividad; no ya en relación a personas (los trabajadores sexuales), sino en función de un vínculo con el lugar donde se ofrecen favores sexuales a cambio de dinero. Con la sanción de esta ley se pasó a prohibir en todo el territorio nacional la instalación de casas, locales o establecimientos en los cuales se ejerza la prostitución o se incite a ella, al tiempo que se reprime la conducta de quienes administren, sostengan o regenteen dichas casas.

En apretada síntesis, y sin perjuicio de que el tema será materia de un posterior desarrollo, puede decirse que las razones que informan la redacción de esta norma apuntan al resguardo de la salud de la población en general; en la inteligencia de que *“es una amenaza mucho más seria para la salud pública la prostituta que puede recibir clientes todo el día sin moverse de su casa, que la prostituta ambulante, que debe buscar sus amantes ocasionales en la vía pública o en lugares de esparcimiento, con la consiguiente pérdida de tiempo y con las cortapisas que imponen ordenanzas policiales y municipales”*<sup>113</sup>.

Entonces, receptando una ideología que –mas allá de numerosas vicisitudes legislativas- ha sabido perdurar desde su redacción, la ley reprime la explotación de una casa de tolerancia con justificación en que esta actividad *“genera el peligro remoto pero cierto (como en la tenencia insignificante para uso personal y privado, de estupefacientes) de afectar la salud de los demás por falta de control sanitario”*<sup>114</sup>.

Por ello es que la Ley de Profilaxis se ha presentado desde un inicio como *“un plan metódico de guerra a las enfermedades venéreas, plan que está integrado por una serie de disposiciones convergentes todas ellas hacia el logro de la meta indicada: la tutela de la salud pública contra la amenaza que para ella implica la difusión de los males venéreos”*<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup>AFTALIÓN, ENRIQUE, ob. cit., pág. 111.

<sup>114</sup>Del voto del Dr. Campos en: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala IV, 5/06/1.989 *“Nino, Claudia”* (publicado en LA LEY 1989-E, 298).

<sup>115</sup>AFTALIÓN, ENRIQUE, ob. cit., pág. 109.

### **G) DERROTERO HISTÓRICO DE LA LEY DE PROFILAXIS ANTIVENÉREA:**

Antes de la sanción de la Ley 12.331, la prostitución estaba regulada mediante disposiciones aisladas, todas ellas de marcado corte reglamentarista; siguiendo una tendencia mundial generalizada establecida desde el último tercio del siglo XIX<sup>116</sup>.

Claro ejemplo de ello es la ordenanza sobre Moralidad y su Reglamentación, del año 1919, por medio de la cual se establecía que la prostitución sólo podría practicarse en casas independientes donde viviera una sola mujer, sin que pudieran concurrir otras (salvo las que pertenecieran al servicio doméstico y que tuvieran más de cuarenta y cinco años de edad). Esta disposición se vio complementada por otra ordenanza del año 1927, que prohibía más de un prostíbulo unipersonal por cuadra, así como también que se coloquen en los inmuebles signos exteriores que delaten ante los transeúntes las actividades que se desarrollan dentro.

En paralelo a esta autorización condicionada, se castigaba duramente la prostitución clandestina; tal y como surge de los precedentes del código penal, del código de 1886, de la Ley de reformas 4.189, de la llamada Ley Palacios 9.143 y del código vigente desde el año 1921<sup>117</sup>.

Sin embargo, las medidas no estuvieron acompañadas por un adecuado programa de prevención de enfermedades, y ello determinó el fracaso de la implementación del modelo en materia de profilaxis antivenérea<sup>118</sup>. Por ello es que en el año 1934 el Consejo Deliberante de Capital Federal sancionó la ordenanza municipal 5.932 y con ella suprimió los prostíbulos unipersonales.

Se había vuelto imperiosa la necesidad de un cambio de paradigma, una modificación de la forma de concebir y tratar la cuestión; que es lo que en definitiva vino a proponer la ley en estudio. Su impulsor fue el diputado Ángel Giménez, un cruzado en la lucha por la adopción de medidas de profilaxis; que desde 1919 venía generando proyectos en ese sentido en el ámbito de la legislatura porteña.

---

<sup>116</sup>El primer antecedente sobre la materia que se toma en cuenta en nuestro país es el Proyecto de Código Penal del año 1906, que preveía en su art. 131 prisión de seis meses a cuatro años para quien por medio de fraude, o con violencia o coerción, hubiere detenido, facilitado o permitido la detención de una persona contra su voluntad en una casa de prostitución, o la hubiere obligado a entregarse a esta práctica. Sin embargo, esta disposición u otra similar no formaron parte de la normativa del Código de 1.921. Al respecto, ver FIGARI, RUBÉN E., ob.cit., pág. 343.

<sup>117</sup>ESTRELLA, OSCAR A., obr. cit., pág. 183.

<sup>118</sup>Jiménez de Asúa niega categóricamente utilidad a este tipo de regulación, con estas palabras: *“como método de reglamentación no podía ser peor: la mujer que por la mañana comenzaba en plena salud a ejercer su oficio (...) a las pocas horas de practicar febrilmente su triste menester, sin tiempo ni para lavarse, estaba fatalmente infectada y aptísima para transmitir los gérmenes, recién capturados, a los que se agolpaban en el pasillos aguardando el placer”*. Al respecto, ver cita en TAZZA, ALEJANDRO O., ob. cit., págs. 235 y 236.

Las marcadas influencias que se reconocen a su proyecto son básicamente dos: a) la ley alemana del año 1927, de Lucha Contra las Enfermedades Sexuales, propulsora de un cambio en el tratamiento legal de la prostitución, pues no castigaba a quien la ejerciera sino a los terceros vinculados a actividades conexas: la trata de blancas, el proxenetismo y el *racolage* (reclutamiento); b) el proyecto español del año 1932, también abolicionista, que no sólo contemplaba el castigo para los explotadores de una casa de tolerancia, sino que adicionalmente contenía disposiciones de carácter sanitario (tratamiento médico obligatorio, denuncia médica para quienes abandonen la asistencia, la hospitalización forzosa y gratuita, descubrimiento de focos de contagio, etc.) para dar una atención integral al flagelo de las enfermedades de transmisión sexual<sup>119</sup>.

Luego de recibir tratamiento y modificación en ambas cámaras del Congreso, el 17 de diciembre de 1936 se convirtió en ley, reglamentada por el poder ejecutivo en abril de 1937, momento a partir del cual nuestro país adoptó el sistema abolicionista (ya conceptualizado); toda vez que pasó a prohibirse la instalación de casas o locales donde se ejerza la prostitución o se incite a ella, y se castiga a quienes participen de la actividad bajo determinadas formas<sup>120</sup>.

Ahora bien, la circunstancia de que esta normativa rija hasta nuestros días no equivale a decir que el camino por ella trazado haya sido siempre lineal; sino que, por el contrario, puede definírselo como errático y plagado de contrasentidos.

En el año 1944 se promulgó el decreto 10.638 -ratificando posteriormente por la ley 12.912, de 1946- que alteró de manera sustancial el sistema abolicionista imperante a través de la inclusión de cláusulas de neto corte reglamentarista. Efectivamente, el artículo 15 modificado contempló la posibilidad de establecer casas de tolerancia si su funcionamiento lo autorizaba la Dirección Nacional de Salud Pública, con aprobación del Ministerio del Interior. Por su parte, el artículo 17 no consideraba delito las tareas de gestión o administración realizadas por mujeres en los establecimientos autorizados según el art. 15<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup>TAZZA, ALEJANDRO O., ob. cit., pág. 237. Tampoco debe descartarse como fuente de influencia la Convención de París del año 1921, donde se acordó la necesidad de adoptar disposiciones relativas a establecer penalidades para tratantes y proxenetas, y la Conferencia Internacional de Unificación del Derecho Penal de Madrid de 1931, que recomendaba el castigo del *racolage* como del *sosteneur* cuando se aprovechaba de las ganancias del ejercicio de la prostitución.

<sup>120</sup>A decir de Aftalión, su implementación habría de suponer un duro golpe a las actividades del proxeneta, que —como ya se verá con mayor detalle, en el capítulo siguiente- había alcanzado en nuestro país una gran difusión y desarrollo, así como también ayudaría a la erradicación de la trata de mujeres en argentina. La profecía del autor —expresada hace más de cincuenta años atrás- no se vio del todo cumplida, fundamentalmente en lo que se refiere a la trata de personas, fenómeno que —como se vislumbra de lo previamente expuesto- ha experimentado en los últimos tiempos un crecimiento notable en Argentina y en el mundo. Al respecto, ver BUOMPADRE, JORGE E., “*Trata de personas, migración ilegal y derecho penal*”, ya citado, pág. 225.

<sup>121</sup>ESTRELLA, OSCAR A., obr. cit., pág. 185. El art. 17 preveía adicionalmente que “*el simple ejercicio de la mujer en su casa, en forma individual e independiente, sin afectar el pudor público, no constituye el delito*”

En 1954, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 22.532, por el cual delegaba en los gobiernos de las provincias y en la Intendencia de Buenos Aires la facultad de autorizar la apertura de prostíbulos patentados. En virtud de esta disposición, se autorizó el funcionamiento de prostíbulos en zonas militares o navales, como Comodoro Rivadavia, Río Gallegos, San Carlos de Bariloche, Uspallata y Campo de los Andes de Mendoza, Zapala, Puerto Belgrano, Ushuaia y Rio Grande<sup>122</sup>.

El decreto 22.352, de 1954, amplió la tendencia reglamentarista al brindar a los gobiernos de las provincias y al municipio de Capital Federal la facultad de autorizar la instalación de casas de tolerancia; la cual hasta entonces era privativa de la Dirección de Salud Pública. No obstante, esta disposición tuvo poca vigencia, puesto que la sucedió el decreto 4.863, del año 1955, que la derogaba; aunque este último –por extrañas circunstancias- recién fue publicado en el Boletín Oficial y adquirió carácter obligatorio en 1959<sup>123</sup>.

Sin embargo, el decreto 10.638 continuó siendo de aplicación y por ello Salud Pública siguió autorizando casas de tolerancia hasta que en el año 1965 se dictó la Ley 1.666, que derogó aquella norma y estableció un regreso a la redacción originaria de los artículos 15 y 17 de la Ley 12.331; de modo que volvió a cobrar vigencia la prohibición de los prostíbulos y la criminalización indiscriminada de aquéllos que revistan calidad de sostenedores, administradores o regentes de dichos establecimientos<sup>124</sup>.

Por otra parte, la ley 21.338, del año 1976, derogó el art. 17 de la Ley 12.331, de suerte tal que, hasta el año 1984, las acciones atrapadas por esta norma importaban conductas no punibles. En la fecha indicada, la Ley 23.077 derogó la anterior y el art.17 recobró su vigor y lo mantiene hasta la actualidad, toda vez que la reforma posterior (propuesta por la Ley 25.807, del año 2003) no ha afectado su contenido en ningún sentido<sup>125</sup>.

#### **H) SOBRE LA FIGURA PENAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 12.331:**

Luego de que el artículo 15 establezca de modo general “*Queda prohibido en toda la República el establecimiento de casas o locales donde se ejerzan la prostitución, o se incite a ella*”, el 17

---

*penado en este artículo*”, haciendo explícito de tal suerte el criterio expuesto en un plenario de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, del año 1940.

<sup>122</sup>Conf. ESTRELLA, OSCAR A., obr. cit., pág. 185 y TAZZA, ALEJANDRO O. “*La trata de personas*”, ya citado, pág. 239.

<sup>123</sup>Conf. ESTRELLA, OSCAR A., obr. cit., pág. 185 y TAZZA, ALEJANDRO O. “*La trata de personas*”, ya citado, pág. 239.

<sup>124</sup>Conf. ESTRELLA, OSCAR A., obr. cit., pág. 186. Esta solución legislativa obedeció fundamentalmente a la búsqueda de adaptar las disposiciones de derecho interno a las exigencias del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Represión de Trata de personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949, ratificado por el Decreto-Ley 11.925 del año 1957.

<sup>125</sup>FIGARI, RUBÉN E., ob.cit., pág. 312.

trae un tipo penal que –bien vale la reiteración- está configurado del siguiente modo: “*Los que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente, casas de tolerancia, serán castigados con una multa de doce mil quinientos a veinticinco mil pesos. En caso de reincidencia sufrirán prisión de 1 a 3 años, la que no podrá aplicarse en calidad de condicional. Si fuesen ciudadanos por naturalización, la pena tendrá la accesoria de pérdida de la carta de ciudadanía y expulsión del país una vez cumplida la condena, expulsión que se aplicará, asimismo, si el penado fuese extranjero*”.

La primer pregunta que a mi entender cabe formularse luego de leer la formulación es qué debe entenderse por casa de tolerancia<sup>126</sup>, es decir, cuáles son los alcances de ese elemento descriptivo sobre el cual recae el accionar típico.

De acuerdo con algunos autores, es una infeliz expresión tomada en sentido literal del término francés *maison de tolerance*, empleado para designar a aquellas casas cuyo funcionamiento admitía el sistema reglamentarista otrora imperante en dicho país; explicable como “*la existencia de locales o casas en las cuales las prostitutas ejercen su oficio por cuenta de terceros, mediante la posesión de un permiso de las autoridades públicas para la explotación de tales casas*”<sup>127</sup>.

Una primera aproximación al término apunta a que es el “*local donde generalmente varias prostitutas conviven y ejercen su oficio*”<sup>128</sup>; de suerte tal que su característica principal residiría en “*la realización habitual de actividades sexuales por el pago de un precio, con personas indeterminadas que allí concurren*”<sup>129</sup>. Sin embargo, esta idea requiere de algunos complementos intelectuales para lograr una comprensión más acabada del ámbito de prohibición que plantea la norma.

Tradicionalmente, se ha sostenido que es el local con acceso al público donde varias personas (moren allí o no) ejercen la prostitución de manera habitual; manejado por un tercero (proxeneta)

---

<sup>126</sup>Destaco que, más allá de en el trabajo se usaran unas pocas acepciones, son muchos los sinónimos que sirven para denominarla: *burdel, mancebía, lupanar, casa pública de mujeres mundanas, casa de camas, casa de trato, casa llana, quilombo, puterío, prostíbulo, casa de lenocinio, privados, casa de masajes*, etcétera.

<sup>127</sup>Expresión formulada en la obra *L'abolition des maisons de tolerance, Comité de la Traite de Femmes et des Enfants*, Ginebra 1934, citado en FAINBERG, MARCELO H., ob. cit., pág. 24.

<sup>128</sup>Definición de Soler, transcrita en ocasión del fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala V, 26/09/2.008, “*Chanquia, Cristian Marcelo*” (publicado en Sup. Penal 2.008 –noviembre-, 55 - LA LEY 2008-F, 6,18).

<sup>129</sup>TAZZA, ALEJANDRO O., “*La Ley de profilaxis antivenérea y la afectación a la salud pública*”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, editorial La Ley, año 1, número 2, octubre de 2011, pág. 41. Este criterio ha sido relevado de los fallos: a) fallo “*Nino, Claudia*” (ya citado), y b) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala IV, 1/06/1.982, “*Minardi de Ponteri*”, los cuales han sido tenido en vista en oportunidad de estudiar el tema.

o bien por alguna de las personas que se prostituyen. Es el lugar *“en donde se practica o se incita el comercio sexual de personas y se explota tal actividad por terceros participantes”*<sup>130</sup>.

Es necesaria, entonces, la concurrencia de tres elementos sustanciales para comenzar la delimitación, a saber: el libre acceso por parte del público, la afluencia de clientes o concurrentes y la habitualidad en el ejercicio de la prostitución.

Efectivamente, el local será considerado como un prostíbulo en la medida que posibilite el ingreso a personas indeterminadas que así lo requieran. Aftalión hace a este respecto la salvedad de que la característica de libre acceso no desaparece a pesar de que el público deba cumplir ciertos requisitos, relacionados con el secretismo que puede rodear estas actividades (por ejemplo, invocar el nombre de una determinada persona o exhibir una contraseña especial); siempre que cualquiera pueda cumplirlos sin contralor adicional alguno<sup>131</sup>.

Asimismo, si no hay afluencia de clientes es imposible afirmar razonablemente que alguien sostiene, administra o regatea una casa de tolerancia; aun cuando en el lugar se hayan dado situaciones aisladas de encuentros sexuales pagados. Es que el prostíbulo es, en un sentido interpretativo amplio, un local comercial que requiere para funcionar de una cantidad medianamente regular de individuos decididos a pagar por los servicios que allí se ofrecen.

La habitualidad es también una exigencia ineludible, pues si los habitantes no se entregan por dinero, o sólo lo hacen de manera accidental u ocasional, no estarán ejerciendo la prostitución y, por tanto, decae la posibilidad de considerar a ese sitio como una casa de tolerancia en el sentido previsto por el tipo penal sometido a análisis.

También conviene tener presente que el artículo contiene dos expresas referencias de modo, es decir, dos formas de llevar a cabo las conductas típicas, a saber: el despliegue ostensible de las actividades, que se da en supuestos en que es patente para el tercero observador que allí se ejerce la prostitución (local a la calle, con ofrecimiento explícito de favores sexuales por dinero), o bien encubierto, que se da cuando el trabajo sexual se desarrolla al amparo de alguna forma de ocultamiento (lugares privados, sin acceso irrestricto al público)<sup>132</sup>.

Sobre la actividad que debe desarrollarse en la casa de tolerancia, menester es dejar en claro que no deben confundirse los actos de explotación del establecimiento con la consumación de

---

<sup>130</sup>Definición traída en la Resolución PGN N° 99/09 (del 24 de agosto de 2009) de la Procuración General de la Nación, en la cual se instruye a los fiscales en materia penal de todo el país en distintos aspectos relacionados con la investigación de la trata de personas y delitos conexos, como es el previsto por el art. 17 de la Ley 12.331.

<sup>131</sup>AFTALIÓN, ENRIQUE, ob. cit., pág. 111.

<sup>132</sup>D' ALESIO, ANDRÉS J. (Dir.) – DIVITO, MAURO A. (Coord.), ob. cit., pág. 117.

los favores sexuales; pues esta puede ocurrir en un lugar distinto sin que por ello se vea afectada la noción legal, bastando con que en el local se incite a la prostitución<sup>133</sup>.

A estos elementos fundacionales, considero que debe agregarse la presencia de un intermediario, es decir, de una persona involucrada con rédito económico de la actividad, pero ajena a quien comercia con su cuerpo o a quien paga por el favor sexual. Esto quiere decir que si una persona que se prostituye regentea la actividad de otra u otras responderá penalmente en función del art. 17, aunque no por su propia actividad; sino en virtud de su rol como proxeneta de terceros. De igual modo, aun cuando el intermediario pague por algún servicio sexual en el local, estará igualmente comprometido penalmente por su rol de sostenedor, regente o administrador. Contrariamente, no habrá casa de tolerancia a los efectos de la ley cuando sea el trabajador sexual quien sostiene o administra el lugar en el que, individual e independientemente, ejerce la prostitución<sup>134</sup>.

En cuanto al sujeto pasivo, una aproximación al tema indicaría que –tratándose de un bien jurídico de naturaleza colectiva- no hay persona de existencia física sobre la cual el accionar típico ha de recaer. Sin embargo, de atender a que en el debate parlamentario que le dio vida a la ley hay concretas referencias a que se procura adicionalmente la protección de la libertad y la dignidad de quien se prostituye, cabría asignarle a la persona que trabaja con su cuerpo (siendo mayor de edad y en pleno uso de su capacidad de autodeterminación) el rol de destinatario inmediato de la acción<sup>135</sup>.

A mi entender, esta concepción es inaceptable por varias razones, algunas de las cuales serán específicamente tratadas al hablar de la problemática asociada al bien jurídico; permitiéndome de momento señalar que se aprecia como una absoluta contradicción de sentidos hablar de la protección de la libertad de la prostituta cuando es condición ineludible para la aplicación de la figura que ésta desarrolle sus actividades con autonomía de ánimo. Si, efectivamente, mediase inducción o mecanismo coactivo, la problemática generada a raíz del hecho sería reconducida a alguna de las figuras de la parte especial del Código Penal; de modo que perdería toda lógica

---

<sup>133</sup>Conf. fallo “*Nino, Claudia*”, ya citado.

<sup>134</sup>Conf. ESTRELLA, OSCAR A., obr. cit., pág. 184. Destaca además el autor que, en el año 1940, la Cámara Criminal y Correccional de la Capital -en pleno- sostuvo que el simple ejercicio de la prostitución, por la mujer, en forma individual e independiente, en un local, configuraba la infracción prevista y reprimida por el art. 17 de la ley 12331. La resolución supuso extender analógicamente los alcances de la ley 12.331, estableciendo el delito de ejercer la prostitución a la manera prohibicionista. Hubo un fuerte rechazo por parte de la doctrina y por eso es que, con posterioridad, la jurisprudencia retomó la interpretación original, relativa a no considerar a la prostitución en sí misma pasible de sanción penal.

Este es un criterio que se mantiene en las resoluciones judiciales más recientes. A manera de ejemplo, cito lo expresado por la Sala I de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de Capital Federal en la causa 27. 586 “*Ramírez Flores*” (del 13-3-2006): “*Queda fuera el caso de la prostitución ejercida en privado en casa o domicilio, aun cuando se trate de un grupo de trabajadores que se dividan los gastos o el mantenimiento del lugar*”.

<sup>135</sup>D’ ALESIO, ANDRÉS J. (Dir.) – DIVITO, MAURO A. (Coord.), ob cit., pág. 114.

mantener la prohibición cuando se superpone totalmente con otras igualmente contempladas en el sistema punitivo.

En cuanto a la dignidad, soy de la opinión que, en este contexto, la terminología se aprecia como expresión de una pretensión moralizante (hipótesis para nada aventurada, teniendo en cuenta el discurso criminológico propio de la época) antes que una sincera preocupación por la situación de la persona que se prostituye. Semejante ejercicio del paternalismo estatal choca frontalmente con posturas más recientes que -en consonancia con la propuesta del artículo 19 de la Constitución Nacional- propugnan el mayor de los respetos por la decisión del individuo acerca de cómo conducir su vida; a condición de que no interfiera negativamente en la esfera de prerrogativas de terceras personas.

Por todo lo dicho, opino que no cabe asistir razón a aquéllos que pretenden incluir afectaciones de bienes jurídicos que adolecen de toda proyección práctica o que cristalizan pautas valorativas propias de las clases dominantes; a consecuencia de lo cual se rechaza de plano la idea de considerar al trabajador sexual como sujeto pasivo del delito. Máxime teniendo en cuenta que los términos literales de la norma reclaman que el sujeto activo despliegue su actividad sobre el local donde se ejerce la prostitución; sin prever ningún modo de injerencia particular sobre la prostituta.

En cuanto a los verbos típicos, se ha dicho que el término *sostener* fue empleado por la ley de acuerdo con su sentido gramatical, equivalente a instalar o sustentar, que coincide con el término "*sosteneur*", propio de la legislación francesa<sup>136</sup>. Su primera acepción es sustentar o mantener firme algo<sup>137</sup> y se traduce en "*obtener un local, dotarlo de los enseres necesarios, costear su funcionamiento, afrontar los gastos inherentes y dedicarlos al ejercicio de la prostitución*"<sup>138</sup>. El sostenedor de una casa de tolerancia es, entonces, aquel que la tiene o la mantiene, o bien quien presta el apoyo o auxilio material necesarios para que el local cumpla con su actividad comercial<sup>139</sup>. Es quien hace los aportes económicos, financieros, edilicios o de otra índole que permiten el funcionamiento de estas casas de tolerancia<sup>140</sup>.

A mi entender, es el caso de la persona que aporta el inmueble (cualquiera sea el título por el cual lo tiene) a sabiendas de las actividades que allí se habrán de desarrollar, o de quien realiza un significativo aporte dinerario a la empresa, o que con otros bienes indispensables contribuye

---

<sup>136</sup>Conf. JIMÉNEZ DE ASÚA, citado en TAZZA, ALEJANDRO O., "*La Ley de profilaxis antivenérea y la afectación a la salud pública*", ya citado, pág. 42.

<sup>137</sup>Según la página web de la Real Academia Española ([www.rae.es](http://www.rae.es)).

<sup>138</sup>Definición traída por el Juez Villegas Basavilbaso, en la causa "*Babaro, María Elena y otro*", citada en AFTALIÓN, ENRIQUE, ob. cit., pág. 107.

<sup>139</sup>Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala I, 5/03/1.999 "*P., A.*" (publicado en J.A 1999-II-292).

<sup>140</sup>Conf. TAZZA, ALEJANDRO O., "*La Ley de profilaxis antivenérea y la afectación a la salud pública*", ya citado, pág. 41.

a su puesta en marcha o mantenimiento (armado de las instalaciones, aprovisionamiento, etc.), o de aquél que obtiene –con argucias, invocando actividades comerciales falaces o bien mediante sobornos- la habilitación municipal del local necesaria para funcionar<sup>141</sup>. En resumidas cuentas, lo que la ley exige en este supuesto es que el sujeto activo, de algún modo, coadyuve a la existencia y mantenimiento del lugar<sup>142</sup>.

*Administrar* tiene que ver con gobernar, regir o cuidar intereses (que pueden ser propios o ajenos)<sup>143</sup>. Así, aquél que se desempeña como administrador tiene el manejo efectivo del prostíbulo “*participando de un ejercicio de autoridad tendiente a ordenar, disponer u organizar los movimientos y el funcionamiento de dichos sitios*”<sup>144</sup>. Un supuesto típico de administrador lo representa el encargado, que realiza los pagos demandados por el giro comercial de la actividad, que atiende a los proveedores y al mismo tiempo es la *cara visible* ante la clientela; en caso de que resulte necesario. También es aquel que recibe los pagos adelantados por las *copas* (que abonan los clientes para compartir una bebida con las prostitutas) y los *pases* (término que alude a la concreción de los favores sexuales) y, en este último caso, les asigna un cuarto o pieza dentro del complejo o da el visto bueno para que vayan a algún alojamiento cercano<sup>145</sup>.

Finalmente, se pueden catalogar como *regentes* de una casa de tolerancia a aquellas personas que tienen a su cargo el local en una calidad similar a la de los dueños o propietarios; de modo que la dirigen o la gobiernan como inmediatos inferiores jerárquicos de éstos (que, como ya se ha visto, sostienen el comercio)<sup>146</sup>. Son las personas ante quienes las prostitutas, los encargados y otros empleados del negocio rinden cuentas de su desempeño, quienes entrevistan y dan trabajo a todos los que cumplen funciones en el establecimiento, los que toman decisiones trascendentales en la actividad y que sólo responden ante los propios dueños del local. En palabras de Aftalión, sería el caso propio del llamado proxeneta<sup>147</sup>.

En resumen: “(l)a casa de tolerancia es un local, sostenido, administrado o regentado, ostensible o encubiertamente, por un proxeneta o tenido por la propia prostituta, donde pública o clandestinamente se ejerce habitualmente la prostitución por mujeres. Es sostenedor de una

---

<sup>141</sup>Así, la justicia ha dispuesto el procesamiento de los imputados por ser considerados verdaderos sostenedores de las casas de tolerancia, en función de que éstos figuraban como firmantes del contrato de locación de las fincas donde se ejercía la prostitución organizada (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV 4°, 17/4/2001, “*Teti, Roxana*” e ídem Sala VI, 21/2/2003, “*Pasarelli, A.*”, citados en ROMERO VILLANUEVA, HORACIO J., “*Código Penal de la Nación Anotado*”, segunda edición, editorial Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, año 2006, pág. 497.

<sup>142</sup>D’ ALESIO, ANDRÉS J. (Dir.) – DIVITO, MAURO A. (Coord.), ob cit., pág. 115.

<sup>143</sup>Conf. AFTALIÓN, ENRIQUE, ob. cit., pág. 107.

<sup>144</sup>TAZZA, ALEJANDRO O., “*La Ley de profilaxis antivenérea y la afectación a la salud pública*”, ya citado, pág. 42.

<sup>145</sup>Ídem al anterior.

<sup>146</sup>Ídem al anterior.

<sup>147</sup>Conf. TAZZA, ALEJANDRO O. “*La trata de personas*”, ya citado, pág. 250 y TAZZA, ALEJANDRO O., “*La Ley de profilaxis antivenérea y la afectación a la salud pública*”, ya citado, pág. 42.

*casa de tolerancia el que la tiene o mantiene, o presta apoyo o auxilio material para que el local sirva para su fin. El que tiene la autoridad en el gobierno del prostíbulo es su administrador, y el que como empleado o subordinado participa en ese gobierno, es regente*<sup>148</sup>. Así, *“no sólo es punible quien sólo se beneficia de la promiscua actividad realizada por un tercero, sino quien lucre al participar en la propiedad o la administración de un lenocinio, es decir, quien asuma a modo de empresa la explotación de esa conducta*<sup>149</sup>.

Claro está que en un mismo sujeto puede recaer más de un rol, caso en el cual se entenderá que consumó el delito con la primera conducta típica; resultando la o las restantes –al tratarse de un delito continuado- manifestaciones de una afectación más intensa al bien jurídico<sup>150</sup>

En este esquema, la prostituta no incurre en delito alguno por el simple ejercicio de la prostitución<sup>151</sup>, sino que será pasible de reproche penal cuando participe (sosteniendo, administrando o regenteando) de la explotación de una casa de tolerancia. Así como quien solo se dedica al trabajo sexual no debe responder penalmente, tampoco son alcanzados por el artículo comentado aquellas personas que concurren como clientes y pagan por los favores. Están asimismo excluidos aquellos que se vinculan comercial o contractualmente con el negocio de un modo distinto al previsto por la norma (como es el caso de los proveedores, de las agencias inmobiliarias, de las empresas prestatarias de servicios públicos, etcétera). Menos aún responderán los dueños y el personal subalterno de los hoteles alojamiento donde se terminen concretando los encuentros<sup>152</sup>.

También conviene aclarar que, en tanto no reúnan adicionalmente alguna de las calidades arriba señaladas, los mismos empleados del prostíbulo (los lava copas, los camareros, los cajeros, los empleados de seguridad, los porteros, etc.) no pueden ser sujetos activos del tipo penal analizado, por el sólo cumplimiento de ese rol<sup>153</sup>.

---

<sup>148</sup>Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala I, 5/03/1.999, “P., A.” (publicado en J.A 1999-II-292).

<sup>149</sup>Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala IV, causa 21.188, 30/04/03, “Morrone, Patricia”.

<sup>150</sup>D’ ALESIO, ANDRÉS J. (Dir.) – DIVITO, MAURO A. (Coord.), ob cit., pág. 118.

<sup>151</sup>Soler tiene dicho a este respecto que *“(e)s indudablemente inadecuado decir que la mujer que ejerce la prostitución “sostiene” una casa de prostitución o que la “administra” o “regentea”. Lo cierto e indudable, la acción principal es que “ejerce la prostitución”. De inmediato se hace sospechoso interpretar una ley penal en el sentido de que ha prohibido una actividad tan notoria, clara y tan simplemente definible, de un modo indirecto y oblicuo. No otro es, en efecto, el resultado de la referida interpretación, pues de ella resulta punible, en todo caso, la mujer que habitualmente tiene relaciones sexuales con las personas que eventualmente la solicitan, pues esa relación tiene lugar necesariamente en una casa o local*. Al respecto, ver SOLER, SEBASTIAN, “Derecho Penal Argentino – III”, ob. cit., páginas 341 y 342.

<sup>152</sup>TAZZA, ALEJANDRO O., “La Ley de profilaxis antivenérea y la afectación a la salud pública”, ya citado, pág. 43.

<sup>153</sup>En este sentido, se tiene dicho jurisprudencialmente *“que los testigos hayan manifestado que concurrieron al lugar y le abonaron a la recepcionista por los servicios sexuales que prestaron otras mujeres, no significa que la conducta de la imputada encuadre en el art. 17 de la ley 12.331, pues para eso se*

Es un delito continuado, compuesto por hechos plurales que dependen entre sí, en este caso, por cada una de las conductas que implican sostener la explotación regular de una casa de tolerancia. No obstante, todas estas acciones, consideradas autónomamente, cuentan con idoneidad típica suficiente (cada una de ellas representa una infracción al art. 17 de la Ley 12.331); aunque se las considera *parte de un todo* en función de que –más allá de se den de manera discontinua- presentan homogeneidad en cuanto al bien jurídico afectado y a la forma de agredirlo<sup>154</sup>.

Tradicionalmente se lo clasifica como un delito de peligro “*que no requiere en el caso concreto que se pruebe un daño a la salud, sino la mera puesta en riesgo del bien jurídico protegido por la norma, extremo que el legislador entendió se configuraba con la administración y regenteo de casas de tolerancia*”<sup>155</sup>. Ello en la inteligencia de que la figura penal “*preserva la salud pública, no sólo de aquéllos que trabajan en las casas de tolerancia o de quienes reciben dichos servicios –sean prestados en un ámbito privado o público-, sino de los terceros con quienes éstos se relacionan. Allí debe entenderse que la ley penal extiende su protección*”<sup>156</sup>.

Conviene dejar aclarado que, sin perjuicio de lo que se dirá en el apartado correspondiente, la posición que defiende este trabajo es que no es la salud pública sino la salubridad pública (estadio previo a aquélla, que resguarda las condiciones necesarias para alcanzar esa situación de bienestar generalizado) el concepto que mejor se ajustaría al objeto de la reacción penal en el artículo bajo análisis.

A su vez, las modalidades de ejecución del tipo, en tanto presuponen la existencia y funcionamiento de la casa de tolerancia, indican que la figura se perfecciona con la sola comisión de las conductas punibles (de sostenerla, regentearla y administrarla) y no exigen un resultado en concreto. Se trata, entonces, de un delito de pura actividad que no admite la tentativa. A partir de estas proposiciones, queda claro también que toda la actividad previa que pueda desplegar

---

*requiere que saque provecho de tal situación*”. Al respecto, ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala IV, causa 26.814, 26/04/2.006 “*Pérez, Adriana*” (publicado en elDial.com A12556). No obstante, en algún caso se ha llegado a poner el procesamiento de un empleado de confianza de la persona dueña del prostíbulo (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V, 4/09/1.998, “*Orellana, Francisca*”, según ROMERO VILLANUEVA, HORACIO J., ob. cit., pág. 497).

<sup>154</sup>Este criterio se halla en conformidad con lo expuesto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, 18/09/2.001 “*Martínez, Esteban s/ procesamiento*”. En análogo sentido, se ha dicho que “*(e)s un delito continuado, que continúa cometiéndose mientras haya actividad en la casa de tolerancia*”. Al respecto, ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, 14/8/2001, “*Castro, Pedro Antonio*”. (ROMERO VILLANUEVA, HORACIO J., ob. cit., págs. 211 y 497, respectivamente).

<sup>155</sup>Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala I, 28/06/2.011, “*D.B.T. y otros s/ procesamiento e inconstitucionalidad*” (publicado en Sup. Penal 2.011 -agosto-, 60).

<sup>156</sup>Ídem al anterior.

el autor para dar vida al negocio cae dentro de la órbita de los actos preparatorios; impunes en razón de su equivocidad<sup>157</sup>.

En cuanto a las exigencias subjetivas del tipo, es claro que se requiere la concurrencia de dolo, es decir, el conocimiento del autor de que con su conducta sostiene, administra o regentea una casa de tolerancia y la voluntad de realizar tal acción. Se advierte, entonces, que hay una marcada dirección de su intencionalidad; compatible únicamente con el dolo directo. A su vez, en caso de que concurra error en el autor durante la ejecución, cualquiera sea éste, la consecuencia será la cancelación de la tipicidad; en tanto no hay variante culposa a la cual pueda ser reconducida la cuestión.

Sobre las consecuencias jurídicas de la infracción, el artículo desdobra las penalidades en una multa de doce mil quinientos a ciento veinticinco mil pesos y –para el caso de reincidencia por el mismo delito- prisión de uno a tres años de prisión; que no podrá aplicarse en calidad de condicional. Se advierte, entonces, que la Ley de Profilaxis Antivenérea establece una forma de dar por cumplida la reincidencia que difiere sensiblemente de las pautas generales del código de fondo; en tanto no precisa que la condena antecedente sea de prisión, sino que le basta con que al justiciable se le haya aplicado una multa previa para privarlo de la libertad en la segunda condena<sup>158</sup>. También está contemplada, como pena accesoria, la pérdida de la ciudadanía para los ciudadanos naturalizados, y la expulsión del país una vez cumplida la condena; solución que también se aplica si el penado fuese extranjero. Ahora bien, los términos de la norma distan de ser claros en cuanto a si este efecto se produce a partir del primer delito o bien una vez declarada la reincidencia del condenado; lo que acarrea un preocupante estado de falta de certeza en la aplicación de la sanción penal.

## I) COLOFÓN:

Llegado el turno de elaborar parciales conclusiones de cierre, me permito señalar que a lo largo de este capítulo se puede advertir con facilidad que la prostitución (sintéticamente definida como el trato sexual que una persona mantiene de manera habitual con otros individuos indeterminados, a cambio de una contraprestación de carácter pecuniario) es un fenómeno social que reconoce un origen muy remoto; que prácticamente se remonta a los albores de la civilización humana.

---

<sup>157</sup>D' ALESIO, ANDRÉS J. (Dir.) – DIVITO, MAURO A. (Coord.), ob. cit., pág. 118.

<sup>158</sup>En complemento, cabe referir que, como la Ley 12.331 no trae consideraciones respecto a la caducidad de los efectos de la condena a multa, una interpretación analógica *in bonam partem* del Código Penal impone como solución que aquélla opere transcurridos los cinco años desde su extinción, tal y como lo establece el art. 51, segundo párrafo, punto 3 (D' ALESIO, ANDRÉS J. (Dir.) – DIVITO, MAURO A. (Coord.), ob. cit., pág. 118).

También es claro que la postura adoptada por la autoridad pública a lo largo de la historia ha sido oscilante; respondiendo a las concepciones culturales, religiosas, políticas y morales imperantes en cada época y en cada pueblo. En efecto, las soluciones ofrecidas han pasado, con distintos matices, desde una prohibición absoluta (que, igualmente, jamás contó con un acatamiento uniforme) a supuestos de libertad, reglada en sus condiciones de ejercicio (que tampoco gozaron de cumplimiento irrestricto).

Ello no obsta a que el tratamiento legal brindado a las conductas periféricas (de favorecimiento y explotación de la prostitución, entre otras) haya trasuntado por la criminalización, en aras de brindar a la prostituta cobertura ante las distintas modalidades de aprovechamiento que suelen darse en torno a su actividad; postura que se sostuvo con mayor ahínco a partir de la creciente concientización mundial del problema que supone la proliferación de las redes de trata de personas con fines de explotación sexual.

Este marco, engarzado con ciertas consideraciones propias del positivismo criminológico y el higienismo (sobre los que me detendré con detalle en el capítulo venido), ha propiciado la redacción de la Ley 12.331; que se encuentra prevista como una forma de combatir las enfermedades de transmisión sexual, a partir de un programa punitivo que reacciona frente a distintas manifestaciones de peligro antes que de lesión, mediante la represión de la conducta de quien propicie las condiciones necesarias para que la prostitución pueda ejercerse dentro de un local.

Es así que, a efectos de trazar un punto de partida conceptual, a lo largo del capítulo se esbozaron las características de esta figura típica y de aquellas otras que prohíben conductas asociadas al ejercicio de la prostitución (que, como viene siendo dicho desde un inicio, es en sí una actividad impune); en aras de conocer cuál es el concreto ámbito de prohibición del artículo bajo estudio y de vislumbrar sus puntos en común y de diferenciación con los restantes tipos penales mencionados. En tal sentido, se han desarrollado las principales exigencias del tipo objetivo y del tipo subjetivo de la figura; al igual que se dedicaron unas cuantas palabras a las peculiaridades asociadas a la aplicación de las penas principales y accesorias que la norma depara para los infractores.

Considero que a partir de ese desarrollo es palpable que la figura del artículo 17 se separa de las otras previstas en la parte especial del Código Penal al plantear una conexión mediata entre el autor y quien ejerce la prostitución; pues su injusto no se funda en una actuación con injerencia en la trabajadora, sino en la provisión de todo aquello que necesite para desempeñarse dentro de un establecimiento comercial. Los verbos típicos que trae la figura, a mi entender, no habilitan una interpretación divergente.

Se advierte como una forma de lesividad un tanto peculiar, dada la distante conexión existente entre la conducta del autor y el foco de afectación al bien jurídico; que, como antes fuera dicho,

en este trabajo se reconoce como algo distinto de la libertad o la dignidad de la trabajadora (también de la salud pública, como se verá más adelante).

También resulta llamativo que esa conexión asuma la morfología de una instancia de cooperación con los responsables de propagar la enfermedad venérea; quienes –bien vale aclararlo nuevamente- se encuentran exentos de responsabilidad penal, por actuar al amparo de esenciales libertades reconocidas constitucionalmente (siempre y cuando, claro está, no obren con dolo, caso en el cual sería de aplicación alguno de los delitos previstos en el catálogo de infracciones contra la salud pública).

En resumidas cuentas, la norma bajo análisis plantea serios desafíos interpretativos a la hora de justificar la aplicación de sus presupuestos; no sólo por las inconsistencias que se observan a nivel intrasistémico, sino también por cuanto no se aprecia que la prohibición venga a redundar en beneficio de un concreto interés reconocido jurídicamente.

Es por tanto que el trabajo se dedicará a analizar si las razones que informaron esta redacción se mantienen vigentes, si el discurso que ha cohesionado los esfuerzos legislativos puede coexistir con una visión más actualizada de la función social del Derecho Penal, o si la política criminal emergente de esta concepción sigue siendo la adecuada. En este apartado, baste con destacar que la norma (que respondió a la intencionalidad política de una época en concreto, para encarar una problemática que por entonces era acuciante) no puede salir airosa de un análisis en clave crítica; pues los cuestionamientos que se le pueden formular son variados y algunos de éstos –a mi entender- deparan contradicciones insuperables con principios, instituciones y nociones elementales del sistema de administración de justicia penal.

### III.- CAPÍTULO II: DISCURSO CRIMINOLÓGICO DE LA LEY 12.331<sup>159</sup>

#### **A) PROPUESTA DE ABORDAJE:**

Como bien lo adelanta su título, este apartado estará consagrado a demostrar la existencia de una concreta relación entre la Ley de Profilaxis Antivenérea con un pensamiento criminológico claramente demarcado: el *positivismo criminológico*; corriente ésta que, en combinación con el *higienismo*, dominaba el espacio discursivo político de la época, particularmente en lo tocante a la política criminal.

A efectos de demostrar tal vinculación, se describirán los principales postulados de ambas ideologías; y en el caso del positivismo (atendiendo al nivel de predicamento que llegó a tener en determinado momento histórico y a lo que ha significado como diferencial concepción del delito y del delincuente) cabrán unas cuantas menciones que remiten al contexto que propició su nacimiento como corriente criminológica y que, a igual tiempo, serán útiles para conocer cuáles eran las ideas previas que le han servido de inspiración.

Asimismo, con el propósito de conocer cabalmente cuál fue el terreno predisponente de semejante regulación, se incorporarán algunos datos históricos que van a servir para conocer cuál era la situación sanitaria de nuestro país por aquel entonces, qué tratamiento legal recibió originalmente el ejercicio de la prostitución (junto a sus delitos conexos) y cuáles eran las condiciones fácticas en que se desarrollaba el comercio sexual. Sólo de este modo, entiendo, será posible comprender con suficiencia cuáles eran las aspiraciones legislativas al momento de la redacción.

Ahora bien, la propuesta no estaría completa si no se incluyera un análisis -en clave criminológica- de la legislación en cuestión, que atienda particularmente a las proyecciones originalmente asignadas a la figura del artículo 17. Este desarrollo vendrá acompañado por algunas necesarias referencias a la opinión de quienes participaron en el proceso creativo de la norma; suficientemente ilustrativas del pensamiento de la época sobre la *cuestión criminal*.

De igual suerte, manteniendo fidelidad al transversal enfoque crítico de la obra, lo descriptivo precederá a un trabajo de contraste entre el paradigma fundacional de la Ley 12.331 y los más destacados pensamientos criminológicos emergidos de manera contemporánea o posterior; derrotero éste que servirá para evaluar si las distintas formas de pensar el fenómeno de la

---

<sup>159</sup>El autor destaca que parte del presente capítulo ha sido materia de estudio, tratamiento y publicación en "*Influencia del discurso positivista- higienista en la redacción de la Ley de Profilaxis Antivenérea*", artículo publicado en el sitio de internet [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar), en la edición 156 del día 3 de junio de 2013 (Investigaciones empíricas).

criminalidad (y la respuesta estatal subsecuente) que estas corrientes ofrecen son compatibles la prohibición instaurada o bien invitan a morigerar o desechar la punición.

Así, sin llegar a proponer el abandono o el desconocimiento del discurso criminológico fundante (en el entendimiento de que éstos, si bien *aggiornados* con contenidos ajustados a tendencias científicas o sociales más actuales, nunca perderán vigencia y gozarán de algún grado de reconocimiento dentro de la academia<sup>160</sup>) es que me permitiré descalificar el abordaje ensayado

---

<sup>160</sup>Considero que esta aseveración encuentra el caso testigo por antonomasia en la relativamente reciente discusión que se da en los foros criminológicos a partir de la irrupción de las *neurociencias* en el ámbito de Derecho Penal.

Las neurociencias son una conjunción de disciplinas científicas, que estudian en conjunto las estructuras (los lóbulos cerebrales, los órganos [hipocampo, hipotálamo, amígdala, bulbo olfatorio, etc.]), las funciones (olfativa, visual, cognitiva, memoria, emocional, etc.), las bases moleculares (neuroquímicos o neurotransmisores, hormonas) y las patologías (mal de Alzheimer, mal de Parkinson, esquizofrenia, etc.) del sistema nervioso. Se encarga del estudio de los diferentes elementos que forman el sistema nervioso y de cómo su interacción sienta las bases biológicas de la conducta.

Considerada *la nueva frontera del conocimiento*, procura –entre múltiples fines- zanjar una discusión que ha inquietado a la humanidad desde sus albores, esto es, si existe o no el libre albedrío. Las reflexiones al respecto han quedado tradicionalmente reservadas a filósofos, líderes religiosos y algún que otro científico. Empero, a partir del desarrollo de nuevas técnicas, procedimientos y tecnologías (como el mapeo cerebral y la neuroterapia, que miden los patrones de onda cerebrales) se está alcanzando un conocimiento más profundo del cerebro y muchos pensadores aventuran a partir de estos avances científicos que todos los procesos intelectuales (imaginar, planificar, recordar, decidir, etc.) responden a factores orgánicos predisponentes que los condicionan por entero. En otras palabras, el libre albedrío sería para estas corrientes (agrupadas bajo el nombre de *Neuroterminismo*) un constructo metafísico que el hombre se dio a sí mismo para dar un sentido a su existencia como especie; aunque desligado de todo acervo ontológico. Así, encontramos que “(p)or ejemplo, para Gerhard Roth (2003) la representación tradicional según la cual la voluntad se transforma en hechos concretos a través de una acción voluntaria dirigida por yo consciente no es más que una ilusión, debido a que como consecuencia de la concatenación de la amígdala, el hipocampo y el nudo ventral y dorsal, la memoria emocional de la experiencia (que trabaja de modo inconsciente) tiene la primera y la última palabra en lo que concierne a la aparición de deseos e intenciones, de modo que las decisiones adoptadas ocurren en el sistema límbico uno o dos segundos antes que podamos percibir las de modo consciente. Dicho sistema actuaría como un aparato de poder organizado, frente al que el ser humano se percibe, debido a un autoengaño, sólo de un modo aparente como libre.

Por su parte, Wolfgang Prinz (2004) entiende la libertad de voluntad como una institución social que no se corresponde con la realidad científicamente demostrable desde el punto de vista psíquico. Para el director del Instituto Max-Planck de ciencias neurológicas y cognitivas de Munich, hablar de libertad de voluntad desde el punto de vista de la psicología es como desde el punto de vista de la zoología hablar del unicornio, es decir, algo que no existe en la ontología de la disciplina. Tanto el unicornio en sí mismo como la idea del unicornio son meramente un constructo teórico, una producción cultural, y lo mismo acontece con la libertad de voluntad. Para este autor, la respuesta a la cuestión de cómo es posible que las personas se sientan y creen que son libres, cuando no lo son en absoluto, bajo qué premisas pueden surgir intuiciones de libertad y qué consecuencias tienen desde el punto de vista psicológico, social y cultural, precisa ir más allá de la investigación de funciones cognitivas y volitivas para tomar en consideración la percepción de estas funciones, como sucede en la psicología social, la psicología evolutiva o en la Psicohistoria (estudio de las motivaciones psicológicas de sucesos históricos).

Wolf Singer (2004) incide asimismo en la idea de que las percepciones que nosotros experimentamos como objetivas no son más que el resultado de procesos constructivos. Tendríamos que aceptar esta premisa de la misma manera en que no tenemos problemas en reconocer que el comportamiento animal está completamente determinado y que cada acción viene dada necesariamente por una combinación entre la constelación que origina el estímulo actual y los estados cerebrales inmediatamente anteriores, y que a su vez dichos estados cerebrales están determinados por la organización genética previamente dada del

por la norma, bajo el prisma de ciertos pensamientos que pueden resultar más atractivos en lo que respecta a la percepción social del delito, del delincuente o del rol del Estado en la regulación de conflictos intersubjetivos.

## **B) DESARROLLO:**

### **I) DE LOS SABERES QUE INFORMAN LA CUESTIÓN:**

Como bien indica la literatura consagrada a la temática, la consolidación de la criminología como disciplina empírica científica se encuentra unida al positivismo criminológico y en particular, a la *Scuola Italiana*<sup>161</sup>; que surge a mediados del S. XIX como una reacción intelectual a la corriente

---

*respectivo sistema nervioso, así como por la multitud de factores epigenéticos y procesos educacionales que modifican la arquitectura de las cadenas nerviosas, y finalmente, por la historia previa inmediata, que "resuena" en la dinámica de la interacción neuronal.*

*En España, Francisco Rubia (...) es un fiel representante de esta corriente (...) En su opinión, básicamente el cerebro nos engaña (2007), la existencia de libertad de voluntad podría ser sólo una impresión subjetiva y el libre albedrío una ilusión sólo explicable a partir del dualismo cartesiano que la Neurociencia no está dispuesta a admitir. Según esto, no existiría ningún ente inmaterial ("el alma o la mente") del cual se pueda decir que está libre de las leyes deterministas que rigen el universo, como tampoco nunca se ha podido explicar cómo interactuaría tal ente con la materia ("el cuerpo o el cerebro", respectivamente). Dicha interacción, por otra parte, violaría las leyes de la termodinámica, así como la unidad causal del mundo material. Todo ello de acuerdo a la idea de que "desde el punto de vista científico-natural, la causa de un fenómeno físico es siempre otro fenómeno físico" (...) La no existencia del libre albedrío, dice Rubia, supone una carga de profundidad en la línea de flotación del "orgullo humano", una que atenta nada menos que a las mismas bases de nuestra civilización, basada en la responsabilidad, la imputabilidad, el pecado y la culpa (...)" (DEMETRIO CRESPO, EDUARDO [Dir.] – MAROTO CALATAYUD, MANUEL [Coord.] "Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad", editorial Euros Editores S.R.L., Buenos Aires, año 2013, págs. 22 a 24).*

No suponen estas proposiciones, acaso, una reedición del positivismo criminológico; en tanto plantean una nueva (aunque no por ello novedosa) construcción de la *cuestión criminal*, con base en una *etiología biologicista*? Solo que, en lugar de bucear en la antropología para extraer síntomas de atraso evolutivo que vengan a definir las tendencias delictivas del hombre, se echa mano (según un discurso científico más depurado, fundado en la lógica experimental) a la interacción entre redes neuronales o neurotransmisores (serotonina, oxitocina, dopamina, etc.) para procurar identificar pasados y futuros infractores. Esta corriente compromete las bases mismas de la imputación y, con ello, de todo el andamiaje de la teoría del delito; en tanto el factor de atribución penal deja de ser la conducta como expresión de la persona libre y se convierte en la manifestación de una condición orgánica deficiente del individuo, generadora de peligrosidad. A igual tiempo, estos postulados ponen en entredicho los alcances de la respuesta estatal: la pena, con cualesquiera de las finalidades que se le pretenda atribuir, se torna obsoleta frente a la medida de seguridad; la cual pierde toda correlación con el grado de injusto y atiende, antes bien, a las necesidades de neutralizar el foco de enfermedad que aqueja al imputado (en aras de una *defensa social* compatible con los postulados de Ferri o de Garófalo).

Claro está que la discusión aún se encuentra en una etapa embrionaria; mas no deja de advertirse que, al compás de los avances de la ciencia, se profundizará una dialéctica cuya síntesis cuenta con potencial para alterar toda la configuración del sistema de administración de justicia tal y como lo conocemos.

<sup>161</sup>Esta afirmación, huelga aclarar, no es igual a sostener que el positivismo sea el primer discurso criminológico que se haya dado en la historia de la civilización occidental. Ya en el siglo XIII, con el pasaje del régimen feudal al estado moderno, profundamente identificado con el poder religioso de la iglesia católica (en tanto la monarquía justificaba su autoridad en el derecho divino), surge la inquisición como un sistema burocrático y centralizado de administración del poder punitivo. Apoyada en una política de *guerra contra el infiel*, que guiara las campañas militares conocidas como *Las Cruzadas*, así como también la

de pensamiento conocida como *clásica*. Así, en tanto los *clásicos* se empeñaban en luchar contra la irracionalidad en el ejercicio del poder punitivo del *antiguo régimen*<sup>162</sup>, el positivismo destinó cuantiosos esfuerzos intelectuales para combatir el delito; aunque dando por sentada la legitimidad del poder de turno.

Antes de exponer algunos de los aspectos relevantes de esta corriente de pensamiento, considero que es preciso efectuar siquiera una breve reseña de los acontecimientos históricos más salientes de la época en que ésta se generó; pues en criminología nunca se habla de constructos intelectuales aislados, fruto de una o dos cabezas brillantes (o afiebradas), sino que resultan el producto y la expresión de las relaciones de poder que se gestan, complementan y mutan en el seno de la sociedad que los ve nacer<sup>163</sup>.

Unas décadas antes de su nacimiento, la primera revolución industrial se había extendido desde Gran Bretaña hacia toda Europa Continental. Este proceso fue posible gracias a la creación de

---

persecución de clérigos rebeldes y herejes, se mostró como una herramienta sumamente útil para reprimir toda forma de disidencia; de modo que su uso se extendió a la investigación y castigo de delitos civiles. Había detrás de este aparato represivo todo un andamiaje intelectual que le dio el sustento necesario para mantenerse vigente en los tres siglos venideros. Y la obra que vendría a recoger y sistematizar esos saberes fue el *Malleus Maleficarum* (o “El Martillo de las Brujas”), tratado publicado en Alemania en el año 1486 por los inquisidores Heinrich Kramer y Jakob Sprenger. Se trata de un texto que describe las causas del mal en la humanidad y las identifica con la *brujería*, entendida ésta como un pacto de complicidad entre el diablo y los individuos débiles, mayormente mujeres (convirtiendo así a la mayoría de la humanidad en un potencial enemigo); que criminaliza no sólo las diversas manifestaciones de la hechicería, sino también la negación de su existencia o –incluso– de la autoridad del inquisidor (coartando el desarrollo de cualquier foco crítico). El temor religioso, al igual que el estado de emergencia permanente, asociado a las pestes y plagas que asolaron a Europa durante la Edad Media, conformaron el terreno predisponente para que esta *asociación mágica* entre delito y herejía gozase de plena credibilidad.

<sup>162</sup>Una obra imperecedera, de consulta elemental y obligada para todo penalista que se precie de tal, es el libro publicado por el Marqués de Beccaria en Livorno, Italia, en el año 1764. Como es sabido, su trabajo (de escasa extensión, aunque provisto de una contundencia intelectual innegable) resumió las ideas de una corriente reaccionaria al sistema de administración de justicia penal de las monarquías europeas (amalgamando el pensamiento de Montesquieu, Rousseau y Verri, entre otros) y, al mismo tiempo, sentó las bases del sistema de garantías que recogería el constitucionalismo posterior a la Revolución Francesa de 1789 y –más adelante– el proceso de positivización del Derecho Internacional Humanitario.

Sin adentrarme demasiado en su contenido, señalaré que todo su sistema de imposición de penas (las cuales deben provenir de leyes dictadas por un legislador, no revestir una crueldad inusitada, no quedar al arbitrio de los magistrados, resultar de una adecuada valoración de la prueba y de un proceso judicial regular, etc.) descansa en un postulado contractualista de acuerdo con el cual el hombre, viéndose en la necesidad de vivir en sociedad para evitar una guerra continua de unos contra otros, conviene renunciar a una fracción de su libertad con tal de vivir la que le queda con seguridad y tranquilidad. La suma de todas estas porciones de libertad equivale a la potestad del soberano para ejercer su *imperium* sobre los súbditos. De tal suerte, todo castigo que sobrepase la necesidad de preservar las libertades de los demás deviene injusto; en tanto no encuentra reflejo en las razones que otorgaron el poder estatal (BECCARIA, CESARE “*De los delitos y de las penas*” -notas y traducción de Francisco Tomás y Valiente-, Ediciones Libertador, Buenos Aires, año 2005, págs. 20 a 22).

<sup>163</sup>Zaffaroni tiene dicho a este respecto que “*el discurso criminológico no es pacífico, sino que es un campo de disputa de corporaciones que intentan monopolizarlo o hegemonizarlo para ejercer o incidir en el poder punitivo*”. Ver ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, “*La Palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelara*”, Editorial Ediar, Buenos Aires, año 2011, pág. 45.

maquinarias con capacidad de superar el trabajo manual y de acelerar la producción, al igual que por el mejoramiento de las rutas comerciales y de la navegación a vapor, que permitieron acercar a los países para comerciar; facilitado luego por la invención del ferrocarril y el telégrafo. Toda esta estructura debió ser costeada por una descomunal cantidad de capital, proveniente de importantes sociedades anónimas. Surgió así el capitalismo como orden económico, y con él, la burguesía de banqueros y empresarios como clase dominante; corriendo a la nobleza del escenario político central.

Se generó un acelerado crecimiento de las zonas urbanas (asiento de establecimientos fabriles y talleres), producto del desplazamiento de la gente del campo a la ciudad. Lógicamente, el ingreso al nuevo sistema productivo no fue ilimitado y así una gran cantidad de gente quedó desplazada, al no poder encontrar su lugar dentro del mismo. Surge entonces la policía (en su versión colonialista, dado el éxito que tuvo en ese ámbito) como fuerza de control urbano, destinada a *mantener a raya* a todos los desclasados que, en vez de regresar a sus pueblos de origen, insistían en permanecer en la urbe; pese a las paupérrimas condiciones de vida a que tenían acceso <sup>164</sup>.

Zaffaroni señala algo interesante respecto del nacimiento de la policía y es que, a pesar de haber contado con el poder punitivo en su forma más elemental y efectiva, era una agencia que primigeniamente adolecía de un discurso criminológico que le diera cohesión a su actividad. Esta deficiencia sería con posterioridad subsanada gracias a su alianza con el saber médico (que tenía un programa criminológico claramente demarcado, mas no tenía acceso al ejercicio del aparato represivo); acercamiento que fuera propiciado, precisamente, por los pensadores del positivismo<sup>165</sup>. Sobre ello me detendré con mayor detalle unos párrafos más abajo.

Y mientras que en los países centrales la actividad económica se sustentaba en la explotación obrera, en la periferia (el continente africano, fundamentalmente) el sistema de producción se apoyaba en el *neocolonialismo*. Allí se destinaba parte del excedente de la producción europea, ya que los países centrales evitaban invertir todo en sus propios territorios; pues con ello podían llegar a perder competitividad en los precios. De estas regiones se extraían las materias primas esenciales para la fabricación; abusando de la mano de obra local, que era mucho más barata que la europea (la producción *esclavocrata* se había vuelto, para entonces, antieconómica, por cuanto la actividad económica demandaba un mayor nivel técnico en el trabajador).

Sudamérica, que en ese período atestiguaba el proceso de organización política de sus estados, fue el destino por excelencia de las utilidades sobrantes de los países centrales. Generalmente, estuvieron orientadas hacia la explotación de las riquezas superficiales (minería), al tendido y control de la red ferroviaria, a la especulación inmobiliaria y a la concesión de créditos a los

---

<sup>164</sup>Ídem al anterior, pág. 88.

<sup>165</sup>Ídem al anterior, págs. 95 y 96.

gobiernos locales. Así, las inversiones buscaron asegurar un flujo variable de bienes de capital, productos útiles para la actividad metalúrgica, combustibles, insumos y repuestos.

Este cuadro de relaciones, someramente descripto, supuso la necesidad de un programa político, económico, social y represivo que viniese a justificar la explotación impiadosa de las clases subalternas, tanto nacionales como foráneas, y a poner un freno a las disidencias políticas gestadas en el seno del modelo productivo (comunismo, socialismo, anarquismo).

Con anterioridad he mencionado que desde el ámbito de la medicina aparecieron los primeros intentos por monopolizar el dogma criminológico legitimante. Contemporáneamente a la llegada del S. XIX, los especialistas de la salud comenzaron a buscar la manera de introducirse en el control penal de la sociedad; aprovechando la creciente participación que los psiquiatras iban ganando en los tribunales, al ser convocados para dictaminar en los casos más trascendentes<sup>166</sup>. A partir de entonces, fueron ganando prestigio y desde esta nueva posición procuraron brindar una explicación científica de la criminalidad; en clara sintonía con el espíritu de la época, que depositaba todas sus esperanzas de progreso en los dictados de las ciencias de la naturaleza. Esto significó, a igual tiempo, un desplazamiento del jurista como fuente del saber criminológico, pues los preceptos en los que apoyaba sus constructos adolecían de rigor empírico.

El eje de este nuevo discurso estaría orientado exclusiva y excluyentemente hacia la figura del delincuente (dejando atrás toda observación o corrección a la forma en que se ejercía el poder punitivo, como ocurría con los pensadores de la *escuela clásica*), y -más concretamente- al estudio de la *personalidad criminal*; entendida ésta como una patología de base o adquirida durante el ciclo vital. Ahora bien, el positivismo criminológico abrevó de muchas fuentes y creo que en este punto sería conveniente hacer siquiera una breve mención de las ideas más fuertes de estas corrientes de pensamiento, a fin de comprender cabalmente cuál es el programa que aquél ha sabido proponer.

En primer lugar, me permito citar como aporte de relevancia la noción de *locura moral*, proveniente del médico y etnólogo inglés James Crowles Prichard; empleada para definir la “concreta enfermedad mental” que padecía aquél que cometía delitos<sup>167</sup>. Por otro lado, el médico

---

<sup>166</sup>En una de sus obras, Foucault deja traslucir los alcances de la batalla discursiva entre médicos y juristas por apropiarse de la verdad del expediente. A tales fines, describe el juzgamiento –real- de una persona que había dado muerte a casi todos los miembros de su familia, tragedia ésta ocurrida en el seno de un pueblo francés. El acusado, lógicamente, evidenciaba tener sus facultades alteradas y por ello los psiquiatras con mayor renombre en la época (Esquirol, Orfila, entre otros) tomaron intervención y se pronunciaron por su alienación mental y por la adopción de medidas de seguridad en lugar de la criminalización. Esta opinión no tuvo acogida favorable de inmediato (de hecho, el acusado fue condenado a muerte) y recién, con el indulto real, la opinión médico - psiquiátrica logró imponerse. Para mayor información, ver FOUCAULT, MICHEL “Yo, *Pierre Riviere, habiendo degollado a mi madre, a mi hermana y a mi hermano...*”, Tusquets Editores, Barcelona, 2001.

<sup>167</sup>ANITUA, GABRIEL I. “*Historias de los pensamientos criminológicos*”, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, año 2010, pág. 163.

psiquiatra Bénédict Augustin Morel, quien visitó instituciones mentales de toda Europa y estudió la genealogía de algunos de sus pacientes, publicó -por la década de 1850- un trabajo donde dio a conocer un concepto, por entonces, novedoso: la *degeneración*. Según esta idea, la unión de filios genéticos lejanos daba por resultado seres humanos desequilibrados moralmente; razón por la cual defendía la inconveniencia del mestizaje, que necesariamente daría como resultado esta clase de personas indeseables. Entonces, las razas europeas –que eran las verdaderamente puras- eran las que debían estar en el timón del barco. A este respecto, Charles-Samson Feré afirmó en un trabajo que la sociedad era biológicamente justa por cuanto los más adaptados ocupaban los puestos más privilegiados; en tanto los degenerados se veían segregados justamente porque su condición les impedía ajustarse adecuadamente a las pautas para la coexistencia social.

En este tren de ideas, también debe hacerse referencia a la *frenología* de Franz Josef Gall; un médico que dedicó buena parte de su vida al estudio de la anatomía humana y concluyó que tomando distintas mediciones del cráneo se podía identificar con claridad cuáles eran las facultades de carácter predominante o ausente en el portador. Éstas ocupaban un espacio concreto en el cerebro; y por ello es que, analizando la cavidad que lo contiene (a manera de negativo), podían detectarse. Un vez más, los desarrollos teóricos beneficiaron a la burguesía europea, pues le adjudicaban la mayor cantidad de facultades; en desmedro de las clases trabajadoras y los habitantes de otros continentes.

Parece bastante evidente que esta disciplina habría de tener particular interés en el criminal. Muchas autopsias mediante, se creyó comprobado que éste poseía ciertas facultades exacerbadas en relación al individuo promedio (como la malicia, el instinto homicida o la falta de respeto por la propiedad ajena). De este modo, para los frenólogos era claro que la predisposición delictual provenía de la propia constitución biológica del individuo.

En el área del control social, estas ideas brindarían contenido intelectual no solo al positivismo criminológico, sino también al racismo (sustentados ideológicamente por un reduccionismo biologicista). Por un lado, se afirmaba como verdad científica irrefutable la superioridad biológica de las clases dominantes, que se iba a ver manifestada en una mayor inteligencia de sus miembros; lo cual sería por demás funcional a su legitimación. Por otra parte, daba fundamentos convincentes para la persecución del desordenado y del criminal en el ámbito de la ciudad y del salvaje en la colonia<sup>168</sup>.

---

<sup>168</sup>Herbert Spencer (1820-1903) profundizó el pensamiento racista realizando una alquimia entre las ideas de Charles Darwin (1809-1882) y la sociología (obteniendo como resultado una receta mal dada en llamar *Darwinismo Social*). Postulaba que dentro de los seres humanos –al igual que entre los animales- siempre iban a sobrevivir y evolucionar aquéllos que se encontraban más aptos naturalmente. Como es de esperarse, de acuerdo a su parecer eran las razas europeas las que llevan la ventaja en la escala ev

Zaffaroni señala que a esta constelación de saberes médico-antropológicos se sumaba un fuerte componente estético, basado el modelo de belleza de la época (netamente burgués), que identificaba a todo aquél que se apartara de los cánones con la fealdad, y a la fealdad con la maldad. Así, la criminalidad se traducían en rasgos alejados de esos valores de belleza; que podían ser fácilmente reconocibles por el observador (*estereotipación*)<sup>169</sup>.

En este marco, Cesare Lombroso, a quien se atribuye la paternidad del positivismo criminológico, escribe su obra *L' uomo delinquente* (en 1876). Lombroso fue un médico que se formó en el campo de la anatomía, la fisiología y la psiquiatría; conocimientos puestos al servicio de desentrañar la existencia de una *etiología criminal*. Para ello, lógicamente, desplazó al delito como objeto de estudio y puso en su lugar al individuo criminal; sirviéndose del método científico para realizar sus conclusiones<sup>170</sup>. Su tesis más fuerte consiste en sostener que ciertos individuos nacen sin haber completado el ciclo evolutivo dentro del seno materno (por aquél entonces se creía que toda la evolución del individuo pasaba por su desarrollo durante el embarazo). Es el caso de los pueblos colonizados y del *delincuente nato*. Los primeros estaban atrasados y era *normal esa inferioridad*; en tanto que en el caso del delincuente (que no por ser delincuente había perdido la condición de europeo) su *falla* era producto de una suerte de accidente biológico excepcional.

El delincuente era, así, un paso atrás en la evolución humana, una regresión, consecuencia de que su desarrollo orgánico en el seno materno no había alcanzado la plenitud. Y esta condición anómala —en consonancia con varios de los pensamientos antes mencionados— no podía ser ocultada; por cuanto quedaba en evidencia a través de los rasgos físicos de quien delinque (prognatismo, estrabismo, dentición anormal, asimetría en el rostro, frente huidiza, dedos supernumerarios, orejas en asa, etcétera). En otras palabras, sus características eran distinguibles somáticamente y respondían a su condición atávica<sup>171</sup>.

Así, el estereotipo de delincuente surge con claridad de la comparación efectuada con el patrón burgués de individuo normal y adaptado y se obtiene por exclusión: va a ser el anormal, el que no se adapta, el distinto (y por sobre todas las cosas el *feo*, a la luz de todos los defectos físicos

---

olutiva; y por ello las restantes debían someterse a su dirección para así (en un par de milenios nada más) alcanzar igual grado de desarrollo biológico. Para mayor detalle, ver ANITUA, GABRIEL IGNACIO, ob. cit., págs. 175 a 177.

<sup>169</sup>ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ob. cit., pág. 97.

<sup>170</sup>Así fue que, a partir de la autopsia a un criminal famoso de la época (Vilella), encontró una peculiaridad anatómica en su cráneo (la *foseta occipital media*) propia de los homínidos no desarrollados -los monos- o del feto antes de alcanzar su pleno desarrollo; dato éste que le dio pie a desarrollar la idea del atraso evolutivo como causa del delito, tal y como será explicado en los párrafos venideros.

<sup>171</sup>Charles Darwin fue el primero en hablar de atavismo, refiriendo que "*respecto de la raza humana podemos decir que las peores manifestaciones que ocasionalmente y sin causa visible aparecen en ciertas familias pueden quizás ser regresiones a un estado salvaje, del que no nos separan muchas generaciones*", citado en SUEIRO, CARLOS CHRISTIAN, "*Los paradigmas del derecho penal*", Editorial Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, año 2011, pág. 166.

achacados). Se trataba de una teoría apoyada en un monocausalismo antropológico (sin perjuicio de que, con el tiempo, las formulaciones iniciales recibirían ajustes y la tesis lombrosiana se acercaría más a la psiquiatría, introduciendo categorías como *loco moral*, *delincuente epiléptico*, y también aceptaría la influencia de ciertos factores sociales y ambientales<sup>172</sup>); el cual alineaba en un mismo discurso las ideas frenológicas y psicofísicas más importantes de la época, envueltas en un halo de pretendida científicidad.

Su discípulo, Enrico Ferri, abogado, periodista y político, amplió las causas de la criminalidad (factores individuales, físicos y sociales) y la tipología (nato, loco, habitual, ocasional y pasional) e hizo hincapié en la noción de peligrosidad y en la necesidad de una *defensa social* a través del poder punitivo. De acuerdo a su concepción, el criminal estaba determinado a cometer el delito y, más tarde o más temprano, habría de llevarlo a cabo, pues es síntoma de su peligrosidad y necesariamente tenía que manifestarse. Entendida la peligrosidad como condición inherente al agente; el paso siguiente fue preguntarse cuál era la necesidad de esperar a que el delito suceda. Y como no hubo (o no se buscó) una respuesta concreta al interrogante, se acuñó la idea de *estado peligroso sin delito*. Por su intermedio, el positivismo abogó por la regulación de medidas de seguridad o predelictuales, destinadas a defender a la sociedad del delito mediante la prevención<sup>173</sup>.

Por lo dicho, se reconoce que el aporte del autor a la doctrina positiva discurre en el ámbito político criminal, gracias a la creación de esta teoría de los *sustitutivos penales*. La mendicidad, la prostitución, la homosexualidad, el curanderismo, el juego, las religiones no oficiales y la toxicidad eran los blancos de esta línea discursiva. Toda forma de vida que no se ajustase al modelo burgués o del proletariado disciplinado era síntoma de peligrosidad y atavismo y, en algún momento, iba a desembocar en crimen. Entonces, si se sabía que el delito se va a cometer y los *peligrosos de siempre* ya estaban identificados, no detectaba Ferri razón válida para no llevar a cabo una intervención temprana.

A raíz de estos aportes, la *mala vida* (término empleado para designar este modelo de comportamiento alejado de los principios de civilización y progreso) pasó a convertirse en un foco de preocupación para la nueva organización social de la urbe; y por ello varios criminólogos positivistas destinaron cuantiosos esfuerzos teóricos para denunciar sus *males*.

---

<sup>172</sup>En su último libro, titulado "*El delito: sus causas y remedios*" (1911), establece –haciendo eco de las críticas recibidas– que también pueden resultar factores condicionantes para la criminalidad el suelo, el clima, la civilización, la prensa, la densidad de población, la falta de educación, los vicios, la condición económica, la edad, el sexo, etc. Al respecto, ver ANITUA, GABRIEL IGNACIO, ob. cit., pág. 184.

<sup>173</sup>Es de destacar que estas ideas, quizás muy encontradas con concepciones más actuales acerca del papel de la pena y del Derecho Penal en una sociedad, por aquella época cristalizaron en distintas leyes de *peligrosidad sin delito* en varios países de Europa y América. En este sentido, ver ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ob. cit., págs. 100 a 102.

Retomando una idea que dejé sin tratar algunos párrafos más arriba, me permito señalar que la agencia policial había irrumpido en la vida de la metrópoli con una clara misión pacificadora. Sin embargo, a pesar de que iba acrecentando su poder, no tenía un discurso fundante, su propósito no era del todo claro y no gozaba de legitimación suficiente. Su existencia misma se veía amenazada e incluso podría haber desaparecido como institución de no ser por la alianza que forjara con el saber médico (el cual tenía un discurso criminológico bien formado, pero no contaba con poder punitivo) que fuera propiciada por el positivismo.

En efecto, a partir de las clasificaciones psiquiátricas, fisionómicas, fisiológicas y antropológicas que aglutinaba el saber positivista, la policía contó con suficiente bagaje teórico como para ejercer un control discrecional sobre la sociedad; basado en la *estereotipación* y en la continua inspección de los barrios bajos en busca de *malvivientes*. Se daba así un círculo bastante perverso, con una lógica hermética, en el que las fuerzas de seguridad criminalizaba en base a modelos suministrados por un dogma que justamente construía sus clasificaciones mediante la observación de aquéllos que resultaban atrapados por el sistema represivo. Este esquema, ataviado con ropajes de ciencia, se mostró eficiente a los ojos de la comunidad y pasaron décadas sin que las críticas le hicieran mella; razón por la que tanto sus intelectuales como quienes lo llevaran a la práctica gozaron de la legitimación y el poder que por separado les hacía falta.

No puedo abandonar este breve tratamiento del positivismo de la escuela italiana sin haber hecho mención al trabajo de Raffaele Garófalo. En su libro titulado *Criminología* (del año 1885), sostuvo que así como en la guerra las fuerzas invasoras son el enemigo del país, en el orden interno lo es el criminal, quien atenta contra los valores sociales fundamentales de piedad y de justicia<sup>174</sup>. El *delincuente natural* lleva en su ser la peligrosidad, que no es otra cosa que un estado de perversidad constante e irreversible. Consecuentemente, descartada de plano la posibilidad de que se lo rehabilite mediante su sometimiento a la prisión, defendía la deportación o la pena de muerte como armas útiles para ganar la *guerra contra el delito*.

Pasando en limpio lo dicho hasta ahora, y salvando las diferencias entre las distintas vertientes, puede decirse que las principales proposiciones metodológicas de la escuela son:

a) *utilitarismo científico y racionalismo*: los fenómenos sociales son sometidos a las inflexibles leyes de la naturaleza. Se concibe como realidad aquella que emana de los hechos. Por ello es que gran parte de la actividad está destinada a la acumulación de datos y al establecimiento de relaciones entre éstos, que se dan a conocer en forma de leyes;

---

<sup>174</sup>En la obra de Garofalo, el criminal típico se ve caracterizado como “*un monstruo en el orden moral que tiene caracteres comunes con los salvajes y otros caracteres que lo hacen descender por bajo de la humanidad*”. Ver GAROFALO, RAFFAELE “*La Criminología*”, Editorial BdeF, Montevideo, año 2005, pág. 98.

b) *unión por el método*: por medio del método científico se descubren las leyes inmutables que rigen los fenómenos sociales (esto es el modelo *causal explicativo*, que sirve para explicar las premisas del mundo de la naturaleza);

c) se fundamenta en la necesidad de la conservación de la sociedad y en la utilidad, anteponiendo el derecho de los *honrados* a los derechos de los *delincuentes*;

d) el delito es un hecho real, natural, empírico, concreto. Así, la esencia del crimen no se agota en la violación de la norma; sino que se trata de un comportamiento antisocial que agrede las condiciones esenciales de la convivencia, producto de la peligrosidad o temibilidad del autor. El examen del delincuente –como entidad biopsíquica y social- ocupa el centro del sistema. Y ya que su comportamiento está sujeto a leyes inmutables (complejo de procesos físicos y sociales) que habrán de determinarlo, la gravedad del castigo será directamente proporcional a la peligrosidad evidenciada por el criminal durante el suceso y no en función de la medida del injusto; que tan solo tiene un valor indiciario. La pena es concebida como una herramienta útil para preservar el bienestar social y apunta fundamentalmente a la prevención especial negativa<sup>175</sup>.

Aun me resta tratar un tema, nada menor a los efectos de este trabajo, que es cómo concebía este esquema positivista a la mujer. Lombroso y su yerno, Gugliermo Ferrero, se ocuparon de ella en un libro titulado *La donna delinquente*. En este trabajo, los autores sostienen –sustancialmente- que la mujer es un género inferior, lo cual se traducía en una inteligencia inferior, menor fuerza y destreza física, falta de refinamiento moral y ausencia de sentimientos de pena (tanto hacia su persona como hacia terceros)<sup>176</sup>. Se asemeja bastante al hombre atávico, pero se aleja de la delincuencia por estas deficiencias (tan inferior resultaba la pobre mujer que ni siquiera tenía aptitud para cometer delitos); sin perjuicio de lo cual se le atribuía relevancia en el mundo del crimen debido a la prostitución.

La palabra de los autores es clara sobre el punto: *“Ahora nos está permitido resolver, con datos ciertos la tan discutida cuestión de las relaciones entre la prostitución y la delincuencia. La identidad psicológica, como la identidad anatómica entre el criminal y la prostituta nata no puede ser más completa; siendo los dos idénticos al loco moral son, por axioma matemático, iguales entre sí. La misma ausencia de sentido moral, la misma dureza de corazón en ambos, el mismo gusto precoz del mal, la misma indiferencia ante la infamia social, que permite soportar al uno la condición de forzado y a la otra la de mujer perdida; la misma imprevisión, movilidad y tendencia a la holganza; el mismo gusto por los placeres fáciles, por la orgía, por los licores fuertes; la*

---

<sup>175</sup>GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *“Tratado de criminología”* Tomo I, Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, año 2009, pág. 438 y sgtes.

<sup>176</sup>Para hacer un poco de justicia con las mujeres, debo decir que la obra también les reconocía ciertas cualidades, a saber: la piedad, el instinto maternal y la necesidad de pasión.

*misma o casi la misma vanidad. La prostitución no es pues, en suma, más que el aspecto femenino de la criminalidad (...) Es tan exacto, en efecto, que prostitución y criminalidad son dos fenómenos análogos o, por así decirlo, paralelos, que se confunden en sus extremos. Así vemos el repetirse en la prostitución las formas más aminoradas del delito, como el hurto, el chantaje, las heridas. La prostituta es, pues, psicológicamente, un criminal; si no comete crímenes es porque se lo impide su debilidad física, su poca inteligencia, la facilidad de procurarse cuanto desea por el medio más fácil y por consecuencia el preferido por la ley del menor esfuerzo”<sup>177</sup>.*

Nuevamente, Lombroso apela al monocausalismo antropológico (desarrollo incompleto durante la gestación y atraso evolutivo) para explicar un fenómeno contrario a la forma de vida burguesa. La diferencia pasa acá por estimar que el proceso degenerativo no hace de la mujer una criminal común, ya que no posee capacidades físicas y de carácter que se lo permitan<sup>178</sup>, sino que la convierte en una prostituta.

Bien vale hacer una aclaración, a fin de evitar confusiones como las que en ocasiones se han suscitado en la interpretación histórica de la obra. Si bien los autores sostenían que prostitución y delito eran nociones psicológicamente idénticas, no abogaban por un castigo para esta práctica, pues no es tan peligrosa como la criminalidad *strictu sensu*, e incluso tienen un cierto sentido de *mal necesario*. Ello lo sostengo valiéndome nuevamente de sus textuales palabras: *“Poco importa, en fin, que estas mujeres no cometan delitos o que sean mucho más raramente perjudiciales a la sociedad; que incluso su especial forma de criminalidad la prostitución, sea, en un cierto sentido, socialmente útil, como una válvula de escape para la sexualidad masculina y como medio preventivo de delitos. De igual modo el criminal puede transformarse o bien aparecer en ciertos momentos, bajo la forma de un héroe, pero no deja de ser, por ello, psicológicamente un delincuente, aunque esta vez su criminalidad se nos haya revelado de una manera útil”<sup>179</sup>.*

El positivismo arribó a nuestro país en el último cuarto del S. XIX; tras la consolidación del proceso de organización nacional. Hasta ese entonces, las cátedras de las facultades de derecho formaban a sus alumnos bajo la influencia del pensamiento ilustrado de Beccaria o Kant. En el año 1887, Norberto Piñero a cargo de la materia Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires, comenzó a difundir las ideas centrales de la *scuola italiana*; convirtiéndose en el primer bastión de la avanzada positivista en el pensamiento criminológico local. Las nuevas ideas rápidamente consiguieron nuevos adeptos entre los miembros de la elite cultural (que, casualmente, eran parte de las clases más acomodadas económicamente). Dentro de ellos,

---

<sup>177</sup>Citado por Luis Jiménez de Asúa en su comentario a la Ley 12.331, publicado en editorial La Ley, Buenos Aires, año 1936, pág. 710.

<sup>178</sup>Lombroso y Ferrero sostenían que es muy anormal que existan mujeres propiamente criminales y que en el caso que ello suceda, habrá de manifestarse en una mayor perversidad que la del hombre e incluso en caracteres biológicos masculinos.

<sup>179</sup>JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, ob. cit., pág. 710.

nucleados en la Sociedad de Antropología Jurídica<sup>180</sup>, se destacaría Luis María Drago; a quien se le atribuye la mayor participación en la promoción del positivismo en su versión italiana.

Cabal prueba de ello la da su libro titulado *Los hombres de presa* (1888)<sup>181</sup>; obra donde expuso ideas claras en cuanto a la criminalidad como fruto de una anomalía biológica y abogó por un derecho reaccionario al grado de peligrosidad del autor (según sea fortuito o de ocasión, de profesión o incorregible) y no a la infracción efectivamente cometida. Sostuvo que la aplicación de métodos apoyados en un saber científico iba a traer una revolución en la forma de concebir y aplicar las ciencias represivas; y atacó las concepciones de la escuela clásica, por considerar que tomaba al delincuente como una objetividad abstracta, encerrada en una formulación legal invariable.

Al igual que en el caso europeo, el discurso positivista local presentaba ciertas limitaciones en el aspecto jurídico, y es por ello que la corriente gozaría de una mayor representación por parte de miembros del saber médico, quienes –emulando a sus pares del viejo continente- habían afianzado una posición de prestigio dentro de la vida política de nuestra nación.

Para comprender adecuadamente el contexto que ha facilitado la difusión de esta ideología, debe tenerse en cuenta que en el año 1871 hubo en Buenos Aires un brote de fiebre amarilla que se cobró la vida de unos 14.000 porteños (un 8% de la población de la capital). Esta plaga puso en primer lugar de la agenda política la urgente necesidad de mejorar las condiciones de higiene de la ciudad, de establecer una red de distribución de agua potable, de mejorar el sistema de aseo de las calles y de retiro de desperdicios, de corregir las condiciones de aseo de los mataderos, de construir cloacas y desagües, de conservar y aumentar el número de cementerios y así erradicar todos los potenciales focos de contagio.

Quienes se harían cargo de buscar soluciones a esta situación alarmante serían médicos formados en el *higienismo*. Así se da en llamar a una corriente de pensamiento surgida en Europa a principios del S. XIX, cuya principal premisa era por concebir a la enfermedad como un fenómeno social extensivo a todos los aspectos de la vida humana. El rol comunitario del profesional se ve hipertrofiado, pues ya no le caben solamente los deberes de estudiar y sanar al paciente, sino que –además- debía de participar activamente en el dictado de leyes sanitarias, en su ejecución y en la actuación del poder administrador.

El ojo clínico dejó de posarse en el enfermo exclusivamente y observó a la población como un todo, con un criterio claramente organicista. Por ello es que las medidas impulsadas por esta

---

<sup>180</sup>La Sociedad de Antropología Jurídica se fundó en el año 1888, por Luis María Drago y Francisco Ramos Mejía, hermano del médico José María Ramos Mejía; quien será mencionado en este trabajo.

<sup>181</sup>Esta obra adquiriría fama hasta en Italia, donde fue traducida nada más ni nada menos que por el propio Lombroso; quien le dedicó varios elogios en el apartado introductorio. Al respecto, ver ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *“La cuestión criminal”*, Editorial Planeta, Tercera Edición, Buenos Aires, año 2012, pág. 99.

doctrina apuntaban al control de la ciudad como si se tratara de un ser humano a ser curado (mediante limpieza, ventilación, control de contagio, saneamiento, etc.), e implicaban la reorganización y la racionalización del espacio urbano y de los factores de marginalidad que representan peligros, es decir, las zonas donde la *mala vida* abundaba<sup>182</sup>.

Hasta ese entonces, todas las medidas sanitarias que se habían llevado en la gran ciudad (y, más aun, en el interior del país), si bien orientadas por un claro fin utilitario, eran aisladas y no formaban parte de ningún programa de salud concreto. De allí se pasó a una cosmovisión completamente nueva, que tomaba a la urbe –ya industrializada y superpoblada- como un campo de enfermedades a ser estudiado y tratado. Las clases dirigentes abrazaron estas ideas y contribuyeron a su fomento; por el simple hecho de que por su intermedio podían ejercer distintas medidas de control sobre las clases subalternas. No debe perderse de vista que el higienismo siempre estuvo teñido de una pretensión moralizadora y que esa moral respondía a pautas de conducta netamente burguesas.

Así, los técnicos higienistas buscaban en control de la ciudad como un cuerpo y de los individuos como células integrantes; no sólo desde las condiciones de salubridad e higiene, sino también inculcando a la ciudadanía hábitos que los hicieran más parecidos a los altos estratos. Todo ello para generar individuos sanos y aptos tanto para el trabajo como para el servicio militar; y, de paso, volverlos conformes y ordenados.

El higienismo también tuvo proyección sobre el terreno de lo criminológico; en cuanto concibió al delincuente como exponente de la *anormalidad*, entendida como una forma de conducta por fuera de los parámetros del ideal burgués. Siguiendo esta lógica, se estimaba que la solución al delito, al tratarse de una enfermedad, era el encierro, pues de ese modo se evitaban la propagación y el contagio. Así, el hombre delincuente era concebido como una cédula dentro del organismo social, que debía ser curada o suprimida según el caso.

---

<sup>182</sup>Es de destacarse que, antes del año 1890, las obras públicas respondían a una concepción miasmática de la propagación de las enfermedades; de acuerdo con la cual la trasmisión operaba por acción de sustancias inespecíficas (miasmas), que corrompían la composición atmosférica.

Tras el nacimiento de la microbiología, en ese año, pasó a primar la teoría antagonista: la contagionista, que postulaba que la causa de las enfermedades eran ocasionadas por formas de vida microscópicas que se propagaban de persona a persona.

La importancia práctica de la adopción de una u otra postura no era un tema menor: las medidas paliativas del contagionismo significaban el aislamiento o cuarentena de las zonas de infección (lo cual traía ciertas perturbaciones al comercio local); en tanto que el programa ofrecido por la teoría miasmática apuntaba a la creación de obras públicas para mejorar las condiciones ambientales y evitar la propagación; que se traduciría en un mayor intervencionismo estatal (y en un incremento de las ganancias de las empresas contratadas a los efectos). Quizás las ventajas comparativas que ofrecía este último criterio determinaron la continuación de sus prácticas, aún cuando su basamento teórico fuera refutado. Para mayor información al respecto, ver KOHL, ALEJANDRO, *"Higienismo argentino: Historia de una utopía: La salud en el imaginario colectivo de una época"*, editorial Dunken, Buenos Aires, año 2006, pág. 28 y sgtes.

De igual forma, la prostitución (al igual que la vagancia y el alcoholismo) iba a trasmano del modelo de moralidad impuesto y por tanto era considerada como una forma de degradación del cuerpo social. El higienismo le prodigaba un repudio mayor que a otras trasgresiones, debido a estaba conectada causalmente con la propagación de las enfermedades venéreas. Y su persecución se tornó más encarnizada una vez que mermó el índice de mortalidad por pestes o enfermedades como la lepra; cuya proliferación supo justificar la progresiva intervención del saber médico en la organización de la sociedad argentina.

En síntesis, el higienismo es una doctrina surgida en el seno del saber médico que históricamente ha buscado reducir índices de contracción y contagio de enfermedades; infiltrando a sus representantes en todas las capas del tejido social y de la administración pública. Ello a fin de intervenir en la toma de las decisiones relativas a la urbe; entendida ésta como un ente que debía ser tratado y curado. Gozaba de la simpatía de la clase dirigente, pues le resultaba instrumental para imponer pautas de sumisión. No casualmente todo aquello que era higiénico resultaba moral y lícito al mismo tiempo. Es, por tanto, que se gestó un sistema de legitimaciones cruzadas que ha cuajado en un discurso que caló hondo en la conciencia popular hasta bastante entrado el S. XX.

Me interesaría cerrar este tramo de la exposición invocando las palabras de Alejandro Kohl, quien ha estudiado las implicancias del higienismo en aquella época y tiene dicho que: *“su sentido arraiga en la esperanza mantenida por los sobrevivientes frente al recuerdo del terrible espectáculo de la muerte de sus seres queridos y de la posibilidad de la suya propia, y representa una respuesta ante la consecuente pregunta de cada uno de ellos acerca de qué podía llegar a esperar respecto del futuro. Pero su planteo transcurre en un plano muy peculiar ya que no se plasma inicialmente en alguna formación científica o técnica, tampoco en una política, sino en una respuesta imaginada, figurada, propia del orden de lo simbólico, donde es palabra plena, metáfora, poema; en definitiva, fuente de motivación para el inicio de una historia o patrimonio compartido por agentes culturales diversos que la refigurarán en el transcurso de su propia existencia”*<sup>183</sup>.

Retomando el hilo conductor dejado en suspenso unos párrafos más arriba, vuelvo al tema de los médicos y el positivismo. Teniendo en cuenta la creciente confianza en la ciencia, el pavor ocasionado por las enfermedades epidémicas, la creciente intervención del profesional en todas las áreas de control y gobierno y a la falta de fuerza del discurso jurídico, puede decirse que a los profesionales de la salud prácticamente no les costó nada tomar posiciones privilegiadas en la incipiente escuela criminológica.

Entre las personalidades más destacadas, puede contarse a José María Francisco Ramos Mejía; vocal de la Sociedad Argentina de Antropología Jurídica (presidida por su hermano Francisco).

---

<sup>183</sup> KOHL, ALEJANDRO, ob. cit., pág. 17.

Sostenía, en consonancia con los postulados de la doctrina, que la delincuencia era un síntoma propio de la patología social generada por la inmigración indiscriminada y la creciente urbanización; anidada en las mentalidades inferiores de las clases bajas ignorantes. Por ello, su conclusión era que había que dispensarle al delincuente un trato equivalente al del enfermo mental<sup>184</sup>.

Uno de sus seguidores más acérrimos fue Francisco de Veyga; quien en este marco teórico pretendió fundar la persecución al anarquista, por considerarlo también portador de una patología psiquiátrica, promoviendo su internación como método de profilaxis social. En cuanto al delincuente, consideraba que era naturalmente estúpido y que padecía una disfunción orgánica; además de que actuaba en imitación de otros y en respuesta al medio social en el que se hallaba inserto, que es uno de los puntos clave de la intervención institucional.<sup>185</sup>

Otro notable discípulo de Ramos Mejía fue José Ingenieros, a quien se considera el padre de la criminología argentina. Su visión de la criminalidad discurría por la anomalía psíquica, y en función de ello propuso un programa de criminología compuesto por tres fases: etiología criminal (determinación de las causas del delito), clínica criminológica (estudio del delincuente para determinar su grado de peligrosidad) y terapéutica criminal (actividades de prevención y aislamiento del delincuente según su grado de peligrosidad).

La prédica de estos especialistas tuvo gran recepción en los ámbitos académicos y políticos locales y marcó el camino para que otros médicos se enrolaran en el positivismo (como es el caso de José María Penna y Emilio Coni, por poner algunos ejemplos) y adquirieran posiciones en la función pública que resultaron estratégicas para la difusión de estas ideas (en el Departamento Nacional de Higiene, la Comisión de Higiene o la Asistencia Pública, entre otras instituciones).

Tanto los juristas como los médicos adherentes a la corriente positivista encontrarían en el fenómeno de la prostitución un tema de suma preocupación, por estimarlo punto focal de proliferación de enfermedades, no sólo biológicas sino también morales<sup>186</sup>. Tal inquietud llevaría

---

<sup>184</sup>Anitua, quien en su tratado recoge el pensamiento de Ramos Mejía, merita su trabajo de la siguiente manera: *“(e)l racismo de este autor es evidente, destacándose no sólo en sus injustos escritos sino también en su labor de funcionario de higiene como de educación, en sus persecuciones a inmigrantes y en especial a los judíos. Fue este personaje quien en ejercicio de la dirección de programas para escuelas primarias – y para organizar a sus temidas masas hijas de inmigrantes- introdujo los elementos chovinistas de los que aún no ha podido quitarse de encima la educación laica argentina”*. Ver ANITUA, GABRIEL IGNACIO ob. cit., pág. 204.

<sup>185</sup>Ídem al anterior.

<sup>186</sup>En cuanto al segundo de los aspectos a que hago alusión, me permito mencionar el libro de Eusebio Gómez *“La mala vida en Buenos Aires”* (1908), obra en la que expone su preocupación –teñida de prejuicios clasistas, sexistas, racistas y positivistas- por las *clases peligrosas* (incluidas las prostitutas); documentando puntillamente los hábitos de la masa marginal desde una posición de superioridad moral, al tiempo que clamaba por una defensa social de la *clase sana* frente a ese flagelo. Dicho trabajo inauguró una larga serie de publicaciones dedicadas al tema que ilustraban, en buena medida, el proyecto social en ciernes.

al discurso criminológico mayoritario a encontrar en la represión de la prostitución un modo adecuado de evitar los contagios de enfermedades venéreas; por medio en una legislación fuertemente intervencionista que regulaba tanto desde lo sanitario como desde la sanción penal<sup>187</sup>.

## II) DEL CONTEXTO HISTÓRICO QUE PROPICIÓ LA SANCIÓN DE LA LEY 12.331:

Para fines del S. XIX, Buenos Aires contaba con una prolífica actividad de venta de favores sexuales, a punto tal que era conocida internacionalmente por sus burdeles. En un principio, el trabajo sexual estaba íntimamente ligado a la trata de personas; desarrollada por inmigrantes húngaros que, aprovechando la escasez de mujeres aptas para el comercio, organizaron el transporte de unas cuantas compatriotas de escasos recursos. Aprovechando sus necesidades y su ignorancia, eran embarcadas y traídas con falsas promesas (de trabajo o matrimonio) y una vez en suelo argentino, se las vendía de inmediato como prostitutas<sup>188</sup>.

Antes de que el movimiento positivista afincara en la conciencia jurídica y política de nuestra sociedad, el control de la prostitución oscilaba entre la ignorancia del fenómeno y un tenue reglamentarismo. Cabal prueba de ello la da el reglamento de Prostíbulos de Buenos Aires, dictado en el año 1875, que se limitaba a estipular que: *“no podrá haber en los prostíbulos mujeres menores de dieciocho años, salvo que se hubieren entregado a la prostitución con anterioridad”*<sup>189</sup>.

En ese contexto, el negocio de la trata de blancas fue fructífero y con el tiempo se fue expandiendo y sus engranajes se fueron aceitando. Un caso emblemático es el de Noé Trauman (polaco judío exiliado a la argentina en 1890), quien fundó en el año 1906 la Sociedad Israelita de Socorros Mutuos Varsovia<sup>190</sup>, para dar apariencia legal a una organización dedicada a la importación de mujeres de toda Europa para que ejercieran la prostitución en el país. Con el

---

<sup>187</sup>Me permito señalar que el discurso criminológico, en su mayoría pero no en su totalidad, adhería a la represión de estas conductas. De hecho, Pirovano, Ramos Mejía y Coni elaboraron el Proyecto de Organización del Servicio Sanitario de la Prostitución (parcialmente aprobado en 1881), que proponía -en lo esencial- un registro de prostitutas a cargo de médicos del municipio; en respuesta a la reglamentación del año 1875, que se limitaba a gravar los prostíbulos con impuestos y a exigir controles por médicos particulares (pagados por la propia administración del burdel). Para mayor ilustración ver ALVAREZ, ADRIANA – CARBONETTI, ADRIÁN *“Saberes y prácticas médicas en la Argentina: un recorrido por historias de vida”*, Editorial Eudem, Mar del Plata, año 2008, pág. 60.

<sup>188</sup>TORRE, RAÚL OSVALDO *“La víctima del crimen”*, Dosityuna Ediciones Argentinas, Buenos Aires, año 2007, pág. 122. En dicha obra, el autor menciona un primer registro de estas actividades en el año 1867; a raíz de una nota publicada en un diario de Bucarest (Rumania), que relata la historia de dos de estos pioneros en la trata de blancas en Argentina.

<sup>189</sup>TORRE, RAÚL OSVALDO, ob. cit., pág. 123.

<sup>190</sup>Años más tarde, tras su fusión con la Sociedad Israelita de Socorros Mutuos *Aschkenasi* (fachada de idénticas actividades delictivas), cambiaría su nomenclatura a *Zwi Migdal*; organización que goza de mayor reconocimiento histórico.

tiempo, *la Varsovia* se transformaría en la red de trata de blancas más grande de la Argentina, con base en la capital y distribución hacia distintos puntos del interior (Benito Juárez, Tres Arroyos, Olavarría, Bahía Blanca, San Fernando Paraná, Concordia, Córdoba, Rosario). Ya por los años 30', explotaba unos dos mil prostíbulos con treinta mil mujeres en total<sup>191</sup>.

Ésta y otras organizaciones de similar naturaleza (como la *Aschkenasum*, sociedad con personería jurídica compuesta por socios rusos y rumanos; o los *Marequereaux*, mafia francesa de traficantes de blancas) realizaban sus actividades con el beneplácito de las fuerzas policiales. Controlaban su *mercancía* en términos sanitarios (no podía trabajar la prostituta enferma) y además ofrecían suculentos sobornos; de modo que los agentes del orden no encontraban motivos válidos para impedirles que continúen haciendo sus negocios<sup>192</sup>.

Por fuera de estos grandes circuitos, también estaba el proxeneta o *cafishio*, que formaría con la prostituta *“una pareja tutelar, en la que la mujer ponía el trabajo activo mientras el rufián regenteaba nuevos lugares en busca de la mercadería, en un rol pasivo que lo identificaría para siempre con la figura del mantenido”*<sup>193</sup>.

Fácil es advertir, a la luz de las ideas de inferioridad genética que impulsaba el positivismo, a la concepción de lo inmoral como fuente de represión y al control médico de la ciudadanía a partir del ataque a las fuentes de enfermedades físicas y sociales, que no había forma de que la prostitución y los delitos conectados con ella no fueran uno de los blancos predilectos del discurso represivo de principios del siglo XX. Numerosas campañas se lanzaron desde distintos sectores para modificar aquella ordenanza del 75' (transcripta más arriba). Haciéndose eco de ellas, en el año 1917, el diputado socialista Ángel Giménez -uno de los padres de la Ley de Profilaxis Antivenérea- presentó un proyecto de ordenanza suprimiendo la reglamentación de los prostíbulos. Si bien no cristalizó de la manera esperada, al menos dio pie a que, con posterioridad, se sancione una disposición municipal reduciendo el número de prostitutas por lenocinio a una sola; medida que, más allá de sus consecuencias nocivas<sup>194</sup>, tenía el efecto benéfico de complicar el libre ejercicio del tráfico de mujeres.

---

<sup>191</sup>Datos suministrados por el Comisario Julio Alzogaray en su libro *“La trilogía del placer”*, citado en TORRE, RAÚL OSVALDO, ob. cit., pág 159.

<sup>192</sup>Ídem al anterior, págs. 129 a 130.

<sup>193</sup>Ídem, pág. 135.

<sup>194</sup>Este modo de regulación de la prostitución ha sido objeto de duras críticas: *“Los prostíbulos unipersonales de tipo más popular hacían en los pasillos a los clientes en espera. Mientras la afanada prostituta iba despachando a los que les llegaba el turno, en distintas habitaciones para no perder el tiempo. Como método de reglamentación no podía ser peor: la mujer que por la mañana comenzaba en plena salud a ejercer su oficio (suponiendo que reconocida a fondo por los médicos la hubieran encontrado absolutamente limpia de todo mal venéreo), a las pocas horas de practicar febrilmente su triste menester, sin tiempo ni para lavarse, estaba infectada y aptísima para transmitir los gérmenes recién capturados a los que se agolpaban en el pasillo aguardando el placer”*. Al respecto, ver JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, ob.cit., pág. 704.

La lucha acreció y para 1935 directamente se prohibieron las casas de prostitución en el ámbito de la Capital Federal. Sin embargo, las iniciativas no acabaron ahí; pues a entender de los actores políticos el problema demandaba una solución extensiva a la nación entera. Predicaban que de nada servía suprimirlas si en los alrededores de la capital iban a continuar existiendo – incluso multiplicándose, dada la cantidad de trabajadoras disponibles a raíz de la medida- y en peores condiciones de higiene y salud. El mensaje era claro: *“si la supresión de las casas de prostitución es una imposición moral y sanitaria, no basta con que se aplique en la Capital de la República, sino que debe extenderse a todo el territorio del país”*<sup>195</sup>.

Por ello es que, a instancias de la Comisión de Higiene y Asistencia Social (formada a los efectos de tratar la problemática), los diputados Tiburcio Padilla y Ángel Giménez presentaron el proyecto de Ley de Profilaxis Antivenérea, sancionado el 17 de diciembre de 1936 -bajo el número 12.331- y publicado en el Boletín Oficial el 11 de enero de 1937.

### III) DE LA LEY DE PROFILAXIS Y SU TRASFONDO POLÍTICO:

Complementando las consideraciones preliminares vertidas en el primer capítulo, conviene señalar que el contenido de la Ley 12.331 puede sintetizarse del siguiente modo: El art. 1 define la finalidad (organización de la profilaxis de las enfermedades venéreas<sup>196</sup> de todo el territorio de la nación); los arts. 2 y 3 crean la Sección Profilaxis de las Enfermedades Venéreas, dependiente del Departamento Nacional de Higiene, respecto del cual establece sus funciones profilácticas, sociales, científicas y educativas. En los arts. 4, 5, 11 y 14 se regula la necesidad de la asistencia médica y la farmacopea de los males venéreos; en tanto los arts. 7, 8, 9 versan sobre tratamiento médico obligatorio y hospitalización forzosa. El art. 10 se refiere a los deberes del médico de informar a las autoridades sanitarias cuál es la fuente de contagio en caso de conocerla. El art. 12 combate el *charlatanismo* (atención de pacientes por correspondencia o publicitar métodos curativos falsos) cuya sanción también se establece en el art. 16. El 13 establece los exámenes médicos prenupciales obligatorios, en tanto las trasgresiones a este precepto son sancionadas de igual modo en el art. 16. El artículo 15 prohíbe las casas o locales donde se ejerza la prostitución o se incite a ella y el art. 18 se establece, con referencia al Código Penal (art. 202), el castigo para casos de contagio venéreo.

Y como fuera antes dicho, el art. 17 –objeto de análisis de este trabajo- establece: *“Los que sostengan administren o regenteen, ostensible o encubiertamente casas de tolerancia, serán castigados con una multa de \$ 1000 (cifra actualizada a un valor que oscila entre los \$ 12.500 y*

---

<sup>195</sup>Estas son palabras textuales del senador Serrey, vertidas en el marco del debate parlamentario de la Ley de Profilaxis Antivenérea (Cámara de Senadores, sesión ordinaria del 18 de septiembre de 1936, pág. 281).

<sup>196</sup>Denominación genérica comprensiva de la sífilis, la blenorragia, la lúes, el chancro blando y el granuloma venéreo (enunciación traída por el art. 1° del proyecto de ley).

\$ 25.000). *En caso de reincidencia, sufrirán prisión de 1 a 3 años, la que no podrá aplicarse en calidad de condicional. Si fuesen ciudadanos por naturalización, la pena tendrá la accesoria de la pérdida de la ciudadanía y la expulsión del país una vez cumplida la condena, expulsión que se aplicará asimismo si el penado fuese extranjero”.*

Una primera observación que se puede formular acerca de la redacción de esta ley tiene que ver con la inclusión de aspectos tan disímiles en la regulación. Llama la atención que la problemática social de las enfermedades venéreas sea atacada desde tantos frentes al mismo tiempo; y que todos partan de la regulación legal. Se busca la profilaxis desde lo educacional, desde lo asistencial, desde lo sanitario y, lógicamente, desde lo represivo. Ello es una clara pauta de la alianza existente entre el discurso jurídico y el médico; puesto que, por un lado, la ley concedió a estos últimos profesionales más atribuciones en la esfera pública (y consecuentemente, mayor espacio de poder) y, por otro, criminalizó conductas de contagio (art. 18) y de mantenimiento de posibles agentes contaminantes (art. 17); términos que definen al enemigo a vencer en la lógica higienista.

Con la llegada de la ley, se dio por zanjada toda discusión sobre el tratamiento legal dado a la prostitución a nivel nacional. El diputado Padilla explicó a este respecto que el sistema reglamentarista (que simplemente establecía controles sanitarios a la actividad) resultaba harto inconveniente; dado que en la práctica las meretrices no se sometían a las inspecciones exigidas por las respectivas autoridades municipales. Según datos estadísticos, en la ciudad de Buenos Aires había alrededor de 25.000 trabajadoras sexuales y, de ellas, solamente unas 700 concurrían a los dispensarios municipales<sup>197</sup>. Este panorama se mostraba más apremiante aun con algunas cifras alarmantes que acercaba la realidad. Según cálculos, la sífilis -una de las enfermedades venéreas más peligrosas- se cobraba la vida de unos 30.000 argentinos y de acuerdo con las estadísticas confeccionadas a partir de entrevistas con los pacientes, el 90 o 95 % la había contraído en casas de prostitución reglamentada.

Esto motivó una fuerte propaganda científica antivenérea; dentro de la puede resaltarse el trabajo de Pedro Baliña, José Belbey y Alberto Zwanck en *“La lucha antivenérea. Planteo del problema. Directivas para su solución”* de 1935; el de Pedro Baliña en *“Organización de la lucha antivenérea”*; el de Carlos Bernaldo de Quiros en *“Delincuencia venérea”* de 1934; y el de Nerio Rojas y Federico Bonet en *“El contagio venéreo ante la medicina forense”*, de 1938. Todos estos especialistas, vale la aclaración, hicieron llegar sus observaciones en un informe a la comisión redactora que ha trazado los lineamientos de la ley.

Como puede verse, son métodos propios de las ciencias naturales (observación, cálculos, estadísticas, porcentajes, trabajo de campo) los que han servido para plantear la forma de

---

<sup>197</sup>Opinión del diputado Tiburcio Padilla, expresada en el marco del debate parlamentario de la Ley de Profilaxis Antivenérea (Cámara de Diputados, sesión ordinaria del 26 de septiembre de 1935, pág. 567).

abordar una problemática social específica. Teniendo presente lo ya visto, se advierte que esta forma de construir la realidad –sujeta a leyes inmutables, con resultados predecibles- se ajusta a las claras al pensamiento positivista y también encuentra afinidad con los dogmas del higienismo, que suponen un análisis macroscópico del ente social y se valen de grandes números para hacer sus pronósticos y proponer medidas curativas. Lo que llama la atención de estos constructos intelectuales no es tanto la lógica que los nutre, sino la proyección social que han tenido; en tanto abandonaron el terreno de lo descriptivo para pasar a fundar un marco regulatorio de la conducta humana.

Además, al analizar la cuestión se debe tener en cuenta que no sólo las razones estrictamente médicas sirvieron para avanzar contra la proliferación de la prostitución, sino que hubo todo un trasfondo moral que signó las consignas de la campaña. A fines ilustrativos, me remito a algunas palabras de quienes participaron en el debate parlamentario, como es el caso del diputado Giménez; quien avaló las conclusiones de su compañero de proyecto con una retórica bastante particular: *“Desgraciadamente, se ha creído que la solución del problema estaba en el establecimiento de esas casas que en la campaña se distinguen con una luz roja, que es como la luz de la lámpara de kerosene en los días de verano, a la que se acercan las mariposas y se queman as alas. A esas casas es donde van los jóvenes, el porvenir de la patria, como dicen los nacionalistas, a contaminarse y a difundir enfermedades venéreas”*<sup>198</sup>.

En análogo sentido, me permito traer las consideraciones del senador Carlos Serrey, el cual, luego de explicar las tres formas de explicar el tratamiento legal de la prostitución (reglamentarismo o control sanitario de la meretriz, abolicionismo o represión de los delitos conexos al trabajo sexual y prohibicionismo o represión de todas las manifestaciones del fenómeno), sostiene: *“(y) o me inclino al segundo sistema, al abolicionista, porque considero que el prohibicionismo con su excesivo rigorismo resulta contraproducente, en cuanto es imposible eliminar totalmente la prostitución. Creo que la mejor manera de disminuirla o atenuarla, por lo menos, consiste en tomar medidas de carácter general que mejoren las condiciones de las clases menos afortunadas, que aumenten su standard de vida y establezcan una mayor moralidad. No se puede, a mi juicio, legalizar el vicio, oficializar la corrupción de las costumbre; es una cuestión de dignificación humana, de igualdad de los sexos, de verdadero feminismo, abolición de la más ominosa de todas las esclavitudes y el triunfo del sentido de la responsabilidad personal”*<sup>199</sup>.

Unas cuantas opiniones bastan para advertir que más allá de las razones profilácticas, hay motivos de otra índole que han guiado la aprobación del proyecto: es claro que el comercio sexual era visto como un factor desmoralizante, de contaminación de la honra, de escándalo; meritorio

---

<sup>198</sup>Opinión del diputado Ángel Giménez, expresada en el marco del debate parlamentario de la Ley de Profilaxis Antivenérea (Cámara de Diputados, sesión ordinaria del 9 de diciembre de 1936, pág. 944).

<sup>199</sup>Opinión del senador Carlos Serrey, expresada en el marco del debate parlamentario de la Ley de Profilaxis Antivenérea (Cámara de Senadores, sesión ordinaria del 18 de septiembre de 1936, pág. 278).

de desprecio y de un tratamiento más riguroso que el ofrecido por el sistema reglamentarista. El mensaje es claro: “(l)a prostitución, repugnante lacra social, no puede, no debe ser reglamentada. Los países más cultos del mundo así lo han entendido. La República no debe quedar atrás y debe terminar con esa esclavitud blanca, quizás tan despreciable como aquella otra que igualaba al hombre con las bestias de carga”<sup>200</sup>.

#### IV) DE LA DETECCIÓN DE IMPRONTAS IDEOLÓGICAS EN LA LEY COMENTADA:

Sabido es que algo recibe el calificativo de inmoral por oposición de categorías. La moral que se deja ver como pauta para el dictado de la ley parece provenir de la clase más acomodada, cuyo predominio en la dirigencia política era aún más acentuado que hoy día; y que contaba además con unos cuantos miembros repartidos en las cúpulas de la dirigencia médica. Hablamos de una moral que buscaba mantener a la ciudadanía fuera de cualquier vicio (alcohol, drogas, juego) y la invitaba a la abstinencia o continencia sexual. La referencia al positivismo es, en este punto, muy marcada si se toma en consideración que la escuela predicaba que un claro síntoma de atavismo era la inconducta sexual; propia de los salvajes colonizados y de los *malvivientes*. Y casi como derivados necesarios de esa incorrección, según esta línea de pensamiento, estaban la enfermedad física (venérea) y la moral (la degradación). Ambas se propagaban de manera implacable por el tejido social; afectando no sólo a las clases bajas, sino también al proletariado.

Ello sería una fuente de preocupación importante para la oligarquía, pues –obviamente- un obrero sano es mucho más productivo que uno que está enfermo (si es que no está muerto); de modo que no sólo se trataba de la sola imposición de una ideología, sino también de mantener incólume la fuerza de trabajo necesaria para la producción. Y mayor era la inquietud ante la amenaza cierta de que estas enfermedades llegaran hasta las encumbradas esferas. Había que tomar cartas en el asunto con mayor firmeza, eliminando todos los posibles focos de transmisión.

La lógica médico preventiva era palmaria y los contornos que la separaban del programa jurídico no estaban definidos con claridad. Receptivo de esa tendencia, el modelo que propuso la ley amalgamaba los dos saberes y buscaba la intervención sobre el cuerpo social desde distintos enfoques (educación sexual, información, publicidad, tratamiento médico, farmacopea, control sanitario y represión); como si se tratase de *prescripciones médicas* para un correcto *tratamiento y curación*.

Así, la burguesía criolla, empapada del discurso criminológico positivista y de las ideas del higienismo como método de profilaxis urbana, proyectó -por medio de las agencias políticas a su cargo- medidas de control instrumentales a su posición. Por su intermedio, afianzó su modelo de

---

<sup>200</sup>Opinión del diputado Tiburcio Padilla, expresada en el marco del debate parlamentario de la Ley de Profilaxis Antivenérea (Cámara de Diputados, sesión ordinaria del 26 de septiembre de 1935, pág. 567).

moral como criterio rector (reforzando su legitimación como clase dominante) y, al mismo tiempo, procuró paliar los riesgos derivados de la prostitución como foco de infección física y moral; con fines preventivos y de preservación de su capital humano.

En esta cosmovisión, la prostituta era tomada por un ser inferior en términos de evolución, protagonista de una actividad equivalente al delito; aunque carente de igual carga valorativa. Se la reconocía como un *mal necesario* (en sintonía con la idea lombrosiana de que la prostitución servía de *válvula de escape* para el hombre y contribuía, así, a que se cometan menos delitos) y por ello no era directamente punible. Sí se concebía el reproche para las conductas que la circundan (trata de blancas, sostenimiento o mantenimiento de casas de tolerancia, etc.), como política criminal de desaliento de la actividad organizada; para así llegar a mitigar el contagio de las enfermedades venéreas que aquejaban a la población.

Nuevamente, las palabras del diputado Padilla resultan ilustrativas: *“(e)n todos los países donde se han realizado estudios comparativos, se ha observado que el número de prostitutas clandestinas ha disminuido en forma muy importante con la supresión de las casas de tolerancia, y esto por una razón que perciban de primera intención muchos señores diputados que no están interiorizados en estas cuestiones. Parecería extraño que suprimiendo casas de tolerancia con pupilas sujetas a revisión médica periódica, disminuya el número de enfermos venéreos, como resultará difícil comprender que una vez suprimida la prostituta oficial disminuya también el número de prostitutas clandestinas. Sin embargo, los hechos son éstos y la explicación admisible es que el cliente de la casa de tolerancia reglamentada cree hallarse en presencia de mujeres que no pueden estar enfermas porque son revisadas, y entonces no toma precauciones. En cambio, aquél individuo que busca los favores de una cortesana clandestina no siente la misma seguridad y se previene”<sup>201</sup>.*

En cuanto a los delitos que guardan relación, la trata de personas era el principal blanco de la persecución penal. Como hemos visto antes, en torno a esta modalidad delictiva se movía un comercio de grandes proporciones; con agrupaciones bien organizadas y suficientemente estratificadas como para atender todas sus facetas (transporte, locación, adiestramiento de las meretrices, administración, sobornos, etcétera). Y la supresión de las casas de tolerancia –con indiferencia de si albergaban mujeres en situación de trata o no- iba a limitar al máximo las posibilidades de que el negocio de la esclavitud sexual proliferara.

En otras palabras, la figura que trae el art. 17 de la ley ha sido prevista también como vehículo para combatir indirectamente la trata de personas. En una ideología de *defensa social* como la

---

<sup>201</sup>Opinión del diputado Tiburcio Padilla, expresada en el marco del debate parlamentario de la Ley de Profilaxis Antivenérea (Cámara de Diputados, sesión ordinaria del 9 de diciembre de 1936, pág. 931).

que predicaban algunos técnicos del positivismo, de proteger a la comunidad del delito, esta forma de legislar es plenamente aceptada y alentada.

Cerrando este apartado, y sin perjuicio de lo que viene siendo dicho, me permito rescatar una opinión más del debate parlamentario; que fue dada por el diputado Enrique Mouchet, miembro de la comisión redactora. Como plantea una forma completamente diferente de abordar la temática, me pareció pertinente incluirlo en el cierre; para mostrar que pese a la enorme influencia de los saberes analizados, se podía pensar distinto: *“(n)o creo en la eficiencia de las penas. Creo, en cambio, en la eficiencia de la educación y de la protección. Salgamos al encuentro de la mujer caída en la prostitución, tendámosle la mano cordialmente como a una hermana caída en la miseria o en la degradación, tratemos con nuestro aliento de levantarla nuevamente a la dignidad de la vida humana en vez de buscar una pena en el Código Penal (...) No estoy de acuerdo con la orientación policial, criminal o penológica, sino que hubiera deseado que la ley hubiera tenido una orientación eminentemente cultural, médicopedagógica. La prostitución existe cuando los factores sociales la determinan, especialmente la miseria. Cuando nosotros salimos al encuentro de la miseria y legislamos sobre el trabajo de las mujeres y los niños, cuando legislamos sobre la desocupación y sobre la educación, combatimos indirectamente la prostitución<sup>202</sup>.*

### **C) APARTADO CRÍTICO:**

#### **I) CONSIDERACIONES PRELIMINARES:**

Es casi una verdad de Perogrullo que existen múltiples prismas interpretativos bajo los cuales se puede pensar la problemática reseñada sin apartarse de la matriz criminológica. Hay, en efecto, marcos teóricos que ensayan explicaciones a la criminalidad partiendo de otros datos de su fenomenología, los procesan con el auxilio de las herramientas y la metodología propias de otras ciencias humanísticas (filosofía, sociología, historia, antropología, psicología, psiquiatría, política, economía), y arriban a conclusiones distanciadas por completo de los postulados positivistas; presentando –en algunos casos- novedosas formas de abordaje de *la cuestión criminal*.

Algunos de estos diseños teóricos ofrecen parámetros diferenciales (y, quizás, un análisis óptico de superior espectro) para encarar el estudio del conocido binomio *delito-delincuente*. Otros – directamente- rompen con este esquema y entienden que la criminalidad es la resultante de la dinámica de factores de diferente orden o, más precisamente, la síntesis de la interacción entre variables de poder; y bajo esa mirada es que lanzan críticas (en algunos supuestos,

---

<sup>202</sup>Opinión del diputado Enrique Mouchet, expresada en el marco del debate parlamentario de la Ley de Profilaxis Antivenérea (Cámara de Diputados, sesión ordinaria del 9 de diciembre de 1936, pág. 935).

encarnizadas) hacia la construcción social de la figura del infractor y hacia la respuesta punitiva como método de control.

Hechas estas distinciones, he de señalar que el desarrollo propio de este apartado trasuntará, en un principio, por esbozar una breve reseña de las teorías agrupadas en el primer conjunto; en tanto se estiman útiles para localizar causas del crimen por fuera de los condicionamientos biológicos pregonados por la escuela positivista. A igual término, considero que su planteamiento servirá para identificar el derrotero intelectual que ha permitido el surgimiento de las corrientes reaccionarias, que pertenecen al segundo grupo, sobre las cuales me detendré especialmente para cimentar las reflexiones críticas al discurso criminológico legitimante de la Ley de Profilaxis Antivenérea.

Considero que las teorías del primer orden, partiendo de la premisa de que el delincuente no es otra cosa que un producto cultural (con diferentes factores condicionantes, según el marco epistemológico y la técnica de abordaje empleados para la demostración), ha tenido el acierto de acercar respuestas al fenómeno criminal sin anclarse en un monismo causal (o, cuando menos, no manifiestamente) y, por tanto, ofrece una visión menos sesgada que la provista por la *scuola italiana*; tildada por sus críticos de apelar a un reduccionismo antropológico simplista, fundado en argumentaciones circulares metodológicamente cuestionables. Con todo, dado que los planteamientos de estas teorías se mantienen alineados a la etiología criminal, soslayan cualquier pregunta relacionada con el poder punitivo; al que dan por sentado como si de un *fenómeno natural* se tratase.

Por ello considero que el tratamiento que cabe darles en este apartado pasa por destacar los aportes que han sabido brindar para enriquecer la disciplina; mas no serán acreedoras de un tratamiento pormenorizado en lo tocante a sus proyecciones teóricas. Su utilidad para este trabajo redundará simplemente en acercar un nuevo bagaje conceptual para indagar sobre el tema de la prostitución desde un renovado ángulo; mas no terminan de cuajar en cuestionamientos hacia el estado de cosas que se ha venido planteando en los párrafos precedentes.

No ocurre lo mismo con las teorías del segundo orden. Si bien reconocen como antecedente necesario a las anteriores, llevaron más allá el nivel de interrogantes. Terminaron por someter a discusión cuál era la fuente de autoridad última de quienes detentan el poder de definir qué conductas son delictivas, si esa definición responde o no a un proceso políticamente neutral, o bien si resulta funcional a los intereses de algún sector en particular; llegando —en ciertos casos— a cuestionar directamente si hay utilidad social en responder a las infracciones con el castigo.

Estos pensamientos criminológicos, a mi entender, proporcionan un punto de partida adecuado para abordar la pregunta central de este eje temático: *¿es, en nuestros días, sostenible —con todos sus componentes ideológicos y su carga valorativa— el discurso criminológico que informa la redacción de la Ley 12.331?* Tal y como dejara entrever en reflexiones precedentes, mi objetivo

será el de demostrar –dirigiendo la tónica reaccionaria de aquellos discursos hacia la estricta observación de este supuesto en particular- que la respuesta debe inclinarse hacia la negativa.

Se arriba a tal solución en el convencimiento de que el andamiaje ideológico de la norma analizada colisiona frontalmente con los fundamentos epistemológicos de los dogmas criminológicos más actuales; que se interesan por ahondar en las causas del delito sin apelar a premisas catalogables como eugenésicas, racistas, clasistas, sexistas, fundadas en la peligrosidad (antes que en la lesividad) o cargadas de componentes moralizantes.

Revelan estos cuadros teóricos un mayor respeto por la dignidad del hombre y por sus manifestaciones (el ejercicio de la autonomía individual, la expresión de inclinaciones, ideas y creencias) y, consiguientemente, hacia los derechos y las garantías que le asisten por su sola condición de tal. Así, se encuentran en mayor sintonía con el programa normativo que se ha venido consolidando con el progresivo reconocimiento de los derechos humanos; proceso éste que se ha acelerado a partir de la segunda mitad del S.XX y que ha tenido proyección tanto en el plano nacional como en el internacional.

En conclusión, y sin perjuicio de que hacia el final del capítulo procuraré desarrollar este tema con mayor pulido argumental, se estima que -comparativamente- estos paradigmas se ajustan más satisfactoriamente a las pautas sociales, culturales y políticas contemporáneas; reduciendo al positivismo criminológico a una mera *extravagancia teórica*, con un rol marginal dentro de la academia (que no es igual, como se ha dicho, a afirmar su completa desaparición).

Por ende, desprovisto el discurso criminológico de la ley de toda aceptación doctrinaria, predicar su abandono aparece como una solución prácticamente obvia; lo cual, claro está, termina por hacer mella en el sustento lógico de la prohibición.

## **II) ACERCA DE LA CRIMINOLOGÍA SOCIOLÓGICA:**

Zaffaroni rastrea un origen en común entre la criminología y la sociología. Asume que esta última (si bien tan antigua como el mundo civilizado) emergió como ciencia del conocimiento en el mismo momento en que la burguesía ascendió al poder; en tanto sus discursos procuraban brindarle un piso de legitimación intelectual, y es con su beneplácito que se fue ganando el *status* de saber autónomo. En el afán de elucubrar pautas ideológicas que fundamentaran la obediencia a la nueva clase dirigente, estos intelectuales ensayaron justificaciones para todos los actos de gobierno; incluidos la potestad de definir las conductas punibles y la capacidad de imponer

castigos. De hecho, los primeros en acercar estas conclusiones fueron pensadores con orientación criminológica<sup>203</sup>.

Apelando al lenguaje irónico y metafórico a que nos tiene acostumbrado en sus obras, el autor sintetiza la relación entre criminología y sociología y el desarrollo histórico de ambas disciplinas del siguiente modo: “(e)stas dos gemelas monocigóticas –casi siamesas- que son la sociología y la criminología fueron separadas y la criminología se alimentó lactando del spencerianismo de los médicos en Europa continental, en los ámbitos racistas norteamericanos y en las repúblicas oligárquicas latinoamericanas, en tanto que la sociología de Europa continental, de los sectores no racistas norteamericanos y de algunos sociólogos latinoamericanos, emprendió caminos propios con horizontes mucho más amplios. Esta crianza separada de las gemelas hizo que la criminología racista y su heredera, o sea, la etiológica controlada y sometida al derecho penal, sufriese de raquitismo y casi se extinguiese, como los vikingos que llegaron al extremo norte de América y allí se quedaron, mientras que la sociología, liberada de cualquier limitación epistemológica impuesta por otra disciplina corretease por el mundo, alimentándose y fortaleciéndose (...).”<sup>204</sup>

Estas reflexiones dispuestas a modo de introito, sin embargo, no deben llevarnos al equívoco de asumir que, tras una separación conceptual inicial, aquellas ciencias se mantuvieron incomunicadas. La historia de los pensamientos criminológicos nos enseña que ocurrió precisamente lo contrario.

En tanto el positivismo criminológico llegaba al paroxismo de su desarrollo teórico y alcanzaba difusión a nivel global, en los Estados Unidos se gestaba una nueva forma de interpretar la realidad del delito; que llevaría a un rotundo cambio de paradigma en la disciplina hacia la mitad del S. XX (trascurridos la Segunda Guerra Mundial y los genocidios europeos). Ese viraje vendría de la mano de la propia sociología, un saber que para entonces había afianzado su propósito de identificar los principios generales subyacentes a todos los fenómenos sociales; y que, bajo esos

---

<sup>203</sup>En tal sentido, se suelen citar como pensadores de la *prehistoria de la sociología* (del siglo XIX) a Adolphe Quetelet, André-Michel Guerry y Auguste Comte. El primero, en su trabajo *Ensayo de Física Social*, siguiendo la tendencia de la época de procurar un ropaje científico para las ciencias humanísticas, sostenía que los comportamientos delincuenciales eran una variable más dentro a ser considerada dentro del análisis estadístico de la vida social; en tanto es en su seno que surgen las tendencias al delito y los medios para su comisión. Guerry, por su parte, trabajó la noción de *estadística moral* y bajo ese paradigma entendió que la criminalidad –al igual que cualquier acción humana, moral o intelectual- se regía por leyes naturales; de modo que podía ser explicada y, eventualmente, predicha. Finalmente, Comte, a quien se conoce como el padre fundador de la sociología, predicó la existencia de un organismo social compuesto de tres elementos: el individuo, la familia y la sociedad. Esta entidad tendría una tendencia inmanente hacia la subordinación y al gobierno, a manos de individuos naturalmente dotados para ejercer el mando. Solo así sería posible alcanzar el orden necesario para obtener el avance de la civilización; que, lógicamente, alcanzaba su grado máximo de refinamiento en las comunidades de Europa Occidental (ANITUA, GABRIEL I., ob. cit., págs. 170 a 174).

<sup>204</sup>ZAFFARONI, EUGENIO R., “*La Palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar*”, ya citado, págs. 151 y 152.

lineamientos, proponía una interpretación de los comportamientos delictivos que los sitúe en el contexto social en el que ocurrían, en lugar de ser estudiarlos como anomalías aisladas<sup>205</sup>.

Así, la sociología criminológica, poniendo en entredicho la pretendida superioridad biológica de las culturas europeas industrializadas, dejó de lado la identificación del criminal con un ser antropológicamente inferior; para convertirlo en una indispensable variable de ajuste dentro de todo orden sociocultural. Incluso, de acuerdo con algunos postulados, resultaba una condición útil para el desarrollo de la comunidad, pues el rechazo mayoritario a la conducta desviada contribuiría a reforzar la cohesión social<sup>206</sup>. Con mayor grado de elocuencia, Pavarini desarrolla esta idea nuclear del siguiente modo: “(e)l delincuente, por tanto, no puede ser considerado ya como un elemento negativo y extraño a la sociedad sino que en cuanto factor regulador de lo social debe ser considerado como presencia fisiológica y no patológica y su realidad un factor de bienestar social y no de lesión”<sup>207</sup>.

Partieron, entonces, de una concepción del crimen como comportamiento *normal* (por oposición a patológico), inherente a cualquier modelo social; en la convicción de que todos éstos poseen una dinámica entre sus sistemas de valores, sus estamentos y sus recursos que llevaría ínsito el germen de la infracción. El delincuente no es más que un *disidente*, que debe disciplinarse a fin de ser encausado para conseguir que vuelva a abrazar la valoración generalizada. Por ende, resultaría impensable una comunidad sin criminalidad y sólo cabría hablar de anomalía en caso de que los trasgresores dejen de representar un grupo minoritario; pues entonces caería la relación de equilibrio que mantiene al entramado social en funcionamiento.

Las distintas tesis que emergen en esta línea (si bien discrepan en sus planteamientos filosóficos, sus enfoques y metodología; como se verá a continuación) parten de un modelo teórico que contempla la generalidad de los acontecimientos sociales propios del medio, y dentro de ellos es que asigna un lugar específico al fenómeno criminal; empleando a tales fines el instrumental analítico propio de la sociología (que redundaba –fundamentalmente- en la aplicación del método histórico, estadístico, estructural, funcionalista y en las técnicas de observación y experimentación). Así, la *etiología social del delito* nuclea distintas corrientes de pensamiento; preocupadas por detectar causas, factores o correlaciones en distintas fuentes: a) la

---

<sup>205</sup>En análogo orden de consideraciones, se ha dicho que: “(l)a interpretación social pretende trascender los comportamientos individuales, interesándose por la interacción entre los individuos, el funcionamiento de los grupos sociales y, en el tema que aquí nos interesa, su relación con las normas. La sociología más moderna entiende que las motivaciones individuales no son psíquicas, sino que, en gran medida, resultan de procesos sociales, entre los que se encuentra el aprendizaje normativo.” (ELBERT, CARLOS A., “Manual Básico de Criminología”, quinta edición, editorial Eudeba, Buenos Aires, año 2012, pág. 121).

<sup>206</sup>En abono de dicha premisa, se ha señalado que: “(e)l delito como natural y necesario, provocando y estimulando la reacción social, estabiliza y mantiene vivo el sentimiento colectivo que mantiene entre los asociados la conformidad a las normas y al mismo tiempo ejercita una acción directa en el desarrollo ético de la sociedad” (PAVARINI, MASSIMO, citado en BUJAN, JAVIER A., “Elementos de criminología en la realidad social”, editorial Ábaco, Buenos Aires, año 1999, pág. 154).

<sup>207</sup>PAVARINI, MASSIMO, citado en BUJAN, JAVIER A., ob. cit., pág. 152.

desorganización social, b) la asociación diferencial, c) el control, d) la tensión social, e) el conflicto.

La llamada *teoría ecológica* se ocupó de dar tratamiento a las consideraciones alineadas en el primer tópico. Su desarrollo se suscitó entre las décadas de 1920 y 1930, a partir de las investigaciones sociológicas realizadas en Chicago; que buscaban aproximarse a los distintos problemas de la comunidad urbana mediante métodos de observación directa. Nótese que, por entonces, la ciudad atestiguaba un crecimiento demográfico inédito, favorecido por el desplazamiento de la población rural y por la llegada de inmigrantes europeos (con un bagaje cultural sumamente heterogéneo); amén de verse beneficiada por un sostenido progreso económico y por un desarrollo urbanístico sin precedentes.

Así, los intelectuales de esta corriente estudiaron las diferentes manifestaciones de la vida citadina y el condicionamiento procedente de las condiciones ambientales circundantes; con particular interés en los procesos de desviación o de *desorganización social* suscitados en algunas zonas metropolitanas. Este enfoque metodológico respondió a que: *“(l)a hipótesis central de los sociólogos ecologistas era que los habitantes de áreas conflictivas tenían más posibilidades de delinquir que los residentes en áreas “ordenadas”, como las ubicadas en la periferia urbana. Su atención se dirigió, entonces, a los habitantes de sectores pobres o con mala integración social; de allí que se hayan concentrado en el estudio de bandas juveniles, grupos recién asentados, grupos ligados a la prostitución o el juego, guetos raciales, familiar pobres, inmigrantes de diversa procedencia y cultura, delincuentes adultos pobres, etcétera”*<sup>208</sup>.

Los principales exponentes de la *criminología ecológica* fueron Robert Park, Clifford Shaw, Henry Mackay y Robert McKenzie; cuyas investigaciones de campo, que partieron de la premisa esencial de la existencia de un binomio delito-ambiente, han establecido una vinculación entre las diversas expresiones de la criminalidad y el área urbana de extracción del delincuente. En este sentido, entendían que la topografía de la ciudad admitía una clara demarcación en regiones, según las actividades que allí se desarrollaban: un *primer círculo*, afectado a las actividades políticas, económicas y culturales, un *segundo círculo* –periférico–, ocupado inicialmente por la burguesía y luego apropiado por los inmigrantes (en un proceso de *ósmosis social*) y un *tercer círculo*, el área de los suburbios, afectado al uso de las clases media y alta<sup>209</sup>.

En la segunda área, adyacente al cordón de comercios e industrias, estaba asentada la clase de más bajos recursos; que prestaba su mano de obra no calificada para aquellas actividades. De acuerdo con las observaciones de estos estudiosos, allí convivían pautas culturales e idiosincrasias tan variadas como divergentes, en virtud de la extracción de sus integrantes. Y la falta de conciencia de clase propia de este sector, a su vez, conllevaría a la marginalidad y la

---

<sup>208</sup>ELBERT, CARLOS A., ob. cit., pág. 124.

<sup>209</sup>Conf. BUJAN, JAVIER A., ob. cit., págs. 171 a 174.

desorganización de gran parte de sus miembros; acrecentada ante un deficiente control institucional. Bajo estas condiciones, el delito emergería como respuesta imperiosa<sup>210</sup>.

El sesgo clasista es estructural a esta visión. La explicación del delito como resultante de la *desorganización social* se asocia a la situación de los desclasados, agrupados en determinados cordones urbanos donde prevalecía la precariedad en materia habitacional y de servicios públicos, con deficiente integración de sus miembros y un elevado índice de pobreza; entre otras condiciones desfavorables. Correlativamente, soslayaron todo análisis sobre los ilícitos cometidos por las clases más favorecidas; habida cuenta de que gran parte de la información relevada procedía de agencias de control social con una marcada política discriminatoria a la hora de cumplir con sus funciones preventivo-represivas.

En lo que respecta a la *asociación diferencial*, Edwin Sutherland, tomando como punto de partida las observaciones de la Escuela de Chicago y ampliando sus proyecciones, entendió que, además del medio, condiciona al delito la concurrencia de un proceso comunicacional formativo suscitado entre los individuos y quienes participan de agrupaciones con vocación criminal (u *organización diferencial*, término que se opone a la idea de *desorganización social* ya vista). Favorecida por el contacto interpersonal directo (en el vecindario, en establecimientos de educación, recreativos, laborales, etcétera), esta enseñanza no sólo ha de proporcionar al neófito las herramientas útiles para delinquir, sino que traería consigo todo el bagaje valorativo necesario para generar su convicción en la decisión criminal<sup>211</sup>.

En palabras de Buján “(...) *para esta teoría, una persona se convierte en criminal como consecuencia de un proceso de aprendizaje, influido por un contexto en el cual las definiciones favorables al crimen superan a las desfavorables, que lo llevan a internalizar conductas*

---

<sup>210</sup>Complementando estas afirmaciones, cabe traer una cita textual de García-Pablos de Molina, que explica con suficiencia cuál fue el problema advertido por los autores referidos: “(d)esde 1860 numerosos grupos de grupos de emigrantes de todos los lugares de Europa llegan a Norteamérica y se asientan en las ciudades del medio oeste. El impacto de tales movimientos migratorios se hace sentir especialmente en Chicago, que cuenta con 110.000 habitantes en 1860 y rebasa los 2.000.000 en 1910. La inmigración masiva y el proceso vertiginoso de industrialización crean un nuevo tipo de hábitat, de organización, estructuralmente distinto del tradicional. La gran ciudad se convierte en crisol (melting pot) de etnias, religiones, culturas y cosmovisiones. Pero también es un preocupante foco de problemas sociales, derivados del cambio social y del conflicto cultural: pobreza, marginación, suicidio, alcoholismo, prostitución, criminalidad. En definitiva, el problema de la integración a la sociedad norteamericana de culturas con personalidad propia: el de la adaptación conflictiva a una nueva estructura urbana e industrializada de grupos muy heterogéneos (costumbres, lengua, educación, riqueza, raza, etc.) y móviles.” (GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, ob. cit., pág. 319).

<sup>211</sup>Esta idea es también recogida en la obra de Scimé, en tanto señala que: “(l)a motivación es de singularísima importancia, por cuanto es el vehículo psicológico de presión en el hacer criminoso, puesto que según se motive el sujeto se violaría o no la norma. Respetar a ésta (la norma), es lo exigible y lo que se espera del hombre, pero ello de acuerdo a la teoría que nos ocupa, la dirección específica de las motivaciones y de los deseos, se aprende en la admisión de las normas jurídicas, favorables a su violación o no favorables a esa actitud, es decir a su cumplimiento” (SCIMÉ, SALVADOR F., “Criminología. Causas y cosas del delito”, segunda edición, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, año 2000, pág. 445).

*criminales en mayor proporción que conductas conformistas. El crimen se enseña por vía de procesos comunicacionales e interacción; resultando determinantes la frecuencia del contacto, la duración y la intensidad. Esta tesis sirve para explicar tanto la criminalidad del gueto como la de cuello blanco (la realizada por personas de elevada posición social); aunque sin abandonar la tónica determinista de sus predecesoras, en tanto la decisión criminal del individuo queda sujeta a su pertenencia a un determinado medio*<sup>212</sup>.

Así, el comportamiento y los valores delictivos se aprenden en el curso de la vida social y se reproducen por igual vía; en un ciclo se da de igual manera en todas las capas sociales, variando solamente la tipología criminal que se trasmite por tradición. En este sentido, cabe referir que Sutherland también trataría con detalle los delitos de las clases altas en su obra *White Collar Crime* –traducido como *Crimen de Cuello Blanco*- del año 1949.

En una línea de pensamiento concurrente, deben destacarse los esfuerzos teóricos de Richard Cloward y Lloyd Ohlin por conciliar postulados de la escuela ecológica con la teoría sociológica funcionalista de Merton; que será desarrollada seguidamente. Para éstos, la criminalidad no estaría dada por una desorganización social, sino por la pertenencia a una organización social diferenciada, es decir, a culturas subterráneas que por un lado se encuentran distanciadas de los mandatos del complejo cultural dominante y, por otro, facilitan un acercamiento a medios ilegítimos; que no están distribuidos por igual entre los estamentos sociales (así como un empresario no contaría con acceso para ser adiestrado como carterista, el marginal tiene vedado el acceso al *white collar crime*).

En su obra *“Delinquency and Opportunity”* (1960), Cloward y Ohlin destacan precisamente que, ante distribución socio-estructural desigual, las posibilidades de acceso a los medios ilegítimos son también diferentes (lo que se conoce como *oportunidad diferencial*)<sup>213</sup>. Así *“(e)l medio social es así muy importante pues es éste el que ofrece la oportunidad de aprender determinados comportamientos o disponer de determinados medios, es éste el que ofrece intermediarios para negociar –de acuerdo a pautas convencionales- con lo producido ilícitamente, es éste el que produce medios de control social para reglar el comportamiento delictuencial (...)*<sup>214</sup>.

Asimismo, la *teoría de las subculturas criminales* de Stanley Cohen también ofrece un enfoque basado en los contactos diferenciales; partiendo de la premisa de que los grupos de jóvenes marginados por la sociedad e insatisfechos con su posición optan, sin abandonar la superestructura cultural que los rige, por formar o integrar subgrupos (con sistemas de valores, normas y simbología propios) encaminados a la actividad delictuencial. En tal sentido, se ha dicho que *“(s)e debe hablar siempre de subcultura y no de contracultura, en cuanto los nuevos*

---

<sup>212</sup>BUJAN, JAVIER A., ob. cit., págs. 182 a 184.

<sup>213</sup>Conf. SCIMÉ, SALVADOR F., ob. cit., pág. 469.

<sup>214</sup>ANITUA, GABRIEL I., ob. cit., pág. 311.

*valores o legitimaciones culturales de las prácticas ilegales no tienen fuerza política de colocarse en términos de alternatividad en relación con la cultura dominante, sino que se desarrollan como respuesta necesaria, minoritaria, y de simple supervivencia en relación con ella*<sup>215</sup>.

Para Cohen, estas subculturas se nutren de un desarrollado código de valores que antagoniza con las concepciones de las clases media y alta. Movido por la búsqueda de placer inmediato, y conociendo que –en su condición de excluido- no alcanzará por canales normales la satisfacción de alcanzar las metas culturales compartidas por todos, el joven buscará pertenencia abrazando un nuevo sistema de creencias que tuerce (pero no abandona) esos valores dominantes (como el respeto por la propiedad privada, la oposición a la violencia física, recreaciones saludables, cortesía, buenos modales, etcétera)<sup>216</sup>. En suma *“(l)a posibilidad de llegar a ser un delincuente o desviado radicaba, entonces, en el grado de exposición a una subcultura criminal que los jóvenes hubieran experimentado. La subcultura les permitía, así, solucionar problemas de adaptación que no podía resolverles la cultura dominante*<sup>217</sup>.

Otro esquema de pensamiento atendible a la hora de analizar las explicaciones basadas en la *asociación diferencial* lo ofrece la llamada *teoría de la neutralización*; elaborada por Gresham Sykes y David Matza. Los autores partieron de considerar que los grupos delincuenciales (que, al igual que en otros modelos, no dejarían de compartir las valoraciones de la sociedad) encontraban la justificación necesaria para obrar a partir de un sistema de representaciones subterráneo que los facultaba a actuar resguardando su conciencia y, a igual tiempo, cancelando el reproche.

Estas son las *técnicas de neutralización*, que tienen por finalidad dar sustento a ese sistema valorativo paralelo que manda alcanzar las metas sociales con mecanismos no institucionales. De acuerdo con los autores citados, estas redundan en presentar el acto criminal como algo lícito (*“lo maté para defenderme”*), o como consecuencia de factores condicionantes (*“la sociedad me hizo delincuente”*), o deslegitimando la autoridad del aprehensor o juzgador (*“la policía/la justicia es corrupta”*), o negando el daño a la víctima (*“le robé, pero tiene mucho más”*), o como una forma de lealtad al grupo de pertenencia (*“no podía dejar solos a mis compañeros”*).

Por otra parte, las *teorías del control* han procurado también buscar una explicación a la criminalidad con enfoque sociológico, aunque poniendo especial atención en la importancia de la familia y de la escuela como instancias de construcción de la personalidad del individuo y, fundamentalmente, en la transmisión, aceptación e introyección de aquellos valores que son socialmente aceptados. Albert Reiss fue uno de los principales cultores de esta postura. En su obra *Delinquency as the failure of personal and social controls*, señaló que las fallas en estos

---

<sup>215</sup>PAVARINI, MASSIMO, citado en BUJAN, JAVIER A., ob. cit., pág. 179.

<sup>216</sup>Conf. FUCITO, FELIPE, citado por BUJAN, JAVIER A., ob. cit., pág. 180.

<sup>217</sup>ELBERT, CARLOS A., ob.cit., pág. 128.

procesos formativos eran causa eficiente de la conducta criminal; en la creencia de que, al no ser correctamente educado en el control de sus impulsos, el delincuente estaba incapacitado de obedecer las normas con imposiciones restrictivas para su accionar.

Por su parte, Walter Reckless y Simon Dinitz, otros de los principales teóricos de esta corriente, sostuvieron que los índices de criminalidad podían ser reducidos mediante *contenciones externas* del individuo, tales como la asignación de un rol aceptable que le provea de identidad grupal, sentido de pertenencia y un programa de vida que le permita alcanzar la satisfacción; así como también –y fundamentalmente- mediante el *autocontrol*, resultante de una positiva percepción de sí mismo, una baja impulsividad, una adecuada formación ética y la aceptación de su situación en lo que a medios y metas respecta. Ante deficiencias en alguna de estas instancias de represión, sobrevendría -a entender de los autores- la desviación<sup>218</sup>.

En resumidas cuentas “(l)as teorías del control sumen que la delincuencia se desencadena cuando los vínculos que nos mantienen unidos en el respeto al orden social se debilitan o se rompen. En general, estos vínculos son de carácter afectivo (no cometemos delitos por miedo a desagradar a nuestros grupos de referencia), utilitario (no cometemos delitos por miedo a arriesgar nuestra posición social) y normativos (no cometemos delitos cuando pensamos en que este acto está mal y/o que es incorrecto infringir la ley). La persona que carece de estos vínculos afectivos, psicológicos y normativos, es alguien que puede cometer delito al no existir ningún control social que se lo impida”<sup>219</sup>.

En lo tocante al grupo de teorías enfocadas en la *tensión* (también conocidas como sistémicas), una aproximación a sus propuestas sugiere que parten de considerar a la sociedad como un conjunto integrado, una estructura equivalente a la sumatoria de sus estratos con la interacción entre éstos y con el medio circundante; siendo el delito la resultante de la configuración misma de ese sistema, que le asigna una *función* para asegurar su subsistencia.

Empero, aun cuando la criminalidad constituya un elemento de cohesión social, no deja de estar sujeta a la acción del aparato represivo. El castigo cumple un rol esencial para prevenir la *anomia*, concepto extraído del pensamiento de Durkheim; quien lo asociaba “(...) *al debilitamiento general de la conciencia colectiva, un quiebre de la paz y convivencia armónicas de la sociedad que ocurre cuando ésta no puede ejercer adecuadamente su poder mediador de las conductas individuales*”<sup>220</sup>. En suma, el delito es estructural al entramado social y cumple una función útil, siempre que no traspase ciertos límites de tolerancia y se convierta en una amenaza para

---

<sup>218</sup>Conf. ZAFFARONI, EUGENIO R., “*La Palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar*”, ya citado, págs. 189 y 190.

<sup>219</sup>LARRAURI, ELENA, “*Introducción a la criminología y al sistema penal*”, segunda edición, editorial Trotta, Madrid, año 2018, pág. 73 y 74.

<sup>220</sup>BUJAN, JAVIER A., ob. cit., págs. 182 a 184.

basamentos axiológicos esenciales de la vida en comunidad (que redundan, en apretada síntesis, en la limitación o prohibición de conductas lesivas para terceras personas).

Robert Merton, uno de los principales exponentes de este grupo de teorías, tomó estas ideas como punto de partida y desarrolló el concepto de *tensión*; resultante de la dialéctica entre los contenidos de la estructura cultural y las posibilidades ofrecidas por la estructura social. En tal sentido, definió la primera categoría como el conjunto de metas u objetivos considerados socialmente valiosos en un medio y momento determinados; mientras que la segunda corresponde a los *medios institucionalizados*, que son las formas percibidas como legítimas para alcanzar esos fines<sup>221</sup>.

La interacción entre estas variables, de acuerdo con la *teoría de la anomia* mertoniana, respondería a las siguientes pautas: “(...) a) *una universalización de las aspiraciones, esto es, todo el mundo tiene derecho a aspirar a la máxima meta; b) una monetarización de estas metas, pues el objetivo al que la mayoría de la población aspira es el éxito económico; c) una intensificación permanente de las mismas, puesto que estas metas nunca pueden ser satisfechas, bien porque una cultura consumista las aumenta de manera constante, bien porque los medios son limitados; d) un acento excesivo en el triunfo económico sin poner el mismo énfasis en la necesidad de respetar los cauces legales para conseguirlo; e) una desigualdad económica que conlleva que las personas situadas en los estratos sociales inferiores no tengan las mismas posibilidades de acceder a estos objetivos*”<sup>222</sup>.

Así, ocurre que “(...) *La sociedad actúa obstaculizando o fomentando las expectativas de las personas, y que si las estructuras culturales y sociales están mal integradas, y exigen a todos lo que solo algunos pueden alcanzar, se produce, en ciertos grupos, una tendencia al abandono de las normas, a la falta de respeto hacia ellas, desatando la tenencia a que sus integrantes persigan sus metas por fuera de lo establecido*”<sup>223</sup>. En este esquema, si la relación entre pautas socialmente apreciables y acceso a los instrumentos legítimos alcanza un nivel de asimetría muy elevado, se llega a la *anomia*, que es el quiebre de la estructura cultural; signado por la proliferación de las conductas socialmente desviadas. El delito, precisamente, es una manifestación de ese conflicto, pues el delincuente ha de compartir las aspiraciones de la comunidad, pero no su posibilidad de satisfacerlas mediante canales institucionalizados; recurriendo a la alternativa de la criminalidad para equilibrar las disparidades emergentes de su posicionamiento social.

Tomadas prestadas algunas palabras de Virgolini, cabe acentuar que para este modelo “(...) *la causa de la conducta desviada se ubica en la discrepancia entre la estructura social y la cultural,*

---

<sup>221</sup>BUJAN, JAVIER A., ob. cit., pág. 165.

<sup>222</sup>LARRAURI, ELENA, ob. cit., pág. 71.

<sup>223</sup>ELBERT, CARLOS A., ob.cit., pág. 125.

*tanto por las desigualdades de posición y de oportunidades sociales a disposición de los individuos, como por una defectuosa integración interna de la estructura cultural que, mientras pone énfasis de modo absoluto en los fines de éxito y prestigio personales, no pone igual acento en los medios autorizados para alcanzarlos, o no exalta metas alternativas o intermedias que se encuentren al alcance de las personas o de los grupos menos favorecidos*<sup>224</sup>.

Debe reconocerse que hay en este planteamiento cierta cuota de miopía intelectual; pues si bien ofrece una interpretación -más o menos plausible, según el gusto del intérprete- para explicar la criminalidad marginal, se muestra completamente incapaz de afrontar un análisis serio de la criminalidad de cuello blanco, perpetrada por miembros de clases más acomodadas que sí tienen a su disposición las herramientas para alcanzar las tan preciadas metas.

Por un camino diverso, Parsons también explicó a la conducta delictual como un síntoma de tensión cultural. Entiende que el sistema se comporta como un conjunto de estructuras diversas en relación de jerarquía y equilibrio; determinando cuáles son las expectativas, las pautas de comportamiento comunitario aceptables y la forma de reacción ante los comportamientos reputados no deseados. Existiendo una verticalidad en la interacción, los grupos con mayor predominio resultan ser quienes definen el contenido de estas directrices; a las cuales se pliegan todos los miembros del sistema por medio de un proceso formativo que comienza a muy temprana edad y que se ve reforzado por un sistema de gratificaciones y sanciones.

A la par, este proceso supone la distribución de los roles a ser ocupados por cada integrante. En suma: *“(...) El reparto de roles y el proceso individual de socialización son el mismo proceso visto desde dos perspectivas. El reparto de roles es el proceso visto desde la perspectiva de significación funcional para el sistema como sistema, en tanto que la socialización es el proceso visto en términos de la motivación del actor individual*<sup>225</sup>.

La tensión viene dada por una falta de aceptación del individuo a las exigencias impuestas por el sistema, que genera frustración en éste y –de no resolverse mediante algún mecanismo social dispuesto a modo de correctivo- puede desembocar en la criminalidad (al igual que en procesos de alienación mental). La figura del infractor, entonces, se estructura en base a una explicación netamente psicologista; en lugar de ser considerado el fruto de una tendencia a reproducir desigualdades, inmanente al constructo social.

El quinto eje troncal de las teorías sociológicas de corte etiológico, de acuerdo con la clasificación ensayada con anterioridad, está constituido por aquellos estudios que conciben la criminalidad como expresión de un enfrentamiento social; y de allí es que reciben el nombre de *teorías*

---

<sup>224</sup>VIRGOLINI, JULIO E. S., *“La razón ausente: ensayo sobre criminología y crítica política”*, editorial Del Puerto, Buenos Aires, año 2005, pág. 61.

<sup>225</sup>ZAFFARONI, EUGENIO R., *“La Palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar”*, ya citado, pág. 206.

*conflictivistas*. Su lectura parte de considerar que toda sociedad está fraccionada en grupos con intereses contrapuestos, en constante pugna por consolidar espacios de poder; resultando que las clases dominantes buscaran sojuzgar a las restantes apelando a mecanismos diversos, entre ellos el Derecho Penal, que se presenta como una herramienta sumamente eficiente en términos de sometimiento y segregación. Por tanto, no existe para estos postulados una relación de equilibrio, estabilización y conservación entre los componentes del sistema; sino que parten de considerar que los actores sociales interactúan a través de la disputa. Así, mal podría hablarse, como hacen las teorías nucleadas en el estructural-funcionalismo, de universalidad en los intereses sociales o en la comprensión del delito; categoría ésta que carece de toda cualidad ontológica que permita un consenso generalizado sobre su contenido.

En otras palabras: *“Las teorías conflictuales de la criminalidad niegan el principio de interés social y del delito natural afirmando que: a) los intereses que están en la base de la formación y de la aplicación del derecho penal son los intereses de aquellos grupos que tienen el poder de influir sobre los procesos de criminalización. Los intereses protegidos a través del derecho penal no son, por tanto, intereses comunes a todos los ciudadanos; b) la criminalidad en su conjunto es una realidad social creada a través del proceso de criminalización. La criminalidad y todo el derecho penal tienen siempre, en consecuencia, naturaleza política”*<sup>226</sup>.

Willem Bongers fue pionero en esta corriente de pensamiento. Abrevando de las ideas del marxismo<sup>227</sup>, teorizó que el sistema capitalista ejercía una influencia negativa en todas las relaciones de la sociedad, pues alimentaba el egoísmo en todos sus miembros. Esta exacerbación del individualismo fomentaba la competencia como forma de interacción entre pares; y combinada con la pobreza arrojaba como resultado la conducta criminal. Por su parte, Selling puso el foco del análisis criminológico en el *conflicto cultural* generado en toda sociedad plural; en la cual la cultura dominante impone un modelo de socialización y define como desviadas (delictuales) aquellas pautas emanadas de las culturas minoritarias divergentes que les resultan ofensivas. Por un camino argumental en sustancia compatible, Vold sostuvo que toda comunidad se define como un equilibrio dinámico entre grupos de intereses que competían

---

<sup>226</sup>BARATTA, ALESSANDRO, *“Criminología crítica y crítica del derecho penal”*, editorial Siglo Veintiuno Editores, México DF., año 2009, pág. 123.

<sup>227</sup>En rigor de verdad, ni Marx ni ninguno de los teóricos que siguieron su línea de pensamiento han dedicado grandes esfuerzos en analizar *la cuestión criminal*, de modo que no resultaría adecuado hablar de una teoría criminológica marxista; sino más bien de postulados y aserciones inorgánicas que algunos criminólogos (con surgimiento posterior al aquí señalado) han sabido rescatar para desarrollar una teoría materialista de la desviación criminal y del control social. Claro que con distintos matices según el exégeta: en tanto la mayoría entiende que el análisis marxista ofrece herramientas mas no una visión integral (que requiere para completarse del auxilio de otras disciplinas, como la sociología, la política y la economía), hay quienes entienden que el marxismo debe cohesionar a todas las ciencias bajo un único sesgo, apoyado en los conceptos fundantes de capital, trabajo, lucha de clases, estado, etc. (Al respecto, ver PAVARINI, MASSIMO, *“Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico”*, editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, año 2002, págs. 148 a 150).

entre sí, y que la legislación que lo asegura supone un acto de imposición de un sector por sobre otro; de modo que el delito sería un síntoma de disconformidad por parte de la facción sojuzgada<sup>228</sup>. En igual sentido, Quinney supo advertir que la realidad social del crimen se construye a través de las definiciones de delito y de su aplicación, que reflejan los intereses de quienes detenta el poder por imponer modelos de conducta; siendo la criminalidad un acto de rebeldía inconsciente contra el modelo productivo capitalista<sup>229</sup>.

Por su parte, Dahrendorf ha puntualizado que la cohesión social no emerge del consenso sino de la coacción; resultando el derecho penal una herramienta de capital relevancia para asegurar el ejercicio del poder dentro de una sociedad que se encuentra en conflicto por defecto<sup>230</sup>. Y para Turk, precisamente, el delito venía a demostrar que el individuo subyugado se había sublevado contra el deber de obediencia que le fuera impuesto como miembro de clase<sup>231</sup>.

Aquí culmina el repaso de aquellas teorías que asocian las causas del crimen a las condiciones ambientales en que éste se desarrolla; modelos que abarcan circunstancias sociales de todo orden como determinantes de la conducta desajustada (la formación en sectores degradados o desorganizados, la pobreza, una educación o socialización insuficientes, la existencia de desigualdades sociales o conflictos culturales, etcétera). Ellas, en efecto, desplazaron el núcleo del problema del individuo a la sociedad; y la conducta desviada pasó de ser conceptuada como síntoma de patología a ser tomada como una disfuncionalidad para el sistema o bien para las concepciones o intereses de las clases predominantes<sup>232</sup>.

Con todo, sus niveles de desarrollo y seguimiento fueron mermando en virtud de una manifiesta imposibilidad para esbozar modelos causales que expliquen la multiforme variedad de conductas criminales en que éstos se insertan (cada vez más heterogéneas, ante el desarrollo y la tecnificación de las sociedades); amén de asumir –sin poder demostrarlo- que en todo delito concurrirían idénticas circunstancias sociales criminógenas.

---

<sup>228</sup>Conf. Zaffaroni, Eugenio R. *“La palabra de los muertos– Conferencias de Criminología Cautelar”*, ya citado, pág. 212 a 214. En las propias palabras del pensador: *“(e)l crimen, en este sentido, es un comportamiento político, y el criminal llega a ser en realidad un miembro de un grupo minoritario, sin la base públicamente suficiente para dominar y controlar el poder policial del estado”* (ver BUJAN, JAVIER A., ob. cit., pág. 240).

<sup>229</sup>BUJAN, JAVIER A., ob. cit., pág. 241.

<sup>230</sup>ELBERT, CARLOS A., ob. cit., pág. 151. Ampliando la idea de conflicto que subyace a los constructos sociales definidos por este grupo teórico, cabe apelar a de Coser, para quien: *“(e)l conflicto (...) es una auténtica válvula de seguridad, del orden social, mantiene las divisiones sociales y los sistemas de estratificación y estimula el necesario cambio normativo, siempre que la hostilidad y el antagonismo se mantengan dentro de ciertos límites bien definidos y no cuestionen la legitimación del sistema mismo. El conflicto, ante todo, canaliza la agresividad y frustraciones reprimidas impidiendo que dicha carga pasional alcance un nivel peligroso y destructor”* (GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *“Tratado de criminología”*, Tomo II, Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, año 2009, pág. 518).

<sup>231</sup>BUJAN, JAVIER A., ob. cit., pág. 242.

<sup>232</sup>Conf. VIRGOLINI, JULIO E. S., ob. cit., pág. 79.

Estas inconsistencias llevaron a los teóricos de la *reacción social* a proponer un cambio de paradigma en el estudio de la criminalidad: pasar de analizar los condicionantes del delito a orientar los esfuerzos para identificar qué presupuestos hacen a la construcción social de la criminalidad. Este viraje supuso alterar por completo los límites epistemológicos en que la ciencia se manejaba hasta entonces; ya que –como pudo verse- ninguno de los postulados previamente analizados se preguntó si el propio aparato punitivo u otras formas de ejercicio del poder social tenían alguna incidencia en la producción del delito.

Para Zaffaroni, aquélla forma de abordaje no sólo brindaba una visión parcializada y falaz, sino que también suponía una legitimación por omisión, al dar por sentado que la respuesta estatal al delito era ecuaníme y valorativamente neutra<sup>233</sup>. Por el contrario, la criminología de la reacción social parte de considerar que al delito no puede serle adjudicada una entidad material, sino que es fruto de un proceso de definición llevado a cabo -bajo el auspicio de las clases dominantes- para establecer las reglas de conducta y determinar qué acciones deben ser percibidas como desviadas; lo que posibilitó cuestionar y discutir sobre los fundamentos de la legitimación para elaborar estas calificaciones.

Se puede ensayar una aproximación a este heterogéneo grupo de esfuerzos teóricos (cuyas visiones van desde una crítica al sistema legal a sostener la reestructuración del orden social) partiendo de algunos conceptos tomados de Larrauri, quien interpreta que para esta posición “(...) lo decisivo no es si el acto infringe una norma, sino si el acto hace surgir una reacción social negativa, esto es, la infracción en sí no importa, la reacción que ocasiona esta infracción es el dato relevante. De ello, puede derivarse la innecesidad de estudiar por qué el sujeto realiza comportamientos desviados, ya que, en definitiva, su acto no es desviado si la reacción social no lo define como tal”<sup>234</sup>.

Destaca dentro de este conglomerado de pensamientos la llamada teoría del *labelling approach* o etiquetamiento. Se apoya en la idea del interaccionismo simbólico, desarrollada por Mead, de acuerdo con la cual cada miembro de la sociedad asume el papel social que le es asignado durante contacto con los otros (que le formulan ciertas demandas de comportamiento);

---

<sup>233</sup>Conf. ZAFFARONI, EUGENIO R., “La palabra de los muertos: Conferencias de Criminología Cautelar”, ya citado, pág. 220.

<sup>234</sup>LARRAURI, ELENA, “La herencia de la criminología crítica”, tercera edición, editorial siglo Veintiuno de España, Madrid, año 2000, pág. 84. En complemento, cabe citar algunas reflexiones de Virgolini para explicar la importancia de la criminología de la reacción social como método explicativo:“(d)e manera general, esta perspectiva sugería que la desviación era tan sólo el resultado de definición social. En palabras de uno de sus fundadores, Howard Becker, conducta desviada era aquella que había sido exitosamente etiquetada como tal. Era el hecho de que determinados comportamientos hubiesen sido etiquetados como desviados lo que confería su naturaleza a la desviación, y no las características fenomenológicas de la conducta: las razones por las cuales ésta recibía el estigma eran independientes de su ontología, ya que dependían más que nada de proceso que se ubicaban de manera exterior al comportamiento censurado y que debían ser explicados de manera independiente” (VIRGOLINI, JULIO E.S., ob. cit., pág. 73).

adquiriendo así un rol o etiqueta que definirá su conducta subsecuente y –en retroalimentación- cómo se lo percibe públicamente.

En lo tocante a la cuestión criminal, el sistema penal –en tanto forma de expresión social- está diseñado para contribuir a ese etiquetamiento y al reforzamiento de roles; en tanto cuenta con el poder para definir cuáles son los actos desviados merecen rechazo y castigo. Así “(e)l desviado es el individuo que, por su comportamiento, sus opiniones, sus actitudes, se aparta de los modelos y las normas que caracterizaron al grupo al que pertenece y en relación con el cual será juzgado. El desviado se opone, hipotéticamente, a la mayoría del grupo social que es conformista, pero no por ello es criminal. Cada grupo tiene su margen de tolerancia y solo cuando ciertos límites –variables- se rebasan, el grupo rechazará al desviado, quien entonces puede volverse criminal”<sup>235</sup>.

Ocurre que toda sociedad plasma en su definición de la desviación aquellos prejuicios que acumula durante sus procesos históricos, durante la formación de su entramado cultural y la consolidación del equipo psicológico de sus miembros (percepciones y reacciones); y termina por depositar estas características negativas en personas concretas, que pasan a recibir el rótulo, etiqueta o estigma de criminal. Va de suyo que, para esta concepción, la estigmatización de la conducta desviada opera conforme a estereotipos bien definidos.

Lemert indicó que esta atribución de estatus desviado proviene de un proceso que funciona en dos niveles: *la criminalización primaria*, que se ocupa de definir –en abstracto- qué conductas se repuntan socialmente desvaloradas, mediante la sanción de leyes formales, y *la criminalización secundaria*, que opera con la identificación de uno o más individuos como autores de esas conductas repudiadas. El primero es articulado por el legislador penal, en tanto que la imposición del rótulo de desviado corre por cuenta de las agencias de control social de que dispone toda sociedad (policía, poder judicial, ministerio público). Ocurre entonces en el destinatario un fenómeno interesante: el sujeto es compelido por la sanción a reorganizar su conducta y a asumir el rol desviado que le fuera asignado, para tener una imagen de sí mismo que le permita resistir mejor la persecución de los otros (que no solo procede de la pena, sino también de la marginalidad social); de suerte que su status social negativo condiciona sus posibilidades y se ve forzado a adoptar el rol atribuido<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup>PICCA, GEORGES, citado en BUJAN, JAVIER A., ob. cit., pág. 210.

<sup>236</sup>Conf. ELBERT, CARLOS A., ob. cit., pág. 136. Irurzun desarrolla la idea de estigmatización con especial locuacidad, al representarse que “(...) una vez identificada, categorizada o rotulada una persona como delincuente, por ejemplo, quedará impactada y reaccionará en el modo y en el sentido del estigma y todos sus actos y conductas serán de ahí en más juzgados a la luz del perjuicio inicial. El estigmatizado entonces, vacío de imágenes alternativas por haber internalizado la imagen impuesta, se verá compulsado a actuar en consecuencia y a identificarse con imágenes o prototipos delincuentes simbólicamente representativos del estigma. Pareciera, pues, que antes de actuar como delincuente el individuo rotulado como tal, ya se

Así, siendo el criminal aquello que se define como tal, la teoría del *labelling approach* propone desviar la mirada hacia cómo se articulan los procesos que definen la desviación y, en especial, quienes ostentan ese poder de control por etiquetamiento; sin pasar por alto su importante grado de selectividad (en tanto algunas etiquetas encajan mejor con ciertos grupos que con otros, aun cuando se haya cometido la misma conducta) y las consecuencias que tiene para el seleccionado la asunción del rol marginal.<sup>237</sup> En este esquema, se concibe a la pena como una respuesta irracional, pues lejos de ofrecer una solución para el conflicto social planteado por la desviación, contribuye a su ahondamiento; ante la creciente identificación de los individuos con el estatus criminal.

En este punto es digno de mención el aporte intelectual efectuado por Goffman al desarrollo de esta corriente; en su análisis sobre los perniciosos efectos sociales que produce para el hombre haber formado parte de una institución total (la cárcel, el manicomio). Parte de la idea de que todo comportamiento del individuo durante la interacción está dirigido a orientar la opinión que los otros tienen de él, como si se tratase de un actor, y que la sociedad toda representa el escenario donde se estas actuaciones tienen lugar. Y el paso por esa clase de establecimientos, precisamente, impone al sujeto un *estigma social*, una marca descalificadora indeleble que le impide volver a ser aceptado en la sociedad, pues estará presente en todas sus futuras interacciones; tanto hacia *el afuera* como hacia *el interior*, ya que el afectado termina por introyectar el rol que le ha sido adjudicado y que se ve reafirmado en cada contacto interpersonal o institucional<sup>238</sup>.

---

*percibe como criminal o desviado, como modelo dañino, como depósito de lo malo, como culpable”* (IRURZUN, VÍCTOR, citado por BUJAN JAVIER A., ob. cit., pág. 218).

<sup>237</sup>Virgolini advierte en este sentido que parte de los estudios de los teóricos del etiquetamiento estuvieron orientados a examinar las campañas públicas que conducían a la prohibición de ciertos tipos de conducta o a exacerbar los umbrales de intolerancia; auspiciadas por aquellos que categorizaron como *empresarios morales*, quienes operaban transmitiendo juicios éticos e intereses sectoriales de aquéllos que se disputaban espacios de poder o bien procuraban consolidar su posición.

Pone como ejemplo las investigaciones de Becker sobre el proceso de prohibición de la marihuana en Estados Unidos para demostrarlo; poniendo especial énfasis (a la manera de los teóricos del *labelling approach*) en que la atribución de la calidad de criminal a prácticas preexistentes termina generando las consecuencias propias de su definición como criminales. El consumo de estupefacientes era corriente y no estaba socialmente reprobado antes de la legislación antinarcóticos, pero a partir de entonces proliferaron los mercados clandestinos, se perdió toda posibilidad de controlar la calidad del producto (que conduce a muertes por sobredosis), se gestaron estructuras criminales dedicadas al tráfico con gran poder de infiltración en la administración pública a través de la corrupción, etcétera. Este fenómeno, apunta, es una confirmación de un principio básico que preside las afirmaciones de esta corriente, conocido como el teorema de Thomas: “*si los hombres definen una situación como real, será real en sus consecuencias*” (Conf. VIRGOLINI, JULIO E. S., ob. cit., pág. 75).

<sup>238</sup>Conf. ANITUA, GABRIEL I., ob. cit., págs. 359 y 360. Zaffaroni recopila algunas ideas de Goffman en cuanto a la eficacia de la prisionización en cuanto factor criminógeno o reproductor del etiquetamiento, con las siguientes palabras “*(u)na institución total –dice- es un lugar de residencia y trabajo donde un número grande de individuos en situación semejante, separados de la sociedad más amplia por considerable período de tiempo, llevan una vida cerrada y formalmente administrada. La prisión es una institución total entre otras (...). La característica común a todas ellas es que mientras las personas tienden a dormir,*

En este grupo teórico también pueden encolumnarse una serie de ideas que han recibido la denominación de *criminología radical*, que –llevando el discurso crítico al extremo– se caracterizan por exigir un cambio profundo en la estructura social. Siguiendo esta línea clasificatoria es que, por un lado, se encuentra la llamada *teoría de la reacción de izquierda* (acuñada por Taylor, Walton y Young); que acude a la doctrina marxista globalmente considerada (y no a referencias tangenciales, no desarrolladas en profundidad) para elaborar una explicación de la desviación como resultante de la estructura social en la que se desarrolla. El delito no sería más que una respuesta racional frente a un sistema productivo que genera y reproduce desigualdades en la acumulación de riqueza y de poder; de modo que resultaba metodológicamente correcto analizar los componentes estructurales y superestructurales de una sociedad dada antes de encarar el estudio de su criminalidad.

Así, los intelectuales de esta corriente se mostraron interesados por demostrar cómo la desigualdad de derechos propia de las sociedades capitalistas, y la necesidad de las clases hegemónicas por mantener desequilibrada la balanza, gravitaban en la conformación de los procesos de criminalización (método materialista histórico). Esta criminología, en suma: *“(c)uestiona el origen de las normas legales, cómo se generan, a qué intereses sirven y qué funciones cumplen en el establecimiento y reproducción de un sistema social determinado. Analiza el poder del Estado para dictar las normas y ejecutarlas. Estudia los criterios y las funciones que cumple el etiquetamiento para la reproducción del sistema capitalista”*<sup>239</sup>. Claro que estos razonamientos llevaban consigo el germen de la abolición de todo sistema económico y social contrario al marxismo: *“(...) si desaparecía el capitalismo, responsable de las causas estructurales de la delincuencia, el comportamiento delictivo perdería su razón de ser”*<sup>240</sup>.

Otras críticas radicales, huelga señalar, encaminaron sus esfuerzos a demostrar la necesidad de introducir una profunda reforma en el sistema represivo; que si bien pueden clasificarse como teorías de la pena, contienen numerosas reflexiones inéditas sobre la *cuestión criminal* que las

---

*dístraerse y trabajar en lugares y con compañeros y bajo autoridades diferentes y sin una planificación general, el aspecto central de las instituciones totales puede ser descrito como la ruptura de las barreras que comúnmente separan esas tres esferas de la vida (...) La movilidad entre el equipo institucional y los internados es muy limitada, su separación es rígida, lo que ayuda a fortalecer los estereotipos antagónicos. Con frecuencia se emplea un tono de voz especial para dirigirse a los internos, diferente del común usado entre los del equipo, como si por ello éstos no entendiesen el lenguaje. Además, la forma de retribución del trabajo dentro de estas instituciones no tiene nada que ver con la usual en la sociedad. La vida dentro de ella –y no el aislamiento– es lo más opuesto a la vida familiar. Goffman concluye que las instituciones totales son un híbrido social, mezcla de comunidad residencial y de organización formal, caracterizándose por ser en la sociedad actual las cocinas de cambiar personas; cada una de ellas es un experimento natural sobre lo que se le puede hacer al yo”* (ZAFFARONI, EUGENIO R., *“La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar”*, ya citado, págs. 228 y 229).

<sup>239</sup>LARRAURI, ELENA, *“La herencia de la criminología crítica”*, ya citado, pág. 113.

<sup>240</sup>LARRAURI, ELENA, *“La herencia de la criminología crítica”*, ya citado, pág. 124.

hacen merecedoras de mención en este apartado. Concretamente, me refiero *al abolicionismo y al minimalismo penal*.

Abrevando principalmente de la teoría del etiquetamiento, para el abolicionismo no corresponde denominar las heterogéneas situaciones suscitadas en la vida real apelando a la calificación común de delito, pues éstas no son otra cosa que problemas sociales que pueden abordarse con herramientas de control social alternativas a la prisión (modelos de reparación, conciliación, terapéuticos, etcétera); con mayores probabilidades de éxito en lo que se refiere al restablecimiento de la paz comunitaria. Hulsman, referente teórico de la corriente abolicionista, señalaba al respecto que: *“(...) uno de los problemas del sistema penal es la descontextualización de las situaciones problemáticas y su reconstrucción en un contexto ajeno a las víctimas, los victimarios y otros individuos. El sistema penal crea individualidades irreales y una interacción ficticia entre ellos y define a las situaciones de problema o conflicto de acuerdo con las reglamentaciones y necesidades organizativas del sistema penal y sus agencias burocráticas. Las partes involucradas en el problema no pueden influir en su resolución o continuación, una vez que se lo define como delito y de él se hacen cargo los expertos del sistema penal. El resultado de ello, además de no satisfacer a ninguna de las partes involucradas en el problema, genera nuevos problemas, como la estigmatización, la marginación social, etcétera”<sup>241</sup>.*

Así, en una sociedad con profundas desigualdades en las relaciones económicas y de poder, el sistema penal no ofrece otra contribución que la de acrecentar la brecha; mientras que, acudiendo a prácticas informales y comunitarias de autogestión y resolución de los conflictos, existen mayores posibilidades de disminuir ese índice de disparidad. En ese sentido, Mathiesen dedicó importantes esfuerzos intelectuales a justificar la importancia de detener la imposición de prisión como forma de gestionar problemáticas sociales, de mantener informada a la comunidad sobre la real situación de la cárcel (en lugar de describirla conforme a “mitos”), de direccionar la mirada hacia la pobreza y hacia la integración social, económica y política de las comunidades, así como también de procurar atender las reales necesidades de las víctimas.

En esa línea, Christie abogarí por la recuperación del conflicto por parte de la ciudadanía, en interés no sólo de los involucrados –cuyas necesidades podrían ser oídas– sino de la comunidad toda, que contaría con la posibilidad de participar y de aprender del proceso de resolución. A su modo de ver, la pena –aun revestida de formalidades y garantías– es una deliberada imposición de dolor que no reviste utilidad social en lo que a control se refiere; correspondiendo buscar alternativas al castigo antes que continuar con los vanos intentos por encontrarle un justificativo<sup>242</sup>.

---

<sup>241</sup>ANITUA, GABRIEL I., ob. cit., pág. 433.

<sup>242</sup>ANITUA, GABRIEL I., ob. cit., pág. 439.

Por su parte, el *minimalismo penal* supo proponer la reducción del sistema penal antes que su cancelación. Partiendo de presupuestos críticos similares a los contemplados por la corriente anterior (lentitud judicial, estigmatización del delincuente, selectividad del aparato penal, existencia de una cifra negra de la criminalidad o crímenes sin castigo), propone llevar al poder punitivo a la mínima expresión que pueda ser tolerada por la sociedad sin llegar a la venganza privada del delito. En ese esquema de gestión e intermediación de violencias, cabe al estado, por un lado, el rol de garantizar –mediante sus sistemas de garantías- contener los atropellos sobre las personas perseguidas penalmente; así como también el de intervenir en aquellas conflictividades estrictamente necesarias para garantizar la paz social (los delitos contra la familia o contra la moral pública, por ejemplo, deberían desincriminarse).

Para Ferrajoli, gran referente de esta corriente, un derecho penal mínimo se legitima únicamente por razones utilitarias, que son la prevención de una reacción formal o informal más violenta contra el delito, es decir, que la pena se justificaría como *mal menor*; debiendo establecerse siempre sobre la base de un cálculo de costos: el costo del derecho penal frente al costo de la anarquía especial<sup>243</sup>.

A efectos de destacar la utilidad que tuvieron estas teorías para cambiar el enfoque del análisis criminológico, considero sumamente ilustrativas algunas alusiones de Zaffaroni, quien al respecto ha dicho que: “(s)i tuviese que sintetizar el aporte del abolicionismo y del minimalismo, diría que tuvieron la virtud de cambiar el eje de la discusión. En efecto: por lo general se pensaba que quien hacía alguna de estas propuestas debía justificar por qué pretendía hacer desaparecer o minimizar el sistema penal, considerado natural. Estas opiniones –en su conjunto- tuvieron el efecto de invertir la cuestión: si el sistema penal es un artificio humano, es decir, que no es natural sino creado por el poder es éste el que debe justificar su existencia y no a la inversa”<sup>244</sup>.

Otras teorías más actuales fueron acuñadas tras la caída de los modelos de estado de bienestar, el acrecentamiento de la exclusión económica y social y la proliferación del *pánico moral* (definible como el bombardeo mediático que procura instalar en la opinión pública una creciente sensación de inseguridad ciudadana). Enfocadas esencialmente en la concreta consideración de los daños sociales (y más allá de sus disparidades discursivas), estas palabras académicas procuraron acercar un enfoque más pragmático que el de sus antecesoras.

Algunas centraron su atención en el *negacionismo o indiferencia moral* hacia las devastadoras consecuencias que el modelo capitalista acarrea para gran parte de la población mundial (pobreza, enfermedades, trabajo esclavo, crisis migratorias, etcétera); problemáticas que los medios de comunicación suelen enmascarar insistiendo permanentemente en el crimen de

---

<sup>243</sup>Conf. BUJAN, JAVIER A., ob. cit., pág. 246 a 248.

<sup>244</sup>ZAFFARONI, EUGENIO R., “La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar”, ya citado, pág. 271.

responsabilidad individual, a modo de distracción. En este esquema, el concepto legal de delito no resultaría suficiente para abarcar las múltiples formas en que el daño social se manifiesta en la realidad. Por un camino concurrente, el *feminismo* también desarrolló una corriente crítica desde el daño social, acentuando que el *patriarcado* (organización social de predominio del hombre por sobre la mujer) moldea la configuración del poder punitivo y le imprime una visión sesgada de la realidad del delito; que adolece por completo de una perspectiva de género que contemple la victimología femenina o bien que ofrezca un trato igualitario a las mujeres captadas por el sistema penal<sup>245</sup>.

Participando de esta tónica crítica, el realismo de izquierda se propuso *tomar el delito en serio*, tarea que –desde esta perspectiva- solo es posible si se lo concibe como el resultado de la interacción de cuatro elementos de análisis: delincuentes potenciales, víctimas potenciales, acciones del estado y control informal.

En este sentido, la privación relativa (el exceso de expectativas con respecto a las oportunidades que existen de alcanzarlas) juega un papel preponderante en la construcción de la identidad criminal, tanto en las clases subalternas como en las dominantes, como expresión de frustración ante la imposibilidad de conquistar determinadas metas sociales. Igualmente importante sería la disponibilidad de las víctimas en determinados contextos (según su nivel económico, su grado de vulnerabilidad, los valores culturales reinantes, que pueden animar al delincuente a la conducta desviada, por ofrecerle cierto nivel de justificación, etcétera). Por otra parte, el propio sistema de justicia puede tener injerencia sobre los índices de criminalidad: su comprobada ineficacia preventiva alentaría la conducta criminal y su carácter selectivo, conforme a prejuicios de clases, puede socavar el respeto por la ley y precipitar la comisión de delitos. A su vez, la fragmentación de las comunidades por la decadencia económica y el aumento del desempleo generan privación, y –por ende- un mayor egoísmo entre sus miembros; debilitando la cohesión social de aquellas instituciones esenciales para la formación del individuo (familia, escuela, etcétera)<sup>246</sup>.

Sus propuestas superadoras pasan por analizar el delito como un problema que parte desde todas las clases y afecta en esencia a la trabajadora; evaluando su impacto sin acudir al *pánico moral*, pues distorsiona el enfoque al instalar la idea de que el enemigo real es el delito antes

---

<sup>245</sup>ZAFFARONI, EUGENIO R., “*La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar*”, ya citado, págs. 275 a 294. En un sentido análogo, Melossi destaca que una de las principales preocupaciones de esta vertiente feminista de la criminología radica en que el tipo “patriarcal” de dominación genera insensibilidad hacia la victimización de la mujer, a la par que acentúa la necesidad de instancias de control social prepenal, más centrado en la familia y las relaciones personales que en la administración del castigo; de suerte que se pierde visibilidad tanto sobre su rol como damnificada y como su participación en el delito (MELOSSI, DARIO, “*Controlar el delito, controlar la sociedad: Teorías y debates sobre la cuestión criminal, del siglo XVIII al siglo XXI*”, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, año 2018.)

<sup>246</sup>Conf. LEA, JOHN – YOUNG, JOCK, “*¿Qué hacer con la ley y el orden?*”, Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, año 2019, págs. 33 a 36.

que la inequidad social. Asimismo, plantea estudiar la naturaleza de la criminalidad yendo más allá de sus apariencias inmediatas (como acto antisocial o forma de rebelión) y asociarlo a un modo individualista de contrarrestar un marco de desigualdad; pues de otro modo resultaría imposible la tarea de canalizar las energías políticas para lograr cambios.

En lo que respecta al control del delito, se asegura que un abordaje serio trasunta por el uso mínimo de las prisiones y a su humanización, por generar respuestas alternativas que contribuyan a la integración social del infractor (servicio comunitario, compensación a la víctima, etcétera) y por desalentar la criminalidad a través de la organización comunitaria. También se considera que un sistema de administración de justicia eficaz debe contemplar la concreta situación por la que atravesaba el delincuente al momento del acto, conjugada con el grado de afectación que ha tenido para los derechos de la víctima. Asimismo, la policía debe ser democratizada, a efectos de mejorar la participación y la cooperación de la sociedad en el control del delito. Por último, se acentúa la necesidad de generar políticas contra la marginación social, a fin de disminuir la fragmentación de clase y, con ello, los índices de criminalidad de manera humana y efectiva<sup>247</sup>.

A partir de lo dicho, puede apreciarse que el enfoque de esta criminología “(...) *coloca en el centro del interés a la criminalidad común, o sea la delincuencia predatoria contra la personas y la propiedad, la que –aun admitiendo que no conforma toda la delincuencia de la sociedad- debe ser atendida prioritariamente dejando de lado las investigaciones sobre delitos de poder, de cuello blanco o ecológicos, en un retorno a los límites del derecho penal vigente para satisfacer los reclamos de la sociedad*”<sup>248</sup>.

### III) ANÁLISIS INTEGRADOR:

Hasta aquí un breve repaso por las principales teorías que, nucleadas esencialmente en el discurso sociológico, se han disputado espacio dentro de la discusión criminológica. Es claro que tanto la selección de estas corrientes, al igual que la forma en que fueron clasificadas, responden a criterios meramente expositivos; atendiendo a las necesidades del juicio comparativo que se llevará a cabo a continuación. Así, se han obviado ciertos constructos intelectuales que, si bien son de consulta obligatoria para quien encara el estudio histórico de los pensamientos criminológicos (como *la antipsiquiatría, el realismo de derecha, la anticriminología*, etc.), no habilitarían a la oposición por cuanto sus objetos de estudio, sus reflexiones y sus propuestas superadoras carecen de puntos de contacto con el saber que informó la redacción de la ley en

---

<sup>247</sup>Conf. LEA, JOHN – YOUNG, JOCK, ob. cit., pág. 242 a 249.

<sup>248</sup>ELBERT, CARLOS A., ob. cit., pág. 161.

estudio; lo que es igual a decir que no se advierte en sus presupuestos epistemológicos una base apta para el cotejo.

Otra advertencia que se estima necesaria es que este trabajo asume el carácter relativo de las teorías desarrolladas, es decir, que ninguna de ellas –por más abarcativa que pretenda ser- tiene la explicación definitiva para la fenomenología del delito en todas sus manifestaciones; aun cuando, claro está, algunas puedan estimarse preferibles de acuerdo a las inclinaciones (políticas, filosóficas, etcétera) del intérprete<sup>249</sup>. Lo que en este segmento se pretende dejar en evidencia es que largo ha sido el derrotero intelectual seguido por la criminología como disciplina desde el positivismo hasta nuestros días, y que durante ese recorrido se han dado aportes que –aun con sus mezquindades– han resultado sumamente valiosos para abordar el estudio de la criminalidad; resultando especialmente notorio que, para acercarse a sus respuestas, han partido de visiones distanciadas del monocausalismo patológico, por lo que se puede apreciar que sus concepciones antropológicas se muestran más benevolentes para con el sujeto de estudio (evaluado dentro de un marco o contexto condicionante, antes que como factor criminógeno exclusivo).

Entonces, a efectos de no agotar el tratamiento de la cuestión en la simple retórica, es que me permitiré teorizar sobre cuál sería el tratamiento que los pensamientos criminológicos reseñados dispensarían a la modalidad delictiva que contempla la figura típica del artículo 17 de la Ley 12.331; ejercicio intelectual que representa un punto nodal de las observaciones críticas que a esta norma se formulan. En efecto, se pretende demostrar que hay múltiples lecturas posibles del fenómeno, las cuales parten de una concepción del delincuente menos *peligrosista* y más atenta a los factores sociales, económicos y políticos que lo conminan a delinquir, y que –a raíz de ello- pueden ofrecer un tratamiento menos riguroso o bien dejar de lado la intromisión punitiva; para abrir camino a otras esferas institucionales de intervención o a instancias de control informal.

Considero que esta vía interpretativa ofrecerá razones de peso para considerar que la problemática asociada al sostenimiento, administración y regenteo de las casas de tolerancia

---

<sup>249</sup>Sobre la provisionalidad de las definiciones en disciplinas como la criminología, encuentro particularmente interesantes unas reflexiones que Weber dedica a lo que representa el estudio de las ciencias sociales y a la parcialidad de sus conclusiones, en los siguientes términos: “(...) *hemos calificado de ciencias culturales a aquellas disciplinas que aspiran a conocer los fenómenos de la vida en su significación cultural. Pero la significación de la contextura de un fenómeno cultural y la razón de tal significación no puede ser inferida, fundamentada y hecha inteligible, por ningún sistema de conceptos de ley, por acabado que sea, ya que supone la referencia de los fenómenos culturales a ideas de valor. El concepto de cultura es un concepto valorativo. La realidad empírica es para nosotros cultura porque, y en tanto, la ponemos en relación con ideas de valor, abarca aquellas partes esenciales de la realidad que se nos hacen significativas mediante esa relación, y sólo aquellas. Una parte diminuta de la realidad individual considerada en cada caso va siendo matizada por nuestro interés condicionado por aquellas ideas de valor; solo ella tiene significación para nosotros y la tiene porque revela relaciones que para nosotros son interesantes a consecuencia de su enlace con ideas de valor*” (WEBER, MAX, citado por MELOSSI, DARIÓ, ob. cit., págs. 299 y 300).

puede ser igualmente abordada desde un enfoque criminológico con menos componentes estigmatizantes y discriminatorios; lo que llevara, cuando menos, a abrigar algunas dudas acerca del sostenimiento de la legitimación discursiva de la ley 12.331.

Yendo al fondo del asunto, cierto es que *“(e)n general, la escuela de chicago representó un notorio progreso, en particular por su antirracismo y por inaugurar una sociología criminal urbana mucho más razonable (...)”*<sup>250</sup> y que bajo ese prisma es dable interpretar que la conducta típica analizada y el fenómeno al cual se encuentra asociada a ésta -la prostitución-, antes que síntomas de una *inclinación natural hacia la desviación*, son fruto de una deficiente integración del espacio urbano; que favorece la proliferación de zonas marginales donde este tipo de conductas habría de suscitarse.

La figura del infractor, entonces, dejaría de ser estigmatizada con base en un (científicamente improbable) atavismo filogenético; para convertirse en algo cercano a una *víctima de las circunstancias*. Los condicionantes ya no son internos, lo cual trae la innegable ventaja de ofrecer un tratamiento despojado de componentes discriminatorios que distorsionen el análisis; y las variables pasan a analizarse a nivel macro, en procura de establecer constantes que permitan formular un juicio de predictibilidad.

Es igualmente claro que aún una mera aproximación a este método interpretativo deja expuestas ciertas falencias ligadas a una perspectiva sesgada de la criminalidad; puesto que por su intermedio a la única conclusión plausible a la que se podría arribar es que la delincuencia sólo ocurre o se proyecta desde los sectores más desorganizados de la metrópoli. En nuestro caso, se exhibiría insuficiente para explicar con suficiencia cómo es que se suscitan modalidades tales como la *prostitución vip* o la instalación de casas de tolerancia en enclaves céntricos o más favorecidos en términos de infraestructura urbana.

Se advierte en este sentido que la zonificación que plantea esta teoría es –conforme a sus métodos de observación directa- propia de la realidad que tocó vivir a sus intelectuales (Chicago era por entonces una sociedad muy dinámica, en crecimiento permanente), pero no ofrece respuestas para analizar cómo ocurre la distribución del espacio dentro de las grandes concentraciones urbanas actuales; que no responde a esos cánones. Menos aún para describir el estado de situación en las ciudades de nuestro país, cuyo crecimiento demográfico, económico y urbanístico ha sido tan dispar como errático (y por ello, por ejemplo, no es inusual encontrar que una zona residencial y una marginal se hallen separadas apenas por un accidente geográfico, algún cercamiento o incluso por una arteria).

Ello le resta apriorísticamente efectividad como forma de abordaje de la realidad de los prostíbulos; pero aun así es ostensible su ventaja en términos comparativos, pues no presenta a

---

<sup>250</sup>ZAFFARONI, EUGENIO R., *“La cuestión criminal”*, ya citado, pág. 137.

la mujer que se prostituye como un supuesto de *capitis deminutio*, ni a quien participa de su (libre) actividad como un ser aberrante de quien sólo se puede esperar depravación. Despejando estos falaces preconceptos del análisis, más sencilla se vuelve la tarea de aprehender la problemática en sus múltiples dimensiones (cultural, social, educativa, económica, institucional, etc.) y, a partir de allí, indagar si la respuesta punitiva es la más apropiada o bien si existen alternativas que le puedan dar un mejor cause. Si bien la *escuela de Chicago* no cuenta con recursos para recorrer ese camino interpretativo, cuando menos se le reconoce el mérito de allanarlo.

Quizás mayores precisiones en este sentido podrían encontrarse en las corrientes de la *asociación diferencial*. Antes se ha dicho que aquellas identifican la criminalidad –antes que con la pobreza del medio de extracción- con el contacto interpersonal y directo del potencial delincuente con grupos que ya practican comportamientos criminales, cualquiera sea su posición dentro de la estructura social; toda vez que este modelo “(...) *parte de que un colectivo desarrolla, en función de su ubicación en la estructura social, distintos valores, los cuales se transmiten de una persona a otra. Estos valores permiten la realización de delitos, ya sea porque no desvalorizan la comisión de (algunos) delitos, sea porque se neutraliza el daño implícito a (algunos) delitos*”<sup>251</sup>.

Estas teorías van más allá de la criminalidad de los estratos inferiores y afirman –sin abandonar el modelo explicativo ambiental- que el elemento común a todas las formas de crimen es el aprendizaje por contacto; que brinda acceso a un sistema de valores y normas paralelo –no disociado- al consensuado e institucionalizado por una sociedad (en otros términos, una *subcultura*).

Así, a la luz de esta propuestas teóricas, sería posible interpretar que la explotación comercial de los prostíbulos resultaría propia de quienes cuentan con acceso a determinados círculos de acceso restringido para el común denominador de los ciudadanos. Círculos que, por una parte, acercarían a sus miembros los medios necesarios para llevar adelante el emprendimiento (*know how*, inversores, socios, financistas, infraestructura, seguridad, logística, contactos con las trabajadoras sexuales, con gente del rubro dispuesta a ocupar puestos de jerarquía y confianza, con diversas instancias de la administración pública y de las fuerzas policiales locales encargadas de las habilitaciones, inspecciones y controles, etc.). Por otra, ofrecerían todo un programa de definiciones favorables hacia esa modalidad de actuación como forma válida de obtener ingresos; que el iniciado internalizaría para reforzar su decisión de incursionar en tales actividades (apoyado en argumentaciones tales como: “*es un negocio en definitiva, por el que se pagan impuestos*”, “*sirve para la que chicas puedan ganarse el mango, de otro modo no pueden*”).

---

<sup>251</sup>LARRAURI, ELENA, “*Introducción a la criminología y al sistema penal*”, ya citado, pág. 71.

*ganárselo o les sería mucho más difícil*”, “*no se hace mal a nadie, cada uno obtiene lo que viene a buscar*”, “*hay un montón de otros prostíbulos funcionando en las mismas condiciones*”, etc.).

Su ventaja comparativa con el modelo anterior redundante, en primer lugar, en que a este diseño explicativo también puede ajustarse a la *prostitución vip* o de *alto estándar* (ejercida fundamentalmente por personas de buena posición social, modelos o personas del ambiente artístico o mediático, con selectos clientes de amplio poder adquisitivo; siendo los encuentros sexuales pautados y practicados en el mayor de los secretismos, a cambio de sumas de dinero mucho más sustanciosas o de viajes, prendas de vestir y accesorios de prestigiosas marcas, cirugías plásticas, etc.). La extracción de los actores de esta forma de comercio sexual, incluidos los intermediarios (cuya conducta es especialmente observada en este caso), puede no relacionarse con la situación de marginalidad que trae la escuela de Chicago como factor criminógeno; resultando más sencillo abordar esta modalidad como el resultado de una interacción entre miembros de una *subcultura* de acceso restringido, en función de su alto grado de exclusividad (superior al del comercio sexual corriente).

Así, se presenta como una teoría de más amplio espectro, pues el modelo causalista que desarrolla no se circunscribe al menor acceso a los recursos económicos y a la marginalidad, sino que identifica el motor de la conducta criminal con la adhesión a uno de los subgrupos culturales que abundan en toda sociedad plural; lo cual resulta de sumo provecho para este análisis, puesto que -aun cuando no se lo visualice con suficiencia- el ejercicio de la prostitución y sus actividades secantes es algo que concierne a miembros de todos los estratos sociales.

Otro mérito de esta interpretación, muy importante a efectos de estructurar este apartado crítico, es que no presenta al criminal como un individuo incapacitado de internalizar valores con motivo de patologías de base (a la manera de la escuela positivista), sino como alguien que comulga con un sistema de creencias apartado de los cánones convencionales (aunque no contrario a éstos). Ello que ofrece elementos para un debate más enriquecido; sobre cuáles son las motivaciones que llevan a determinados individuos –entendidos ahora como seres racionales- a introducirse en los circuitos de la prostitución, cuáles son las premisas a que estas *subculturas* remiten para obtener legitimación, cómo interactúan estos sistemas de valores con las nociones de moralidad y justicia imperantes en la sociedad que los acoge, etcétera.

En suma, baja la carga peyorativa sobre la figura del delincuente y corre el interrogante hacia los factores exógenos que lo determinan a abrazar un modelo de comportamiento alternativo, esto es, la explotación de casas de tolerancia como fuente de rédito económico<sup>252</sup>. Bajo los

---

<sup>252</sup>No quisiera avanzar en el desarrollo sin antes introducir algunas consideraciones adicionales extraídas de la obra de Baratta, a mi entender muy útiles para comprender cabalmente el posicionamiento ideológico de estas corrientes teóricas. Señala que –de acuerdo con este constructo- la capacidad de elección del sujeto sobre los valores a los cuales adherir es sólo ilusoria, pues son las condiciones sociales, las estructuras y los mecanismos de comunicación y de aprendizaje los que lo conminan a pertenecer a un

lineamientos de un modelo acríptico de estas características, es deducible que la redacción el artículo 17 de la Ley 12.331 hubiese tenido, cuando menos, una configuración más indulgente para con el infractor.

Por su parte, las *teorías del control* (al igual que las teorías de la tensión, sobre las que me referiré a continuación) parten de considerar “(...) *a la sociedad como un instrumento de contención de las pasiones, los deseos y los impulsos antisociales de los individuos, de una manera lejanamente similar a la concepción política hobbesiana sobre el Estado del Leviatán, cuya creación estaba destinada a regular, mediante la ley y la fuerza coercitiva del Estado, las relaciones entre los hombres que, en el estado de naturaleza, eran natural y racionalmente hostiles los unos contra los otros (...)*”<sup>253</sup>. Resulta evidente, entonces, para este postulado teórico que “*todo individuo podría actuar criminalmente, si bien dicho potencial delictivo es neutralizado por sutiles vínculos sociales que reclaman de aquél una conducta conformista. Cuando fracasan dichos mecanismos de control, quiebra su lógico sometimiento al orden social y se produce el delito*”<sup>254</sup>.

Ofrece serias dudas en cuanto a las ventajas que pueda ofrecer respecto a la tesis anterior. Más bien se aprecia como un retroceso en el campo de observación sociológica, pues para explicar el delito remite nuevamente a deficiencias que generalmente son observables dentro de los sectores sociales menos favorecidos (familias deficientemente estructuradas y educación precaria); amén de acudir a un monocausalismo que atenta contra cualquier intento de generar una discusión nutrida de alguna modalidad delictiva en particular. Ello sin contar que se detecta cierta impronta moralizante que (sin acercarse a la que impregna a los postulados positivistas) puede resentir la objetividad que todo abordaje de estas características debe procurar resguardar<sup>255</sup>.

---

grupo determinado; cuyo sistema de valores impone *otra ética antes que una anti ética*. En toda sociedad plural hay reglas y valores que no son aceptados de manera uniforme, lo que no es igual a decir que los sistemas de valores minoritarios sean reprobables en términos de discriminación entre el bien y el mal que descansa en la ideología penal; pues las reglas de comportamiento predominantes no son un hecho de la naturaleza, sino que resultan del desarrollo de la estructura social, de las relaciones sociales de producción y del antagonismo entre grupos, es decir, son una imposición de las clases con mayor peso (tal y como lo analizan, con mayor detenimiento, las *teorías de la reacción social*). Por lo dicho, el autor entiende que “(d) *desde este punto de vista, la teoría de las subculturas constituye no sólo una negación de toda teoría normativa y ética de la culpabilidad, sino una negación del principio mismo de culpabilidad o responsabilidad ética individual como base del sistema penal*”. Al respecto, ver BARATTA, ALESSANDRO, ob. cit., págs. 71 a 74.

<sup>253</sup>VIRGOLINI, JULIO E. S., ob. cit., pág. 55.

<sup>254</sup>GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, “*Tratado de criminología*”, Tomo II, ya citado, pág. 428.

<sup>255</sup>Es destacable que Zaffaroni tiene consideraciones especialmente críticas sobre este grupo teórico y a la ideología que subyace tras su lógica de observación, que expresa en los siguientes términos: “(...) *lo cierto es que suelen dejar un sabor conservador y no siempre liberal. Al prescindir de otros factores sociales provocan una sensación extraña, pues parecen sugerir pistas técnicas para provocar conformismo, consenso, homogeneización, lo que no siempre es saludable, porque al no ocuparse de la mayor parte de los problemas sociales, darían por supuesto que la sociedad funciona muy bien y que lo único que hay que*

Respecto a la figura bajo análisis, se estima que bajo esta metodología las conductas asociadas a la explotación comercial de prostíbulos obedecerían a que sus miembros no fueron criados en el seno de hogares bien constituidos (concepto éste que, claro está, plantea serios inconvenientes en cuanto a su definición), o que no han tenido acceso a una educación de calidad (noción que también debe tomarse con cautela); lo que es igual a decir que, ante las deficiencias de sus procesos formativos, estos individuos mostrarían propensión hacia dicha forma de criminalidad.

Así planteada la cuestión, quedan en evidencia importantes dificultades para explicar con solvencia cómo se gestarían los círculos de prostitución en el seno de las clases sociales más favorecidas; que por lo general no atraviesan por estas situaciones de carencia o bien cuentan con los recursos para compensarlas (educación particular, actividades extracurriculares, asistencia psicológica y social, etc.). Tampoco se pasa por alto que para esta visión tanto el ejercicio autónomo de la prostitución como el lucro de su actividad pasarían a ser *conductas mal aprendidas*; haciendo ostensible una importante carga ética que guía la elección de aspectos puntuales de tan amplia problemática (dejando de lado otros aspectos de la historia de vida de los implicados, su acceso a medios legítimos de sustento, su grado de exposición a la selectividad de las agencias policiales, etcétera).

Con todo, se aprecia que, para el caso de que la política criminal adoptada se incline hacia ideas de corte progresista, el planteamiento puede llegar a ofrecer cierta ventaja, puesto que, al concebir la figura del infractor como una suerte de *víctima de las circunstancias*, su aporte redundaría en una contribución a la relajación de la respuesta punitiva.

Desde la óptica de las corrientes de la *tensión*, el sujeto activo del delito bajo examen sería un individuo que, participando de las metas sociales de la comunidad, no cuenta con suficiente acceso a los medios admitidos para alcanzarlas (por no contar con la educación suficiente, por su posicionamiento social, por falta de oportunidades, por recursos económicos limitados, etc.). Y dado que en la cultura moderna (al igual que en la que imperaba al momento de la redacción de la Ley 12.331) esos objetivos están asociados al éxito monetario, es que este individuo recurre a poner en marcha del burdel como forma de obtener el rédito económico que de otro modo le sería negado. Sería un innovador, que transita por un camino no institucionalizado (una conducta legalmente prohibida) para alcanzar las metas comunes.

Se advierte un viraje en la concepción del criminal respecto al grupo teórico anterior, pues toma en consideración actitudes individuales y deja de lado los aspectos grupales como factores de incidencia; de suerte que la iniciativa de montar y trabajar un lenocinio sería estrictamente personal y en nada incidiría la extracción del individuo o su contacto con subculturas

---

*hacer es domesticar prematuramente a las personas*" (ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, "La cuestión criminal", ya citado, pág. 140).

prostibularias. Es igualmente notable que tampoco tiene en cuenta (o no puede explicar acabadamente) el *white collar crime*, el delito de las clases acomodadas; que en este caso se equipara a la *prostitución vip* (con las características *ut supra* apuntadas).

Sin perjuicio de estas carencias, y de otras vinculadas a su falta de una visión plural de la sociedad; este modelo trae al análisis criminológico elementos que –aún desarrollados de manera deficiente- no pueden ser ignorados si lo que se pretende es abordarlo con una perspectiva crítica (cómo la sociedad define sus metas, qué sectores participan de ese proceso de definición, cuáles son los mecanismos que instalan las metas comunes en el ideario cultural y cómo funcionan, cómo se distribuyen las formas institucionales de acceso, etcétera).

Por tanto, se aprecia una ventaja por sobre el reduccionismo racista que impregnó la redacción de la Ley 12.331; al enseñar al infractor como un individuo racional que, ante una situación dilemática, termina optando por participar de actividades asociadas a la prostitución para superar limitaciones predisuestas. Máxime si se toma al delito del art. 17 como el resultado de la configuración misma del sistema -que reparte de manera desigual el acceso a los canales institucionales- y como un elemento coadyuvante de la cohesión social (al generar un rechazo comunitario uniforme); que previene la anomia o pérdida generalizada de valores.

Es un delito que no conlleva un apreciable grado de lesividad (como se verá en el capítulo siguiente), de modo que no trae aparejada ninguna amenaza de entidad para los axiomas del complejo cultural; por lo que puede afirmarse que se mantendría dentro del marco funcional que plantea la teoría y que, por tanto, no sería meritorio de una respuesta punitiva significativa, de tener alguna.

Sustancialmente diferente es el enfoque criminológico de las teorías que parten de la interpretación conflictiva de la sociedad; ya que, como se ha visto, *“(e)l modelo conflictivo percibe a la sociedad como algo en permanente cambio; ve como este cambio se da por los conflictos que se desarrollan en su interior; cómo todo elemento de la sociedad contribuye al cambio; en fin, cómo ella se funda sobre las coerciones de algunos de sus miembros sobre los otros (...) Respecto de la ley y de la sociedad, este modelo destaca la naturaleza coercitiva y represiva del sistema legal; la ley es así vista no como instrumento neutral para la solución de los conflictos sino como instrumento a través del cual los grupos dominantes en la sociedad consiguen imponer sus propios intereses sobre los de los demás”*<sup>256</sup>.

La sociedad, así, se define como un conjunto de grupos que pugnan de manera constante por el poder: los que no lo tienen, por conseguirlo, mientras que aquellos que lo tienen, por conservarlo. Y el campo de batalla por antonomasia sería el sistema jurídico penal; en tanto quienes detentan el poder habrán de fijar las condiciones de criminalización para mantener *a raya* a las clases

---

<sup>256</sup>VIRGOLINI, JULIO E. S., ob. cit., pág. 138.

excluidas y así sofocar expresiones de disconformidad hacia la cultura dominante o bien manifestaciones culturales de signo opuesto. Como bien señala Anitua “(e)n una sociedad con diferenciales de poder, será catalogado como criminal el comportamiento considerado como negativo o indeseable por los grupos o más poderosos. Y serán criminales aquellas minorías sin poder para definir de otra forma sus conductas”<sup>257</sup>.

El explotador o administrador del burdel sería, entonces, una especie de insurrecto; alguien que -subyugado por pertenecer a una clase sin privilegios- decide abrirse paso pese a las limitadas opciones de progreso que le ofrece el sistema, sirviéndose de una práctica contracultural para alcanzar su propósito. Es, si se quiere, una visión con ciertos matices románticos, pues muestra al delincuente enfrentando con gallardía la omnipotencia del aparato estatal armado de unos pocos recursos (un local equipado, prostitutas y clientes); y más carga ideológica aun tendrá su accionar si se lo enrola en las perspectivas marxistas de esta criminología conflictivista, pues su lucha sería contra un sistema capitalista reproductor de miseria y egoísmo entre los miembros de la comunidad.

El atractivo del enfoque es ciertamente innegable, especialmente porque –contrariamente a lo que puede pensarse tras una aproximación superficial- no identifica delito sólo con la pobreza; sino que también lo correlaciona con el individualismo, las necesidades artificialmente instauradas, la discriminación, etcétera. Sin embargo, se interpreta que, pese a sus buenas intenciones, explicar toda conducta delictiva como un *acto de rebeldía* o de *exaltación (consciente o inconsciente) del socialismo* implica reducir el análisis a un monocausalismo político bastante artificioso.

Piénsese que la infracción que aquí se estudia, que no es más que contribuir al funcionamiento de una casa de citas, estaría en un pie de igualdad, en lo que a motivación respecta, con un homicidio intrafamiliar, un abuso sexual, el ejercicio ilegal de la medicina o una falsa denuncia, por poner solo algunos ejemplos. Es claro que un examen juicioso de cualquiera de estas modalidades delictivas impone reparar en otros factores determinantes más allá de una disconformidad de clase. Y aunado a ello, se repara en las dificultades que atraviesa este modelo para dar cuenta de la criminalidad de los estratos superiores de la sociedad (en este caso, vinculada a la prostitución en dichos círculos); por lo que se aprecia como un modelo incompleto.

Estas observaciones, sin embargo, no le quitan el mérito de desenmascarar los conflictos sociales latentes en la administración del castigo, de cuestionar que la ley sea expresión de consenso generalizado, de abrir paso para que otras teorías se planteen la procedencia del poder de definición de la conducta delictiva, y –por supuesto- de ensayar una fuerte crítica a las teorías biologicistas que detectan individuos especialmente propensos a la criminalidad; resultando este último aporte de especial interés para este trabajo, en tanto permite vislumbrar cómo es posible

---

<sup>257</sup>ANITUA, GABRIEL IGNACIO, ob. cit., pág. 373.

descalificar las premisas del discurso criminológico de la Ley 12.331 desde un renovado ángulo de análisis.

Ya adentrándonos en los modelos de la *reacción social*, caracterizados por incluir al poder punitivo dentro de las variables criminógenas, nos encontramos la teoría del *labelling approach*, la cual, en resumidas cuentas, “(...) nos enseña que la delincuencia tiene que ver con los procesos de definición y construcción social. No todo acto lesivo es criminalizado, por consiguiente, se debe estudiar por qué sólo unos y no otros; no toda persona que infringe una norma penal, y ni siquiera toda persona condenada, es considerada delincuente, en consecuencia, se debe investigar cuándo se la etiqueta como tal y cuándo no”<sup>258</sup>.

Bastante se ha dicho ya sobre la importancia de este grupo teórico como motor del cambio en el paradigma criminológico; al dejar de tomar al poder de castigar como una condición preestablecida para pasar a observar y cuestionar tanto su fuente última de legitimación como los efectos que posee sobre el destinatario. En este sentido, la teoría del etiquetamiento advierte que la definición de la criminalidad es construida como cualquier otro aspecto de la realidad social, es decir, sobre la base de un significado atribuido por convención; de suerte que el carácter criminal de un acto no responde a una cualidad intrínseca que éste pueda poseer, sino del significado que les atribuido dentro de un contexto social y cultural determinado<sup>259</sup>.

Teniendo presente esa idea de provisionalidad en las definiciones, y trazando un parangón con la figura delictiva aquí traída a consideración, considero relativamente sencillo plantear un escenario en el cual la conducta no sea objeto de reprobación y persecución penal; teniendo en cuenta que –en lo sustancial- se trata de la intermediación entre quienes, de común acuerdo, buscan intercambiar sexo por dinero o ventajas económicas. Claro está que para ello sería preciso que la dinámica de la interacción social guíe un proceso de redefinición de las significaciones negativas asociadas al funcionamiento de los prostíbulos; circunstancia que, en mi opinión, no ha ocurrido aun por el simple hecho de que *no existe mayor interés en que ello ocurra*: quienes hacen de la prostitución su oficio lo siguen ejerciendo pese a la prohibición y los clientes siguen concurriendo de todos modos, mientras que los agentes detrás del negocio de los clubes nocturnos procuran mantenerse *fuera del radar* sobornando a los funcionarios encargados del control (lo cual se traduce en un costo que luego es trasladado al precio de los servicios ofrecidos)<sup>260</sup>.

---

<sup>258</sup>LARRAURI, ELENA, “Introducción a la criminología y al sistema penal”, ya citado, pág. 75.

<sup>259</sup>Conf. GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, “Tratado de criminología”, Tomo II, ya citado, págs. 474 y 475.

<sup>260</sup>En el desarrollo de su teoría agnóstica de la pena –la cual será desarrollada oportunamente- Zaffaroni advierte que es imposible definir el rol del poder punitivo a partir de sus utilidades declaradas; pues hay un universo de funcionalidades que, pese a su existencia, no son admitidas en la construcción de una definición formal del castigo; en virtud de su carácter moralmente reprobable o bien, según el caso, ilícito. En lo que aquí interesa, el autor señala que la pena sirve tanto para *subir el precio de lo prohibido cuando se lo encara*

Tampoco se puede negar que para lograr un cambio de estas características sería necesario abandonar o bien otorgar laxitud a una serie de prejuicios que aún hoy día se encuentran profundamente arraigados en gran parte de nuestras sociedades, ligados principalmente a concepciones morales y religiosas acerca de cómo las personas deben vivir su sexualidad (monogamia, recato, reserva, vínculos estables, etcétera); lo cual complejiza aún más la viabilidad de la propuesta.

Otra artista que debe ser tenida en consideración necesariamente es que el atributo criminal de un acto no se encuentra disociado de la figura del perpetrador, sino que se adhiere a éste para formar una relación simbiótica que –en la mayoría de los casos- tiene una duración equivalente a la vida misma del portador. Es igualmente interesante destacar que, para este modelo de análisis, el *etiquetamiento* se comporta como una suerte de confirmación o ratificación de una *demanda de rol* que la sociedad le viene imponiendo al individuo aun antes de su intervención criminal; a modo de *profecía autorrealizada*.

Así, el responsable del sostenimiento, regenteo o administración del burdel sería un individuo *empujado* por el contexto social a cumplir esa función, alguien que no tuvo oportunidades para progresar o sustentarse económicamente por otros medios porque constantemente se vio direccionado a adoptar ese modo de vida; porque (por variados motivos culturales, traducidos en prácticas y actitudes discriminatorias) ese fue el requerimiento presente en toda interacción con pares e instituciones. Su incursión en una conducta considerada como infractora sería un medio de defensa, ataque o adaptación a la forma en que es percibido por la comunidad y –claro está- en que es forzado a autoperibirse; en suma, una reacción racional del mismo signo que los condicionamientos que recibe del medio circundante. Y una vez que es catalogado como infractor, al explotador del local nocturno no le quedaría de otra que continuar con su *carrera criminal*, pues si ya tenía reducidas chances de dedicarse a una actividad lícita, luego de ser procesado por el sistema punitivo no tendría ninguna, ante el reforzamiento de la reacción de rechazo social mediante el etiquetamiento. Ello, a su vez, pondría en marcha en el estigmatizado una serie de mecanismos adaptativos que le permitirían sobrellevar en mejor medida la carga de la marginación.

Ahora bien, el análisis integrador propuesto no debe llevar al equívoco de afirmar que la prostitución de las altas clases sociales no tendría cabida dentro de este esquema, puesto que

---

*empresarialmente* como para *proveer de recaudación ilícita* a las agencias estatales. Tales premisas, considero, trasvasan el plano de lo teórico cuando se las coteja con la realidad de lo que acontece con las casas de tolerancia. Tratándose de locales de acceso público, instalados a la vista de todos (más allá de burdos enmascaramientos, como carteles anunciándolos como “discotecas”) para funcionar deben contar necesariamente con el beneplácito de -entre otros- los inspectores municipales y la policía zonal; a fin de que éstos omitan los controles que por función les corresponde (Al respecto, ver ZAFFARONI, EUGENIO R. – ALAGIA, ALEJANDRO – SLOKAR, ALEJANDRO, “*Manual de Derecho Penal*”, segunda edición, editorial Ediar, Buenos Aires, año 2011, págs. 54 y 55).

resultaría una verdad a medias. Que este fenómeno pueda no visibilizarse con suficiencia responde, precisamente, a que quienes participan de él no son depositarios de las mismas cargas y demandas sociales, pues no se ajustan a los estereotipos -construidos conforme a prejuicios- que el *labelling approach* identifica como factores condicionantes de la adopción del rol de desviado; lo que viene a reforzar la idea del *carácter selectivo* del etiquetamiento. Dicho en otros términos, a los miembros de estos círculos les resulta más difícil colocarse en la mira del sistema penal, pues no son visibilizados como potenciales destinatarios de rótulos socialmente disvaliosos.

Por lo expuesto, cabe concluir que el calibre crítico de esta teoría para con el funcionamiento del poder punitivo supone un gran distanciamiento epistemológico de la doctrina positivista, que da por sentada la naturalidad no sólo del delincuente (biológicamente determinado a la infracción), sino del delito mismo, considerado como una realidad dotada de una cualidad negativa objetiva que preexiste a la experiencia cognoscitiva y práctica; así como también da por descontado el carácter universal e inmutable de las normas y los valores trasgredidos.

Por su parte, la corriente conocida como *criminología crítica* también participa de este cambio de perspectiva en el estudio de la criminalidad; al poner en tela de juicio la validez de los procesos de definición de la conducta desviada en lugar de dar por sentada la equidad del sistema legal y de las normas de derecho. Es un modelo que, en abierta rebelión contra el *status quo*, pretende un cambio social a través de los movimientos obreros -que representan la clase sojuzgada por el poder punitivo- mediante la introducción de dispositivos que impulsen el desarrollo de la igualdad, de la democracia, de formas de organización comunitaria y civil en alternancia con el castigo institucionalizado. Claro está que este progresismo viene bajo el ala de una ideología marxista que propugna el abandono del sistema productivo capitalista; el cual es demonizado como el responsable de todas las injusticias sociales, que en el campo penal se traducen en la opresión del proletariado (fatalmente destinado al delito) y -a igual tiempo- en la protección de las clases mejor posicionadas.

Catalogable como utópico, este pensamiento propone -ni más ni menos- la construcción de una nueva sociedad con base en un programa político; de modo que mal podría decirse que se trata de una criminología neutral, científicamente independiente. Estas aserciones no le niegan, sin embargo, ciertas reflexiones aprovechables, especialmente aquellas que proponen que la problemática de la criminalidad deba tratarse comenzando por asumir el carácter eminentemente selectivo que posee el Derecho Penal entendido en términos amplios (política criminal, legislación, sistema jurídico, agencias de seguridad).

Yendo a lo que este trabajo convoca, se advierte que la tarea de emparejar tales conceptos con la explotación comercial de las casas de tolerancia trae algunas observaciones similares a las que ya se han efectuado en párrafos precedentes. En primer lugar, se recalca la imposibilidad

de los modelos explicativos basados en la diferencia de clases para echar luz sobre la dinámica de un delito que –con distintos matices- ocurre en todas las esferas sociales. Por ello no convence la idea de que el sostenedor, regente o administrador deba ser encuadrado en la rígida categoría del proletario victimizado por un sistema económico que lo excluye, lo empuja a cometer este delito y, para peor, le impone el castigo como forma de reafirmar su poderío.

En segundo término, superando las objeciones asociadas a su idealismo, se le asigna cierta ventaja al alertar sobre el rol del poder punitivo como factor criminógeno; dada su maleabilidad a las necesidades de aquellos sectores que –en ejercicio de su poderío político y económico- dictan el contenido de las pautas de acatamiento social ineludible. Es claro que esta clase de razonamiento desplaza a la figura del delincuente del centro de la escena de análisis y se preocupa por desentrañar qué mecanismos intervienen para colocarlo a disposición del sistema represivo; de modo que si reemplazara a los postulados positivistas en la lectura criminológica de la Ley 12.331, el resultado muy probablemente redundará en una disminución de la negativa carga valorativa hacia el infractor y, por qué no, en una atenuación del rigor de la respuesta punitiva.

Un mayor aporte para el enriquecimiento de la ciencia proviene del *minimalismo* y del *abolicionismo*, dos corrientes que –más allá de su extracción- saben invitar a profundas reflexiones en el campo de la cuestión criminal. Permitiéndome cierto nivel de vaguedad –propio de un neófito en la criminología- he de referir que ambas teorías coinciden en incluir al aparato de poder, más precisamente al poder punitivo, dentro del esquema de referencia para el análisis criminológico; entendido bajo esta mirada como un producto artificioso del hombre que canaliza la venganza, que es aplicado de forma desigual en las sociedades, conforme a patrones de selectividad. La imposición del castigo, entonces, no prestaría ninguna utilidad para la resolución de los conflictos intersubjetivos derivados de la comisión del delito; pues sólo se limita a neutralizar al infractor en lugar de buscar alguna salida que armonice los intereses de todos los actores involucrados.

Ante esta evidencia, el *minimalismo* aboga por reducir la presencia del poder punitivo en el orden social, en el punto medio entre la resolución informal de los conflictos y la evitación de la venganza privada; mientras que el *abolicionismo* pretende directamente la erradicación del poder punitivo como método de intervención, que descansa en la idea misma de eliminación de la venganza, con los cambios culturales y civilizatorios que esta premisa conlleva. Se les puede endilgar también ingresar en el terreno de lo ilusorio, atendiendo a su falta de indicaciones prácticas y teniendo en cuenta que van a contramano de la orientación político criminal de las sociedades modernas; aunque no por ello se verán opacadas sus innegables contribuciones para repensar tanto el rol del sistema de administración de justicia penal como sus bases de legitimación.

Si bajo estos prismas se analizara la problemática emergente de la explotación comercial de las casas de tolerancia, me atrevería a afirmar sin temor al yerro que los dos programas ofrecerían como respuesta -directamente- la desincriminación de la conducta. Sostener esta tesis desde el *abolicionismo* es sencillo, por cuanto postula la desaparición del sistema penal en su conjunto (y su reemplazo por modelos alternativos de solución de conflictos); mientras que desde el *minimalismo* tampoco habría óbices para ello, al considerar que la conflictividad que instala esta modalidad delictual puede ser reconducida exitosamente hacia otras instancias (formales o informales) de mediación, conciliación o reparación.

No debe perderse de vista que esta teoría tiene como norte la premisa de que la intervención punitiva se halla reservada a casos de excepcionalidad, en los que no hay otra alternativa de solución si lo que se busca es evitar el ejercicio particular de la venganza; respuesta inevitable a ciertos delitos que causan conmoción o alarma social. La infracción al art. 17 de la Ley 12.331 no reúne características que lo hagan acreedor de ese tratamiento excepcional, por lo que resulta dudoso que para esta postura pueda llegar a ser considerada como una cuestión judicial.

Por último, en caso de analizar el tipo penal acudiendo a las teorías enfocadas en el *daño social*, con su particular enfoque crítico hacia la definición del delito (tildado de inadecuado para cubrir las múltiples problemáticas que encierra la fenomenología de la criminalidad, de tener una mirada sesgada por su matriz patriarcal, o de ignorante de ciertos datos sociales esenciales para el estudio de la conducta delictiva; como la privación relativa, la marginación, la victimización o la selectividad), se entiende acertado pronosticar que el tratamiento legislativo que recibiría sería más benevolente que aquél que le ha deparado el discurso positivista.

Como ya se ha visto, se trata de un programa que apunta hacia un control del delito de respuesta diversificada (en aras de favorecer la integración social del infractor) que, a igual tiempo, se hace cargo de las repercusiones que tienen los procesos de exclusión en la gestación de la conducta delictual (patentizando la contradicción de castigar aquello que se formenta); de modo que, en este caso en particular, al tratarse de un delito que no ofende a particulares ni compromete de un modo serio valores de bienestar general, la solución aplicable de seguro trasuntaría aplicar algún dispositivo no institucional o no represivo de control social.

#### **IV) A MODO DE CONCLUSIÓN:**

Estimo que a lo largo de este capítulo ha quedado en evidencia que la redacción a la Ley de Profilaxis Antivenérea responde a los dictados del positivismo italiano (con algunos componentes autóctonos) y al saber de los médicos higienistas; así como también que este cuerpo legal ha servido a la burguesía nacional –receptora y promotora de estas ideologías- para imponer un patrón de conducta acorde a sus necesidades y generar obediencia en el proletariado y en las

clases más desposeídas. Esta clase buscaría mantener sanos a los primeros -por ser útiles al sistema-, en tanto que a los otros los reprimiría en casos de desobediencia (muestra del atraso evolutivo que los distanciaba de la casta dominante) o bien respondiendo a necesidades de defensa social.

Obediencia, moralidad y sanidad. Enarbolando estas banderas, los actores políticos centrales se abocaron a revertir la costumbre reglamentarista en el tratamiento legal de la prostitución y se volcaron hacia un abolicionismo. La meta era clara: tratar a la prostitución como fuente de enfermedades y neutralizarla en sus aspectos más sobresalientes (como la trata de personas). Junto con lo represivo, se impondrían medidas de control en distintos órdenes de la vida ciudadana (como la educación y la salud), en clara sintonía con una noción terapéutica de lo social.

En esta ecuación, la prostituta –también un salto atrás en la escala evolutiva- sería vista como un simple objeto de contagio y, en menor proporción, de protección. De contagio por la obvia razón de que, limitando sus actividades, el índice de transmisión de enfermedades venéreas iba a menguar; y de protección por cuanto, quitándoles el espacio de trabajo, se las iba a sacar de las garras del tratante, quienes revestían –por su grado de organización y el volumen de sus negocios- la calidad de enemigos declarados de la paz ciudadana.

A medio camino, se encontraban los explotadores o regentes de los burdeles; que si bien desarrollaban un rol de intermediación entre partes contratantes con libre consentimiento, su suerte estaba atada a la abierta contradicción de su actividad con los valores reinantes en lo referente al pudor o recato sexual, a la sexualidad como instrumento reproductivo antes que de goce sensorial, a la preservación de la salud pública. En suma, resultaban objeto de persecución penal por representar una clara expresión de la tan denostada *mala vida*.

Las objeciones que pueden formularse a este enfoque, con mucho más de ideológico que de científico, quedan puestas en evidencia ante la comparación con otros modelos criminológicos - contemporáneos o posteriores- que también han sabido gozar de gran difusión académica. Y en procura de demostrar tal afirmación es que, tras una somera descripción de sus principales postulados, se plantearon múltiples escenarios en los que la matriz positivista de la Ley 12.331 resultaba reemplazada por los dictados de aquellas teorías; en aras de dilucidar si los puntos de vista que ofrecen conducen a mantener el rigor de la prohibición, atenuarlo, o directamente a suprimir el castigo.

Así, fueron tomadas como base de cotejo, por una parte, aquellas teorías de corte sociológico preocupadas por establecer la etiología de la criminalidad; a partir de "(...) una serie de modelos que procuran la identificación de las circunstancias sociales a las que se puede adjudicar un valor

*determinante de las conductas desajustadas*<sup>261</sup>. Y a los efectos de llevar adelante un trabajo comparativo más completo, también se incluyeron aquellos esfuerzos intelectuales que – subvirtiendo el orden de análisis- se enfocaron en identificar los procesos sociales involucrados en la definición de la conducta criminal; con las consiguientes críticas hacia el sistema penal o – llevando la detracción al extremo– hacia la totalidad del orden social (político, económico, cultural, etcétera).

La impresión que deja la revisión de todos estos grupos teóricos es que, en tanto algunos pecan de generalistas, otros poseen un espectro de visión muy acotado; por lo que ninguno de sus intelectuales puede jactarse de haber aprehendido la realidad multiforme de la criminalidad *in totum*. Una teoría que resultase lo suficientemente abarcativa perdería su carácter de tal, pues ya no sería un conjunto de postulados generales sino más bien una aglomeración de enunciados descriptivos para supuestos específicos; carentes de un hilo conductor que les dé un marco de cohesión y sujetos a permanente revisión, ante el comportamiento dinámico que exhibe su objeto de estudio (maleable a los cambios culturales, científicos, tecnológicos, etcétera).

Cabría, quizás, asistir cierta razón a Vincenzo Ruggiero y su *anticriminología*, que se destaca por rechazar los axiomas de todas las escuelas criminológicas; en el entendimiento de que, invariablemente, incurren en el error metodológico de partir de una reducción conceptual del delito, impermeable a las variaciones o matices que cada situación catalogable como infracción pueda llegar a ofrecer. Con lapidarios términos, sostiene que *“hay una suerte de maldición originaria, combinada con un no confesado complejo de inferioridad, que compele a los científicos sociales a buscar incesantemente causas universales para los fenómenos. Dejar de lado esta búsqueda, para muchos sería quedar excluidos de la comunidad científica”*<sup>262</sup>.

Lo observado, sin embargo, no resta créditos a los resultados del ejercicio planteado, que se aprecian como satisfactorios en tanto, bajo los parámetros ofrecidos por los discursos criminológicos examinados, fue posible ensayar un abanico de respuestas diversas para la problemática que plantea la conducta descrita por el art. 17 de la Ley 12.331; resultando de especial importancia que, en su entera mayoría, redundaron en un tratamiento privilegiado respecto de la versión original.

Ocurre que las inquietudes que movieron a estas teorías a buscar explicaciones involucraron cuestiones de otro orden, en correspondencia con su enfoque sociológico de la *cuestión criminal*, en tanto que su metodología de acercamiento hacia el objeto de estudio tampoco partió de premisas análogas; por lo que –inevitablemente- las conclusiones a que arribaron tomaron gran

---

<sup>261</sup>VIRGOLINI, JULIO E. S., ob. cit., pág. 54.

<sup>262</sup>RUGGIERO, VICENZO, citado en SUEIRO, CARLOS CHRISTIAN, ob. cit., pág. 214.

distancia de los dogmas positivistas, a los que incluso convirtieron en blanco de fuertes críticas en más de una ocasión.

El camino argumentativo recorrido anima a pensar que hubo cierta *sobreactuación* por parte del legislador al momento de dar forma al tipo penal en comentario, dejando en evidencia su permeabilidad a específicas demandas sociales de la época, que mezclaban preocupaciones sanitarias con cuestiones netamente éticas; y les otorgaron un tratamiento promiscuo. Ahora bien, luego de indagar en el contenido de otros paradigmas criminológicos, se hace palmaria la relatividad tanto de la selección de los datos ónticos como de su interpretación, es decir, del enfoque adoptado a la hora de decidir si correspondía la intervención del aparato punitivo en la “problemática” (entre comillas, para acentuar el carácter contingente del término) que emerge de la explotación comercial de prostíbulos.

Es claro que, a la luz de las limitaciones advertidas en todas las palabras académicas para brindar una explicación universal del fenómeno de la criminalidad, no se trata de proponer a alguna de ellas como modelo de reemplazo para el discurso fundacional de la Ley 12.331; sino de mostrar que cualquiera de ellas se encuentra en mejores condiciones para ofrecer una explicación más satisfactoria en lo que respecta a cuáles serían las causas que originarían este tipo de criminalidad y –guiadas por esa intelección- para proporcionar soluciones más cercanas a la ecuanimidad.

Dicho en otros términos, se aprecia que cualquier otra opción es más plausible, pues la óptica positivista resulta ser la única teoría criminológica que construye sus dogmas partiendo de premisas comprobadamente falaces (a *contrario sensu* de su declarado rigor científico) y que – haciendo gala de un ostensible fallo metodológico- se legitima en torno a argumentaciones circulares; carencias éstas que la conducen a ensayar modelos explicativos que, pese a su vocación totalizadora, son extremadamente reduccionistas. Prueba cabal de ello es su manifiesta insuficiencia para dar tratamiento a los delitos de *cuello blanco*; que, curiosamente, son equiparables a la *prostitución vip*, modalidad que también integra la constelación de situaciones formalmente abarcadas por el tipo penal del art. 17.

El denominador común de los groseros errores epistemológicos en que ha sabido incurrir el positivismo se ubica en la racionalización de una serie de prejuicios sociales, pensamientos racistas, complejos de superioridad moral y falsos sentimientos de supremacía ética; tomados como axiomas para construir un saber miope como ciencia social y -para colmo de males- con una praxis netamente discriminatoria, que se muestra cerrada a reconocer espacios de autonomía individual de las personas.

Así, las numerosas descalificaciones formuladas a la doctrina de la *scuola italiana* conducen inexorablemente a cuestionar las bases de legitimación del discurso criminológico que informó la sanción de la Ley 12.331; fundamentalmente en lo que respecta a la redacción del artículo

cuestionado, que instaura una figura delictiva más cercana a un modo de vida reputado indeseable que a una conducta de daño efectivo o potencial.

#### IV.- CAPÍTULO III: EL BIEN JURÍDICO EN EL ART. 17 DE LA LEY 12.331

##### **A) INTRODUCCIÓN:**

La prostitución podrá ser o no un hecho inmoral –dilucidarlo excede por mucho los fines de este trabajo-, pero no es pasible de prohibición penal. La ley penal en su conjunto no prevé pena alguna para las personas que se dedican a ejercer la prostitución por su propia iniciativa, sin intervención de persona extraña. Tampoco son alcanzados por el poder punitivo quienes pagan por los servicios sexuales de quien –siendo mayor de edad, lógicamente- se ofrezca voluntariamente. Sí lo están, en cambio, aquellos terceros que concurren, bajo distintas modalidades de conducta, a que ocurra este intercambio de favores sexuales por dinero.

Ello ha sido analizado con detalle en el primer capítulo de este trabajo; aunque no sobreabunda recordar que, en el supuesto del art. 17 de la ley 12.331, las acciones típicas redundan en sostener, administrar y regentar una *casa de tolerancia* (burdel, mancebía, lupanar prostíbulo); es decir, participar de actividades que supongan el mantenimiento económico, la administración o el gobierno de un lugar de acceso público donde personas de cualquier sexo ofrecen su cuerpo a cambio de un precio.

Vemos, entonces, que la relación inmediata que sanciona la ley 12.331 se da entre una persona (en este caso, el administrador, el regente o el sostenedor) y una cosa (casa de tolerancia) y no con quien se prostituye; lo cual marca un distingo muy acentuado con aquellas formas de ataque a la libertad sexual o personal asociadas a la prostitución que aparecen reguladas en el código sustantivo.

Las lecciones más elementales de la ciencia penal enseñan que el componente nuclear de todo tipo penal está configurado por una conducta activa u omisiva que el ordenamiento jurídico reprime en virtud de la afectación o la puesta en peligro de un bien jurídico en concreto. La figura delictiva del artículo 17 no sería la excepción y por ello, atento a la diferenciación ya apuntada, estimo que cabe plantear el interrogante acerca de cuál es la situación problemática que detecta la norma, merecedora de una respuesta desde el poder punitivo.

Este capítulo va a tratar de dar respuesta a dicha cuestión, partiendo de reseñar las distintas visiones que han servido para explicar la noción de bien jurídico; para luego explicar los argumentos que orientan la selección del criterio estimado preferible. Finalmente –teniendo como norte esa intelección del bien jurídico- me adentraré en el análisis sobre cuál es el basamento de la punición en el tipo penal analizado y formularé -en última instancia- algunas apreciaciones críticas sobre si la respuesta punitiva estaría justificada en este esquema, y si no se puede acudir a alguna solución alternativa a la criminalización.

## B) BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NOCIÓN DE BIEN JURÍDICO:

Es sabido que el pensamiento liberal, nutrido por concepciones utilitaristas, erradica toda concepción moral como marco teórico-descriptivo de las prohibiciones penales y, en un ámbito de respeto por la autonomía de conciencia y tolerancia, establece criterios rectores para la administración de la punición<sup>263</sup>. En otros términos, si bien la moral habrá de servir como directriz o pauta interpretativa de los actos jurisdiccionales, no habrá de componer –al menos en forma directa- el bagaje intelectual de la legislación penal<sup>264</sup>.

La teoría del bien jurídico -precisamente- se engarza en este esquema, en paralelo a la noción de delito; permitiendo, según la idea de bien jurídico que se adopte, darle un cierto contenido y definir sus contornos o, incluso, su propósito mismo.

Haciendo un repaso histórico de las principales ideas surgidas en torno al bien jurídico, puede mencionarse como punto de partida el pensamiento de Feuerbach, quien –si bien no empleaba este concepto- concebía al delito como una contravención a los derechos subjetivos naturales reconocidos por el contrato social (y nacidos de la libertad que retiene el ciudadano); para cuya protección nace el estado<sup>265</sup>. Tal desarrollo es conteste con la concepción contractualista propia del pensamiento ilustrado; según la cual los ciudadanos –primigenios detentadores del poder- ceden al legislador las facultades punitivas elementales para lograr una coexistencia libre y pacífica que permita al hombre desarrollar su individualidad, en la medida que este fin no pueda conseguirse por medios menos drásticos<sup>266</sup>.

En esta ecuación, entonces, el delito viene a ser un exceso en los límites de la libertad jurídica otorgada y un incumplimiento del contrato que une al individuo con el estado; que viene a lesionar

---

<sup>263</sup>Cfr. FERRAJOLI, LUIGI, *“Derecho y razón – Teoría del garantismo penal”*, octava edición, editorial Trotta, Madrid, año 2006, págs. 459 y sgtes.

<sup>264</sup>Stratenwerth advierte con gran lucidez que la moral no puede fundamentar la descripción de la conducta criminal, pues la función del Derecho Penal quedaría relegada a una mera conservación de valores históricamente arraigados; aun cuando el desarrollo social, económico, técnico, etc. demuestre su inconveniencia y aunque ya no tenga respuesta para problemas comunitarios esenciales o bien presente figuras valorativas que, con el tiempo, han perdido el sentido originario que pudieran haber tenido. Así, un Derecho Penal llamado a influir activamente en el orden social, necesariamente debe prescindir de definir el comportamiento del delincuente bajo los lineamientos de la ética social.

Al respecto, ver STRATENWERTH, GÜNTER, *“Derecho Penal –Parte General, I- El Hecho Punible”* (traducción de Gladys Romero a la segunda edición alemana de 1976), editorial Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, año 2009, págs. 2 y 3.

<sup>265</sup> Cfr. FERRAJOLI, LUIGI, ob. cit., pág. 468.

<sup>266</sup>Cfr. ROXIN, CLAUS, *“Fundamentos político criminales del derecho penal”*, en colección *“obras selectas de Claus Roxin”* (Coordinada por Gabriela E. Córdoba y Daniel E. Pastor), editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2008, pág. 122.

algún ámbito de libertad específico del otro<sup>267</sup> (también pueden verse afectados los derechos del estado; al que Feuerbach reconoce calidad de *persona moral*, caso en el cual el delito sería de carácter público)<sup>268</sup>.

Birnbaum toma esta formulación y le da mayor contenido, al introducir el concepto de bien jurídico, el cual incluye en el ámbito de protección penal a todo aquello que es objeto de un derecho y no al derecho en sí; que según el autor no puede verse afectado por la acción delictiva. El bien jurídico es un objeto reconocido por la naturaleza misma del hombre (el atentado contra esta clase de prerrogativas sería considerado un delito natural) o bien por el desarrollo social (en este caso, se trataría de un *delito social*)<sup>269</sup>. Donna identifica tres razones estructurales para adopción de este criterio: a) no se pueden lesionar derechos, sino sólo bienes sujetos a aquéllos; b) la sola vulneración de derechos no ofrece criterios intelectuales de aplicación para el operador jurídico; c) hay ciertos delitos que si bien no reconducen exactamente a un derecho subjetivo, como es el caso de la religión o la moralidad, existen de todos modos<sup>270</sup>.

Fácil es advertir que este nuevo postulado, más completo que su predecesor, implica necesariamente una mayor actividad represiva, habida cuenta de que es superior la nómina de objetos que pueden verse afectados con el delito; tomando creciente importancia el interés del estado en la criminalización de las infracciones de policía. Sin embargo, Ferrajoli identifica un componente reductor de gran valor en este esquema, al reconocer que Birnbaum admite la punición siempre que el control social no resulte posible por una vía alternativa<sup>271</sup>.

Con posterioridad, Binding toma en parte estas ideas; poniendo su foco de atención en el rol de garantía del estado. Así, la noción de bien jurídico y de norma se identifican de un modo estrecho,

---

<sup>267</sup>Utilizando las propias palabras del autor “*Quien excede la libertad jurídica comete una lesión jurídica o injuria. El que lesiona la libertad garantizada con el contrato social y asegurada mediante leyes penales comete un crimen. Por ende, crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal (...)*”. Al respecto, ver FEUERBACH, PAUL J. A. R. V., “*Tratado de Derecho Penal*” (traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer a la 14ª edición alemana) en “*Colección Criminalistas Perennes – Vol. 1*” (dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni y Francisco Muñoz Conde), editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2007, pág. 55.

<sup>268</sup> FEUERBACH, PAUL J. A. R. V., ob. cit., págs. 56 y 57.

<sup>269</sup> En palabras del citado: “*Está en la naturaleza de las cosas que además del (...) concepto jurídico positivo del delito tiene que haber un concepto natural de él (...) cuando hablamos de un concepto natural de delito entendemos por esto aquello que según la naturaleza del Derecho Penal puede ser razonablemente valorado como punible por la sociedad y resumido en un concepto general (...). Luego sostiene que “(...) si se quiere tratar al delito como lesión, entonces ese concepto se debe extraer naturalmente no de un derecho sino de un bien (...) no hay duda de que los bienes jurídicos cuyo goce garantiza el Estado a todos, se refiere a la esfera jurídica de cada uno, estaría en parte dado a los seres humanos ya por la naturaleza, y en parte por el desarrollo social. La clasificación de los delitos podría basarse en el mismo concepto de bien”.* (BIRNBAUM, J.M.F. “*Über das Erfordernis Einer Rechtsverletzung zun Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkänkung*” citado en DONNA, EDGARDO A., “*Derecho Penal: parte especial: tomo I*”, tercera edición, editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2008, pág. 117).

<sup>270</sup>DONNA, EDGARDO A., ob. cit., pág. 118.

<sup>271</sup>FERRAJOLI, LUIGI, ob. cit., pág. 468.

a punto tal que el fundamento objetivo de la dogmática penal se concentra en el imperativo legal; de modo que lo decisivo era la resolución del legislador de otorgar protección jurídica a un bien determinado<sup>272</sup>. El delito viene a representar un acto de desobediencia a este imperativo, una decisión contraria a la orden estatal y por eso reprobable, más allá de todo resultado en concreto<sup>273</sup>. Y bien jurídico es todo aquello que tenga entidad para el legislador, con prescindencia de referencias a lo iusnatural o positivo, y se convierte en el fin último o la *ratio* de la ley penal, o incluso en “*el derecho del estado a las acciones u omisiones impuestas bajo amenaza de pena*”<sup>274</sup>. Esta noción de bien jurídico –de neto corte idealista- violentó significativamente los límites dogmáticos tradicionalmente impuestos a actividad legislativa penal y alentó la proliferación de diversas figuras de delito abstracto o presunto; en aras de mantener vigente el interés primordial del estado en garantizar la seguridad de la ciudadanía.

En sentido opuesto a esa línea de pensamiento, Von Liszt –tributario de un positivismo naturalista- se inclinó por considerar que bien jurídico es todo interés vital del hombre que existe más allá del reconocimiento del legislador y que tiene tantas versiones como manifestaciones existenciales tiene la vida humana; de modo que el orden jurídico no tiene más que un rol de tutela de la realidad del tráfico social<sup>275</sup>.

Las escuelas neokantianas rechazaron esta función de garantía y se agruparon en torno a una visión teleológica, considerando al bien jurídico como valor ligado a aquello que la norma está destinado a resguardar y al complejo de relaciones culturales que hacen al ordenamiento jurídico<sup>276</sup>. Y al ser éste un concepto netamente valorativo, un principio rector de interpretación, nunca puede ser alcanzado por la infracción, que es ideal y trae consigo una lesión a su vocación de respeto (por ejemplo, en el homicidio no se estaría lesionando la vida del ciudadano como valor en sí mismo, sino la valoración que la vida adquiere en el conjunto social)<sup>277</sup>.

La abstracción del bien jurídico precedió a su erradicación dentro del esquema dogmático del nacionalsocialismo alemán; cuyos pensadores –cargados de componentes ideológicos

---

<sup>272</sup>En este sentido, señala que derecho subjetivo “*es todo aquello que, en sí mismo, no es un Derecho pero que, según el legislador, tiene valor como condición de una vida sana de la comunidad jurídica, en cuya conformación inmodificada y sin perturbaciones tiene, según su opinión, interés*” (Binding, Karl, *Die Normen und Ihre Übertretung – Band I – Normen und Strafgesetze*, citado en DONNA, EDGARDO A., ob. cit., pág. 132).

<sup>273</sup> Ver NIÑO, LUIS F. – MARTÍNEZ, STELLA M. (Coordinadores), “*Delitos contra la libertad*”, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2003, págs. 17 y sgtes.

<sup>274</sup>FERRAJOLI, LUIGI, ob. cit., pág. 469.

<sup>275</sup>Ver NIÑO, LUIS F., “*El bien jurídico como referencia garantista*”, editorial Del Puerto, Buenos Aires, año 2008, págs. 11 y 12.

<sup>276</sup>TAVARES, JUÁREZ E. X., “*Bien jurídico y función en Derecho penal*”, editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2004, pág. 27.

<sup>277</sup>En consonancia con lo expuesto, señala Stratenwert que “*(l)as teorías neo kantianas se refirieron a las ideas valorativas culturales previamente dadas, con el objeto de obtener una determinación del contenido del bien jurídico, otorgándole de esta manera significativa relevancia a puntos de vista normativos*”. Al respecto ver STRATENWERTH, GÜNTER, ob. cit., pág. 3.

contrarios a la Ilustración- concebían al pueblo como una entidad superior a la suma de sus ciudadanos (el espíritu del pueblo), merecedora del mayor de los respetos, a punto tal que todo acto opuesto a sus tendencias y designios era digno de ser llamado traición. Las “convicciones generales y tradicionales” conformaban en esta lógica datos ciertos y precisos y correspondían a los valores fundamentales que cada individuo debía mantener incólumes; de modo que el bien jurídico pasó de ser un criterio de limitación o control externo a un ingrediente sin mayor trascendencia que la legitimación interna, en clara sintonía con la confusión entre derecho y moral que reinaba en ese momento histórico<sup>278</sup>.

Asociadas la idea de delito con la de lesión del deber de obediencia, y desatendiendo el efectivo menoscabo que pudiera sufrir algún derecho o interés particular, proliferaron las figuras de peligro; habida cuenta de que la sociedad estaba habilitada a defenderse del delincuente (sujeto objetivado a cometer delitos) y de sus ataques<sup>279</sup>. Así, puede vislumbrarse con claridad que la teoría del bien jurídico propia de la Alemania Nazi estaba orientada “(...) a tutelar intereses sociales, aun cuando puedan ser tomados en consideración intereses individuales. En efecto, no todo interés individual, garantizado jurídicamente, puede constituir un derecho subjetivo, y, en la hipótesis de intereses individuales garantizados únicamente por el derecho penal, la garantía para el individuo no es más que el reflejo de la tutela del interés público”<sup>280</sup>.

Transcurrida la mitad del siglo XX, la noción de bien jurídico recobró vigencia como instrumento teórico al servicio de la política criminal estatal. Como bien señala Ferrajoli: “(t)ras la segunda guerra mundial, con el renacimiento de una cultura penal liberal y democrática, el concepto de bien jurídico ha recuperado su carácter garantista gracias al trabajo de un conspicuo número de penalistas que, por un lado, han restaurado su referencia semántica a situaciones objetivas y a intereses de hecho independientes de las (o previos a las) normas jurídicas, y, por otro, le han devuelto la relevancia crítica y la función axiológica, aunque sólo sea como límite interno referido a valores o bienes constitucionales”<sup>281</sup>.

Se detecta un primer intento en esta renovada tendencia en algunas reflexiones de Welzel, máximo exponente de la corriente finalista del derecho penal, que elaboró una interpretación dual sobre lo que el bien jurídico está llamado a reflejar: valores ético-sociales y (accesoriamente)

<sup>278</sup>Conf. FERRAJOLI, LUIGI, ob. cit., pág. 469.

<sup>279</sup>Luis Niño explica este fenómeno con formidable lucidez al indicar que “(s)ucedo que, desprovista del ancla político-criminal representada, como se ha dicho, por la consideración al sujeto, a sus necesidades y a sus deseos, y traducida en la preservación de sus personas y de sus bienes de toda lesión o peligro concreto, la potestad punitiva del Estado logra desembarazarse de las plausibles ataduras que el liberalismo político le ha ceñido de dos siglos a esta parte, y puede avanzar resueltamente sobre las libertades individuales sin atender a las estrictas razones de su propia existencia, que no son otras que garantizar unos ámbitos externos de libertad a los habitantes de la comunidad jurídicamente organizada”. Al respecto ver NIÑO, LUIS F. – MARTÍNEZ, STELLA M., ob. cit., págs. 19 y 20.

<sup>280</sup>MANZINI, VICENZO “*Tratado de Derecho Penal, Primera Parte, Teorías Generales*”, citado por NIÑO, LUIS F. – MARTÍNEZ, STELLA M., ob. cit., pág. 17.

<sup>281</sup>FERRAJOLI, LUIGI, ob. cit., pág. 469.

derechos particulares. En su visión, el individuo construye un modelo de conducta para el tráfico social en base a presupuestos elementales que dotan de sentido a las relaciones intersubjetivas. Tales pautas se estructuran alrededor de bienes vitales para la comunidad y son penalmente protegidas en supuestos de menoscabo, contra agresiones configuradas de una manera específica.

Por ende, la finalidad del derecho penal consiste en asegurar un real acatamiento de esos valores reputados esenciales, a través de la sanción de aquellas conductas que -por desleales, de rebeldía, indignas, fraudulentas- expresen una introyección insuficiente. Ahora bien, para esta postura, antes que la protección de bienes concretos, la misión del ordenamiento penal es garantizar la vigencia de pautas valorativas que hacen a la conciencia jurídica (sintetizadas en el principio *neminem laedere*); a través de un mensaje de reivindicación destinado al cuerpo social en su conjunto para mantener la fidelidad jurídica<sup>282</sup>. A la luz de lo desarrollado, se advierte que la protección del bien jurídico no vendría dada por sus propiedades, aisladamente consideradas, sino por su calidad de componente del orden social<sup>283</sup>.

Por su parte, y explotando la arista político-criminal del concepto de bien jurídico, Rudolphi acentuó su identificación con los derechos fundamentales consagrados por el constitucionalismo moderno y destacó tres facetas que hacen a su eficacia: como criterio de interpretación teleológica del tipo, como elemento de dogmática penal y como pauta orientativa para el legislador (quien sólo puede criminalizar para asegurar bienes jurídicos determinados)<sup>284</sup>. Otras posiciones, denominadas "*constitucionales amplias*", niegan esa estrechez en la relación entre bienes jurídicos y constitución y apuntan a que esta última debe interpretarse como una guía (a través de sus pautas de igualdad, racionalidad, proporcionalidad, etc.) que el derecho penal debe seguir para construir la ecuación infracción - bien jurídico protegido<sup>285</sup>.

La doctrina alemana contemporánea no es pacífica en cuanto al contenido y alcance de la noción de bien jurídico y engloba puntos de vista diversos. En primer lugar, puede mencionarse a Hassemer, quien pone énfasis en la función crítica del bien jurídico sobre el Derecho Penal -en función de los principios constitucionales de proporcionalidad, lesividad y subsidiariedad- pues en su opinión "*la prohibición bajo amenaza de pena de una conducta que no pueda vincularse*

---

<sup>282</sup>WELZEL, HANS, "*Derecho Penal Alemán*" (traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez), cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año 1993, págs. 2 y 3.

<sup>283</sup>WELZEL, HANS, ob. cit., pág. 5.

<sup>284</sup> Cfr. RUDOLPHI, HANS J. "*Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*", en NIÑO, LUIS F., "*El bien jurídico como referencia garantista*", ya citado, págs. 23 y 24.

<sup>285</sup>NIÑO, LUIS F., ob. cit., págs. 27 a 29.

*con un bien jurídico constituiría terror estatal (...) la limitación de la esfera de libertad no tendría ningún elemento legitimador del que pudiera extraerse su sentido*<sup>286</sup>.

Partidario de un derecho penal mínimo, sostiene que para que haya criminalización es preciso un bien jurídico afectado o puesto en peligro, categoría que responde a intereses reconocidos - en principio- por el derecho en general y –en segundo lugar- por el ordenamiento penal; siempre en la medida de la necesidad y ante la falta de otro medio de garantía más idóneo<sup>287</sup>. El bien jurídico sería entonces un principio limitativo o negativo para el legislador; no una habilitación generalizada para el dictado de normas punitivas.

Se trata de un concepto extrasistemático del bien jurídico, que circunscribe la labor del legislador a un ámbito de protección de intereses de exclusiva naturaleza penal y deja fuera –a igual tiempo- la tutela de bienes jurídicos de otra índole; en el entendimiento que otras ramas del derecho pueden resultar más efectivas en la resolución del conflicto, especialmente en casos de conductas cercanas al derecho administrativo, que tienen como consecuencia la creación de los delitos de peligro abstracto.

El aparato represivo, entonces, se vería limitado desde fuera por el bien jurídico, en cuanto le marca un ámbito acotado de protección de objetos concretos (es decir, lo dota de límites y contenido); evitando su subordinación a exigencias de política criminal (permeable, a su vez, a las demandas sociales, instaladas por los medios masivos de comunicación). Esta concepción supone la adopción de un concepto liberal de bien jurídico que retorna a un derecho penal centrado en la persona, en la libertad y en la autonomía del sujeto; primando por sobre la positivización y, en especial, por sobre los llamados bienes jurídicos universales<sup>288</sup>.

Enfrentada a esta posición, la doctrina mayoritaria postula una visión intrasistemática del bien jurídico; en el entendimiento de que toda discusión sobre si existe o no un concepto de bien jurídico basado en el contrato social debe ser abandonada, frente a la existencia de bienes comunitarios legítimos (como, por ejemplo, la administración de justicia) cuya demanda de protección penal resultaría innegable<sup>289</sup>.

---

<sup>286</sup>Extraído de ROXIN, CLAUS, *“Fundamentos político criminales del derecho penal”*, en colección *“obras selectas de Claus Roxin”* (coordinada por Gabriela E. Córdoba y Daniel E. Pastor), editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2008, pág. 121.

<sup>287</sup>En consonancia con lo expuesto, se pueden traer algunas palabras textuales del autor: *“El derecho penal conforme al estado de derecho y el derecho procesal penal constituyen hoy no solamente un medio de persecución o de cruda “lucha” contra el delito. Constituyen un medio para garantizar de la mejor forma posible el aseguramiento de derechos fundamentales de aquellos que intervienen en un conflicto penal – esto es, en las peores lesiones producidas por la mano del hombre- derechos fundamentales no solamente de la víctima sino también de los testigos y, sobre todo, de los sospechosos del hecho (...)”*, en HASSEMER, WINFRIED, *“Crítica al derecho penal de hoy”* (traducción de Patricia S. Ziffer), segunda edición, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 2003, págs. 19 y 20.

<sup>288</sup>DONNA, EDGARDO A., ob. cit., págs. 130 y 131.

<sup>289</sup>Ídem al anterior, pág. 134.

En esta línea de pensamiento, Hirsch señala que el bien jurídico no existe como entidad previa a la labor del legislador y, por tanto, no ofrece pautas válidas como criterio de limitación inmanente del derecho penal. Por otra parte, Stratenwerth indica que resulta imposible arribar a un concepto de bien jurídico capaz de abarcar todos los presupuestos que ofrece la realidad; de modo que no es su protección sino la evitación de conductas socialmente indeseables la razón que orienta la creación de normas penales<sup>290</sup>. Por tanto, el valor del concepto de bien jurídico no sería otro que el de servir como pauta de interpretación de los tipos penales creados o a crearse; con la finalidad de indagar si configuran pautas de conducta que aseguren la subsistencia de los espacios de libertad intersubjetiva.

Por su parte, Jakobs concurre a estas teorías negacionistas, aunque por un camino intelectual diverso, ligado a su clásica doctrina del *funcionalismo sistémico penal*, la cual –a grandes rasgos– propugna que la finalidad del derecho penal no es otra que afirmar la prevalencia de la norma y que la comisión del delito, entendido como una desautorización del mandato, demanda un castigo como forma de comunicar al autor que su pretensión no es válida y que la ley mantiene su vigencia. Bajo estos lineamientos, planteó la inutilidad del concepto de bien jurídico como referencia garantista; pues es la validez fáctica de las normas la que asegura las expectativas de respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica.

Entiende que en una sociedad crecientemente tecnificada y anónima, las expectativas del derecho penal no se dirigen ya al sujeto como depositario de derechos, sino como un portador de rol que puede satisfacerlas o defraudarlas (en cuyo caso, será acreedor de castigo)<sup>291</sup>; de modo que la configuración del orden social que ha de proteger el derecho penal trasvasa la órbita

---

<sup>290</sup>Conf. ROXIN, CLAU, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen” (traducción de Manuel Cancio Meliá) en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), año 2013, núm. 15-01, (<https://pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/03/doctrina28017.pdf>), pág. 01:16. Ocurre que, para Stratenwerth, el bien jurídico sólo tiene un contenido concreto en la medida en que se trate de intereses individuales; mientras que en el campo de intereses colectivos sólo puede ofrecer algunos lineamientos rudimentarios para su interpretación. Sujeta a una visión exclusivamente antropocéntrica, la teoría del bien jurídico queda estrecha y por ello se muestra insuficiente para dar respuesta a cuáles son las injerencias válidas a los intereses colectivos y cuáles están excluidas por la norma penal (DONNA, EDGARDO A., ob. cit., pág. 134).

<sup>291</sup>En las propias palabras del autor “(...) se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de rol, refiriéndose la denominación “rol” a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables (...)”. Al respecto, ver JAKOBS, GÜNTHER “La imputación objetiva en el derecho penal” (Traducción de Manuel Cancio Meliá), editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2009, págs. 21 y 22.

Así, “(r)enunciando a una determinación del contenido del sujeto de la imputación, Jakobs: 1) atribuyó al autor el rol de ciudadano libre; 2) estableció, como contrapartida a esa libertad concedida, la exigencia de que actúe conforme a la norma y 3) aclaró que ésta debe ser legítima, es decir parte de un ordenamiento que concede a cada uno de los recursos necesarios para su desarrollo libre e igual. Bajo esos presupuestos, la culpabilidad recae en quien manifiesta una conformidad jurídica deficiente frente a las normas legítimas, pero no requiere una autocorrupción moral, ya que es suficiente que el autor haya asumido el rol de ciudadano libre” (RIGHI, ESTEBAN, “Derecho penal- parte general”, editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, año 2008, pág. 11).

de los bienes. A esta insuficiencia, el autor añade que, al sacralizar la protección del bien jurídico, las teorías que lo reafirman se muestran incapaces de explicar qué riesgos debe tolerar éste en el marco del contacto social; problema que para su tesis se resuelve acudiendo al análisis de la dinámica del tráfico, en virtud de las funciones sociales asignadas a cada prerrogativa<sup>292</sup>.

Se advierte sin hesitación que este constructo intelectual concibe a la pena con una finalidad eminentemente utilitarista, puesto que su fin último no es otro que aleccionar a la sociedad en el respeto a la norma que otorga comunidad al sistema; a fin impedir la pérdida de su eficacia. Jakobs sintetiza la idea como sigue: “(e)l hecho es lesión de la vigencia de la norma; la pena es su eliminación”<sup>293</sup>.

La tesis intermedia, conocida como criterio funcional impropio, fue acuñada por Roxin y predica que la protección del bien jurídico es condición ineludible para limitar la intervención estatal a estándares de razonabilidad. El rol a que está llamado el derecho penal a ocupar dentro de una sociedad democrática es el de garantizar la coexistencia pacífica, libre y segura de sus ciudadanos; a través de la protección de circunstancias y objetos considerados esenciales para la vida comunitaria que no pueden ser tutelados por otras vías formales. Por ende, el bien jurídico no sería una abstracción sino que formaría parte de la realidad empírica, siendo indistinto para declamar su condición de tal que involucre intereses del individuo o de la sociedad; siempre que -en definitiva- resulte funcional para la persona (en tanto garantice el correcto funcionamiento estatal para el aseguramiento de sus derechos)<sup>294</sup>.

Semejante criterio interpretativo trae consigo un fuerte componente crítico frente a la figura del legislador penal, mostrándole que los límites de la criminalización están dados por su utilidad para el funcionamiento del sistema, a través del resguardo de objetos concretos y necesarios para el libre desarrollo del ciudadano<sup>295</sup>. Así, serán ilegítimas: a) las normas penales que estén motivadas por la ideología; b) aquellas que atenten contra derechos fundamentales; c) aquellas

---

<sup>292</sup>Conf. DONNA, EDGARDO A., ob. cit., págs. 135 y 136.

<sup>293</sup>JAKOBS, GUNTHER “*Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*”, citado en ROXIN, CLAUS, “*El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*”, ya citado, pág. 01:4.

<sup>294</sup>Conf. TAVARES, JUAREZ E. X., ob. cit., pág. 37. A mayor abundamiento, cabe traer a consideración algunas precisiones del propio Roxin respecto a esta postura sobre los bienes jurídicos; indicando al respecto que “(é)stos no son sustratos de sentido de naturaleza ideal (si lo fueran no podrían ser lesionados), sino entidades reales: la vida, la integridad física o el poder de disposición sobre valores materiales (la propiedad). Los bienes jurídicos no tienen por qué tener realidad material. La disponibilidad sobre cosas que garantiza la propiedad o la libertad de actuación que protege la prohibición de las coacciones no son objetos físicos, pero sin embargo son parte de la realidad empírica (...) Del mismo modo, tampoco son objetos físicos las instituciones estatales, como la administración de justicia o el sistema monetario u otros bienes jurídicos de la comunidad, pero sí son realidades necesarias para la vida, cuya lesión puede perjudicar de forma duradera la capacidad de prestación de la sociedad y la vida de los ciudadanos” (ROXIN, CLAUS, “*Fundamentos político criminales del derecho penal*”, págs. 123 y 124)

<sup>295</sup>Conf. ROXIN, CLAUS, “*El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*”, ya citado, pág. 01:5.

que se basen en simples finalidades; d) las que criminalicen conforme a pautas morales; e) involucren supuestas lesiones a la dignidad; e) estén orientadas a la protección de ciertos sentimientos que no se encuentran bajo amenaza; f) aquellas que repriman autolesiones conscientes, su posibilidad o favorecimiento; g) las leyes penales simbólicas<sup>296</sup>. En suma “*las normas penales son ilegítimas cuando tienen como objeto un comportamiento que no afecte al libre desarrollo del individuo ni a sus presupuestos sociales*”<sup>297</sup>.

En el ámbito del pensamiento penal latinoamericano, destaca la visión crítica de Zaffaroni; que concibe al bien jurídico como herramienta indispensable para imponer frenos al *ius puniendi* estatal. Considera que el rol sancionador del estado no es otra cosa que un instrumento de canalización de la venganza que constantemente va a ejercer presiones para expandirse hacia el desborde cercano a la *masacre*. Ello no responde a la voluntad de quienes detentan transitoriamente el poder represivo, sino que es consecuente con una tendencia natural que le es propia y que, irremediamente, se orienta en ese sentido. Detenciones sin proceso, desaparición forzada de personas, ejecuciones “legales”, aplicación de vejaciones y apremios ilegales son, a su entender, ejemplos claros de esta inclinación.

Son manifestaciones de un modelo ideal de estado de policía (autoritario, totalitario, de sometimiento a la voluntad de quien manda), el cual se halla en una relación de permanente dialéctica con el modelo ideal de estado de derecho (de sometimiento igualitario a la ley); que pugna por contenerlo. La síntesis de estas pulsiones da como resultado un poder punitivo más o menos controlado, según la inclinación hacia uno u otro modelo ideal, pero nunca ausente (que sería igual a hablar de la abolición del aparato represivo, impensado en el estado actual de la sociedad y la cultura). El saber penal tiene un rol preponderante en esta intermediación, pues es el encargado de trazar el programa de contención jurídica del *ius puniendi*; actuando como un *dique* que discrimine y permita el pasaje de los aspectos más racionales de la represión, dejando fuera todo lo que suponga aplicación inmotivada e infundada del castigo<sup>298</sup>.

Define un derecho penal fragmentario, discontinuo y de *ultima ratio*, cuya intervención se ve legitimada en la medida en que opere selectivamente a la hora de disponer de la coacción estatal; individualizando algunas acciones que planteen conflictos no solucionables por otras vías institucionales. El principio de lesividad cobra capital relevancia en tal esquema, y ligado a éste reposa la idea de bien jurídico; aunque ello no es igual a sostener que el derecho penal lo protege o tutela, puesto que –para esta visión– supondría asignar al derecho sancionador una eficacia

---

<sup>296</sup>Conf. NIÑO, LUIS F., “*El bien jurídico como referencia garantista*”, ya citado, págs. 39 y 40.

<sup>297</sup>ROXIN, CLAUS, “*El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*”, ya citado, pág. 01:5.

<sup>298</sup>Al respecto, ver ZAFFARONI, EUGENIO R., “*La palabra de los muertos – Conferencias de Criminología Cautelar*”, ya citado, pág. 501 y sgtes.

constitutiva y preventiva que no posee y, al mismo tiempo, generaría el efecto indeseable de usar al bien jurídico como base de legitimación antes que como criterio limitativo<sup>299</sup>.

A efectos de superar tales escollos interpretativos, el autor introduce la idea de *bien jurídico afectado*; interpretando que todo bien jurídico supone una relación de disponibilidad del sujeto respecto de determinados objetos, que viene siendo reconocida por las distintas ramas del ordenamiento jurídico, cuya ofensa (por lesión o por peligro) coarta –precisamente- la posibilidad de hacer uso de aquéllos. Entonces, el derecho penal recibe al bien jurídico ya tutelado por el derecho no punitivo, y su función se reduce a establecer qué formas particulares de afectación interesan a efectos de la prohibición.

En suma “(s)ólo cuando tal relación de disponibilidad del sujeto sobre determinados objetos, reconocida y tutelada por la Constitución, el derecho internacional o cualquier otra rama del ordenamiento, resultare afectada de cierto modo particular y esa afectación se hallara individualizada en la normativa penal, eminentemente fragmentaria y discontinua, ella será el elemento a computar por el intérprete de la ley penal –juez u hombre de doctrina- frente a los casos que proporciona la realidad social”<sup>300</sup>. El concepto limitativo del bien jurídico, así, no hace una legitimación apriorística del poder represivo, sino que le exige una ofensa como presupuesto ineludible de operatividad; en clara consonancia con los mandatos de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional.

Entre los autores latinoamericanos que defienden la dimensión garantista del bien jurídico también puede contarse a Alberto Silva Franco, quien comulga con su rol limitador del *ius puniendi* y sostiene que para alcanzar este nivel crítico es necesario imprimirle una óptica netamente personalista (subordinada al desarrollo personal del individuo) que oriente un doble orden de lectura, comprensiva tanto de la dimensión material del bien jurídico como de la imprescindible nota común de lesividad. En un sentido concurrente, Juárez Tavares lo conceptúa como un valor preferencial y condicionante de la norma, dada su calidad de elemento inherente a la condición de sujeto y a su proyección social; rechazando que las funciones del estado puedan acceder a esta categoría y manifestándose receloso de la protección simbólica de bienes colectivos, incompatibles con la impronta personalista que se le debe imprimir a esta noción<sup>301</sup>.

---

<sup>299</sup>Sobre la vinculación entre bien jurídico y poder punitivo, el autor tiene dicho que “(l)os bienes jurídicos están tutelados por otras ramas del derecho: la vida, el honor, la libertad, la salud, el estado, etc., son bienes jurídicos conforme al derecho constitucional, internacional, civil, administrativo, etc. La ley penal selecciona algunas conductas que los lesionan y a tipificarlas. En modo algún con ello los protege o tutela. Aunque la ley penal no existiese, los bienes jurídicos seguirían siendo tales. El concepto de bien jurídico tutelado por el poder punitivo es falso. En la mayoría de los casos el poder punitivo, en el plano de la realidad, poco o nada tutela a los bienes jurídicos y, en el plano jurídico, tampoco los crea. Por ello, la idea penal de bien jurídico tutelado es incompatible con el carácter sancionador” (ZAFFARONI, EUGENIO R. – ALAGIA, ALEJANDRO – SLOKAR, ALEJANDRO, “Manual de Derecho Penal”, ya citado, pág. 372).

<sup>300</sup>NIÑO, LUIS F., “El bien jurídico como referencia garantista”, ya citado, pág. 55.

<sup>301</sup>NIÑO, LUIS F., “El bien jurídico como referencia garantista”, ya citado, págs. 61 y 62.

También merece ser destacada la postura de José Hurtado Pozo, que aboga por la adopción de un concepto esencialmente material de bien jurídico, interpretando que se trata de una condición iusnaturalista basal para la protección jurídico penal; de modo que toda ley penal hallará justificativo siempre que asegure determinados presupuestos para la vida en común y no en la sola imposición arbitraria del legislador en la determinación de los ámbitos que ameritan resguardo. A su vez, Álvaro Pérez Pinzón desplaza la concepción de delito como violación al deber de fidelidad a la norma en favor de la idea de ofensividad; imprimiéndole una óptica realista a la tutela del bien jurídico que la aleja de concepciones sacralizadas, propias de sistemas totalitaristas. A una conclusión análoga arriba Felipe Villavivencio Terreros, puntualizando en este sentido que toda norma tiene un sentido deontológico (deber) y que todo valor comulga con un sentido teleológico (la idea de finalidad), de modo que el bien jurídico, en tanto expresión de valor, mal podría identificarse con la norma; pues resultaría contradictorio<sup>302</sup>.

El somero repaso propuesto en el capítulo permite advertir que la conceptualización, identificación y demarcación del concepto de bien jurídico es un tema sobre el cual se dista del acuerdo. Aquéllas teorías que ponen el acento en las características del objeto de protección para delimitar la noción son criticadas por no ofrecer criterios seguros a la hora de incorporar pautas o circunstancias emergentes de la realidad social; es decir, no responden si todo lo que la ley penal ampara es un bien jurídico o bien si las normas de comportamiento se sancionan como tales<sup>303</sup>. Es claro también que la identificación del bien jurídico con creencias políticas o morales, doctrinas religiosas, ideologías o meros sentimientos, propia de regímenes totalitarios, es objetable en tanto supone una renuncia al daño como presupuesto de legitimación de la norma penal y, como consecuencia necesaria, favorece un incontrolable expansionismo del poder punitivo; al no encontrarse éste encorsetado por ningún concepto político criminal preciso.

Por su parte, la tesis que defiende al deber de fidelidad a la norma como idea directriz de la criminalización (y propone la reducción del bien jurídico al rol de pauta interpretativa) ha sido objeto de duros cuestionamientos, asociados a que propone un programa normativo sobredimensionado y carente de una teleología que cohesione sus leyes; de modo que termina ofreciendo una protección penal desprovista de sentido<sup>304</sup>. En igual sentido, a todos los esfuerzos teóricos que detectan en el bien jurídico sólo una función intrasistemática se les achaca retacear el carácter crítico de la legislación a que el concepto puede aspirar; mientras que los postulados

---

<sup>302</sup>Ídem al anterior, págs. 62 a 64.

<sup>303</sup>Esta problemática es detectada en STRATENWERTH, GÜNTER, ob. cit., págs. 3 y 4.

<sup>304</sup>Sobre las desventajas latentes del modelo propuesto por el funcionalismo sistémico, se ha observado que *“mientras que el concepto político-criminal de bien jurídico hace depender la legitimidad de una norma penal de que sirva a la protección de valores merecedores de protección, la concepción de Jakobs en cierto modo invierte este punto de partida y convierte la norma per se en un objeto legítimo de protección: de instrumento, que ha de ser legitimado por su fin, la norma pasa a ser un fin legitimador por sí mismo”* (ROXIN, CLAUS, *“El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”*, ya citado, pág. 01:4).

extrasistemáticos, que se estructuran alrededor de un concepto previo y universal de bien jurídico (contractualista, liberal), son blanco de cuestionamientos al serles endilgada la imposibilidad de explicar acabadamente cuáles bienes deben ser protegidos por la ley penal y porqué en algunos casos es permisible que dicha protección ceda<sup>305</sup>.

Por todo lo que viene siendo dicho, se advierte que las críticas cruzadas hacen del criterio seleccionado un artículo de fe, en tanto *“(a)cerca de qué sea un bien jurídico hay tantas y tan distintas opiniones que sólo se puede discutir con sentido sobre este tema si previamente se aclara qué es lo que uno mismo entiende por bien jurídico y de dónde infiere la limitación del Derecho penal a la protección de los bienes jurídicos”*<sup>306</sup>. Con conciencia de este grado de provisionalidad, el desarrollo subsecuente estará orientado a acercar una toma de posición; necesario punto de partida a la hora de encarar el interrogante acerca de si la Ley 12.331 ofrece cobertura a una realidad meritoria de intervención.

### **C) SOBRE LA CONCEPCIÓN DE BIEN JURÍDICO QUE DEFIENDE ESTE TRABAJO:**

Considero necesario comenzar estas reflexiones tomando como referencia algunas palabras de Ferrajoli; quien entiende que el valor de la teoría del bien jurídico no redunda en una eficacia legitimante de la prohibición penal, sino que –por el contrario- reside en su capacidad de ofrecer pautas negativas de ausencia de justificación. A su modo de ver, es en vano pretender una definición de bien jurídico que abarque, en su plenitud, la constelación situacional con la que el poder punitivo está llamado a interactuar.

Las conceptualizaciones amplias terminan por asilarse de sus referentes empíricos (al acudir a fórmulas de difícil delimitación, como el valor intrínseco del derecho o la voluntad del legislador) y terminan por desdibujar el rol garante que justificaría la prohibición penal. Asimismo, los significados estrechos (asociados a la inmanencia del objeto a ser resguardado por la norma) se muestran incapaces de ofrecer respuestas consistentes al interrogante de si hay justificativo en la prohibición penal de intereses colectivos. Por tanto, el bien jurídico no puede ser empleado como parámetro para dilucidar si una norma represiva es o no justa para proteger determinado interés.

Sí, en cambio, resulta trascendental como valor indiciario para determinar cuándo la prohibición tiene escasa o nula justificación; en función de que, por su intermedio, resulta posible identificar supuestos de ausencia de afectación o de afectación insignificante, merituar la proporcionalidad en la respuesta punitiva, evaluar la factibilidad de lograr la protección por otras vías o bien

---

<sup>305</sup>Para mayores referencias sobre las observaciones críticas a estos modelos, se recomienda la lectura de STRATENWERTH, GÜNTER, ob. cit., pág. 4 y sigs. y DONNA, EDGARDO A., ob. cit., págs. 127 a 136.

<sup>306</sup>ROXIN, CLAUDIUS, *“Fundamentos político criminales del derecho penal”*, ya citado, pág. 122.

justipreciar la idoneidad de la norma para una tutela eficaz. Así, para el autor “(...) esto es *todo lo que se pide a la categoría del bien jurídico, cuya función de límite o garantía consiste precisamente en el hecho de que la lesión de un bien debe ser condición necesaria, aunque nunca suficiente, para justificar su prohibición y punición como delito*”<sup>307</sup>.

Estas cavilaciones conminan a conceder al bien jurídico una función extrasistemática en clave crítica, orientada a imponer al legislador penal sucesivas limitaciones destinadas a demarcar qué ámbitos de intervención le son vedados. En otras palabras, su utilidad radica en suministrar -por exclusión- unas cuantas coordenadas al estado acerca de lo que puede prohibir y sancionar por intermedio del derecho penal. Para ello, es preciso ubicarlo dentro de un modelo de estado liberal, que permita la intervención punitiva al solo efecto de proteger aquellas condiciones reputadas esenciales para el ejercicio de la libertad individual en la vida societaria<sup>308</sup>.

Ahora bien, huelga señalar que esta intelección de bien jurídico, si bien parte del mayor respeto por la autonomía individual, se aparta de las representaciones iusnaturalistas propias de los primeros referentes teóricos; en virtud de sus comprobadas deficiencias explicativas para incluir ciertas prerrogativas de incidencia colectiva y para asir la problemática derivada de la dinámica del tráfico jurídico (que cotidianamente involucra la destrucción de objetos amparados por el concepto de bien jurídico). Entonces, tomando como punto de partida al individuo y su ámbito de libertad, el concepto de bien jurídico que se propone comprende a *aquellas condiciones que, de manera mediata o inmediata, aseguran la adecuada práctica de la autonomía individual, dentro de los distintos ámbitos en que la vida en sociedad se descompone*.

Esta interpretación requiere de algunas precisiones. Por un lado, la toma de posición no implica asumir que al poder punitivo le corresponda una intervención directa en estas esferas; sino que le asigna un papel subsidiario de otras disciplinas del derecho y de *última ratio*, es decir, frente a presupuestos conflictivos puntuales que no resultan solucionables por ninguna otra vía normativa. Ello se vincula directamente con los postulados de Zaffaroni sobre la tutela del bien jurídico: las condiciones que hacen a su ejercicio particular, a su alcance durante la interacción social, en definitiva, a su constitución y reconocimiento, son materia privativa de las otras ramas que conforman el ordenamiento jurídico (civil y comercial, administrativo, societario, laboral,

---

<sup>307</sup>FERRAJOLI, LUIGI, ob. cit. pág. 471.

<sup>308</sup>La manualística elemental en materia de derecho constitucional que los postulados básicos del liberalismo, como doctrina filosófica y política, descansa en una serie de postulados elementales: 1) el individuo es un ser autónomo, racional, motor de la actividad estatal; 2) el fin individual del estado es la preservación de los derechos individuales; 3) su valor supremo es la libertad; 4) se sostiene una teoría negativa del poder: la no interferencia del estado en la vida social y económica (tesis que se vería atenuada con el tiempo, al admitirse una participación estadual para mitigar las desigualdades sociales); 5) creencia en la autoridad impersonal de la ley; 6) existencia de derechos naturales anteriores al estado y necesidad de la división de poderes como garantía de las libertades reconocidas (conf. AMAYA, JORGE A., “Control de constitucionalidad”, segunda edición, editorial Astrea, Buenos Aires, año 2015, pág. 33).

etcétera); mientras que el derecho sancionador recibe el bien jurídico ya tutelado y su función se circunscribe a actuar frente a particulares supuestos de conflictividad.

La protección del valor proviene de otras áreas del ordenamiento, y la noción de bien jurídico – así entendida- explica cuáles son aquellas expectativas sociales que, ante una agresión no tolerada por ningún ámbito no penal, exhiben capacidad de resistencia y se mantienen intactas<sup>309</sup>. De este modo, se sortea aquella trampa ideológica sobre la que advierte Zaffaroni, puesto que negando al derecho penal un rol de tutela de bienes jurídicos se desestima la eficacia preventiva que algunos autores han sabido adjudicarle; evitando de este modo que la teoría sea empleada como presupuesto de legitimación positiva del poder punitivo (es decir, para favorecer su expansionismo)<sup>310</sup>.

También cabe puntualizar que, en respeto por el principio constitucional de lesividad, esta forma de definir el bien jurídico asume que el poder punitivo sólo está llamado a interceder en ciertas conflictividades que suponen su afectación por destrucción -total o parcial- inutilización o puesta en peligro. Se estima que el anclaje a la cláusula es sumamente valioso para lograr el pretendido efecto de legitimación por exclusión: desde el prisma del bien jurídico, la pena no será legítima a menos que opere sobre un ataque a condiciones esenciales para la autodeterminación del individuo. Solo así es posible reducir la violencia y la arbitrariedad en el ejercicio del poder punitivo a márgenes que resulten tolerables para un estado de derecho.

Precisando el contenido de la definición, cabe referir que alcanza a todo valor indispensable para el desarrollo de la vida en su individualidad y en su faz social; comprensivo de los intereses, objetos, estados y funciones vinculados al individuo. Abarca no sólo los atributos de la persona en su calidad de tal, sino también intereses de naturaleza supraindividual; que contribuyen indirectamente al mantenimiento de ciertos espacios de libertad en la vida de relación del individuo. En suma, incluye tanto bienes concretos o de existencia real (vida, salud, integridad física, etcétera), como abstractos, normativos o ideales (administración pública, fe pública, honor,

---

<sup>309</sup>Conf. DONNA, EDGARDO A., ob. cit., pág. 121.

<sup>310</sup>Sancinetti, si bien tiene una visión crítica sobre la teoría del bien jurídico que no se comparte en este desarrollo, ofrece algunas consideraciones interesantes acerca del pretendido rol de protección como fundamento legitimante del poder punitivo; en línea con la idea de peligro que aquí se advierte: *“(d)icha doctrina, que tiene un origen pretendidamente liberal y garantista, lleva en ciernes el riesgo de acuñar un derecho penal exorbitante; pues, para quien parta de la base de que la norma penal produce protección, no habrá nada de irrazonable en construir un derecho penal drástico, sino todo lo contrario: la pérdida de punición se pondrá en una ecuación de equivalencia con la pérdida de protección, de seguridad, del mismo modo que se medir un descenso en el producto bruto interno. Esto es lo que explica que ante el hecho consumado de la comisión de un nuevo delito, incluso tras una flamante reforma penal que hubiera aumentado la pena del delito respectivo, no haya otra idea reformista más novedosa que incrementar nuevamente la escala penal, porque se presupone que todavía no se ha dado con el grosor del vidrio que pueda producir la protección suficiente”* (SANCINETTI, MARCELO, *“Casos de derecho penal. Parte General - Vol. 1”*, tercera edición, editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2005, pág. 40).

patrimonio, etcétera)<sup>311</sup>. Así, una concepción de bien jurídico centrado en el respeto por la autodeterminación del individuo conduce irremisiblemente a la secularización del derecho penal y a la prohibición de erigir infracciones conforme a modelos de conducta moral individual<sup>312</sup>.

Paralelamente, se le concede un valor igualmente significativo a nivel intrasistemático, como mandato hermenéutico que refuerza el control de racionalidad de la ley penal; en tanto otorga al juez herramientas teóricas para dar contornos precisos a los tipos penales, excluyendo responsabilidades penales derivadas de comportamientos prohibidos sin lesión o peligro, o que supongan un ataque jurídicamente permisible.

Recurrente en el ámbito de la teoría del delito, la noción de bien jurídico se emplea en la esfera de la tipicidad para distinguir entre delitos de lesión y de peligro; y, para el caso de que se opte por el análisis del delito en base al modelo teórico de Zaffaroni, cobra una relevancia adicional para dilucidar si media una afectación que satisfaga las exigencias de la tipicidad conglobante<sup>313</sup>.

---

<sup>311</sup> Criterios extraídos de TAVARES, JUAREZ E. X., ob. cit., págs. 47 y 48.

<sup>312</sup> Sin perjuicio de lo que será desarrollado a continuación, conviene señalar que Zaffaroni, en esta línea de pensamiento, indica que -como consecuencia del principio de ofensividad- el estado no puede imponer una moral individual, por imperio del art. 19 de la Constitución Nacional, en función de lo cual “*no es admisible la moral como bien jurídico; por el contrario, el ámbito de autonomía moral es, sin duda, un bien jurídico protegido constitucional e internacionalmente*” (ZAFFARONI, EUGENIO R. – ALAGIA, ALEJANDRO – SLOKAR, ALEJANDRO, ob. cit., pág. 374).

En análogo sentido, se ha dicho que “*(e)n una sociedad libre, la indignación moral es problema de cada cual pues el conflicto empíricamente constatable no puede resolverse en detrimento de la libertad del sujeto disidente. En consecuencia, a la libertad jurídica pertenece también la necesidad de aceptar como permitidas jurídicamente aquellas conformaciones de la vida ajena aun cuando parezcan inaceptables moralmente a la mayoría, dado que un Derecho basado en la libertad tiene como elemento constitutivo el reconocimiento de la libertad ajena*”. Al respecto, ver MURMANN, UWE, “*¿Función crítica del concepto de bien jurídico versus Constitución?*”, en “*Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. Revista de la Segunda y Tercera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal Alemana. Serie CEDPAL*” (AMBOS, KAI / BÖHM, MARÍA LAURA / ZULUAGA, JOHN, eds.), editorial Göttingen University Press, Göttingen, año 2016, pág. 102.

<sup>313</sup> Sabido es que, a la clásica distinción entre tipicidad objetiva y subjetiva, Zaffaroni añade una subclasificación respecto de la primera categoría, hablando de tipo objetivo sistemático y de tipo objetivo conglobado. Uno tiene en consideración los elementos configurativos de la norma aplicable, aisladamente considerada (destaca la existencia del pragma o supuesto de hecho conflictivo), en tanto el otro tiene por función dilucidar el verdadero alcance prohibitivo de la norma aplicable, en su relación con otras esferas del universo normativo (una valoración conglobada del tipo penal, que permitirá verificar que el pragma genere un espacio problemático, ante la ausencia de otras disposiciones que vengán a recortar o limitar el alcance prohibitivo de aquél). En definitiva, la tipicidad conglobante es un constructo teórico que parte de “*(...) la necesidad de que el concepto de tipo brinde las herramientas como para excluir del proceso de subsunción aquellas conductas que cumple con el requisito de una hermenéutica gramatical, pero que por diferentes razones no ofrecen conflictividad y, de este modo, cumple con la finalidad reductora propia de una buena política criminal*”. La tipicidad conglobante viene a cumplir una función normativa, orientada a confirmar la conflictividad planteada inicialmente por la violación a una prohibición legal. Así, mientras la función sistemática del tipo importa un juicio de compatibilidad entre hecho y norma, la función conglobante se encargará de demostrar (conjugando la ley individualizada con el orden normativo que le es propio, compuesto por otras prohibiciones, preceptos y permisos) que existe una significativa ofensa a un bien jurídico ajeno, no avalada por algún deber jurídico, o situación de fomento o consentimiento por parte del afectado, que implique la realización de un riesgo prohibido (Conf. ZAFFARONI, EUGENIO R. – ALAGIA, ALEJANDRO – SLOKAR, ALEJANDRO, ob. cit., págs. 376 y 377).

Asimismo, en los planos de la antijuridicidad y de culpabilidad, en tanto algunos de sus supuestos exigen una evaluación de bienes jurídicos en colisión (legítima defensa, estado de necesidad justificante y exculpante), la referencia es ciertamente ineludible.

En definitiva, la explicación ensayada concibe al delito como una ofensa al valor otorgado al acceso de aquellas condiciones que garantizan la autodeterminación individual. Si bien se centra en la persona y sus intereses, no comulga con una idea puramente naturalista, como tampoco adscribe a un derecho solo de deberes jurídicos, éticos, o de funciones; puesto que, en obediencia a los mandatos constitucionales, propone la delimitación del ámbito de lo punible a lo estrictamente necesario para asegurar aquellas condiciones. La propuesta, a igual tiempo, acerca una intelección dinámica del bien jurídico, de permanente revisión sobre qué categorías lo componen, al compás de los cambios que puedan llegar a suscitarse en la estructura constitucional y, sobre todo, en las relaciones sociales.

Se estima que esta posición, al partir de un concepto material, tiene la ventaja de permitir graduar y cuantificar el perjuicio, diferenciar entre supuestos de lesión y de puesta en peligro y, en definitiva, discernir si la forma de ataque reglada es idónea para generar un daño en el bien jurídico; distinciones conceptuales indispensables para acercar una mirada crítica a cualquier manifestación de *inflacionismo penal*, como el incremento de delitos sin daño (ej: ofensas a la moral pública<sup>314</sup>), el aumento de delitos de bagatela o de mera desobediencia, el empleo de términos vagos o valorativos para designar los bienes tutelados, la proliferación de delitos de peligro abstracto o presunto (en lejana conexión con el resultado lesivo) y la penalización de conductas auto lesivas (embriaguez, consumo de estupefacientes)<sup>315</sup>.

---

<sup>314</sup>Tal y como viene siendo dicho, mientras que la moral privada no puede erigirse como bien jurídico, es dable aceptar la configuración de infracciones contra la moral pública, aunque ésta no debe ni puede encontrarse exenta de criterios limitativos, pues como bien se ha dicho: “(e)n lo que concierne a los hechos contra la moralidad pública y las buenas costumbres, a entenderse de manera más reductiva en el sentido de la moral sexual, el canon de la tutela subsidiaria de los bienes jurídicos (...) exige ante todo la reconducción de las hipótesis de delito a un objeto de tutela en cuya defensa pueda ponerse un apoyo penalista (...) Ello implica, entonces, la desvinculación de un concepto genérico de buenas costumbres, que no está en condiciones de proporcionar una explicación en términos de ofensividad de las conductas, a la luz de los parámetros normativos de evaluación del estado social de derecho.” (MOCCIA, SERGIO, “El derecho penal entre ser y valor”, en colección “Maestros del Derecho Penal, N° 10”, editorial B de F, Buenos Aires, año 2003, págs. 229 y 230).

<sup>315</sup>En un sentido análogo, Zaffaroni advierte sobre las proyecciones que puede llegar a tener este fenómeno de expansión del poder punitivo en caso de pervertirse la función limitativa del bien jurídico: “(e)l derecho penal autoritario trata de desentenderse del bien jurídico lesionado (a) reduciendo todos los bienes jurídicos a uno (el estado, la sociedad, la nación, el sistema); (b) otras veces niega el concepto mismo, pretendiendo que el delito es pura violación del deber, con lo cual también llega a un único bien jurídico (el derecho del estado a la obediencia); (c) en otros caso apela a la ya mencionada alquimia de transformarlo en bien jurídico tutelado o protegido; (e) válido de los mismos conceptos inventa tipos penales que adelantan la consumación hasta los actos preparatorios, con lo cual se puede penar cualquier conducta por inofensiva que sea, con tal que sea sospechosa para el estado, clonando artificialmente los bienes jurídicos; f) también han inventado la universalización de la conducta: la conducta no es lesiva, pero su eventual universalización lo sería (si todos fumamos marihuana, si todos orinamos en el río, etc.); no hay ninguna conducta que si se

#### D) ACERCA DE LAS POSIBLES AFECTACIONES AL BIEN JURÍDICO - DELITOS DE LESIÓN Y DE PELIGRO:

Tal y como fuera antes dicho, partiendo de una concepción del bien jurídico que cuente con cierto basamento ontológico es posible trazar un distinguo entre los grados de ofensa que tornan aceptable una respuesta por parte del poder punitivo; aserción que en modo alguno asume que la hermenéutica en la delimitación del momento consumativo esté exenta de controversias. Concederles el tratamiento a que son acreedoras trasvasa los propósitos fijados en este trabajo, aunque de todos modos se estima valioso incluir algunas menciones y reflexiones sobre el estado de la cuestión; a efectos de completar el apartado teórico idóneo para precisar si los valores que individualiza el art. 17 de la Ley 12.331 y el marco de indemnidad con que los reviste guardan correspondencia con los roles (intra y extrasistemáticos) asignados al bien jurídico en un estado de derecho.

La primera distinción que cabe formular a este respecto, si bien elemental, es entre los delitos de lesión y de peligro. En la primer categoría se agrupan aquellos tipos penales que contemplan como condición de operatividad la existencia de un perjuicio al bien jurídico allí individualizado; sea que la redacción contemple la causación de la consecuencia perjudicial (delitos de resultado) o bien que se centre en la actuación infractora (delitos de pura actividad)<sup>316</sup>. En efecto, si los

---

*universalizase y todos la practicásemos continuamente no destruiría la convivencia”* (ZAFFARONI, EUGENIO R. – ALAGIA, ALEJANDRO – SLOKAR, ALEJANDRO, ob. cit., pág. 112).

<sup>316</sup>Complementando lo expuesto, cabe indicar que tradicionalmente se entiende que *“(l)a tipicidad de una acción respecto del tipo penal de un delito de resultado requiere la comprobación de que el resultado típico se encuentra en una relación tal con respecto a aquélla, que permite afirmar que es la concreción de la mismas; que es –en otras palabras- producto de ella. De lo dicho se deduce que en los delitos de actividad este problema no se presenta: por ejemplo, en la injuria no se requiere un resultado material y, por lo tanto, la cuestión de la relación entre la acción y el resultado no puede presentarse”* (BACIGALUPO, ENRIQUE, *“Derecho Penal. Parte General”*, segunda edición, editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2014, pág. 255). Zaffaroni, por su parte, niega rotundamente que en el delito de pura actividad no haya resultado. En sus propias palabras: *“(e)l tipo penal exige siempre que haya una conducta exteriorizada, para lo cual la individualiza valiéndose de las palabras que en el lenguaje corriente sirven para señalar conductas: los verbos. De toda forma, es inevitable que cualquier conducta que se exteriorice produzca una mutación en el mundo. Si bien esto es una obviedad, lo cierto es que dio lugar a infinitas discusiones en la doctrina penal, que continúan hasta el presente (...) La confusión proviene de que: (a) Algunos tipos objetivos exigen un resultado o mutación del mundo bien precisa y determinada (así, no hay homicidio si no hay un muerto). Suele llamárselos tipos de resultado material, aunque en realidad son tipos que individualizan el resultado (b) Pero hay otros tipos objetivos que se limitan a describir la conducta, cualquiera sea la mutación del mundo que cause, en el entendimiento de que pueden ser muchas y todas capaces de lesionar el bien jurídico. La confusión se produce porque la doctrina llama a los últimos delitos de mera conducta, cuando en realidad el delito siempre tiene un resultado, nunca es una pura conducta, solo que hay tipos que únicamente describen la conducta, y dan por descontado que producirán algún resultado prima facie ofensivo a un bien jurídico. Si se quiere, serán tipos que solo describen la conducta, pero no delitos de mera conducta, porque estos últimos no existen (...) Para colmo hay una tercera categoría, poco observada, en que el tipo emplea un verbo resultativo (...), o sea, un verbo que implica siempre un resultado. En tal caso, ni siquiera se trata de tipos que no individualizan el resultado, sino que este está individualizado en el propio verbo que identifica la conducta. Cuando en el tercer párrafo del art. 119 CP se dice *hubiere acceso carnal,**

bienes se entienden como características de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo individual en un estado de derecho, su valor reside en posibilitar alguna manifestación dentro de ese marco de autonomía individual. Y tal valor puede sufrir menoscabo, ya sea por alteración de la sustancia en que éste se afina (por destrucción, disminución o transformación) o bien en función de un quiebre en la disponibilidad (por sustracción, por condicionamientos a las posibilidades de uso del bien); de modos –claro está- que no son autorizados por el orden normativo circundante<sup>317</sup>.

El segundo grupo está conformado por aquellos delitos que reprimen la conducta de quien, superando los límites del riesgo tolerado por la actividad de que se trate, pone en peligro la continuidad del valor (individual o colectivo) que la norma selecciona como detonante de la reacción penal. Si bien no se la comparte en su plenitud, una aproximación a los fundamentos de esta distinción sugiere que *“(e)n ocasiones el bien jurídico demanda una protección mayor, preservándolo no sólo del daño sino de la posibilidad o probabilidad de que se lo dañe. Se amuralla no sólo el bien jurídico sino el campo que lo rodea (se prevé el peligro) de toda acción que puede llegar a dañarlo”*<sup>318</sup>.

Los tipos de peligro, a su vez, pueden revestir dos modalidades:

a) casos de *peligro concreto*, que se suscitan cuando, de acuerdo con la descripción legal, la consumación del delito supone poner al bien bajo una real y concreta amenaza (ej: el abandono de personas, previsto y reprimido por el art. 106 del CP). En otras palabras, el peligro tiene que manifestarse de una forma tangible, de modo tal que depende de la casualidad que el daño se materialice o no<sup>319</sup>;

b) casos de *peligro abstracto*, en los que el tipo penal individualiza un obrar que, por su sola comisión, representa un peligro de acuerdo con la experiencia general (ej: el envenenamiento o adulteración, de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas, estipulado en el art. 200 CP)<sup>320</sup>. En estos supuestos, se penan conductas generalmente consideradas

---

*en esa expresión está implícito el resultado. Es por completo absurdo considerar que la violación es un delito de mera conducta o sin resultado; si alguna duda cabe al respecto, sería oportuno preguntarlo a la víctima. Precisamente, se trata de un tipo con un resultado muy preciso, solo que inseparable de la conducta del agente. Lo mismo sucede en el tipo de violación de domicilio (art. 150 CP), pues el resultado (la mutación del mundo) está dado ya con entrar en morada o casa de negocio ajena”* (ZAFFARONI, EUGENIO R., *“Lineamientos de derecho penal”*, editorial Ediar, Buenos Aires, año 2020, págs. 129 y 130).

<sup>317</sup>Conf. KINHÄUSER, URS, *“Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”*, en *“Ciencias criminales en Alemania desde una perspectiva comparada e internacional. Revista de la Cuarta Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal Alemana. Serie CEDPAL Vol. 2.”* (AMBOS, KAI, ed.), editorial Göttingen University Press, Göttingen, año 2018, pág. 61.

<sup>318</sup>MORAS MOM, JORGE, *“Toxicomanía y delito”*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 1976, pág. 24.

<sup>319</sup>Conf. HILGENDORF, ERIC – VALERIUS, BRIAN *“Derecho Penal. Parte General”*, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2017, pág. 18.

<sup>320</sup>Conf. RIGHI, ESTEBAN, ob. cit., pág. 163.

peligrosas porque el riesgo que ellas traen aparejado sería lo suficientemente alto como para considerárselas dignas de reproche<sup>321</sup>.

Este último presupuesto de peligro, que como puede advertirse se encuentra en una muy distante conexión con la lesión, puede definirse primariamente del siguiente modo: *“(e)l que no requiere para configurarse, que se produzca un peligro concreto respecto del bien jurídico protegido, siendo suficiente que se presenten los hechos que la ley presume abstractamente como creando un peligro respecto de ese bien jurídico”*<sup>322</sup>.

En otras palabras, el delito de peligro: *“(r)eviste dos formas: abstracta y concreta: a) en oportunidad en que, según lo que de corriente se observa, se dan situaciones, acciones o medios que son seguidos regularmente de los mismos efectos lesivos, se incriminan estos desencadenantes con abstracción de todo riesgo concreto. Hay una relación causal constante, sustentada en reglas de experiencia, que nos ofrece la vigencia de un peligro presunto; b) se requiere que algún bien jurídico haya corrido efectivamente el peligro. No basta cumplir la acción prevista por la norma, sino que es preciso que al medio empleado se le venga a sumar una real posibilidad de daño (...)”*<sup>323</sup>.

Desde otra perspectiva, la síntesis de los distinguos trazados indica que los bienes jurídicos: a) pueden ser modificados en su sustancia de tal suerte que se vean imposibilitados de cumplir con la función que les es propia, o bien no puedan cumplirla en condiciones de normalidad (lesión); b) pueden ser colocados en una situación tal que su eventual menoscabo depende exclusivamente de la casualidad, disminuyendo el interés en su utilización ante la falta de garantías sobre su subsistencia (peligro concreto); c) pueden ser colocados en un contexto en el que no están garantizadas las condiciones de seguridad necesarias para una disposición racional, lo que también derivará en una pérdida de valor para su titular (peligro abstracto)<sup>324</sup>.

Así las cosas, ocurre que *“(...) a través de los tipos de peligro el legislador exige ya no la lesión del bien, sino la mera puesta en peligro. En los casos de delitos de delito concreto el tipo penal hace una referencia expresa a ese peligro que se transforma así en un elemento esencial de la descripción de la conducta prohibida o mandada y con ello de necesaria comprobación en el caso. En los supuestos de peligro abstracto, la cualidad de peligrosa es presumida, para una clase de acciones por el propio legislador y con ello el peligro manifestado en el caso deja de ser una exigencia del proceso de subsunción”*<sup>325</sup>.

<sup>321</sup> Conf. Conf. HILGENDORF, ERIC – VALERIUS, BRIAN, ob. cit., pág. 18.

<sup>322</sup> OSSORIO, MANUEL, *“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”*, 27 edición, editorial Heliasta, Buenos Aires, año 2000, pág. 295.

<sup>323</sup> MORAS MOM, JORGE, ob. cit., págs. 25 y 26.

<sup>324</sup> Conf. KINHÄUSER, URS, ya citado, pág. 66.

<sup>325</sup> RUSCONI, MAXIMILIANO, *“Derecho penal. Parte General”*, segunda edición, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2009, pág. 368.

Zaffaroni interpreta que la creciente regulación de los delitos de peligro responde a las aparentes necesidades de una sociedad que, cada vez más tecnificada, genera riesgos en áreas de interacción donde éstos antes no existían<sup>326</sup>. Como consecuencia de esta política criminal que busca traer mayor “seguridad” a los bienes jurídicos, se adelanta el momento consumativo -es decir, de efectiva afectación- a etapas muy previas a la ocurrencia del resultado; detectando un especial problema en los llamados delitos de peligro abstracto, por interpretar que suponen tipicidad sin lesividad.

No lo persuaden de lo contrario los argumentos que apuntan a que media una presunción *juris et de jure* del peligro; por entender que este tipo de presuposiciones son inadmisibles en el derecho penal y que equivaldría a dar por supuesta una ofensa independientemente de su (para el autor, invariable) inexistencia. Menos conmovido se ve aun por la opinión de aquellos autores que detectan en estos casos un *peligro de peligro*, postura que –a su entender- no hace esfuerzos por disimular la remota conexión que hay entre conducta y lesión en estos casos. Remata su postura de rechazo hacia los delitos de peligro abstracto de manera categórica: “(p)or consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente, y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que solo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que, en estos últimos, siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real”<sup>327</sup>.

---

<sup>326</sup>Kindhäuser desarrolla la línea argumental cuestionada del siguiente modo: “(...) la vida en las sociedades industriales modernas implica una serie de riesgos cuyo dominio no solamente supera al individuo, sino que, además, conduce a inseguridades que apenas pueden ser dominadas por el conjunto de la sociedad. Progreso técnico y riesgos crecientes van de la mano y caracterizan la sociedad actual, desde una perspectiva sociológica, como sociedad del riesgo. El único instrumentario que tiene la posibilidad de poner en relación valorando las ventajas y desventajas de correr riesgos, así como conducirlos a cauces reguladores es el Derecho. De ahí que se invoque infaliblemente al Derecho penal cuando hay que asegurar mediante sanciones la observancia de los valores límite para los riesgos socialmente tolerados. A esto se añade que toda innovación técnica en el intercambio de bienes ofrece también la posibilidad de un abuso (...) La misma posibilidad de abuso alimenta los temores individuales y colectivos, los temores se apaciguan mediante la prevención y la necesidad de prevención se sacia mediante el recurso a las sanciones del Derecho penal. De esta manera, el Derecho penal se convierte, expresado en términos informales, en arma multiusos del aseguramiento social”. Al respecto, ver KINHÄUSER, URS, ob. cit., págs. 54 y 55.

<sup>327</sup>ZAFFARONI, EUGENIO R. – ALAGIA, ALEJANDRO – SLOKAR, ALEJANDRO, ob. cit., pág. 375. Considero acertado incluir en este punto algunas reflexiones adicionales de la obra que, a renglón seguido, advierten sobre el fenómeno de la proliferación de las figuras de riesgo y sobre su potencial para pervertir la eficacia de la ciencia jurídica como límite a la expansión punitiva: “(l)a creación de riesgos y, por ende, de ofensas artificiales, no sólo pretende presumir ofensas inexistentes, sino que inventa y clona bienes jurídicos: (a) se inventan bienes jurídicos cada vez que se menciona la seguridad, la paz general, el bien público, etc., que son el resultado del aseguramiento de todos los bienes jurídicos; (b) se clonan bienes jurídicos creando supuestos bienes jurídicos intermedios (cuya afectación es lesiva sólo por poner en peligro otros bienes jurídicos, como la falsedad documental), o sea que se tipifica un acto preparatorio de otra tipicidad y, para colmo, se habilita el poder punitivo también con la tentativa, con lo cual pretende tipificarse la tentativa de un acto previo a la tentativa (preparatorio). Estas artimañas autoritarias, por un lado ocultan una violación al art. 19 CN y, por otra, al dejar en un cono de sombra la determinación de la existencia del peligro como

Nestler hace análogas observaciones críticas al empleo de esta técnica legislativa, en tanto, con palabras nada elogiosas, observa que: *“(l)os delitos de peligro abstracto despiertan recelo no sólo porque renuncian al daño y a la prueba de causalidad, reduciendo de este modo considerablemente los presupuestos de la punición; su función dentro del derecho penal también es objeto de análisis y de crítica porque, como mínimo, despiertan una cierta sospecha de engaño, al aparentar una utilización mayor de la que en realidad pueden prestar”*<sup>328</sup>.

Ocurre que estos tipos penales delimitan una conducta peligrosa y asumen –sin margen de discusión alguno- que ésta coloca al bien jurídico en el umbral de la afectación, aun cuando la probabilidad de producción del resultado infausto sea remota; generando una real presunción en contra del autor. Tienen cierto punto de contacto con los llamados *actos preparatorios* (cuya punibilidad rechaza la dogmática penal, en razón del carácter equívoco de las conductas que el concepto engloba), en tanto en este supuesto también la acción desplegada por el agente es *per se* inocua; no obstante lo cual el legislador la define *ex ante* como peligrosa de forma general y, por ello, le asigna una consecuencia jurídica.

Por otra parte, la técnica legislativa empleada para la construcción de estas infracciones no consagra al riesgo como elemento de la figura, sino que éste se presenta como parámetro extratípico (de *“peligrosidad general”*, estadísticamente demostrada) que guía la intelección de las actividades y circunstancias legalmente contempladas. Además, el grado de imprecisión que presentan al individualizar el objeto de la reacción penal conspira contra la comprobación material de un injusto determinado, es decir, la satisfacción de la exigencia de lesividad es meramente estimativa. En palabras de Rusconi: *“(e)n esta forma de legislar ni es claro cuál es el bien jurídico que orienta la actividad legislativa, ni tampoco es claro ese bien como referencia de algún peligro o riesgo”*<sup>329</sup>.

Por tanto, no es aventurado sostener que el propósito del legislador al consagrar estas figuras no es otro que castigar la desobediencia a la norma; puesto que no reflejan una conflictividad distinta de la simple transgresión a presupuestos que contribuyen a asegurar la indemnidad del bien. Como ya se ha dicho, esta idea de fidelidad al derecho prescinde de por entero de la lesividad y por ello es que los delitos de peligro abstracto son duramente cuestionados por quienes asumen que el bien jurídico cumple una función deslegitimante y desconocen la eficacia preventiva del sistema penal.

Si bien se reconoce que la importancia de determinados valores justifica acrecentar el marco de reacción por afectación (evitando deliberadamente el término “protección”, inadecuado para la

---

*requisito típico, violan el principio que exige el máximo de precisión posible respecto de cualquier límite de prohibición –principio de máxima taxatividad–.*

<sup>328</sup> NESTLER, CORNELIUS *“El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”*, citado en DONNA, EDGARDO A., ob. cit., pág. 129.

<sup>329</sup> RUSCONI, MAXIMILIANO, ob. cit., pág. 139.

intelección de bien jurídico que defiende en el trabajo) y que, con dicho propósito, resultaría válido adelantar los límites de la punición, no por ello la legislación penal debe perder la tónica crítica y ceder a la tentación de criminalizar de manera autorreferencial. Para evitarlo, es preciso no apartarse de la idea rectora de que “(...) *la legitimación de la norma penal no se da por su sola creación, sino que responderá a su utilidad como fuente de protección de las necesidades esenciales del individuo para desenvolverse con libertad en el tráfico social*”<sup>330</sup> y, a partir de allí, disponer la adopción de figuras que contemplen supuestos de hecho conectados con situaciones en las que el bien jurídico se vea amenazado en términos reales (idea que, igualmente, se hace cargo de la provisionalidad del peligro, que por definición es *algo que no ocurre*).

Así, la proliferación de tipos penales de peligro abstracto, es decir, de figuras antirreglamentarias *a priori* riesgosas y prohibidas en función de una presunción *iuris et de iure*, tornan intangible la relación entre la conducta y la eventual producción de un resultado disvalioso; pues no ofrecen ninguna herramienta intelectual apta para elaborar juicios de verificabilidad y refutabilidad. Estas prácticas se asemejan más bien a las manifestaciones de un modelo funcionalista sistémico, en tanto –divorciadas del principio de lesividad- procuran garantizar el normal desarrollo del sistema social a través de la protección de la fidelidad a la norma, a través de la generación de figuras de mera desobediencia. De tal suerte, suponen un abuso del simbolismo del derecho penal que termina por desdibujar su rol fragmentario y de *ultima ratio*; toda vez que su base de legitimación reside esencialmente a su condición de norma y, así, se libera del lastre de la ofensividad como presupuesto de validez.

Entonces es claro que, en tanto los desarrollos precedentes defienden la importancia del concepto de bien jurídico como criterio de legitimación negativa del poder punitivo y destacan que ese rol solo puede satisfacerse en la medida en que exista un valor afectado, no puede menos que rechazarse la eficacia de los delitos de peligro abstracto para imponer prohibiciones legítimas, por estimarse que se alejan por entero de todos los parámetros ensayados.

#### **E) ADDENDA: SOBRE LA POSIBILIDAD DE INTEGRAR LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO AL DERECHO CONTRAVENCIONAL:**

El rodeo pretendido, como se verá, no es ocioso. Ocurre que se estima incompleto el análisis de la problemática generada a partir de la incorporación de los tipos penales de delito abstracto si solo nos detenemos en el simple pronunciamiento por su rechazo. Estas figuras existen y existirán con independencia de las opiniones en contrario de la doctrina, por lo que entiendo que caben algunas breves reflexiones sobre la posibilidad de reconducir con éxito esta conflictividad

---

<sup>330</sup>ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL, “Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?”, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2003, pág. 84.

a otras áreas del ordenamiento jurídico; adelantando mi opinión favorable a dicha solución, pues tal y como señala Roxin: “(e)l hecho de que no exista una lesión a un bien jurídico tampoco impide terminantemente que los estándares culturales comúnmente admitidos puedan ser protegidos mediante el derecho administrativo”<sup>331</sup>.

Corresponde dejar aclarado que la intelección que se hace de este último término involucra una asimilación al derecho contravencional, que supone una forma de ejercicio del poder de policía para organizar la vida en comunidad y, a efectos de cumplir con sus metas, comulga con axiomas del derecho administrativo y –a igual tiempo- participa de las características del derecho penal<sup>332</sup>. También es menester hacer la salvedad de que las observaciones que se harán a continuación conservarán una mirada esencialmente localista, atendiendo a que la distribución de poderes entre la nación y las provincias conforme al modelo federal (art. 75 inc. 12, 121 y cctes. CN) otorga un cariz particular al tema; al involucrar órdenes de administración de justicia procedentes de distintos estamentos de gobierno.

Retomando el hilo conductor, para encausar adecuadamente los planteamientos que conducen a adoptar aquella tesitura, es menester esbozar –en apretada síntesis- una distinción sobre cuáles son los ámbitos de incumbencia de cada una de estas esferas del derecho; cuestión que –bien vale decirlo- tampoco está del todo resuelta por la doctrina especializada. Con todo, se advierte una apremiante necesidad de arrimar un criterio diferenciador, especialmente para atender aquellos casos que aquí se detectan como problemáticos; puesto que, como bien advierte Rusconi: “la generación de tipos penales de peligro abstracto supone una forma de aniquilación del límite entre el derecho administrativo y el derecho penal, puesto que la mera realización de una acción antirreglamentaria es presupuesta iuris et de iure por el legislador como peligrosa y con ello directamente prohibida por el derecho penal”<sup>333</sup>.

Partiendo de un derecho penal de *ultima ratio* y fragmentario, es relativamente sencillo reconocer que su intervención frente a la afectación de bienes jurídicos tiene carácter subsidiario, pues resultando la más severa intromisión del estado, ésta debe hallarse reservada a conflictividades que no se puedan encausar por otras vías institucionales. Y no hay razones valederas para estimar que la existencia del derecho de las contravenciones venga a alterar la operatividad de

---

<sup>331</sup>ROXIN, CLAUS, “Fundamentos político criminales del derecho penal”, ya citado, pág. 135.

<sup>332</sup>Julio Maier auspicia esta concepción del derecho contravencional, aunque huelga señalar que su postura es valorativa antes que descriptiva, dado que se encuentra supeditada a que el sistema de administración de faltas se desentienda de la imposición de penas privativas de la libertad (vgr. el arresto); pues solo así el sistema de garantías (demasiado semejante al propio del derecho penal) se podrá volver lo suficientemente laxo como para responder con mayor eficiencia a las demandas del bienestar común (finalidad privativa de la administración del estado). Al respecto, ver MAIER, JULIO “El Derecho contravencional como Derecho administrativo sancionatorio”, artículo publicado en la sección de doctrina del sitio web de la asociación pensamiento penal, el día 16 de marzo del año 2011 (accesible a través del siguiente enlace: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/03/doctrina28017.pdf>), pág. 5.

<sup>333</sup>RUSCONI, MAXIMILIANO, ob. cit., pág. 138.

las pautas de la imposición de coacción estatal. Empero, las dificultades interpretativas se presentan en la determinación de los supuestos que habilitarían una u otra intervención, pues como viene advirtiendo Nuñez desde antiguo: *“(l)o que se ha discutido y se discute todavía es si por la naturaleza de las infracciones que comprende, el derecho penal contravencional representa algo esencialmente distinto del derecho penal común”*<sup>334</sup>.

En nuestro medio, un sector minoritario de la doctrina, encabezado por el autor precitado, sostiene que media una distinción ontológica entre contravención y delito; en función del grado de conexión entre la conducta ilegítima y el bien jurídico. Mientras que el tipo penal reprime su lesión, la contravención se identifica con trasgresiones a la actividad administrativa encaminada a la prosperidad o bienestar sociales, mediante el aseguramiento del bien jurídico. Así, en el ámbito contravencional *“(e)l objeto de protección no está representado, por lo tanto, por lo individuos ni por sus derechos naturales o sociales entre sí, sino por la acción estatal en todo el campo de la administración pública”*<sup>335</sup>.

Maier, que supo ensayar una explicación sobre los alcances de este criterio de discriminación naturalista, indica que: *“(e)n forma más tangible, el delito lesiona lo que es nuestro; la contravención, lo que es del gobierno. Nuestros son la vida, la integridad física, el honor, la libertad, la honestidad o libertad sexual, el estado civil, etc. y, como individuos asociados, la protección básica de la salud pública, de la fe pública, de la seguridad pública y hasta la incolumidad de la Administración pública, afectada por hechos de los ciudadanos o de los funcionarios. Ligado a la Administración pública se halla el ejercicio del poder de policía en un sinnúmero de ámbitos como las profesiones y oficios, la elaboración y comercialización o liberación de productos en el mercado, la conservación del medio ambiente, la reglamentación del tránsito ordenado por la vía pública, la reglamentación de la convivencia entre vecinos y hasta la reglamentación de la actividad procesal en materia judicial, que también puede sufrir obstaculizaciones por parte de los administrados que deben colaborar con ella (piénsese en el poder de policía de la audiencia ejercido por el presidente del tribunal, en la conducción forzada de testigos y hasta en el arresto de personas que no cumplan con la citación a comparecer)”*<sup>336</sup>.

En un sentido opuesto, la corriente doctrinaria mayoritaria establece un criterio de separación conceptual a partir de la entidad de la respuesta o grado de punibilidad; de modo que la línea demarcatoria entre delito y contravención sería puramente formal y externa a los hechos en sí,

---

<sup>334</sup>NÚÑEZ, RICARDO C., *“Tratado de Derecho Penal – Tomo I”*, Lerner Ediciones, Buenos Aires, año 1976, pág. 19.

<sup>335</sup>Ídem al anterior, pág. 24. No pasa por alto el autor que sus definiciones podrían llegar a poner en crisis el fundamento creativo de los delitos contra la administración pública; pero entiende que la contradicción es solo aparente pues el bien afectado por las contravenciones no guarda relación con el interés de los ciudadanos ni con el interés objeto de la actividad administrativa estatal, sino con el orden de la actividad estatal en sí misma (pág. 26).

<sup>336</sup>MAIER, JULIO, art. citado, pág. 4.

según la gravedad de la infracción, la cual depende totalmente de la pena impuesta por el legislador. Soler, que comparte estas ideas, sostiene que la contravención puede describirse pero no definirse, resultando la graduación de la sanción el único índice de discriminación seguro. Parte de un criterio cuantitativo antes que cualitativo, en rechazo de planteos apoyados en la naturaleza jurídica de las infracciones, en tanto aprecia que *“(l)a contravención reproduce o puede reproducir, en pequeño, todas las cualidades o características que se atribuyen a los delitos”*<sup>337</sup>.

La tesis ecléctica viene de la mano del propio Maier. Estima que ninguna de estas visiones, aisladamente consideradas, alcanza aceptables niveles de rendimiento para explicar los alcances de la distinción planteada: la tesis formal, que se limita a señalar la imposibilidad de diferenciar la sustancia de la infracción, termina acudiendo a lo que la ley indique sobre la pena, dejando un margen de discrecionalidad legislativa demasiado amplio; mientras que la tesis materialista obvia que el grado de punibilidad, como reflejo de pautas culturales y sociales, ofrece por lo común un indicador útil para trazar el distingo.

A la luz de estas consideraciones, si bien muestra predilección por la teoría sustancialista, se inclina por una interpretación dual de la frontera, solución que a su entender reviste apreciables ventajas en el orden político-criminal: *“(p)or de pronto, no es racional reaccionar contra aquello que se califica como contravención con el mismo rigor de la pena estatal y, al menos, tal calificación debería inducirnos a dejar de lado ciertos rigores de la pena, por ej., el utilizar la privación de libertad. Por otro lado, la tesis sustancial podría ayudarnos a descubrir, al menos en gran medida, cuáles son los ámbitos de gran extensión en los que opera la falta o la contravención, indicándonos su sentido, sin sucumbir ante la tentación de llenar los espacios de libertad que, conforme al principio de legalidad, dejan las reglas penales (el ejemplo más claro lo constituye la falta de punibilidad expresa de la tentativa en el CP, espacio que no podemos llenar transformando esa tentativa en una contravención)”*<sup>338</sup>.

Esta es la posición que se estima preferible, por ofrecer –a través de una doble vía interpretativa complementaria- parámetros de definición más seguros, necesarios ante la inacción del legislador al momento de trazar una línea de separación esencial entre las faltas penadas por las leyes locales y los delitos propios del código penal. A partir de lo que viene siendo dicho, puede apreciarse que la discusión no es meramente terminológica, sino que en ella se juega, además de una correcta interpretación de la subsidiariedad del derecho penal frente a otras

---

<sup>337</sup>SOLER, SEBASTIÁN *“Derecho Penal Argentino - I”*, quinta edición, editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, año 1999, pág. 298.

<sup>338</sup>MAIER, JULIO, art. citado, pág. 5.

disciplinas, la delimitación de las esferas de incumbencia de distintos poderes legislativos que participan de un sistema de gobierno federal<sup>339</sup>.

---

<sup>339</sup>Prueba de la complejidad que encierra esta cuestión es la transferencia de competencias para investigar y juzgar delitos en el territorio porteño; donde conviven tres órdenes de administración de justicia en razón de la materia (federal, nacional y la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). La Ley 597 de la legislatura porteña (del año 2001) y la ley nacional 25.752 (del año 2003) aprobaron el primer Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, suscripto el 7 de diciembre de 2000, por el cual se traspasaron los delitos de tenencia y portación de armas de uso civil (arts. 189 bis, tercer párrafo y 189 ter del CP).

En el año 2004, se votó un segundo convenio, aprobado en 2008 por el Congreso Nacional mediante la ley 26.357, instrumentos éstos que formalizaron la competencia correccional para entender en los artículos 95 y 96 (lesiones en riña), 106 y 107 (abandono de personas), 108 (omisión de auxilio), 128 y 129 (exhibiciones obscenas), 134 a 137 (matrimonios ilegales), 149 bis primer párrafo (amenazas), 150 (Violación de domicilio), 181 (usurpación), 183 y 184 (daños), 208 (ejercicio ilegal de la medicina) y los delitos tipificados en las leyes N° 13.944 (incumplimiento de deberes de asistencia familiar), 14.346 (malos tratos y crueldad hacia los animales) y art. 3° de la ley 23.592 (actos discriminatorios), cuando los delitos se cometan en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires.

A su vez, en el año 2011, nuevos delitos se transfirieron a esa órbita por medio de la ley nacional 26.702, que fue aprobada por la legislatura porteña en diciembre de 2017, para comenzar a regir a partir del 1 de enero de 2019. Así, el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires se vio dotado de atribuciones para tramitar causas seguidas por los delitos de lesiones (arts. 89 a 94, Código Penal), duelo (arts. 97 a 103), abuso de armas (arts. 104 y 105), violación de domicilio (arts. 150 a 152), incendio y otros estragos (arts. 186 a 189), tenencia, portación y provisión de armas de guerra de uso civil condicional, previstos en el artículo 189 bis, acápite 2 y 4 (con excepción de los casos en que el delito aparezca cometido por un funcionario público federal o sea conexo con un delito federal) impedimento u obstrucción de contacto, tipificado por ley 24.270, penalización de actos discriminatorios, conforme lo dispuesto en la Ley 23.592, delitos y contravenciones en el deporte y en espectáculos deportivos, conforme lo dispuesto en las leyes 20.655 y 23.184 y sus modificatorias. También se contemplan los delitos contra la administración pública, ocurridos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando se tratare de actos cometidos por sus funcionarios públicos, o contra sus funcionarios públicos, o que atenten contra el buen funcionamiento de las instituciones porteñas, como atentado y resistencia contra la autoridad (arts. 237 a 243, Código Penal), falsa denuncia (art. 245), usurpación de autoridad, títulos u honores (arts. 246 incisos 1, 2 y 3, y 247), abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos (arts. 248, 248 bis, 249, 250, 251, 252 1er. párrafo y 253), violación de sellos y documentos (arts. 254 y 255), cohecho y tráfico de influencias (arts. 256, 256 bis, 257, 258, 258 bis y 259), malversación de caudales públicos (arts. 260 a 264), negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (artículo 265), exacciones ilegales (arts. 266 a 268); enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (art. 268), prevaricato (art. 269 a 272), denegación y retardo de justicia (arts. 273 y 274), falso testimonio (arts. 275 y 276), evasión y quebrantamiento de pena (art. 280 a 281 bis). En materia de delitos contra la fe pública, la competencia local se autoriza siempre que se trate de instrumentos emitidos, o cuya competencia para emitirlos sea de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en supuestos de falsificación de sellos, timbres y marcas (arts. 288, 289 inciso 1, 290 y 291, Código Penal) y falsificación de documentos (arts. 292 a 298). Finalmente, hay un cuarto apartado en el que se estipula la competencia sobre ilícitos vinculados a materias de competencia pública local, que comprende delitos de los funcionarios públicos contra la libertad individual (arts. 143 a 144 quinto, Código Penal), siempre que fuera cometido por un miembro de los poderes públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, delitos contra la libertad de trabajo y asociación (arts. 158 y 159), estafa procesal acaecida en procesos judiciales tramitados ante los tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, (art. 172), defraudación (art. 174 inciso 5), siempre que el hecho se cometiere contra la Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, delitos contra la seguridad del tránsito (artículo 193 bis), desarmado de autos sin autorización, conforme lo prescripto en el artículo 13 de la ley 25.761, **profilaxis, en relación a los delitos tipificados por la ley 12.331**, estupefacientes, con ajuste a lo previsto en el artículo 34 de la ley 23.737 conforme la redacción de la ley 26.052 (artículos 5° incisos c, e y párrafos

Empero, lo dicho no obsta a que en este trabajo asigne una cierta prevalencia a la sustancia de la infracción por sobre la punición como criterio clasificatorio: la reacción estatal frente a la ilicitud nos puede aportar un baremo, pero ante una legislación contravencional inflacionaria o una administrativización del derecho penal, ninguna revisión crítica se puede encausar estando a la ubicación asignada dentro de los ordenamientos jurídicos. Para conservar el juicio de racionalidad se torna necesario, entonces, generar una contraposición de categorías a partir de desentrañar el *umbral de relevancia material de la conducta infractora* que habilita una u otra intervención; lo que es igual a decir que la teoría del bien jurídico viene a jugar un papel preponderante en la fundamentación intrínseca del grado de punibilidad diferencial. La digresión, así, comienza a alinearse con la temática central del capítulo.

Para dilucidar cuál es ese umbral, entiendo que corresponde elaborar un razonamiento similar a la operación matemática de regla de tres simple, que permite resolver problemas de proporcionalidad entre tres valores conocidos y una incógnita. De acuerdo con los lineamientos que sigue este trabajo, debe entenderse por bien jurídico al valor asignado a determinados bienes o situaciones como garantes del ejercicio de la autodeterminación individual, que tiene un rol extrasistemático de validación negativa del ejercicio del poder punitivo; así como también que el derecho administrativo sancionador tiene como meta esencial encausar el poder de policía a fin de asegurar las condiciones necesarias para que la ciudadanía alcance la prosperidad común. Por tanto, el interrogante a esclarecer resulta ser cuáles son los bienes jurídicos que excitan la intervención del fuero contravencional; pues solo así será posible establecer una frontera segura entre ambos órdenes de administración de justicia y, a su vez, determinar cuándo resulta legítima la intervención de uno u otro.

En tal sentido, se toman en consideración los postulados de cierta doctrina contravencional para la cual el bien jurídico también hace las veces de eje cartesiano en el ejercicio de esta jurisdicción; la cual, al reaccionar frente a la infracción imponiendo una sanción, demanda como presupuesto de injerencia (de conformidad con la manda del art. 19 CN) una afectación en los derechos de terceras personas<sup>340</sup>. Por ende, la presencia o la falta de una lesión a un bien jurídico no será dirimente de la clasificación entre hechos punibles y contravenciones, sino que es preciso ahondar en el contenido de la ilicitud, en los derechos que perjudica; para luego hacer un juicio

---

penúltimo y último, 14 y 29, ley 23.737) y suministro infiel e irregular de medicamentos (artículos 204, 204 bis, 204 ter y 204 quáter, Código Penal).

<sup>340</sup>Al respecto, se recomienda para una mayor ilustración la lectura de los siguientes artículos: ABOSO, GUSTAVO E. *“El principio de lesividad y su aplicación práctica en Derecho Contravencional”*, en DONNA, EDGARDO A. (Dir.), *“Delitos, contravenciones y faltas de la ciudad autónoma de Buenos Aires – N°2”*, en Revista de Derecho Penal, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2005, págs. 11 a 19 y MUÑOZ, DAMIAN y NOGUEIRA, GONZALO *“Las contravenciones contra la administración pública a la luz de la garantía de lesividad”*, en DONNA, EDGARDO A. (Dir.), *“Delitos, contravenciones y faltas de la ciudad autónoma de Buenos Aires – N°1”*, en Revista de Derecho Penal, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2004, págs. 7 a 15.

confirmatorio de tipo cuantitativo que asegure si la vía sancionatoria escogida por el legislador resulta acorde al principio de subsidiariedad.

Por lo expuesto, considero que los parámetros para evaluar la cuestión a la luz de la teoría del bien jurídico son tres, a saber: a) la mayor o menor preponderancia que pueda tener el bien legalmente contemplado para asegurar espacios de libertad individual, b) el mayor o menor grado de afectación que pueda sufrir el bien a partir de la conducta infractora, y c) el mayor o menor grado de proximidad causal entre ilícito y lesión, según la formulación legal empleada. Aclarase que, en el esquema analítico propuesto, las categorías ensayadas no se comportarían como compartimentos analíticos estancos, sino que se comunicarían mediante una relación de complementariedad. Otra intelección conduciría inexorablemente a confundir los niveles de prohibición y echaría por tierra cualquier intento de arrojar luz sobre la problemática.

La preponderancia del bien jurídico alude a la trascendencia asignada, en un contexto histórico y cultural dado, a su rol de aseguramiento de ciertas prerrogativas estimadas esenciales para el ejercicio de la libertad dentro de un espacio social. Se haya ínsito en lo definido cierto componente dinámico, pues es claro que a medida que las sociedades evolucionan éstas hacen un revisionismo de sus axiomas, que puede llevar a que determinadas pautas culturales, otrora cuidadas con recelo, vean resignado su nivel de protección o bien pierdan toda relevancia (por ejemplo, la fidelidad marital en el delito de adulterio; hoy erradicado de la codificación penal del derecho occidental).

Es igualmente importante añadir que la titularidad del bien no incide en este juicio, pues como bien se sabe, sendos ordenamientos prohíben conductas que atentan tanto contra derechos subjetivos como de uso común; reconocidos por otras disciplinas jurídicas e individualizados por el derecho sancionador para asegurar las condiciones en que la ciudadanía podrá hacer ejercicio de sus libertades individuales. Son ejemplos de ello los tipos penales que definen los delitos contra la vida y aquéllos que sancionan ilícitos contra la administración o la salud públicas; al igual que las contravenciones por conductas de hostigamiento y por arrojar residuos insalubres o sustancias peligrosas en espacios públicos.

Corresponderá entonces al derecho penal intervenir frente a la afectación de bienes jurídicos reputados esenciales, mientras que al derecho contravencional le depara una intromisión análoga frente a derechos de importancia inferior. Considero que los términos que pueden arrojar luz al momento de establecer a qué categoría correspondería cada bien jurídico son los de *necesidad* y de *conveniencia*: será necesario aquél bien o condición cuya existencia hace posible ejercer la autonomía individual con plenitud, mientras que se evalúa como conveniente aquella prerrogativa que crea un entorno favorable o propicio al desenvolvimiento de la autodeterminación.

Bajo estas pautas, pueden interpretarse como bienes necesarios, por ejemplo, la integridad física o la libertad sexual, que garantizan el desarrollo de ciertas áreas específicas de la conducta humana que se reputan indispensables. Tales conclusiones pueden hacerse extensivas – siguiendo este patrón casuístico- a los delitos contra la administración o la seguridad públicas, ya que lesionan presupuestos de inestimable valor para la actividad estatal encaminada al aseguramiento de esos espacios de libertad (la ciudadanía precisa que los distintos estamentos de gobierno actúen de manera eficiente o le provean de protección para mantener en vigencia sus prerrogativas durante el tráfico jurídico). En un sentido análogo, la punición de contravenciones perpetradas en espacios públicos o en la vía pública halla fundamento en que éstas categorías ofrecen un entorno apropiado para el ejercicio de ciertas manifestaciones de la autonomía individual (como es el caso de la libre circulación y permanencia); aunque la lesión que suponen en modo alguno inhabilita el ejercicio de tales prerrogativas (quien arroja residuos en la vía pública no impide el libre tránsito, sino que lo hace menos favorable para la comunidad).

Ahora bien, puede ocurrir que ambos ordenamientos concurren a intervenir en el ataque a un bien jurídico de la misma naturaleza, caso en el cual el criterio de discriminación vendrá asociado al grado de afectación que suponga el ilícito; siendo que en tanto el derecho penal intervendrá para sancionar las lesiones de mayor intensidad (supuestos de destrucción, desaparición, inutilización, etcétera), en tanto el derecho de las contravenciones castigará a quienes perpetren lesiones más leves (casos de molestia u estorbo al adecuado ejercicio de las potestades). Un ejemplo claro lo ofrece la comparación entre el delito de daño de cosa inmueble y la contravención de ensuciar construcciones: en ambos casos la reacción se produce sobre ilícitos contra la propiedad; solo que en el primer caso la intensidad del ataque es superior, a punto tal que puede conllevar a la pérdida del bien sobre el que recae, mientras que en el segundo su sustancia no se verá afectada sino que solamente se producirán algunas alteraciones a su uso normal.

Por último, la conexión causal que contemplan una u otra normativa también acerca pautas para establecer una diferenciación; pues mientras un derecho penal respetuoso del mandato de lesividad solo puede reaccionar frente a la afectación o a la concreta puesta en peligro de un bien jurídico, la contravención, si bien trae parámetros de ofensividad, éstos son más laxos, y puede contemplar también supuestos de peligro abstracto.

Se puede encontrar cierta apoyatura a esta postura por parte de la doctrina, en tanto se ha dicho que: *“(u)na de las posturas más citadas es la de Binding (...) (quien) advierte que en un caso se ofende realmente al Derecho porque se ha destruido o perjudicado un bien jurídico o porque se lo ha puesto en verdad en peligro (concreto), mientras que en el otro el peligro es remoto (...); parece claro que el tema gira en torno al papel del Estado, tanto cuanto a su propio poder de policía, el ordenamiento de su actividad administrativa y, también, en pro del bienestar social. Razón por la cual Nuñez dice, con motivo, que en las faltas hay (...) solo una ofensa a la actividad*

*de la administración de buen gobierno y prosperidad mediante una falta de cooperación con ella...*<sup>341</sup>.

Hirsch también observa en este sentido que la definición de los delitos de peligro abstracto – como delitos que no son de lesión- representan un parámetro de utilidad para ensayar clasificaciones entre el derecho penal y el derecho contravencional; puesto que el peso del daño amenazado y la intensidad del riesgo no son criterios suficientes para predicar que un hecho ilícito deba ingresar a la órbita de los delitos<sup>342</sup>.

En conclusión, se considera que el juicio de discriminación cualitativa debe realizarse en base a distintos criterios que deben ser observados promiscuamente si se pretende alcanzar el mayor rendimiento que puede ofrecer el modelo diseñado. En efecto, resulta claro que la afección de un bien jurídico de mayor relevancia generará la intervención penal y que la de otro de menor trascendencia configurará una contravención; pero puede ocurrir que el análisis recaiga sobre una prerrogativa de la misma especie, caso en el cual será preciso acudir al mayor o menor grado de daño que supone la conducta infractora, y diremos que corresponde identificarla como delito en el primer caso y como contravención en el segundo. O bien, es factible que, ante el mismo bien jurídico, nos veamos en la necesidad de indagar sobre la conexión causal entre conducta y lesión que la norma estipula para identificar si, en sustancia, se trata de un delito (casos de conexión inmediata o mediata) o bien de una contravención (conexión remota).

---

<sup>341</sup>MOLINARIO, ALFREDO y AGUIRRE OBARRIO, EDUARDO, “Los delitos”, citado en VEGA, FLAVIA, “Tercera velocidad del Derecho Penal (art. 193 del Código Penal). La sociedad en riesgo...en riesgo de totalitarismo”, en DONNA, EDGARDO A. (Dir.), “Delitos de peligro - III”, en Revista de Derecho Penal 2008-II, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2008, pág. 558.

<sup>342</sup>Conf. HIRSCH, HANS J., “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, citado en DONNA, EDGARDO A., “Derecho Penal. Tomo I”, ya citado, págs. 129 y 130 (nota 84).

Con todo, no puede pasarse por alto que estos posicionamientos son pasibles de severas críticas por parte de aquella literatura especializada que percibe a la lesividad como base de legitimación para la contravención; la cual niega toda efectividad al peligro abstracto para fundamentar el reproche. A modo ilustrativo, se transcriben a continuación algunas reflexiones de Aboso: “(...) Si bien la naturaleza y el objetivo de la ley contravencional no distan en mayor medida de cualquier injerencia estatal mediante el uso de la sanción, lo cierto es que en el Derecho Contravencional se evidencia un divorcio cada vez más acuciante entre la relación de estrechez que debe existir entre la materia prohibida y la correlativa lesión del bien jurídico, sin perder de vista en el ínterin el alcance exponencial de la ley contravencional. Pero dicha disfunción se proyecta sin hesitación en el ámbito constitucional de derecho de defensa en juicio. Así pues, la utilización de figuras de peligro abstracto importa cuando menos una prohibición de prueba, ya que la ratio essendi de aquéllas descansa en criterios probabilísticos de peligro en base a la experiencia y a la estadística (esta última fuente muchas veces ignorada al calor de los reclamos sociales por la sensación de inseguridad). Dicha justificación de la acción prohibida impide en puridad cualquier tipo de refutación, porque la relación de afinidad o pertenencia entre la acción típica y la lesión de bien jurídico aparece mitigada por la necesidad de prevención general negativa. Es decir, el fundamento de la represión de dichas conductas no debe buscarse más en la dañosidad social, sino en la necesidad de prevención estatal y de aparente respuesta eficiente –simbólica- del Estado frente a los reclamos de un sector de la población acosada por el flagelo de la inseguridad” (ABOSO, GUSTAVO E., ya citado, pág. 21).

Bajo este manto interpretativo puede cobijarse la idea de que aquellas conductas que representan un peligro abstracto para bienes jurídicos –con todas las características y reparos apuntados *ut supra*- encontrarán una mejor recepción en el ámbito contravencional; cuyo objetivo primordial es resguardar la incolumidad de la actividad administrativa orientada hacia el bienestar común (a partir de la creación de condiciones propicias para el ejercicio práctico de las libertades de los administrados). Para lograr este cometido, reacciona e interviene frente a la agresión de bienes jurídicos subsidiarios o ante conductas que supongan particulares formas de estorbar el desarrollo de bienes primarios; en un esquema que supone una menor lesividad, al remitir a una casuística de baja intensidad conflictiva.

Se aprecia que en esta esfera cabría menor resistencia a incorporar estas figuras, que consagran peligros distantes pero con alta probabilidad de ocurrencia, en tanto suponen una forma particular de entorpecer o estorbar la plena disponibilidad del bien jurídico; lo cual resulta compatible con la naturaleza de las contravenciones tal y como vienen siendo conceptualizadas. A igual tiempo, la solución se muestra respetuosa del principio de subsidiariedad del derecho penal, al reconducir el tratamiento de la cuestión a un medio con respuestas menos gravosas. Empero, de lo expresado no debe extraerse conformidad hacia la ingeniería de los delitos de peligro abstracto, acreedora de copiosas críticas –que se comparten en este trabajo- por demandar obediencia antes que un apreciable menoscabo al bien jurídico; al igual que por resentir el principio de inocencia mediante la imposición de presunciones *iuris et de iure*. Debe interpretarse antes bien como una opción que, admitiendo lo irremediable de la proliferación de estas figuras de riesgo, hace un intento por *colocarlas donde menos daño posible hagan*, valga el oxímoron.

#### **F) ACERCA DEL BIEN JURÍDICO CONSAGRADO EN EL ART. 17 DE LA LEY 12.331:**

Arribando a uno de los puntos neurálgicos de esta tesis, es que, una vez delimitados los alcances que se asignan a la noción y ya definidas las posibles modalidades de afectación, nos encontraríamos en condiciones de analizar cuál es el bien jurídico individualizado por el tipo penal en análisis; interrogante que claramente no remite a simples disquisiciones terminológicas, sino que termina por comprometer los fundamentos de su legitimidad como norma penal.

Jiménez de Asúa supo decir que la Ley de Profilaxis se orientó hacia la consecución de un pueblo sano abordando la problemática de las enfermedades venéreas como una empresa colectiva, coordinada tanto por especialistas de salud e higiene como por juristas y hasta sociólogos; por la sola razón de que el contagio se origina en un acto fisiológico del ser humano. Estos intereses concurrentes dieron una configuración particular a la norma, que desdobra sus áreas de

intervención en cuatro ejes: a) educación sexual, b) tratamiento médico obligatorio, c) abolición de la prostitución reglamentada, d) delitos de contagio venéreo<sup>343</sup>.

Hállanse dentro de esta última categoría los tipos penales de transmisión dolosa de una enfermedad venérea -art. 18- y el que aquí nos ocupa. Su análisis previo nos indica que la prohibición recae sobre diferentes conductas que suponen aportes a la actividad económica de un prostíbulo (casa de tolerancia, en la textualidad del precepto legal)<sup>344</sup>; entendido éste como todo local de libre acceso al público en el que una o más personas se dedican al ejercicio de la prostitución (trato sexual con las notas características de habitualidad, promiscuidad y onerosidad). Los verbos que utiliza para individualizar las acciones incriminadas son los de sostener (efectuar aportes para instalar o sustentar el negocio), administrar (organizar su funcionamiento) y regentear (ejercer facultades de gobierno) el burdel.

Aftalión sostiene que lo que la ley reprime es la prostitución organizada de una manera peculiar, que la hace particularmente peligrosa para la salud pública. Tales aserciones lo llevan a rechazar de plano el argumento teleológico que detecta en la ley una pretensión de atrapar los aspectos del proxenetismo y la rufianería marginados de la punición del derecho penal; es decir, que individualiza como bien jurídico a la honestidad (hoy integridad) sexual. El artículo 17 no se comporta, a su entender, como figura de protección residual de las prerrogativas de quienes son explotados sexualmente; sino que una correcta inteligencia conduce la interpretación a considerar que *“(...) el bien jurídico que la ley tiende a proteger es, antes que nada, la salud física y moral de la población, que se corrompe en lupanares y lenocinios (...)”*<sup>345</sup>.

Para el autor citado, el fundamento de la incriminación reside en que: *“(...) es evidente que representa una amenaza mucho más seria para la salud pública la prostituta que puede recibir clientes todo el día sin moverse de su casa, que la prostituta ambulante, que debe buscar sus*

---

<sup>343</sup>JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS *“Libertad de amar y derecho a morir”*, séptima edición, editorial De Palma, Buenos Aires, año 1984, págs. 25 y 26.

<sup>344</sup>Complementando lo expuesto en el apartado dedicado al marco teórico, me permito agregar que las indagaciones de Aftalión sobre el uso de esta locución en nuestro idioma lo han llevado a concluir que: *“(l)os diccionarios de la lengua no aportan mayores luces para desentrañar el significado de la expresión “casa de tolerancia”. El de la academia no hace referencia expresa a ella, si bien alude a casas “de camas”, “de mancebía”, “de trato”, “llanas”, “públicas” a las que hace equivalentes de “casa pública de mujeres mundanas”. La definición es elegante pero imprecisa a los fines legales”* (AFTALIÓN, ENRIQUE, ob. cit., pág. 110).

<sup>345</sup>AFTALIÓN, ENRIQUE, ob. cit., pág. 108. En refuerzo de su postura, el autor señala seguidamente que *“(e)l art 17 adquiere su pleno sentido únicamente si lo enfocamos desde el ángulo de los delitos contra la salud pública. En cambio, si nos trasladamos al campo de los delitos contra la honestidad y nos empeñamos en ver en ella nada más que una medida destinada a la represión del proxenetismo, fuerza es convenir que no aparece clara la razón por la cual el legislador limitó la punición a los casos en que la explotación de la mujer se efectúa en una casa de tolerancia”* (Ídem al anterior, pág. 109).

*amantes ocasionales en la vía pública o en lugares de esparcimiento, con la consiguiente pérdida de tiempo y con las cortapisas que imponen ordenanzas policiales y municipales*<sup>346</sup>.

Se comparte parcialmente lo afirmado. Los esfuerzos encaminados a buscar una interpretación teleológica de la norma, indagando en sus antecedentes históricos y tomando nota de los principios declamados por sus autores (como se sigue en el apartado criminológico de la obra), me incitan a afirmar es que el *leitmotiv* del legislador no ha sido otro que la lucha contra los flagelos venéreos. Basta con una revisión integrada de la normativa para advertir que todas sus disposiciones convergen a resguardar a la población del contagio de infecciones sexuales.

Por ende, el bien jurídico que individualiza esta figura no guarda semejanza con el que prevén los delitos de proxenetismo o rufianería del código penal; de los cuales también se distancia al establecer una relación entre un sujeto (el administrador, regente o sostenedor) con un objeto (casa de tolerancia), en lugar de instalar un sujeto pasivo cuya indemnidad sexual deba ser respetada.

En sintonía con lo dicho, cabe incluir algunas consideraciones de orden práctico que trae Alejandro Tazza en su análisis del tipo penal del art. 17 de la Ley 12.331; el cual señala que *“(p)or lo demás, se la confunde habitualmente con el proxenetismo, siendo que la figura del proxeneta tiene su adecuación típica en el art. 126 del código penal, contemplando allí una pena privativa de la libertad, mientras que el rufianismo encuentra su anclaje típico en el art. 127 del mismo texto. Advertimos entre estas figuras algunas diferencias, puesto que el proxenetismo y la rufianería se encuentran sancionadas como delitos en nuestro código penal, no se vislumbra necesidad alguna para continuar con la represión en la ley especial de una conducta similar que, para peor, sólo tiene pena de multa, y que por otra parte, ya está a la vez, contenida en los ordenamientos locales o códigos de faltas en las cuales contemplan actividades idénticas o colaterales*<sup>347</sup>.

En consecuencia, entiendo que el diagnóstico de Aftalión sobre cuál es el eje de la prohibición no resulta del todo acertado. La mayoría de los artículos que componen la ley 12.331 están previstos para intervenir en diferentes ámbitos y conductas que pueden gravitar, de manera indirecta, en una lesión para la salud pública. Piénsese que cuando la norma ha identificado un conflicto de esta naturaleza previó expresamente darle un tratamiento acorde; como es el caso del art. 18, que remite a la penalidad del art. 202 del Código Penal (prisión o reclusión de tres a quince años, para quien propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas). Ello no ocurre con el art. 17 en comentario, que se comporta como un tipo penal autónomo

---

<sup>346</sup>AFTALIÓN, ENRIQUE, ob. cit., pág. 111.

<sup>347</sup>TAZZA, ALEJANDRO O., *“La Ley de profilaxis antivenérea y la afectación a la salud pública”*, ya citado, pág. 47.

aunque alineado con la tónica preventiva del articulado, de modo que no se lo puede relacionar estrictamente con la salud pública.

Otro derrotero argumental que puede seguirse para descartar esta posibilidad trasunta por elaborar un juicio de validez terminológica; a mi entender central para identificar correctamente cuál es el bien jurídico que el artículo identifica. Con meridiana claridad, Moras Mom explica que: *“(s)alud es el estado en el que el ser viviente realiza todas sus funciones con normalidad. Supone una continuidad que se vincula con el mismo ser cuya normalidad se refiere. Puede ser más o menos duradera, pero su consideración termina con el fin de la vida. Su contraria es la enfermedad, que desequilibra y dura en el tiempo una determinada medida dejando sus secuelas, o, por el contrario excede los lapsos temporarios y cubre toda la existencia. Pero lo cierto es que, tanto en un enfoque como en el otro, la muerte es la frontera máxima: después de ésta no hay salud ni enfermedad”*<sup>348</sup>.

Asimismo, en otro pasaje de su obra desarrolla la idea de salud pública *“(c)uando la inquietud por alcanzar tales objetivos (de crear condiciones ambientales favorables a la salud) trasciende de la órbita de lo meramente individual y penetra de lleno en el campo común a todos; en oportunidad en que no es la salud, sus condiciones y el esfuerzo por alcanzarla, con referencia a un solo hombre, lo que mueve los esfuerzos y preocupaciones sino la de todos, aparece el carácter público que se coloca como común denominador”*<sup>349</sup> (el agregado me pertenece).

En el marco del Derecho Penal, los delitos que afectan a la salud pública se encuentran comprendidos en los artículos 200 a 208 del Código Penal; al igual que en leyes especiales como la ley 23.737, de tenencia y tráfico de sustancias estupefacientes. Se pretende predicar lo mismo respecto al art. 17 de la Ley 23.737; pero lo cierto es que las conductas que atrapa el tipo no suponen una forma de afectación directa de este bien jurídico, sino que antes bien suponen atentados contra las condiciones para preservar ese estado de salud general. Esta es la interpretación que ha prevalecido en los estudios de Moras Mom, a la que ha adherido Alejandro Tazza; quienes descartan por completo una asociación semejante.

A la pregunta sobre cuál es el bien jurídico afectado, ambos autores coinciden en que es más adecuado sostener que el ámbito de intervención de la norma está ligado a la *salubridad pública*; entendida ésta como una fase previa, preventiva de la salud pública, que no guardan relación con una concreta afectación al bienestar físico o psíquico de una población. Toda norma que responda a este interés exhibirá una tendencia al mantenimiento y respeto de aquellas normas de actuación vinculadas -en lo inmediato- con la creación de ciertas condiciones que podrían quebrantar aquél nivel primario de protección (salubridad); mientras que su violación podría provocar -de modo mediato- una posible afectación a la salud pública. Por lo tanto, estiman

---

<sup>348</sup>MORAS MOM, JORGE, ob. cit., pág. 79.

<sup>349</sup>Ídem al anterior, pág. 12.

que“(…), para que exista un delito contra la salud pública será menester que el fin último de su protección sea innegablemente la salud, y no las condiciones para preservarla, ni la actividad estatal encaminada a tales efectos”<sup>350</sup>.

Los citados interpretan así que salud pública y salubridad pública son bienes que, aunque complementarios, deben distinguirse, pues comprenden esferas de actuación disímiles. Mientras que la salud pública es el estado orgánico necesario para ejercer las funciones vitales con normalidad que atañe –de manera indeterminada- a toda una comunidad, la salubridad pública representa el interés por crear y mantener las condiciones idóneas para alcanzar y mantener ese estado de indemnidad comunitaria; mientras que el esfuerzo del gobierno para propender a la salubridad con el propósito de asegurar la salud, constituye lo que se denomina sanidad o política sanitaria<sup>351</sup>.

Definidos los alcances de cada término, coinciden en señalar que los delitos contra la salud pública suponen una concreta afectación por peligro al bienestar físico y psíquico de una colectividad, en tanto que los ilícitos contra la salubridad pública representan atentados a las condiciones ambientales donde se desarrolla una determinada actividad; como fase previa que intenta mantener a resguardo la salud pública<sup>352</sup>.

Se comparten en pleno estas observaciones, con el agregado –que no aparece debidamente aclarado dentro de las consideraciones reseñadas- de que la distinción entre ambos supuestos estriba fundamentalmente en que, en tanto la estructura de los tipos penales contra la salud pública consagra delitos de peligro concreto, *en los ataques contra la salubridad pública nos enrolaríamos en los delitos de peligro abstracto*. Si bien la asociación directa con este bien jurídico permitiría suponer que la afectación es inmediata, no debe perderse de vista que la locución empleada por los autores, a mi entender expresada a modo didáctico, no deja de

---

<sup>350</sup>TAZZA, ALEJANDRO O., “La Ley de profilaxis antivenérea y la afectación a la salud pública”, ya citado, pág. 46.

Se advierte que, cuando menos terminológicamente hablando, media una relación de correspondencia entre esta línea de pensamiento y las opiniones volcadas durante el debate parlamentario de la Ley 12.331. A modo de ejemplo, cito: “(l)a defensa de la **salubridad general** es una de las mayores preocupaciones de los Estados modernos bien organizados, especialmente la lucha contra las enfermedades infecciosas, que diezmarían a la humanidad si no se adoptaran oportunas medidas de profilaxis...Figuran las enfermedades venéreas entre las que hay que combatir sin descanso; merecen atención especial del legislador por razones de todo linaje: atacan las fuentes de la vida, su trasmisión está vinculada a uno de los instintos inherentes a la naturaleza humana; el contagio se produce la más de las veces por personas que no tienen estigmas visibles que permitan advertir el peligro; corroen el organismo en lo que tiene de más noble, desde los órganos de la circulación hasta aquellos que se considera asiento del pensamiento; contribuyen con un porcentaje aterrador a las muertes súbitas, los abortos, las perturbaciones de la visión, los casos más incurables de locura y, finalmente, más que ninguna enfermedad, trascienden del hombre a sus descendientes” (el destacado me pertenece). Al respecto, ver la opinión del senador Carlos Serrey, expresada en el marco del debate parlamentario de la Ley de Profilaxis Antivenérea (Cámara de Senadores, sesión ordinaria del 18 de septiembre de 1936, pág. 280).

<sup>351</sup>Ídem al anterior (con cita de MORAS MOM, JORGE, ob. cit., pág. 11).

<sup>352</sup>Ídem al anterior.

referenciar a un interés más distante: quien agrede la salubridad pública está alzándose contra distintas pautas previstas en interés de asegurar condiciones para el desarrollo de la salud de la población; la que no se ve derechamente afectada por la conducta infractora.

Considero que en el delito que aquí se analiza hay una clara subsunción con dichas premisas, habida cuenta de que las conductas de sostener, administrar o regentear un prostíbulo son una forma particular de atentar contra disposiciones de policía sanitaria, previstas para la preservación de condiciones que contribuyen a la salud general (salubridad pública); pero que no generan por sí un apreciable peligro contra este bien jurídico. Media una conexión remota, dado que para merituar una afectación por peligro directo, sería preciso enlazar diversas condiciones que la norma no contempla expresamente; que a mi entender redundarían –entre otros factores- en la necesidad de que en el prostíbulo existan trabajadores sexuales que se encuentren afectados por enfermedades de transmisión sexual, que ni ellos ni sus clientes adopten medidas de profilaxis y que éstos, a su vez, se encuentren en condiciones de propagar la enfermedad.

Se advierte que la redacción del artículo 17 no trae ningún elemento descriptivo o normativo que venga a individualizar o que permita establecer una conexión directa con una afectación por peligro; a diferencia de lo que ocurre con las figuras típicas que consagran los artículos 200 a 208 del código penal, que prevén expresamente la existencia de un riesgo para la salud general (como es el caso del envenenamiento o adulteración de aguas, alimentos o sustancias medicinales, *de un modo peligroso para la salud*) o bien traen términos de los cuales se infiere de manera inequívoca su existencia (vgr. el ejercicio ilegal de la medicina).

Sólo establece, como si se tratase de un delito de mera tenencia, una relación con un objeto determinado, en este caso el local nocturno, sin ningún aditamento que oriente al intérprete sobre la ocurrencia de una lesión en ciernes para la salud de la población en general. Va de suyo que la técnica legislativa empleada implica una presunción *iure et de iure* de la eventual producción de un resultado disvalioso para el derecho penal, que como ya se ha visto fue sumamente cuestionada por renunciar a la lesividad como pauta central en la construcción de la teoría del bien jurídico.

A los efectos de dejar correctamente asentada mi postura en cuanto a la sustancial diferencia que media entre la norma en estudio y aquéllas que regulan actividades contrarias a la salud pública, me remito nuevamente a las palabras de Alejandro Tazza (con las salvedades ya hechas), quien con suma elocuencia se ha pronunciado sobre el tema del siguiente modo: “(e)n este sentido, las normas legales atinentes a la profilaxis antivenérea son disposiciones normativas que protegen la salubridad pública y no estrictamente la salud de la población, dado que el interés jurídicamente tutelado por la norma no reposa en una lesión o afectación concreta al estado de bienestar físico o psíquico de una población, sino al mantenimiento y respeto de

*aquellas normas de actuación que se vinculan en forma inmediata con la creación de ciertas condiciones que podrían quebrantar aquel nivel primario de protección (salubridad), en tanto su violación podría eventualmente provocar, de modo mediato, una posible afectación a la salud pública*<sup>353</sup>.

Por lo expuesto, mal podría afirmar que es esta una forma de agredir la salud pública por vía de un peligro directo; y permitiéndome una breve digresión he de señalar que tampoco cabría adjudicarle a la normativa un rol de intervención en pos de la moral y las buenas costumbres, como parece colegirse de la opinión de algunos de los miembros informantes de la comisión redactora de la Ley 12.331 (de acuerdo con lo observado en el apartado criminológico). Bajo el prisma de la teoría del bien jurídico, y de acuerdo con muchas de sus vertientes, en un modelo de estado como el nuestro de ningún modo resulta válido legitimar una intervención penal a partir de la imposición de pautas de conducta moral; y menos aun cuando la regulación se pretende en un ámbito tan reservado como es el de la sexualidad del individuo.

Así lo entiende Buompadre en cuanto señala que *“(e)l viejo concepto de honestidad, por su anacronismo, ambigüedad e imprecisión, reconducía toda la discusión planteada en el ámbito de la sexualidad a la confusión entre “moral y derecho”, es decir, entre lo que la moral prohíbe y lo que la ley penal debe castigar. La idea de honestidad, entendida como un sentimiento de recato, de pudor, o como la expresión de cierta moral sexual dominante en un contexto social determinado, indudablemente contrastaba con los principios más básicos de un derecho penal consecuente con un estado de derecho fundado en valores plurales y democráticos. Una sociedad que admite el pluralismo no puede elevar a la conducción de bien jurídico digno de protección sentimientos internos o una determinada concepción de la moral sexual*<sup>354</sup>.

Definido entonces como un delito de peligro abstracto que no requiere ninguna demostración de que en el caso concreto haya existido un daño a la salud, sino que asume, sin admitir prueba en contrario<sup>355</sup>, la puesta en riesgo de la salud pública de una comunidad o colectividad (agrediendo previamente la salubridad pública, según los autores referenciados); cabe formular y responder el interrogante relativo a si –de acuerdo con la visión de bien jurídico que aquí se defiende- es acertada su inclusión dentro del catálogo de infracciones penales o si, por su naturaleza y

---

<sup>353</sup>TAZZA, ALEJANDRO O., *“La Ley de profilaxis antivenérea y la afectación a la salud pública”*, ya citado, pág. 47.

<sup>354</sup>BUOMPADRE, JORGE E., *“Trata de personas, migración ilegal y derecho penal”*, ya citado, págs. 169 y 170.

<sup>355</sup>No obstante estas afirmaciones, huelga decir que en alguna jurisprudencia se ha sostenido que, al surgir de la investigación la utilización de preservativos durante los encuentros sexuales mantenidos en la casa de tolerancia, no se verificaba lesión a bien jurídico alguno y correspondía excluir la tipicidad de la conducta incriminada. Al respecto, ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala V, 26/09/2.008, “Chanquía, Cristian Marcelo” (publicado en Sup. Penal 2.008 –noviembre-, 55 - LA LEY 2008-F, 6,18), ya citado.

características, no resulta más apropiado reconducir la problemática que instala a otra disciplina del ordenamiento jurídico, como el derecho administrativo sancionador.

Una vez más he de remitirme para ensayar una solución al esclarecedor trabajo de Tazza, en tanto señala que cuando el estado se halla ejerciendo su poder de policía –de acuerdo con los lineamientos de una política sanitaria definido- le es permitido establecer condiciones reputadas necesarias para preservar determinadas situaciones cuyo quebrantamiento puede originar consecuencias nocivas para la comunidad; resultando que el incumplimiento de estos dictados de salubridad pública constituye una infracción. Por otra parte, en oportunidad en que se imponen mandatos o prohibiciones tendientes a sancionar actos u omisiones lesivas o peligrosas para la salud de una colectividad, el incumplimiento origina otro tipo de ilicitud, que debe meritarse como delictiva y acreedora de sanción penal. El art. 17, como parte integral de una normativa encaminada a regular actividades que indirectamente pueden llegar a ser lesivas para la salud colectiva, tendría adhesión conceptual a la primera de estas categorías<sup>356</sup>.

Moras Mom hace un desarrollo claro sobre las pautas a ser tenidas en consideración para discriminar cuáles son los supuestos que habilitan una u otra respuesta estadual: *(n) o es arriesgado distinguir entre una actividad que, a cargo de la autoridad, tiene por objeto encauzar esfuerzos individuales y colectivos orientados a la concreción de condiciones favorables para la salud y la conservación de ellas. Clara y determinante es, en efecto, la reglamentación que rige el funcionamiento de las farmacias, el expendio de remedios y el sistema de contralor e inspección (...) No es extraño al ejemplo las previsiones sobre potabilización de aguas y el aprovisionamiento colectivo de éstas. Se suman a ello el contralor severo que se impone sobre alimentos, habilitación y lugares de esparcimiento (...) El hecho de que las normas que se dicten con estas miras puedan ser desconocidas y violadas, hace surgir la previsión de sanciones por las que se impone un castigo. Más, este último circunscribe su objeto a la ignorancia, al desprecio de la actividad sanitaria en función de salubridad. Allí se detienen los alcances punitivos; lo conculcado es la actividad estatal (...) Por el contrario, cuando la lesión apunta directamente a la salud misma; cuando se crea una órbita de ataque al normal equilibrio funcional humano, entramos de lleno al campo del delito. El hombre individual protegido en su propia salud, sufriendo daño en ella será víctima de lesiones y se habrá, de tal suerte, conculcado el bien jurídico: integridad física. En tanto, cuando aun generando daño efectivo individual, se crean condiciones que ponga en peligro la salud de todos –sea ello por medio de la violación de reglas sanitarias, sea por actividades a ella ajenas- surge nítido el delito que conculca el bien jurídico: salud pública*<sup>357</sup>.

---

<sup>356</sup>TAZZA, ALEJANDRO O., “La Ley de profilaxis antivenérea y la afectación a la salud pública”, ya citado, págs. 46 y 47.

<sup>357</sup>MORAS MOM, JORGE, ob. cit., págs. 13 y 14.

Por tanto, no resultaría desacertado estimar que la previsión del art. 17 podría llegar a catalogarse como una contravención; toda vez que, al definir una conducta vinculada con un objeto no permitido antes que con una forma de afectar bienes jurídicos ajenos, guardaría mayor semejanza con una infracción de carácter administrativo, derivado del ejercicio del poder de policía sanitaria nacional. Tal interpretación es compatible, a su vez, con el espíritu del legislador histórico; que ante la proliferación de enfermedades de transmisión sexual adoptó (bajo la égida del discurso moralizante de la época) una política pública orientada a regular la faz sanitario-asistencial de las enfermedades venéreas; con hincapié en la prevención del contagio y el tratamiento de las personas afectadas. En ese esquema, la intervención penal quedaría reservada, por remisión expresa, a la figura del art. 18; supuesto en el que sí se advierte una clara puesta en peligro concreto de la salud pública como bien jurídico.

Tazza avala esta interpretación, y añade como criterio distintivo la levedad de la sanción principal prevista por el art. 17 frente a la estipulada por el art. 18 y por las restantes figuras agrupadas dentro de los delitos contra la salud pública, al igual que frente a los delitos contra la sexualidad; de lo cual extrae que la prohibición lo único que persigue es complementar a nivel infraccional aquellas acciones que no eran atrapadas por la norma punitiva, mediante una valoración completamente inferior a la estrictamente delictiva, que no guarda relación con ninguno de estos bienes jurídicos<sup>358</sup>.

En este sentido, se comparte la opinión del autor en cuanto a que la sanción de multa es compatible con el catálogo de respuestas que ofrece el derecho contravencional frente a la inconducta, aunque genera serias dudas el sostener la afirmación cuando, en caso de reincidencia del autor, se impone como castigo la pena de prisión de cumplimiento efectivo de uno a tres años; reacción punitiva que no guarda paralelismo con el arresto previsto en aquél ámbito. Entiendo que para superar estos escollos interpretativos hay que insistir que la distinción entre ambas disciplinas se nutre no sólo de criterios cuantitativos, sino que también es indispensable indagar en la naturaleza de la infracción (de acuerdo con los parámetros previamente acordados) para arribar a resultados satisfactorios.

Va de suyo que esta forma de interpretar la extracción de la disposición conlleva a abogar por una reforma legislativa que –directamente- derogue el artículo, a efectos de dejar expedita la posibilidad de que los distintos ordenamientos contravencionales –cuya construcción, por imperativo constitucional, se haya reservada a las provincias– puedan incluir la figura de acuerdo con las necesidades de cada región, sin incurrir en una doble subsunción legal de los hechos. En esta inteligencia, se estima que dejar sin efecto el art. 17 tiene como ventaja adicional ofrecer al legislador contravencional el margen de discrecionalidad que necesitará para ajustar la

---

<sup>358</sup>TAZZA, ALEJANDRO O., *“La Ley de profilaxis antivenérea y la afectación a la salud pública”*, ya citado, pág. 45.

redacción del tipo, con miras a una armonización sistemática con el resto de las disposiciones que componen dicho sistema.

#### **G) A MODO DE CONCLUSIÓN:**

A lo largo de este capítulo se desarrolló y destacó la importancia del rol del bien jurídico como limitador –por vía de deslegitimación- del ejercicio del poder punitivo estadual; fundado en la lesión o puesta en peligro de un determinado objeto (en sentido amplio) necesario para asegurar algún espacio en que la autodeterminación del hombre se manifieste, y que se estime valioso en un contexto dado. A esta funcionalidad extrasistemática, anclada en el principio de lesividad, se le adjudica en adición una innegable utilidad como herramienta de análisis intrasistemático; pues el examen del bien jurídico en juego es transversal a casi todos los estratos de la teoría del delito.

Con todo, frente a una conexión entre conducta y menoscabo hacia un bien jurídico, no puede afirmarse, sin más, estar en presencia de un obrar merecedor de reproche penal; pues el análisis resultante estaría obviando toda referencia al carácter subsidiario y a la fragmentariedad del derecho penal, pautas de ineludible conocimiento para su correcta apreciación y aplicación como instrumento de control social. Sólo en aquellas conflictividades que alteran bienes jurídicos reputados de importancia para el desarrollo individual o el tráfico intersubjetivo, y frente a la ausencia de otros mecanismos institucionales aptos para recomponer la problemática generada, es que el poder punitivo encuentra justificativo válido para intervenir procurando el castigo de los responsables.

En este sentido, cabe traer a colación el pensamiento de Roxin, quien hace hincapié en la necesidad de demandar una “ciencia de subsidiariedad” autónoma, a desarrollar junto con la teoría del bien jurídico, nutrida de estudios interdisciplinarios e institucionalizados que definan cuáles son los mecanismos de regulación más eficaces para garantizar la incolumidad de los bienes jurídicos y, al mismo tiempo, que resulten más respetuosos de la libertad individual<sup>359</sup>.

Semejante caracterización importa, correlativamente, negar al derecho penal toda eficacia constitutiva o preventiva de intereses jurídicos. Nótese que, consecuente con esta línea de pensamiento, en cada oportunidad en la que me he tenido que referir sobre su función me he cuidado de asociarlo a la protección de bienes jurídicos. Otra interpretación, amén de asignarle una importancia distinta a la que tiene, se da de bruce con la nota de excepcionalidad que lo define como modelo de intervención. Asimismo, supone prescindir de la moral individual como fuente de criminalización, ante la imposibilidad de adjudicar lesividad al ejercicio regular de tan personalísima potestad (en tanto no suponga un atentado contra la moral pública); evitando así

---

<sup>359</sup>Conf. ROXIN, CLAUS, *“El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”*, ya citado, pág. 01:15.

ingresar al territorio del paternalismo estadual, que se encuentra en las antípodas del reconocimiento de la autonomía ética y desconoce el carácter multicultural de la sociedad actual.

A la luz de estas consideraciones es que, sin ningún miramiento a tesis formalistas del bien jurídico (como aquellas que lo asocian con la mera obediencia a la norma), se defiende la idea de que la afectación a intereses ajenos es presupuesto básico de la criminalización; aunque ello no es igual a sostener que el poder punitivo deba interceder siempre que haya lesividad, pues, como bien señala Roxin: “(e)n aquellos casos en que es posible mostrar la conexión con el bien jurídico, el margen de maniobra de legislador cubre tanto una criminalización como la creación de una infracción administrativa o la renuncia a toda sanción”<sup>360</sup>.

Ocurre que la necesidad de que medie una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos debe conjugarse con las exigencias de los modelos de regulación jurídica que ofrecen otras disciplinas del derecho, a efectos de ensayar respuestas estatales que aprehendan mejor las problemáticas derivadas de los conflictos intersubjetivos; reservando como último remedio la respuesta punitiva frente a la imposibilidad de arribar a una solución que recomponga la paz social<sup>361</sup>.

En este esquema pretenden validarse los delitos de peligro abstracto, que criminalizan en base a un juicio de prognosis estipulado por la ley al diagramar la figura y, en consecuencia, asumen que ciertas acciones conducirán al riesgo del bien jurídico (ya sea por la clase de conducta o por los medios empleados)<sup>362</sup>; individualizando -en la generalidad de los casos- bienes jurídicos de carácter público o colectivo, que resultan compatibles con su indeterminación apriorística, en tanto desconocen de antemano cuál será la acción lesiva posterior o sobre qué objeto recaerá la efectiva lesión.

A mi modo de ver, su legitimación como tipos penales es ciertamente inviable, en tanto suponen habilitar poder punitivo allí donde no hay un daño o riesgo comprobado, sino solo conductas

---

<sup>360</sup>ROXIN, CLAUS, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, ya citado, pág. 01:12.

<sup>361</sup>Con todo, es preciso aclarar que lo afirmado no asume que la sanción penal sea un instrumento pacificador. Comulgando con la *teoría agnóstica de la pena* de Zaffaroni, se estima que el poder punitivo no está llamado a cumplir con ninguna función en particular y que, en todo caso, sirve para evitar un ejercicio anárquico de la venganza privada; pues no repara, no concilia, no previene ni genera mecanismos de composición entre las partes (sin perjuicio de resultar funcional para determinados actores sociales, como los cuerpos policiales, las agencias de seguridad, la política, los medios de comunicación, e incluso para quienes encaran la actividad delictiva como emprendimiento empresarial). Bajo estas premisas, se estima que es una labor infructuosa arribar a un concepto de pena a partir de sus funciones declaradas, ante la imposibilidad de comprobarlas empíricamente, de modo que se opta por declarar directamente que se las desconoce. Desprovisto así de un ropaje jurídico, el poder punitivo debe ser considerado como un fenómeno extrajurídico o político (como la guerra); que convoca al derecho penal a ejercer sobre aquél un rol de contención, a fin de evitar que sus manifestaciones más irracionales arrasen con el estado de derecho (detenciones sin orden, desapariciones forzadas, ejecuciones “legales”, apremios y torturas, etc.). Al respecto, ver ZAFFARONI, EUGENIO R. – ALAGIA, ALEJANDRO – SLOKAR, ALEJANDRO, ob. cit., pág. 54 a 65.

<sup>362</sup>Conf. BAIGÚN, DAVID, “Los delitos de peligro y la prueba del dolo”, editorial B de F, Montevideo, año 2007, pág. 17.

inocuas y distantes a la agresión (a modo de actos preparatorios, impunes de acuerdo con la teoría del *iter criminis*, en razón de su equivocidad); en franca violación al principio de ofensividad consagrado en la constitución nacional. En refuerzo de esta interpretación, caben algunas reflexiones adicionales que vienen de la mano de Hirsch, quien advierte que los delitos de peligro abstracto facilitan la expansión irracional del poder punitivo, pues renuncian a probar la lesión efectiva al bien jurídico y se conforman con demostrar lo peligroso de la acción; lo que trae aparejado, como consecuencia indefectible, una mayor laxitud en los requisitos para castigar y una merma en las posibilidades de ejercer una defensa eficaz frente a la acusación<sup>363</sup>.

La figura del art. 17 de la Ley 12.331, precisamente, impone una prohibición con base en la fórmula propia de los delitos de peligro abstracto, pues sus requerimientos típicos no incluyen – siquiera a modo de inferencia lógica- un riesgo específico para un bien jurídico; sea por la posibilidad o bien por el efectivo contagio de una enfermedad venérea. Ese resultado socialmente disvalioso no se encontrará ligado a la comisión de la conducta típica, sino que se encuentra supeditado a que alguno de quienes participen de los encuentros sexuales posea una enfermedad de estas características y a que se omita adoptar los métodos profilácticos pertinentes.

Se rechazan, entonces, aquellas posturas doctrinarias que detectan otra forma de riesgo, aun cuando demanden comprobar en el caso concreto la efectiva colocación del bien jurídico en una situación riesgosa. En un trabajo reputado de interés pese al disenso, Susana Chávez supo exponer que *“(e)n ese orden de ideas, entiendo que el artículo 17 de la ley 12.331 debe ser analizado como un delito de peligro concreto. De ello se sigue que, en cada caso, habrá que verificar si ha existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real, siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva. Si analizamos el artículo 17 en relación al bien jurídico salud pública, cabe concluir que a acción de sostener, regentar o administrar una casa de tolerancia no implica, por sí misma, un peligro concreto para la salud pública. En efecto, y como ya se ha expresado precedentemente, si hubiera una puesta en peligro o lesión de la salud pública, ya sea por la posibilidad o el efectivo contagio de una enfermedad venérea, ello va a ser consecuencia no de la conducta típica sino de la omisión de usar profiláctico, ya sea por parte de quien presta o quien requiere los servicios sexuales”*<sup>364</sup>.

---

<sup>363</sup>HIRSCH, HANS J., *“Derecho Penal. Obras completas. Tomo I”*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2000, págs. 65 y sgtes.

<sup>364</sup>CHAVES, SUSANA N., *“Análisis del art. 17 de la ley 12.331: el peligro concreto del peligro abstracto”* en *“Libro X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal”*, del Sistema Argentino de Información Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, año 2013, pág. 142 (texto accesible a través del siguiente enlace web: [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140199-chaves-analisis\\_art\\_17\\_ley.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140199-chaves-analisis_art_17_ley.htm)).

A mi modo de ver, son desacertadas las soluciones como la ofrecida, pues altera el orden en que el hecho punible debe analizarse: la conceptualización de la figura del art. 17 de la Ley 12.331 como delito de peligro concreto o abstracto no está supeditada a la interpretación que se haga de la prueba, sino a la técnica legislativa empleada en la conformación de los elementos del tipo objetivo. Este no contiene elementos descriptivos o normativos que aludan a un riesgo específico, sino que ante la simple verificación de que el agente se haya en una situación conectada causalmente –de manera mediata o remota- con una afectación a la salud de la comunidad presume *iure et de iure* que pone el bien jurídico en riesgo y por tanto le asigna una consecuencia jurídica.

Remitir al análisis de la evidencia supone, amén de *poner el carro delante del caballo*, por alterar las premisas de análisis del silogismo jurídico que informa toda resolución de mérito, agregar requisitos extratípicos a la figura para darle operatividad como norma prohibitiva. Ahora bien, lo expresado no debe interpretarse más que como un intento por asignarle la ubicación dogmática que le corresponde; al conceptuarse como un tipo penal que atrapa acciones y medios que, en el plano real, abren la posibilidad –estadísticamente estudiada- de que les siga una consecuencia reputada nociva, es decir, que se encuentran asociados a una vehemente probabilidad de lesión.

Otro interrogante que se buscó responder en este capítulo redundó en la naturaleza del bien jurídico afectado en el art. 17, mediante una interpretación respetuosa de la autonomía individual y de la diversidad ajustada a parámetros culturales actualizados; pues si bien estas prerrogativas gozan de reconocimiento constitucional desde la época fundacional, fueron adquiriendo un contenido más nutrido desde la redacción de la norma hasta nuestros días (especialmente tras la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de los tratados de derecho humanitario, cuyas directrices están orientadas, ciertamente, hacia un estado protector de las libertades individuales).

Se rechazó, así, que la honestidad u honra sexual sean los valores de resguardo, al encontrarse circunscriptos a un ámbito de pura reserva individual. También se analizó si no cabía conceptualizarlo como un delito con la integridad sexual, tal y como algunos autores lo han caracterizado<sup>365</sup>; y se ha desechado esta posibilidad en base a que, a diferencia de lo que ocurren con los artículos del actual título III del libro II del código penal y el delito de trata de personas, no prevé ninguna conexión subjetiva entre el autor y quien se prostituye, sino una forma de vinculación particular con un objeto o lugar.

---

<sup>365</sup>A modo de ejemplo, se cita a Tenca, quien opina que la razón de ser de la Ley 12.331 es eliminar la figura del proxeneta, que pretende vivir a expensas de las prostitutas colocándolas generalmente al borde de la explotación. El bien jurídico, de acuerdo con su interpretación, va más allá de la salud pública; pues en tal caso también se atentaría contra ella mediante el ejercicio individual de la prostitución, que –como ya se ha visto- no es delictivo para nuestro ordenamiento jurídico penal (Conf. TENCA, ADRIÁN M. “*Delitos sexuales*”, ya citado, pág. 274).

Además, analizando el contenido de las prohibiciones que traen los ilícitos ligados a la prostitución, se advierte que el ámbito de prohibición que trae el art. 17 no vendría a cubrir ningún vacío legal entre figuras, pues todas las formas de incidir sobre la voluntad del trabajador sexual se encuentran cubiertas por aquéllas (iniciar a otro en la prostitución, alentar a que se mantenga en ese estado, allanar el camino a quien decidió prostituirse, explotar económicamente la actividad sexual de un tercero, someterlo a una condición cercana a la esclavitud a fin de su explotación sexual; con sus correspondientes circunstancias agravantes); de modo que, de conceptualizarlo como un ataque contra la libertad sexual, la conclusión a que habría que arribar a que su inclusión dentro del ordenamiento jurídico penal es absolutamente sobreabundante.

En este tren de ideas, tampoco parece adecuado adjudicar a la figura un rol instrumental en la intervención de la libertad e integridad sexual como bien jurídico, o sea, validar la represión de quienes participan de las actividades comerciales de una casa de tolerancia en aras de desalentar la trata de personas<sup>366</sup>. Si bien es cierto que estos locales son el ámbito donde comúnmente se desarrollan las actividades de explotación sexual, resulta igualmente claro que el supuesto en análisis circunscribe la conducta reprochable a una simple vinculación, de contenido económico u organizacional, con el prostíbulo, con indiferencia de si media entre el autor y quien se prostituye alguna relación de predominio encuadrada dentro de los tipos penales ya mencionados. Lo que se pretende poner de resalto es que no todos los casos de infracción al art. 17 se comportaran como antesala o vehículo del delito de trata de personas; pues en este esquema de pensamiento se estaría marginando toda una constelación de situaciones en las que el trabajador sexual participa de la actividad ejerciendo una autodeterminación plena.

Desde una perspectiva concurrente, puede decirse que si durante la actividad adquisitiva de prueba se comprueba que en la casa de tolerancia se cometen, *adicionalmente*, delitos contra la libertad o integridad sexual, la imputación a formularse a sus sostenedores, administradores y regentes se resolvería de acuerdo con las reglas del concurso de delitos; en función de que –de acuerdo con el intérprete- los hechos endilgados involucren acciones independientes con distinta significación jurídica (concurso real), encuadren simultáneamente en más de una norma prohibitiva (concurso ideal), o bien concreten los elementos objetivos de distintos tipos penales, y la aplicación de uno de ellos resulte preponderante, por comprender el injusto de los otros junto a un plus de ilicitud (concurso aparente). Lo que se pretende dejar en evidencia es que constituye una infracción que goza de completa autonomía respecto del delito de trata de personas, pues

---

<sup>366</sup>Existe jurisprudencia que abona la prohibición de las casas de tolerancia como artilugio para alcanzar otras metas punitivas. Así, se ha dicho que el tipo penal en cuestión constituye un “(...) soporte de prevención de aquellas conductas que resultaron y resultan socialmente reprobadas, e íntimamente entrelazadas con otros comportamientos de relevancia jurídico penal” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, 28/6/2011 “D.B.T y otros s/ procesamiento e inconstitucionalidad”). A mi modo de ver, no es inocente la inclusión de la voz *relevancia*, sino que es un claro indicador de que, por oposición, la conducta del art. 17 no tiene ninguna; pues en caso contrario, bastaba con anteponer a dicho sustantivo abstracto el adjetivo de *igual* o *mayor*.

intercede en intereses de otro orden; más allá de que en modo alguno se admite que corresponda darle tratamiento jurídico penal.

Además, y sin perjuicio de lo que será dicho en el capítulo siguiente, este trabajo defiende la postura de que en todo estado de derecho que se precie de tal es inconcebible apelar a la incriminación con una finalidad distinta de reprimir la conducta que individualiza la norma; más aún cuando están en juego espacios que remiten al ejercicio de la autonomía individual (en este caso, decidir con quién tener relaciones sexuales). Para reprimir el flagelo de la trata de personas están las herramientas punitivas que proporcionan los artículos 145 bis y ter del CP; y no es necesario apelar a una figura secante como forma de desalentar esta práctica.

Por otra parte, no parece acertado reconocer a la salud pública como el bien jurídico que individualiza el art. 17. En primer lugar, por una cuestión de coherencia normativa. Por un lado, se advierte que la Ley 12.331 es un conglomerado de disposiciones de naturaleza diversa (civil, administrativo y, en ciertos supuestos, penal), orientadas a sistematizar el tratamiento sanitario-asistencial de las enfermedades venéreas mediante la prevención del contagio y la atención de los afectados.

Por otro, es de tener en cuenta que otra de sus normas remite directamente al código penal – dentro de los delitos contra la salud pública- para completar la prohibición (el art. 18, de contagio doloso de una enfermedad venérea, que dispone estar a la pena del art. 202 CP, que reprime la propagación de enfermedades contagiosas). Por consiguiente, dado que el art. 17 es parte de un universo normativo que -como bien señala el nombre de la ley- se encuentra consagrado a la profilaxis de las afecciones de transmisión sexual, y toda vez que no contiene una cláusula de reenvío análoga, se torna compleja la tarea de asignarle un rol definido como delito contra la salud pública.

Su remota conexión con este valor ha movilitado a ciertos autores a trazar una diferencia esquemática entre la salud pública y la salubridad pública como bienes jurídicos autónomos, enrolando la prohibición del art. 17 dentro de esta segunda categoría; comprensiva de aquellos ataques contra el interés estadual de asegurar y mantener las condiciones necesarias para alcanzar el bienestar físico o psíquico a nivel colectivo. En otros términos, la figura criminaliza acciones situadas en un estadio previo a la generación de un riesgo para la salud colectiva, no lo genera *per se*.

La conducta de sostener, administrar o regentear un prostíbulo no acarrea un peligro directo de proliferación de enfermedades venéreas, sino que supone quebrantar determinadas condiciones sanitarias dispuestas a los fines de su prevención (la proscripción de los cabarets, como foco de transmisión); al promover la actividad comercial de un local donde se intercambian favores sexuales de manera indeterminada y promiscua, que eventualmente pueden llegar a derivar en

un riesgo de contagio (en caso de que durante los intercambios sexuales no se adopten los recaudos adecuados).

El análisis conduce, asimismo, a tener serios reparos a la hora de conceptualizar a la figura como tipo penal. Los términos de su redacción, que remiten a un bien jurídico intermedio conectado -mas no identificado- con la salud pública y plantean un panorama de riesgo remoto (abstracto) de lesión, asumen mejor las características de una infracción contravencional; mejor alineado a los postulados de salubridad pública, moral e higiene colectiva que orientaron la redacción de la Ley 12.331. La descripción de conductas que se comportan como formas de usar y servirse de un objeto que puede llegar a generar peligro (la casa de tolerancia) y la baja penalidad impuesta en caso de primera condena (multa pecuniaria) son datos que, interpretados a la luz de los criterios cualitativos y cuantitativos de distinción entre delito y contravención, abonan la plausible interpretación de que el art. 17 responden a la segunda clase de infracciones.

En este punto se siguen los lineamientos del trabajo de Tazza; quien, en abono de su postura y avalándola con un referente del derecho penal, supo señalar que *“(e)l hecho de que la disposición se encuentre contenida en una ley nacional y no en un catálogo infraccional provincial o municipal no es óbice para descartar aquel razonamiento, ni para quitarle aquél carácter. En esta directriz, ha sido el propio Sebastián Soler quien al proyectar el Código de Faltas de la provincia de Santa Fe incluyó una disposición similar dentro de dicho ordenamiento. Vemos entonces que a criterio del gran tratadista argentino el hecho no era más ni menos que una infracción contravencional y así lo consideraba al elaborar ese cuerpo normativo. Si facilitar o promover la prostitución de mayores sin coacción no era delito, menos aún podría serlo para quienes sólo se encargaban de administrar o de mantener el lugar sin incidir en lo más mínimo sobre la psiquis de las trabajadoras, a quienes incluso podían no conocer personalmente, lo que demuestra indudablemente que no es acertado asegurar que el art. 17 de la 12.331 es un delito en términos penales, sino una simple falta o contravención, lo contrario implicaría sancionar penalmente a un auxilio o simple colaboración de un hecho principal, que de por sí, era impune”<sup>367</sup>.*

Ocurre que la norma contravencional se comporta como un cinturón que rodea a la norma punitiva, pudiendo incluir dentro de su espectro de intervención actos que pueden considerarse como preparatorios de delitos<sup>368</sup>; en tanto reacciona frente a bienes jurídicos periféricos (como la salubridad pública, respecto de la salud pública) que se ubican en una zona al margen del

---

<sup>367</sup>TAZZA, ALEJANDRO O., *“La Ley de profilaxis antivenérea y la afectación a la salud pública”*, ya citado, pág. 45.

<sup>368</sup>A modo de ejemplo, puede citarse el art. 111 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que reprime a quien conduzca un vehículo automotor en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias que disminuyan su capacidad de manejo, por el solo hecho de hacerlo; actividad ésta que –siguiendo los lineamientos de la teoría del *iter criminis*- podría catalogarse como preparatoria de un delito de homicidio o de lesiones (en cualquiera de sus graduaciones, de acuerdo a su entidad), a perpetrarse con dolo eventual.

derecho penal. Pese a ello, no le está impedido participar de varias de sus características (sus principios rectores, su sistema de atribución de responsabilidad, etcétera); sin dejar de comulgar con institutos propios del derecho administrativo sancionador (en materia de sanciones, en la imposición –en determinados casos- de responsabilidad en función de conductas meramente infractoras, en la penalización de personas de existencia ideal por actividades contraventoras realizadas en su nombre, bajo su amparo o en su provecho, etcétera).

Con todo, no se pasa por alto que, aun cuando los criterios de distinción cuantitativos no son suficientes para decir qué es contravención y qué es delito, la pena prevista para los casos de reincidencia en la infracción (con una escala máxima de tres años de prisión, sin posibilidad de ejecución condicional) luce desproporcionada comparándola con el catálogo de respuestas que puede ofrecer el sistema contravencional (un breve muestreo de los distintos códigos provinciales basta para dar cuenta de ello); lo que, justo es admitirlo, trae dificultades para arribar a la solución ofrecida.

La interpretación que aquí se hace sobre el punto es que la deficiente técnica legislativa empleada para construir la infracción, desentendida de la *ratio legis* de la 12.331, termina imponiendo una prohibición penal con presupuestos de hecho más propios de una contravención que de un delito; y que por ello huelga una reforma que modifique las penalidades (reduciéndolas en caso de reiteración), a fin de poder darle la ubicación sistemática que le corresponde sin provocar desajustes dentro del *corpus iuris* contravencional. Otra opción que se reputa válida es suprimir el artículo 17 directamente y dejar librado al ámbito discrecional de cada legislatura provincial la inclusión de una figura con contornos análogos y definir bajo qué presupuestos específicos cobraría operatividad como norma prohibitiva.

Sin embargo, corresponde dejar aclarado en este punto del desarrollo del trabajo que las soluciones propiciadas no obstan a que, subsidiariamente, se pueda escoger por abandonar toda regulación punitiva y suplantarla por una intervención de corte netamente administrativo; enfocada -amén de controlar las condiciones de habilitación de los locales y de los trabajadores, la seguridad e higiene, etc.- en verificar la adopción de métodos de profilaxis de enfermedades venéreas dentro del establecimiento (respetando la intimidad de los sujetos de control, claro está). La elección de este criterio puede realizarse conforme a una lectura de los presupuestos de hecho que, ante tan remota conexión con la posibilidad de un daño, lisa y llanamente descarte la ofensividad de la conducta; dejando sin basamento la respuesta de reproche, cualquiera sea su naturaleza jurídica.

En el próximo apartado de la obra habrá un nutrido desarrollo de las razones que habilitarían una intelección de estas características; en tanto se destinarán numerosos esfuerzos intelectuales a la tarea de demostrar que las conductas típicas del art. 17 de la Ley 12.331, bajo un prisma

interpretativo constitucional, son susceptibles de enmarcarse dentro de la constelación de acciones exentas del contralor jurisdiccional.

**V.- CAPÍTULO IV: OBJECIONES CONSTITUCIONALES AL ART. 17 DE LA LEY 12.331:**

**A) PROPUESTA DE ABORDAJE:**

En los desarrollos precedentes traslució la idea de que la norma bajo análisis, conforme a la hermenéutica que sigue y defiende este trabajo, estaría reñida con específicas directivas emanadas de nuestra *carta magna*. Concretamente, la contradicción más abierta que se verifica se da en relación a las previsiones de la primera parte del artículo 19; cuyo texto, si bien ampliamente conocido, no está de más repasar: “(l)as 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”. Tampoco es ocioso señalar que esta manda se ve complementada por algunas disposiciones que —a través del art. 75, inc. 22, CN- integran el bloque constitucional de nuestro sistema jurídico; como ocurre con el artículo 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y con el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>369</sup>.

La norma receipta el principio de autonomía personal, eje fundamental del modelo liberal que inspiró a la Constitución Nacional de 1853 y que se impuso en el marco constitucional latinoamericano; que perseguía el doble objetivo de equilibrar el poder público y de asegurar la neutralidad moral del Estado. En este esquema, la autonomía individual se presentaba como una barrera infranqueable para que “los individuos pudieran vivir sus vidas del modo elegido por ellos mismos”<sup>370</sup>. Su relevancia es ostensible, pues distingue el ámbito en el cual las personas son libres de hacer lo que mejor les parezca, y dentro de ese ámbito se enmarca el ejercicio de los restantes derechos previstos en la Constitución, convenciones internacionales y leyes.

Ocurre que la manda en cuestión consagra un principio de libertad negativa o de no interferencia de la esfera pública en la vida privada de los individuos, en procura de asegurar el pleno ejercicio de la autonomía individual dentro de un estado de derecho<sup>371</sup>; mientras que la figura legal

---

<sup>369</sup>El primero de los artículos citados establece que: “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”; mientras que el restante, en su segundo párrafo, estipula: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

<sup>370</sup>Conf. GARGARELLA, ROBERTO, “Constitucionalismo y Privacidad”, en GARGARELLA, ROBERTO (Coord.), “Teoría y Crítica del Derecho Constitucional”, Tomo II, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2010, pág. 784.

<sup>371</sup>Corresponde hacer en este punto la salvedad de que la lectura especializada traza un marcado distingo entre la autonomía como idea de no interferencia y la autonomía personal propiamente dicha. El segundo supuesto es identificado con una condición contingente de las personas, producto de sus propias decisiones a la hora de llevar adelante -por sí mismas- los cursos de acción correspondientes a sus planes de vida;

estudiada supone una injerencia estatal –de tinte represivo- sobre una actividad desarrollada en una esfera de completa privacidad, que no afecta intereses subjetivos por fuera de los involucrados y que, en principio, no comprometería la vigencia de ciertas convenciones sociales sobre valores reputados básicos para la coexistencia.

Ahora bien, para evitar que la cuestión se vea reducida a un mero ensayo de afirmaciones dogmáticas, infértiles en cualquier ensayo con vocación crítica, las proposiciones señaladas requieren de una serie de precisiones que le provean de un contenido concreto. Justamente, en estas consideraciones se detendrá el presente apartado que, guardando fidelidad a la metodología seguida hasta el momento, procurará elaborar un desarrollo teórico de las premisas reputadas esenciales en el análisis de la cuestión, para luego trazar un *íter* que las ensamble, les otorgue cohesión y, claro está, que termine cimentando las bases para ensayar la hipótesis considerada válida.

En tal sentido, cabe señalar que las reflexiones iniciales trasuntaran por indagar sobre las implicancias del acto de interpretar un texto jurídico y, más precisamente, en lo que representa desentrañar el significado de las cláusulas constitucionales. Asimismo, se dedicaran unas cuantas palabras a los distintos modelos que la doctrina constitucional ofrece para encarar la labor interpretativa (identificando -aunque sea someramente- su extracción ideológica, para una mejor comprensión de sus propuestas) y otras tantas a las dificultades que comúnmente aparecen durante la intelección del texto constitucional; adelantando que, tanto por la incidencia de las discusiones que se suscitan en el campo del derecho como por la influencia de factores que exceden la disciplina, no existen soluciones que gocen de aceptación generalizada.

Ello, sin embargo, no obstará a que del desarrollo se extraigan (aunque sea siguiendo criterios antojadizos, mas debidamente fundados) las pautas intelectuales necesarias para formular el análisis de compatibilidad subsiguiente; pues solo determinando bajo qué parámetros se han de dilucidar los alcances del artículo 19 CN y, por supuesto, definiendo cuáles son las dimensiones atribuidas a dicha formulación normativa, será posible sopesar con atendibles fundamentos si la figura típica del art. 17 de la Ley 12.331 termina por adecuarse o no a sus exigencias.

Así, se entiende preciso partir de un consenso (siquiera provisional, al solo efecto de transitar el camino argumental propuesto) respecto al contenido que cabe atribuir a las locuciones *acciones privadas, orden público y moral pública* conforme a una lógica constitucional admisible. También se dedicarán algunas consideraciones al principio de daño o la exigencia de la afectación a

---

mientras que la primera categoría, reconociendo el valor de aquélla y operando como condición necesaria para su ejercicio, supone el compromiso asumido por el estado de asegurar que no existan invasiones arbitrarias a esa esfera de libertad, es decir, que no existan imposiciones, interferencias o proscripciones de determinadas formas de conducta por fuera de la propia conciencia del individuo. Al respecto, ver LOSA, JUAN, “*Libertad Negativa, Autonomía Personal y Constitución*”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 44, N° 2 (mayo- agosto 2017), págs. 497 a 498.

terceros, aunque someras dado que a mi entender la cuestión ha recibido amplio tratamiento al desarrollar la temática relativa al bien jurídico.

En función de todo ello, se ensayará un plausible juicio de subsunción de la norma analizada, en aras de determinar si es o no sostenible afirmar que el tipo penal compromete la vigencia de aquellas nociones centrales; tarea que demandará una exposición que, a efectos de verse más enriquecida, vendrá acompañada por algunos criterios jurisprudenciales de interés en la materia, empleados a modo de citas de autoridad.

## **B) SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL:**

Conviene comenzar planteando una nueva incógnita que, no por básica, deja de ser esencial: *¿a qué nos referimos con interpretar?* Las definiciones más aceptadas estipulan que por interpretar debe entenderse el acto de conceder o reconocer significado a ciertos símbolos o signos (palabras, conductas, objetos, etc.), a través de un proceso intelectual sujeto a las pautas consideradas válidas dentro de la disciplina de que se trate (ciencias, arte, literatura, música, etc.). Y cuando la materia a ser estudiada es jurídica, la interpretación es definible como la *“explicación o declaración del sentido de una cosa, y principalmente el de textos faltos de claridad. Conveniente aclaración del texto y espíritu de la ley a fin de conocer el verdadero sentido que el legislador quiso darle (...)”*<sup>372</sup>. Si bien sujeta a algunas disquisiciones (que se irán formulando en los párrafos por venir), la definición se valora como útil para iniciar el camino argumental que se busca ensayar.

La importancia de la interpretación en el ámbito jurídico es innegable, pues representa la principal tarea del operador; dado que el texto legal -necesariamente escueto- apenas proporciona un punto de partida para determinar los derechos que asisten a los justiciables; y es la interpretación la que brinda a estos axiomas alcances definidos. En otras palabras, implica inferir cuál es el rendimiento de una prohibición, mandato o facultad según los términos empleados en la redacción de la norma. Solo así es posible arribar a una decisión que asegure que los intereses controvertidos han sido debidamente justipreciados; a partir del trazado de una relación de preeminencia de unos por sobre otros.

Y en lo tocante al orden jurídico constitucional, la interpretación adquiere una relevancia superlativa, en función del carácter abierto y amplio de la carta magna, que demanda un mayor esfuerzo exegético que en otros sectores del ordenamiento, cuyas normas son más detalladas<sup>373</sup>; amén de que, por su intermedio, se asigna sentido a las pautas fundamentales que organizan la

---

<sup>372</sup>VALLETTA, MARÍA L., *“Diccionario Jurídico”*, ya citado, pág. 401.

<sup>373</sup>Conf. HESSE, KONRAD, *“Escritos de Derecho Constitucional”*, editorial de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, año 2012, pág. 58.

convivencia política de un país y, por ende, de ella depende la vigencia de las demás leyes, las cuales hasta pueden quedar expulsadas del ordenamiento en caso de ser tachadas de inconstitucionales.

Respecto a lo que su exégesis representa, es dable entender que: a) la interpretación constitucional demandaría una operación intelectual idéntica a la del derecho en general; o b) existirían diferenciaciones en el acto de interpretar, atendiendo a las implicancias políticas de la carta fundamental, en el entendimiento de que el control constitucional es una forma de ejercer control político. La diferenciación no es meramente terminológica, pues guarda estrecha relación con el modo en que el poder se distribuye entre los órganos de gobierno y en que se asignan y reconocen derechos; así como también en la forma de moldear el modelo de sociedad. Los términos abiertos, indeterminados y amplios de los textos constitucionales habilitan a un gran margen interpretativo con ese potencial transformador; aserción que conduce inexorablemente a preguntarse respecto a quién cabe asignar tamaña porción de poder: a los jueces encargados de dictar la ley o a los legisladores que la crean.

Es claro que la discusión excede -por mucho- los propósitos del presente análisis; bastando con señalar que, en tal sentido, existen dos posturas o modelos de rol interpretativos en relación antagónica: *activismo* o *autolimitación (self-restraint)*. La primera implica asumir que los jueces se encuentran facultados para plasmar en sus decisiones sus preferencias políticas, con indiferencia de aquéllas que haya tenido el legislador al momento de dar vida al texto legal; buscando con las mismas -pese a no tener un basamento sólido en la constitución- alcanzar fines sociales valiosos, importantes o deseables. La doctrina activista pone el énfasis en la necesidad de adaptación a las demandas cambiantes de la época (a nivel social, político, tecnológico, moral, etc.); tomando a la constitución como un *documento viviente*, que se mantiene vigente por su permeabilidad a la evolución de las pautas culturales, sin necesidad de apelar a complejos procesos de reforma que retrasan la respuesta exigida.

Así, los tribunales considerados activistas buscan expandir el rol judicial en comparación con el rol asignado a los órganos políticos y legislativos, al implementar y desarrollar principios constitucionales y -particularmente- al momento de plasmar la garantía de los derechos fundamentales en sede judicial. Son magistrados que abrazan la ideología de que las obligaciones que fijan las constituciones también involucran el deber del cuerpo legislativo de abstenerse de vulnerar derechos esenciales y de hacer cesar cualquier vulneración potencial o en curso<sup>374</sup>.

---

<sup>374</sup>Conf. SCACCIA, GINO, "Cortes supranacionales de justicia y activismo judicial", en revista "Teoría y realidad constitucional", Número 44, editorial UNED, Madrid, año 2019, pág. 189 (artículo publicado en el sitio web dialnet.unirioja.es).

En el mismo trabajo, el autor señala que las corrientes contrarias al activismo judicial (difícil de conceptualizar apriorísticamente) lo caracterizan, desde una mirada política, como una interferencia en la

La otra aboga por que el juez guarde un rol de autocontrol, respetuoso de la voluntad del cuerpo legislativo, aun cuando sus inclinaciones lo conduzcan a fallar de otro modo; a menos que en el *thema decidendum* se verifique una abierta contradicción con las prescripciones constitucionales. El juez debe sostener la constitucionalidad de la ley, siempre que exista una interpretación amparada por la carta magna, y debe mantenerla, aun cuando no le resulte preferente. Esta última posición se apoya en que el juez, a diferencia del legislador, no cuenta con representación popular; resultando entonces inadmisibles que ciertas decisiones de capital relevancia institucional queden libradas a su mero arbitrio. Tal doctrina promueve el valor de la democracia constitucional, pone delante la voluntad del constituyente y –a igual tiempo- exalta como valores la estabilidad o perdurabilidad y la certeza sobre el contenido de las decisiones constitucionales; lo que redundará en un mayor nivel de previsibilidad, es decir, de seguridad jurídica.

El análisis planteado tampoco puede soslayar la existencia otra problemática interpretativa en torno a si la constitución debe ser seguida como un texto o bien comprenderse de una manera más amplia. Nuevamente, se advierten posiciones encontradas sobre el punto; tributarias del

---

esfera de decisión que concierne al legislador democrático o bien, ciñéndose a consideraciones de hermenéutica jurídica, como la actividad propia de aquellos jueces que: a) no se limitan a la reconstrucción del sentido legislativo, sino que propenden a una reconstrucción más general, incluyendo elementos innecesarios para la resolución del caso (incorporando abundantes *obiter* y un uso sobreabundante de los tratados y la jurisprudencia); b) definen los contenidos legales de forma más innovadora y original en comparación con las interpretaciones prevalentes; c) no se ubican en la perspectiva del legislador (considerando los trabajos preparatorios de la ley o la voluntad histórica del legislador) para esclarecer las dudas interpretativas que suscitate la lectura del texto, con lo cual no consideran la forma en que aquél habría esclarecido estos interrogantes si se les hubieran presentado en su época (ob. cit., págs. 184 y 185).

*positivismo jurídico*<sup>375</sup> y del *iusnaturalismo*<sup>376</sup>. De acuerdo con una visión, la constitución es un texto que debe ser interpretado, mientras que para la otra corriente, si bien el texto es la base, la

---

<sup>375</sup>Esta corriente de la filosofía del derecho –en términos generales- reúne tres características esenciales: a) representar una aproximación epistemológica no valorativa al estudio del derecho, un modo de encararlo que distingue netamente entre *lo que el derecho es* y *lo que el derecho debería ser*. No es preciso que medie entre ambas ideas una conexión conceptual (que remite a las nociones de moral y justicia), aun cuando puedan llegar a darse coincidencias entre estos órdenes; b) concebir al derecho como la resultante de un proceso (coactivo) de organización de las pautas sociales, cuyo cometido es imponer mandatos por medio de un sistema integrado de leyes, dispuestas en relación de dependencia y jerarquía; c) las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales, dado que por su intermedio se alcanzan determinados fines valiosos (con prescindencia del valor moral de sus reglas), como son el orden, la paz, la certeza y la justicia legal. Al respecto, ver SERNA, PEDRO, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos*, editorial Porrúa, México, año 2006, págs. 16 a 21.

Valgan algunas palabras de Kelsen –uno de los principales cultores de la escuela positivista jurídica- para ilustrar sobre la hipótesis defendida:“(…) *la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Más un orden jurídico debe ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite*” (KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, tercera edición, editorial Eudeba, Buenos Aires, año 2018, pág. 41).

Sin ánimo de sobreabundar en la cuestión, pero sí de ofrecer mayores elementos de análisis, me permito citar a Andrés Rolser, defensor del paradigma, quien ha señalado que: “(…) *el derecho que es no tiene por qué coincidir con el derecho tal como nos gustaría que fuera, es decir, con nuestras creencias morales o políticas –u, obviamente, con nuestro autor favorito-, y esto no tiene por qué ser necesariamente una mala noticia, sobre todo si el derecho pretende tener autoridad antes que dar respuestas correctas. Después de todo, el derecho tiene autoridad debido a que existen desacuerdos acerca de cuál es la respuesta correcta y a que el contenido del derecho varía según las épocas. El derecho, que a su vez estipula cuáles son nuestros derechos, no es entonces en sí mismo un instrumento de justicia, sino un sistema normativo institucional diseñado esencialmente para resolver conflictos sobre la justicia.*” (ROSLER, ANDRÉS, *La ley es la ley*, segunda edición, editorial Katz, Madrid, año 2020, págs. 16 y 17).

<sup>376</sup>De acuerdo con esta concepción, las normas jurídicas no son lo primero en el mundo del derecho ni representan un fin en sí mismas, sino que constituyen los medios que conducen a la solución justa del caso concreto; ofreciendo pautas interpretativas que, si bien han de gozar de alto grado de acatamiento, no agotan las orientaciones del juzgador a la hora de decidir. El derecho, entonces, se define por asociación al valor moral de justicia; tomando como fundamento no sólo la norma positiva, sino también la naturaleza del hombre, la realidad de las cosas y el mundo cultural en que la actividad jurídica se inserta (conf. SANTIAGO, ALFONSO, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, editorial Marcial Pons, Buenos Aires, año 2010, págs. 48 a 51).

Adentrarse en el conocimiento de la corriente implica advertir que esta conexión entre derecho y moral tiene tratamiento diverso según la tesis que se tome como punto de partida, pues hay variaciones en el pensamiento isunaturalista que exhiben independencia y no siempre resultan compatibles entre sí. Para éstas: 1) las normas de todo sistema jurídico reflejan de hecho los valores y aspiraciones de la comunidad en que rigen, o bien de los grupos de poder que participan –directa o indirectamente- de su dictado; 2) las normas deben ajustarse a ciertos principios que son universalmente válidos, independientemente de que sean aceptados o no por la comunidad; 3) las normas deben reconocer y efectivizar las pautas morales vigentes en la sociedad, cualquiera sea la validez de las pautas desde una moral crítica o ideal; 4) no existe una división tajante entre normas jurídicas y normas morales vigentes en una sociedad; 5) los jueces aplican de hecho no sólo las normas jurídicas sino también normas y principios morales; 6) los jueces deben recurrir a normas y principios morales para resolver cuestiones que no están claramente resueltas por las normas jurídicas; 7) los jueces deben negarse a aplicar normas jurídicas que se encuentren en contradicción con esenciales principios morales o de justicia; 8) si una regla constituye una norma de un sistema jurídico ella

constitución representa también un conjunto de valores filosóficos y morales que subyacen a su redacción; en los que el intérprete debe bucear al momento de interpretar.

En lo tocante a los problemas en la interpretación constitucional, se advierte la existencia de tres familias o conjuntos de conflictos: a) sintácticos, b) semánticos y c) lógicos. En términos generales, se ha dicho respecto a esta clase de problemáticas que *“(e)l significado de una formulación normativa está determinado por el significado de las palabras que la integran y por el orden sintáctico en el que ellas están dispuestas. En numerosas ocasiones, las palabras usadas en formulaciones normativas plantean problemas en cuanto a la determinación de su significado; en otras, el vínculo sintáctico entre los términos de la formulación da lugar a equívocos. De allí se sigue que no siempre es sencillo determinar cuál es la norma expresada por una formulación normativa (...) (e)n el ámbito del derecho, tener dudas de interpretación acerca del significado de una formulación normativa que supone una falta de certeza acerca de la identificación de la norma expresada por esa formulación, es decir, acerca de las soluciones provistas por el sistema jurídico para determinados casos”<sup>377</sup>.*

Lo cierto es que éstos son problemas comunes y estructurales a la redacción de todo texto normativo llamado a perpetuidad, como bien indica Nino al señalar que: *“(e)s un lugar común decir que una Constitución se hace para regir los destinos de un país durante un tiempo indefinido, afrontando contingencias y crisis futuras que no son fáciles de prever en el momento de su sanción. Esto hace que su lenguaje deba ser, por fuerza, lo suficientemente vago y general para permitir esa adaptación. La vaguedad del lenguaje no siempre es un defecto sino que muchas veces es un instrumento indispensable de comunicación (...)”<sup>378</sup>.* A su modo de ver, las indeterminaciones dentro del discurso de la *carta magna* no siempre son la resultante de una redacción defectuosa, sino que *“(...) en muchos casos son recursos intencionales y funcionales para hacer un compromiso entre diferentes exigencias y permitir la adaptación de la Constitución a circunstancias diversas.”<sup>379</sup>*

Respecto a los problemas semánticos, ocurre que en los textos constitucionales (al igual que en el lenguaje normativo en general, que utiliza terminología ordinaria) se suelen suscitar *vaguedades*, por contener lenguaje impreciso (con un núcleo de certeza y zonas de penumbra,

---

tiene fuerza obligatoria moral, cualquiera sea su origen y contenido; 9) la ciencia jurídica debe formular principios de justicia aplicables a distintas situaciones jurídicamente relevantes y evaluar hasta qué punto las normas jurídicas vigentes satisfacen tales principios y pueden ser interpretarse de modo de conformarse con sus exigencias; 10) todo sistema jurídico o norma jurídica, para ser válidos, deben, además de satisfacer determinadas exigencias fácticas, adecuarse a principios morales o de justicia. (Conf. NINO, CARLOS S., *“Introducción al análisis del derecho”*, segunda edición, editorial Astrea, Buenos Aires, año 1998, págs. 16 y 17).

<sup>377</sup>MENDONCA, DANIEL – GUIBOURG, RICARDO A., *“La odisea constitucional. Constitución, teoría y método”*, editorial Marcial Pons, Madrid, año 2004, pág. 98.

<sup>378</sup>NINO, CARLOS S., *“Fundamentos de derecho constitucional”*, editorial Astrea, Buenos Aires, año 2002, pág. 89.

<sup>379</sup>Ídem al anterior, pág. 90.

donde no se sabe a ciencia cierta si se aplican o no al caso concreto) o por usar términos esencialmente controvertidos (expresan un criterio valorativo, que no es compartido por el todo de la población dentro de una sociedad plural, vgr. justicia, dignidad humana, igualdad, libertad).

También poseen *ambigüedades*, es decir, expresiones que en el lenguaje común son susceptibles de dos o más sentidos. Cuando la ambigüedad obedece a la palabra misma, estamos frente a un problema de semántica, mientras que si es la construcción de la frase la que habilita a más de una lectura, nos encontramos con un conflicto de tipo sintáctico; que pertenece a la segunda familia de conflictividades antes mencionadas.

Mendonca y Guibourg describen con meridiana claridad la problemática asociada a ambos tipos de ambigüedades al señalar que *“(...) una formulación normativa es ambigua cuando, en un contexto dado, es posible asignarle dos o más significados; esto es, cuando puede ser interpretada de dos o más modos. Una formulación normativa ambigua expresa más de una norma. La ambigüedad, pues, se presenta como una situación de encrucijada para el intérprete, dado que pone ante él dos o más vías de interpretación y no le suministra indicaciones para elegir una de ellas (...) Lo mismo que las palabras, las oraciones también pueden ser ambiguas. Una oración puede serlo por contener una palabra ambigua, si esa misma palabra (a falta de un contexto esclarecedor) hace a la oración susceptible de ser tomada en más de un sentido; pero la oración también puede ser ambigua sin que lo sean lo sean las palabras que contiene. Es que no sólo las palabras individuales, sino también el orden en que ellas aparecen en la oración puede hacer a la oración susceptible de tener más de un significado”<sup>380</sup>.*

Es interesante destacar que Nino, al referirse al tema, detecta un caso importante de ambigüedad en la expresión *acciones privadas* empleada por el art. 19 CN para definir la esfera de no interferencia estatal; en el entendimiento de que esa expresión puede bien referirse a las acciones realizadas en la intimidad, o bien a las acciones que sólo infringen una moral privada que no concierne a los intereses de terceros. También detecta en el artículo un supuesto de indeterminación sintáctica, por ambigüedad en la oración que compone su primera parte; pues a su modo de ver es posible sostener que la referencia a acciones privadas, a acciones que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, y a acciones que no perjudiquen a un tercero, son descripciones alternativas de la misma propiedad que las acciones deben reunir, o que son descripciones de propiedades distintas, que deben darse acumulativamente para que una acción esté exenta de la autoridad de los magistrados<sup>381</sup>.

Precisamente, los conflictos de tipo sintáctico que se suscitan en el texto constitucional obedecen al modo en que se predisponen los términos que hacen a una frase, si es que ésta habilita a más

---

<sup>380</sup>MENDONCA, DANIEL – GUIBOURG, RICARDO A., ob. cit., págs. 98 y 99.

<sup>381</sup>Conf. NINO, CARLOS S., *“Fundamentos de derecho constitucional”*, ya citado, págs. 92 y 93.

de una lectura y, en consecuencia, a soluciones dispares –y hasta antagónicas- con igual sustento legal (ambigüedad sintáctica).

Los problemas lógicos, por su parte, responden a la presencia de *antinomias*, en casos de contradicciones o incompatibilidades entre normas, que conducen a soluciones jurídicas dispares; pues remite a una colisión de principios que no se puede resolverse mediante los criterios estandarizados de *lex superior* (la ley superior prevalece sobre la inferior), *lex specialis* (la ley especial prevalece sobre la general) o *lex posterior* (la ley posterior prevalece sobre la anterior). Otra posibilidad dentro de esta categoría de inconvenientes es el de las *lagunas*, esto es, ausencia de previsión normativa expresa de prohibición, permisión u obligatoriedad para casos que requieren de una solución jurídica.

Por otra parte, la temática relativa a los principios constitucionales y su ponderación es también meritoria de algunas reflexiones. De acuerdo con Dworkin y Alexy, los principios emanan de la moral de los pueblos y las normas constitucionales vienen a ser un reflejo de esas pautas morales; diferenciándose de las normas en cuanto representan mandatos de valor, con un nivel de abstracción superior, que ordenan el mayor rendimiento posible en la realización de un bien jurídico (de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas existentes). También toman distancia de las leyes en lo que respecta a su aplicación, pues mientras las normas se relacionan mediante la subsunción, los principios, al tener una dimensión de grado o peso, se reconocen entre sí mediante el mecanismo de la ponderación.

Esta operación intelectual consiste en sopesar, buscar puntos de equilibrio entre los preceptos en colisión; aplicándose el mismo procedimiento cuando son derechos fundamentales los que están en pugna, pues son equiparables a los principios en función de su carácter basal del ordenamiento jurídico. Así, en supuestos de colisión entre principios se hace necesario un análisis estratificado de tres pasos: a) de *idoneidad y licitud* para cumplir con la finalidad propuesta; b) de *necesidad*, es decir, imposibilidad de arribar a la misma solución con una medida menos restrictiva de derechos; c) de *proporcionalidad*, de acuerdo con el cual cuanto mayor sea el grado de afectación de un principio mayor debe ser la satisfacción del principio contrapuesto.

De estos parámetros emerge la ley de la ponderación, que se concreta en tres variables: 1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas. Atienza explica que se trata de “(...) un procedimiento con dos pasos: en el primero –la ponderación en sentido estricto- se pasa del nivel de los principios al de las reglas, estos es, se crea una nueva regla. Luego, en el segundo paso, se parte de la regla y se subsume en la misma el caso a resolver”<sup>382</sup>.

---

<sup>382</sup>ATIENZA, MANUEL, “A vueltas con la ponderación”, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, N° 44, año 2010, pág. 53.

Las críticas que comúnmente se realizan a los mecanismos de ponderación redundan en que no tienen asidero constitucional expreso, que remiten a bienes jurídicos que resultan inconmensurables y a que ofrecen demasiado margen para la discrecionalidad del juzgador. En su defensa, algunas voces señalan que el acto de ponderar tiene la virtud de forzar al juez a argumentar y explicitar sus razonamientos, lo que conlleva a garantizar una adecuada defensa de los intereses de las partes, pues habilitan a evaluar y criticar los caminos interpretativos seguidos por el decisor; al igual que destacan sus ventajas como disparador del debate público.

Con todo, aun cuando el texto constitucional no traiga consigo pautas sobre cómo interpretar, existen métodos o criterios aceptados por la cultura jurídica como herramientas útiles para demostrar que una decisión se ha ceñido a la constitución y no a meros criterios antojadizos; necesarios para disciplinar a los magistrados y para evitar cualquier desviación hacia intereses puramente políticos. Son modelos básicos que, adaptados por la jurisprudencia de cada país, se emplean generalmente de manera alternada y, en algunos supuestos, en forma conjunta.

Tales métodos son: 1) el *textualismo*: se enfoca en un acercamiento fiel a los términos más evidentes del texto constitucional. Este método se apoya en una valoración objetiva del lenguaje, prescindente de cualquier consideración política del intérprete. Sus defensores exaltan la seguridad jurídica que ofrece; aunque con ello no se ven acalladas las voces que descalifican el método por no sortear los obstáculos derivados de la redacción del texto mismo (que -como antes fuera dicho- redundan en la ambigüedad, la vaguedad, la contradicción o la indeterminación en los términos empleados). Asimismo, se le achaca dificultad para abarcar la constelación de casos posibles que deben ser aplicados por el texto y ser impermeable a los conflictos interpretativos surgidos a partir de la evolución de las sociedades.

2) *Originalismo*: considera que el significado detrás de la intención original del constituyente es la respuesta a los problemas de interpretación y aplicación de las normas constitucionales. El juez, entonces, debe indagar –mediante documentos externos- cuáles han sido los propósitos que le han dado vida a la máxima para llegar a una interpretación apreciable como correcta. Su ventaja apreciable es la de ofrecer seguridad jurídica, pues el mecanismo supone adoptar criterios estables.

No obstante, se le ha achacado que esa reconstrucción histórica demanda del juzgador una tarea adicional para la cual puede no estar calificado; amén de que no existe consenso en cuanto a la interpretación originalista, pues la evidencia histórica es ambigua y no resulta concluyente; de modo que termina siendo una pura cuestión de arbitrio la determinación de la versión valedera. Asimismo, sus detractores apuntan a que los padres fundadores plasmaron las vivencias propias de su época y no pudieron prever los sucesivos cambios sociales ocurridos hasta nuestros días. La igualdad de las mujeres y de las minorías raciales son un claro ejemplo de avances civilizatorios que ni siquiera se avistaban durante el proceso formativo de las constituciones.

3) *El derecho natural*: esta tesis predica que la constitución y su rol fundacional siempre estuvieron asociados a las leyes de la naturaleza, que comprende derechos inalienables a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Desde muy temprano, se la ha cuestionado por no remitir a regulaciones conforme a estándares fijos. El inconveniente que se advierte en este método es que, en definitiva, habilita a que el juez termine fallando conforme a sus propias convicciones o valoraciones sobre la justicia, llegando, incluso, a desautorizar al texto constitucional mismo.

4) *El precedente*: esta herramienta, que cuenta con gran predicamento en los países del *Common Law*, ofrece como ventaja aceptables niveles de eficiencia, celeridad e imparcialidad; aunque es blanco de duras críticas vinculadas a que ofrece un apreciable margen de incertidumbre, pues el precedente puede ser elegido de acuerdo a la subjetividad del juzgador, es interpretable de manera amplia o restrictiva (lo que le resta predictibilidad), existen precedentes contradictorios en la jurisprudencia y, además, están sujetos a *overruling* o cambio de doctrina. En definitiva, se abriga recelo contra este método por cuanto otorga mucho poder a los jueces y porque, según el caso, supone perpetuar errores de interpretación.

5) *Prudencia*: implica un análisis costo-beneficio (por ello también se conoce como análisis económico del derecho), de acuerdo con el cual si el resultado de una interpretación es inadmisibles, contrario a sentido común o manifiestamente dañino para la sociedad, aquélla debe dejarse de lado; aun cuando se trate de una exégesis fiel a la constitución. Es un método esencialmente pragmático, que busca la mejor solución posible para la sociedad en su conjunto, considerando las consecuencias prácticas de adoptar determinadas interpretaciones constitucionales; siendo denostado por considerarse que se sale del marco del derecho y por su maleabilidad a los avatares políticos.

Estas metodologías de análisis, a su vez, brindan un marco para el ensayo de distintas tipologías de *argumentos jurídicos*; entendidos como conjuntos estructurados de proposiciones -fundadas en la razón- que, partiendo de una premisa y dirigidos hacia una conclusión, operan en respaldo de la interpretación propuesta sobre las formulaciones normativas bajo análisis.

El listado de argumentos jurídicos tradicionales incluye habitualmente las siguientes variantes: 1) *argumento "a simile"*: interpretar la norma controvertida atendiendo a otra formulación legal ya interpretada, con la cual guarde semejanza relevante o idéntica *ratio*; 2) *argumento "a fortiori"*: la norma debe ser interpretada atendiendo a otra formulación normativa ya interpretada, cuya *ratio* valga con mayor razón para aquélla; 3) *argumento "a contrario"*: la norma debe ser interpretada excluyendo de su alcance todo caso distinto del expresamente incluido; 4) *argumento "a rubrica"*: la norma debe ser interpretada atendiendo a los títulos y a las divisiones legales que incluyen a aquélla; 5) *argumento psicológico*: la norma debe ser interpretada atendiendo a la voluntad del legislador, voluntad que se manifiesta en su exposición de motivos, preámbulos y trabajos

preparatorios; 6) *argumento sedes materiae*: la norma debe ser interpretada atendiendo al lugar que ocupa en el contexto del que forma parte; 7) *argumento “ab auctoritate”*: la norma debe ser interpretada atendiendo a los precedentes existentes, especialmente los inmediatos; 8) *argumento teleológico*: la norma debe ser interpretada atendiendo a su finalidad objetiva, en el entendimiento de que fue dictada como medio adecuado para alcanzarla; 9) *argumento económico*: la norma debe ser interpretada prescindiendo de aquel (o aquellos) significado(s) que suponga(n) una repetición respecto de lo establecido por otra formulación normativa ya interpretada; 10) *argumento “a coherentia”*: la norma debe ser interpretada prescindiendo de aquel (o aquellos) significado(s) que suponga(n) una contradicción respecto de lo establecido por otra formulación normativa ya interpretada; 11) *argumento “ab adsurdum”*: la norma debe ser interpretada prescindiendo de aquel (o aquellos) significado(s) que de(n) lugar a consecuencias absurdas o que contrasten con valoraciones del sentido común<sup>383</sup>.

Habiendo pasado revista a los puntos salientes de cada uno de estos métodos, huelga señalar que ninguna constitución establece con claridad cuál es la técnica definitiva, que los tribunales no siguen exclusivamente uno en particular, que ninguno de ellos trae respuestas para todos los conflictos interpretativos suscitados en un ordenamiento jurídico dado y que la selección de un método en particular no deja de remitir a un acto puramente valorativo; pues no se vinculan en una relación de jerarquía.

En suma, la indeterminación es una constante dentro de la temática, pues como bien señalara Hesse: “(...) *en los supuestos en que la Constitución no contiene un criterio inequívoco, lo que equivale a decir que en todos los supuestos de interpretación constitucional, propiamente ni la Constitución ni el constituyente han tomado una decisión, habiéndose limitado a proporcionar una serie más o menos numerosa, pero incompleta, de puntos de apoyo de aquélla. Allí donde no se ha querido nada de modo inequívoco, resulta imposible descubrir una voluntad auténtica sino todo lo más una voluntad supuesta o ficticia, y a este respecto tampoco sirve para sacarnos del apuro cualesquiera recursos semánticos como, por ejemplo, el de la obediencia reflexiva del intérprete (...) (e)n razón de su objeto, sólo con reservas cabe admitir que la interpretación sea ejecución y, desde luego, nunca que sea subsunción. Antes bien, deberá partir del hecho de que su objetivo no existe aun realmente*”<sup>384</sup>.

En definitiva, el juez, como intérprete constitucional, cuenta con herramientas conceptuales idóneas para ajustar (dentro de ciertos parámetros de lógica argumentativa) el significado del texto a sus propias predilecciones o a su bagaje intelectual; pues en él habrían de convivir “*dos fuerzas motivadoras: la conciencia jurídica formal, o deseo de respetar el contenido de la norma jurídica, y la conciencia jurídica material, o deseo de hacer justicia de acuerdo con la propia*

---

<sup>383</sup>MENDONCA, DANIEL – GUIBOURG, RICARDO A., ob. cit., págs. 107 a 110.

<sup>384</sup>HESSE, KONRAD, ob. cit., págs. 60 y 61.

*concepción del intérprete. Según las diferencias de magnitud de cada una de estas fuerzas, el jurista leerá la ley de un modo literal, le aplicará los principios de leyes análogas, retorcerá sus palabras de tal modo que permitan entender otra cosa o afirmará lisa y llanamente que la norma es inconstitucional y no debe ser aplicada ni obedecida*<sup>385</sup>.

La descripción pecaría de reduccionista en exceso si se circunscribiese la falta de consenso en la interpretación a un mero arbitrio judicial basado en la formación filosófica-jurídica de cada magistrado; pues supondría asumir la falaz premisa de que tales funcionarios operan en un plano social más elevado que los miembros de los restantes poderes públicos, aséptico de todo condicionamiento político e ideológico. Es claro que, por el contrario, los tribunales operan inmersos en un contexto político que los conmina a interactuar con instituciones y fuerzas políticas; y que ese diálogo inculca intereses extra-jurídicos a sus decisiones, que en muchos casos definen su configuración final<sup>386</sup>.

Lo expuesto conduce a sostener que existe de una amplia gama de posibilidades al momento de posicionarse en el rol de intérprete de la normativa constitucional y de escoger cuáles serán las herramientas intelectuales con las que habrá de llevarse a cabo la tarea para sortear obstáculos que el texto instala; variables éstas que se ven acrecentadas para el caso de utilizar de manera combinada los distintos métodos disponibles. Por tanto, se estima que, en el acto de descifrar el

---

<sup>385</sup>AMAYA, JORGE A., ob. cit., pág. 415.

<sup>386</sup>En un desarrollo muy interesante sobre las vinculaciones entre poder político y control judicial, Moreno Rodríguez Alcalá describe esta realidad, común a todos los ordenamientos jurídicos, tomando como caso testigo diversos estudios empíricos efectuados sobre el sistema judicial estadounidense. Las conclusiones que ensaya pueden sistematizarse en las siguientes premisas: a) los tribunales normalmente no actúan a contrario de las opiniones que prevalecen entre las elites gobernantes y en la opinión pública en general. Y en las pocas ocasiones en que lo hacen, tarde o temprano tienden a amoldarse a los criterios predominantes; b) el hecho de que los demás órganos de gobierno estén dominados por integrantes con una orientación similar a la de la mayoría de los magistrados del tribunal supremo puede influenciar el contenido de los precedentes a dictarse y la jurisprudencia subsecuente, reflejando decisiones que en otras circunstancias no hubieran sido adoptadas; c) los tribunales no son inmunes a las amenazas de los demás poderes políticos. Medidas tales como la reducción del presupuesto, el *impeachment* (proceso de remoción de magistrados o juicio político), el *court packing* (modificación legal de la composición de un tribunal), el recorte de competencias y otros recursos similares han logrado en ocasiones modificar la orientación de la jurisprudencia; d) por otra parte, los tribunales son también actores estratégicos dentro del sistema político, conscientes del impacto que tendrán sus decisiones en los demás órganos y en la opinión pública en un momento histórico determinado. Lo dicho permite presuponer que es improbable que una magistratura, en especial los máximos tribunales, tiendan a adoptar decisiones que generarán resistencia o desobediencia, pues supondría la pérdida de espacios de poder; e) de igual modo, es una práctica frecuente que los magistrados se encaminen a la manipulación de la agenda política, a la hora de seleccionar los casos que serán sometidos a consideración o revisión. Su propósito es empujar la doctrina legal en una dirección políticamente redituable, o bien diferir el tratamiento de cuestiones que generarían enfrentamientos con otros poderes, alternativas éstas que —a su vez— pueden depender de si cuentan o no con respaldo corporativo suficiente; f) finalmente, está la labor de los grupos de presión que, bien organizados y dotados de recursos, procuran ejercer influencia sobre los tribunales para impulsar el avance de una determinada causa o agenda. Al respecto, ver MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, DIEGO, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, año 2011, págs. 222 a 227.

significado de los preceptos constitucionales que este apartado toma como centrales, es dable ensayar explicaciones plausibles sin correr el riesgo de que puedan reputarse como argumentaciones metodológicamente erradas; siempre que, claro está, medie una coherencia interna entre los postulados que las componen y que éstos se muestren debidamente desarrollados.

### C) REFLEXIONES PRELIMINARES Y TOMA DE POSICIÓN:

Tal y como fuera dicho en el apartado introductorio, el análisis del art. 19 CN que se elaborará a continuación no ahondará en consideraciones sobre la condición o requisito de la afectación hacia terceros, que si bien es un aspecto de capital relevancia para la configuración de la manda, ya ha recibido un tratamiento pormenorizado en el capítulo anterior; a cuyas consideraciones he de remitirme en honor a la brevedad. Empero, no faltaran referencias sobre el punto al definir el posicionamiento iusfilosófico y el desarrollo metodológico con el que se encarará el estudio de la norma; que necesariamente demandará un tratamiento integral.

El artículo en cuestión consagra un acuerdo fundacional respecto a la existencia de una barrera en la intromisión del estado en la vida privada, en respeto por el principio de autonomía y el derecho a la privacidad. Sabsay indica que tales directivas representan un baluarte del sistema de protección de los derechos individuales en su conjunto; en el entendimiento que en caso de encontrarse garantizado el respeto a la forma de vida que cada individuo ha elegido para sí, los restantes derechos resultarán forzosamente afectados y hasta minimizados<sup>387</sup>.

---

<sup>387</sup>Conf. SABSAY, DANIEL A., *“Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Constitucional. Parte dogmática. Tomo I”*, editorial La Ley, Buenos Aires, año 2010, págs. 275 y 276.

En complemento, el autor seguidamente compila algunos de los criterios señeros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de reconocimiento de estas potestades (págs. 276 a 291).

Cita el voto en disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi en el fallo *“Bahamondez”*, en el cual se sostuvo que *“(e)l art. 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros”*. También destaca el voto de los Dres. Barra y Fayt en dicha sentencia, al marcar que *“(r)especto al marco constitucional de los derechos de la personalidad, los mismos se relacionan con la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer de su propio cuerpo, En rigor, el art. 19 de la Constitución Nacional concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de su propio cuerpo, de sus propias vidas, de cuanto les es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa (CS, Bahamondez, Marcelo, 06/04/1993 – Fallos 316:479)*.

De igual modo, se remite a las consideraciones del voto del Dr. Petracchi en *“Bazterrica”*, en el que señaló que *“(e)l art. 19 de la Constitución Nacional establece el deber del Estado de garantizar, y por esta vía promover, el derecho de los particulares a programar y proyectar su vida según sus propios ideales de existencia, protegiendo al mismo tiempo, mediante la consagración del orden y la moral públicos, igual derecho de los demás. (...) Por consiguiente, las conductas de los hombres que no se dirijan contra bienes*

Ahora bien, aun cuando la existencia de la garantía esté fuera de toda discusión, sus términos abstractos o parcialmente indeterminados llevan a discutir sobre el alcance que cabe asignarle a la protección que brinda. Su sola lectura no basta para establecer si determinada acción se encuentra o no comprendida dentro de este marco de tuición, lo que equivale a sostener que difícilmente resultará posible determinar *ex ante* cómo decidirá el juez; circunstancia que resiente la idea de seguridad jurídica a que aspira todo ordenamiento.

A la luz de lo visto precedentemente, se acepta que no existe un dogma en materia de interpretación constitucional, sino guías de abordaje que el intérprete puede seleccionar para asignar un sentido a la norma; y por inclinaciones estrictamente personales respecto a lo que el ideal de justicia representa, se considera preferible imprimir al artículo 19 una perspectiva *activista*, que dote de actualidad a sus contenidos para atender las necesidades mutables de la sociedad, aunque sin salirse de la frontera de significación que marcan los vocablos empleados. En otras palabras, corresponde desentrañar su sentido en armonía con los (cambiantes) valores que busca representar, antes que reducir la manda a una categoría estática que discrimina entre aquello que es derecho de lo que no lo es; al amparo de una teoría liberal de la sociedad y del estado y, particularmente, de los principios complementarios de neutralidad estatal y autonomía.

Esta toma de posición implica, a igual tiempo, adscribir a una filosofía jurídica de corte iusnaturalista, que pone la libre expresión de la individualidad delante de la norma positiva; en la convicción de que se trata de un derecho inherente a la condición humana que preexiste a

---

*que se hallan en la esfera del orden y la moral públicos ni perjudiquen a terceros, aun cuando se trate de actos que se dirijan contra sí mismo, queda, en virtud del art. 19 de la Constitución Nacional, fuera del ámbito de las prohibiciones legales* (CS, Bazterrica, 29/08/1986 – Fallos 308:1392).

Destaca también las consideraciones vertidas en “Carrizo Coito”, fallo en el que se estableció como criterio que “(l)as acciones privadas de los hombres, a que se refiere el art. 19 de la Constitución Nacional, son aquéllas que arraigan y permanecen en la interioridad de la conciencia de las personas y sólo a ellas conciernen, sin concretarse en actos exteriores que puedan incidir en los derechos de otros o que afecten directamente la convivencia humana social, al orden y a la moral pública y a las instituciones básicas en que ellos se asientan y por las cuales, a su vez, son protegidas aquéllas para la adecuada consecución del bien común temporal, fin último de la ley dada y aplicada por los hombres en el seno de la comunidad política. Las primeras pertenecen al ámbito de la moralidad y están reservadas sólo al juicio de la propia conciencia y al de Dios y escapan, por ende, a la regulación de la ley positiva y a la autoridad de los magistrados. Las segundas, que configuran conductas exteriores con incidencia sobre derechos ajenos y proyección comunitaria, entran en el campo de las relaciones sociales objetivas que constituye la esfera propia de vigencia de la justicia y el derecho; estas conductas, por ende, están sometidas a la reglamentación de la ley en orden al bien común y a la autoridad de los magistrados. Las primeras conforman el amplio espectro de las acciones “ajurídicas”, esto es, que quedan fuera de la competencia del ordenamiento jurídico; podrán estimarse buenas o malas moralmente, pero no admiten la calificación de lícitas o ilícitas según el derecho. Las segundas, caracterizadas, “supra”, constituyen conductas jurídicas – sean conforme o disconforme a la norma legal- en tanto forman parte del complejo de relaciones humanas que cae bajo la específica competencia del orden jurídico” (CS, Carrizo Coito, Sergio c. Dirección Nacional de Migraciones, 26/06/1980 – Fallos: 302:604).

cualquier convención jurídica y que ésta debe limitarse a reconocerlo sin alterar su eficacia ni sus alcances.

En suma, estas predilecciones conducen a tomar los términos empleados, antes que como síntoma de imprecisión, como una valiosa oportunidad para acondicionar permanentemente su frontera de significación y mantener así su recta vigencia; lo cual, no está de más indicarlo, resulta particularmente trascendental cuando tiene proyección hacia el campo de la ciencia penal, atendiendo a los intereses subjetivos que compromete.

En este tren de ideas, considero que en primer lugar corresponde atender la problemática asociada a la ambigüedad semántica y sintáctica que se atribuye al primer apartado del texto del artículo. En efecto, para dimensionar correctamente su campo de aplicación, resulta indispensable elucubrar qué debe entenderse por acciones privadas, es decir, si estamos hablando de actos que se desarrollan en la intimidad o bien expresiones de la moral privada que no conciernen a terceros; así como también establecer si los presupuestos de actuación que establece la norma responden a una idea central o bien si deben darse acumulativamente para que se encuentren exentos de la autoridad de los magistrados.

Sobre la ambigüedad semántica, no es ocioso señalar que *“(u)na primera lectura de la norma, que reconoce el denominado derecho a la privacidad o intimidad, parece llevar a concluir que el mundo privado de toda persona es una zona metajurídica, extraña al derecho, donde no llega el poder de la ley”*<sup>388</sup>. Se advierte entonces que existe una intelección, reduccionista al extremo de los espacios de libertad del hombre, de acuerdo con la cual lo que debe entenderse por acciones privadas redundaría en equipararlas a aquellas que se realizan en un ámbito reservado. Peca también de simplista, pues obvia que, en determinados supuestos, es dable una intromisión del derecho en el mundo privado de los particulares; pues, como bien señalara el autor precitado, el principio de que *“lo no prohibido está permitido”* –que emana de la última parte del art. 19– compele a la actividad estatal no sólo a respetar la esfera de la intimidad, sino también a darle protección mediante acciones positivas<sup>389</sup>.

Entiendo que para dar cabal respuesta al interrogante es preciso establecer apriorísticamente un distingo entre las esferas de actuación que pueden suscitarse en un contexto social: a) *acciones privadas internas*: son los comportamientos privados en sentido estricto, las conductas íntimas, que no trascienden de quien las realiza; b) *acciones privadas externas*: en este caso, los

<sup>388</sup>SABSAY, DANIEL A., ob cit., pág. 585.

<sup>389</sup>Ídem al anterior. Indica a continuación que éste ha sido el criterio de la mayoría de la Corte Suprema, en *“Bazterrica”* (Fallos 308:1412), siguiendo los lineamientos que se habían anticipado en *“Ponzetti de Balbín”* (Fallos, 306:1892, consid. 8); en el entendimiento de que el art. 19 CN *“protege jurídicamente un ámbito de la autonomía individual”, comprensivo no sólo de la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino también de otros aspectos de la personalidad espiritual y física de las personas, como sus sentimientos y su propia imagen (“Menem”, fallos 324:2895, consid. 12).*

comportamientos trascienden al sujeto que las realiza y resultan conocidas por otros, mas no inciden negativamente en terceros, ni en el orden o la moral públicos; c) *acciones públicas*: en estos supuestos, la actuación trasciende a quien la ejecuta y además preocupan al bien común, pues comprometen el orden o la moral pública o bien pueden causar daño a terceros, por lo que el estado las regula y hasta prohíbe<sup>390</sup>

En este esquema, se advierte con claridad que en caso de optar por una tesis iusnaturalista de la interpretación constitucional, que ponga particular énfasis en asegurar el mayor rendimiento de la garantía de autonomía individual (conforme a argumentos de tipo teleológico) no es dable circunscribir el concepto de las acciones privadas únicamente al primer supuesto; pues sería equivalente a predicar que para la máxima *está permitido por el estado todo aquello que no se puede ver*. Por ende, y retirando del análisis a las acciones públicas, en tanto está fuera de toda discusión que pertenecen a la constelación de conductas atrapadas por el derecho, corresponde enfocar los esfuerzos argumentales en fundamentar por qué se estima que la segunda categoría también configura una esfera exenta de interferencias procedentes del poder público.

Para ello, se tiene especialmente en cuenta que la doctrina liberal defiende la idea de que no es función del gobierno promover el bien de las personas (máxime si implica pasar por sobre su consentimiento), sino asegurar las condiciones para que puedan alcanzarlo, evitando que en la persecución de sus fines generen mutuas interferencias. Esta función de neutralidad traza una marcada distinción entre el ámbito público, en el cual la intervención estatal es legítima, y el privado, en el que está vedada, por imperio del principio de autonomía personal. En palabras de Nino, "*(s)iendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución*"<sup>391</sup>.

Al amparo de estos lineamientos, corresponde afirmar que las conductas estrictamente privadas, aun cuando tengan proyección exterior, no excitan la intervención estadual, pues representan libres manifestaciones de la personalidad que, en todo caso, sólo deparan perjuicio a quien las ejecuta. Una interpretación divergente importa adscribir a una inaceptable concepción perfeccionista, de acuerdo con la cual el estado delinea determinados ideales de excelencia personal y se encuentra facultado para imponérselos -incluso de manera coercitiva- a sus ciudadanos; lo que es igual a sostener que el individuo es libre para diseñar su plan de vida *en la medida en que no se salga de determinado libreto*, pues aun llevando a cabo conductas

<sup>390</sup>SABSAY, DANIEL A., ob cit., págs. 585 y 586.

<sup>391</sup>NINO, CARLOS S., citado en IOSA, JUAN, "*Sobre la imposibilidad de una dogmática constitucional. El caso del artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina*", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol. X, N° 2, nueva Serie II (2019), pág. 115.

autorreferentes estará obligado a acatar los dictados de estos modelos de conducta digna (lo que justificaría la prohibición conductas tales como el consumo de estupefacientes o el trabajo sexual voluntario)<sup>392</sup>.

---

<sup>392</sup>Ídem al anterior. A efectos de ilustrar en mejor medida en cuanto a lo que ha representado la adopción de precedentes perfeccionistas en nuestra jurisprudencia, el autor reseña a continuación algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacados en la materia (págs. 117 a 119).

En este sentido, destaca que un hito de perfeccionismo judicial puede ser encontrado en el fallo "*Colavini*", del año 1978. Allí se sostuvo que el consumo de drogas era una conducta "*viciosa*" que "*determina la desintegración individual y colectiva, con influjos perniciosos en la moral y la economía de los pueblos y su acción sobre la delincuencia común, la subversiva y la destrucción de la familia*"; afirmando la legitimidad de toda actividad estatal encaminada a conjurar semejantes riesgos.

Si bien con la vuelta a la democracia se instauró un breve período de predominio de fallos con perspectiva liberal, la Corte retomó la línea perfeccionista en el fallo "*Montalvo*", de 1990. Allí la mayoría declaró que la tenencia de estupefacientes para consumo personal no estaba comprendida dentro de la garantía del artículo 19; sosteniendo que la prohibición "*(...) se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía... abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad toda (...) Es que la importancia de los bienes tutelados (...) determina que interesen a la comunidad en general. Si no fuera así, la sociedad toda y la juventud en particular, podría creer que consumir estupefacientes no es conducta disvaliosa y que al Estado no le interesa que los miembros de la comunidad se destruyan a sí mismos y a los demás...*".

Otro importante precedente perfeccionista de la época lo constituye el voto mayoritario de la Corte en el fallo "*Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia*", del año 1991. Allí se sostuvo que: "*(l)a democracia requiere un sustrato de valores comunes. Y la desintegración de estos valores puede conducir a erosionar la cohesión de la sociedad indispensable para su gobierno mismo. La permisividad que viene rechazada de la instancia anterior pudo razonablemente haberse considerado como una fractura esencial de aquellos valores comunes, pues si el abuso del poder lleva a la tiranía, el abuso de la libertad conduce a la disolución (...) la recurrente no ha demostrado que la pública defensa de la homo-sexualidad con vistas a su aceptación social sea materia ajena a la moral pública (...) Las acciones privadas de los hombres ofenden de algún modo al orden, a la moral pública y perjudican a terceros cuando producen un daño a sus familias o a la sociedad en las que tales acciones repercuten o a sí mismos, pues nadie puede consentir válidamente que se le inflija un serio daño*".

El intervalo de decisiones liberales antes de que la Corte retome la línea perfeccionista con "*Montalvo*" se dio con los precedentes "*Ponzetti de Balbín*" (de 1984) y "*Bazterrica*" (de 1986); sosteniéndose en este último que "*(...) el artículo 19 CN circunscribe el campo de inmunidad de las acciones privadas, estableciendo su límite en el orden y la moral pública y en los derechos de terceros (...) el accionar del legislador (...) no puede exceder (...) el campo de las acciones de los hombres que ofendan la moral pública, al que se refieren las normas morales que se dirigen a la protección de bienes de terceros (...) La referida norma impone, así límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el artículo 18, sino aquéllas que no ofendan el orden o la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones*".

El autor citado destaca asimismo algunos pasajes del voto concurrente del Dr. Petracchi; quien supo señalar que "*(...) El orden jurídico debe pues, por imperio de nuestra Constitución, asegurar la realización material del ámbito privado concerniente a la autodeterminación de la conciencia individual para que el alto propósito espiritual de garantizar la independencia en la formulación de los planes personales de vida no se vea frustrado (...) La protección material del ámbito de privacidad resulta, pues, uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de la persona y un rasgo diferencial entre el Estado de Derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias*".

Cerrando la crónica jurisprudencial, losa señala que si bien esta línea interpretativa fue dejada de lado, la Corte Suprema, con una configuración más reciente, la ha retomado a partir del fallo "*Arriola*" (del año

En suma, *“(l)as acciones privadas tuteladas por el art. 19 (de la Constitución Nacional) no se limitan ni se confunden con aquellas acciones que tienen lugar “en secreto” (...). La primera parte del art. 19 ampara todas aquellas decisiones del ser humano que no causan daño a la sociedad, aun cuando puedan ser reputadas como erróneas o dañinas para el sujeto. (...) Corresponde a un Estado de Derecho proteger la libertad del hombre, aun cuando pueda considerarse equivocada la utilización que éste haga de ella. Este principio genérico de libertad encuentra una notable protección en la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional, el cual no se confunde con el derecho a la intimidad, sino que lo protege, de igual manera que lo hace con el resto de las libertades reconocidas por la Carta Magna”<sup>393</sup>.*

Sobre la ambigüedad sintáctica, coexisten también una opción interpretativa o lectura perfeccionista y otra catalogable como liberal, opuestas en cuanto a la clase de acciones que quedan atrapadas por el ámbito de garantía; que difieren en la respuesta al interrogante de si una acción, para estar exenta de la autoridad de los magistrados, debe ser privada, no ofender el orden y la moral pública y además no perjudicar a terceros, o bien si dicha acción, por ser privada, no compromete ningún orden exterior y por ello no está sujeta a control.

La interpretación restrictiva, entonces, considera que las alternativas son diferentes unas de las otras y cada una de ellas posibilita la restricción de las conductas personales. Iosa explica que esta intelección conduce a afirmar que el artículo define un conjunto central de acciones relevantes, las privadas, y que a su vez este conjunto es restringido por dos calificaciones, esto es, que no ofendan el orden y la moral pública ni, por otro lado, perjudicar a terceros; con la lógica consecuencia de que pueden suscitarse acciones privadas que ofendan el orden y la moral pública y/o perjudiquen a terceros (las relaciones homosexuales o el ejercicio de la prostitución, por poner algunos ejemplos) y estaría correctamente habilitada cualquier intervención sobre éstas.

Así, el ámbito de las acciones privadas estaría limitado a la interioridad de las personas, mientras que la ejecución de lo pensado o querido ingresa en la esfera de la regulación legal; y se podrá o no ejecutar la acción sin consecuencias según que esté o no prohibida por una ley. Ergo, para esta tesitura es lícito proscribir conductas que –pese a representar una forma de ejercicio de la moral privada- atenten contra determinadas convenciones sociales<sup>394</sup>.

---

2009), en el cual declaró la inconstitucionalidad de la figura penal de tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14 –segundo párrafo- de la Ley 23.737); remitiéndose expresamente a lo resuelto en *"Bazterrica"*. Ésta es la interpretación que se encuentra vigente en el derecho argentino.

<sup>393</sup>LAPLACETTE, CARLOS J., *"El artículo 19 de la Constitución y la libertad de intimidad"*, en Revista Jurídica Argentina, número 2006-F, editorial La Ley, Buenos Aires, año 2006, pág. 1369.

<sup>394</sup>IOSA, JUAN, *"Sobre la imposibilidad de una dogmática constitucional. El caso del artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina"*, ya citado, págs. 113 y 114.

Por el contrario, la interpretación amplia de la garantía entiende que estas categorías son coextensivas, es decir, que suponen distintas manifestaciones de una misma idea: las acciones privadas de los hombres son aquellas que de ningún modo ofenden el orden y la moral pública ni perjudican a un tercero. Nino, partidario de esta tesis, tiene dicho al respecto que *"(c)uando el artículo en cuestión habla de 'acciones privadas de los hombres', esta expresión debe interpretarse teniendo en cuenta que ella describe acciones que se distinguen de aquellas que ofenden la moral pública. El contraste que la norma establece no es entre las acciones que se realizan en privado y las que se realizan en público, sino entre las acciones que son privadas porque (...) sólo contravienen una moral privada y las acciones que ofenden la moral pública. En definitiva, la distinción que la norma formula es la que está subyacente en la concepción liberal de la sociedad y que consiste en discriminar las pautas morales referidas al bienestar de terceros de los ideales de excelencia humana, que constituyen una moral privada. El alcance de la moral pública está definido por el propio artículo 19 al presuponer que las acciones que la ofenden son coextensivas con las acciones que perjudican a un tercero; la moral pública es la moral intersubjetiva"*<sup>395</sup>.

Es claro que una u otra lectura depende de la teoría política que se tome como punto de partida para definir el concepto de acciones privadas, orden público, moral pública y de afectación a terceros; pues ello habrá de determinar si existe o no entre estas proposiciones relación de preponderancia y, por ende, si deben reconocerse como manifestaciones variadas de una idea central o bien como condicionamientos diferenciados al momento de establecer las acciones que quedan por fuera del control legal.

Desde este trabajo, tal y como se viene diciendo, se defiende una tesis liberal en la interpretación de la norma, respetuosa de su texto pero con vocación expansiva respecto a los espacios en que corresponde dejar a la ciudadanía librada a su sola conciencia; para así asignar al artículo la función de proporcionar un marco general adaptable a los paulatinos (o, según el caso, repentinos) cambios que se suscitan en los patrones de conducta social y, de tal suerte, garantizar el cumplimiento de la finalidad que –a mi modo de ver– aquél está llamado a cumplir.

En este orden de consideraciones, se interpreta que la noción de acciones privadas remite a la moral individual, a las concepciones que el propio individuo alberga sobre aquello que considera bueno y justo, y a cómo conduzca su vida en función de tales preceptos; concepto que toma distancia de cualquier deber para con terceros siempre que los planes de vida del agente no los involucre por vía de afectación u ofensa. Por tanto, para arribar a este entendimiento, resulta ineludible trazar un distingo entre las pautas morales referidas al bienestar de terceros de los

---

<sup>395</sup>NINO, CARLOS S., citado en LOSA, JUAN, "Sobre la imposibilidad de una dogmática constitucional. El caso del artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina", ya citado, pág. 113.

ideales de excelencia humana, que responden al orden de la moral privada<sup>396</sup> o, a la manera de Kant, *entre deberes para con uno mismo y deberes para con los demás*<sup>397</sup>.

Esta constelación de conductas, inocuas en principio para ajenos a sus ejecutores, debe encontrarse fuera de la zona de interferencia del poder público si lo que se pretende es garantizar la neutralidad del estado y el respeto por la autonomía individual; solución que se estima preferible a las fórmulas perfeccionistas que pretenden imprimir patrones de moralidad (con pretendida vocación universal) a acciones que únicamente conciernen a sus autores.

Por tanto, no habría legitimidad en la jurisdicción ejercida sobre actos, practicados en la esfera de privacidad o bien que sean públicos, sin trascendencia negativa hacia terceros, hacia el orden general o hacia la moral pública; idea que se extiende tanto a los supuestos de acciones autorreferentes como de aquéllas que atañen exclusivamente a las propias convicciones personales.

Adentrándonos de este modo hacia la necesaria distinción conceptual que cabe realizar entre el orden de las acciones privadas y el ámbito de la moral pública, conviene instalar la problemática partiendo de considerar que *“(a)l estado sólo le compete la moralidad intersubjetiva. Los ciudadanos, por su parte, son libres de adoptar los ideales de excelencia personal que crean correctos. El estado debe ser neutral respecto a los ideales de excelencia personal: su función se limita a regular las relaciones de los individuos entre sí y con el Estado en función de principios morales intersubjetivos”*<sup>398</sup>.

Hay entonces dos dimensiones que, en principio, se comportan como compartimientos estancos, en tanto una reposa en el pleno reconocimiento de la libertad individual y la otra da al estado una razón para castigar; mas no basta con declarar su existencia para resolver el interrogante planteado en torno a cuándo existe legitimidad en la injerencia del poder punitivo. Para ello es preciso dotar de mayor contenido a estas zonas de exclusión.

En este punto, contribuirá a la didáctica de la exposición tomar a las acciones privadas como una categoría residual respecto a su antagónica; lo que lleva a preguntarse: ¿qué debe entenderse, entonces, por moral pública?, ¿cabe interpretarla como un conjunto preceptos de excelencia humana emanados del estado, o de la mayoría de la sociedad?, ¿es la resultante de los principios plasmados por los convencionales constituyentes, o son los valores de hecho que la comunidad va adoptando para sí durante su evolución?.

---

<sup>396</sup>Conf. NINO, CARLOS S., *“Ética y derechos humanos”*, editorial Astrea, Buenos Aires, año 2007, págs. 426 y 427.

<sup>397</sup>Conf. IOSA, JUAN, *“Sobre la imposibilidad de una dogmática constitucional. El caso del artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina”*, ya citado, pág. 114.

<sup>398</sup>MONTI, HORACIO E., *“Los límites constitucionales a la criminalización”*, en revista digital En Letra, año I, número 2, año 2014, pág. 49.

Sin concederle aún un significado en concreto a la noción, es dable señalar que, dentro de tales posibilidades interpretativas, se asume como correcta la indicada en último término. Ello en el entendimiento de que el artículo 19 CN no trae previsiones sobre qué debe entenderse por moral pública, sino que sujeta la prohibición y el castigo a acciones que la contraríen; habilitando de este modo una intelección dinámica de acuerdo con la cual debe castigarse toda conducta que atente contra la *moral pública vigente*.

Sentado ello, se entiende como moral pública a aquellos valores básicos que van siendo regulados por las costumbres sociales como formas de vida aceptadas por la comunidad; jurídicamente impuestos a sus integrantes para compatibilizar las relaciones con sus pares y garantizar así la función estatal de asegurar el bien común. Por ende, no cualquier principio moral brinda sustento a la jurisdicción, sino que a ésta le compete exclusivamente la *moral intersubjetiva*; pues el poder público debe mantenerse neutral respecto a los ideales de excelencia personal y limitarse a regular las relaciones de los individuos entre sí y con el estado en función de estas pautas de mutua interferencia<sup>399</sup>. Entiendo que esta intelección es compatible con la tónica liberal del artículo; de acuerdo con la cual está llamado a garantizar el mayor respeto por la autonomía de la voluntad y sus manifestaciones, en la medida de que con ello no se vean comprometidas, de manera perjudicial, las bases de la interacción entre pares (relevancia social).

Por ende, para contar con una idea cabal acerca de cómo se delimita el ámbito que representa un justificado ejercicio de la moral privada de aquél reservado para los agravios a la moral pública, e insistiendo en que la respuesta estará dada por asignar contenido específico a la segunda categoría, corresponde adentrarnos en la noción de *ofensa*; pues (contrariamente a lo sostenido por el ideal perfeccionista) la mera inmoralidad de una conducta no constituye causa suficiente para su represión estatal. Es preciso entonces identificar bajo qué presupuestos es dable asignar a una conducta el carácter de ofensiva, utilizando a tal efecto un doble baremo: a) la existencia de derechos morales conculcados; b) que suponga un alzamiento en contra de determinado sistema de creencias que gozan de aceptación generalizada.

El primer tópico se explica como un daño relevante a determinadas expectativas, jurídicamente protegidas, de que gozan los ciudadanos a que sus pares se comporten respetando pautas éticas o morales durante la interacción social. Las conductas ofensivas ocasionan en sus destinatarios -como consecuencia no deseada- una serie de estados mentales o experiencias psicológicas desagradables (repulsión, asco, vergüenza, molestia, miedo, humillación, etc.), por chocar contra los ideales de excelencia personal que incorporan durante la construcción de su identidad social. Ahora bien, no toda ofensa genera una reacción estatal represiva, sino aquélla que infringe derechos morales de los individuos; categoría esta que se identifica con las preferencias externas

---

<sup>399</sup>Ídem al anterior.

que el derecho protege por ser compartidas por la generalidad de los miembros de una comunidad dada.

Esta afirmación por sí sola conduciría al equívoco de considerar que el derecho se encuentra exclusivamente abocado a proteger ideales mayoritarios; lo que echaría por tierra la pretendida concepción de neutralidad estadual y de respeto por la autonomía personal. Para sortear este obstáculo interpretativo es preciso tener en consideración que la prohibición no se funda en la corrección o verdad de las concepciones morales, sino en el hecho de que la conducta tiene el potencial de ofender a una gran cantidad de personas. La relevancia jurídica -entonces- procede, antes que de una imposición valorativa, del acatamiento generalizado de determinadas pautas de conducta que hacen a la coexistencia social.

Claramente, estas aserciones no alcanzar para proveer un concepto ecuánime de ofensa, resultando necesario para avanzar hacia esa dirección formular una distinción entre *moral mayoritaria* y *moral pública*; pues es esta última categoría la que, frente al agravio, anima la intervención estatal. Para comenzar a delinear su significación, cabe referir que: “(...) *no es equivalente a las concepciones de lo bueno de la mayoría. Implica, por el contrario, restricciones a las ofensas que el Estado tiene la potestad de castigar que son independientes del número de individuos a quienes podría ofender la acción*”<sup>400</sup>.

Es evidente que la prohibición afina en el arraigo que ciertas concepciones tienen en la mayoría de los ciudadanos, pues de otro modo la prohibición adolecería de toda legitimidad y su ejercicio sería impracticable (persiguiendo cualquier práctica moralmente repudiable por el otro). Mas la ofensa no proviene de la virtud de los ideales mayoritarios, sino de la publicidad de las conductas contraventoras; *en tanto resulten ofensivas no sólo para quienes las consideren inmorales per se, sino también para aquéllos que, pese a no reprobarlas, entiendan injurioso realizarlas en público* (un ejemplo claro en este sentido sería el caso de la masturbación). El estado, así, debe mantenerse neutral respecto a lo que es considerado inmoral y lo que no, mientras que debe interceder entre lo que es ofensivo realizar en público y lo que no.

A su vez, estas consideraciones se hacen extensivas al rol que desempeña la autoridad pública frente a los ataques dirigidos a las íntimas convicciones (sexuales, religiosas, políticas, etc.) que posea determinado grupo, sin importar que éste sea minoritario o mayoritario dentro de la comunidad, siempre que el juicio hipotético sobre la conducta arroje que su naturaleza agravante ocasionaría igual nivel de reacción en cualquiera de sus miembros. Nuevamente, y en este punto estimo que se advierte con mayor claridad, es la publicidad antes que el consenso el disparador de la respuesta jurisdiccional<sup>401</sup>.

---

<sup>400</sup>MONTI, HORACIO E., ob. cit., pág. 61.

<sup>401</sup>Ídem al anterior, págs. 62 a 64.

Habiendo desarrollado criterios de diferenciación entre la esfera de las acciones privadas y de la moral pública, corresponde hacer lo propio en relación al concepto de orden público; insistiendo en que se estima preferible interpretarlo bajo un prisma liberal. Aquél remite a las prácticas institucionales que establecen los derechos y los deberes que todos (o la mayoría de los ciudadanos) están interesados en mantener para asegurar la fluidez del tráfico jurídico. El objeto primordial de esta construcción es, entonces, proveer a los ciudadanos la certeza de que sus pares se comportaran del modo esperado en el transcurso de la vida social; garantizando, mediante el cumplimiento de deberes jurídicos, el pleno ejercicio de derechos subjetivos (la regulación del tránsito vehicular en la vía pública o el sistema tributario son supuestos que suelen citarse a modo de referencia).

Con tal propósito, el objeto de tutela redundante en un esquema de ordenada libertad en el cual se desenvuelven determinadas interacciones estereotipadas, orientadas hacia la consecución del bien común. A efectos de asegurar su continuidad, el estado se encuentra en el deber de demandar de los individuos que no interfieran en las acciones legítimas de terceros o de la autoridad pública sin su consentimiento; valiéndose de la coacción y hasta de la sanción para el caso de resultar necesario.

Es patente el rol instrumental que cumple el derecho en este supuesto: preservar la vigencia de la práctica para que ésta cumpla con su propósito específico. La lógica conclusión que cabe extraer a partir de esta premisa es que las acciones privadas toman distancia de la categoría por suponer exteriorizaciones de la voluntad que no interfieren en la esfera del comportamiento interdependiente o, dicho en otros términos, no importan un quebrantamiento de los deberes institucionales que vienen impuestos junto con la identidad social. La jurisdicción queda fuera de la ecuación, pues no hay legitimidad en su ejercicio frente a supuestos de ausencia de compromiso para la existencia o la continuidad de la práctica colectiva<sup>402</sup>.

Cabe resaltar que ésta lectura liberal de la distinción encuentra cierto asidero en las consideraciones vertidas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 5/85. En dicho instrumento, se ha sostenido que si bien existen serias dificultades a la hora de precisar de modo unívoco los conceptos de orden público y bien común, dicha indeterminación no debe servir de pretexto para justificar limitaciones de los derechos de los individuos frente al poder público. Los intereses colectivos –de acuerdo con el criterio del tribunal– carecen de legitimación apriorística para sustentar supresiones o alteraciones de prerrogativas reconocidas por la Convención Americana de Derechos Humanos; debiendo someterse a una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que

---

<sup>402</sup>Conf. MONTI, HORACIO E., ob. cit., págs. 54 a 58.

balancee los distintos intereses en juego con la necesidad de preservar el objeto y fin de la norma<sup>403</sup>.

Por último, corresponde diferenciar entre el ámbito reservado al designio individual de las conductas en afectación de terceros, noción que –como se ha dicho antes- tiene como componente nuclear el perjuicio; entendido como la afectación negativa (mediante alteración o destrucción) de un interés reconocido por el ordenamiento jurídico, no consentida por su titular. De tal aserción se desprende, entonces, que no habrá interferencia estatal legítima frente a cualquier acción dañosa; sino que ésta, para habilitar la intervención: a) no debe tratarse de una simple molestia, sino que debe estar encaminada a socavar la vigencia, la continuidad o la operatividad de derechos acordados a personas extrañas a su ejecutor (aun en supuestos de conductas autodegradantes, que deriven en perjuicios para los intereses de terceros); b) no debe mediar permiso por parte del eventual perjudicado toda vez que -en principio- el reconocimiento y el máximo respeto que el orden constitucional confiere a la autonomía individual conlleva a aceptar que la persona pueda disponer, aun perjudicialmente, de sus intereses; de modo tal que si es el único afectado la conducta no estaría trasvasando la esfera de la privacidad y, por consiguiente, no estaría legitimada su judicialización.

En complemento, cabe recordar lo expuesto en el capítulo precedente en cuanto a que es factible que el legislador lleve una acción del ámbito privado hacia el público no sólo en supuestos de daño efectivamente causado, sino también cuando éste es potencial; en situaciones en que la conducta suponga la creación de situaciones de peligro (concreto o abstracto) que razonablemente conduzcan a deducir que el interés del tercero pudo verse menoscabado o bien aniquilado (es decir, en supuestos que no representen meras hipótesis absurdas). Se interpreta que esta es, cuando menos, una forma de turbación en el ejercicio de prerrogativas reconocidas por el ordenamiento jurídico, de la cual se deriva el necesario perjuicio que habilita la reacción estadual.

Así las cosas, tal y como se viene planteando la diferenciación entre las categorías de acciones privadas, afectaciones a la moral pública, afectaciones al orden público y perjuicio a terceros es posible sortear los obstáculos derivados de la ambigüedad sintáctica del texto del artículo 19 CN apelando a una interpretación amplia de la garantía; a la manera de las propuestas liberales. En este esquema metodológico, las acciones privadas resultan ser aquellas que en modo alguno ofenden los patrones de moral vigentes en el conjunto de la comunidad, ni contravienen pautas estandarizadas de comportamiento intersubjetivo, ni atentan contra intereses legalmente tutelados. Tratar estas nociones como manifestaciones diversas de una idea central es una interpretación que cuenta con la ventaja de evitar el expansionismo de la prohibición, pues deja

---

<sup>403</sup>Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

afuera a las acciones que, aun cuando puedan significar una forma de compromiso para la moral, el orden o los intereses de terceros, supongan inocuas expresiones de la autonomía individual.

En este punto, corresponde señalar que esta intelección se acerca al criterio actual de nuestro máximo tribunal, que ha sabido sostener que *“mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos o desentonen con pautas del obrar colectivo”*<sup>404</sup>, sin importar incluso si son realizados en ámbitos ocultos a la mirada de terceros (ámbitos de intimidad) o de plena exposición pública<sup>405</sup>.

No se advierten mayores inconvenientes interpretativos en el terreno de la semántica, pues la terminología que emplea el art. 19 CN no peca de vaguedad, sino que se vale de la amplitud conceptual para abarcar la mayor constelación de eventos posible y dar así cumplimiento a la finalidad que está llamado a cumplir como cláusula general. En lo atinente al uso de nociones esencialmente controvertidas, si bien podría sostenerse que las nociones de moral y orden públicos representan pautas valorativas sobre las cuales no hay unanimidad de significado, a partir de los desarrollos previos es relativamente sencillo sortear este escollo para avanzar en pos de arribar a una idea clara de lo que la manda representa. Tampoco son ostensibles problemas de orden lógico, en tanto no se advierten abiertas contradicciones o vacíos en la redacción de la norma.

A partir de lo que se viene sosteniendo, corresponde formular un juicio de ponderación entre los principios en pugna que emergen del mismo artículo: por un lado, el respeto por la autonomía individual y sus manifestaciones, y por otro el resguardo de determinados valores y la indemnidad de ciertas pautas de comportamiento útiles para la vida en comunidad y la protección de derechos subjetivos de terceros frente a daños injustificados. Para ello, conviene comenzar descartando toda perspectiva paternalista o perfeccionista como fundamento de la intervención estatal, a fines de asegurar –en reconocimiento de su dignidad- que el individuo no sea objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada; evitando así imposiciones externas en ámbitos reservados a la conciencia individual. Solo de este modo podrá alcanzarse una relación de equilibrio entre estos mandatos, los cuales –según la interpretación que este trabajo promueve– tienen igual gravitación como pautas rectoras del ordenamiento jurídico; de suerte tal que las reglas que de ellos emanen deberán asegurar no sólo una vía idónea para cumplir con su finalidad, sino que también les corresponderá velar por que medie proporcionalidad entre sus propósitos y la afectación de principios colindantes.

No desconociendo que la dinámica de la praxis y la respuesta jurídica llevan la cuestión a terrenos inseguros en infinidad de ocasiones, se entiende que el punto de partida debe estar

---

<sup>404</sup>CSJN, “Albarracini Nieves” (Fallos 335:799, 2012).

<sup>405</sup>CSJN, “Arriola, Sebastián” (Fallos 332:1963, 2009).

ubicado en el centro de estas máximas, tan necesarias para dar forma al estado social de derecho. El ordenamiento constitucional no puede consentir un uso irrestricto de la potestad de autodeterminación, pero a igual tiempo debe marcar pautas claras de no intervención allí donde ese empleo de la libertad individual no se traduzca en un perjuicio concreto y significativo hacia terceros ajenos a la conducta o bien hacia la comunidad en su conjunto.

La mirada que se imprime a la cuestión deja en evidencia la predilección por métodos interpretativos esencialmente naturalistas, apoyados en una línea argumental teleológica, esto es, interpretar el texto del art. 19 CN teniendo como pauta rectora la finalidad que busca cumplimentar; la cual no sería otra que la de evitar invasiones arbitrarias en la elección individual de un plan de vida conforme a la adopción de determinados ideales de excelencia humana (neutralidad estatal en el ámbito de la moral privada), siempre que la ejecución del modelo escogido no venga a comprometer legítimos intereses de otras personas. Tomando prestadas algunas palabras de John Stuart Mill, útiles para determinar cómo deben reconocerse mutuamente las zonas de reserva y de jurisdiccionalidad, la idea madre que subyace en la manda constitucional es que *“(…) el único objeto, que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros (...)”*<sup>406</sup>.

#### **D) JUICIO DE ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ART. 17 DE LA LEY 12.331:**

Resta dilucidar si el artículo bajo análisis establece una prohibición respetuosa de esa relación de equilibrio que se viene describiendo o si, por el contrario, pone alguno de los valores en juego por encima de otros; lo cual permitirá responder el interrogante de si la norma consigue superar un test de subsunción constitucional. El rechazo de esta posibilidad se ha dejado planteado ya desde el apartado introductorio de este trabajo y ésta es la ocasión propicia para dejar aclarados los fundamentos que son tomados en consideración para adoptar esta postura.

Entonces, definido por exclusión el concepto de acciones privadas, como aquéllas propias de una zona de autorrealización en condiciones de no afectación, pues no provocan efectos más que sobre su propio autor, y que en caso de proyectarse hacia terceros tienen consecuencias irrelevantes, conviene dedicar unas cuantas reflexiones a si las conductas que reprime el art. 17 de la Ley 12.331 pueden ingresar en esta categoría conceptual.

---

<sup>406</sup>MILL, JOHN S., “*Sobre la Libertad*”, Traducción Josefa Sainz Pulido, editorial Aguilar, edición online (accesible a través del enlace <https://ldeuba.files.wordpress.com/2013/02/libro-stuart-mill-john-sobre-la-libertad.pdf>), pág. 26.

Nuevamente, se indica que las acciones punibles son las de aquél que toma intervención en el giro comercial (como sostenedor, regente o administrador) de un lugar de acceso público en el que se intercambian favores sexuales por dinero. La conducta trasciende directamente sobre aquellos que participan del trato venal, es decir quien se prostituye y el cliente, y claramente no lo hace de un modo que resulte perjudicial para alguna de las partes, pues quien desarrolla la actividad termina generando una instancia de acercamiento entre oferta y demanda, proveyendo a los interesados de un establecimiento apto para pautar la transacción en un marco de seguridad, privacidad y comodidad; condiciones de capital relevancia para el rubro en tanto así se limitan los niveles de exposición tanto de quien trabaja como de quien contrata los servicios (en un caso, para evitar fundamentalmente cualquier peligro contra su integridad personal y en otro para mantener el anonimato, por recato sexual, vergüenza, etc.). Mucho de esto se ha dicho al momento de analizar el bien jurídico comprometido por la conducta típica, y las conclusiones no varían aun cuando se releve la cuestión desde otro enfoque.

Se trata de una forma de orquestar la propia vida, en su faz económica, en función al comercio sexual de terceras personas, de obtener un rédito pecuniario a partir de la inversión que insume poner un local a disposición de los interesados, de afrontar los costes de mantenerlo en marcha y de asumir los desafíos logísticos y administrativos que la actividad encierra. Frente a ello, el poder público no puede adoptar válidamente un rol de intervención, que en el caso concreto se traduce en la imposición de pautas de conducta según modelos de virtud individual y, por tanto, en un quebrantamiento del principio de neutralidad estatal; el cual –como ya se ha dicho– demanda que aquél “(...) *no asuma un compromiso especial con alguna concepción del bien, para tornar más difíciles las elecciones de vida de algunos individuos o grupos, o para premiar la actitud de algunos por la mera suerte de haber abrazado el proyecto de vida favorecido por el Estado*”<sup>407</sup>.

Tampoco se advierte justificativo válido en apelar al resguardo del orden público como fuente de la prohibición, pues no se aprecia en qué punto puede verse perjudicado el desarrollo del tráfico intersubjetivo a partir del establecimiento de las casas de tolerancia; cuyas actividades se desarrollan prácticamente al límite de la marginalidad, sin obstruir el desenvolvimiento de aquellas prácticas reputadas indispensables para la vida en comunidad. Tanto el autor del delito como quien se prostituye y quien paga por sexo procuran, en parte por los motivos señalados *ut supra*, encontrar refugio en el secretismo y así esquivar la mirada de quienes permanecen ajenos a este sub mundo (terminología que se emplea de modo descriptivo, no peyorativo); por lo que la práctica transita por un carril paralelo a las conductas estereotipadas que el orden jurídico protege y en ningún tramo se comunica con éstas.

---

<sup>407</sup>GARGARELLA, ROBERTO, ob. cit., pág. 789.

Es claro que las relaciones sexuales, por cuestiones de arraigo cultural, se practican en lugares aptos para asegurar intimidad a los contrayentes (tales como departamentos, hoteles, habitaciones ubicadas dentro del propio burdel o bien espacios cerrados); mientras que los locales, si bien abiertos al público en general, en la entera mayoría de los casos se encuentran acondicionados de modo tal que no haya ostentación de aquello que ocurre en su interior. Tampoco se ofrecen sus servicios por la prensa escrita o digital, ni por medio de anuncios en la radio, la televisión o internet, al igual que no hay uso de la publicidad exterior (carteles, marquesinas, vallas publicitarias) para captar la atención de potenciales clientes; que se acercan a los prostíbulos ya sea por proximidad geográfica, por referencias de allegados u otras preferencias de índole personal. Tales apreciaciones son útiles para fomentar esta idea de disociación entre esta constelación de conductas, desarrolladas al amparo de un consenso entre los actores de disponer libremente de sus derechos, de aquél ámbito de regulación orientado hacia la consecución de fines reputados valiosos socialmente.

En suma, la tutela de estos esquemas de ordenada libertad en aras del bien común no se resiente con la actividad prostibularia que contempla la norma, pues ésta no genera interferencias apreciables en terceros extraños a ella; del mismo modo que tampoco trae compromiso para las acciones legítimas de la autoridad pública. Brindar otra lectura de la cuestión conduce al peligro de cercenar derechos derivados del principio de autodeterminación mediante el uso arbitrario de los conceptos de orden público o bien común; meritorios de una interpretación restrictiva en caso de encontrarse en el trance de confrontar con las libertades del hombre.

Cabe preguntarse si las consideraciones vertidas respecto a la noción de orden público pueden hacerse extensivas a la salubridad pública; que como vimos antes representa el interés del estado por crear y mantener las condiciones idóneas para alcanzar y mantener un estado de indemnidad comunitaria en términos salutíferos.

Podría sostenerse en este sentido que la administración de libertades procura, entre sus múltiples finalidades, evitar la proliferación de enfermedades venéreas nocivas para la población; y que las conductas que atrapa el tipo penal del art. 17 obstruyen seriamente la consecución del propósito y por ello son meritorias de reprobación legal. Empero, se descarta de plano tal posibilidad tomando como argumento estructural lo ya expresado en el capítulo anterior, en cuanto a que la fenomenología de los supuestos que conforman el tipo penal revela, por las condiciones causales que las conductas ponen en marcha, una conexión muy distante o remota con una efectiva afectación a los estándares de protección sanitaria predispuestos por la autoridad pública.

En este sentido, no se soslaya que el legislador puede llevar válidamente una acción del ámbito privado hacia el público tanto si ella *en acto* compromete al orden y moral públicos, o causa daños a terceros, como si puede afectarlos *en potencia*. El texto del art. 19 CN es bastante amplio

sobre el punto, ya que considera acciones privadas sólo a aquellas que “*de ningún modo*” provocan ofensa o perjuicio; a partir de lo cual es dable contemplar normativamente situaciones de peligro concreto o de peligro abstracto. Empero, en cualquier caso la prohibición se verá justificada en la medida en que contemple un peligro *razonable* (no absurdo) de producir tales consecuencias; condición que no reúne la norma en análisis, al plantear circunstancias fácticas que dependen de situaciones ajenas a las previstas para ocasionar un riesgo mensurable para la salubridad pública (el riesgo de la propagación de enfermedades venéreas no depende exclusivamente de que se habilite el funcionamiento de una casa de citas).

Quizás la mayor conflictividad interpretativa se suscita cuando se traslada la temática hacia el terreno de lo moral, en tanto el núcleo significativo de la figura penal no es otra cosa que la vivencia de la sexualidad; la cual, como bien es sabido, lleva (en las sociedades occidentales) tras de sí una carga cultural afín a los valores de la doctrina judeocristiana, que le insufla la idea de culpa y promueve la penalización en caso de trasgresión.

Desde antiguo, la religión ha sabido identificarse con los códigos de conducta del hombre, y ha demostrado especial interés por regular las relaciones afectivo-sexuales de las civilizaciones. Sin ánimos de profundizar sobre las consideraciones de orden teológico que nutren estos dogmas, cabe señalar que bajo tales parámetros se considera pecado toda actividad sexual extramatrimonial, porque viola el propósito de la sexualidad humana al participar en el acto conyugal antes del matrimonio. El vínculo matrimonial debe ser un signo del amor entre Dios y la humanidad; en tanto que la unión sexual supone una prolongación de esa vinculación santificada y debe practicarse al solo efecto de asegurar descendencia.

Por tanto, la prostitución atenta contra este sistema de creencias y, por extensión, contra la dignidad de la persona que se prostituye; pues reduce una unión que debe ser consagrada a la condición de mero placer carnal. Quien paga peca gravemente contra sí mismo, pues mancilla tanto su cuerpo como su espíritu; mientras que quien se prostituye es considerado un ser lujurioso, parte de una lacra social que sólo logrará la comunión con Dios mediante el arrepentimiento y el abandono de tan pecaminoso obrar.

Cierto es que con la evolución de las sociedades, especialmente a partir de las primeras décadas del siglo pasado, se suscitaron notables cambios en la concepción de la sexualidad a través de la instauración de nuevos paradigmas de libertad propuestos por el programa internacional Derechos Humanos (en materia de respeto por la intimidad, por la autonomía personal, por la libre expresión, entre otras prerrogativas); al igual que gracias a los denodados esfuerzos por hacerse oír de las agrupaciones que promueven la diversidad en las orientaciones sexuales y en la identidad de género (el colectivo LGBTI –sigla compuesta por las iniciales de las palabras Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales-) y de los movimientos feministas por

lograr la igualdad de la mujer en todos los ámbitos que hacen a la vida de relación, dentro de los cuales se incluye la vivencia de la sexualidad.

No obstante, falta un largo trecho de conquistas para llegar a sostener que las sociedades han conseguido despojarse de los tabúes asociados al comportamiento sexual. El pudor, la idea del recato sexual, la monogamia o la estabilidad en las parejas sexuales, la reducción de la experiencia erótica a ciertas prácticas convencionales siguen considerándose síntomas de virtud (especialmente en el caso de las mujeres, aún sujetas a concepciones patriarcales proveedoras de un artificioso rol subordinado); deparando a toda manifestación de conciencia disidente la vergüenza y el rechazo.

Llevando la cuestión si se quiere al terreno de lo cotidiano, piénsese que no frecuentemente una persona encuentra espacios apropiados para expresar con soltura, sin temor a la reprobación, cuáles son sus apetencias o fantasías sexuales, qué prácticas son de su preferencia (coito, sexo oral, sexo anal, fetichismo, masoquismo, sadismo, sadomasoquismo, *bondage*, asfixia erótica, por poner algunos ejemplos), la frecuencia con que mantiene encuentros pasionales, si se inclina por el autoerotismo o bien por el uso de implementos durante la experiencia (consoladores, vibradores, anillos anales, vaginas artificiales, muñecos inflables, bombas de vacío o succionadores, etc.), o si tiene un comportamiento sexual parafilico (coprofilia, urolagnia, zoofilia, pedofilia, entre muchas otras). La raíz de tales reparos no es otra que el bagaje cultural con que se carga desde la etapa formativa de la personalidad; fruto de siglos de adoctrinamiento en materia de moral sexual.

Éstas son las pautas que eventualmente se verían en compromiso por las conductas acuñadas en la fórmula del art. 17 de la Ley 12.331; siempre que se las interprete como una forma de intermediación en el intercambio de favores sexuales por dinero. Son los dictados de la moral positiva, las normas que rigen en el grupo social y que gozan de aceptación generalizada por expresar convicciones compartidas (con los condicionamientos culturales ya mencionados), sobre cómo deben desarrollarse el trato erótico en las relaciones de intercambio.

Hay, en efecto un consenso elemental o básico respecto a cuáles son las conductas sexuales que se reputan decentes y, por exclusión, qué manifestaciones son síntoma de incorrección moral. Claramente, para sostener esta afirmación no es preciso recurrir a una votación o plebiscito sobre qué se considera moralmente correcto o incorrecto, pues casi toda persona civilizada tiene alguna comprensión -aún rudimentaria- respecto a lo que se considera bueno o malo; encontrándose tan arraigado ese consenso que quien desease sostener lo contrario tendrá a su costa la carga argumentativa de demostrar por qué ello no es así<sup>408</sup>.

---

<sup>408</sup>Conf. SOLAVAGIONE, LUCÍA LL. M, “*La incorrección moral como presupuesto de legitimidad de la criminalización*”, revista En Letra: Derecho Penal, Año V, número 8, año 2019, disponible a través del enlace web: <https://www.enletrapenal.com/eldp8>, pág. 126.

La prostitución y sus actividades circundantes son, en este esquema, anomalías, conductas inapropiadas, lo que está mal; y por ello es que quienes se involucran con ellas resultan objeto de estigmatización y vergüenza. Este fenómeno ha sido explicado con claridad del siguiente modo: “(...) los normales saben que sus relaciones con otras personas son frágiles y vulnerables, debido a sus propias virtudes y defectos, pero cuando estigmatizan a otro grupo como moralmente depravado se sienten positivamente virtuosos (...) en las relaciones sexuales, todos los seres humanos se sienten expuestos ya que la sexualidad es un sitio particular de vulnerabilidad, tanto física como emocionalmente, pero si los normales pueden marcar a cierto grupo como desviado, eso los ayuda a evitar la vergüenza que son proclives a sentir por su propia sexualidad (...)”<sup>409</sup>.

Cabe preguntarse entonces, admitiendo que existe una reprobación moral hacia las acciones ligadas a la prostitución, si ese tipo de transgresiones configuran una ofensa a la moral pública que amerite la intervención del poder público. El supuesto dilema que plantea la cuestión se suscita entre honrar las convicciones mayoritarias respecto a lo que se considera un correcto ejercicio de la libertad sexual (e intervenir en el obrar de los infractores) y ejercer la tolerancia hacia elecciones de esa índole que no son compartidas.

Es aparente en la medida que se emplee una óptica liberal en el tratamiento a la problemática, pues ésta toma al concepto de disenso como la llave de bóveda que permite acceder a una solución superadora más allá de la dicotomía. En tal sentido, se ha dicho que: “(b)ien es sabido que el pluralismo y los desacuerdos constituyen ideas centrales en la teoría liberal. En realidad, son su punto de partida, si los entendemos como un rasgo inevitable de toda sociedad moderna y aquello con lo que debe lidiar cualquier concepción política o moral que pretenda guiar conductas individuales. En coincidencia con esto, uno de los grandes atractivos del liberalismo político de John Rawls ha sido la posibilidad de conciliar diferentes ideas sobre aquello que es recto y justo bajo una concepción razonable de la justicia. De acuerdo a este filósofo, es posible acordar un esquema político justo y estable entre los ciudadanos de una comunidad que se encuentran divididos por doctrinas religiosas, filosóficas o morales aparentemente

---

<sup>409</sup>NUSSBAUM, MARTHA C., “El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley”, editorial Katz, Buenos Aires, año 2006, pág. 256.

Considero, en este sentido, que resultan ilustrativas algunas palabras de la obra “Ninguna mujer nace para puta”; sobre el halo de hipocresía que rodea al discurso en contra del trabajo sexual, propio de los vaivenes entre el deseo y el tabú a que la condición humana se encuentra sometida. El texto dice concretamente: “¿(q)uién reconoce a la puta como suya?, ¿acaso la puta tiene un padre que diga esta es mi hija?, ¿acaso la puta tiene una madre que diga esta es mi hija? ¿Qué mujer dice esta puta es mi amiga? Hay un hermano que la nombre hermana? ¿Hay un hijo que diga esta puta es mi madre? ¿Hay una cultura que la nombre como perteneciente o una comunidad que la nombre como parte suya? La respuesta es un único y rotundo no. Todos quieren expulsarla, al mismo tiempo que la utilizan” (GALINDO, MARÍA - SÁNCHEZ, SONIA, citadas en MONCILLO, SANTIAGO – VARELA, CECILIA, “Ninguna mujer...” El abolicionismo de la prostitución en la Argentina”, en Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana, N° 26 (ISSN-1984-6487), año 2017, disponible en la web a través del enlace: <http://dx.doi.org/10.1590/1984-6487.sess.2017.26.11.a>, pág. 230).

*inconmensurables. El resultado es una concepción de la justicia que, lejos de imponer una visión sobre la moral o la religión, constituye un punto de intersección en el que toda doctrina comprensiva razonable puede coincidir*<sup>410</sup>.

La reflexión que propone esta lectura de la problemática, a mi modo de ver, conmina a la autoridad pública no sólo a aceptar sino también a promover la tolerancia de aquellas conductas que representan simples expresiones de una conciencia moralmente disidente, en este caso referidas al comportamiento sexual y los actos que tienden a su favorecimiento, en la medida en que no repercutan negativamente en terceros ajenos que de ningún modo hayan prestado su conformidad para participar de ellas. Máxime teniendo en cuenta que la evolución de las sociedades contemporáneas (sin desconocer que aún faltan muchas metas por alcanzar) avanza hacia una progresiva aceptación de mayores libertades en materia de sexualidad; realidad que el Derecho no puede desconocer ni ocultar al momento de regular la autonomía individual.

En el entendimiento que las acciones típicas del artículo en comentario forman parte de aquella categoría, se las entiende como ocluidas dentro de la esfera de las acciones privadas; por lo que, ponderando los valores que pone en juego el artículo 19 CN a la luz de una matriz interpretativa dinámica y de corte teleológico y utilizando argumentaciones de igual orden, el programa de criminalización que plantea el art. 17 de la Ley 12.331 se percibe como un avance sobre prerrogativas que aparecen reconocidas por nuestra carta magna y, por ende, le cabe la tacha de inconstitucional.

Piénsese que, en definitiva: *“(…) no se trata de que la moral positiva se constituya como objeto de protección en sí mismo del derecho penal o que el Estado pueda usar su aparato represivo para imponer las convicciones sociales mayoritarias a toda la comunidad. Considerar al daño y a la incorrección moral como requisitos necesarios para la criminalización estatal implica que las inmoralidades privadas no pueden ingresar a la esfera del derecho penal*<sup>411</sup>.

---

<sup>410</sup>VERCELLONE, ADRIANA, “Introducción a “Legalismo moral y tolerancia. Crónica de una muerte anunciada” de René González de la Vega”, en revista Discusiones, Tomo XVI “Liberalismo y tolerancia” (BOUVIER, HERNÁN G., Dir.), editorial EdiUNS, Bahía Blanca, año 2016 (disponible a través del siguiente enlace web: <https://ojs.uns.edu.ar/disc/issue/view/200>), pág. 8.

<sup>411</sup> SOLAVAGIONE, LUCÍA LL. M, ob. cit., pág. 143. En complemento, huelga señalar que, puntualmente en lo que respecta a la criminalización del ejercicio de la prostitución en condiciones de indemnidad hacia terceros, se ha referido lo siguiente: *“(…) el intento de degradar y estigmatizar a ciertos grupos de personas, como por ejemplos trabajadores sexuales mediante la persecución y castigo de sus prácticas implica el desconocimiento de su calidad de sujetos de derechos. Este desconocimiento es incompatible con el compromiso político que todo estado de derecho debe asumir frente a los ciudadanos mediante el favorecimiento de condiciones sociales de respeto a la individualidad y dignidad humana. Estigmatizar a estas personas como contraventores supone, lisa y llanamente considerarlas, como sujetos desviados, como sujetos degradados y, en definitiva, como ciudadanos se segunda que no respetan los derechos de la mayoría y que no comparten el ideal del ‘hombre medio’”* (HENDLER, MARTA L. – PICO, VALERIA A., “La prostitución y sus discursos jurídicos: vergüenza, repugnancia y ley”, en Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro – III [DONNA, EDGARDO A., Dir.], editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2008, pág. 753).

**E) UN FALLO ESCLARECEDOR EN LA MATERIA:****I) DESARROLLO DE SU DOCTRINA:**

Es igualmente destacable que muchas de las apreciaciones que se han volcado a lo largo del presente capítulo, lejos de encontrarse huérfana de respaldo teórico, encuentra argumentos de autoridad en algún sector de la jurisprudencia nacional. Concretamente, se hace referencia a lo resuelto en el fallo “*Rojas*”; que fuera dictado en el año 2009 por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal<sup>412</sup>. Si bien por un camino explicativo diverso al aquí transitado, en tanto la sentencia se detiene en consideraciones que este trabajo -por cuestiones de orden expositivo- ha dado tratamiento diferenciado en los apartados anteriores, la conclusión a que se arriba es sustancialmente la misma en cuanto al ajuste constitucional del tipo penal estudiado.

En apretada síntesis, puede decirse que las actuaciones fueron puestas a consideración del tribunal en virtud de los recursos de apelación interpuestos por el agente fiscal y las defensas técnicas de las imputadas; contra el auto de procesamiento y de sobreseimiento parcial dispuesto por el juez de grado, en orden a la comisión de los delitos tipificado en los artículos 17 de la ley 12.331, 125 bis del C.P. (que por entonces contemplaba la promoción o facilitación de la prostitución de menores de edad) y del art. 5° "c" de la ley 23.737 (tráfico de estupefacientes).

En lo tocante a la plataforma fáctica en que se apoyó la atribución delictiva, se atribuyó a las causantes haber tenido a su cargo, administrado y regentado -con la colaboración de distintas personas- tres departamentos en los cuales se ofrecían servicios de prostitución, ubicados en la zona céntrica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; en dos de los cuales se explotó sexualmente a una persona menor de edad. A tal efecto, las trabajadoras sexuales fueron reclutadas, se les retuvo los documentos y se les facilitó el lugar y los medios para el ejercicio de la prostitución; obteniendo las encausadas rédito económico derivado de dicha actividad. A efectos de asegurar la marcha del espurio negocio, las imputadas se distribuían los roles de impartir órdenes, tomar decisiones sobre turnos, francos y destinos de las empleadas, orientar todas las consultas del personal subalterno, entrevistar a las mujeres para su ingreso, realizar controles habituales sobre los departamentos y recolectar la recaudación diaria.

Ahora bien, el tribunal supo considerar que, aun cuando el juicio de adecuación pueda apreciarse ajustado a las exigencias del art. 17 de la Ley 12.331, no correspondía sin más su aplicación, pues la prohibición deducida del tipo penal no supera un control de razonabilidad, por motivos de inconstitucionalidad sobreviniente. En tal sentido, se apreció que la mutación de las circunstancias de hecho y de las valoraciones jurídicas bajo las cuales la norma se sancionó

---

<sup>412</sup>Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, 19/8/2009, causa 42.719, “*Rojas, Isabel y otros s/ procesamiento*” (publicado en La Ley Online, cita online: AR/JUR/27562/2009).

arrojan como resultado una incompatibilidad entre la prohibición penal y el principio de reserva consagrado en el art. 19 CN.

De acuerdo con el desarrollo argumental del fallo, dicho juicio de razonabilidad demanda apreciar los avatares legislativos y las líneas teóricas y jurisprudenciales seguidas en torno a la prohibición, al igual que impone comparar el tratamiento jurídico dado entonces y ahora al universo de acciones vinculadas. Ello a efectos de conocer las circunstancias y fines tenidos en cuenta por el legislador para la sanción de la ley; juzgando no sólo su adecuación con las circunstancias actuales, sino también la selección y adecuación de medios con la finalidad perseguida. Y en el camino de constatar la finalidad del legislador se entendió necesario identificar el bien jurídico individualizado por la norma; identificado con la salud pública y el control sanitario a ser instaurado para la prevención de enfermedades de transmisión sexual.

Luego de un nutrido tratamiento de la teoría del bien jurídico (afín al elaborado en el capítulo precedente), adecuado a la realidad que se imponía al momento del dictado de la norma (las enfermedades venéreas, por entonces, suponían un problema de salud a escala nacional) y analizado el texto de la misma en su integridad, se concluye que los fines netamente sanitarios de la Ley 12.331 delinearon como bien jurídico a ser lesionado por el tipo penal a la salud pública.

Sentado ello, se entiende que una forma de establecer el control de razonabilidad de la disposición legal parte de identificar la conexión entre el bien jurídico y la conducta prohibida; para luego testear si tal vinculación se encuentra o no amparada por el artículo 19 CN. Sin perder de vista la función limitadora del concepto de bien jurídico y la necesidad de que toda prohibición penal encierre siempre una lesión, se repara en que *“(...) el legislador vernáculo se autorizó a desplazar la determinación del nexa razonable entre la conducta y el daño que aquella causaba, en pos del interés superior identificado en la salubridad pública”*. Y ese desplazamiento, de acuerdo con la interpretación dada en el fallo, se presenta como un artificio para fundar la punibilidad de un comportamiento incapaz por sí mismo de conectarse con un resultado lesivo para otros; saltando la valla infranqueable de la norma constitucional que impide criminalizar acciones no perjudiciales para terceros.

Complementando esta tesis, se sostuvo que *“(d)e esta manera, se terminó por prohibir una acción respecto de la cual resulta irrazonable la formulación de una presunción legislativa de potencialidad para ocasionar perjuicios a terceros de conformidad con la exigencia del art. 19 de la C.N. Pues la atribución de un resultado causal a una cierta acción queda excluida cuando entre ellos interviene otra acción voluntaria, sea de un tercero, de la ‘víctima’ o del propio agente, caso en el cual, el resultado será, obviamente, efecto causal de esa segunda acción”*.

Así, aun cuando se conceda que en el contexto de emergencia concomitante a la sanción de la ley pudieron eludirse los cuestionamientos asociados a una falta de lesividad, tal solución se advierte sumamente inconveniente en la actualidad. Hoy día las enfermedades venéreas se

controlan sanitariamente a través de medicamentos específicos y medios de profilaxis de alcance masivo, que están al alcance en cualquier comercio del rubro o bien son provistos gratuitamente en los hospitales públicos; amén de que con el correr de los tiempos han proliferado (especialmente tras la propagación del HIV) las campañas de concientización que reclaman cuidados al propio interesado para evitar contagios.

El estado de situación descripto lleva a los miembros del tribunal a sostener que la figura analizada tiene por efecto tensar -de modo irracional- la libertad individual, sin establecer una conexión entre su ejercicio y el peligro corrido por la salud pública; dejando al desnudo el esquema paternalista que justifica la intervención penal. Se arriba a esta conclusión teniendo cuenta, por una parte, el bien jurídico que aparece afectado por la figura y, por otra, que los cambios sociales acaecidos desde la época de la sanción de la ley terminaron demandando del individuo un correcto ejercicio pleno de su ámbito de autonomía personal; de modo que la cuestión quedaría reducida a una intervención del derecho penal sobre acciones de autopuesta en peligro.

Me permito una nueva cita textual del fallo que ilustra sobre el punto con suficiencia: *“(l) o contrario equivaldría a admitir la legitimidad de una legislación que en lugar de ocuparse de brindar a los individuos la información necesaria para que elijan cursos de acción aptos para satisfacer sus propias preferencias subjetivas y planes de vida que han adoptado libremente (asumiendo sin lugar a dudas que su salud se trate de ese tipo de preferencia), imponga directamente, mediante su brazo más violento, el contenido de las preferencias y objetivos”*.

Por tanto, se estima que la conducta prevista por el art. 17 de la ley 12.331, al no revelarse como lesiva de ningún derecho de terceros, se erige como una de aquellas acciones que se desarrollan dentro de la esfera privada, protegidas por el art. 19 de la C.N., y por tanto corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma.

Así apelando a una interpretación dinámica de la norma constitucional, se reconoce que aun cuando la Ley de Profilaxis Venérea pudo haber sido acertadamente dictada en un contexto histórico y social determinado (detectando en ella una impronta higienista y positivista, propia de la época de su redacción), en respuesta a una acuciante necesidad de combatir las enfermedades de transmisión sexual, las razones que informaron su sanción fueron perdiendo con el tiempo peso o consistencia. Adoptando un rol de tipo activista, el órgano decisor abandona la lectura rígida del artículo 19 como método hermenéutico, en pos de mantener vigente la finalidad de la manda al mantenerla permeable a las demandas sociales que se fueron suscitando respecto a la libertad para vivir y expresar las preferencias sexuales.

Si bien el fallo no se detiene explícitamente en los problemas de ambigüedad del texto constitucional, es claro que ante las alternativas interpretativas que se presentan se ha optado por considerar que la idea de acciones privadas es más que las conductas realizadas en ámbitos

de intimidad y por considerar que las categorías mencionadas por el art. 19 CN son coextensivas; al dejar en claro que no es aceptable que las conductas del art. 17, al no comprometer más que a quien las realiza, quedan fuera de la órbita de la autoridad estatal, lo que equivale a sostener que se admite la existencia de acciones privadas no lesivas con proyección hacia lo público.

Lo resuelto involucra igualmente una lectura liberal de los presupuestos fácticos y normativos involucrados, en tanto desconoce toda eficacia a los ideales perfeccionistas que se cuelan por la pretendida finalidad sanitarista de la disposición; remarcando la importancia del respeto hacia el ejercicio de la autonomía personal en la medida en que no incida negativamente en legítimos intereses de terceros. La ponderación de los valores constitucionales en juego, bajo una óptica marcadamente iusnaturalista, conduce a los jueces del tribunal a establecer una relación armónica entre las necesidades del estado por regular ámbitos de interferencia intersubjetiva y el derecho del individuo a ser dejado a solas en la toma de decisiones que sólo a éste puedan concernirle; prevaleciendo este último mandato en el caso puntual de la prohibición que instaura el art. 17 de la Ley 12.331.

Tal razonamiento ha quedado plasmado con claridad en un pasaje del resolutorio, en tanto se establece que *“(e)ntonces, esta interpretación (refiriéndose a la finalidad perfeccionista de la norma) también debe descalificarse a la luz del art. 19 de la C.N., pues éste impide que se incluya entre los intereses legítimos de terceros cuya afectación justifica la criminalización de una conducta, las meras preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debiera adoptar. Nos enfrentamos con una conducta que no implica por sí un riesgo apreciable de generar causalmente perjuicios relativamente serios a intereses legítimos de terceros, y por ello, se mantiene dentro de la esfera privada protegida constitucionalmente para su libre ejercicio”* (el agregado me pertenece).

## II) COMENTARIOS A LA RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DOCTRINA DEL FALLO:

Corresponde hacer notar que la línea jurisprudencial desarrollada lejos se encuentra de gozar de seguimiento en la práctica tribunalicia. De hecho, en general, las decisiones judiciales previas que versaron sobre el tema se han inclinado por rechazar los planteos de inconstitucionalidad del art. 17 de la Ley 12.331; con base en que las figuras de peligro abstracto no estaban reñidas con el principio de lesividad, en que la figura es una forma válida de sancionar la rufianería cometida en prostíbulos y que es una forma apta de tutelar el bien jurídico salud pública<sup>413</sup>.

---

<sup>413</sup>Conf. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala 6°, 21/12/1999 – *“Guarini, Xavier L.”* y Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala 6°, 31/3/2000 – *“Dominguez, M.A.”*; citados en ROMERO VILLANUEVA, HORACIO J., ob. cit., pág. 497.

Frente a esta clase de posicionamientos, he de estar -en primer lugar- a lo ya expresado en el capítulo anterior en cuanto al estudio de las figuras de peligro abstracto; así como también me permito hacer notar una alarmante falta de claridad conceptual al analizar el bien jurídico que da sentido a la norma, pues se lo confunde con formas de interceder en la voluntad de quien se prostituye (discriminadas en el marco teórico de la obra) o bien, en la medida de la conveniencia argumental, se lo termina circunscribiendo en el ámbito de los intereses de injerencia colectiva. Sin ánimos de reiterarme, he de decir que tras un estudio minucioso del tipo penal me encuentro en condiciones de afirmar que la punición fue concebida para asegurar la indemnidad de las condiciones necesarias para mantener la incolumidad de la salud pública; mediante la prohibición de una conducta que, hallándose en una distal relación causal con la efectiva causación del daño, supone un escandaloso adelantamiento de la punibilidad que –contrariamente a lo sostenido por esta jurisprudencia- va a contramano del principio de lesividad correctamente entendido.

Con todo, baste con señalar, para demostrar cuan minoritario es el criterio de la causa “*Rojas*”, que la Cámara Federal de Casación Penal terminó anulando dicha decisión<sup>414</sup>. Tuvo en cuenta para arribar a tal solución un tradicional argumento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de acuerdo con el cual la declaración de inconstitucionalidad de una disposición es un acto de suma gravedad institucional, que obliga a una interpretación prudente y restringida a supuestos de incompatibilidad manifiesta; acompañada siempre de una adecuada fundamentación. En contraposición, el fallo atacado se habría limitado a trabajar con consideraciones abstractas o meramente académicas sobre la norma cuestionada; lo cual supondría ejercer una suerte de función consultiva que excede la competencia acordada al poder judicial todo.

Concretamente, el pronunciamiento estuvo apoyado -a entender del tribunal de casación- en terminología general antes que en una ponderación de los presupuestos de la causa; pues en ningún pasaje de la sentencia habría quedado de manifiesto cómo es que el procesamiento por el delito del art. 17 de la Ley 12.331 vulneraba el derecho a la intimidad de la gente implicada, así como tampoco se hizo referencia a los hechos probados como para concluir que éstos quedaban comprendidos dentro de la esfera de acciones privadas del art. 19 CN.

En suma “(l)a declaración de inconstitucionalidad fue realizada de manera universal, así como si fuera un cuasi acto legislativo derogatorio de la ley y, por tanto, excedió a nuestro juicio las facultades que al respecto tienen los tribunales de justicia para declarar la invalidez constitucional de una norma (...)”. Por tanto, se entendió que la sentencia, al encontrarse desprovista de fundamentación, no podía calificarse como acto jurisdiccional válido, de suerte que se dispuso su anulación.

---

<sup>414</sup>Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, 22/8/2012, causa 11638/116744, “*Rojas, Isabel y otros s/ recurso de casación*” (publicado en Diario Judicial, edición número 3263, del 16/11/2012).

No sería desacertado preguntarse si este juicio no peca de rigorista, pues aun cuando el fallo no aluda expresamente a los hechos al momento de desarrollar su doctrina, el análisis de los antecedentes fácticos indefectiblemente hubo de subyacer a las consideraciones. Definido que la conducta endilgada versaba sobre el manejo de departamentos empleados para actividades prostibularias, pocos datos adicionales se podían agregar durante el juicio de subsunción constitucional de la prohibición. Me inclino, en consecuencia, a conceder al fallo el carácter de legítima decisión, en tanto sus implicancias generales, fruto del reflexivo análisis de una constelación de situaciones no tenidas en cuenta con frecuencia, no lo convierten sin más en un acto meramente declarativo o irrespetuoso del principio político de división de poderes. En todo caso, para el caso de asistir razón a lo dispuesto por el tribunal de casación y admitir que la fundamentación fue deficiente por soslayar los hechos del caso, no se puede desconocer la solidez de las premisas elaboradas, el sustento de la lógica empleada para entrelazarlas y la validez de las conclusiones; plenamente compatibles con los desarrollos que –siguiendo otros cursos argumentales– fueran esbozados en este trabajo.

Contemporáneamente, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal sostuvo, en el fallo *“D.B.T y otros s/ procesamiento e inconstitucionalidad”*<sup>415</sup>, que debían probarse los cambios histórico-culturales que convertían a las conductas del art. 17 de la Ley 12.331 en acciones privadas para dar por motivado un juicio de inconstitucionalidad sobreviniente; circunstancia que, a entender de la alzada, no aconteció en el caso sometido a juzgamiento. Por el contrario, se estimó que la norma no perdió vigencia operativa y que continúa siendo un soporte de prevención de conductas socialmente reprobadas e íntimamente entrelazadas con otros comportamientos de relevancia jurídico penal.

A esta solución se llegó, en primer lugar, apelando al consabido argumento de la gravedad institucional que acarrea la declaración de inconstitucionalidad; para luego analizar si las conductas típicas están amparadas por el art. 19 CN, en los siguientes términos: *“(l)a conducta reprimida en la ley preserva la salud pública, no sólo de aquellos de quienes reciben dichos servicios –sean prestados en un ámbito privado o público-, sino de los terceros con quienes éstos se relacionan. Allí debe entenderse que la ley extiende su protección. Por todo lo cual, no puede sostenerse que dicho tipo penal vulnere la garantía de reserva expresada en el art. 19 CN”*.

El fallo insiste en que se trata de un delito de peligro, que no requiere que en el caso concreto se compruebe un daño a la salud, sino que basta con someter a riesgo al bien jurídico; situación que, curiosamente, da por sentada en cuanto *“(...) la propia clandestinidad de la actividad desarrollada impide la fehaciente constatación de las condiciones de salubridad en la cual se llevan a cabo (...)”*.

---

<sup>415</sup>Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala I, 28/06/2011, *“D.B.T y otros s/ procesamiento e inconstitucionalidad”*.

Y en refuerzo de esa inclinación hacia la punición, el tribunal se permite sostener que, amén de la salud pública, hay otros intereses protegidos por la norma, tales como la libertad personal y la integridad sexual; asignándole un marcado rol instrumental que deja en evidencia al sostener que *“(a) partir de la marcada relación entre el delito de la trata de personas y el proxenetismo, resulta necesaria una rigurosa investigación de todas las manifestaciones de este último fenómeno. Pues de esa manera podrá lograrse un ascenso en la cadena de la organización criminal que lleve a desbaratar circuitos de trata de personas, en este caso con fines de explotación sexual. La hipótesis delictiva del referido artículo 17, desde esta perspectiva, puede conducir al hallazgo de elementos objetivos que permitan recalificar esa primera hipótesis, de menor entidad, en otra de mayor gravedad”*.

Así, y teniendo también en consideración la normativa internacional aplicable (vgr. Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer), la respuesta que se avizora es favorable a la operatividad de la norma en comentario y, por ende, a su constitucionalidad.

Lo resuelto es meritorio de algunos comentarios. Más allá de lo cuestionable que puede resultar la aplicación de las figuras de peligro abstracto como estimación de una lesión, la dificultad más apremiante que se advierte tiene que ver con esa suerte de *presunción de la presunción* que hace el fallo; al determinar que el secretismo con que las actividades de este rubro se manejan equivale, sin dejar margen para la prueba en contrario, a una condición que atenta directamente contra el bien jurídico salud pública (salubridad, a entender de este trabajo). Es una forma de asumir, sin cuestionamientos, que el injusto acarrea perjuicio para el interés individualizado por el precepto como si se tratase de un delito de lesión; construcción intelectual artificiosa que es incompatible con el escrupuloso respeto que, por la gravedad de la materia penal, demandan algunos principios básicos sustantivos (intervención mínima, culpabilidad, lesividad) y procedimentales (inocencia, *in dubio pro reo*, defensa en juicio).

Otra lectura que hace la resolución, igual de peligrosa para prerrogativas constitucionales, acude a un falso pragmatismo para asignar a la prohibición estipulada el carácter de instrumento apto para escalar hacia estratos superiores de la criminalidad organizada que rodea al negocio de la prostitución. Yerra en la premisa, pues tiene por cierto que siempre que exista una casa de tolerancia habrá trata de personas (delito con requerimientos objetivos y subjetivos completamente distintos, como ya se ha visto); aun cuando no existen estudios empíricos que así lo indiquen y a pesar de que la praxis sugiere una interpretación opuesta. Yerra también en el desarrollo de la idea, al soslayar la infranqueable barrera que supone el principio de dignidad del hombre -proclamado en el sistema internacional de derechos humanos (Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos

Humanos)-, que consagra al hombre como un fin en sí mismo y, a igual tiempo, se opone a que sea tratado de manera utilitaria.

Pretender arremeter judicialmente contra quienes intervienen en el sostenimiento, regenteo o administración de un lupanar, bajo el pretexto de que con ello se obtienen mejores chances de desarticular redes de trata, es una forma de criminalizar en función de la peligrosidad (de las personas antes que de los delitos), de prejuzgar una relación de equivalencia entre figuras o de aceptar -como conjetura legal- que una representa una especie de acto preparatorio de la otra; resintiendo, en el camino, numerosos principios basales del Derecho Penal Liberal, el sistema probatorio sobre el que descansa el sistema de administración de justicia y, en última instancia, alterando la idea de neutralidad estatal frente al recto ejercicio de la autonomía individual. Por tanto, no puede menos que descalificarse la decisión, por estar viciada de fundamentación defectuosa y resultar manifiestamente contraria a los mandatos del ordenamiento jurídico en su integridad.

Lo expuesto me conduce a concluir que, aun cuando suponga una postura minoritaria, la doctrina del fallo "*Rojas*" es la pieza jurídica que hasta el momento mejor ha abordado la temática asociada al injusto penal del art. 17. Le ha otorgado un nutrido tratamiento en lo que respecta a las consideraciones históricas concomitantes y posteriores a la redacción de la Ley 12.331, al interés que sustentara la creación de la figura y a la superación de esas razones de emergencia estructurales; todo lo cual, bajo una hermenéutica teleológica, iusnaturalista, activista y dinámica de la Constitución Nacional, lleva como conclusión inevitable a una inconstitucionalidad sobreviniente, en función de que las conductas típicas perdieron su carácter nocivo y acabaron integrándose al bloque de acciones privadas amparadas por el art. 19 CN.

#### **F) ADDENDA: SOBRE LA POSIBILIDAD DE RECONducIR LA PROBLEMÁTICA AL ORDEN MUNICIPAL O COMUNAL:**

Una de las muchas aristas interesantes que ofrece el estudio del Derecho como disciplina social es que -a diferencia de lo que ocurre con las ciencias exactas- no es preciso ensayar modelos explicativos universales o uniformes para tener por válida la conclusión a que se pueda arribar. Justamente, a la luz de lo que se ha visto en este apartado teórico, me permitiré ensayar una segunda propuesta alternativa a la criminalización del sostenimiento, regento o administración de las casas de tolerancia; que si bien en cierto modo resulta excluyente de aquella propiciada en el capítulo dedicado al bien jurídico, se estima igualmente valiosa, por cuanto también supone abandonar la sanción penal como instrumento de control social, y hasta es preferible si se quiere, en tanto conmina a repensar si en efecto es válida la intervención jurisdiccional sobre esta clase de conductas.

Ocurre que, de seguir el hilo conductor trazado en el capítulo, la conclusión a que corresponde arribar es que el artículo 17 de la Ley 12.331 es inconstitucional, por no ajustarse al programa que emana del artículo 19 CN; perdiendo entonces consistencia aquella solución que propone transferir la regulación de la problemática al ámbito del Derecho Contravencional que, como toda disciplina jurídica, también comulga con los derechos y las garantías que nuestra carta fundamental reconoce. Así las cosas, en correspondencia con esta nueva línea argumental, es preciso hallar otra salida teórica más ajustada a sus demandas.

Con tal objeto, la problemática de los prostíbulos debe ser situada no ya dentro de las conductas que trasgreden la esfera de la propia individualidad, sino entre los problemas de orden sanitario que deben afrontar las autoridades dedicadas al contralor de las condiciones de los locales comerciales. En efecto, así como ciertas instancias administrativas, generalmente municipales, están investidas de la potestad de limitar o restringir derechos y libertades en procura de armonizar la convivencia pública, contando con facultades para exigir que los negocios cumplan con determinadas imposiciones en materia edilicia, ambiental, higiénico-sanitaria y de personal, no sería desafortunado demandar que, adicionalmente, en los casos de los burdeles controlen que la actividad se desarrolle observando la profilaxis de enfermedades de transmisión sexual.

Dentro del catálogo de infracciones bajo su revisión se encuentran las deficiencias ambientales (falta de espacio requerido para la actividad de que se trate, de condiciones de insonoridad, filtraciones de humedad, etcétera), de seguridad (salidas de emergencia, extintores, etcétera), de higiene (acumulación de residuos en ambientes y artefactos, etcétera), de control de plagas, de habilitación de los empleados, de almacenamiento o conservación de materias primas o productos; circunstancias que son verificadas *in situ* por los inspectores a cargo del examen periódico de los comercios. A partir de las faltas constatadas, se labran actas de infracción que pueden dar lugar tanto a multas administrativas como a la clausura preventiva del local, de mediar riesgo para la salud o seguridad públicas; con una instancia de contralor a cargo del respectivo juzgado de faltas (y participación del presunto infractor, a quien se acuerdan facultades de oponer defensas y descargos), que ratifica o rectifica lo dispuesto en instancia administrativa y, en todo caso, dispone lo conducente para que se regularice la situación verificada.

Resultan las funciones acordes con la actividad del municipio o comuna, cuya principal actividad redunde en la prestación de bienes y servicios públicos para satisfacer determinadas demandas de la población local; contando a tal efecto con la potestad de reglamentar derechos, a través de ordenanzas relacionadas con cuestiones vinculadas a la satisfacción de esas exigencias (seguridad, sanidad e higiene, moralidad, urbanismo, medio ambiente, industria, etcétera) y con poder de policía para garantizar el efectivo cumplimiento de las pautas establecidas.

Entre las atribuciones asignadas a los inspectores bajo su órbita, está la de demandar y controlar que determinados sectores comerciales observen el requisito de la libreta sanitaria; certificado de salud con que deben contar los trabajadores de ciertas actividades, previa realización de estudios para determinar su aptitud de salud e indemnidad de enfermedades infectocontagiosas. Las libretas se encuentran discriminadas por categorías, de acuerdo con el rubro de incumbencia (transporte de pasajeros, instructores de gimnasios, comercios gastronómicos, centros de estética, peluquerías, personal de guarderías y jardines de infantes, bares, casas de tatuajes, etcétera).

Dentro de éstas, se encuentran comprendidos -en una clase específica- los locales de diversión nocturna con venta de alcohol, comúnmente denominados “whiskerías”, “clubes nocturnos” y “cabarets”; y quien trabaja allí, designado como alternador/a, es formalmente conceptualizado como personal contratado para alternar o bailar con los concurrentes. No obstante, a diferencia de lo que ocurre -por ejemplo- con un empleado de cocina, a la alternadora (en la generalidad de los casos, se trata de mujeres) se le exige para la tramitación de la libreta un examen ginecológico (exudado vaginal) y análisis de sangre, efectuados en instituciones de salud pública, a fin de detectar posibles enfermedades de transmisión sexual; estudios éstos que deben renovarse periódicamente para asegurar que la trabajadora se mantenga en adecuadas condiciones de salud.

Es evidente que los términos aludidos son eufemismos para denominar a los prostíbulos y a las prostitutas, y que aquello que se regula por este conducto son las condiciones de profilaxis en el intercambio de favores sexuales por dinero. Basta con inscribirse en la oficina de comercio respectiva y cumplir con los requisitos de habilitación exigidos (dentro de los cuales se encuentra la presentación de las respectivas libretas), para poner en funcionamiento el burdel; pese a que se encuentra en plena vigencia, a nivel federal, la prohibición de los arts. 15 y 17 de la Ley 12.331. Se atestigua, de tal suerte, el desarrollo de prácticas reglamentadas por decretos u ordenanzas que van por encima de lo dispuesto por una ley del Congreso de la Nación, subvirtiendo el orden de prelación normativa que establece nuestra carta magna.

El primer impulso lógico sería clamar por que se dejen sin efecto aquellas disposiciones, por su falta de adecuación al principio de jerarquía; pero si la cuestión se analiza con más detenimiento, reparando en las objeciones constitucionales a que la Ley 12.331 se hace acreedora, la solución se invierte: dejar sin efecto -en lo pertinente- lo dispuesto por la normativa nacional y robustecer la reglamentación municipal, a efectos de correr ese velo de *clandestinidad a medias* que rodea al sistema de habilitaciones comerciales de los locales nocturnos. La ventaja apreciable es que, de este modo, será posible avanzar -sin conflictos de subsunción legal de por medio- hacia una ordenación más exhaustiva de la actividad, a efectos de garantizar que ésta se desarrolle en mayor satisfacción de aquella finalidad preventivo-sanitaria que, con las deficiencias apuntadas,

procura resguardar la ley comentada integralmente considerada. Por paradójico que pueda resultar, abandonando la prohibición se garantizan mejores posibilidades de acatamiento.

Se propone una intervención sobre las condiciones en que se desarrollan las actividades del local, mas no sobre las actividades prostibularias en sí; que quedarían a resguardo de toda regulación institucional, por tratarse de acciones privadas amparadas por el artículo 19 CN. Remite, en definitiva, a un modelo de abolicionismo atenuado, con notas reglamentarias: verificada alguna modalidad comisiva encuadrable en los delitos contra la libertad sexual o contra la libertad de quien se prostituye, la respuesta punitiva debe ser inminente; mientras que, para el caso de que no se individualice ninguna conducta ilícita, el burdel permanecerá sujeto a control higiénico y sanitario para prevenir contagios de enfermedades de transmisión sexual.

En resumen, para el caso de que se opte por una lectura liberal y dinámica del juicio de adecuación constitucional, la interpretación resultante es la ausencia de ofensividad; operación intelectual que ofrece como alternativa de intervención institucional el control sanitario de las casas de tolerancia antes que su represión. No se deja de advertir que existe un contrapunto bastante notorio con la solución ofrecida en el apartado precedente; y sobre la relación entre sendas interpretaciones se dedicaran algunas consideraciones hacia el final de este capítulo.

#### **g) CONCLUSIONES:**

Las palabras previas han dejado en evidencia que desentrañar el significado de una disposición constitucional encierra una tarea mucho más desafiante que atenerse a la literalidad de la terminología empleada; no sólo porque supone dotar de sentido a una cláusula ubicada en la cúspide del sistema jurídico que define aspectos trascendentales del régimen de administración de justicia, sino también por cuanto involucra el ejercicio de un acto de poder político que debe estar acompañado de mesura para evitar que el Estado de Derecho termine pervirtiéndose. A ese reto se añaden las dificultades propias del lenguaje; pues por más rico que pueda resultar el idioma castellano, las normas constitucionales -por fuerza- deben configurarse en torno a un lenguaje que no da un cierre a sus horizontes de significación, en pos de asegurar una vigencia a perpetuidad.

Múltiples son las herramientas teóricas con las que la doctrina constitucional ha procurado encarar tan compleja labor, que comprenden desde la adopción de métodos históricos hasta el uso de argumentación de tipo teleológico, cuya elección remite -en última instancia- al posicionamiento filosófico jurídico y político de quien se encuentra en el trance de llevar a cabo la tarea. En suma, no existe ninguna fórmula hermenéutica que prevalezca por sobre las demás, de modo que cualquier explicación ofrecida será igualmente depositaria de aprobación o rechazo de acuerdo con las preferencias de su examinador.

El rodeo doctrinal dado fue necesario para sentar las bases de la exégesis a ser empleada en el punto central del capítulo, esto es, el análisis del artículo 19 de nuestra carta fundamental; norma de capital importancia para la disciplina penal, en tanto actúa como primera llave de corte para la administración del poder punitivo. En términos rudimentarios, puede decirse que la manda solo justifica la criminalización de aquellas conductas (descartando hechos de la naturaleza, o eventos sin la participación del hombre) que suponen una acción exterior (es decir, que no son pensamientos ni formas de conducir propia existencia) con proyección negativa hacia personas distintas de aquél que las realiza, hacia convicciones sociales profundamente arraigadas o bien hacia pautas que son reputadas esenciales para la convivencia dentro de la vida comunitaria. Esta directiva primordial conmina a todo el ordenamiento jurídico penal a estructurar sus dictados en derredor a la idea nuclear de lesividad (que, tal y como se ha visto con anterioridad, encierra los conceptos de afectación y de peligro).

El estudio de la directiva constitucional ha principiado por señalar, a efectos de disipar cualquier confusión terminológica, que la intimidad y la privacidad son ideas que involucran dos diferentes niveles de protección del ámbito reservado de la vida humana; pues en tanto intimidad resguarda la faceta de la personalidad exenta del conocimiento e injerencia por parte de los demás, la privacidad garantiza la posibilidad irrestricta de realizar acciones que, aun cuando resulten de amplio conocimiento público, no son objeto de calificación legal alguna<sup>416</sup>.

Superados, asimismo, los obstáculos derivados de la ambigüedad semántica de la manda del artículo 19, se han dedicado energías para establecer cuál es la extensión cualitativa de esta última categoría en supuestos de interferencia intersubjetiva; pues si bien no demanda mucho esfuerzo intelectual suponer que una acción desconocida -por realizarse en privado- no ingresa a la órbita del derecho, predicar que una conducta que interfiere en la vida de terceros está exenta de contralor legal y judicial supone mayor reto en términos de argumentación.

Pretéritos criterios de nuestro máximo tribunal no han sabido traer demasiada luz sobre el asunto. Como pauta de discriminación, se ha señalado que mientras las acciones privadas integran una constelación de situaciones "ajurídicas", que -por buenas o malas, moralmente hablando- no admiten la calificación de lícitas o ilícitas según el derecho, las acciones públicas son conductas exteriores *con incidencia sobre derechos ajenos y proyección comunitaria*; encontrándose, por tal razón, sometidas a la reglamentación de la ley<sup>417</sup>.

Este tipo de discernimientos, entre acciones realizadas en reserva exentas de control estatal y conductas que trascienden la privacidad que deben ser reguladas, decididamente retacea

---

<sup>416</sup>Conf. QUIROGA LAVIE, HUMBERTO – BENEDETTI, MIGUEL ÁNGEL – CENICACELAYA, MARÍA DE LAS NIEVES, *"Derecho Constitucional Argentino. Tomo I"*, editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, año 2001, pág. 147.

<sup>417</sup>Corte Suprema de Justicia de la Nación, *"Carrizo Coito, Sergio c/ Dirección Nacional de Migraciones"*, resuelta el 26/06/1980 (Fallos: 302:604), citado en SABSAY, DANIEL A., ob. cit., pág. 276.

espacios de libertad para el desarrollo vital de individuo; al aceptar que sólo puede actuar despojado de lastres legales en la medida en que no medie ningún tipo de influencia sobre terceros o sobre el medio social circundante.

Para una aproximación más certera a esa delimitación conceptual, en sintonía con todo lo que se ha venido exponiendo, conviene tener presente que: *“(e)l orden público es el límite jurídico indisponible (imperativo) a la esfera de reserva, colocando allí donde las acciones de cada uno (“acciones privadas”) interfieren el ámbito de las acciones de los demás. ¿Hasta dónde puede limitar el orden público la esfera de reserva y hasta dónde ésta puede avanzar sobre aquél? No hay una respuesta lineal para ambos interrogantes: hay una zona gris que depende de la valoración política vigente y dominante que, obviamente, cambia con el tiempo. Si el orden público ocupa todo el ordenamiento jurídico habrá Estado totalitario y no Estado de Derecho. El artículo 19 es la valla que el constituyente ha puesto para evitar este extremo. Sólo la ley en sentido estricto (emanada del Congreso) puede manifestar al orden público como límite del ámbito reservado; el ámbito de la intimidad o de la privacidad o la determinación de lo que interesa al todo social no pueden quedar en manos del Ejecutivo. La moral pública, al igual que el orden público, opera como límite indisponible, pero se diferencia en que no proviene de la determinación legal sino del sentido común social expresado por los usos y costumbres de la comunidad aunque sea receptado, a veces, por el legislador, y otras, por los jueces”*<sup>418</sup>.

Consecuentemente, hallase de un lado de la báscula el principio de reserva como extensión del respeto por la autonomía individual que todo Estado de Derecho se compromete a observar; mientras que del otro se ubica la necesidad de asegurar la indemnidad de los derechos de terceros, de ciertos modelos de comportamiento generalizado que tienden hacia el bien común y de aquellas pautas culturales que cuentan con mayor arraigo en la comunidad.

Claramente, se trata de una delicada relación de equilibrio que permanente debe ser examinada por los poderes públicos, pues una inclinación desmedida hacia el libre albedrío conducirá a la degradación moral del ente social y la anarquía; mientras que, de optarse por fórmulas intervencionistas, se arribará sin escalas a un modelo de corte autoritario revestido de premisas tributarias de un ideal perfeccionista (con injerencia directa en distintas áreas de la construcción de la identidad, tales como la elección de la religión, la vida sexual y familiar, la salud, los gustos y estilos de vida).

Al respecto, no es ocioso indicar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que: *“(e)l desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo,*

---

<sup>418</sup>QUIROGA LAVIE, HUMBERTO – BENEDETTI, MIGUEL ÁNGEL – CENICACELAYA, MARÍA DE LAS NIEVES, ob. cit., pág. 148.

*valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía —que es prenda de madurez y condición de libertad— e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones”<sup>419</sup>.*

Para alcanzar tal situación de balance, no basta con apearse a la voluntad que el convencional constituyente expresara al momento de dictar la norma; pues ésta, como parte de un pacto fundacional o programa elemental con vocación de seguimiento a perpetuidad, debe plegarse a los sucesivos cambios que experimenta la sociedad sobre la que está obligada a intervenir. Hace ya doscientos años que lo ha dicho el célebre *Chief Justice* Marshall, al apuntar que “(...) una Constitución que ha sido creada con la intención de prevalecer para las épocas futuras y consecuentemente debe apartarse a las variadas circunstancias de los asuntos humanos”<sup>420</sup>.

En el campo de la moral pública se atestiguan las mutaciones más notorias, pues resulta indudable que numerosas conductas otrora escandalosas para el colectivo mayoritario, hoy son —según el caso— aceptadas, ignoradas o, cuando menos, toleradas. Si esas acciones son evaluadas bajo los parámetros fundacionales para extraer de allí una causal que justifique la intervención oficial, la solución resultante será manifiestamente inconveniente, pues no servirá más que para reafirmar una (mal emplazada) superioridad moral del ente estatal.

Así, se defiende la idea de que el intérprete constitucional tiene la misión de bregar por que los mandatos mantengan una vigencia real y efectiva; y en el caso puntual del art. 19 CN este cometido demanda adoptar una actitud celosa de las injerencias hacia las acciones privadas, con el objeto de evitar que el derecho llegue detrás de los acontecimientos y, en la carrera, sean confiscadas legítimas expresiones de la individualidad. La ponderación de los principios emergentes es trascendental, a efectos de evitar que su colisión opere en desmedro de libertades emergentes. De otro modo, su finalidad de reconocer, aceptar y promover la autonomía del hombre, por su sola condición de tal, se iría difuminado progresivamente ante los avatares de la evolución cultural.

Por tanto, aun cuando exista una amplia gama de métodos exegéticos con igual peso dentro de la doctrina constitucional, se estima preferible apelar a esta clase de lecturas para agenciar a la cláusula el rol preponderante que le cabe dentro de un estado liberal; aunque sin descuidar su armonización con otros principios igual de trascendentes para ordenar la vida comunitaria nacional.

---

<sup>419</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “*Ximenes Lopes vs. Brasil*”, sentencia del 4 de julio de 2006 (párrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez).

<sup>420</sup>Corte Suprema de Estados Unidos, caso “*MacCulloch v. Maryland*”, citado en SABSAY, DANIEL A., ob. cit., pág. 2.

Dentro de este esquema, el ejercicio de la prostitución es indudablemente una acción privada, y por ende se encuentra abarcada y protegida por el art. 19 CN; en la medida en que quien la ejerza sea mayor de edad y lo haga de un modo individual. El problema explicativo se suscita respecto a si las acciones de *regenteo* son igualmente acreedoras de amparo; hipótesis que algunos doctrinarios niegan –entre múltiples argumentos- sosteniendo que toda sociedad que procure defender la dignidad de las personas no puede admitir como lícitos negocios que supongan valerse de algo tan privado como es la disposición del cuerpo de terceros<sup>421</sup>.

Al ahondar en el conocimiento de la fenomenología del art. 17 de la Ley 12.331, es posible sostener en contrario que la solución propiciada responde a un criterio paternalista algo miope, pues da por sentado que en toda actividad de esta clase siempre habrá una persona valiéndose de otra; en situación de superioridad o preeminencia. Bien se ha dicho que *“(l)a prostitución es problemática en sí misma porque condensa varios significados, porque habla de un diverso mercado sexual en el que diferencias de clase, etnia y género, se conjugan en distintas combinaciones dando lugar a innumerables escenarios”*<sup>422</sup>. Lo expuesto implica asumir *“(…) que la prostitución no es un fenómeno unívoco, mucho menos uniforme y que su heterogeneidad se complejiza con las diversas formas que la prostitución asume no sólo en distintos contextos y mercados, sino también en términos históricos y culturales”*<sup>423</sup>.

Es preciso ser cautelosos al momento de examinar el contexto situacional del trabajo sexual, evitando recurrir a afirmaciones categóricas; que pueden encubrir creencias y actitudes respecto a cómo deben ser trazados y transitados los planes de vida. Todo análisis que se haga sobre el trabajo sexual y que pretenda un desarrollo objetivo debe principiar por avistar que las premisas empleadas para darle tratamiento englobarán –por fuerza- un posicionamiento ideológico determinado (moral, ético, religioso, etc.); de suerte que, si lo que se pretende es un diálogo, es preciso obviar cualquier pretensión generalizadora, incapaz de captar los matices que ofrece esta particular realidad (con fórmulas tales como *la prostitución como forma de violencia de género, o la prostitución como equivalente a la trata con fines de explotación sexual*).

Resulta evidente que el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de quien se prostituye está a la orden del día y frecuentemente se suscita dentro de la actividad; lo que no quita que igualmente existan casos en los que la persona pueda optar libremente por hacer de la prostitución su forma de vida y -en relación a la figura en estudio- recurrir a un intermediario que le suministre acceso a condiciones más ventajosas para ejercer el oficio.

---

<sup>421</sup>Conf. TENCA, ADRIÁN M., ob. cit., pág. 279.

<sup>422</sup>DAICH, DEBORAH, “¿Abolicionismo o reglamentarismo? Aportes de la antropología feminista para el debate local sobre la prostitución”, en revista Runa. Archivo para las ciencias del hombre, Nro. 33 (1), año 2012 (<http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/runa/article/view/340/317>), pág. 71.

<sup>423</sup>DAICH, DEBORAH, ob. cit., pág. 78.

El escenario de la prostitución nuclea tanto a personas socialmente excluidas, empobrecidas y vulnerables como a quienes lo conciben como la prestación de un servicio más y hasta luchan por que se mejoren las condiciones circundantes a su labor; como es el caso de AMMAR (Asociación de Mujeres Meretrices de Argentina)<sup>424</sup>. Tampoco es desdeñable observar que dentro de esta constelación pueden suscitarse los casos de prostitución de lujo o *alto standing*, o de la prostitución *amateur*, practicada por quienes complementan un trabajo formal con el ejercicio del comercio sexual como vía de ascenso económico; supuestos éstos en los que resulta difícil asignar a esta gente el rol de víctima.

Por ende, no se advierten razones valederas para estimar que medie afectación a terceros en aquellos supuestos donde no concurren las situaciones de preeminencia contempladas en las otras figuras del ordenamiento sustantivo; razón por la cual se aprecia que la prohibición del art. 17 de la Ley 12.331 no es más que una invasión en la esfera de reserva de las personas involucradas: quien se ofrece a cambio de dinero, aquél que paga a cambio de favores sexuales y –en lo que aquí interesa puntualmente- la persona que sostiene, administra y/o regentea la casa de tolerancia.

La hipótesis se mantiene aun cuando se procure una confrontación con la moral pública; tal y como se indicara párrafos más arriba. Una explicación liberal de aquella expresión sugiere que quien detenta el poder de definición no debe ceder a la tentación de expandir la regulación estatal hacia posiciones morales minoritarias; que, por antagónicas que puedan resultar, si no causan real ofensa, deben permanecer eximidas de contralor.

La clave para dilucidar cuándo se suscita el conflicto -de acuerdo a como se trabajó en el capítulo- está dada por que la ejecución en público de la conducta en cuestión resulte agravante tanto para quienes aceptan o avalan su realización en privado como para aquellos que la repudian en cualquier ámbito. Esa es la interferencia en el contexto comunitario, que va más allá de lo estrictamente mayoritario, que faculta a las autoridades públicas a interceder, en procura de asegurar la vigencia de determinadas pautas sociales reputadas valiosas.

Así las cosas, por más contracultural que pueda resultar la actividad prostibularia, es innegable que ésta, desarrollada en un medio de estricta intimidad, atañe exclusivamente a quien se ofrece por dinero y a quien paga por sexo; de suerte que la intermediación que propone el art. 17 no viene a acercar ninguna condición que genere alarma social. La prohibición, despojada de este

---

<sup>424</sup>La Asociación de Mujeres Meretrices de Argentina es una organización que se encuentra afiliada a la Central de Trabajadores de la Argentina y es miembro fundadora de la Red de Trabajadoras Sexuales de Latinoamérica y el Caribe; además de haber sido reconocida con el premio "Cinta Roja" ONU, en el marco de la XVIII Conferencia Internacional sobre el SIDA, desarrollada en Viena (Austria) en el año 2010. Sus luchas y conquistas a nivel nacional y regional aparecen publicadas en el sitio web de la asociación, accesible a través del enlace <http://www.ammar.org.ar>.

componente de ofensividad, termina manifestándose como una mera reacción de reprobación refleja del sistema de educación sexual dominante.

Son esclarecedoras, en este sentido, las palabras de Daich, para quien *“(e)l sexo y la sexualidad no son degradantes ni deshumanizadores por sí mismos ni siquiera cuando hay dinero de por medio; ni siquiera si aceptáramos que el sexo –comercial o no- implica la cosificación del otro para el consumo o la satisfacción personal. Su decodificación depende siempre del marco cultural y social en el que se inscriben y en la imbricación compleja de ese marco con las diversas y diversificadas formas de experimentar subjetivamente el sexo”*<sup>425</sup>.

Tampoco cabe derivar de las conductas típicas alguna infracción al orden público (entendido como la preservación de conductas estereotipadas dentro del tráfico intersubjetivo, en aras de lograr el bien común); ni siquiera cuando se las piensa en términos de preservación de la salud o la salubridad pública, pues la conexión causal con estos valores es tan distante que no parece sensato predicar la concurrencia de un fundamento válido para sostener la punición. En este punto es también preciso apelar a una intelección dinámica tanto de las normas como de los acontecimientos, pues es claro que las políticas públicas salutíferas han experimentado una evolución desde 1936 hasta nuestros días; alejando las posibilidades de que en las casas de tolerancia ocurran los contagios venéreos que la norma procuró mitigar.

A partir de todo lo expuesto, decaen los argumentos que detectan una razón para criminalizar en que la casa de tolerancia tiene como característica la participación del público o terceros que concurren a dicho sitio, por lo que no podría catalogarse estrictamente como una actuación privada<sup>426</sup>. Aun cuando, por las características propias del negocio, el prostíbulo habilite un acceso irrestricto en la generalidad de los casos, la satisfacción de las apetencias sexuales que concierne a esta actividad no deja de ser una cuestión privada. De otro modo, no quedaría otra solución que asimilar a las acciones privadas con aquellas realizadas en la intimidad; alternativa que se rechaza de plano, en el entendimiento de que compromete seriamente los espacios de desarrollo de la autonomía personal.

La tesis seguida, como se ha visto, no está desprovista de defensores, si bien en criterios jurisprudenciales aislados. No por ello se deja de avistar su valor interpretativo, en tanto se salen de los moldes dogmáticos para balancear las necesidades actuales de la prohibición; ante la evolución de las políticas públicas en materia de control salutífero y de concientización sobre los peligros de las enfermedades de transmisión sexual y del adecuado uso de métodos profilácticos.

Nuevamente corresponde aclarar, a efectos de salvar posibles contradicciones al integrar lo aquí volcado con las consideraciones vertidas en el capítulo dedicado al bien jurídico, que la

---

<sup>425</sup>DAICH, DEBORAH, ob. cit., pág. 80.

<sup>426</sup>TAZZA, ALEJANDRO O., *“La Ley de profilaxis antivenérea y la afectación a la salud pública”*, ya citado, pág. 48.

inconstitucionalidad declamada se da en función de la punición de las conductas, por considerar que no trasgreden la esfera de lo individual; lo que no obsta a que puedan suscitarse válidamente respuestas institucionales de índole administrativa, circunscriptas exclusivamente a cuestiones de policía sanitaria (adecuada utilización de métodos profilácticos, controles de salubridad sobre los trabajadores sexuales, etcétera), para asegurar aquellos fines tenidos en miras en la Ley 12.331 integralmente considerada.

En otros términos, el juicio de adecuación negativa de la norma con la regla de garantía emanada del artículo 19 CN permite avistar la inconveniencia de una respuesta represiva de cualquier clase (sea de naturaleza penal, sea de naturaleza contravencional), pues el sustrato de la sanción siempre será la ofensa ocasionada y en este caso tal razón se encuentra ausente. No ocurriría lo mismo con las inspecciones que podría ejercer la autoridad pública, generalmente municipal, en materia de preservación de las condiciones salud con que se ejerce el oficio (enmarcada en las conocidas funciones de contralor de habilitación comercial, medidas de seguridad, puertas de ingreso, salidas de emergencia, vigencia de matafuegos, documentación de controladores, consumo de bebidas alcohólicas por parte de menores, autorización para manipulación de alimentos, libreta sanitaria, factor de ocupación, etc).

A riesgo de pecar de reiterativo, pero con la tranquilidad de dejar aclarada la postura adoptada, me permito indicar que la idea que defiende este trabajo es que la prohibición penal instaurada por el art. 17 de la Ley 12.331 es inconveniente desde distintos prismas de análisis. Al momento de ahondar en la teoría del bien jurídico, se ha dicho que la conexión de las conductas típicas con un resultado dañoso es sumamente remota (al suponer un eventual quebrantamiento de condiciones con potencial riesgo para la salud pública); y que, en todo caso, encajaría mejor dentro de la esfera del Derecho Contravencional, pues este ámbito se identifica, antes que con lesiones a derechos de terceros, con trasgresiones a la actividad administrativa encaminada a la prosperidad o bienestar sociales.

No obstante dicha aseveración, se sostuvo en subsidio que también es posible interpretar que la distancia que separa la acción del resultado equivale a una falta de lesividad, lo que acarrearía también la pérdida de legitimidad en la intervención del juez contravencional; a quien también le concierne la observancia del art. 19 CN.

Así, el desarrollo esbozado a lo largo de este apartado, relativo a que la interpretación de la exigencia constitucional bajo una óptica particular revela la ausencia de ofensividad del art. 17, contribuye a reforzar la idea de que incluso la respuesta contravencional es inadecuada; de suerte que la única alternativa de intervención válida que depararía a la autoridad pública es la de controlar que las actividades se desarrollen dentro de un entorno apto en términos de salud. La solución reviste una doble ventaja pues, por un lado, guarda plena correspondencia con los fines fundacionales de la Ley 12.331, aun cuando suponga abandonar la prohibición y dejar la

regulación librada al ámbito municipal o comunal, y al mismo tiempo, no comporta una intromisión directa en el infranqueable terreno de las acciones privadas.

## VI.- REFLEXIONES FINALES DE LA TESIS:

Todo individuo pensante que se encuentra a las puertas del cierre de una etapa, ciclo o proceso, se ve irremediabilmente movilizado a hacer un balance entre los recursos empleados con motivo de su intervención y el rédito que la experiencia le ha traído aparejado. No me considero la excepción a la regla y por ello, mirando el camino recorrido tras varios años de iniciada la tesis, mi humilde opinión es que los resultados son sumamente positivos; pues confrontando y sopesando el tiempo invertido, las oportunidades pospuestas y los ocasionales momentos de desazón (imagino que -en mayor o menor medida- inevitables para cualquier tesista) con la oportunidad de crecimiento profesional que ha representado este trabajo y la satisfacción que el producto final me otorga, no tengo más que palabras de gratitud para con las fuerzas del destino que me han conducido hasta este punto de la carrera.

He dado el máximo de mi esfuerzo como investigador y como escritor en la obra. Contrariamente a la tendencia de muchos intelectuales, que gustan de mantener a resguardo *un as bajo la manga*, como nunca he sido muy buen jugador de cartas, prefiero mostrar todo lo puesto en juego, que es igual a decir que puse al servicio de este emprendimiento todas mis capacidades intelectuales, académicas, los recursos lingüísticos y retóricos de que dispongo y las fuentes de conocimiento a que supe tener acceso; en suma, no escatimé en esfuerzos al momento de su gestación. Considero que su lectura integral lo deja en clara evidencia, pues el nivel de profundidad en el análisis no ha decrecido en ninguno de los apartados que la componen; aun cuando, claro está, no se descarta la posibilidad de que quien tenga en sus manos la corrección pueda disentir con las apreciaciones volcadas. Lo que pretendo destacar es que nada ha sido tomado a la ligera en esta tarea, dada la importancia que a mi entender le cabe como etapa complementaria de la cursada.

Retomando brevemente las palabras volcadas en el prólogo, respecto a la analogía entre el trabajo de tesis y una relación sentimental, he de decir que en este caso se ha formado una pareja duradera, establemente vigorosa que, lejos de verse desgastada, consiguió mantener viva la llama del interés pese a la prolongada convivencia.

Otro aspecto que me permito destacar de lo construido es la honestidad intelectual que signó la integridad de su desarrollo. Aun cuando -insisto- pueda resultar pasible de generar alguna controversia, entiendo que el estudio se hizo conforme a una argumentación estratificada, sucesiva y progresiva, con suficiente claridad conceptual como para brindar al lector una idea de qué nociones se tomaron como base, qué significación se les atribuyó, cómo se armonizaron o contrapusieron unas con otras y cómo decantaron las conclusiones. No hay en la obra argumentos oscuros, afirmaciones meramente dogmáticas o verdades a medias; aun cuando ello pueda colocarme en una posición poco favorecida al tiempo de su defensa, pues otro atributo

que resalto de lo elaborado es la marcada convicción de quien suscribe tanto sobre la validez de las críticas esbozadas como respecto a la viabilidad de las distintas soluciones que se ofrecieron a modo de alternativa.

Dejando de lado las reflexiones personales, e introduciéndome en las apreciaciones finales sobre lo que el trabajo representa, debo decir que ya desde el apartado introductorio se hizo la salvedad de que el núcleo fenomenológico de lo estudiado era -ni más ni menos- el caso de quien se prostituye de manera libre y en pleno uso y goce de sus facultades mentales; evitando entrar en una relación dialéctica con la vulnerabilidad situacional o -en el caso de las mujeres prostitutas- con la violencia de género. A mi modo de ver, estas cosmovisiones, muy útiles para poner en perspectiva el análisis de otras fenomenologías delictivas (incluidas las figuras penales ligadas a la prostitución y a la trata de personas), en el supuesto bajo análisis tienen el pernicioso efecto de trastocar los niveles de discusión.

Afirmar que toda persona que trabaja con su cuerpo lo hace como exclusiva consecuencia de factores biográficos condicionantes no dista, a mi modo de ver, de las teorías criminológicas deterministas ya vistas; que como ya se ha dicho, poco o nada aportan a un análisis serio de la prostitución como problemática en todas sus manifestaciones. Tampoco alcanzo a comulgar con aquellas posturas que detectan en todo caso de prostitución femenina una matriz arraigada en el sesgo patriarcal con que se construye el entramado cultural de nuestra sociedad. Antes de atender a esta generalización, bien cabría visibilizar y profundizar los estudios de campo sobre el tema, para contar con una cabal idea sobre la multiplicidad de escenarios que pueden suscitarse en torno al complejo situacional; pues como bien enseña Daich: *“(l)a prostitución es problemática per se porque bajo la pátina de una aparente definición transhistórica y transcultural reúne o condensa varios significados, porque habla de un vasto y diverso mercado del sexo en el que innumerables escenarios son posibles”*<sup>427</sup>. Entiendo también que el postulado pierde peso

---

<sup>427</sup>Al respecto, ver DAICH, DEBORAH, ob. cit., pág. 79.

A modo de ejemplo, me permito traer parte de las experiencias colectadas en el diario de campo del trabajo de la autora; reflejo de una realidad que dista mucho de ser idéntica para toda trabajadora sexual. Por un lado, encontramos que *“Sofy es una escort independiente que tiene su propia página Web. En ella describe lo que le gusta hacer, cuenta que hace publicidades gráficas y que toma clases de baile en la escuela de Julio Boca. Que ha bailado en programas de televisión como “Peor es Nada” y “café Fashion”, que ha vivido en el exterior y modelado para distintos diseñadores. Que habla inglés y francés y en su perfil anota su fecha de cumpleaños y sus gustos: brillantes y esmeraldas, relojes Cartier y Piaget, perfumes de diseñadores, anteojos de Gucci y Armani, carteras de Luis Vuitton y de Fendi, ropa interior de Vanity Fair y victoria Secret, entre otros. La oferta sexual es sutil, apenas una leyenda: “mi idea es darme a conocer a través de esta página, compartir momentos con ustedes y llenarnos de placer”*”.

Casi en las antípodas de esta forma de vida, se recoge el siguiente relato: *“(v)iajaba en un colectivo de línea hacia el barrio de Caballito cuando en la Plaza Miserere una mujer de unos 30 años y un hombre muy joven subieron hablando en voz muy alta y llamando la atención de todos los pasajeros. Tenía un aspecto desaliñado y, llamando aún más la atención de los presentes, se sentaron en el piso. Hablaban, se reían y hacían chistes entre ellos: “¡qué mina guacha!, le decía él. “No, garcha” respondía ella, “soy una mina garcha, garcha con uno, garcha con otro” y ambos reían. De pronto se pusieron serios y ella dijo que había “hecho” 30 pesos y que su marido le había dicho “quedátelos”, y que eso era lo único que tenía para gastar. La conversación prosiguió y pronto se hizo evidente que la mujer había conseguido el dinero a través de la prostitución y que se dirigían a la villa del Bajo Flores a comprar drogas. Comentaron cuánto paco podrían comprar, cuánto les “pegaba” y las formas de usar la virulana como filtro”* (págs. 76 y 77).

si se repara en los incansables reclamos de la AMMAR (Asociación de Mujeres Meretrices de Argentina) por asegurar condiciones dignas en el trabajo sexual, considerado semejante a cualquier empleo formal, y -por ende- merecedor de amparo legal; pues son esfuerzos que provienen de un colectivo que dista de auto percibirse como victimizado<sup>428</sup>.

Claro está que no por ello se resta valor a tales argumentaciones, de gran utilidad indiciaria al momento de establecer distinciones entre supuestos de infracción a la Ley 12.331 y los tipos penales de la parte especial del Código Penal; aunque se desaconseja su empleo al abordar exclusivamente el estudio del art. 17, pues la presencia de cualquiera de ellos tiene por efecto excluir directamente la aplicación de tal figura. Recuérdese que, tal y como se ha visto en el apartado dedicado al marco teórico, las conductas prohibidas en aquélla norma toman distancia de todas las formas de criminalidad ligadas a la prostitución en cuanto las exigencias del tipo objetivo en modo alguno estipulan o presuponen incidencia sobre la persona que se prostituye.

En un concurrente orden de consideraciones, el trabajo ha trazado una clara línea demarcatoria con el delito de trata de personas; evitando también incurrir en aquellas frecuentes generalizaciones que ven a ambos supuestos como *las dos caras de una misma moneda*. Si bien es una obviedad que las casas de tolerancia han sido y son los lugares por excelencia para llevar adelante la explotación de las personas sometidas a un estado análogo a la esclavitud, no se entiende que sea igual de evidente la afirmación de que allí donde hay un prostíbulo hay trata; apreciación que, va de suyo, se realiza con el mayor de los respetos por quienes han padecido o padecen los rigores de este flagelo (viéndose privados del pleno goce no sólo de su libertad física, psíquica o sexual, sino también de su dignidad, de su integridad física, de su patrimonio y hasta de su vida; entre múltiples posibilidades).

---

<sup>428</sup>Hay un dato que es trascendental para visibilizar los intentos de la AMMAR por lograr el reconocimiento de quien se prostituye como trabajador, y es el proyecto de ley que presentara en el año 2013, junto al senador Nacional Osvaldo López, de Regulación del Trabajo Sexual Autónomo. Su texto principia por considerar trabajo sexual a los efectos de la ley a la actividad voluntaria y autónoma de ofrecer y/o prestar servicios de índole sexual, a cambio de un pago, para beneficio propio (art. 2); desarrollada por persona mayor de edad que cumpla con los requisitos de habilitación exigidos por la normativa (arts. 3 y 7 a 11). Es igualmente destacable que, de acuerdo con el proyecto, toda persona legalmente habilitada para ejercer el trabajo sexual puede prestar sus servicios **en locales o casas, administrando su organización en forma individual o colectiva (art. 4).**

En cuanto a los derechos que se procuran acordar al trabajador sexual, y sin perjuicio del eventual reconocimiento de prerrogativas futuras, se establecen los siguientes: a) ejercer libremente su trabajo, en igualdad de condiciones respecto de cualquier otro trabajador autónomo; b) gozar de condiciones dignas de labor, libre de violencia, explotación y discriminación; c) acordar libremente una retribución justa; d) organizarse sindicalmente de modo libre y democrático para las mejores promoción y defensa de sus derechos e intereses profesionales; e) recibir un trato digno y respetuoso en su elección libre y voluntaria; f) acceder a los beneficios de la seguridad social; g) inscribirse ante los organismos respectivos a los fines de ingresar a los sistemas de seguridad social, tanto médico asistenciales como de jubilaciones y pensiones previstos en la legislación nacional. La reglamentación establece el régimen correspondiente, así como los aportes y beneficios que correspondan; h) participar, a través de las organizaciones que las representen, en la elaboración de políticas determinadas por la presente ley, su reglamentación, y demás normativa vinculada o complementaria; i) la defensa en juicio de sus derechos e intereses laborales (art. 14). Su texto se encuentra accesible en el sitio web de la organización: <http://www.ammar.org.ar>.

El análisis aquí propuesto, si bien se hace eco de la importancia superlativa de los esfuerzos a nivel nacional e internacional por plantar cara a esta forma de delincuencia (generalmente al amparo de una estructura organizada, lo cual potencia su peligrosidad) para erradicarla de la faz de la tierra, lo que aquí se busca es generar una discusión depurada de conflictividades que, pese a guardar un cierto grado de relación, no hacen a la cuestión en sentido estricto; máxime cuando se trata de un tema de sensibilidad extrema como éste, atendiendo a la gravedad en la afectación de intereses que trae aparejado. Soy de la opinión que esta discriminación, en definitiva, contribuye a satisfacer en mejor medida los compromisos asumidos por el estado nacional en materia de combate de la trata de personas; pues supone direccionar los limitados recursos con que cuenta el sistema de administración de justicia para procesar aquéllos casos en los que efectivamente se verifica un sistema de explotación detrás del ejercicio de la prostitución<sup>429</sup>.

En las antípodas de este pensamiento, hállanse aquellas posturas que invocan una pretendida identificación insoluble entre la delictuosidad propia de la infracción al art. 17 de la Ley 12.331 y la trata de personas; y conciben la represión de la primera como herramienta para atacar el fenómeno de la esclavitud sexual de las mujeres. Desde distintas agencias punitivas se habla de *combate* y, bajo esta doctrina, los fenómenos que capta aquélla norma quedan expuestos a una *lógica sacrificial* que, huelga decir, no resulta novedosa para el Derecho Penal. Testimonio de ello es lo declarado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, antes del fallo “Arriola”<sup>430</sup>, en relación a la tenencia de estupefacientes para consumo personal, y su declarada utilidad para reprimir las conductas configurativas del tráfico de drogas<sup>431</sup>.

---

<sup>429</sup>Considero que un claro ejemplo de las dificultades que se verían salvadas a partir de una correcta distinción se da en relación a la competencia de los tribunales; pues mientras el delito de trata es de incumbencia de la justicia federal, la infracción al art. 17 de la Ley 12.331 es materia de investigación y juzgamiento en el fuero ordinario. Las disputas de competencia son moneda corriente en supuestos de presunta explotación sexual, pues versan sobre la calificación que cabe otorgar a las conductas verificadas en los prostíbulos; y si bien nuestro máximo tribunal ha establecido parámetros para delimitar las intervenciones, no por ello se han visto conjurados los daños que estas contiendas traen aparejados. Entre ellos, se encuentran las demoras en los tiempos de la instrucción y de liberación de posibles víctimas, se duplican las medidas de prueba, se acrecientan los riesgos de revictimización, se generan incertidumbres sobre cómo iniciar su persecución, etcétera. Al respecto, ver COLOMBO, MARCELO, “*La trata de personas con fin de explotación sexual frente a la desigualdad y la vulnerabilidad*”, en “*Trata de personas con fines de explotación sexual. Cuestiones interjurisdiccionales*” (KOHEN, BEATRIZ, Comp.), editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2013, págs. 34 a 36.

<sup>430</sup>Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Arriola, Sebastián y otros s/ recurso de hecho*” (Fallos 332:1963, 2009).

<sup>431</sup>En esta línea, caben nuevas referencias sobre dos decisiones judiciales ya mencionadas. Por un lado, el fallo “*Colavini, Ariel Omar*” (Fallos: 300:254, año 1978), en el cual se alude al problema del consumo de estupefacientes como una calamidad social “(...) comparable a las guerras que asolan a la humanidad, o a las pestes que en tiempos pretéritos la diezaban (...)”, que tiene por consecuencia “(...) la práctica aniquilación de los individuos, como a su gravitación en la moral y la economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia común y subversiva, la incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización (...)” (consid. 5). Y ante ese cuadro, entendieron los jueces que “(...) resultaría una irresponsabilidad inaceptable que los gobiernos de los estados civilizados no instrumentaran todos los medios idóneos, conducentes a erradicar de manera drástica ese mal o, por lo menos, si ello no fuera posible, a circunscribirlo a sus

No puede soslayarse en este punto la incidencia de las disposiciones internacionales en la materia que fueron adoptadas por nuestro ordenamiento jurídico. Tal es el caso del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena<sup>432</sup>, adoptado por la Asamblea General de la ONU en el año 1949 y ratificado por Argentina en 1960; a través de la ley 15.768. Dicho instrumento establece, en su artículo 1, el compromiso de las partes contratantes de “(...) castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1. Concertare la prostitución de otra persona, la indujere a la prostitución o la corrompiere con objeto de prostituirla, aun con el consentimiento de tal persona; 2. Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona”; así como también, en su artículo 2, a “(...) castigar toda persona que: **1. Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento; 2. Diere o tomare a sabiendas en arriendo, un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena**” (el destacado me pertenece).

Asimismo, corresponde hacer mención a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (más conocida como CEDAW, sus siglas en inglés) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979 y parte de nuestro bloque de

---

*expresiones mínimas*” (consid. 6); razón por la que la legislación en materia de tráfico de drogas asume el compromiso –entre otros- de combatir el suministro en cualquiera de sus formas.

Así, dado que toda operación comercial (aún la ilícita) supone la presencia de dos partes contratantes, se entiende que, a falta de usuarios o consumidores, no habría interés económico en producir, elaborar y traficar con el producto; por lo cual “(...) el tenedor de la droga prohibida constituye un elemento indispensable para el tráfico” (consid. 14). Concluyen, entonces, que la acción de consumir va más allá de la esfera de las acciones privadas protegidas constitucionalmente y, ante la presencia de afectación, no es irrazonable castigarla.

A su vez, en el precedente “*Montalvo, Ernesto A.*” (Fallos: 313:1333, año 1990) se puso especial énfasis en el carácter de delito de peligro contra la salud pública de todas las figuras que contempla la normativa antidrogas; incluida la de tenencia para consumo personal “*porque lo que se quiere proteger no es el interés particular del adicto, sino el interés general que está por encima de él y que aquél, como suele suceder, trata de alguna manera de resquebrajar, dado que su conducta también constituye un medio de difusión de la droga o de los estupefacientes*” (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación de septiembre 19/9/74, citado en el consid. 7). Se aprecia que esta política criminal no atenta contra garantías constitucionales ni supone una desproporción entre medios y fines; pues por un lado se encuentra una conducta con potencial para trascender, *pues quien se droga instiga a otros a que hagan lo mismo*, y por otro el interés del estado por resguardar la salud pública, así como también “(...) un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad” (consid. 13).

Así, se concluye que toda figura de detención (simple o con fines de consumo personal) es constitucional y razonable, pues deriva de un juicio de valor que “(...) emana de un mandato clamoroso de la comunidad -cabalmente entendido por sus representantes-, que desea terminar con el flagelo de la drogadependencia, sobre todo cuando ha advertido que su país ha dejado de ser un lugar de paso para el tráfico internacional para convertirse en uno de creciente e intenso consumo, y que en los estudios de mercado que efectúa la delincuencia internacional para evaluar la conveniencia de su establecimiento se tiene especialmente en cuenta la no punición de la tenencia” (consid. 25).

<sup>432</sup>El convenio supone la cristalización de distintos instrumentos de la época, como el Acuerdo Internacional para Asegurar una Protección Eficaz contra el Tráfico Criminal Denominado Trata de Blancas, de la Sociedad de Naciones (año 1904), el Convenio internacional para la represión de la trata de blancas (del año 1910), el Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres y niños (1921) y el Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad (año 1933).

constitucionalidad a partir de la reforma del año 1994; cuyo artículo 6 establece que *“(l)os Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer”*. De igual modo, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 1989 e incorporada en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, preceptúa en el artículo 34 el compromiso de los signatarios de *“(...) proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.*

Asimismo, cabe hacer mención al Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; ambos instrumentos firmados en el año 2000 y aprobados en nuestro medio por la Ley 25.632, del año 2002. Aquél establece –en su artículo 2- entre sus finalidades la de *“(...) (p)revenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños (...)*”; disponiendo que cada signatario deberá adoptar las medidas legislativas para tipificar esta modalidad delictiva en cualquiera de sus manifestaciones, su tentativa y la participación de cualquier índole en esta clase de conductas (conf. art. 5).

También corresponde incluir dentro de esta nómina al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía; adoptado en el seno de las Naciones Unidas en el año 2000 y aprobado a nivel nacional a través de la Ley 25.763, del año 2003. Su texto –en lo que aquí concierne- alude a que todo Estado Parte debe asumir el compromiso de criminalizar cualquier acción que suponga o conduzca hacia *“(...) la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”*; debiendo prever la tentativa de estas conductas y cualquier forma de participación, incluso en caso de que intervengan personas jurídicas (conf. arts. 2 y 3).

Sin ánimo de sobreabundar en la exposición, y en el convencimiento de su pertinencia, cabe también hacer mención a la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores; aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 1994 e incorporada en el derecho argentino en el año 1999, mediante la Ley 25.179. El instrumento tiene la pretensión de combatir la sustracción, traslado o retención (aun en grado de conato) de cualquier persona menor de 18 años de edad, con propósitos y por medios ilícitos; previendo que la primera categoría incluye *“(...) entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito (...)*”.

En igual sentido, cabe hacer referencia a otras disposiciones menos específicas, contenidas en instrumentos internacionales que gozan igualmente de seguimiento en el derecho argentino. Es el caso del artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos -del año 1948- o el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -de 1966- (ambos incluidos en el art. 75 inc. 22 CN), que prohíben la esclavitud y la trata de esclavos en cualquiera de sus formas; o la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (del año 1994, aprobada por la Ley 24.632 en 1996), que establece el deber de los estados de adoptar las medidas institucionales apropiadas para prevenir, investigar y sancionar cualquier práctica que suponga un cercenamiento de los derechos de las mujeres mediante el empleo de violencia (conf. art. 7).

Un somero repaso como el aquí propuesto deja expuesta la profusión e importancia de los compromisos que la Argentina supo asumir en materia de represión de toda forma de explotación de personas, especialmente del trabajo sexual y de grupos estructuralmente vulnerables; que no sólo han decantado en reformas legislativas (como las vistas al tratar los diversos tipos penales erigidos en torno a la prostitución ajena y a la trata de personas), sino también en la creación de organismos especializados en la detección y procesamiento de casos (divisiones policiales, oficinas judiciales, procuradurías temáticas, etcétera), o en la implementación de técnicas especiales de investigación (como ocurre con la Ley 27.319<sup>433</sup>, de Investigación, Prevención y Lucha de los Delitos Complejos, que vino a aportar un catálogo más amplio de herramientas para la recolección de evidencia, mediante la regulación de las figuras de agente encubierto, agente revelador, informante y entrega vigilada).

Y al compás de esta evolución, ciertas agencias punitivas estatales delinearon una política criminal basada en el recrudecimiento de la persecución de la trata de personas, no sólo destinando mayores esfuerzos investigativos encaminados al esclarecimiento de supuestos de esta índole, sino también asignando un claro rol instrumental a las pesquisas por hechos conexos; incluidos –claro está- aquellos que integran la plataforma fáctica del art. 17 de la Ley 12.331.

---

<sup>433</sup>El principal objetivo de la ley, como bien indica su título, ha sido el de dotar a las fuerzas de seguridad, al Ministerio Público Fiscal y al Poder Judicial de herramientas y facultades necesarias para la investigación, prevención y lucha contra los delitos complejos. Por tal motivo, en el artículo 2 de dicha ley se establece que las técnicas especiales de investigación serán procedentes en determinados casos, a saber: "a) *Delitos de producción, tráfico, transporte, siempre, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o materias primas para su producción o fabricación previstos en la ley 27.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos;* b) *Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero;* c) *Todos los casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal;* d) *Delitos previstos en los artículos 125;125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal;* e) *Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal;* f) *Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal;* g) *Delitos cometidos por asociaciones ilícitas en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal;* h) *Delitos previstos en el libro segundo, título XIII del Código Penal"*

Cabe en este sentido introducir algunas consideraciones de Colombo, quien describe el estado de situación en los siguientes términos: “(u)no de los puntos salientes de la agenda para el combate a la trata de personas –impulsado desde la PGN a través de instrucciones generales– es el de promover una actitud proactiva por parte de los fiscales en la obtención de un caso de trata de personas. Ir en su búsqueda, ir al encuentro de la víctima que está explotada, a través de los canales que ella utilizaría para salir de esa situación (ONGs, defensorías, consulados, organismos estatales de inspección laboral e impositiva, entre otros) (...) Con eso en miras, se impulsó en el mes de agosto de 2008 en el ámbito del Consejo Federal de Política Criminal, que concentra a las cabezas de los ministerios públicos del país, la adopción de un protocolo con pautas de actuación uniformes para que todo fiscal, lo sea de un caso de trata de personas o de un delito conexo, actuara activamente y no esperara el caso en su escritorio (...) Esa decisión se tradujo luego en instrucciones generales que algunos procuradores generales dieron hacia el interior de sus ministerios”<sup>434</sup>.

Conviene aquí tomar como caso testigo al máximo organismo representativo de la *vindicta pública* a nivel federal, la Procuración General de la Nación, que ha sabido instruir a sus fiscales a que, en el marco de las investigaciones de esta índole, sean especialmente rigurosos en el tratamiento legal dado a las casas de tolerancia; aspecto reputado estratégico para conseguir desbaratar desde abajo a las grandes redes de explotación sexual.

En tal sentido, la Res. PGN Nro. 99/09 principia por indicar que los prostíbulos, lugares donde se consuma la finalidad de explotación que tiene en miras el tratante, gozan “(...) de un espurio e improcedente reconocimiento de hecho o legal, que termina siendo funcional a la existencia del circuito ilícito que se intenta combatir”. En función de ello, se indica que en toda investigación en derredor a la explotación sexual o prostitución ajena, deberá solicitarse “(...) frente a la posibilidad de disponerse un allanamiento en tales lugares por parte del juez competente (casa de tolerancia funcionando bajo la apariencia de un comercio lícito), la intervención de la agencia municipal del distrito **a fin de concretar la clausura del local y promover la caducidad de la habilitación o inhabilitación**, de acuerdo a las ordenanzas y reglamentaciones municipales que en el marco de las facultades preventivas y sancionatorias resulten aplicables (...)” (el destacado me pertenece). Más aún, el documento apunta a que “(...) la clausura e inhabilitación de tales lugares **debe propiciarse, incluso, independientemente del progreso o no de la acción**

---

<sup>434</sup>COLOMBO, MARCELO, ob. cit., págs. 35 y 36. En la nota al pie del párrafo citado, el autor indica que las instrucciones a que hiciera mención cuajaron en los siguientes instrumentos: Resol. 127/10 de la Procuración General de Mendoza; Resol. 542/09 de la Procuración General ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires; Resol. 108/09 de la Procuración General de la provincia de La Pampa; Adhesión al Protocolo de actuación en el delito de trata de personas de la Fiscalía ante el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (del 13/5/2011); Resol. 86 de la Procuración General ante el Superior Tribunal de Justicia de la provincia del Chaco.

**penal**, en tanto la explotación de la prostitución ajena es una actividad prohibida por marco normativo nacional y supranacional (...)" (nuevamente, el destacado me pertenece).

Las razones que informan esta forma de proceder son claras y quedan de relieve en el propio texto de la resolución; en tanto se interpreta que "(...) resulta imperioso realizar un giro en la política de persecución de este tipo de hechos, a efectos de atacar el núcleo económico de las organizaciones criminales que lo sustentan, siguiendo la pista económica del negocio de la trata de personas (...)". Por tanto, adicionalmente se requiere que los representantes del Ministerio Público Fiscal "(...) soliciten al juez interviniente como medida cautelar, la afectación del o los inmuebles en los que se ejerza dicha actividad, desde el comienzo mismo del proceso con el objeto de lograr posteriormente su decomiso y como garantía de una eventual pena y/o condena pecuniaria conforme lo establece el artículo 23 del Código Penal (...)"; habida cuenta de que se considera que "(...) en el caso de los delitos concernientes a la trata de personas y a la facilitación, promoción y explotación sexual de terceras personas, cuando ellas son cometidas en una "casa de tolerancia", cabrá interpretar al inmueble que le sirve de espacio para el desarrollo de la actividad criminal como instrumento de ella; y en algunos casos, también, como beneficio de la actividad".

En un sentido concurrente, la Res. PGN 39/10 demanda proactividad de las fiscalías competentes en las investigaciones por trata de personas con fines de explotación sexual y sus delitos conexos; señalando que esta forma de actuación "(...) debe trasladarse, particularmente, a la investigación del delito previsto por el artículo 17 de la ley 12.331, que se encuentra estrechamente ligado a la finalidad de explotación sexual de la trata". Su lógica instrumental queda suficientemente puesta de relieve, al señalar que "(a) partir de la marcada relación entre el delito de trata de personas y el proxenetismo, resulta necesaria una rigurosa investigación de todas las manifestaciones de este último fenómeno. Pues de esa manera podrá lograrse un ascenso en la cadena de la organización criminal que lleve a desbaratar circuitos de trata de personas, en este caso con fines de explotación sexual. La hipótesis delictiva del referido artículo 17, desde esta perspectiva, puede conducir al hallazgo de elementos objetivos que permitan recalificar esa primera hipótesis, de menor entidad, en otra de mayor gravedad".

Y complementando lo dispuesto en la resolución precedente respecto al destino de los locales que ofician como casas de tolerancia, el instrumento en análisis también estipula que "(...) en el marco de investigaciones encaminadas a probar la hipótesis del artículo 17 de la citada ley, aun en el supuesto de que el imputado se acogiera al beneficio estipulado en el artículo 64, párrafos primero y segundo del Código Penal -dado que el delito tiene pena de multa- "deberá abandonar

a favor del Estado los objetos que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena" (artículo 64, inciso tercero del Código Penal)<sup>435</sup>.

Dos son las objeciones que -a mi humilde entender- cabe formular sobre el diseño de una política criminal de este calibre. La primera se vincula al principio de respeto por la dignidad humana, proclamado en el sistema internacional de derechos humanos (en el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención Americana de Derechos Humanos), el cual consagra a la persona, base de toda organización social, como un fin en sí mismo y se opone a que sea tratado utilitariamente; premisa que se muestra incompatible con cualquier metodología investigativa que busque la incriminación de algunos como forma de escalar hacia los verdaderos responsables del delito que se trate. Este criterio ha sido recogido por nuestro máximo tribunal en el ya mentado fallo "Arriola"<sup>436</sup>; dejando en claro que el respeto absoluto por las libertades individuales implica rechazar todo ejercicio del poder punitivo con un carácter meramente instrumental.

El ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico, y su respeto por la sola condición de tal es un principio fundamental del ordenamiento jurídico; frente al cual los restantes valores se convierten en herramientas a su servicio, y no a la inversa. Se trata, en definitiva, de preservar la indemnidad de los derechos esenciales de la persona, constitucionalmente enmarcados, que comprenden la intimidad, la libre conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer del propio cuerpo, etcétera.

En el supuesto que nos convoca, considero que las políticas de asimilación de la trata de personas con el supuesto del art. 17 de la Ley 12.331, y el uso que se hace de la criminalización de la casa de tolerancia como medio para dar con *el hombre de atrás* en la explotación sexual, son artilugios que terminan representando una afrenta contra la dignidad de la persona. Conforme a los desarrollos precedentes (sobre los que también dejaré algunas reflexiones finales en los párrafos venideros) la persecución penal de la sola tenencia o manejo del burdel es una práctica que, desprovista de un bien jurídico que deba ser relevado por el Derecho Penal y amparada constitucionalmente por el principio de reserva, debería ser desterrada de nuestro sistema de administración de justicia; de suerte tal que su empleo como herramienta para desarticular una eventual red de trata se advierte como una forma de atropellar los derechos de

---

<sup>435</sup>El texto completo de sendas resoluciones se encuentra a disposición en su integridad en la página oficial del Ministerio Público Fiscal (<https://www.mpf.gob.ar/protex/resolucion/>).

No es ocioso señalar que estos argumentos fueron los que motivaron, a la hora de sancionar la ley 26.842, la modificación del artículo 23 CP en su sexto párrafo, al introducir el texto que dice: "*En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 125, 125 bis, 127, 140, 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad u objeto de explotación*"; con la intención más que clara en la formulación hecha por el Diputado Albrieu, informante del proyecto, el día de su sanción (19 de diciembre de 2012).

<sup>436</sup>Ver considerando 18 del voto mayoritario.

los involucrados, a disponer libremente de ciertas prerrogativas también reconocidas por nuestra carta magna (como la intimidad, el propio cuerpo, el patrimonio, etcétera).

Con lo dicho no se pretende afirmar, sin más, que toda actuación investigativa o cautelar sobre la casa de tolerancia necesariamente conculca facultades legalmente reconocidas; sino que en realidad se busca poner de relieve que esta forma de encarar la problemática debería reservarse exclusivamente a aquéllos supuestos en los que la evidencia colectada sugiera (con la provisionalidad propia de la etapa procesal en trance) que el prostíbulo es el lugar donde se consuma la finalidad de explotación sexual prevista en el art. 145 bis del C.P.N. En otros términos, no debe tomarse como una *presunción iuris et de iure* (que, como ya se ha dicho, están vedadas para el Derecho Penal) que en todo espacio donde se ejerza la prostitución con acceso al público hay personas privadas del ejercicio de su autonomía personal y una organización criminal que lucra con ello.

Cierto es que las presunciones son útiles para simplificar las cosas, pues por definición se usan para dar por cierto algo que no está del todo comprobado, pero el razonamiento propuesto -en todo caso- no tiene mayor desventaja que la de demandar un mayor esfuerzo de las agencias investigativas por demostrar que allí donde hay oferta y demanda sexual existe también la figura del tratante; y estoy convencido que los derechos en pugna bien lo valen. Una vez establecida esa distinción, y determinada la existencia de esta forma de criminalidad, bien valen las medidas a practicarse en derredor al establecimiento y sus actividades; que se reconocen, junto con las técnicas convencionales de investigación y las especiales antes mencionadas, como dispositivos útiles y pertinentes para plantar cara a tan grave mal.

Otra objeción que advierto sobre el tema tiene que ver, quizás, con el aspecto simbólico de esta orientación político criminal. Todo intento del Derecho Penal (entendido en sentido amplio) por proveer a la comunidad de una sensación de seguridad tiende a la inevitable expansión del poder punitivo; alentado por las ilimitadas demandas (procedentes de algunos sectores sociales y políticos, y sobre todo de los medios de comunicación) de un colectivo conflictual que no tiene capacidad para resolver los problemas reales de sus miembros. Se crea, así, la falsa idea de que la seguridad solo se logra mediante la pena; que deriva en la constante legislación de leyes penales que crean nuevos delitos o aumentan la sanción, y en la relajación de las garantías penales y las tradicionales reglas de atribución de responsabilidad penal, que se muestran -en esta lógica- como obstáculos que impiden la satisfacción de los fines de la intervención penal.

Indudablemente, la trata de personas es un factor generador de importante alarma social en toda comunidad; atendiendo a su proliferación dentro de los territorios, a los riesgos que trae aparejados para la seguridad ciudadana (al cometerse generalmente en el marco de estructuras organizadas, con mayor o menor grado de complejidad, pero siempre plurales; y en muchos casos con la nota de la transnacionalidad) y a la entidad del injusto que suele encerrar la comisión

de este tipo de conductas. Ahora bien, cabe preguntarse si el tratamiento laxo dado a la situación de los prostíbulos (de criminalización indiscriminada), en aras de combatir este delito, no representa una de las aristas ese mensaje de falsa seguridad que se pretende enviar a la sociedad; es decir, si no es una forma de *cortar el hilo por su tramo más delgado*.

Cierto es que la lectura del fenómeno amerita un riguroso tratamiento por parte de las agencias punitivas encargadas de su prevención, detección, investigación y juzgamiento; pero no puede dejar de observarse que la intervención estatal conserva muchas deudas en materia de políticas públicas encaminadas a neutralizar sus factores predisponentes. En un corto –pero no por ello, menos interesante- artículo de Antonio Gómez, se detectan tres aspectos clave para explicar el *síndrome de inflación legislativa* (como él lo da en llamar) que sobrecompensa las fallas en el combate de la trata de personas: a) un sistema judicial ineficiente, atendiendo a los bajos números de sentencias condenatorias y a los escasos recursos financieros dedicados al acompañamiento de las víctimas, que en muchos casos termina reinsertándose en el circuito de explotación; b) una política migratoria que, por inoperancia o corrupción, facilita el ingreso ilegal al país. Sobre el punto, destaca la insuficiencia de las tareas de patrullaje de frontera de las fuerzas de seguridad y el control del dinero que los explotados egresan del país, en remesas dirigidas a sus familiares; c) en materia de política laboral, son deficientes las inspecciones en lugares formales de trabajo que muchas veces sirven de tapadera de prácticas de explotación<sup>437</sup>.

Otro ejemplo suficientemente contundente para graficar la idea es lo que ocurre con la situación de vulnerabilidad de las víctimas, dato que la normativa toma como elemento del tipo penal agravado y de frecuente concurrencia en los casos comprobados; que remite a una compleja situación biográfica, signada por graves privaciones en materia de inclusión social, educación, salud, asistencialismo, etcétera, que en definitiva dan cuenta de un estado ausente en estas esferas. Tales carencias que no pueden compensarse simplemente con más penas, procesos menos garantistas o, en lo que aquí respecta, con la persecución a ultranza de conductas que no siempre se encuentran asociadas a esta moderna forma de esclavitud.

Sin ánimo de sobrereactuar la crítica, cabe preguntarse si este discurso no se enrola con la denominada doctrina del *“derecho penal del enemigo”*, acuñada por Jakobs, que concibe a la intervención punitiva estatal como instrumento de incapacitación o inocuización social, y alienta a un modelo penal ilimitado; toda vez que el delincuente -el “enemigo”- es definido como aquél que no acepta la norma y al que, por tanto, no se puede reintegrar a la sociedad y solo cabe someter<sup>438</sup>. Tal modelo de intervención penal, tradicionalmente reservado para la respuesta

---

<sup>437</sup>GÓMEZ, ANTONIO G., “El Proyecto “Prostitución Cero” del Senador Fernández”, en Revista Pensamiento Penal, Edición N° 155, del 6 de mayo de 2013 (<http://www.pensamientopenal.com.ar/autores/antonio-gustavo-gomez>).

<sup>438</sup>Es interesante en este sentido tomar algunas palabras del padre de este constructo, quien lo describe como “(...) una tendencia del derecho actual que se propone luchar contra el delito operando sobre el delincuente y que se justifica a sí misma por la decisión de los autores del delito de autoexcluirse de la

penal frente al terrorismo, dio lugar a un Derecho Penal de emergencia, paralelo al sistema penal ordinario; que si bien ha sido objeto de duros cuestionamientos, por contradecir los postulados básicos del Estado de derecho, tiende progresivamente a identificarse con el tratamiento jurídico penal de algunas formas de criminalidad, tales como la criminalidad organizada -en sentido amplio- y la delincuencia sexual.

Consecuencia directa de la adopción de estas prácticas es la pérdida del rol del Derecho Penal como instrumento de reacción frente al daño; adquiriendo un nuevo propósito como instrumento al servicio de la política de seguridad (maleable a los intereses de los gobiernos de turno, va de suyo) que se ve justificado por sus funciones simbólicas –como garante de la seguridad subjetiva- antes que por los efectos que pueda tener en la realidad social. No se puede menos que expresar rechazo hacia tales doctrinas, si lo que se pretende es mantener a resguardo los principios liberales del derecho penal; que inspiran una intervención fragmentaria del poder punitivo, de *última ratio* y basada en la idea de lesividad de bienes jurídicos ajenos. Con mayor vehemencia se sostiene la objeción teniendo en consideración el peligro que estas fórmulas traen para la subsistencia del delicado equilibrio entre Estado de Derecho y Estado de Policía, al habilitar un avance descontrolado del poder punitivo sobre la ciudadanía, que puede acarrear un sinnúmero de atropellos de derechos civiles con pretexto de pacificar la sociedad.

Es por tanto que recalco la importancia de establecer una distinción clara entre el espectro de situaciones que contempla la figura del artículo 17 y aquéllas que conforman la plataforma fáctica del delito de trata de personas; evitando reproducir esas confusiones terminológicas que terminan dejando grietas por las que se terminan colando pretensiones punitivistas desprovistas de legitimidad teórica. Así lo he hecho al momento de volcar consideraciones en el apartado introductorio y, con mayor nivel de detalle, durante el desarrollo del marco teórico; oportunidad en la cual, luego de detenerme en la significación de la terminología principal y de hacer un somero repaso por el derrotero histórico de la prostitución como práctica y de su tratamiento legal en nuestro medio, he destinado esfuerzos para identificar cuáles son las figuras penales legisladas en torno a la prostitución y para dar tratamiento doctrinario a las exigencias objetivas y subjetivas de cada una de ellas.

---

*comunidad jurídica*". Siguiendo estas premisas, estima el autor, la administración de justicia debe tender necesariamente hacia "(...) una disminución de las garantías procesales y la expansión de ciertos límites del derecho penal material"; aunque sin llegar a vulneraciones masivas de derechos humanos, pues tales prácticas son constitutivas del llamado "terrorismo de estado" (...)" (Conf. JAEN VALLEJO, MANUEL, "Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho Penal Internacional", editorial Atelier, Barcelona, año 2006, págs. 51 y 52).

Sus tres elementos característicos pueden ser reseñados de la siguiente manera: 1) un marcado adelantamiento de la punibilidad (en virtud de la peligrosidad evidenciada por el justiciable); 2) en algunos supuestos, la desproporción evidente entre la reacción penal y el hecho efectivamente cometido (que también se mide en parámetros de peligrosidad, en lugar de verificar la lesión sufrida por el bien jurídico) y 3) una flexibilización –que puede llegar hasta la eliminación- de ciertas garantías procedimentales. Se trata de un Derecho paralelo al de la ciudadanía en general, destinado a quienes, con sus crímenes, habrían dejado de comportarse como personas (Conf. SUEIRO, CARLOS C., ob cit, pág. 380 a 382).

En función de ello, se ha concluido que la norma bajo análisis difiere sustancialmente de las restantes en cuanto plantea una conexión mediata entre el autor y quien ejerce la prostitución; pues el autor del delito no tiene sobre quien se prostituye una injerencia meritoria de relevamiento penal, sino que su reproche está fundado en que actúa proveyendo lo necesario para que aquél pueda ejercer su trabajo dentro de un establecimiento comercial. En suma, la prohibición no viene dada por la adopción de una conducta activa u omisiva sobre un tercero, sino respecto a un objeto (la casa de tolerancia); relación que guarda cierto parentesco con las figuras de tenencia. El distingo no es ocioso, pues sirve de guía para analizar con mayor precisión el bien jurídico eventualmente conculcado y para dilucidar si median razones para que se haya retirado a estas conductas de la zona de cobertura que la constitución asegura a las acciones privadas.

La omisión, en otro caso inexcusable, de realizar un bosquejo sobre la relación concursal que media entre el art. 17 de la Ley 12.331 y los otros tipos penales no ha sido aquí inocente; pues reparando en que las consideraciones críticas conducen a descalificar la norma como legítima respuesta penal, poco sentido se advirtió en identificar si concursal de manera real, ideal o aparente con otras figuras que sí fueron correctamente legisladas (más allá de las deficiencias observables en la redacción, como se apuntó oportunamente)<sup>439</sup>. El silencio, en suma, ha sido una suerte de declaración de principios.

Respecto a los argumentos para invalidar la prohibición, he de señalar que el segundo capítulo de la obra estuvo consagrado a indagar acerca de la genealogía del discurso fundacional y que en ese estudio se detectaron (sin mayor esfuerzo, dada su evidencia) improntas de las doctrinas criminológicas por entonces en boga; las cuales -con desmedidas pretensiones científicas y éticas- no hicieron más que compilar los prejuicios de las clases dirigentes y adornarlos con una retórica que resultaba suficientemente persuasiva por su nivel de organicidad. Tratase de un discurso clasista, neocolonialista, racista, eugenésico, patriarcal, moralista; cuyas versiones extremas supieron legitimar aberraciones históricas tales como la ocupación europea de África y la campaña de exterminio de algunos de sus pueblos originarios, hacia fines del siglo XIX, o la instauración de campos de concentración en la Alemania de Hitler<sup>440</sup>.

Sintetizando los distintos aportes teóricos hechos a esta corriente, cabe referir que su postulado principal era considerar al individuo objeto de estudio como presa de un determinismo biologicista (afincado en su atraso evolutivo) que lo compelia a practicar delitos u otras conductas antisociales; de modo que la acción institucional debía encaminarse a su neutralización, antes que aspirar a cualquier ideal resocializador o de prevención mediante políticas públicas

---

<sup>439</sup>Para el caso de no compartirse esta apreciación, se recomienda tomar vista del análisis hecho por Tazza sobre las distintas hipótesis de concurrencia de figuras que pueden presentarse entre la norma bajo análisis y los tipos penales oportunamente reseñados (TAZZA, ALEJANDRO O., *“La trata de personas”*, ya citado, págs. 268 a 270).

<sup>440</sup>Para mayores referencias, se recomienda ver ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *“La Palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar”*, ya citado, págs. 63 a 126.

asistenciales. Poco se podía hacer, en efecto, por quien se presentaba "(...) como personalidad defectuosa, en función de circunstancias presentes en el mismo individuo y situadas internamente a su organismo, a su estructura corporal, a su fisiología o a su misma conformación psíquica"<sup>441</sup>.

No puede obviarse además que, en la escena nacional, este saber se amalgamó con los dictados del higienismo, pensamiento propiciado por los especialistas de la salud que buscaba combatir la enfermedad regulando la vida en comunidad (la sociedad toda era *un paciente de riesgo*, según su concepción), mediante una intervención activa en la *res pública*; discurso que se supo ganar gran cantidad de adeptos en la esfera política local tras el azote de graves epidemias hacia finales del siglo XIX.

Bajo estos parámetros, aun cuando la prostitución no era considerada un delito, todas las actividades periféricas fueron materia de prohibición; en algunos casos con el loable objetivo de retirar a las víctimas de la esfera de dominio de sus tratantes o explotadores y en otros, como el que convoca este análisis, para mitigar los riesgos de la propagación de enfermedades de transmisión sexual. En este aspecto, se alinean palmariamente los propósitos de las doctrinas informantes: suprimir conductas delictivas o simples expresiones de la *mala vida* (conductas inmorales, o simplemente molestas) y dar tratamiento terapéutico a la problemática del contagio dentro de los burdeles.

Si bien en criminología ningún discurso desaparece definitivamente (en todo caso, se fusiona o recicla), cierto es que el positivismo fue pasando de un protagonismo absoluto en el plano académico y político a convertirse en un simple estudio de arqueología criminológica, como ocurre con el modelo inquisitorial y la doctrina del *Malleus Maleficarum*. Analizar las causales de su abandono excede por mucho los propósitos de este trabajo, pudiendo mencionarse tentativamente como factores coadyuvantes la proliferación de los modelos populistas, el avance en el reconocimiento de los derechos humanos, un progresivo viraje cultural hacia el reconocimiento de la igualdad de las minorías; entre otros. En cualquier caso, es innegable que fue desplazado por otros postulados que -con aciertos y errores- se apartaron del modelo explicativo antropocéntrico para ensayar respuestas de la criminalidad a partir de diversos factores condicionantes procedentes, dicho *grosso modo*, del medio que circunda al individuo.

Conforme las clasificaciones ensayadas en su oportunidad (y reiterando su carácter netamente expositivo), estas corrientes se agrupan en dos grandes vertientes, que son la criminología sociológica y la criminología de la reacción social. Las primeras sostienen que en la base de toda conducta criminal hallase un determinismo asociado al contexto que moldea la construcción de la identidad social; como sería la degradación del ambiente de extracción, las relaciones

---

<sup>441</sup>VIRGOLINI, JULIO E. S., ob. cit., pág. 48.

vinculares disfuncionales, escasas oportunidades de éxito disponibles, el acceso a redes de educación y contención, los conflictos culturales, el individualismo del sistema, etcétera. Las que se alinean en el segundo orden, por su parte, corren el eje de análisis en las causas del delito para abordar el (problemático) estudio de quién cuenta con el poder de definir qué conducta debe ser tildada de criminal, qué mecanismos se ponen en juego en el establecimiento de la prohibición y, sobre todo, qué intereses se mezclan ese proceso declarativo o de definición. También se han ensayado algunas explicaciones procedentes de la Penología, que -en lo que aquí concierne- ponen el énfasis en la necesidad de deconstruir el significado del delito y merituarlo como otra forma de conflictividad social; hipótesis que conduce a sus pensadores a reservar la pena (que instala una problemática análoga) a supuestos de extrema necesidad, insolubles por métodos alternativos menos gravosos.

Entiendo que tan extensa digresión intelectual supo resultar funcional al propósito del capítulo: demostrar que el discurso criminológico legitimante de la prohibición instaurada por el art. 17 de la Ley 12.331 debe ser desautorizado; a la luz de las consideraciones de otras corrientes que - surgidas de manera contemporánea o con posterioridad- asignaron a la figura del criminal un tratamiento más respetuoso por su dignidad personal, al prescindir del componente de la estigmatización. Y para demostrar el punto, luego de relevar los aspectos salientes de cada uno de estos esfuerzos teóricos y tomándolos como base de cotejo, me dediqué a ensayar una posible respuesta que estos saberes darían a la problemática que plantea la figura del art. 17 de la Ley 23.737.

Las interpretaciones resultantes, invariablemente, redundaron en pensar a quien sostiene, regentea o administra una casa de tolerancia como un individuo movido por las circunstancias a desarrollar tales actividades, en lugar de un individuo desviado, de moral lábil, genéticamente propenso a desarrollar conductas contraculturales. Es la diferencia entre considerarlo un producto social (que no pierde su condición de miembro comunitario por el hecho de haber delinquido), sobre el cual cabrían distintas intervenciones además de la penal, y de tratarlo como alguien que debe ser socialmente excluido y en todo caso controlado *para que no moleste*. Por tanto, a mi modo de ver, para el caso de que cualquiera de estas lecturas criminológicas se traspalara a la experiencia jurídica nacional, se encontraría habilitada una respuesta punitiva de menor rigor o, directamente, ésta se abandonaría como herramienta de control social.

Si bien las disquisiciones de modo alguno han sugerido cuál era el esfuerzo teórico que debía prevalecer (aceptando que la criminología *se ramifica pero no evoluciona*), sirvieron para poner de relieve que, dentro del extenso catálogo de saberes disponibles para analizar la tríada delicto-criminal-reacción penal, el positivismo ni de cerca es la opción preferible.

Similar rodeo teórico se ha dado en el tercer apartado de la tesis, consagrado -en primer lugar- a subrayar la importancia de la teoría del bien jurídico como fundamento, y límite al mismo

tiempo, de la actuación del poder punitivo dentro de un estado de derecho. Como bien señala Hassemer, al hablar de su función extrasistemática, *“(l)a determinación de la misión del Derecho Penal con ayuda del concepto de bien jurídico –un ensayo que tiene sus raíces en la Ilustración–, ofrece al legislador un criterio plausible y práctico a la hora de tomar sus decisiones y, al mismo tiempo, un criterio externo de comprobación de la justicia de esas decisiones. Este criterio, al mismo tiempo que utilizable, debe ser fácilmente aprehensible a fin de evitar que el legislador pueda amenazar con una pena todo lo que, en su opinión, deba ser mantenido intacto y sin alteración alguna. La idea de bien jurídico conduce, por tanto, a una política criminal racional: el legislador penal debe medir sus decisiones con criterio justo y claro, utilizándolos, al mismo tiempo, para su justificación y crítica. Todo aquello que nada tenga que ver con la protección de los bienes jurídicos debe ser excluido del ámbito del Derecho Penal”*<sup>442</sup>

Se le reconoce en este trabajo, paralelamente, una trascendente función intrasistemática, como *“(…) arma formidable para la interpretación de los tipos penales con el fin de darle contornos precisos a los tipos de acuerdo al bien jurídico respectivo de modo tal que los encargados de la aplicación de la ley podrían, dentro del sistema de la dogmática, aspirar a la coherencia en los fallos, que hace sin duda a la justicia material”*<sup>443</sup>.

Conceptualizado como una noción comprensiva de aquellas cualidades que -de manera mediata o inmediata- aseguran una adecuada práctica de la autonomía individual dentro del medio social, se advierte su trascendencia como limitador de la intervención punitiva; pues la respuesta penal sólo se verá habilitada cuando estas condiciones esenciales, cuyo reconocimiento y definición cabe a otras ramas del Derecho, sean sometidas a específicas situaciones conflictivas cuya solución sea inabordable por otra disciplina. Donna señala en un sentido concurrente que los bienes jurídicos *“(…) son aquellos que sitúan a las personas en condiciones de desarrollar sus facultades y su capacidad de comunicación, esto es, la posibilidad de crear su autonomía y, por ende, la intangibilidad de las expectativas de autoorganización del individuo”*; añadiendo con posterioridad que *“(…) cuando se lesiona o se pone en peligro la autonomía de la persona, con base en los bienes que son su desarrollo, se afecta al centro vital de la personalidad”* El derecho penal sólo se justifica cuando es necesario para proteger las condiciones de vida de una sociedad que se estructure sobre la base de la libertad de las personas, con base en *cimientos razonables*<sup>444</sup>. Fácil es advertir que estas proposiciones se ajustan en mejor medida a la idea de

---

<sup>442</sup>Citado en ABOSO, GUSTAVO E. *“El principio de lesividad y su aplicación práctica en Derecho Contravencional”*, ya citado, pág. 13.

<sup>443</sup>DONNA, EDGARDO A., *“Derecho Penal: parte general: tomo I: fundamentos –teoría de la ley penal”*, ya citado, pág. 131.

<sup>444</sup>DONNA, EDGARDO A., *“¿Es posible el derecho penal liberal?”*, artículo publicado en *“Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. II. Proceso penal”*, (GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, Coord.), publicado electrónicamente por la Universidad Nacional Autónoma de México, en 2005 (accesible en el enlace: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1726/9.pdf>), págs. 118 y 119.

fragmentariedad, subsidiariedad y de intervención mínima del Derecho Penal; directrices de ineludible acatamiento para mantener vigente el Estado Social y Democrático de Derecho.

Bajo estos lineamientos, el siguiente paso dado fue discriminar entre los supuestos de ofensa al bien jurídico que la legislación y la doctrina admiten para tener por licenciada la intervención penal. Así, se identificaron los tipos penales agrupados en la categoría de delitos de resultado, que suponen un ilegítimo menoscabo a la sustancia de la prerrogativa o a las condiciones de su ejercicio, y a aquéllos que encuadran en las fórmulas de peligro, es decir, a las conductas que conllevan la probabilidad de daño; efectiva en los casos de peligro concreto, o contingente, en supuestos de peligro abstracto. Respecto a este último caso, se relevaron distintas opiniones críticas de voces autorizadas, que rechazan este tipo de formulaciones legales por trazar una remota conexión entre conducta y resultado, adelantar la punición a etapas muy anteriores a su producción, valerse de un criterio imputativo meramente conjetural y remitir a bienes jurídicos imprecisos (artificio útil para diluir la necesidad de comprobar la relación de causalidad de los eventos relevados); en definitiva, por renunciar enteramente a la exigencia de lesividad de la conducta prohibida.

Se otorgó tratamiento particularizado a estas objeciones por una razón en particular: la figura consagrada en el art. 17 de la Ley 12.331 configura un delito de peligro abstracto. No individualiza ninguna consecuencia reputable como disvaliosa y se centra en la conducta de aquél que con su actividad coloca una condición de riesgo. Ahora bien, para responder al interrogante sobre qué se pone en riesgo, se dedicaron numerosas consideraciones para identificar el valor que la norma pretende mantener inalterado. La conclusión, afín con los estudios de Tazza y Moras Mom, es que el bien jurídico individualizado por la norma es la salubridad pública, un estadio anterior a la salud pública, preventivo de aquélla; representativo de una tendencia hacia el mantenimiento de las normas vinculadas con la creación de condiciones para resguardar la sanidad de la población. Son, a mi modo de ver, delitos de peligro abstracto, pues remiten a una forma de actuar que se presume en perjuicio de la salud de la población, mas no la ponen en un riesgo que pueda resultar claramente definido.

Entre la conducta de quien tiene un local dedicado al ejercicio de la prostitución y el evento de que una persona resulte contagiada por una enfermedad venérea media un sinnúmero de condiciones contingentes, una relación de causalidad que puede verse fácilmente interrumpida o reemplazada; lo cual, analizado *ex ante* (operación que invariablemente se da sobre los prepuestos de cualquier figura penal) da como resultado un delito sin peligro comprobable y, mucho menos, lesividad constatada. En definitiva, las acciones de sostener, administrar o regentear un burdel representan una infracción a disposiciones sanitarias, instauradas para asegurar condiciones que contribuyan a preservar la salud en general; de modo que toda objeción que se haya formulado hacia la técnica de creación de los delitos de peligro abstracto le es extensiva a esta norma.

Zanjada la cuestión, el siguiente paso dado en el análisis trasuntó por indagar si existían razones que aconsejaran dar tratamiento a la infracción como figura contravencional; pues en dicho ámbito -si bien no hay una renuncia a la teoría del bien jurídico- se encuentran comprendidos aquéllos ilícitos que suponen un menoscabo insignificante o, aún con un nivel de daño considerable, expresan un desvalor poco apreciable. Ello en tanto la incumbencia del Derecho Contravencional es esencialmente reprimir infracciones que atenten contra la actividad administrativa considerada en sí misma, lesionando su propósito de prosperidad o bienestar social; y sólo en algunos supuestos se ocupa de bienes jurídicos de titularidad subjetiva de mínima trascendencia, con afectación mínima o puestos en remoto peligro.

Núñez se ocupa de trazar una marcada diferenciación con la disciplina penal en los siguientes términos "*(e)l núcleo de distinción tiene que ver con que los objetos de las leyes represivas se refieren a la policía o al derecho penal propiamente dicho, de donde resulta la primera y más general clasificación de los delitos, en delitos propiamente dichos, que subvierten la seguridad, y en delitos de policía o transgresiones, que lesionan la prosperidad. Ambos conceptos son el objeto o fin de la sociedad política. Los hombres son invitados, por su propia naturaleza, a asociarse entre sí, tanto para promover el perfeccionamiento recíproco y la prosperidad común, como para lograr la seguridad de la vida y de los bienes, de la que si no hubiera leyes estarían privados. En esta síntesis ya quedan claramente determinados los dos campos de los intereses sociales lesionados respectivamente, por los delitos y las contravenciones. Pero, en lo que atañe a las contravenciones, si bien reconociéndose siempre que sus ofensas tienen por objeto el ámbito de la prosperidad social, el enfoque exacto sólo se logró cuando en el círculo de esa prosperidad se distinguen los intereses que ella comprende y la actividad estatal que los tiene por objeto. El resguardo penal de esta actividad señala el campo propio del derecho contravencional*"<sup>445</sup>. Estos parámetros, siguiendo la teoría intermedia de Maier, deben complementarse con un criterio cuantitativo, de distinción entre delitos y contravenciones a partir del *quantum* de la pena a imponerse: mayor intensidad en la respuesta penal, menor en la contravencional.

Entonces, no se aprecia como inconveniente afirmar que las figuras de delito abstracto se alinean mejor con las proposiciones del Derecho Contravencional; en tanto aquéllas individualizan modalidades particulares de entorpecimiento para la plena disponibilidad de un bien jurídico, mientras que una de las metas de este orden normativo es -precisamente- la de interceder frente a la obstaculización de aquellas condiciones que resultan propicias para el ejercicio de prerrogativas primarias. Conclusión obligada de la línea de razonamiento escogida es que el tipo penal del art. 17 es susceptible de ser conceptualizado, en sustrato, como una contravención, pues el bien jurídico individualizado -correctamente delimitado- es la salubridad pública, estadio anterior de la salud pública, a la cual afecta de manera distante; asimilándose entonces a un

---

<sup>445</sup>NÚÑEZ, RICARDO C., ob. cit., págs. 20 y 21.

delito de peligro abstracto y a una forma de atentar contra el poder de policía sanitaria, mejor resguardado en el ámbito del Derecho Contravencional. Máxime si se repara, siguiendo criterios cualitativos, en la levedad de la sanción (en casos de primera condena) en comparación con otras figuras de la parte especial del Código Penal; relativas a los atentados contra la salud pública o bien contra la integridad o libertad sexual.

No se desconoce que para que estas aserciones tengan operatividad es preciso de la decisión legislativa; sea estableciendo un convenio de transferencia de competencia que otorgue a la justicia contravencional la facultad de perseguir la infracción (tal y como sucediera con el traspaso de numerosos delitos al ámbito de los tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), o bien derogando el artículo en cuestión. Se estima preferible esta última opción en virtud de las dificultades que puede acarrear la celebración de un acuerdo con cada distrito del país, así como también considerando que, dejada sin efecto la norma, cada legislatura se encontrará en mejores condiciones de darle un formato ajustado tanto a las necesidades del medio como a las demandas de su propio sistema; en pos de asegurar una compatibilización entre sus disposiciones.

Con todo, no fue suficiente con descalificar la prescripción por la extracción del discurso que le dio vida y por su falta de adecuación a una teoría del bien jurídico correctamente entendida, ante la evidencia de una objeción primordial: la prohibición contraviene la cláusula fundamental emanada del artículo 19 de la Constitución Nacional. Para construir el andamiaje teórico necesario para prodigar adecuado tratamiento a la cuestión, y a efectos de brindar un mínimo marco teórico para bucear en el saber constitucional –que, aunque afín, no siempre es asequible al penalista- se dedicaron unas cuantas reflexiones a lo que representa el acto de interpretar la norma constitucional, a sus implicancias, las dificultades que rodean a la labor y especialmente a los distintos métodos aceptados por la disciplina para desentrañar el significado mismo de una disposición de esta clase.

Al abrigo de la falta de un consenso doctrinario sobre cuál es la metodología predominante, y siguiendo preferencias estrictamente personales, se optó por examinar la manda constitucional bajo el prisma de una hermenéutica teleológica, iusnaturalista, activista y dinámica de la Constitución Nacional; es decir, atendiendo a las prerrogativas fundamentales que está llamada conceder y preservar, de acuerdo con los valores filosóficos y morales que le sirven de plataforma y a la metodología ensayada para propender a la consecución de dicha finalidad, parámetros éstos interpretados por el juzgador al compás de los cambios culturales sobrevinientes para mantener vigente la cláusula.

Con esta tónica, se propuso un abordaje del artículo 19 CN, anclado en una concepción liberal que parte de una premisa esencial; que Terragni explica en sencillos términos: *“(e)n el orden jurídico de la República Argentina el individuo puede hacer todo lo que quiera y el Estado no*

*debe coartarle esa posibilidad; sí le es dable, por medio de leyes, establecer límites en cuanto aquel comportamiento ofenda al orden público o a la moral pública o perjudique a un tercero (art. 19, CN)*<sup>446</sup>. A finca en máximo respeto por la autonomía personal, que debe mantenerse a resguardo de indebidas interferencias exteriores, como condición necesaria para que las personas puedan llevar vidas soberanas sobre sí mismas; lo que lleva, como contracara, a predicar la existencia de un espacio de no interferencia, que compele tanto al Estado como a los demás individuos de abstenerse de toda intervención sobre las decisiones que se tomen en ejercicio de esa libertad. Consecuentemente, y en prieta síntesis, se entiende que: *“(e)sta norma menciona ciertos límites que producen un efecto polar: no sólo son límites para la libertad sino también, y en relación recíproca, para el Estado*<sup>447</sup>.

Así, el derecho a la privacidad, diferenciado de la intimidad (que redundaría en impedir que ciertos aspectos de la vida o de la persona sean conocidos por terceros o sean objeto de intrusión ilegítima), debe permanecer a salvo de injerencias perfeccionistas o autoritarias, que busquen imponer desde afuera de la propia conciencia formas “correctas” de experimentar la religión, la sexualidad, la disposición del cuerpo, la estética, la economía doméstica, la vida familiar, etcétera. Se vuelve entonces más concreta la idea de ofensividad que comprende el precepto, le cual tiene por función *“(...) vedar al legislador la configuración de tipos penales que, en abstracto, sean considerados como hechos inofensivos a los intereses o valores sociales preexistentes a la norma (...)*<sup>448</sup>.

El interrogante lógico que brota a la luz de lo considerado es qué supuestos autorizarían al Estado a trasvasar esa esfera de protección a la privacidad, para pasar a prohibir y castigar una conducta de manera legítima. Hubo un concienzudo estudio detrás de cada una de las premisas que contempla la norma para habilitar la intervención punitiva; que arrojó como resultado: a) *ofensas al orden público*: resultarán contrarias al orden público aquellas acciones que supongan una interferencia a las actuaciones de terceros o del propio estado que, predispuestas como interacciones estereotipadas bajo un esquema de ordenada libertad, se hayan previstas para asegurar la fluidez del tráfico jurídico y, por su intermedio, la consecución del bien común; b) *ofensas a la moral pública*: de acuerdo con la interpretación estimada preferible, toda prohibición que atente contra este orden necesariamente debe remitir a un atentado contra determinadas concepciones mayoritarias, respecto a valores básicos, que permiten el desarrollo de las relaciones intersubjetivas al igual que el cumplimiento de la función estatal de asegurar el bien común. Ahora bien, como ha sido puesto de resalto en su oportunidad, la razón de ser de la

---

<sup>446</sup>TERRAGNI, MARCO A., *“Derecho Penal Constitucional”*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2021, pág. 18.

<sup>447</sup>QUIROGA LAVIE, HUMBERTO – BENEDETTI, MIGUEL ÁNGEL – CENICACELAYA, MARÍA DE LAS NIEVES, ob. cit., pág. 148.

<sup>448</sup>TOZZINI, CARLOS A., *“Garantías constitucionales en el Derecho penal”*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2005, pág. 80.

imposición no afina en la corrección de los ideales mayoritarios (pues ello equivaldría a defender la persecución o censura de las minorías), sino en la publicidad que adquieren las conductas infractoras; en la medida en que ofendan tanto a quienes las entiendan inmorales como a aquéllos que, aun compartiendo la práctica, les resulte insultante su realización fuera de un ámbito de privacidad; c) *afectación a terceros*: entendida como la alteración o destrucción de un bien jurídico tutelado por cualquier rama del Derecho (con excepción de la penal), encaminada a atentar contra su subsistencia o bien contra su correcto ejercicio, que no es consentida por su titular; ya sea mediante la causación de un daño al interés protegido o bien mediante su colocación en una situación de peligro (real o potencial).

A partir de lo expuesto, se abre el (un) camino para elaborar el juicio de compatibilidad constitucional del art. 17 de la Ley 12.331; cuya conclusión se inclina por la negativa en base a los siguientes parámetros: a) *no es invocable el orden público como justificativo de la prohibición*: pues la plataforma fáctica descrita por la norma remite a prácticas que se realizan -por su propia naturaleza- al amparo de la privacidad, en un ámbito paralelo del normal tráfico jurídico; por lo que no se advierte cómo vendrían a tener una efectiva injerencia negativa sobre éste orden. Y en lo que respecta a las posibles objeciones relacionadas con la asimilación del orden público a la salubridad pública (bien jurídico contemplado por la norma), se rechaza de plano la posibilidad, teniendo en cuenta que la formulación legal remite a una relación de causalidad alejada de una real afectación a los estándares de protección sanitaria dispuestos por la autoridad pública. En suma, no hay un riesgo que pueda ser medido para hablar de compromiso al bien jurídico;

b) *no media una afectación a la moral pública*: la vivencia de la sexualidad, que configura en definitiva el foco de posible conflicto, ha sufrido progresivos cambios con la evolución de las sociedades que instauraron nuevos paradigmas de libertad sexual; que obligan –siguiendo una interpretación dinámica de la cláusula- a adoptar un criterio más tolerante hacia la prostitución cuando ésta es ejercida en condiciones que no supongan más que expresión de una conciencia moral disidente, sin perturbar a terceros. En efecto, el intercambio de favores sexuales por dinero, realizado en ámbitos de estricta reserva, si bien puede resultar injurioso para quienes comulgan con una idea de la sexualidad acorde a los dictados clásicos de la moral (influidos por el dogma religioso dominante), no alcanza el estatus de ofensa pública, justamente porque no son actos que se practiquen abiertamente; de modo que pueda injuriar tanto a este colectivo mayoritario como a quienes los acepten, pero no compartan dicha modalidad de ejecución<sup>449</sup>;

---

<sup>449</sup>Como corolario de lo expuesto, entiendo que las palabras del ilustre Bidart Campos resumen la idea de manera preclara: “(h)ace a las buenas costumbres que lo sexual no se haga público, no porque necesariamente sea malo, sino porque está naturalmente reservado a la intimidad, porque no existe para tener estado público, porque cuando se publicita se degrada (...). Reserva sexual de la persona y pudor público o social son dos caras de una misma moneda: anverso y reverso. Tutelando la primera se defiende el segundo, y viceversa. Ultrajando una se ofende al otro. Si desde mi reserva sexual la conducta sexual se publicita, el pudor se menoscaba. Y si el pudor se menoscaba, mi libertad sexual es interferida desde afuera con una incitación indebida que deteriora su incolumidad” (ver, BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Poder de policía

c) *no media afectación a terceros*: el rol que desempeña el autor del delito se circunscribe a brindar las condiciones propicias para que se celebre el acuerdo entre prostituta y cliente, ninguno de los cuales –en este supuesto particular- concurre a la transacción con voluntad viciada por violencia o intimidación. Sobre estas personas es que incide directamente el sujeto activo, y no lo hace de una manera que pueda resultar dañina para sus intereses. Indirectamente, si se quiere, podría decirse que con su actuar compromete la salud de terceros (de quienes participan en el encuentro carnal, o de aquéllos con quienes éstos mantienen relaciones sexuales), al verse expuestos al contagio de una enfermedad venérea; pero no es una aserción que pueda predicarse con firmeza, pues adolece del núcleo de certidumbre que sólo le puede proporcionar una causalidad empíricamente comprobable.

Siguiendo una línea interpretativa alternativa (y concurrente en muchos puntos) hay, en nuestro medio, jurisprudencia que arriba a una conclusión similar. En el fallo “*Rojas*”, se sugirió una interpretación dinámica de las normas en juego, ponderando -por una parte- que el contexto sanitario reinante al momento de la redacción de la Ley 12.331 perdió su nota de emergencia gracias a los avances de la medicina y de las políticas públicas de concientización; así como también que operaron transformaciones en el tejido social que decantaron en una mayor tolerancia hacia aquellos proyectos de vida que expresen valores divergentes. En consecuencia, se afirma que mantener inalterada la prohibición del art. 17 comporta un mero ejercicio de paternalismo o perfeccionismo que no puede ser tolerado en un estado de derecho; habida cuenta que el artículo 19 CN pone en cabeza de los ciudadanos la elección y ejecución de sus propios planes de vida en tanto no comprometan a terceros.

A la luz de estas consideraciones, y en el afán de no circunscribir el ensayo a la sola crítica, se presentó como propuesta superadora el reconducir la problemática de las casas de tolerancia (si es que puede decirse que haya una) hacia el ámbito municipal o comunal; más capacitado, por las funciones que le son propias, de ejercer un contralor sobre las condiciones sanitarias en que se ejerce el oficio. Claro está que, para ello, se precisa de la decisión legislativa de dejar sin efecto la prohibición que instaura el artículo 17 (por remisión al art. 15) y que los respectivos ordenamientos locales formalicen y profundicen sus regulaciones en la materia. Si bien hoy existen (de otro modo sería imposible poner en funcionamiento un burdel abierto al público en general), se instrumentan de manera solapada, bajo falsas nomenclaturas y con análogo tratamiento al brindado a los demás locales comerciales; lo que en definitiva conspira contra la adopción de políticas públicas sanitarias, pues no se visibiliza el cuadro de situación sobre el cual interactuar, y termina fomentando -como efecto colateral no deseado- la corrupción de los funcionarios públicos involucrados, que pueden actuar con total impunidad al amparo de esta situación de marginalidad.

---

*de moralidad en materia de espectáculos y de publicaciones en la Capital Federal*”, editorial de la Municipalidad de Buenos Aires, Buenos Aires, año 1980, págs. 34 y 35).

Como se ha dejado asentado en otras oportunidades, no se desconoce ni reniega de la incompatibilidad entre considerar que la figura deba ser transferida al ordenamiento contravencional y afirmar que la mancebía deba someterse a control municipal o comunal. Lo que se ha pretendido es brindar distintos elementos para arribar, aún por caminos paralelos, a la conclusión de que la prohibición penal instaurada por el art. 17 de la Ley 12.331 es inconveniente desde múltiples enfoques.

En efecto, no remite a un injusto que, deslindado de aquellas figuras que involucren el ejercicio de la prostitución o ataques contra la salud pública, comprometa un bien jurídico en concreto; pues remite a una lesividad por peligro prácticamente improbable, que se reprocha al autor conforme a una presunción que (contrariamente a los dictados del Derecho Penal clásico) no puede ser rebatida. Basta con que un individuo sea descubierto sosteniendo, regenteando o administrando una casa de tolerancia para aseverar, sin más, que altera las condiciones necesarias para mantener incólume la salud de la población en general; aun cuando no se haya detectado un solo caso de enfermedad venérea dentro del establecimiento. A mi modo de ver, puede ser también una herramienta útil para criminalizar preferencias o costumbres sexuales minoritarias, de implantar –por la fuerza- un ideal de virtud; y si se otorga una lectura liberal y dinámica al juicio de adecuación constitucional, el resultado es que la figura se halla desprovista del requisito de la ofensividad necesario para sortear el obstáculo que impone el art. 19 CN.

En función de tan duras observaciones críticas, cualquiera sea la vía interpretativa que se escoja para desechar la punición del art. 17, no solo se aceptará de buen grado sino que hasta se celebrará; con la satisfacción de que lo desarrollado a lo largo de la tesis terminó dando buenos frutos.

**FUENTES DE CONSULTA:****A) BIBLIOGRAFÍA:**

**ABOSO, GUSTAVO E.**, *“Código Penal de la República Argentina”*, sexta edición, editorial B de F, Buenos Aires, año 2021.

**ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL**, *“Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?”*, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2003.

**ÁLVAREZ, ADRIANA – CARBONETTI, ADRIÁN**, *“Saberes y prácticas médicas en la Argentina: un recorrido por historias de vida”*, Editorial Eudem, Mar del Plata, año 2008.

**AMAYA, JORGE A.**, *“Control de constitucionalidad”*, segunda edición, editorial Astrea, Buenos Aires, año 2015.

**ANITUA, GABRIEL I.**, *“Historias de los pensamientos criminológicos”*, editorial Del Puerto, Buenos Aires, año 2010.

**BACIGALUPO, ENRIQUE**, *“Derecho Penal. Parte General”*, segunda edición, editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2014.

**BAIGÚN, DAVID**, *“Los delitos de peligro y la prueba del dolo”*, editorial B de F, Montevideo, año 2007.

**BARATTA, ALESSANDRO**, *“Criminología crítica y crítica del derecho penal”*, editorial Siglo Veintiuno Editores, México DF., año 2009.

**BECCARIA, CESARE** *“De los delitos y de las penas”* (notas y traducción de Francisco Tomás y Valiente), Ediciones Libertador, Buenos Aires, año 2005.

**BIDART CAMPOS, GERMÁN J.**, *“Poder de policía de moralidad en materia de espectáculos y de publicaciones en la Capital Federal”*, editorial de la Municipalidad de Buenos Aires, Buenos Aires, año 1980.

**BUJAN, JAVIER A.**, *“Elementos de criminología en la realidad social”*, editorial Ábaco, Buenos Aires, año 1999.

**BUOMPADRE, JORGE E.**, *“Manual de derecho Penal – Parte especial”*, editorial Astrea, Buenos Aires, año 2012.

**BUOMPADRE, JORGE E.**, *“Trata de personas, migración ilegal y derecho penal”*, Alveroni Ediciones, Córdoba, año 2009.

**CHAVES, SUSANA N.**, “Análisis del art. 17 de la ley 12.331: el peligro concreto del peligro abstracto” en “Libro X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal”, del Sistema Argentino de Información Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, año 2013 (texto accesible en: [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140199-chaves-analisis\\_art\\_17\\_ley.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140199-chaves-analisis_art_17_ley.htm). Recuperado por última vez el 27/7/2021).

**CREUS, CARLOS A. – BUOMPADRE, JORGE E.**, “Derecho Penal - Parte Especial 1”, séptima edición, editorial Astrea, Buenos Aires, año 2007.

**D’ ALESIO, ANDRÉS J. (DIR.) – DIVITO, MAURO A. (COORD.)** “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado. Tomo III: Leyes especiales comentadas”, segunda edición, editorial La Ley, Buenos Aires, año 2011.

**DEMETRIO CRESPO, EDUARDO (DIR.) – MAROTO CALATAYUD, MANUEL (COORD.)** “Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad”, editorial Euros Editores S.R.L., Buenos Aires, año 2013.

**DONNA, EDGARDO A.**, “Derecho Penal: parte general: tomo I: fundamentos –teoría de la ley penal”, editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, año 2006.

**DONNA, EDGARDO A.**, “Derecho Penal: parte especial: tomo I”, tercera edición, editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, año 2008.

**DONNA, EDGARDO A.**, “¿Es posible el derecho penal liberal?”, artículo publicado en “Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. II. Proceso penal”, (García Ramírez, Sergio, Coord.), publicado electrónicamente por la Universidad Nacional Autónoma de México, en 2005 (accesible en el enlace: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1726/9.pdf>. Recuperado por última vez el 27/7/2021).

**ELBERT, CARLOS A.**, “Manual Básico de Criminología”, quinta edición, editorial Eudeba, Buenos Aires, año 2012.

**ESTRELLA, OSCAR A.**, “De los delitos sexuales”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2005.

**FAINBERG, MARCELO H.**, “Prostitución, pornografía infantil y trata de personas”, editorial Ad – Hoc, Buenos Aires, año 2010.

**FERRAJOLI, LUIGI**, “Derecho y razón – Teoría del garantismo penal”, octava edición, editorial Trotta, Madrid, año 2006.

**FEUERBACH, PAUL J. A. R. V.**, “Tratado de Derecho Penal” (traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer de la 14ª edición alemana) en “Colección Criminalistas Perennes – Vol. 1”

(dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni y Francisco Muñoz Conde), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2007).

**FIGARI, RUBÉN E.**, *“Delitos de índole sexual”*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, año 2003.

**FIGUEROA, ANA MARÍA**, *“El Derecho de Género”*, editorial Ediar, Buenos Aires, año 2017.

**FOCAULT, MICHEL**, *“Yo, Pierre Riviere, habiendo degollado a mi madre, a mi hermana y a mi hermano...”*, Tusquets Editores, Barcelona, año 2001.

**GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, ANTONIO**, *“Tratado de criminología - Tomo I”*, editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, año 2009.

**GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, ANTONIO**, *“Tratado de criminología - Tomo II”*, editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, año 2009.

**GARGARELLA, ROBERTO**, *“Constitucionalismo y Privacidad”*, en **GARGARELLA, ROBERTO** (Coord.), *“Teoría y Crítica del Derecho Constitucional”*, Tomo II, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2010.

**GARRIDO GUZMÁN, LUIS** *“La Prostitución: estudio jurídico y criminológico”*, editorial Edersa, Madrid, año 1992.

**GARRONE, JOSÉ A.**, *“Diccionario Manual Jurídico Abeledo - Perrot”*, segunda edición, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, año 1997.

**HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO** *“Tráfico de personas: la trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional”*, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2009.

**HASSEMER, WINFRIED**, *“Crítica al derecho penal de hoy”* (traducción de Patricia S. Ziffer), segunda edición, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 2003.

**HESSE, KONRAD**, *“Escritos de Derecho Constitucional”*, editorial de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, año 2012.

**HIRSCH, HANS J.**, *“Derecho Penal. Obras completas. Tomo I”*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2000.

**HILGENDORF, ERIC – VALERIUS, BRIAN** *“Derecho Penal. Parte General”*, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2017.

**JAEN VALLEJO, MANUEL**, *“Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho Penal Internacional”*, editorial Atelier, Barcelona, año 2006.

**JAKOBS, GÜNTHER**, *“La imputación objetiva en el derecho penal”* (traducción de Manuel Cancio Meliá), editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2009.

**JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS**, *“Libertad de amar y derecho a morir”*, séptima edición, editorial De Palma, Buenos Aires, año 1984.

**KELSEN, HANS**, *“Teoría pura del Derecho”*, tercera edición, editorial Eudeba, Buenos Aires, año 2018.

**KOHEN, BEATRIZ** (Comp.), *“Trata de personas con fines de explotación sexual. Cuestiones interjurisdiccionales”*, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2013.

**KOHL, ALEJANDRO**, *“Higienismo argentino: Historia de una utopía: La salud en el imaginario colectivo de una época”*, Editorial Dunken, Buenos Aires, año 2006.

**LARRAURI, ELENA**, *“Introducción a la criminología y al sistema penal”*, segunda edición, editorial Trotta, Madrid, año 2018.

**LARRAURI, ELENA**, *“La herencia de la criminología crítica”*, tercera edición, editorial siglo Veintiuno de España, Madrid, año 2000.

**LEA, JOHN – YOUNG, JOCK**, *“¿Qué hacer con la ley y el orden?”*, Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, año 2019.

**LUISI, PAULINA**, *“El problema de la prostitución: abolicionismo o reglamentarismo?”*, editado por el Sindicato Médico del Uruguay, año 1925.

**MELOSSI, DARIO**, *“Controlar el delito, controlar la sociedad: Teorías y debates sobre la cuestión criminal, del siglo XVIII al siglo XXI”*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, año 2018.

**MENDONCA, DANIEL – GUIBOURG, RICARDO A.**, *“La odisea constitucional. Constitución, teoría y método”*, editorial Marcial Pons, Madrid, año 2004.

**MILL, JOHN S.**, *“Sobre la Libertad”*, Traducción Josefa Sainz Pulido, editorial Aguilar, edición online (accesible a través del enlace <https://deuba.files.wordpress.com/2013/02/libro-stuart-mill-john-sobre-la-libertad.pdf>. Recuperado por última vez el 27/7/2021).

**MOCCIA, SERGIO**, *“El derecho penal entre ser y valor”*, en colección *“Maestros del Derecho Penal, N° 10”*, editorial B de F, Buenos Aires, año 2003.

**MOLINA, MARÍA L. – BARBICH, ALEJANDRA – FONTENLA, MARTA**, *“Explotación sexual: evaluación y tratamiento”*, segunda edición, Librería de Mujeres Editoras, Buenos Aires, año 2010.

**MORAS MOM, JORGE**, *“Toxicomanía y delito”*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 1976.

**MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, DIEGO**, *“Control judicial de la ley y derechos fundamentales”*, editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, año 2011.

**NINO, CARLOS S.**, *“Ética y derechos humanos”*, editorial Astrea, Buenos Aires, año 2007.

**NINO, CARLOS S.** *“Fundamentos de derecho constitucional”*, editorial Astrea, Buenos Aires, año 2002.

**NINO, CARLOS S.**, *“Introducción al análisis del derecho”*, segunda edición, editorial Astrea, Buenos Aires, año 1998.

**NIÑO, LUIS F.**, *“El bien jurídico como referencia garantista”*, editorial Del Puerto, Buenos Aires, año 2008.

**NIÑO, LUIS F. – MARTÍNEZ, STELLA M.** (Coordinadores), *“Delitos contra la libertad”*, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2003.

**NIREMPERGER, ZUNILDA – RONDAN, FRANCISCO**, *“Mercaderes de vidas: una visión histórica, sociológica y jurídica del delito de trata de personas”*, editorial ConTexto Libros, Resistencia, año 2010.

**NÚÑEZ, RICARDO C.**, *“Tratado de Derecho Penal – Tomo I”*, Lerner Ediciones, Buenos Aires, año 1976.

**NÚÑEZ, RICARDO C.**, *“Tratado de Derecho Penal – Tomo III”*, Lerner Ediciones, Buenos Aires, año 1977.

**NUSSBAUM, MARTHA C.**, *“El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley”*, editorial Katz, Buenos Aires, año 2006.

**OSSORIO, MANUEL**, *“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”*, 27 edición, editorial Heliasta, Buenos Aires, año 2000.

**OTERO, LUIS M.**, *“El problema de la prostitución”* editado por el Sindicato Médico del Uruguay, año 1925.

**PAVARINI, MASSIMO**, *“Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico”*, editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, año 2002.

**PRUNES R., LUIS**, *“La prostitución. Evolución de su concepto hasta nuestros días. El neo abolicionismo ante el nuevo código sanitario de Chile”*, editorial Universo, Chile, año 1926.

**QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO – BENEDETTI, MIGUEL ÁNGEL – CENICACELAYA, MARÍA DE LAS NIEVES**, *“Derecho Constitucional Argentino. Tomo I”*, editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, año 2001.

- RIGHI, ESTEBAN**, *“Derecho penal. Parte general”*, editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, año 2008.
- RODRÍGUEZ, PAULA**, *“#NiUna Menos”*, editorial Planeta, Buenos Aires, año 2015.
- RODRÍGUEZ – SOLIS, E.**, *“Historia de la prostitución en España y América”*, editorial Biblioteca Nueva, Madrid (s.f.).
- ROMERO VILLANUEVA, HORACIO J.**, *“Código Penal de la Nación Anotado”*, segunda edición, editorial Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, año 2006.
- ROSLER, ANDRÉS**, *“La ley es la ley”*, segunda edición, editorial Katz, Madrid, año 2020.
- ROXIN, CLAUDIUS**, *“Fundamentos político criminales del derecho penal”*, en colección *“obras selectas de Claus Roxin”* (coordinada por Gabriela E. Córdoba y Daniel E. Pastor), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2008.
- RUSCONI, MAXIMILIANO**, *“Derecho penal. Parte General”*, segunda edición, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2009.
- SABSAY, DANIEL A.**, *“Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Constitucional. Parte dogmática. Tomo I”*, editorial La Ley, Buenos Aires, año 2010.
- SAGÜÉS, NÉSTOR P.**, *“Manual de derecho constitucional”*, segunda edición, editorial Astrea, Buenos Aires, año 2012.
- SAINT MEZARD, RAÚL**, *“Prostitución: historia y causales”*, Enrique Santiago Rueda Editor, s/l, s/f.
- SANCINETTI, MARCELO**, *“Casos de derecho penal. Parte General - Vol. 1”*, tercera edición, editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2005.
- SANTIAGO, ALFONSO**, *“En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho”*, editorial Marcial Pons, Buenos Aires, año 2010.
- SCHÜNEMMAN, BERND**, *“Derecho penal contemporáneo”*, en colección *“Claves del derecho penal”* (dirigida por Francisco Muñoz Conde y Eugenio Raúl Zaffaroni), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2010.
- SCIMÉ, SALVADOR F.**, *“Criminología. Causas y cosas del delito”*, segunda edición, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, año 2000.
- SERNA, PEDRO**, *“Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos”*, editorial Porrúa, México, año 2006.
- SOLER, SEBASTIÁN**, *“Derecho Penal Argentino - I”*, quinta edición, editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, año 1999.

**SOLER, SEBASTIAN**, *“Derecho Penal Argentino – III”*, cuarta edición, editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, año 2000.

**STRATENWERTH, GÜNTER**, *“Derecho Penal –Parte General, I- El Hecho Punible”* (traducción de Gladys Romero a la segunda edición alemana de 1976), editorial Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, año 2009.

**SUEIRO, CARLOS C.**, *“Los paradigmas del derecho penal”*, editorial Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, año 2011.

**TAVARES, JUAREZ E. X.**, *“Bien jurídico y función en Derecho penal”*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2004.

**TAZZA, ALEJANDRO O.**, *“La Ley de profilaxis antivenérea y la afectación a la salud pública”*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, editorial La Ley, año 1, número 2, octubre de 2011.

**TAZZA, ALEJANDRO O.**, *“La trata de personas”*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2014.

**TENCA, ADRIÁN M.**, *“Delitos sexuales”*, segunda edición, editorial Astrea, Buenos Aires, año 2013.

**TESSEI, BEATRIZ I. – MARTOS, JORGE H.**, *“Trata de personas. Ley 26.364”*, Editorial Universitaria de la Universidad Nacional de Misiones, Posadas, año 2010.

**TERRAGNI, MARCO A.**, *“Derecho Penal Constitucional”*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2021.

**TIGIER, ARTURO A.**, *“Historia de la prostitución”*, Cuadernos de VII la libertad, editorial Ateneo Liberal Argentino, sin lugar de edición especificado, año 1952.

**TORRE, RAÚL O.**, *“La víctima del crimen”*, Dosyuna Ediciones Argentinas, Buenos Aires, año 2007.

**TOZZINI, CARLOS A.**, *“Garantías constitucionales en el Derecho penal”*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2005.

**VALLETTA, MARÍA L.**, *“Diccionario Jurídico”*, tercera edición, Valletta Ediciones, Buenos Aires, año 2004.

**VILLADA, JORGE L.**, *“Delitos sexuales y trata de personas”*, tercera edición, editorial La Ley, Buenos Aires, año 2017.

**VIRGOLINI, JULIO E. S.**, *“La razón ausente: ensayo sobre criminología y crítica política”*, editorial Del Puerto, Buenos Aires, año 2005.

**WELZEL, HANS**, *“Derecho Penal Alemán”* (traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez), cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año 1993.

**ZAFFARONI, EUGENIO R.**, *“La Palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar”*, editorial Ediar, Buenos Aires, año 2011.

**ZAFFARONI, EUGENIO R.**, *“La cuestión criminal”*, tercera edición, editorial Planeta, Buenos Aires, año 2012.

**ZAFFARONI, EUGENIO R.**, *“Lineamientos de derecho penal”*, editorial Ediar, Buenos Aires, año 2020.

**ZAFFARONI, EUGENIO R. – ALAGIA, ALEJANDRO – SLOKAR, ALEJANDRO**, *“Manual de Derecho Penal”*, segunda edición, editorial Ediar, Buenos Aires, año 2011.

**ZAFFARONI, EUGENIO R. – ALAGIA, ALEJANDRO – SLOKAR, ALEJANDRO** *“Derecho Penal. Parte General”*, editorial Ediar, Buenos Aires, año 2000.

#### **B) HEMEROGRAFÍA:**

**AMBOS, KAI** (Director), *“Ciencias criminales en Alemania desde una perspectiva comparada e internacional. Revista de la Cuarta Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal Alemana. Serie CEDPAL Vol. 2.”*, editorial Göttingen University Press, Göttingen, año 2018.

**AMBOS, KAI / BÖHM, MARÍA LAURA / ZULUAGA, JOHN** (editores) en *“Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. Revista de la Segunda y Tercera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal Alemana. Serie CEDPAL”*, editorial Göttingen University Press, Göttingen, año 2016.

**AFTALIÓN, ENRIQUE**, *“Prostitución, Proxenetismo y Delito”*, en Revista La Ley, Tomo 18, Sec. Doct., del 28 de mayo de 1940.

**ATIENZA, MANUEL**, *“A vueltas con la ponderación”*, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, N° 44, año 2010.

**DAICH, DEBORAH**, *“¿Abolicionismo o reglamentarismo? Aportes de la antropología feminista para el debate local sobre la prostitución”*, en revista Runa - Archivo para las ciencias del hombre, Nro. 33 (1), año 2012 (texto accesible a través del enlace web <http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/runa/article/view/340/317>. Recuperado por última vez el 27/7/2021).

**DONNA, EDGARDO A. (DIR.)**, *“Delitos, contravenciones y faltas de la ciudad autónoma de Buenos Aires – N°1”*, en Revista de Derecho Penal, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2004.

**DONNA, EDGARDO A. (DIR.)**, *“Delitos, contravenciones y faltas de la ciudad autónoma de Buenos Aires – N°2”*, en Revista de Derecho Penal, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2005.

**DONNA, EDGARDO A. (DIR.)**, *“Delitos de peligro - III”*, en Revista de Derecho Penal 2008-II, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2008.

**GÓMEZ, ANTONIO G.**, *“El Proyecto “Prostitución Cero” del Senador Fernández”*, en Revista Pensamiento Penal, Edición N° 155, del 6 de mayo de 2013 (accesible a través del enlace: <http://www.pensamientopenal.com.ar/autores/antonio-gustavo-gomez>. Recuperado por última vez el 27/7/2021).

**IOSA, JUAN**, *“Libertad Negativa, Autonomía Personal y Constitución”*, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 44, N° 2 (mayo- agosto 2017).

**IOSA, JUAN**, *“Sobre la imposibilidad de una dogmática constitucional. El caso del artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina”*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol. X, N° 2, nueva Serie II (2019).

**LAPLACETTE, CARLOS J.**, *“El artículo 19 de la Constitución y la libertad de intimidad”*, en Revista Jurídica Argentina, número 2006-F, editorial La Ley, Buenos Aires, año 2006.

**MONCILLO, SANTIAGO – VARELA, CECILIA**, *“Ninguna mujer...” El abolicionismo de la prostitución en la Argentina”*, en Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana, N° 26 (ISSN-1984-6487), año 2017 (disponible en la web a través del enlace: <http://dx.doi.org/10.1590/1984-6487.sess.2017.26.11.a>. Recuperado por última vez el 27/7/2021).

**MONTI, HORACIO E.**, *“Los límites constitucionales a la criminalización”*, en revista digital En Letra, año I, número 2 (2014).

**OCHOA, GONZALO J. – GULLI, MARÍA BELÉN**, *“Trata de personas: la esclavitud del siglo XX”*, en revista Abeledo Perrot Córdoba, fascículo 7, año 2013.

**OYAZÁBAL, MARIO J.**, *“Trata de personas: Un tema emergente en la relación bilateral con los Estados Unidos”*, en Anuario de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, número XIV, Córdoba, año 2005.

**ROXIN, CLAUS**, *“El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”* (traducción de Manuel Cancio Meliá) en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), año 2013, núm. 15-01 (accesible a través del enlace <https://pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/03/doctrina28017.pdf>. Recuperado por última vez el 27/7/2021).

**SOLAVAGIONE, LUCÍA LL. M.**, “*La incorrección moral como presupuesto de legitimidad de la criminalización*”, revista En Letra: Derecho Penal, Año V, número 8, año 2019 (disponible a través del enlace web: <https://www.enletrapenal.com/eldp8>. Recuperado por última vez el 27/7/2021).

**VERCELLONE, ADRIANA**, “*Introducción a “Legalismo moral y tolerancia. Crónica de una muerte anunciada” de René González de la Vega*”, en revista Discusiones, Tomo XVI “*Liberalismo y tolerancia*” (BOUVIER, HERNÁN G., Dir.), editorial EdiUNS, Bahía Blanca, año 2016 (disponible a través del siguiente enlace web: <https://ojs.uns.edu.ar/disc/issue/view/200>. Recuperado por última vez el 27/7/2021).

### **C) JURISPRUDENCIA:**

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “*Ximenes Lopes vs. Brasil*”, sentencia del 4 de julio de 2006.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Albarracini Nieves*” (Fallos 335:799, 2012).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Arriola, Sebastián y otros s/ recurso de hecho*” (Fallos 332:1963, 2009).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Colavini, Ariel Omar*” (Fallos: 300:254, 1978).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Montalvo, Ernesto A.*” (Fallos: 313:1333, 1990).

Corte Suprema de Justicia (Sala en lo Civil y Penal) de la Provincia de Tucumán, sentencia 1.098/2013, 17/12/2.013, “*Iñigo, David Gustavo; Andrada, Domingo Pascual y otros s/ privación ilegal de la libertad y corrupción (María de los Ángeles Verón)*”.

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, causa 8.771, 4/05/2.006, “*Calefatti*”.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, 22/8/2012, causa 11638/116744, “*Rojas, Isabel y otros s/ recurso de casación*” (publicado en Diario Judicial, edición número 3263, del 16/11/2012).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala I, 28/06/2.011, “*D.B.T. y otros s/ procesamiento e inconstitucionalidad*”.

Cámara Nacional Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala I, causa 27.586, 13/03/2.006, “*Ramírez Flores*”.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala V, 26/09/2.008, “*Chanquia, Cristian Marcelo*” (publicado en Sup. Penal 2.008 –noviembre-, 55 - LA LEY 2008-F, 6,18).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala I, 5/03/1.999, "*P., A.*" (publicado en J.A 1999-II-292).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala IV, 5/06/1.989, "*Nino, Claudia*" (publicado en LA LEY 1989-E, 298).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala IV, causa 26.814, 26/04/2.006, "*Pérez, Adriana*" (publicado en elDial.com A12556).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala IV, 1/06/1.982, "*Minardi de Ponteri*".

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala IV, causa 21.188, 30/04/03, "*Morrone, Patricia*".

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, 19/8/2009 causa 42.719 "*Rojas, Isabel y otros s/ procesamiento*" (publicado en La Ley Online, cita online: AR/JUR/27562/2009).

Cámara Penal de San Miguel de Tucumán, Sala II, expediente 23.554/2.002, 11/10/2.012, "*Iñigo, David Gustavo; Andrada, Domingo Pascual y otros s/ privación ilegal de la libertad y corrupción (María de los Ángeles Verón)*".

#### **D) SITIOS DE INTERNET CONSULTADOS:**

<http://fiscales.gob.ar/trata/desde-el-ano-2008-se-dictaron-76-sentencias-por-casos-de-trata-y-la-situacion-de-vulnerabilidad-fue-clave-en-mas-del-90-de-las-causas/> (recuperado por última vez el 27/7/2021).

<https://es.wikipedia.org/wiki/Prostituci%C3%B3n> (recuperado por última vez el 27/7/2021).

<http://lema.rae.es/drae/?val=sostener> (recuperado por última vez el 27/7/2021).

<http://www.lanacion.com.ar/1536071-conmocion-sin-culpables-en-el-juicio-por-marita-veron> (recuperado por última vez el 27/7/2021).

<http://www.lanacion.com.ar/1793641-caso-chiara-a-una-semana-del-asesinato-siguen-los-interrogantes> (recuperado por última vez el 27/7/2021).

<https://news.vice.com/es/article/mujer-menos-manifestacion-por-crmenes-contra-mujer-argentina> (recuperado por última vez el 27/7/2021).

[http://www.clarin.com/sociedad/chiara-femicidio-rufino-muerte-crimen-novio-enterrada\\_0\\_1355864421.html](http://www.clarin.com/sociedad/chiara-femicidio-rufino-muerte-crimen-novio-enterrada_0_1355864421.html) (recuperado por última vez el 27/7/2021).

<http://www.lacasadelencontro.org>

[http://www.clarin.com/sociedad/Acto-NiUnaMenos\\_0\\_1369063449.html](http://www.clarin.com/sociedad/Acto-NiUnaMenos_0_1369063449.html) (recuperado por última vez el 27/7/2021).

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/03/doctrina28017.pdf> (recuperado por última vez el 27/7/2021).

<http://www.mpf.gov.ar>

<http://www.ammar.org.ar>

#### **E) NORMATIVA:**

Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General de la ONU en el año 1949 (ratificado por Ley 15.768).

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (más conocida como CEDAW, sus siglas en inglés) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979 (incorporada a la Constitución Nacional en 1994).

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 1989 (incorporada a la Constitución Nacional en 1994).

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del año 2000 (aprobados por la Ley 25.632).

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía; adoptado en las Naciones Unidas en el año 2000 (aprobado por la Ley 25.763).

Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores; aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 1994 (incorporada mediante la Ley 25.179).

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptado en las Naciones Unidas en el año 1948 (incorporada a la Constitución Nacional en 1994).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en las Naciones Unidas en 1966 (incorporado a la Constitución Nacional en 1994).

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1994 (aprobada por la Ley 24.632).

Constitución de la Nación Argentina.

Ley 12.331.

Ley 27.319, de Investigación, Prevención y Lucha de los Delitos Complejos.

Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**F) OTRAS FUENTES DE CONSULTA:**

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

Debate parlamentario de la Ley de profilaxis Antivenérea (12.331), iniciado en la Cámara de Diputados el 26-09-1935 y sancionado en la Cámara de Senadores el 17-12-1936.

*“Prostitución: Ejercicio – Derecho Comparado”* en revista Elementos para la Acción Legislativa, del Departamento de Investigación e Información Extranjera -División Estudios Interdisciplinarios- de la Biblioteca del Congreso, Año 3, número 21.

Antecedentes parlamentarios de la Ley de Trata de Personas (26.842), editorial La Ley, año XX, marzo de 2013, N° 2.

Resolución PGN N° 99/09 (del 24 de agosto de 2009) de la Procuración General de la Nación.

Resolución PGN N° 39/10 (del 22 de abril de 2010) de la Procuración General de la Nación.

Resolución PGN N° 805/13 (del 30 de abril de 2013) de la Procuración General de la Nación.

Decreto Nac. 1281/07 (del 2 de febrero de 2007) del Poder Ejecutivo de la Nación.