

El delito de proxenetismo bajo la lupa de la garantía constitucional de reserva judicial

Por Rafael Alejandro Villegas¹

La prostitución, entendida como la prestación de servicios sexuales a personas indeterminadas de manera habitual y a cambio de una retribución económica, nunca fue configurada como delito por la legislación penal argentina. Sin embargo, genera un debate entre las corrientes abolicionista y reservista respecto de la constitucionalidad del artículo 125 bis del código penal en relación con la garantía de reserva establecida en el artículo 19 de la constitución nacional. Desde la perspectiva reservista, dicho artículo vulnera esta garantía al penalizar a quien promueve o facilita la prostitución cuando esta es ejercida de manera libre y plenamente consentida por personas adultas, sin afectar el orden público ni los derechos de terceros. Castigar esa conducta implica una injerencia inadmisible en la esfera privada de quienes optan por modos de vida alternativos y reproduce una concepción paternalista y moralizadora del estado que debe ser rechazada en un sistema respetuoso de las libertades individuales.

prostitución – proxenetismo – principio de reserva – delitos contra la integridad sexual – abolicionismo

* * * * *

a. ¿Qué es la prostitución?

La prostitución es una cuestión que desde antaño ha suscitado fuertes debates en los ámbitos sociales, jurídicos y políticos, acerca de la necesidad, tipo y alcance de la respuesta que debe brindar el Estado ante dicho fenómeno.

i. Concepto normativo de prostitución

En lo que hace al concepto normativo de la prostitución existe cierta uniformidad en

la doctrina que la conceptualiza como una actividad que consiste en la entrega sexual habitual, por precio y a personas indeterminadas (Creus y Buompadre, 2007; Molina, 2021; Núñez, 2008; Soler, 1992). Sin embargo, algunos autores no comparten la nota de habitualidad (Aboso, 2015; De Luca; López Casariego, 2009). La entrega sexual implica un trato erótico a partir de actos físicos inequívocamente sexuales, no necesariamente con acceso carnal².

La habitualidad, el precio y la indeterminación de las personas/clientes

¹ Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Correo electrónico: rafaelvillegas.abogado@gmail.com

² Se emplea el término «físico» como equivalente de «corporal», con el propósito de distinguir aquellas actividades que, aun orientadas a generar placer erótico, no implican contacto corporal directo. Resulta

son elementos inescindibles de la prostitución. La habitualidad no implica cotidianidad o ejercicio constante; el precio puede consistir en dinero o en otra prestación, beneficios o ventaja con valoración económica; y la indeterminación no implica que la persona que se prostituye deba aceptar todos y cada uno de los clientes que solicitan su servicio, sino que se encuentra predispuesta a aceptar realizar actos sexuales a aquellas personas que estén dispuestas a pagar el precio.

ii. La prostitución ¿es un delito?

Nuestro ordenamiento jurídico no considera a la prostitución como delito, en el entendimiento de que su actividad, en tanto no ofenda al orden o moral pública ni a terceros, encuadra en la garantía de reserva del artículo 19 de nuestra constitución nacional y como acciones privadas están sólo reservadas a dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Sin embargo, nuestro sistema castiga todos aquellos hechos que germinan alrededor de la prostitución, por lo que puede considerarse como abolicionista según la clásica división tripartita de los sistemas: *reglamentarista*, *abolicionista* y *prohibicionista*.

b. La modificación del código penal a partir de la ley 26.842

La ley 26.842 ha modificado la tipificación de una serie de delitos relacionados con la prostitución como el proxenetismo, rufianería y trata de personas. Se trata de un avance decidido al castigo de aquellos hechos que implican la explotación sexual de mujeres, al punto tal que en el artículo 125 *bis* CP, en donde se reprime a quién facilita o promueve la prostitución de una persona, se elimina la distinción antes existente entre mayores y menores de edad, considerándose esta última circunstancia como agravante del tipo regulado en el artículo 126 CP, a la vez que resta todo tipo

de importancia al consentimiento de la víctima.

Sobre este punto, la doctrina ha debatido intensamente sobre la constitucionalidad de la figura. Y es que, a partir de la última reforma, la ley presume sin prueba en contrario que el ejercicio de la prostitución viene precedido por una situación de explotación o aprovechamiento de la vulnerabilidad de la mujer, que le impide por sí consentir de manera libre la prestación de servicios sexuales a terceros por un precio.

c. Una discusión irreconciliable. Reservistas vs abolicionistas

i. La tesis reservista

Un sector de la doctrina que llamaré reservistas, (Aboso 2015; Arocena 2024; Buompadre, 2021; Molina, 2021) entiende que la figura, así como está redactada resulta reñida con el principio de reserva establecido en el artículo 19 de nuestra constitución, ya que al castigar a aquellos que faciliten o promueven la prostitución voluntaria de personas mayores de edad, presumiendo sin prueba en contrario la explotación y sin exigir ningún tipo de medio intimidatorio o de aprovechamiento de la vulnerabilidad de la prostituta, restándole toda eficacia a su consentimiento como sujeto de derecho plenamente capaz, el Estado adopta una postura paternalista y moralizadora que traspasa el límite previsto por nuestra constitución, resultando así un exceso punitivista injustificado.

Para la tesis reservista, resulta un contrasentido imaginar una situación de explotación consentida libremente por la persona que ejerce la prostitución. Y es que basta una simple lectura de los artículos 125 *bis* y 126 del CP para advertir que quien facilita o promueve la prostitución utilizando medios violentos, intimidatorios o aprovechándose de situaciones de vulnerabilidad, o en caso de que la víctima

necesaria una revisión contemporánea del concepto de prostitución, considerando las nuevas modalidades de prestación de servicios sexuales de

manera virtual mediante plataformas digitales, entre ellas *OnlyFans* o *Cafecito*.

sea menor de edad encuadran en el tipo agravado, por lo que quedarían incluidas en el tipo genérico del artículo 125 *bis* las conductas de promoción y facilitamiento de la prostitución a personas mayores de edad que han consentido libremente la actividad. Ello resulta además reñido con el principio de lesividad. Sobre éste, es sabido que, a partir de la teoría de los bienes jurídicos, el legislador castiga aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro determinados intereses merecedores de tutela. Ahora bien, los reservistas afirman que en el artículo en cuestión no se puede advertir con claridad cuál es el bien jurídico que se estaría lesionando o poniendo en peligro. Si bien la ubicación sistemática del tipo hace presumir que el bien jurídico es la libertad sexual o autodeterminación sexual de la persona que ejerce la prostitución, no se advierte cómo puede lesionarse la autodeterminación en el ámbito de lo sexual de una persona mayor de edad que libremente ha consentido el servicio sexual por un precio, a raíz de ciertas conductas que *per se* no pueden reputarse abusivas, como lo son el facilitamiento de un inmueble para que la prostituta pueda ejercer su actividad o la publicidad de los servicios sexuales a fines de conseguir potenciales clientes.

ii. La tesis abolicionista

Para otro sector de la doctrina, que llamaré abolicionistas, (De Luca y Lancman, 2013) el artículo 125 *bis* CP encuentra el fundamento de la punición en la especial situación de explotación y degradación de la dignidad humana que existe en toda entrega carnal a terceros indeterminados a cambio de un precio. Esta tesis rechaza la idea de que existe una *prostituta feliz* (sic) que ingresa y sale del mercado sexual cuando desea y que consiente de manera libre y pacífica su actividad. Esta postura, que coincide con los fundamentos de la reforma, sostiene que sobre toda la actividad de la prostitución subyace un tipo de explotación sexual del hombre por sobre la mujer, a partir de la cosificación de su cuerpo como mercancía a los fines de satisfacer los impuros designios del varón por dinero (Binder, 1986). En este sentido, toda conducta que tiende a la promoción o facilitamiento de este tipo de

actividad, produce un intolerable menoscabo o denigración de la dignidad de la mujer como ser humano, por lo que merece ser castigado.

Los abolicionistas hacen una diferenciación sustancial en lo que hace al consentimiento. Consideran que, si bien existe consentimiento en cada trato sexual individual, lo que impide que se configure el tipo de abuso sexual con acceso carnal, no existe consentimiento en sentido global, porque la prostitución en sí es degradante en el sentido de la dignidad humana y desde un punto de vista psicológico. El bien jurídico tutelado, el cual es la autodeterminación sexual de la persona, no se encuentra disponible para su titular cuando el trato sexual se da en el marco de una transacción económica y no por placer, en el sentido afectivo y erótico de la palabra.

iii. Postura ecléctica o intermedia

Las posturas reservistas y abolicionistas son irreconciliables. Es más, consideramos que se trata de una cuestión que no puede plantearse en términos eclécticos, intermedios o mixtos. Se debe tomar postura acerca de la constitucionalidad o no de la figura debido a que no existen normas más o menos constitucionales. Las normas son constitucionales o no. Esa lógica se traslada a un debate, que, sumado a las dimensiones morales, religiosas, sociales y políticas del asunto, encrudece las posiciones y está lejos de cerrarse. Mientras tanto, la norma penal está vigente y urge ser interpretada para su aplicación en la realidad. Y dicha interpretación, principalmente por los jueces, debe tener en cuenta la constitución nacional y los tratados internacionales con jerarquía suprallegal, en atención a su obligación de realizar el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.

d. Reconstrucción histórica del artículo 125 bis del código penal

Para analizar el tipo del artículo 125 *bis*, considero saludable empezar por el principio, es decir por su antecedente

histórico inmediato, ya que entender cómo fue formada inicialmente la norma y en qué contexto, nos dará una primera y valiosa pauta de análisis para luego avanzar en la comparación de la norma actual respecto de la garantía de reserva, previa vista de las reformas que fueron operando.

i. La cuestión en el código penal original

El código penal de la república argentina original -ley 11.179 vigente desde 30/04/1922- regulaba en el libro segundo «de los delitos» título III «delitos contra la integridad sexual» en el capítulo III «corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor» el tipo penal del artículo 125, que la doctrina penal denominó delito de proxenetismo, que castigaba a «el que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos, promoviere o facilitare la prostitución, o corrupción de menores de edad, sin distinción de sexo, aunque mediar el consentimiento de la víctima[...]» renglón seguido establecía las circunstancias que habilitaban y agravaban la punición según la edad del niño o niña.

Y, por último, la circunstancia de que existiese engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de coerción, así como el vínculo de parentesco o encargado de la educación, agravaba la pena de 10 a 15 años, sin importar la edad de la víctima, pero requiriendo siempre el medio violento o intimidatorio.

Resulta valiosísimo el artículo 125 del código penal original, ya que las posteriores reformas del código, con variadas finalidades y objetivos políticos-legislativos, han girado en torno al mismo. Prueba de ello, es que el código penal vigente³ tipifica ambas figuras históricamente reguladas en un mismo artículo, de manera separada: la corrupción de menores en el artículo 125 y

el delito de proxenetismo en el artículo 125 *bis* y su agravante en el artículo 126⁴.

Y digo que resulta sumamente valioso, porque el legislador del año 1921, castigaba a quien promovía o facilitaba la prostitución de menores de edad, sin distinción de sexo y sin darle relevancia al consentimiento del menor, en tanto y en cuanto el proxeneta o alcahuete, persiga un ánimo de lucro o satisfacer los deseos propios o ajenos. Y en el caso de los mayores de edad, sólo castiga al proxeneta que para promover o facilitar la prostitución ajena, utilizaba determinados medios comisivos violentos o intimidatorios, o en caso de vínculo parental o de guarda con la víctima.

Y esto resulta llamativo, repárese un momento sobre la sociedad argentina a principios del siglo pasado. Una sociedad masculina y misógina, en donde (sin miedo de caer en anacronismos) existía una aberrante e injusta desigualdad de derechos y trato entre la mujer y el varón. Una época signada por discusiones jurídicas desopilantes: se llegó a discutir sobre si la prostituta podía ser o no sujeto pasivo del delito de violación porque carecía de honestidad (Felini y Sansone, 1999), o si la mujer casada debía soportar el abuso sexual o el coito violento de su marido debido al débito conyugal (Soler, 1992).

Y es que, bajo este paradigma machista y retrógrado, el legislador argentino tomó la decisión de distinguir entre mayores y menores de edad, y sólo castigar el proxenetismo a mayores de edad cuando existan especiales situaciones de explotación como son los medios violentos o intimidatorios. Es decir, que el acto de promover una actividad como la prostitución en principios del siglo XX, en tanto se desarrolle de manera consentida por una mujer adulta, resultaba impune por ser atípico, en el entendimiento de que la

³ La denominación de «código» se entiende como histórica, dado que la legislación penal argentina dista de constituir un conjunto sistematizado y coherente de normas jurídicas; posiblemente se utilice el término como una expresión aspiracional respecto de lo que se esperaba que el Código fuera en algún momento.

⁴ La distinción entre los delitos de proxenetismo y corrupción surge de la ley 25.087. Actualmente, sigue vigente el delito de facilitamiento y promoción de la corrupción de menores, ya que no se contempla la corruptela voluntaria de un adulto, dado que resulta ilógico concebir a una persona mayor como objeto de actos corruptores.

prostitución debía ser tolerada, y en tanto se mantenga en los márgenes de la salubridad y el acato al orden público, resultaba exenta del poder de los magistrados.

Ello debería llevar a una profunda reflexión. ¿Cómo puede ser que, en la cúspide de una sociedad patriarcal, existía una concepción sumamente liberal de una actividad reprochable desde el prisma moral sigloveintesco? Mientras que nuestra ley penal vigente castiga el acto de promover o facilitar la prostitución voluntaria de mujeres adultas sin ningún tipo de medios intimidatorios o violentos, incluso cuando estas consientan de manera libre el ejercicio de una de las profesiones más antiguas conocidas por el ser humano. ¿Qué fue lo que sucedió en el medio?

En el medio sucedieron varias reformas, pero ninguna fue tan drástica como la ya mencionada ley 26.842 del año 2012, que le quitó toda relevancia al consentimiento de la persona mayor de edad en el ejercicio de su prostitución como circunstancia excluyente de la pena a quien le facilite o promueva su actividad. He aquí lo intolerable de la reforma.

e. El artículo 125 bis como reflejo del punitivismo utópico

i. La expansión del derecho penal

El artículo 125 bis es el fiel reflejo del punitivismo utópico, en donde el legislador pretende combatir el delito desde su asiento, aumentando las penas, creando nuevos delitos y bienes jurídicos, desdibujando las barreras de lo no punible y en última instancia arrasando contra todo lo que se considera un obstáculo, incluidas garantías y derechos humanos (Silva Sánchez, 2001). Además, implica el inesperado retorno del Estado a una postura paternalista y moralizadora, que alecciona a base de violencia institucionalizada el cómo se debe vivir. Esto conculca con principios tan básicos como la pluralidad de estilos de vida en una sociedad que se dice llamar democrática. Y como si fuera poco, el tipo penal consagra una presunción *iure et de iure*

de la situación de explotación y vulnerabilidad de la mujer prostituta, que en términos jurídicos resulta una *rara avis* en la construcción típica, por no decir que resulta una aberración en términos de política legislativa. Y es que el derecho penal no puede construir sus tipos basándose en presunciones, si quiere salvaguardar garantías elementales como el estado de inocencia o al menos la taxatividad del tipo legal. Es tan grosera la reforma, que los abolicionistas admitirían ciertas excepciones, o al menos considerarían que existen contadas situaciones en donde la pena resulta injusta por no configurarse en los hechos la situación de explotación de la prostitución ajena. Piénsese en un locador que alquila su inmueble a una prostituta para que ésta ejerza su actividad. El artículo 125 bis permite subsumir esta conducta y castigar a este «infame proxeneta» a la pena de prisión no excarcelable de 4 años como mínimo. Es una pena ridícula, hasta graciosa, pero sobre todo demuestra lo peligroso que resulta el legislador cuando abraza el punitivismo y comienza a ser un gestor de la moral.

ii. El ejercicio de la prostitución como acto privado

Nuestros constituyentes de 1853 construyeron la garantía de los actos privados justamente para evitar estas indebidas intromisiones. En el ámbito de reserva es donde el ser humano desarrolla su personalidad, y no cabe el castigo de dichos actos en tanto no ofendan a la moral pública o a terceros. Según el maestro Bidart Campos ofenden a la moral pública aquellos actos que generen un peligro real y actual a las buenas costumbres, incitando conductas inmorales similares o estimulando deseos de imitación (Bidart Campos, 1980). El ejercicio de la prostitución, en tanto se desarrolle en un ámbito privado por personas adultas de manera libre y consentida, no resulta reñido ni por asomo a la moral pública.

Todas las personas tenemos derecho a la autodeterminación en el ámbito de lo sexual, de modo que somos libres para consentir o repeler actos de contenido sexual, según

nuestros propios deseos y razones, y en tanto no ofendamos a terceros ni pongamos en peligro otros bienes jurídicos, esas razones (como por ej.: placer, costumbre, necesidad de procrear, oportunidad de ganar dinero o cualquier otra razón) quedan reservadas a Dios, o si se quiere, a nuestra propia consciencia.

El consentimiento en el ámbito sexual es enteramente disponible para las personas adultas, éste puede prestarse y retirarse en todo el acto sexual. Considerar que estas no tienen capacidad para consentir actos sexuales por dinero u otro beneficio es absurdo ya que las razones que llevan a la persona a realizar actos sexuales no le deben interesar al derecho. Admitir aquello impide considerarla como sujeto de derecho por denegarle la disposición de un bien jurídico tan íntimo y personalísimo como lo es la libertad sexual, y por ende se trata de una violación arbitraria e injustificada de sus derechos humanos.

Por lo demás, si existiese explotación por parte del proxeneta o bien un aprovechamiento de situaciones de vulnerabilidad a través de medios intimidatorios o violentos, la pena estaría plenamente justificada, en tanto la acusación logre probar dicha circunstancia en el proceso penal, y no que se presuma dicha explotación sin posibilidad de probar lo contrario. De allí que le asiste razón a la tesis reservista, cuando afirma que el artículo 125 bis CP se ha vaciado de contenido, pues las conductas merecedoras de pena se encuentran tipificadas en el tipo agravado (artículo 126 CP) al exigir estos medios comisivos como la intimidación, abuso de autoridad, violencia o minoridad de la víctima.

f. Conclusión. De lege ferenda

Tipos penales como el analizado, son intolerables ya que socavan las garantías del debido proceso y el estado de inocencia, pilares inderogables de un estado de derecho, y deberían ser revisadas y/o suprimidas en una futura reforma penal.

g. Bibliografía

Aboso, G. E. (2015). Capítulo X: Promoción y facilitación de la prostitución ajena. En J. C. Faira (Ed.), *Derecho penal sexual: Estudio sobre los delitos contra la integridad sexual* (1.ª ed., pp. 367-386). Euros Editores.

Arocena, G. A. (2024). ¿Castigar la facilitación de la prostitución consentida de personas mayores de edad? Trabajo sexual, dignidad humana y autonomía personal. *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, XXII, 5-22.

Bidart Campos, G. J. (1980). Capítulo 2: Moralidad pública. En G. Bidart Campos (Ed.), *Poder de policía de moralidad en materia de espectáculos y publicaciones en la Capital Federal* (1.ª ed., pp. 55-56). Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

Binder, A. (1986). Pornografía, dignidad humana y represión cultural. *Revista Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales*, 9, 621.

Buompadre, J. E. (2021). Delitos contra la integridad sexual. En J. E. Buompadre (Ed.), *Derecho penal: Parte especial* (3.ª ed. ampliada, pp. 220-223). Editorial ConTexto.

De Luca, J. A., & Lancman, V. A. (2013). Promoción y facilitación de la prostitución. *Revista Pensamiento Penal. Código Penal Comentado*.

De Luca, J. A., & López Casariego, J. (2009). Promoción o facilitación de la prostitución de mayores de edad. En J. L. Depalma (Ed.), *Delitos contra la integridad sexual* (1.ª ed., p. 161). Editorial Hammurabi.

Fellini, Z., & Sansone, V. (1999). La mujer en el derecho penal argentino. *Anuario de Derecho Penal 1999-2000*, 1-29.

Martínez, C. I. (2024). Facilitar la prostitución ajena: Un análisis normativo sobre las razones que justifican la punición del artículo 125 bis del Código Penal. *Revista Argumentos*.

Molina, G. (2021). Promoción y facilitación de la prostitución. En G. J. Molina (Ed.), *Manual de derecho penal: Parte especial* (1.ª ed., pp. 307-312). Editorial ConTexto.

Núñez, R. C. (2008). Capítulo III: Promoción y facilitación de la corrupción y de la prostitución y delitos conexos. En V. F. Reinaldi (Actualizador), *Manual de derecho penal – Parte especial* (3.^a ed. actualizada, pp. 132-136). Lerner Editora S.R.L.

Silva Sánchez, J. M. (2001). Sobre algunas causas de la expansión del derecho penal. En J.-M. Silva Sánchez (Ed.), *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2.^a ed. revisada y ampliada, pp. 25-74). Civitas Ediciones S.L.

Soler, S. (1992). Violación, estupro y abuso deshonesto. En G. J. Fierro (Actualizador), *Derecho penal argentino (Parte Especial, Tomo III)* (4.^a ed., 10.^a reimpresión, p. 309). Tipográfica Editora Argentina.