



asociación  
**pensamiento**  
penal



Asociación de Derecho Administrativo de la  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Jornadas “Desafíos actuales de la Justicia porteña: Autonomía e Igualdad”  
29, 30 y 31 de mayo de 2017. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

## ***El silencio selectivo de la ley***

**MATEO JULIÁN HERZOVICH**

**Eje temático:** El Derecho de los olvidados

# ***El silencio selectivo de la ley***

Por **MATEO JULIÁN HERZOVICH**

**Eje temático:** El Derecho de los olvidados.

**Resumen:** La tipificación en el Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del ofrecimiento y la demanda de servicios sexuales resulta inconstitucional por denotar de su redacción la aplicación por parte del legislador del vedado Derecho Penal de autor.

**SUMARIO:** 1. Breve introducción a la cuestión; 2. El ejercicio de la prostitución en domicilios privados; 3. La oferta y la demanda de servicios sexuales en la vía pública; 4. Conclusión; 5. Bibliografía

## **1. Breve introducción a la cuestión**

“Deshonrar o degradar algo o a alguien abusando con bajeza de ellos para obtener un beneficio.” Esa es una de las acepciones con la que la Real Academia Española, la institución dedicada a la regularización lingüística de nuestro idioma, se refiere, con picardía e impunidad, a la palabra *prostitución*.

El ejercicio de la prostitución, conocido popularmente como “*el oficio más viejo del mundo*”, ha constituido a lo largo de los siglos una realidad sociológica que ha ido mutando. Así, mientras en las sociedades de antaño era aceptado que hombres y mujeres se vieran obligados a prostituirse, hoy en día es predominante tanto el rechazo a la explotación sexual como la legislación destinada a evitarla.

Sin embargo, a pesar de ser un oficio que ha transcurrido a lo largo de los siglos, aún hoy en día con los grandes avances políticos, sociales y culturales que ha experimentado la humanidad, la prostitución sigue siendo un tema polémico que tiene a sus acérrimos defensores (basándose primordialmente en la autonomía de la voluntad de las personas y en el derecho a la privacidad) y también a personas que la rechazan determinantemente (basándose principalmente en cuestiones religiosas, morales, o relacionando necesariamente – de manera errada – el ejercicio autónomo de la prostitución con la trata de personas con fines de explotación sexual, el proxenetismo y demás delitos que pueden llegar a estar relacionados con la misma).

No será el objetivo del presente trabajo el expresarme ni sobre el proxenetismo ni sobre la trata de personas, debido a que considero que son situaciones que si bien tienen relación con la prostitución, la misma no es de carácter excluyente. Asimismo, por la



vastedad y gravedad de dichas cuestiones, son meritorias de un tratamiento propio y exclusivo.

En general, este escrito versará sobre el ejercicio de la prostitución de manera autónoma, y en particular, sobre la contraposición de dos situaciones: por un lado, el ejercicio de la prostitución en domicilios privados y, por el otro, la oferta y la demanda de servicios sexuales en la vía pública.

## **2. El ejercicio de la prostitución en domicilios privados**

La prostitución en sí misma no configura una conducta típica antijurídica, ya que no está así tipificada ni por el Código Penal, ni por las leyes penales especiales, ni por las disposiciones penales de leyes no penales, que constituyen el núcleo más importante de la legislación penal<sup>1</sup>. Asimismo, a nivel local, la conducta tampoco es reprimida por el Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante “el Código Contravencional”) ni por el Código de Faltas (ley 451). Por las razones expuestas y siendo de aplicación la última parte del artículo 19 de la Constitución Nacional, cabe concluir que cuando una persona decide por su propia voluntad prestar servicios sexuales en un domicilio privado situado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, está llevando a cabo una actividad lícita.

Uno de los grandes fundamentos de la licitud a nivel nacional, el artículo 19 de la Constitución Nacional, como explica REZZONICO *“opera como un límite para que el legislador no incrimine cualquier conducta realizada en espacios privados o públicos”* y agrega que *“el Estado debe respetar la libertad de elección y manifestación de opciones e intereses sexuales de los ciudadanos. No se puede vedar un plan de vida determinado”*<sup>2</sup>. Asimismo, el principio de reserva es reconocido por diversos documentos internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 12, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 11 inciso 2).

Sin embargo, pese a la licitud de la actividad, la misma en la actualidad no se encuentra regulada. La titular del Juzgado Nº 8 en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Dra. Natalia Molina en el Fallo “M., C. s/inf. Art. 2.2.14 Ley 451”, señaló al respecto que *“si desde el punto de vista del Estado no se puede regularizar una actividad que en todas partes del mundo está bien reseñada y bien regulada, no quiere decir que en el ámbito de la ciudad esta actividad, ejercida en forma privada, esté prohibida”*.

Coincido con REZZONICO en cuanto a que el Estado local no puede castigar a las personas que hallan en la prostitución la única forma para lograr su subsistencia sino que, al contrario, debe reglamentar la actividad en ejercicio del poder de policía que le confiere la

---

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *“Manual de Derecho Penal”*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 99.

<sup>2</sup> REZZONICO, M. Daniela, *“La prostitución ejercida en forma autónoma y privada, una actividad comercial lícita que debería estar regulada”*, Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015, pp. 2-3.

Constitución Nacional, evitando así el agravamiento de su condición de marginalidad y garantizando la preservación de la dignidad humana.

Para finalizar con este punto, considero menester hacer una aclaración en lo relativo al concepto del *poder de policía*. BALBÍN ha expresado que es un enfoque equivocado pensar en el llamado poder de policía como un poder del Estado, porque en realidad se trata de un juego de derechos contra derechos.<sup>3</sup> Creo que el ejercicio de la prostitución *per se* no implica un menoscabo de ningún derecho de los terceros, por lo cual coincido con GARCÍA PULLES cuando sostiene que “[a veces] el poder regulatorio se ejerce con la finalidad de encaminar a la sociedad hacia un paradigma o modelo que se considera más adecuado a la convivencia social futura.”<sup>4</sup>

### 3. La oferta y la demanda de servicios sexuales en la vía pública

Para comenzar con el tratamiento de la segunda cuestión, es menester realizar dos aclaraciones: en primer lugar, es distinta la *situación jurídica* que se presenta cuando una persona oferta o demanda servicios sexuales en la vía pública (y por ello es la contraposición de las dos situaciones presentadas la *causa fuente* de este trabajo); en segundo lugar, si la *situación fáctica* que se presenta es diferente, esto no será por la naturaleza de la acción sino por los fundamentos utilizados para la persecución a la oferta y la demanda de servicios sexuales en la vía pública, que serán objeto de análisis posterior.

La situación jurídica que ocurre en el marco del *ejercicio de la prostitución en domicilios privados* dista radicalmente de la que se presenta ante la *oferta y demanda de servicios sexuales en la vía pública*, ya que ésta última está tipificada como contravención en el Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su artículo 81.

En el conocido Fallo Benito León, se solicitó ante el Tribunal Superior de Justicia la inconstitucionalidad del artículo 71 del por entonces vigente Código Contravencional (ley 10), que estipulaba: “*Alteración de la tranquilidad pública: Ofrecer o demandar para sí u otras personas, servicios sexuales en los espacios públicos*”.

En el 2004, la ley 1472 aprobó el nuevo Código Contravencional, y la redacción de la contravención en cuestión ha sido modificada. El artículo 81 del Código Contravencional vigente estipula: “*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 uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública o multa de doscientos (\$ 200) a cuatrocientos (\$ 400) pesos. (...)*”

Con una técnica legislativa más perspicaz que la anterior, el legislador al sancionar el nuevo Código, ubicó la contravención relativa al ofrecimiento y la demanda de servicios sexuales en espacios públicos por fuera del capítulo relativo a la “*tranquilidad pública*”, y la ubicó dentro del capítulo “*protección del uso del espacio público o privado*”.

Sostiene BIDART CAMPOS que “*los derechos ajenos son límites ontológicos a los derechos propios*” ya que “*los derechos declarados en la Constitución obligan, como todas*

<sup>3</sup> BALBÍN, Carlos, “*Curso de Derecho Administrativo*”, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 759 y ss.

<sup>4</sup> GARCÍA PULLES, Fernando, “*Lecciones de Derecho Administrativo*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 527.



las normas de ella, a correlaciones armonizantes y a concordancias dentro de la unidad integral y coherente de la misma Constitución”<sup>5</sup>. Si bien comparto lo expuesto, no puedo evitar preguntarme al leer los tipos previstos tanto en el artículo 71 del Código derogado como en el artículo 81 del Código vigente, de qué manera podrían afectar la mera oferta y la demanda de servicios sexuales, por sí solas, al derecho a la tranquilidad pública, o al uso del espacio público.

Tanto de la lectura de los hechos, como de lo sostenido por los magistrados que conformaron la mayoría que votó por la denegación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto en el caso Benito León, y de la decisión del legislador de mantener la tipificación como contravención de la acción, se puede dilucidar que tanto la alteración de la tranquilidad pública o el uso indebido del espacio público no están dados por el ofrecimiento y la demanda de servicios sexuales en sí. Para argumentar esto, es preciso hablar brevemente de dos cuestiones:

a) LA ESTEREOTIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS SEXUALES

Tal y como señalan AMOSSY y HERSCHBERG PIERROT, Walter Lippmann fue el primero en introducir la noción de estereotipo en su obra *Opinion Publique*, en 1922, y designó mediante ese término a “*las imágenes de nuestra mente que mediatizan nuestra relación con lo real*”. Agregan los autores que “se trata de representaciones cristalizadas, esquemas culturales preexistentes, a través de los cuales cada uno filtra la realidad del entorno” y por último pero no por eso menos importante, sostienen que “*estas imágenes de nuestra mente son ficticias, no porque sean mentirosas, sino porque expresan un imaginario social*”.<sup>6</sup>

Para evitar estar “*sumidos en el flujo y reflujo de la sensación pura*” como sostienen las autoras, acudimos a estas imágenes que resultan indispensables para nuestra vida en sociedad. Como se sostiene en la obra, “*el estereotipo es más simple que complejo y diferenciado, más erróneo que correcto, adquirido de segunda mano más que por una experiencia directa que debería representar*”.<sup>7</sup> Esto resulta comprobable al tener una conversación con cualquier persona: si le pide que dibuje un ladrón, probablemente dibuje a una persona vistiendo ropa deportiva y una gorra (no dibujará a un ladrón de guante blanco); si le pide que dibuje un hogar, probablemente dibuje una casa con techo a dos aguas y humo saliendo por la chimenea (aun cuando probablemente en su país no abunden las casas con este tipo de techos por el clima y no sean comunes los hogares con chimeneas). Si le pide que dibuje a una persona que ejerce la prostitución, probablemente dibujará a una mujer, con medias de red y una pequeña cartera, parada en la calle (aun cuando probablemente sepa de la existencia de otros tipos de prostitución).

Los estereotipos son creados y repetidos tanto por los medios de comunicación, como por la literatura, las ficciones y por *nosotros mismos*. Lo que

---

<sup>5</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., “*Teoría General de los Derechos Humanos*”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 407.

<sup>6</sup> AMOSSY, Ruth y HERSCHBERG PIERROT, Anne, “*Estereotipos y Clichés*”, EUDEBA, Buenos Aires, 2001, pp. 30-32.

<sup>7</sup> AMOSSY, Ruth y HERSCHBERG PIERROT, Anne, *op. cit.*, p. 33.

resulta realmente alarmante es que tengamos un ordenamiento jurídico en el que, por momentos, peca de *estereotipador*, y persigue a las personas *por lo que son* y no *por lo que hacen*. La figura del *derecho penal de autor* es la representación de la estereotipación dentro del Derecho.

ZAFFARONI define claramente al derecho penal de autor cuando dice que éste *“imagina que el delito es síntoma de un estado del autor, siempre inferior al del resto de las personas consideradas normales.”*<sup>8</sup>

Al leer los hechos del caso Benito León, queda manifiesto que las conductas que podrían haber ocasionado disturbios a la tranquilidad pública están tipificados como contravenciones o como delitos, independientemente de qué se encontraba haciendo la persona al momento de cometerlas. Así, el Código Contravencional reprime el hostigamiento (art. 52) y los ruidos molestos (art. 82), mientras que el Código Penal prohíbe las exhibiciones obscenas (art. 129). Si se comprueba la existencia de un tipo (en este caso el descrito en el artículo 81 del Código Contravencional), cuya realización está dada por una conducta pero la afectación a un bien jurídico está dada no por la acción típica sino por otras que pueden ser perpetradas de manera autónoma, no cabe ninguna duda de que la tipificación del ofrecimiento y la demanda de servicios sexuales en espacios públicos implica una aplicación del *derecho penal de autor* y, en consecuencia, es inconstitucional, por imperio del artículo 13, inciso 9 de la Constitución de la Ciudad.

b) ACCIÓN PRIVADA EJERCIDA EN ESPACIOS PÚBLICOS O... ¿EN ESPACIOS PRIVADOS?

Habiendo descartado que la mera oferta y demanda de servicios sexuales en espacios públicos implique una afectación a un bien jurídico, corresponde plantear otro punto de análisis: si la prestación del servicio sexual en definitiva no se lleva a cabo en el espacio público sino sólo su ofrecimiento para *a posteriori* concretar la prestación en un espacio privado, ¿no estaríamos en presencia de una acción privada exenta de la autoridad de los magistrados?

#### 4. Conclusión

A modo de conclusión no puedo hacer más que compartir las preguntas que me invaden cuando termino de escribir este trabajo.

ZAFFARONI expresa, *“como consecuencia del principio de ofensividad, el estado no puede imponer una moral individual, por imperio del art. 19 constitucional, en función del 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”*<sup>9</sup> En definitiva... ¿existe afectación a un bien jurídico o simplemente estamos en presencia de un tipo paternalista?

---

<sup>8</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, p. 49.

<sup>9</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *“Manual de Derecho Penal”*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 374.

BIDART CAMPOS, por su parte, sostiene que *“el derecho a la identidad en orden hacia la propia persona, hacia su modo personal de vivir “su” vida, hacia su “mismidad” y su verdad personal”, ofrece un ámbito muy ligado – si es que no resulta lo mismo – al derecho a la intimidad”*<sup>10</sup> y finaliza expresando que *“cada persona tiene derecho a presentarse en la convivencia societaria como “el que es”, en la ya referida “mismidad” auténtica, y a que así se la reconozca, se la respete y se la tolere”*<sup>11</sup>.

Quizás nosotros, como sociedad, debemos preguntarnos por qué nos molesta que el otro sea como es, o mejor dicho, por qué nos molesta que sea como es *en público*, y por qué constantemente hacemos apología de la invisibilización.

Quizás nosotros, como sociedad, debemos preguntarnos qué estamos persiguiendo cuando perseguimos al ofrecimiento y la demanda de servicios sexuales en los espacios públicos, mientras por imperio constitucional reconocemos el derecho a ejercer la prostitución de manera autónoma en domicilios privados. ¿En definitiva, no perseguimos al y a la que no tiene dinero para comprar o rentar un departamento para ejercer la prostitución allí?

Quizás nosotros, como sociedad, debemos preguntarnos, cuando hayamos respondido el resto de los interrogantes... por qué ante situaciones iguales la ley a veces grita... y a veces calla.

## **5. Bibliografía**

BALBÍN, Carlos, *“Curso de Derecho Administrativo”*, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2007

BIDART CAMPOS, Germán J., *“Teoría General de los Derechos Humanos”*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1991

BIDART CAMPOS, Germán J., *“Manual de la Constitución Reformada”*, T. II, Ediar, Buenos Aires, 1997.

GARCÍA PULLES, Fernando, *“Lecciones de Derecho Administrativo”*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

REZZONICO, M. DANIELA, *“La prostitución ejercida en forma autónoma y privada, una actividad comercial lícita que debería estar regulada”*, Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *“Manual de Derecho Penal”*, Ediar, Buenos Aires, 2006.

---

<sup>10</sup> BIDART CAMPOS, German J., *op. cit.*, pp. 527.

<sup>11</sup> BIDART CAMPOS, German J., *op. cit.*, pp. 528.