

La prostitución ejercida en forma autónoma y privada, una actividad comercial lícita que debería estar regulada

Comentario al fallo “M., C. s/inf. art. 2.2.14 Ley 451”, Juzg. PCyF 8, del 9/3/2015

Por **MARÍA DANIELA REZZONICO**

Sumario: I.- Presentación del caso; II.- Una actividad lícita; III.- Fundamento constitucional de la licitud; IV.- Necesidad de regular la actividad; V.- Objetivo de la regulación; VI.- Poder de policía local; VII.- Resolución del caso concreto; VIII.- Conclusión; IX.- Bibliografía.

Resumen: El ejercicio de la prostitución de manera autónoma y privada, mientras el Estado no decida regularlo como actividad comercial que es, queda fuera del poder de policía de la Ciudad, así lo entendió una Jueza local en una reciente e interesante sentencia.

I.- Presentación del caso

La titular del Juzgado N° 8 en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dra. Natalia Molina, resolvió el día 9 de marzo de 2015 absolver a una trabajadora sexual acusada de infringir el Régimen de Faltas (Ley 451) por ejercer una actividad lucrativa sin la debida habilitación o permiso e incumplir las condiciones de seguridad, funcionamiento e higiene del lugar en el cual desarrollaba su actividad. La resolución absolutoria fue consentida por el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad.

La causa se inició el día 16 de mayo del año 2014, como consecuencia de un allanamiento ordenado por la Procuración General de la Nación y llevado a cabo con intervención de la Policía Federal Argentina, la Dirección Nacional de Migraciones y la Dirección de Trata de Personas, en un edificio del barrio de Recoleta, por el presunto delito de trata de personas e infracción a la Ley 12331 de Profilaxis.

El Régimen de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires sanciona las infracciones a las normas de la ciudad destinadas a reglamentar el desenvolvimiento de las actividades sujetas al poder de policía local (cfr. art. 1 Ley 451).

La jueza sostuvo que el ejercicio de la prostitución no está prohibido en la Ciudad de Buenos Aires y que la falta de legislación que regule la actividad no puede hacer presuponer que lo está. Al contrario, por tratarse de una actividad comercial lícita, el Estado porteño debería regularla, siendo la ausencia de normas específicas la causa de que esta actividad quede fuera del poder de policía local.

En este sentido, manifestó 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”. Asimismo, la jueza entendió que dentro de los códigos que describen detalladamente las actividades comerciales admitidas en el ámbito de la Ciudad de Buenos

Aires debería regularse “de una manera concreta, determinada, clara” la prostitución ejercida de manera autónoma y privada.

II.- Una actividad lícita

Tal como lo sostuvo el fiscal interviniente en el caso bajo análisis, el Dr. Blas Matías Michienzi, la prostitución ejercida en forma autónoma y privada es tolerada en la Ciudad de Buenos Aires.

La prostitución en sí misma, como actividad, no es delito; no la reprime el Código Penal ni ninguna ley penal especial, tampoco lo hacen el Código Contravencional (Ley 1472) o el Código de Faltas (Ley 451), sancionados por la Legislatura de la Ciudad; la actividad es legal.

Así lo entendieron, también, los miembros del Tribunal Superior de Justicia, máxima autoridad judicial local, en el famoso fallo “León, Benito”¹.

Recordemos que en nuestro país el Código Penal tipifica en el Libro Segundo, Título III, distintos “Delitos contra la integridad sexual” y en los artículos 125 bis, 126 y 127 (según Ley 26842, del año 2012) se ocupa de los delitos vinculados a la prostitución.

A su vez, la Ley 12331 de Profilaxis (del año 1936), en su artículo 15 dispone que: “Queda prohibido en toda la República el establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución, o se incite a ella”. Asimismo, en su artículo 17 prevé 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...”.

Ahora bien, no hay que perder de vista —tal como lo entiende la jueza en el fallo en análisis— que la Ley 12331 lo que prohíbe es el proxenetismo y no el ejercicio de la prostitución. Sin embargo, una de las consecuencias que trae aparejada esta ley es que la Ciudad de Buenos Aires no regule la actividad (sobre este punto volveremos más adelante).

De este modo, tanto el Código Penal como la Ley 12331, desalientan la prostitución pero no la prohíben. Por lo tanto, reiteramos, es de importancia central tener en cuenta que la prostitución no es delito, lo que sí es delito es la facilitación o promoción de la prostitución de una persona.

Ello así, es claro que aquella actividad que el legislador ha decidido no penalizar no puede en ningún caso ser perseguida mediante la aplicación del Régimen de Faltas, tal como sucedió en esta causa, que finalmente terminó en absolución.

III.- Fundamento constitucional de la licitud

Dentro del ámbito de la privacidad cualquier persona en los términos del artículo 19 de la Constitución Nacional es libre de hacer lo que desee, en tanto no afecte derechos de terceros, el orden o la moral pública.

Esta norma constitucional opera como un límite para que el legislador no incrimine cualquier conducta realizada en espacios privados o públicos. El Estado debe respetar la

¹ TSJ, Expte. N° 245/00 “León, Benito Martín s/ recurso de inconstitucionalidad (art. 71, CC)”, rto. el 24/10/2000.

libertad de elección y manifestación de opciones e intereses sexuales de los ciudadanos. No se puede vedar un plan de vida determinado.

El llamado principio de reserva o derecho a la privacidad no solo se encuentra amparado por la Constitución Nacional en su artículo 19, sino también por los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y art. 17 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos) y por la Constitución local en su artículo 12.3.

Asimismo, en el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad se reconoce el “derecho a ser diferente”, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, *orientación sexual*, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo.

En el citado fallo “León, Benito”, en el que el Tribunal Superior de Justicia analizó la constitucionalidad del artículo 71 del antiguo Código Contravencional (Ley 10), que reprimía la oferta y demanda de sexo en la vía pública (actual art. 81 de la Ley 1472), el Dr. Casás sostuvo que “el legislador no ha querido convertirse en juez de la moral ajena, porque esa función queda sólo reservada a Dios (art. 19 Constitución Nacional). Pero sí ha asumido... sin penalizar la prostitución en sí misma, que la oferta y demanda de servicios sexuales en espacios públicos se traduce en un abuso en el ejercicio de la libertad sexual, por su trascendencia respecto de terceros. Por este motivo, y sin interferir en las decisiones personales de los individuos, ni tampoco cercenarlas en los ámbitos privados, se ha optado por castigar el comercio sexual en los espacios públicos”.

Resulta manifiesto que la oferta y demanda de sexo en espacios públicos, frente a igual actividad desplegada en ámbitos privados, configuran circunstancias fácticas diferentes en la apreciación social, que bien permiten al legislador atribuirles distintas consecuencias jurídicas.

Es decir que, las normas con mayor rango en nuestro sistema jurídico, a saber: la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, reconocen a todas las personas un ámbito de privacidad que –siempre y cuando no se produzca lesión a derechos de terceros– no puede ser restringido por el Estado mediante la aplicación de sanciones, ya sean penales o administrativas, como en el caso de las condenas por infracción al Régimen de Faltas.

IV.- Necesidad de regular la actividad

Se denomina “prostitución” al acto consistente en tener relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero, bienes o servicios. Siendo que, al llevar implícita una contraprestación, resulta inequívoco el carácter comercial de la actividad.

Todas las actividades comerciales desarrolladas en el ámbito de la Ciudad deben tener su regulación específica, a fin de que el Estado local pueda ejercer su poder de policía.

Volviendo al caso objeto de comentario, al momento del allanamiento las inspectoras porteñas preguntaron a C. M. —quien se había identificado como responsable del lugar y luego resultó imputada— si poseía habilitación para funcionar como “servicios personales directos”, actividad que incluye masajes, pedicuría y salón de belleza, pero no servicios sexuales. Y, pese a que C. M. expresó que su trabajo consistía en ejercer la prostitución, igualmente confeccionaron el acta de infracción en esos términos: “por funcionar como servicios personales directos”.

En la audiencia de juicio, las inspectoras declararon que pidieron tal habilitación por ser ese es el rubro “que más se asocia” a la actividad de servicios sexuales y que es una práctica común en la Ciudad que quienes pretenden ejercer la prostitución habiliten el lugar en el que desarrollarán su actividad bajo ese rubro.

Evidentemente es contrario al principio de legalidad exigir a alguien la habilitación para ejercer una actividad que esa persona no realiza, siendo esta afectación al mencionado principio constitucional otra de las consecuencias de que no se encuentre prevista la posibilidad de habilitar un lugar a los fines de ejercer la prostitución.

Entonces, quien pretende ejercer la prostitución en la ciudad de manera autónoma y privada se encuentra frente a dos posibles escenarios: a) ejercer la actividad sin habilitación; b) ejercer la actividad, estando habilitada bajo otro rubro (vgr. “servicios personales directos”). En ambos casos, si la trabajadora sexual es sujeta a inspección, correrá la misma suerte, se le labrará un acta por: a) ausencia de habilitación², o b) ejercer una actividad distinta a la cual se encuentra habilitado³.

De este modo, al no estar prevista la posibilidad de habilitar un local para realizar la actividad comercial denominada “prostitución”, existe un vacío legal que —por lo general— se llena en desmedro de las trabajadoras sexuales.

V.- Objetivo de la regulación

Ahora, si bien podría señalarse a la Ley Nacional de Profilaxis —sancionada en el año 1936, durante la llamada “década infame”— como uno de los obstáculos para la regulación de la actividad que estamos analizando, es dable efectuar las siguientes consideraciones.

La Ley 12331, al prohibir el establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución, lo que en definitiva pretende es proteger la salud pública.

Esto se desprende de su artículo 1, que expresamente dispone: “La presente ley está destinada a la organización de la profilaxis de las enfermedades venéreas y a su tratamiento sanitario en todo el territorio de la Nación”. En este mismo sentido, a lo largo de su articulado se destacan los conceptos de: “lucha antivenérea”, “educación antivenérea”, “educación sexual”, “educación sanitaria”, “profilaxis individual”, etc.

² Art. 4.1.1. Ley 451: “El titular o responsable de un establecimiento en el que instale o ejerza actividad lucrativa sin la debida habilitación o permiso, es sancionado con multa de mil cuatrocientas a trece mil setecientas unidades fijas y clausura del establecimiento hasta tanto cuente con la debida habilitación”.

³ Art. 4.1.1.2 Ley 451: “El titular o responsable de un establecimiento en el que se instale o ejerza actividad lucrativa en infracción a la autorización concedida o desvirtuando la autorización conferida, es sancionado con multa de mil cuatrocientas a trece mil setecientas unidades fijas y/o clausura por un plazo de tres a quince días”.

Ello así, que el Estado porteño regule el ejercicio de la prostitución de manera privada y autónoma, previendo la posibilidad de habilitar los locales en los cuales se ejerza tal actividad, siempre que se cumpla con ciertas reglas de higiene y profilaxis (que el mismo Estado estipule), de ninguna manera podría contradecir a la Ley 12331, sino que –por el contrario– ayudaría a cumplir con el verdadero objetivo de la norma, el cual claramente no es prohibicionista, sino proteccionista de la salud pública.

En otras palabras, el ejercicio de la prostitución en locales habilitados por la Autoridad administrativa, en cumplimiento con la reglamentación que el Estado local disponga, no contradiría la norma nacional, sino que tornaría operativo su objetivo.

VI.- Poder de policía local

El Estado local no puede castigar la prostitución en sí misma, persiguiendo a quienes sin ocasionar molestias objetivas a terceros, encuentran en esa actividad la única forma para mantener su subsistencia, sino –al contrario y por mandato constitucional– debe evitar el agravamiento de su condición de marginalidad o la búsqueda de protección que facilita el proxenetismo y la explotación sexual.

Por principio general, el poder de policía corresponde a las provincias (conf. art. 121 de la Constitución Nacional), por tratarse de una potestad que éstas se reservaron al constituir la unión nacional. Excepcionalmente, dicho poder le corresponde a la Nación, cuando ésta ejercita atribuciones que la Constitución le otorga expresa o implícitamente⁴.

Tal el diseño del sistema de organización federal de competencias, del que se deriva la facultad de los gobiernos locales de dictar y aplicar las regulaciones que, con sujeción a los principios constitucionales que rigen la materia, resulten necesarias para el ejercicio de ese poder.

Es claro que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires integra, como un Estado más, el sistema federal argentino. Por ello, el dictado de la legislación necesaria para regular la conducta de sus habitantes y de quienes a diario transitan por ella, se encuentra dentro de la esfera de su autonomía constitucional (art. 129, primer párrafo, de la Constitución Nacional).

Sin embargo, el Estado local no avanza sobre tales cuestiones –aunque debería hacerlo– reglamentando la actividad en ejercicio de su poder de policía.

En este sentido, coincidimos con la jueza interviniente en este caso, en cuanto a que la prostitución debería tener una regulación legal específica en el ámbito de la Ciudad, siendo el Estado local quien debe legislar al respecto, para así establecer los límites de la actividad y asegurar que ésta se desarrolle dentro de un marco seguro para la población en términos de salud, higiene y profilaxis.

Ello teniendo en cuenta que ningún derecho de los contenidos en la Constitución es absoluto. Todos los derechos están sometidos a la regulación que de ellos el legislador efectúe, sin alterar su naturaleza, contenido y fines.

⁴ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 550-551; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, T. IV, Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, p. 241; BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 733.

Por lo tanto, si bien quienes deseen trabajar ejerciendo la prostitución tienen el derecho de hacerlo, este puede y debe ser regulado por el Estado a fin de proteger tanto los derechos de terceros, como los de los propios trabajadores sexuales.

VII.- Resolución del caso concreto

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, es dable señalar que la jueza llamada a resolver, luego de afirmar que el ejercicio de la prostitución de manera privada es una actividad comercial lícita, en el caso concreto decidió absolver a partir de que no se había logrado acreditar con las pruebas obrantes en la causa que se hubiera desarrollado la aludida actividad comercial.

Entendió que, si bien la acusada había expresado dedicarse a realizar trabajos sexuales en su departamento y colocar anuncios en internet, al momento de la inspección no se observó la presencia de clientes en el lugar, ni se constató la existencia de los anuncios.

Cabe recordar que, además de la ausencia de habilitación, a la imputada se le reprochaban otras faltas de seguridad e higiene, consistentes en: carecer de matafuegos, de señalización de medios de salida, de disyuntor diferencial en tablero eléctrico, de luz de emergencia y de cartelera indicando la prohibición de fumar y la presencia de vectores vivos (cucarachas).

La jueza consideró que, a fin de condenar a la imputada por las infracciones al Régimen de Faltas que se le endilgaban era necesario tener mínimamente acreditado el giro comercial y un aspecto edilicio coherente con ese giro, siendo que en el caso –en el día y en el momento de labrarse las actas de infracción– tales circunstancias no habían podido ser verificadas.

Por otro lado, sostuvo que, si bien los inspectores de la Ciudad tienen el poder de policía para verificar cuestiones edilicias, este lo tienen cuando hayan vencido la posibilidad de ingresar a un domicilio privado. Siendo que, si quien tiene el derecho de exclusión del lugar no les permite el ingreso, los inspectores deben solicitar una orden judicial de allanamiento a tal fin.

En el caso, las inspectoras que labraron las actas de infracción al Régimen de Faltas, jamás podrían haber ingresado al departamento en cuestión si no hubiese sido porque la policía las hizo ingresar, a raíz de una orden de allanamiento que no había sido dictada a los fines de realizar una inspección de faltas, sino que tenía como objeto investigar el delito de trata de personas y una eventual violación a la Ley de Profilaxis.

Por lo tanto, la magistrada entendió que la inspección que dio origen a la causa de faltas nunca debería haber tenido lugar y por ese motivo, sumado a que no encontró probado que se estuviera realizando la actividad comercial aludida, absolvió a la acusada.

VIII.- Conclusión

Corresponde diferenciar entre quien decide ejercer la prostitución y quien es obligado por medio de proxenetas o tratantes de personas, distinguiendo la prostitución como trabajo autónomo de la explotación sexual, siendo este último caso un flagelo de la

sociedad en su conjunto, contra el cual el Estado no puede dejar de actuar y aplicar toda su maquinaria a los fines de combatirlo y proteger a sus víctimas.

El ejercicio de la prostitución de manera autónoma y privada se encuentra amparado por el artículo 19 de la Constitución Nacional, ya que cada ser humano tiene el derecho de decidir qué hacer con su cuerpo y, en consecuencia, con su sexualidad.

Ello pues las acciones privadas de los hombres que no afecten derechos de terceros quedan solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados, resultando obvio que la transacción sexual, realizada de manera voluntaria e independiente y en un ámbito privado, no afecta a terceros.

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires asume un modelo de sociedad plural en la que las identidades individuales y sociales se configuran a partir del reconocimiento recíproco. En su artículo 11 reconoce y garantiza a toda persona la misma dignidad e igualdad, preservando sus diferencias.

En consecuencia, la falta de legislación que regule el ejercicio de la prostitución ejercida de manera autónoma y privada, como actividad comercial lícita que es, coloca a las personas que deciden desarrollar esa actividad en una situación de inferioridad respecto del resto de sus conciudadanos.

Actualmente, los trabajadores sexuales carecen de normativa alguna que los ampare, se encuentran por fuera del marco legal, quedando expuestos al labrado de actas de infracción al Régimen de Faltas, por ejemplo, como sucedió en este caso.

Por medio de la reglamentación de la actividad que aquí denominamos “prostitución”, el Estado debe fijar las pautas conforme a las cuales corresponde que sea llevada a cabo. El que los representantes de los poderes porteños no regulen la actividad implica el no ejercicio del poder de policía que el Estado constitucionalmente posee, incumpliendo sus atribuciones y deberes.

Así, tal como lo afirma la jueza que entendió en el caso analizado: “Esta falta de regulación específica sobre los servicios sexuales es una deuda muy antigua que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene con la sociedad”.

Entonces, más allá de las valoraciones morales individuales sobre: el comercio sexual, la actitud de los sujetos que participan de la transacción mediante la demanda del servicio y los motivos que llevan a una persona a vender su cuerpo —posiblemente como último recurso ante un modelo económico deshumanizado y de exclusión—, lo cierto es que el Estado no puede escudarse en la moral de algunos —muchos o pocos— y optar por no participar en la regulación y control de esta actividad.

El Estado tiene el deber de intervenir a los fines de asegurar la convivencia pacífica de sus ciudadanos, no por medio de normas punitivas sino mediante una reglamentación respetuosa de los principios constitucionales.

En conclusión, lo interesante de la sentencia analizada, dictada en el marco de una causa de faltas, es que plantea la legalidad de la “prostitución”, en los términos expuestos, y nos permite reflexionar sobre algunas de las consecuencias ilegítimas que conlleva la ausencia de regulación.

IX.- Bibliografía

BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1994.

CAYUSO, Susana G., *Constitución de la Nación Argentina comentada: claves para el estudio inicial de la norma fundamental*, La Ley, Buenos Aires, 2011.

D’ALESSIO, José Andrés, *Código Penal de la Nación comentado y anotado*; 2da ed. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2009.

LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1978.

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal, Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005.