
Facilitar la prostitución ajena: un análisis normativo sobre las razones que justifican la punición del artículo 125 bis del Código Penal*

Facilitating the prostitution of others: a normative analysis of the reasons that justify the punishment of article 125 bis of the Penal Code

Carolina Inés Martínez*

Resumen: El artículo analiza el art. 125 bis del Código Penal argentino, que penaliza la facilitación de la prostitución de personas mayores de edad, aun mediando su consentimiento. Se argumenta que esta norma no se basa en la lesión directa de un bien jurídico, sino en la prevención de un peligro abstracto, como medida contra la trata y explotación sexual. Aunque algunos critican que no hay daño real si la persona mayor de edad consiente, se defiende que la ley protege a mujeres que pueden inicialmente consentir pero luego desear dejar la prostitución sin tener los medios para hacerlo. Se concluye que la norma es necesaria mientras persistan desigualdades y explotación.

Palabras clave: consentimiento-feminismos-daño-prostitución.

Abstract: The article analyzes Art. 125 bis of the Argentine Criminal Code, which criminalizes the facilitation of prostitution of persons of legal age, even with their consent. It is argued that this rule is not based on the direct injury of a legal right, but on the prevention of an abstract danger, as a measure against trafficking and sexual exploitation. Although some criticize that there is no real harm if the person of legal age consents, it is argued that the law protects women who may initially consent but then wish to leave prostitution without having the means to do so. It is concluded that the law is necessary as long as inequalities and exploitation persist.

Keywords: consent-feminisms-harm-prostitution.

* Fecha de recepción: 08/09/2023 Fecha de aprobación: 02/05/2024

**Abogada. Especialista en Derecho Penal. E-mail: martinezcaro87@gmail.com <https://orcid.org/0009-0000-0232-148X>

I. Introducción

El sistema legal argentino permite el ejercicio de la prostitución¹ que, como actividad autónoma, está exenta de prohibición penal y, como tal, es una opción abierta (en el sentido de *permitida*) para las personas mayores de edad que elijan practicarla.

Ahora bien, distinto es el caso de la facilitación de la prostitución ajena o *proxenetismo*, delito previsto en el art. 125 bis del Código Penal (CP, de ahora en adelante). Así, mientras que la primera es impune, no lo es la segunda. Para aquellos terceros que prestan algún tipo de colaboración en el ejercicio de la prostitución ajena, su actuar encuentra encuadre, como hecho típico, en la norma del art.125 bis.

Al respecto, este delito fue modificado con la sanción de la Ley nro. 26842, de Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas.² En lo que cabe señalar de la norma en la actualidad, la figura prevé dos acciones típicas: la *promoción* y la *facilitación* de la prostitución ajena, supuestos que se distinguen de la prostitución autónoma. A su vez, el artículo identifica como víctima del delito a cualquier persona, sin realizar distinciones entre mayores y menores de edad y deja a salvo que se considerará víctima, incluso, a la persona que, en ejercicio de la prostitución o actividad sexual, consienta la colaboración de terceros. Es decir que, a partir de la reforma mencionada, la norma prevé que incluso en los casos de consentimiento válido, por parte de quien presta servicios sexuales, se daría el supuesto típico.

En este sentido, vale aclarar que, en virtud de una interpretación sistemática, la víctima pensada por el legislador es la persona mayor de 18 años. En efecto, es el art. 126 del CP el que agrava la promoción o facilitación de la prostitución “cuando la víctima fuere menor de dieciocho años”, por lo tanto, es evidente que atento a la especificidad del precepto con relación a la edad de la víctima, el enunciado del 125 bis tipifica la promoción o facilitación de la prostitución de personas mayores de edad. Sin embargo, tal mayoría de edad parece no tener incidencia alguna en la conducta típica, pues esta se configura con prescindencia del consentimiento de quien decide disponer de su cuerpo, a cambio de dinero. En otras palabras, de quien es la víctima, según la norma. De esta manera, el tipo básico previsto en el art. 125 bis le restó cualquier clase de efecto al consentimiento de la víctima.³ Sobre este último supuesto se centrará el presente trabajo.

¹En el presente trabajo, por *prostitución*, se entenderá al estado que se logra mediante una entrega habitual, indeterminada y venal, ejercida con depravación de los motivos generadores del trato sexual y que se encuentran socialmente aceptados, tales como el amor, el placer, la atracción física, entre otros. Los tres requisitos –entrega carnal habitual, indeterminada y por un precio – son necesarios para que se configure la prostitución, de modo tal que la realización de un solo acto sexual, aun cuando se realice por dinero, no encuadraría en esta actividad. De allí que se sostenga la habitualidad como una conducta general de vida con sujetos determinados. Así define *prostitución* la doctrina mayoritaria de nuestro país. Buompadre Jorge Eduardo. (2017). *Manual de derecho penal – Parte especial* (p. 221). Ed. Astrea / Arocena Gustavo A. (dir.) (2020). *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial, Tomo I* (p.331). Editorial Lerner.

²Sancionada el 19 de diciembre de 2012, y publicada el 26 de diciembre del mismo año. La ley entró en vigencia el 5 de enero de 2013 (artículo sustituido por el art. 21 de la Ley nro. 26842, según el BO del 27/12/2012). Art. 125 bis: “El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediere el consentimiento de la víctima”.

³Ya no se exige que las acciones sean cometidas por algún medio en particular, como lo requería la ley anterior (Ley nro. 26364). Actualmente, es el mencionado art. 126 del CP el que abarca los supuestos agravados del tipo, cuando

A tales fines, me concentraré exclusivamente en la acción típica de *facilitar* la prostitución ajena. Y, en lo que concierne a la víctima, me referiré, específicamente, al caso de la mujer mayor de dieciocho años que cuenta con capacidad para prestar *libremente* su consentimiento.

Ahora bien, al decir *libremente* debo establecer nuevas precisiones, pues es sabido que por influencia de la teoría feminista, el *libre consentimiento* es un tema controvertido. En efecto, en materia de consentimiento de la mujer, resulta relevante mencionar que existen diferentes posturas feministas al respecto, que se pueden sintetizar en las siguientes posturas que en la realidad estas no se presentan “puras” sino que se entrecruzan y tensionan: a) reglamentarismo; b) prohibicionismo; c) abolicionismo y d) regulacionismo o legalización de la actividad. Según cual sea la mirada sobre la mujer y el tipo de intervención estatal en la materia, será el modelo que se siga.⁴

En líneas generales, y sin perjuicio de recomendar la profundización de este debate, se puede señalar que mientras que para el regulacionismo el consentimiento de la mujer que ejerce el trabajo sexual es posible, y además puede ser válido, para el abolicionismo el consentimiento de la mujer es imposible en cualquier sociedad regida por el orden patriarcal, *ergo*, es también inválido.⁵

Entonces, si se analiza la norma del art. 125 bis a la luz de las discusiones feministas, dada la irrelevancia del consentimiento de la mujer mayor de edad que ejerce la prostitución, por carecer este de efecto desincriminante, se podría señalar que el art. 125 bis es de inspiración abolicionista.

mediaren medios coactivos, fraudulentos o intimidatorios para viciar aquel, consagrando también la promoción o facilitación de la prostitución de menores con una pena más elevada.

⁴ Los reglamentaristas consideran a la prostitución como algo inevitable. Por ello, asumen una postura de tolerancia y señalan que debe ser regulada. Así, quienes adhieren a esta línea proponen permisos de ejercicio, registro, pago de impuestos, la obligatoriedad del control de enfermedades venéreas, controles estatales y policiales, exámenes médicos periódicos, entre otras medidas de control. Así mismo, regular hoy en día consiste en reglamentar las condiciones de los locales y las condiciones de trabajo de las mujeres que trabajan en ellos. Ejemplos paradigmáticos del modelo reglamentarista en la actualidad son Holanda, Alemania, algunas provincias de Australia y Nueva Zelanda. El prohibicionismo, en cambio, asume una postura explícita. Considera ilegal el ejercicio de la prostitución y sanciona como delito su ejercicio. En este sentido, propone que se condene tanto a quienes lo ejercen, como a los clientes y a quienes se benefician de esta actividad económicamente. Se prohíbe, por lo tanto, toda actividad relacionada a la compra y venta de sexo, incluso, la de quienes se consideran trabajadores autónomos.

Por el contrario, el abolicionismo propone eliminar las condiciones que dan lugar a la existencia misma de la prostitución y, mientras eso se logre, la práctica en sí debe estar prohibida. En efecto, las abolicionistas consideran que las personas en situación de prostitución son víctimas de explotación sexual, en función del sistema social en el que viven (sistema patriarcal). Entre otras calificaciones, señalan que la práctica es una forma de violencia contra la mujer y una forma de esclavitud. Así, exigen su prohibición, hasta tanto las condiciones de opresión sean eliminadas y pueda concebirse como posible un consentimiento válido sobre la base de una verdadera libertad.

Finalmente, se debe mencionar el modelo laboral o de legalización del trabajo. Aquí no hay víctimas (como lo sostiene el abolicionismo), sino trabajadoras sexuales que, como tales, reivindican sus derechos laborales y previsionales (como trabajadoras y como mujeres) y exigen su cumplimiento.

Laydo, Nicolás y Schneider, Lara. Dra. Nidia Abatedaga (dir.) (2016). *La constitución del sujeto colectivo y procesos identificadorios*. En *AMMAR – RRTS (2014-2016) Asociación de Mujeres Meretrices Córdoba y Red por el Reconocimiento del Trabajo Sexual*. [Trabajo final de grado] Universidad Nacional de Córdoba – Facultad de Ciencias de la Comunicación. Pág. 10.

⁵ Para un mayor abordaje del tema, recomiendo la lectura de *La prostitución aportaciones para un debate abierto*, de la autora Gimeno, Beatriz (2012). Ed. Bellaterra, quien realiza un exhaustivo desarrollo del debate y los posicionamientos existentes, donde la autora propone usar los nombres de antiprostitución y proprostitución, ya que considera que los nombres de regulacionistas y abolicionistas no la convencen. Agrega que ni todas las regulacionistas quieren ya regulación, ni que ella se identifica con el nombre de abolicionista que además está muy connotado ideológicamente y no siempre para bien.

La norma declara que la conducta típica de facilitación de la prostitución ajena será penada, incluso con el consentimiento de, en el caso de este trabajo, la mujer que decide prostituirse. De este modo, se soslaya la voluntad de la mujer que decide prostituirse y que, para hacerlo, recurre a la colaboración de un tercero. Ahora bien, desde una postura regulacionista y de legalización del trabajo sexual, caben las siguientes consideraciones: si la mujer mayor de edad, y plenamente capaz, puede consentir y disponer de su propio cuerpo, ¿cuál es el bien jurídico que se afecta en el art. 125 bis? ¿Cuál es el daño?

Para poder acercarse a una posible respuesta, quizás sirva preguntarse por el bien o los bienes jurídicos que la norma protege. Para eso, en el apartado II.b) me referiré brevemente a qué son los bienes jurídicos y para qué sirven.

Este trabajo contendrá entonces un análisis del art. 125 bis. Concretamente, se procurará establecer si la punición de quienes facilitan la actividad de la mujer mayor de edad que consiente prostituirse se encuentra justificada. Pero para ello, en primer lugar, se traerán a colación consideraciones relativas a la teoría del bien jurídico, según Claus Roxin. Luego, algunos aportes sobre el principio de lesividad, seguido de un breve análisis de la figura delictiva y de los elementos que la componen.

Seguido a esto, se analizarán las posturas de Buompadre y Arocena, dos exponentes de la ilegitimidad de la figura, ante la ausencia, en su opinión, de daño o puesta en peligro. Trataré, en primer lugar, la postura de Buompadre quien, para llegar a tal conclusión, se refiere a la problemática del consentimiento de la víctima. En segundo lugar, traeré a colación, de manera sucinta, parte del trabajo de Arocena al respecto, quien concluye que es ilegítimo castigar a aquel o aquella que facilite el ejercicio de la prostitución libremente decidida, por considerarlo una afectación a la dignidad de las personas que ejercen el trabajo sexual.

Finalmente, a través de este artículo intentaré señalar cómo, valiéndose de la perspectiva de género, una norma que parece carecer de justificación a la luz del principio de lesividad, encuentra respaldo en esta, sin embargo, por considerar a la conducta de facilitar una posible puesta en peligro de la mujer, ante su eventual explotación sexual. Técnicamente, se concluirá que el adelantamiento de la punición a lo que *prima facie* se presenta como un acto preparatorio (o no), como lo es la colaboración en la prostitución ajena, se establece sobre razones de prevención.

En otras palabras, que la inexistencia de daño no obsta a la criminalización de la conducta de facilitar la prostitución ajena, pues le asisten otras razones diferentes: se asume la posible explotación de la mujer y se procura prevenirla. Sobre la base de esta posición, podrá concluirse que la norma, aún en desmedro de las mujeres que *sí* pueden elegir, intenta proteger a parte del colectivo de mujeres que por distintos factores de vulnerabilidad se ven expuestas a posibles hechos de explotación encubierta, bajo el ropaje de la facilitación de la prostitución ajena.

II. Estado de discusión

Como se señaló con anterioridad, cabe preguntarse si existen razones que justifican la criminalización de aquellos terceros que facilitan la prostitución de una mujer mayor de edad que consiente. A continuación, se ofrecerá un repaso de las

principales líneas teóricas que pueden darle un marco teórico a esta discusión, con el objetivo de proporcionar una aproximación a la posición que se asume en este trabajo. Seguidamente, se intentará demostrar cómo algunas posturas destacan la necesidad de la afectación y daño al bien jurídico protegido por la norma, para que se legitime la intervención penal estatal.

II.a) Bien jurídico: ¿qué es y para qué sirve?

Con la teoría del bien jurídico, Claus Roxin explica que es función del derecho penal proteger bienes jurídicos, pero también promover ciertos valores considerados importantes para la sociedad, y que la única restricción previamente dada al legislador se encuentra en los principios previstos en la constitución. En efecto, el jurista alemán señala:

En un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente solo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. (Roxin, Claus, 1997, p.55)

Así, explica que los límites a las facultades de intervención penal deben extraerse de la función social del derecho penal, entendiéndose por esta la de procurar a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura. Entonces, el derecho penal propenderá a estos fines, en la medida en que ellos no puedan conseguirse mediante otras medidas sociopolíticas menos intrusivas en la esfera de libertad de los ciudadanos.

Establecida así, la función social del derecho penal, surge el bien jurídico como una herramienta tendiente a limitar la intervención estatal a través de este, sin entrometerse en la vida de los ciudadanos, con el objetivo de asegurar una convivencia libre y pacífica. En este sentido, Roxin define a los bienes jurídicos como “realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin”. Definición que, por cierto, se conoce como la concepción “personal” de bien jurídico, pues concibe bienes jurídicos de la comunidad, además de los individuales, como la vida o el honor, en la medida en que, en última instancia, su protección sirva al ciudadano individual (Roxin, Claus, 2007, pág. 446).

Ahora bien, en la medida en que se pretende limitar la punición, el concepto de bien jurídico es, además de personal, un concepto crítico. Así, el jurista alemán lo diferencia del concepto metodológico de bien jurídico, según el cual por bien jurídico no hay que entender otra cosa que la finalidad de la ley, la *ratio legis*. El autor sostiene que este último concepto se debe rechazar ya que no dice nada que vaya más allá que lo referido a la interpretación teleológica (Op.cit., pág. 448). Vale agregar que la concepción del bien jurídico descrita no es estática, sino que, para el autor, dentro del marco de las finalidades constitucionales, está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico.

En lo que aquí interesa, la asignación al bien jurídico de una función crítica, alude a la función de bien jurídico como límite al legislador. Al respecto, De la Rúa y

Tarditti explican esta función y agregan que, con relación al bien jurídico, se debate si ellos son o no previos a las leyes penales. Los sostenedores de esta función crítica del bien jurídico asumen que los bienes no pueden ser creados por el legislador penal, ya que se requiere que estos tengan reconocimiento previo (sea en la constitución u otras fuentes, como los tratados y en las leyes no penales). Los autores comparten esta posición y explican que la principal consecuencia de esta postura es que el derecho penal es en todo caso sancionatorio y no autónomo para reconocer bienes jurídicos (De la Rúa, Jorge y Tarditti, Aída, 2014 pág.74). A su vez, Roxin, al explicar los límites que el concepto de bien jurídico le impone al legislador, añade que son ilegítimas aquellas normas penales exclusivamente motivadas por la ideología o que atentan contra derechos humanos fundamentales, es decir, que no previenen conductas lesivas sino que, más bien, imponen modos de vida.

El autor expone que la mera delimitación de la finalidad de la ley no constituye todavía un bien jurídico, que lo importante radica en determinar si se ve perjudicada la coexistencia libre y pacífica de las personas y que, la mera ilicitud moral no basta para justificar una disposición penal, en tanto no lesione la libertad y seguridad de nadie, no lesiona un bien jurídico. Añade que ni la lesión de la propia dignidad, ni la autolesión consciente, ni su posibilidad o favorecimiento pueden legitimar la amenaza de pena, ya que la protección de bienes jurídicos tiene como objetivo la protección de los otros y no la protección frente a uno mismo (Roxin, Claus, 2007, pp. 449-450). En definitiva, la función crítica del bien jurídico, al limitar la función del legislador en la creación de tipos penales, permite examinar la legitimidad (o ilegitimidad) de una norma penal.

En esta línea, precisa, además, que el criterio de la lesión de un bien no es excluyente, pues aunque este falte, puede darse el supuesto de la puesta en peligro. Para estos casos, se reservan las denominaciones de peligro concreto y peligro abstracto. Mientras que los primeros se reservan para aquellos casos en los que falta la lesión, pero es inmediato que ello suceda, en los delitos denominados *de peligro abstracto*, ello no es así. No se trata de situaciones inmediatamente anteriores a la lesión que podría ocurrir, sino en otras razones; razones que residen en el motivo para la creación del precepto penal (Roxin, Claus, 1997, pág. 60).

Para una mejor explicación, valen las enseñanzas de Mir Puig. Con respecto a los delitos de peligro concreto y peligro abstracto precisa que en los primeros la ley requiere expresamente la creación de una efectiva situación de peligro para el bien jurídico (resultado de peligro), mientras que en los segundos no es preciso que la conducta haya puesto en peligro algún bien jurídico: basta suponerlo, a partir de la acción que se trata. Ejemplos paradigmáticos de estos delitos son ciertas tenencias ilícitas, como la de armas de fuego sin autorización (art. 189 bis, inc. 2 CP) o de pornografía infantil (art. 128, párr. 2 CP).

Por lo tanto, Mir Puig considera que, en ambos casos, se prevé la situación de peligro. Entonces, no reside allí la distinción. En donde reside es en la proximidad entre este y la efectiva lesión. En los de peligro abstracto; en cambio, no se exige tal resultado de proximidad con una lesión de un concreto bien jurídico: basta la peligrosidad de la conducta. Peligrosidad que, por cierto, se supone como inherente a la acción, salvo que se pruebe en el caso concreto que la misma quedó excluida de antemano (Mir Puig, Santiago, 2011, pp. 239-241).

En este sentido, Detlev Sternberg-Lieben explica que los delitos de peligro abstracto protegen bienes jurídicos en el ámbito previo a la verdadera lesión de bienes

jurídicos. Y, en lo que respecta a los bienes protegidos más importantes y concretos (la vida y la integridad física – *a lo que yo añado la integridad o libertad sexual*), agrega que no hay nada que impida al legislador adelantar la protección penal con fines preventivos en cumplimiento de los deberes de protección que le impone la constitución. Así, el legislador puede actuar también, contra lo que son solo fuentes potenciales del daño (Sternberg-Lieben, 2007, pág. 110).

Por lo tanto, en los denominados “delitos de peligro abstracto” se sanciona una conducta que es intrínsecamente peligrosa, pero que aún no provocó una lesión concreta. Se trata, entonces, de una punibilidad que se anticipa a un estadio anterior, por ende, cuestionándose que esa acción todavía no afectó ningún bien jurídico y, por tanto, su punibilidad resulta de un adelantamiento a etapas previas. Este podría ser el caso de la norma prevista en el art. 125 del CP, ya que, mediante la facilitación, no resulta una afectación concreta de la integridad o libertad sexual, bienes que la figura tiende a proteger.

II.b) Principio de lesividad

Hasta aquí, una primera asunción: la figura prevista en el art. 125 bis no presenta una lesividad concreta al bien jurídico protegido, por ser precisamente un delito de peligro abstracto. Cabe adelantar que sobre esta base se sostienen las críticas a la norma en cuestión, como se verá en el apartado II.c). Corresponde entonces, previo a ello, destinar el siguiente apartado para exponer algunas consideraciones con respecto al principio de lesividad.

El art. 19 de la CN dispone: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. Para la dogmática argentina, al menos en su mayoría, este es el enunciado que permite concluir que es el principio de lesividad un principio constitucional.

De la Rúa y Tarditti mencionan la lesividad vinculada con los bienes jurídicos en el ámbito de las acciones no privadas. Explican que la esencia de una norma penal consiste en imponer una pena como consecuencia de una conducta y que, en un Estado democrático de derecho, para que ello ocurra es necesario que tal conducta afecte (daño o peligro) un bien jurídico reconocido constitucionalmente. Agregan que esta perspectiva, de un derecho penal liberal, exige la afectación de los bienes jurídicos, entendidos como intereses individuales o sociales con significación social (De la Rúa, Jorge y Tarditti, Aida, 2014, pág. 66).

En cuestiones de responsabilidad penal, es posible identificar una relación entre derecho y moral que, a veces, puede ser incompatible con la concepción liberal del derecho penal. Sobre la base de Carlos Nino, es correcto afirmar que la ley solo debe estar destinada a prevenir conductas que puedan causar algún perjuicio a terceros. Nino, retoma el principio del daño de los países de habla inglesa, principalmente los aportes de John Stuart Mill, quien alegaba en contra de un derecho que interfiera con actos sobre la mera base de su inmoralidad. Para justificar tal interferencia, esta debe ir dirigida a proteger la sociedad, lo que implica que el acto en cuestión debe ocasionar algún daño (o tener tal potencialidad) a los intereses de terceros.

Para Mill, según Nino, el hecho mismo de gozar de los beneficios de la vida en sociedad impone la obligación de no lesionar a los otros miembros de ella, y que por lo tanto es la sociedad quien está facultada, por ejemplo mediante el empleo de las penas, para que se cumpla esa obligación. Este principio establece que solo permite asignar sanciones legales a un ilícito en la medida en que sea necesario para evitar un daño y proporcional al daño así evitado (Nino, Carlos Santiago, 2006, pág. 271).

Von Hirsch, por su parte, se pregunta si de la teoría angloamericana tradicional puede extraerse un concepto equivalente al de bien jurídico. Así, establece su similitud con el denominado principio del daño. Explica que, al igual que en Alemania con el uso de “bien jurídico”, este se utiliza para delimitar el ámbito de aplicación legítimo de normas penales. Al remitir a las consideraciones del filósofo John Stuart Mill explica que, sobre la base de este principio, no pueden castigarse legítimamente conductas que conlleven a una lesión para uno mismo, como tampoco se puede justificar un castigo de una conducta únicamente por su carácter inmoral. Concretamente, Von Hirsch considera que la mejor forma de definir el concepto de daño, es a partir de la noción de interés: el daño “se produce cuando una conducta menoscaba un interés al que el autor concibe como un recurso sobre cuya integridad tiene una pretensión la persona involucrada”. (Von Hirsch, Andrew, 2007, pp. 37-52). Allí es donde encuentra su similitud entre la noción del principio del daño angloamericano y el concepto alemán de bien jurídico.

Por lo tanto, mediante el principio del daño, se explica que la única razón por la cual la comunidad está autorizada, individual o colectivamente, a interferir con la libertad de acción de cualquiera de sus miembros, aun en contra de su voluntad, es para la protección de sí misma, a partir de la prevención del daño a terceros.

II.c) Integridad o libertad sexual: art. 125 bis, ¿qué bien jurídico se afecta?

Ahora bien, en función de las precisiones establecidas por Roxin sobre el bien jurídico y algunas aproximaciones al principio de lesividad y a los delitos de peligro, se analiza el art. 125 bis del CP. Según su ubicación sistemática, en el Título III del Libro Segundo, el delito de facilitación de la prostitución de otra persona se encuentra entre las figuras delictivas que atentan contra el bien jurídico de la integridad o libertad sexual.

Buompadre enseña que la integridad sexual o libertad sexual, como bien jurídico protegido, importa una parte de un bien jurídico más general: la libertad personal, entendida como “el derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad o no verse involucrado sin su consentimiento en una relación sexual” (Buompadre, Jorge Eduardo, 2017, pág. 171). Es esta la postura que goza de consenso en la doctrina nacional, al entender que lo que el CP quiere resguardar, en este título, es el derecho de todas las personas a la libre autodeterminación sexual, la creación del propio plan de vida sexual, libre de injerencias de terceros que puedan perturbar ese plan sin un consentimiento válido.

Para Buompadre, entonces, la norma del art. 125 bis tiende a proteger la libertad de autodeterminación sexual de su titular. Concretamente, que ella no sufra menoscabos por el accionar del facilitador. Aquí vale preguntarse: ¿existe menoscabo al bien jurídico protegido? Desde el punto de vista del principio de lesividad, podría asumirse que la figura prevista en el art. 125 bis no se justifica, ya que al prestar el

consentimiento la mujer mayor de edad, no habría daño a su integridad o libertad sexual.

Por su parte, Arocena explica que el interés jurídico tutelado muestra dos aspectos diferentes. El primero de ellos se relaciona con la capacidad de las personas para expresar válidamente su voluntad. Así, la integridad sexual aparece como el derecho a tener un libre y consciente trato sexual o a no tenerlo en contra de su voluntad (libertad, reserva o autodeterminación sexual, o autonomía para la elaboración del propio plan de vida sexual). En este sentido, distingue una autonomía sexual que denomina “robusta”, y se trata de la que involucra la libertad positiva, esto es el derecho a tener una vida sexual de acuerdo con los deseos y necesidades individuales, y una autonomía sexual “estrecha”, relacionada con la libertad negativa, que implica el derecho a no ser sometido a actos sexuales ajenos. El segundo de los aspectos, se relaciona con quienes – por ser menores de ciertas edades o incapaces – no pueden prestar un consentimiento válido. Aquí la integridad sexual se corresponde con un derecho a un desarrollo de la sexualidad progresivo y libre de injerencias indebidas (intangibilidad o indemnidad sexual). (Arocena, Gustavo A., 2021, pág. 221).

Por lo tanto, Buompadre y Arocena consideran: a) que el bien protegido es la integridad o libertad sexual; b) que es un bien disponible por personas capaces. En consecuencia, que la conducta de quien facilita no provoca daño concreto (en el sentido de lesión) y, por ello, carece de legitimidad. Precisamente, si la mujer mayor de edad consiente la colaboración de terceros en el ejercicio de la propia actividad sexual, y ese consentimiento lo ejerce de manera libre y autónoma, no existe un daño directo a la integridad o libertad sexual desde el punto de vista del principio de lesividad previsto en el art. 19 de la CN. A continuación, un mayor análisis de los detractores de la norma en estudio (punto IV.), pero primero sus rasgos definitorios.

III. El artículo 125 bis

Nuestro CP en su segundo libro –*De los delitos*– parte de los diferentes bienes jurídicos preponderantemente protegidos por las distintas figuras delictivas, distinguiéndolos a partir de los derechos lesionados, estableciendo así un orden jerárquico de los valores protegidos (Arocena, Gustavo y Sánchez Freytes, Alejandro, 2021, pág. 55). A partir de los derechos lesionados por los distintos grupos de delitos, se los distingue en clases, llamados títulos, los cuales se los especifica a su vez en capítulos de acuerdo con los distintos modos de lesionar esos derechos. Finalmente, en los capítulos que se encuentran dentro de una misma clase de títulos se distinguen los diferentes modos de lesionarlo, ya sea en función de los medios empleados, del sujeto activo o pasivo, entre otros, que se expresa en tipos simples y calificados, lo que repercute, en la pena en abstracto.

Es decir que, mediante la agrupación y clasificación de los bienes jurídicos, se expresa un orden jerárquico o de prelación de los valores protegidos por el Estado. Este delito, del mencionado *Libro Segundo*, se encuentra en el Título III, donde se encuentran aquellos que atentan contra la integridad sexual o libertad sexual, para gran parte de los juristas argentinos. Entonces, cabe preguntarse cuál sería el menoscabo al bien jurídico protegido, esto es la integridad o la libertad sexual, si es la propia persona,

en cuyo favor se estableció la prohibición de colaboración, la que lo consiente. Así, parece no haber daño, y si no hay daño, ¿se justifica la criminalización?

Con la promulgación de la Ley nro. 26842, se modificaron algunos artículos del CP. Entre ellos, los artículos 125 bis, 126 y 127, relativos a los delitos sexuales. Específicamente, tras la reforma, el enunciado del artículo 125 bis quedó redactado de la siguiente manera: “El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediare el consentimiento de la víctima”. Según esta disposición, entonces, se identifica como víctima del delito a cualquier persona y da igual, a los efectos del tipo, que esta consienta o no la colaboración. Como se adelantó en la introducción, Arocena explica que, en función de una interpretación sistemática de la regla, es decir, teniendo en cuenta su situación dentro del texto legal y su relación lógica con otras normas fines y principios, el art 125 bis tipifica el delito de promoción o facilitación de la prostitución de mayores de edad, mientras que en el art. 126 *in fine* se especifica el supuesto de la víctima menor de dieciocho años (Arocena, Gustavo A., 2021, p.218).

Con respecto al tipo subjetivo, según Arocena, se trata de un delito doloso, pues el autor debe conocer y querer que la realización de su conducta promueva o facilite la prostitución de la persona que la ejerce. En este sentido, no se requieren elementos subjetivos específicos del tipo como, por ejemplo, el ánimo de lucro o la finalidad de satisfacer deseos ajenos: el sólo querer y conocer basta (Arocena, Gustavo A., 2021, pág. 456). Sí vale señalar que, previo a la reforma, estos elementos distintos del dolo constituían parte del tipo subjetivo del tipo. En relación al tipo objetivo, la conducta típica comprende dos acciones, lo que permite definir a este como un tipo mixto alternativo,⁶ es decir, el autor puede realizar una o ambas conductas a saber: las de *promover* o *facilitar* la prostitución de una persona, a pesar de su consentimiento. Por *promover*, se entiende el incitar, originar o causar en una tercera persona la idea del ejercicio de la prostitución o bien para que se mantenga en ella o la disuade de abandonarla. *Facilitar*, en cambio, consiste en allanar los obstáculos o brindar la ayuda necesaria para el ejercicio de la prostitución o poniendo a disposición del sujeto pasivo, por ejemplo los medios necesarios para llevar adelante la práctica (Balcarce, Fabián y Arocena, Gustavo, 2020, pág. 326). Para ampliar tal definición, y sobre la base del supuesto de hecho escogido para este trabajo, esto es: la facilitación de la prostitución de mujeres mayores de edad, se darían tales supuestos, a modo ejemplificativo, si un tercero le prestara un inmueble a la mujer para que allí ejerza la prostitución, o si seleccionara para ella a los posibles clientes, sobre la base de que son personas de su confianza. También, si fuera el administrador de una página web en la que ella ofrece sus servicios o usa para concertar citas.

El tipo penal se consuma con la promoción o la facilitación, aunque no se logre efectivamente el fin deseado por el sujeto activo. En el supuesto de que el autor logre alcanzar su cometido, se estará ante un caso de agotamiento o perfeccionamiento del delito, con relevancia en la graduación de la pena. Al respecto, cabe agregar que, para Arocena, resulta posible la tentativa, mencionando que solo se pueden imaginar supuestos de tentativa inacabada (Op. Cit., pág. 333).

⁶ Siguiendo a Balcarce, en este caso es indiferente que se realice una u otra acción, o todas ellas, por entender que no se añade mayor desvalor al injusto. Balcarce, Fabián y Arocena, Gustavo. (2020). *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial, Tomo I* (pág.68). Ed. Lerner.

Es un delito común porque no tiene exigencias específicas con respecto al sujeto activo, Con respecto al sujeto pasivo, se establece una única condición: que la persona sea mayor de dieciocho años, tal como surge de una interpretación sistemática, como se mencionó más arriba y cuyo consentimiento es irrelevante.

Finalmente, Arocena explica que se trata de un delito de mera actividad, de sujeto pasivo de consentimiento irrelevante (Op. cit., pág. 331) y de peligro abstracto. En este sentido, la figura no requiere que la víctima haya alcanzado un “estado” de prostitución o que finalmente se haya prostituido, sino que se sancionan aquellas conductas tendientes a lograrlo.⁷

Definido entonces el bien jurídico protegido por el art. 125 bis, esto es la integridad sexual o libertad sexual de la víctima, vale aclarar que el artículo no está exento de críticas y que autores nacionales como Buompadre y Arocena consideran que no se justifica la intervención penal. Seguidamente, intentaré resumir sus posturas.

IV) Posiciones críticas de Buompadre y Arocena

Buompadre analiza la reforma legislativa y se muestra crítico con respecto a la Ley nro. 26842. Considera que, para que exista una situación de trata o explotación, debe haber antes dominio y sometimiento sobre una persona, en modo tal que anule o, al menos, disminuya su autodeterminación. Así, la intervención penal solo se justificaría en los supuestos en los que el autor se haya valido de medios comisivos que produzcan la anulación de la capacidad de autodeterminación de la persona. A continuación, algunas de sus objeciones a la nueva norma.

En primer lugar, con respecto al bien jurídico protegido –la libertad personal–, explica que este es de carácter individual y, por lo tanto, es disponible por su titular. De este modo, considera que no existen obstáculos para sostener el carácter desincriminante del consentimiento prestado por el sujeto pasivo. Es allí que el jurista se vale de expresiones como “titular del bien jurídico protegido” o “interesado”, al considerar que resultaría una contradicción insalvable hacer referencia a una “víctima que presta su acuerdo” para una determinada conducta. En efecto, explica que, si media el consentimiento de la persona, quiere decir que no existió en la trama del convenio, ningún medio fraudulento, violento o abusivo que haya puesto en peligro o afectado la capacidad de acción y de decisión de la persona.

En el caso de la prostitución o actividad sexual, señala que no se lesiona o pone en peligro la libertad sexual, si es ejercida por una persona mayor de edad que ha decidido voluntariamente dedicarse a esa actividad en forma libre y voluntaria. En este sentido, se pregunta, ¿qué interés jurídico se puede lesionar o poner en peligro en los casos que un tercero le facilita a otro (presta un local o un departamento) el ejercicio de la actividad, más aún cuando ello responde a un propio pedido del interesado o de la interesada? Es que, en su actual redacción, el art. 125 bis no comprende un supuesto de explotación sexual coactiva o abusiva de la prostitución ajena, requisito que Buompadre considera condición necesaria en materia de explotación. Para llegar a esa conclusión da dos razones. La primera, que podría suceder que el autor no persiga ninguna ventaja o interés (ni lucrativo ni de otra naturaleza) al facilitar el ejercicio de la prostitución del

⁷ De Luca Javier Augusto y Lancman, Valeria A. *Promoción y Facilitación de la Prostitución.* www.pensamientopenal.com

tercero y, la segunda, que el tipo penal no exige la concurrencia de ningún medio que implique la anulación o restricción de la voluntad de la persona prostituida.

Para el autor, en definitiva, negarle toda relevancia al consentimiento de la persona titular del bien jurídico, importa –en los hechos– el castigo al ejercicio de la prostitución de mayores de edad. En otras palabras, señala que el castigo de la promoción o facilitación del ejercicio voluntario de la prostitución de una persona mayor de 18 años de edad, sin que en la realización de las conductas típicas el autor haya empleado algún medio que anule o limite la voluntad o libertad del sujeto pasivo en el proceso de toma de decisión, vulnera el principio de reserva o de autonomía personal establecido como principio cardinal del Estado de derecho en el art. 19 de la Constitución Nacional.

Del mismo modo, Arocena se pregunta si es legítimo castigar la facilitación del ejercicio de la prostitución libremente decidida por personas mayores de edad. El autor sostiene la tesis de que, específicamente la facilitación de la prostitución de una persona con su consentimiento, tensiona insanablemente con garantías constitucionales fundamentales el principio de lesividad y el derecho de “la víctima” a la dignidad inherente al ser humano. Concluye que, si bien el artículo 125 bis responde a una finalidad político criminal plausible, hallaría fundamento en razonamientos entimemáticos⁸ que desembocan en una figura penal ilegítima, por quebrantar derechos humanos fundamentales protegidos por la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos.

En esta línea, explica que, al consagrarse el tipo legal de la promoción o facilitación de la prostitución de mayores como un delito de sujeto pasivo de consentimiento irrelevante, el legislador da por sentado que la persona que decide ejercer la prostitución nunca lo resolverá de forma libre. Esta última premisa es la que el autor considera falsa, sobre todo, sobre la base de los reclamos de agrupaciones de trabajadoras sexuales, dirigidos a que se les reconozca su derecho a disponer libremente de su sexualidad como medio de vida o de consecución del sustento a través del ejercicio de la prostitución.

De este modo, Arocena llega a la misma conclusión que Buompadre: castigar al promotor o facilitador de la persona consintiente del ejercicio de la prostitución, importa lesionar el principio constitucional de lesividad previsto en artículo 19 de la Constitución Nacional. Pero agrega algo más: que al penar al facilitador del ejercicio de la prostitución castiga la autónoma decisión de un hombre o mujer, quienes, haciendo ejercicio de su libertad para configurar su plan de vida, deciden la prostitución como modo de sustento.

En conclusión, tanto Buompadre como Arocena, consideran que el art. 125 bis no encuentra legitimidad por no ser respetuoso del principio de lesividad, previsto en el art. 19 CN. A continuación expondré mi postura sobre el tema en cuestión.

⁸ Por razonamiento entimemático del legislador, Arocena explica que se trata de un razonamiento que se formula de manera incompleta, parte de la que se deja “sobrentendida”. Para el autor se trata de este tipo de razonamiento debido que, al consagrar el tipo penal un sujeto pasivo de consentimiento irrelevante, el legislador está dando por sentado que la persona que elige ejercer la prostitución “nunca lo está resolviendo de forma libre”. Arocena, Gustavo A. (2021) Capítulo VII ¿Es legítimo castigar la facilitación del ejercicio de la prostitución libremente decidida por personas mayores de edad? En *Género y Sexualidad en el Derecho Penal* (pág. 220).

V) Mi posición

Se explicó que en el caso del art. 125 bis, en el que se castiga la facilitación de la prostitución de personas mayores de edad, no hay una concreta lesión o daño del bien jurídico protegido, en razón de que, quien parece ser la víctima, es en verdad la titular del bien y consiente disponerlo de esta manera. He aquí la base de aquellas posturas que señalan la ilegitimidad de la figura. Sin embargo, es posible que ello no responda a un enfoque adecuado. En verdad, la norma del art. 125 bis no establece un delito de lesión, sino uno de peligro abstracto. Así, su fundamento parece ser otro y, de este modo, su legitimidad pareciera estar salvada.

Recuérdese que la actividad sexual autónoma es impune y que la norma del art. 125 bis castiga la conducta de terceros que podrían colaborar con el ejercicio por parte de una mujer que: a) consintió ejercer la prostitución; y b) consintió que uno o más terceros colaboren con ella. Es esta la acción típica: la colaboración denominada *facilitación*.

Pues bien, la acción de facilitar la prostitución ajena puede ser vista como una acción peligrosa. Así, con el fin de prevenir y condenar la trata y explotación de personas, se incluyen supuestos de hecho que generan un adelantamiento de la punición hacia conductas que no lesionan la integridad sexual o libertad sexual de las mujeres mayores de edad e, incluso, se presentan a primera vista como acciones lícitas en favor de quien requiere la colaboración de un tercero.

En efecto, este tercero facilitador es quien allana los obstáculos o brinda la ayuda necesaria para el ejercicio de la prostitución de otra persona; quien pone a disposición de la mujer mayor de edad los medios necesarios para llevar adelante la práctica; práctica que, como señalé, consintió llevar adelante libremente (entiéndase sin vicios). Ahora bien, lo que puede ser hasta una *buena acción*, sin embargo, queda alcanzado por la figura delictiva; y quien ayuda, queda ante la ley como el autor del hecho.

No obstante, en nuestro país, una mujer mayor de edad puede decidir en uso de su autonomía ejercer tal actividad (recuérdese que el autor en este delito no se vale de ningún medio que pudiera viciar la voluntad de la víctima), ¿por qué no puede esta autodeterminación valer por igual para aquellos casos donde, en ejercicio de su libertad, ella se vale de la ayuda de terceros? ¿Cuál es la diferencia? ¿Hasta dónde puede llegar el poder punitivo del Estado? En este sentido, coincido con Buompadre y Arocena: desde el punto de vista de la lesión o daño concreto al bien jurídico, la norma no parece tener justificación. Un derecho penal liberal, respetuoso de las garantías y derechos de sus habitantes, no puede intervenir donde no exista una lesión o peligro efectivo hacia un bien jurídico tutelado.

Sin embargo, disiento con relación a la puesta en peligro del bien jurídico. Y ello porque esta norma puede admitir una segunda lectura. En efecto, resulta plausible afirmar que la norma desconoce la posibilidad de autodeterminación en la elección del propio plan de vida sexual, en función de la irrelevancia que le concede al

consentimiento. Y que esto, visto así sin más, pueda implicar un retroceso, por ejemplo, en el reconocimiento de los derechos de las mujeres.

No obstante, a través de una nueva mirada, la misma norma parece protegerlas. Protege a aquellas, cuyo consentimiento puede haberse prestado inicialmente al momento del convenio con el facilitador (o la facilitadora), pero que luego quedó falto de ratificación: han dejado de consentir y ya no desean continuar en situación de prostitución o en ejercicio de la actividad (según la corriente feminista que se siga), pero no pueden por sus propios medios dar por finalizada esa situación.

Como se dijo, el legislador dotó de ineficacia al consentimiento y así convirtió a la norma en una garantía en favor de aquellas mujeres que realmente son víctimas de explotación. Con esta norma, entonces, se evita el problema de la prueba del vicio; requisito necesario con la tipificación anterior, la establecida en el CP por Ley nro. 25087. Con todo, parece ser una norma residual, susceptible de ser aplicada en aquellos casos “grises”, en los que no queda claro si hubo o no consentimiento por problemas de prueba. De esta manera, evita que recaiga sobre las víctimas en un proceso penal el tener que demostrar que su consentimiento fue viciado por alguno de los medios de los que podría valerse el sujeto activo, para quedar este supuesto abarcado por el tipo calificado del art. 126 del CP.

De hecho, antes de la reforma legislativa⁹, la falta de consentimiento debía ser probada por quienes llevaban adelante la investigación y quedaba a cargo de la víctima demostrar, de alguna manera, que se la indujo a una red de explotación por engaño, fraude, violencia, amenazas o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de la situación de vulnerabilidad. Esto llevó a que algunos movimientos sociales que defienden víctimas de trata denunciaban que la ley obligaba a las víctimas a demostrar que no hubo consentimiento y si aprovechamiento de su situación de vulnerabilidad. Entendían que esta situación permitía a los traficantes utilizar el consentimiento de la víctima como defensa en los juicios penales, y que resultaba difícil para las mujeres demostrar que fueron explotadas en contra de su voluntad (Bauche, Hugo Daniel, 2010, pág. 181).

Ahora bien, cierto es que en materia de género rigen, en materia de prueba, otras reglas que podrían sanear este problema. En ese caso, que una tercera posibilidad: que las situaciones de explotación sean posibles más allá de los medios enumerados en el art. 126 del CP. De esta manera, se conserva una última herramienta de protección (y prevención) para los casos de aquellas mujeres que no encuadran en el art. 126 del CP pero que, no obstante, sufren una situación de explotación de las que el Estado argentino asumió el compromiso de evitar. Por lo tanto, la intención del legislador pudo ser la de prevenir la explotación, y, a su vez, evitar las dificultades de inclusión o probatorias que pueden existir en un caso de explotación sexual de la mujer, tales como aquellos casos de explotación encubierta, la revictimización de los procesos penales, la dificultad de asumir una defensa activa de derechos en sociedades regidas por órdenes

⁹ La anterior Ley 26364, actualmente derogada y modificada parcialmente por la Ley 26842, tomaba la definición de trata del Protocolo de Palermo. Se entendía por “trata” a la “captación, transporte y/o traslado –ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior-, la acogida o la recepción de personas mayores de dieciocho años de edad, con fines de explotación, cuando mediere engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, aun cuando existiere asentimiento de esta. Bauche, Hugo Daniel. (2010). *Trata de personas. Cosificación y negación de la persona como sujeto de derecho* (pág.181). Ediciones jurídicas.

patriarcales que le impiden a las mujeres comprender con claridad situaciones de abuso, etc.

En definitiva, la norma parece reconocer la interseccionalidad¹⁰ del colectivo, al menos, si se habla del colectivo de las mujeres: no todas sufren las mismas vulnerabilidades, ni gozan de las mismas libertades. Una norma que parece reconocer esto parece ser un avance, más que un retroceso.

Sin duda, la nueva redacción de la ley ha implicado un cambio de paradigma en la concepción de este delito, porque la promoción y/o facilitación de la prostitución ajena pasó a estar concebida como una forma de explotación.¹¹

Entonces, al tratarse de un delito de peligro abstracto y la consiguiente inexistencia del daño para el bien tutelado, considero que la figura se dirige a la protección de los riesgos como una forma preventiva del derecho penal, de cara a evitar una tardía intervención cuando el daño ya está causado, para así, proteger de una manera mediata a las mujeres, ante la posibilidad de que dejen de consentir o, directamente, nunca hayan decidido ejercer libremente la prostitución. Se podrá comprender que la legitimación de la figura en cuestión, entonces, no reside en el principio de lesividad, sino en razones de prevención, ya que, a partir de la *facilitación*, se puede generar el peligro de explotación sexual de las mujeres.

Podría decir que, lo que sucede es que este delito se dirige a la protección de los riesgos como una forma preventiva del derecho penal de cara a evitar una tardía intervención cuando el daño ya está causado, cuando la explotación ya existe en los hechos. Mientras la legislación no se modifique por otra más específica que no afecte la autonomía de las mujeres que *sí* pueden decidir, la legislación actual es hoy en día la mejor forma que tiene el ordenamiento jurídico de prevenir situaciones de explotación.

Considero que sí le compete al derecho penal entrometerse en esta actividad, y si bien la intervención debe ser de *ultima ratio*, las conductas que puede llevar a cabo el facilitador de la prostitución ajena, no integran el ámbito de libertad del individuo (en el sentido de ámbito impune), sino que su actuar puede dañar a las mujeres en la trama delictiva. Mientras no se logre el avance hacia una sociedad no patriarcal que reconozca las vulnerabilidades de las mujeres en todos sus ámbitos, la norma del art. 125 bis reconoce tal desigualdad y busca proteger al colectivo a través de la prevención.

VI) Conclusión

Elegí el presente tema luego de un proceso de investigación, en el que mi posición inicial sufrió modificaciones a partir de las distintas lecturas. Aquí se asumió

¹⁰ “El análisis interseccional tiene como objetivo revelar las variadas identidades, exponer los diferentes tipos de discriminación y desventaja que se dan como consecuencia de la combinación de identidades. Busca abordar las formas en las que el racismo, el patriarcado, la opresión de clase y otros sistemas de discriminación crean desigualdades que estructuran las posiciones relativas de las mujeres. Toma en consideración los contextos históricos, sociales y políticos y también reconoce experiencias individuales únicas que resultan de la conjunción de diferentes tipos de identidad”.

AWID “Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica”. https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/interseccionalidad_-_una_herramienta_para_la_justicia_de_genero_y_la_justicia_economica.pdf.

¹¹ De Luca, Javier Augusto y Lancman, Valeria A. *Promoción y Facilitación de la Prostitución*. www.pensamientopenal.com.

un supuesto de hecho inicial: el de la facilitación de la prostitución de la mujer mayor de edad cuyo consentimiento es irrelevante para el art. 125 bis del CP. A los fines del análisis de la figura, sobre todo de su justificación, se consideraron valiosas algunas precisiones relativas al concepto de bien jurídico protegido, fundamentalmente en su función crítica. Luego, con el objetivo de precisar el marco teórico hacia aspectos centrales, se trajeron a colación cuestiones relativas al principio de lesividad. Establecido que, en el caso de este trabajo, se protege la integridad o libertad sexual, se describió al tipo en sus elementos.

A partir de las precisiones teóricas, se señaló la ineficacia del consentimiento de la supuesta víctima, según la norma y, al respecto, se citaron las posturas de dos juristas argentinos: Arocena y Buompadre. Al efecto, se procedió a explicar las válidas críticas realizadas por estos autores de renombre nacional, sobre la base de la violación del art. 19 de la CN, al concluirse, en ambos casos, la falta de lesión.

Finalmente, mi posición: me valí de la perspectiva de género. A partir de esta, se pudo determinar que la figura no encuentra fundamento en el principio de lesividad, previsto en el art. 19 de la CN, pero que, tratándose de un delito de peligro abstracto, sancionado en un contexto de lucha contra la trata de personas, fue otra su justificación. El actual art. 125 bis del CP agregó una nueva figura: la de la facilitación de la prostitución incluso con el consentimiento de quien decide prostituirse. En otras palabras, el consentimiento pasa a ser irrelevante y, de haber sido viciado, ya es otra la norma a aplicar: el art. 126, la forma agravada.

La actual legislación considera, entonces, a todas las mujeres mayores de edad que eligen practicar la prostitución como de víctimas, incluso en el supuesto de hecho en que son ellas mismas quienes deciden solicitar o acceder a la colaboración de algún tercero para que le facilite los medios que le permitan el ejercicio de su trabajo (como por ejemplo, proveer un espacio físico para trabajar, administrar la actividad, ofrecer publicidad o seguridad, etc.). Así, quien colabora, incluso a pedido de quien consiente ofrecer servicios sexuales a cambio de dinero, resulta para la ley autor de un hecho punible.

No obstante, a pesar de estas salvedades sobre la facilitación de la prostitución ajena, y quizás la inadecuada técnica legislativa, vale destacar que, al momento de la reforma, el legislador no desconoció el verdadero problema, esto es, que generalmente no se trata de un trabajo pactado en igualdad de condiciones. En el ejercicio de la prostitución, donde no habría *prima facie* una violación, porque la mujer mayor de edad presta su consentimiento en el trato sexual individual, no significa que, desde otra mirada, exista un consentimiento *libre* en prostituirse, porque esa actividad en definitiva se ejerce en un contexto de desigualdad propio de la sociedad patriarcal actual. No se debe confundir: una cosa es consentir sobre bienes jurídicos disponibles en igualdad de condiciones de las partes contratantes y la otra, el consentimiento que se da dentro de una situación de explotación humana, en donde quien tiene el poder se vale de las necesidades del otro.

La cuestión relativa al consentimiento actualmente deja de ser una barrera para que se desarrollen procedimientos penales eficaces en contra de las personas que pueden aprovecharse de esta desigualdad. Como se dijo, al carecer de efecto desincriminante dado su irrelevancia, evita una posible revictimización a la que pueden ser sometidas las mujeres víctimas en los procesos, ello al relevar la necesidad de probar la falta, vicio o ausencia del mismo. En caso de que por diferentes razones no se pueda encuadrar un

hecho en el tipo calificado previsto en el art. 126, aún les asiste a las mujeres víctimas la defensa del previsto en el tipo básico del art. 125 bis, por su redacción más amplia y que no requiere de medios determinados para viciar o anular el consentimiento.

Que si bien hablar de consentimiento irrelevante, por un lado, afecta necesariamente al colectivo que busca reivindicar el trabajo sexual, porque parece desconocer su capacidad de autodeterminación en la elección del propio plan de vida sexual, protege, por el otro, a un sinnúmero de mujeres que son explotadas diariamente en una enorme industria global que se aprovecha de las grandes desigualdades y necesidades económicas, que pueden llevar a mujeres a la prostitución.

En Argentina, según Bauche, la explotación sexual laboral va en ascenso, siendo que es un país barato para los turistas y se estima que se trata de un negocio que otorga ganancias similares al tráfico de drogas o tráfico ilegal de armas (Bauche, pág. 274). Según las estadísticas provistas por la Procuraduría y de Trata y Explotación de Personas, dependiente del Ministerio Público Fiscal, con la información actualizada hasta el primero de marzo de 2023, se registraron desde el año 2008 –año en el que se sancionó la Ley nro. 26364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a las víctimas– un total de 368 sentencias condenatorias, de las cuales, según el tipo de explotación, el 78% son por explotación sexual.¹²

Al respecto, destaco las palabras de Alike Kinan, militante abolicionista, nacida en Córdoba y exvíctima de trata, situación a la que fue sometida durante veinte años, quien en una entrevista periodística dijo:

La prostitución es un privilegio que tiene el hombre de poder poseer y poder comprar todo aquello que desea, en este caso el cuerpo de las mujeres. Es una 'forma de violencia de las más extremas', 'son muy pocas las mujeres que eligen la prostitución como forma de vida, somos muchas las que fuimos empujadas a la prostitución, en este caso a la trata, para poder sobrevivir'.¹³

En definitiva, la norma del art. 125 bis del CP encuentra fundamento en razones de prevención de situaciones de explotación. Hasta que no se garantice la igualdad de condiciones para negociar en un contrato sexual mediante la legislación u otras herramientas de política criminal adecuadas, la norma justifica su legitimación en la prevención del daño a las mujeres para evitar posibles explotaciones encubiertas o futuras explotaciones de la mujer que inicialmente ha consentido, protegiendo su libertad sexual de una manera mediata. El art. 125 bis, como tipo básico, logra captar todos aquellos supuestos de hechos en los que, dentro de un proceso penal, no pueda probarse con el grado de certeza necesario el vicio del consentimiento de la víctima. Por todo lo expuesto, considero que el presente artículo, no solo es legítimo, sino también necesario, hasta tanto la sociedad no evolucione hacia una donde las situaciones de desigualdad propias de un sistema patriarcal sean inexistentes.

¹² <<https://www.mpf.gob.ar/protex/plataforma-estadistica/>>

¹³ Alike, Kinan. *La Vanguardia*. <<http://www.lavanguardiadigital.com.ar/index.php/2017/05/23/alika-kinan-la-prostitucion-es-una-forma-de-violencia-de-las-mas-extremas>>

Referencias Bibliográficas

- Arocena, Gustavo A. (2021). *Capítulo VII ¿Es legítimo castigar la facilitación del ejercicio de la prostitución libremente decidida por personas mayores de edad? Género y Sexualidad en el Derecho Penal*. Alveroni Ediciones.
- Arocena, Gustavo y Sánchez Freytes, Alejandro (2021). *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. Ediciones Lerner.
- Balcarce, Fabián y Arocena, Gustavo. (2020). *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial, Tomo I*. Ed. Lerner.
- Bauche, Hugo Daniel. (2010). *Trata de personas. Cosificación y negación de la persona como sujeto de derecho*. Ediciones jurídicas.
- Buompadre, Jorge Eduardo. (2017). *Manual de derecho penal – Parte especial*. Ed. Astrea SRL.
- De la Rúa, Jorge y Tarditti, Aída. (2014). *Derecho penal parte general*. Ed. Hammurabi.
- Gimeno, Beatriz. *La prostitución aportaciones para un debate abierto*. (2012) Ed. Bellaterra, S.L, Navas de Tolosa.
- Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel. (2007). *Derecho Penal del enemigo*. Hammurabi.
- Laydo, Nicolás y Schneider, Lara. Dra. Nidia Abatedaga (dir.) (2016). *La constitución del sujeto colectivo y procesos identificatorios*. En *AMMAR – RRTS (2014-2016) Asociación de Mujeres Meretrices Córdoba y Red por el Reconocimiento del Trabajo Sexual*. [Trabajo final de grado] Universidad Nacional de Córdoba – Facultad de Ciencias de la Comunicación.
- Mir Puig, Santiago. (2011). *Derecho penal parte general*. Editorial Reppertor.
- Morán Faúndes, José Manuel; Sgró Ruata, María Candelaria y Vaggione, Juan Marco. (2012). *Sexualidades, Desigualdades y Derechos, Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos*. Ciencia, Derecho y Sociedad Editorial.
- Nino, Carlos Santiago. (2006). *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Ed. Astrea.
- Puglia, María de las Nieves. (2016). *Lejos de “La venta del cuerpo”. Gestiones Corporales y Simbólicas en Trabajadoras Sexuales*. CONICET.
- Roxin, Claus. (1997). *Derecho Penal parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Editorial Civitas.
- (1997). *Derecho Penal Parte General. Tomo 1 Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de la 2da ed. Alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Ed. Civitas.

- (2007). ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? En Roland Hefendehl (coord.) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Editorial Marcial Pons. Ediciones jurídicas y Sociales.
- Sabsay, Leticia. (2011). *Fronteras Sexuales. Espacio Urbano, cuerpos y ciudadanía*. Paidós.
- Silva Sánchez, Jesús. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. José María Bosch Editor S.A.
- Sternberg-Lieben, Detlev. (2007). Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. En Roland Hefendehl (ed.) *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Editorial. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y Sociales, S.A.
- Von Hirsch, Andrew. (2007). El concepto de bien jurídico y el <<principio del daño>>. En Roland Hefendehl (ed.) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Editorial Marcial Pons. Ediciones jurídicas y Sociales.

Recursos de internet

- Alika, Kinan. *La Vanguardia*. Recuperado el 31/03/2023 de <http://www.lavanguardiadigital.com.ar/index.php/2017/05/23/alika-kinan-la-prostitucion-es-una-forma-de-violencia-de-las-mas-extremas>
- AWID. *Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica*. Recuperado el 20/04/2023 de https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/nterseccionalidad_-_una_herramienta_para_la_justicia_de_genero_y_la_justicia_economica.pdf.
- Buompadre, Jorge Eduardo. *Género, violencia, explotación y prostitución. Una visión crítica de la política criminal argentina en las recientes reformas al código penal, con especial referencia a la Ley n° 26842 de prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas*. Recuperado el 21/02/2023 de www.pensamientopenal.com.ar
- De Luca Javier, Augusto y Lancman, Valeria A. *Promoción y Facilitación de la Prostitución*. Recuperado el 05/03/2023 de www.pensamientopenal.com
- MPF. Recuperado el 29/03/2023 de <https://www.mpf.gob.ar/protex/plataforma-estadistica/>.

Documentos consultados

Código Penal Argentino. (2022). Buenos Aires. Zavalia.- Ley N° 25087 Delitos contra la integridad sexual. Modificación (1999).- Ley N° 26364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas. (2008) -Ley N° 26842 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, Modificaciones al Código Penal. (2012) – Constitución de la Nación Argentina - Constitución de la Organización Mundial de la Salud – OMS – Nueva York, Estados Unidos. (1946).

