

**EL ESTATUS
NORMATIVO DE LA
PROSTITUCIÓN Y
EL PROXENETISMO EN
ARGENTINA**

Iosa Juan

EL ESTATUS NORMATIVO DE LA PROSTITUCIÓN Y EL PROXENETISMO EN ARGENTINA

Por Juan Iosa

RESUMEN

El trabajo está destinado a evaluar el estatus normativo de la prostitución en Argentina. También, evalúa la constitucionalidad de la prohibición de los prostíbulos en la provincia de Córdoba. La preocupación surge a partir de la promulgación en esta provincia de la denominada "ley de trata". Comienzo analizando el estatus de la prostitución: evalúo si está amparada por la Constitución Nacional (CN) en cuanto protege por un lado el derecho a trabajar (artículo 14) y por otro la autonomía personal (artículo 19). Analizo la jurisprudencia referente al alcance de esta última garantía y muestro, basándome en la tesis de que la mejor lectura de la Constitución Nacional es la liberal, que la actividad bajo análisis goza de protección constitucional. Por último extraigo consecuencias respecto de la prohibición de los prostíbulos.

PALABRAS CLAVE

Prostitución, proxenetismo, ley de trata, acciones privadas de los hombres, principio de autonomía.

THE NORMATIVE STATUS OF PROSTITUTION AND PIMPING IN ARGENTINA

By Juan Iosa

ABSTRACT

The paper is intended to evaluate the normative status of prostitution in Argentina. It also evaluates the constitutional status of the ban on brothels in the province of Cordoba. The concern arises from the enactment in this state of the so-called "law of trafficking". I start by analyzing the status of prostitution: I evaluate whether it is protected by the National Constitution (CN) as it, first, warrants the right to work (section 14) and second, the right to personal autonomy (section 19). I analyze the case law concerning the scope of this last warranty and show -on the basis that the best reading of the Constitution is the liberal one- that the activity under review is constitutionally protected. Finally I draw consequences regarding the ban on brothels.

KEYWORDS

Prostitution, pimping, trafficking law, private actions, principle of autonomy

EL ESTATUS NORMATIVO DE LA PROSTITUCIÓN Y EL PROXENETISMO EN ARGENTINA

Por Juan Iosa*

1) Introducción**

¿Cuál es el estatus normativo de la prostitución en Argentina y, específicamente, en la Provincia de Córdoba? Así planteada la pregunta tiene una respuesta clara e inmediata: Permitido. No hay ninguna ley que prohíba o penalice expresamente el intercambiar el propio cuerpo, la propia vida sexual, por dinero. Sin embargo, ya a partir del año 1936 la aún hoy vigente *Ley 12331 de Profilaxis de Enfermedades Venéreas* prohibía el establecimiento de prostíbulos en los siguientes términos:

Artículo 17.- Los que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente casas de tolerancia, serán castigados con una multa de doce mil quinientos pesos como mínimo y ciento veinticinco mil pesos como máximo. En caso de reincidencia sufrirán prisión de 1 a 3 años, la que no podrá aplicarse en calidad de condicional. Si fuesen ciudadanos por naturalización, la pena tendrá la acesoria de pérdida de la carta de ciudadanía y expulsión del país una vez cumplida la condena; expulsión que se aplicará, asimismo, si el penado fuese extranjero (texto originario de la ley, con la actualización de multas establecida por ley 24286, artículo 1 inc. 19).

Pero quizás por no estar muy de acuerdo con la moral social argentina de la época en el fondo tolerante con esta práctica, quizás por la falta de presión estatal a favor de la conformidad, quizás por la inflación, la norma citada pronto cayó en desuso, siendo los prostíbulos parte del paisaje del país.

Esto era así también en Córdoba pero sólo hasta el 2012. Pues en mayo de ese año la administración De la Sota sancionó y aplicó la Ley 10.060, llamada "de trata". Como consecuencia en Córdoba se han cerrado al menos la mayoría de los prostíbulos. Dicha ley en lo aquí relevante dispone lo siguiente:

Artículo 1º.- Prohíbese en todo el territorio de la Provincia de Córdoba la instalación, funcionamiento, regenteo, sostenimiento, promoción, publicidad, administración y/o explotación bajo cualquier forma, modalidad o denominación -de manera ostensible o encubierta- de whiskerías, cabarets, clubes nocturnos, boites o establecimientos y/o locales de alterne.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor de Filosofía del Derecho UNC. juaniosa@arnet.com.ar

** Agradezco a Hernán Bouvier y José Peralta, quienes leyeron una versión preliminar de este trabajo, sus observaciones y sugerencias.

Artículo 2º.- Dispónese la inmediata clausura a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, en todo el territorio de la Provincia de Córdoba, de las whiskerías, cabarets, clubes nocturnos, boites o establecimientos y/o locales de alterne, en los términos y condiciones de esta norma y de acuerdo al procedimiento que se establezca por vía reglamentaria, facultándose a la Autoridad de Aplicación a adoptar las medidas necesarias y conducentes a tales fines.

Artículo 3º.- A los efectos de la presente Ley se entiende por whiskería, cabaret, club nocturno, boite o establecimiento y/o local de alterne:

- a) A todo lugar abierto al público o de acceso al público en donde se realicen, toleren, promocionen, regenteen, organicen o de cualquier modo se faciliten actos de prostitución u oferta sexual, cualquiera sea su tipo o modalidad;*
- b) A todos los locales de cualquier tipo abiertos al público o de acceso al público en donde los concurrentes y/o clientes traten con hombres y/o mujeres contratados para estimular el consumo o el gasto en su compañía, y/o*
- c) A todo lugar en donde bajo cualquier forma, modalidad o denominación se facilite, realice, tolere, promocióne, regentee, organice, desarrolle o se obtenga provecho de la explotación de la prostitución ajena, hayan prestado o no las personas explotadas y/o prostituidas y/o que se prostituyen, su consentimiento para ello.*

Artículo 4º.- Incorpórase en el Libro II, Título I, Capítulo I del Código de Faltas de la Provincia de Córdoba -Ley Nº 8431 TO por Ley Nº 9444 y sus modificatorias-, como artículo 46 bis, el siguiente:

“Violación a la prohibición de whiskerías, cabarets, clubes nocturnos, boites o establecimientos de alterne.

Artículo 46 bis.- Sin perjuicio de las penalidades previstas en otros ordenamientos normativos sobre la materia y la clausura total y definitiva del establecimiento, serán sancionados con arresto de hasta sesenta (60) días, no redimible por multa, quienes violen la prohibición dispuesta en todo el territorio de la Provincia de Córdoba, de instalación, funcionamiento, regenteo, sostenimiento, promoción, publicidad, administración y/o explotación bajo cualquier forma o modalidad, de manera ostensible o encubierta de whiskerías, cabarets, clubes nocturnos, boites o establecimientos y/o locales de alterne.”

Como puede verse, en consonancia con la ley nacional, la normativa provincial prohíbe y sanciona la existencia de prostíbulos pero no prohíbe directamente la prostitución: por lo que al derecho refiere, las prostitutas pueden ejercer libremente su actividad en tanto lo hagan fuera de un prostíbulo: en la calle o por sus propios medios.

Ahora bien, ¿es constitucional la prohibición de los prostíbulos? ¿Es una norma válida del derecho argentino? En este artículo trataré de demostrar que esta pregunta tiene una respuesta negativa, ie., que las normas referidas carecen de soporte constitucional.

Sin duda todo sería más sencillo y más honesto si las normas en cuestión penalizaran directamente la prostitución: es claro que esta actividad no es vista con simpatía moral por nuestros legisladores y gobernantes, y combatirla es en parte lo que los llevó a dictar la prohibición de instalar prostíbulos (si la motivación fuera meramente evitar la explotación sexual de menores y de mayores que no consientan la actividad, ie., combatir la trata, la medida racional no sería la clausura de los prostíbulos sino su regulación y control por parte del Estado). Como creo que esta antipatía es en última instancia lo que explica la prohibición de regentear prostíbulos, me detendré primero en el estatus constitucional que tendría una hipotética prohibición de la prostitución. Una vez asentada mi posición al respecto veré si se sigue algo en relación a la prohibición de los prostíbulos, ie., si las conclusiones sostenidas en un ámbito se pueden trasladar al otro.

2) ¿Es trabajo?

En setiembre de 2012, es decir, pocos meses después de dictada la nueva ley en Córdoba, una jueza de Río Segundo falló un recurso de amparo en el que se le solicitaba declare la inconstitucionalidad de la ley en cuestión.¹ Los amparistas (cinco prostitutas y el dueño del local donde ejercían su actividad) se quejaron ante la jueza afirmando entre otras cosas que la nueva ley violaba su derecho a trabajar, a ejercer el comercio y toda industria lícita, (artículo 14 CN). Creo que discutir con este fallo puede ser un buen modo de introducir las cuestiones legales y constitucionales que la ley de trata implica. El argumento contenido en esa decisión puede, a mí entender, reconstruirse en los siguientes términos:

- a) La Constitución Nacional dispone que todos los habitantes tienen derecho a trabajar.
- b) Si la prostitución fuera trabajo gozaría de protección constitucional.
- c) La prostitución no es un trabajo.
- d) En consecuencia la prostitución no goza de la protección de la Constitución y la ley que prohíbe los prostíbulos y locales de alterne en general (dificultando así el ejercicio de la prostitución) no es inconstitucional. De aquí se sigue que la acción de amparo debe ser rechazada.

El punto problemático es la afirmación de que la prostitución no es trabajo. Al respecto el *holding* del fallo sostiene que éste es el caso porque la prostitución "no es un contrato entre cliente y mujer en prostitución, porque no se puede hablar de consentimiento -condición de todo contrato- en condiciones de profunda desigualdad".² Según el fallo entonces la prostitución no es trabajo -y consecuentemente carece de amparo constitucional- porque no hay consentimiento en el intercambio

¹ Sentencia Numero: Treinta Y Siete (37) en "Rossina, Héctor Raúl Y Otros – Amparo" (Expte. "R"-04/2012 SAC: 623014), fallada por la jueza Maria De Los Ángeles Palacio De Arato, en Río Segundo, Córdoba, el 21/08/2012.

² Considerando VII del fallo.

entre prostituta y cliente y a su vez no hay consentimiento debido a las condiciones de profunda desigualdad en que dicho intercambio se produce.³

El análisis debe determinar entonces primero si es cierto que donde hay prostitución hay condiciones de profunda desigualdad y, segundo, si es cierto que donde hay condiciones de profunda desigualdad no hay consentimiento. Comencemos analizando la primera afirmación. Especifiquemos sus condiciones de verdad. ¿Es una afirmación conceptual? ¿Establece una relación necesaria y a priori entre prostitución y desigualdad? ¿O es, por el contrario, una afirmación empírica?

Tomemos en primer término la afirmación en sentido empírico. Una lectura posible de la tesis tomada en este sentido afirmaría que es un hecho verificable (aunque contingente) que las relaciones de prostitución son todas relaciones en que la prostituta se encuentra en profunda desigualdad. ¿Tenemos razones para considerarla verdadera? Creo que no es el caso. Primero, aquí no se cita ningún estudio empírico que demuestre lo afirmado. Además sería muy difícil que una afirmación con semejante grado de generalidad fuera verdadera. Si bien excepcionales respecto de una mayoría de situaciones en que efectivamente las prostitutas están en condiciones de debilidad, son conocidos los casos en que ellas ejercen su actividad en lo que al menos muchos de nosotros -valoraciones morales a un lado- llamaríamos condiciones privilegiadas de trabajo: buena remuneración si no excelente, pocas horas de trabajo a la semana, etc.⁴

Una segunda lectura podría afirmar que, aunque no universalmente verdadera, la afirmación de desigualdad es típicamente verdadera, que en las relaciones de prostitución existe una desigualdad estructural. A su vez esta desigualdad estructural podría entenderse meramente en términos económicos o también en términos de género. De cualquier modo me parece que esta desigualdad estructural es un hecho y que es un hecho que deben combatirse todas las relaciones de desigualdad. Ahora bien, esto es una razón para combatir la prostitución en situaciones de desigualdad estructural, no para combatir la

³ Supuesto que sea correcta la reconstrucción del fallo arriba ofrecida, a mi juicio la decisión tomada por la jueza, ie., la conclusión de su argumento, no se sigue necesariamente de sus premisas: es una falacia. Ello queda demostrado en virtud de que aún si la prostitución no fuera trabajo, aún cuando no quede amparada por el artículo 14 de la Constitución, bien podría quedar amparada por otra norma como el artículo 19. Claro que si fuera cierta la razón por la que la jueza considera que la prostitución no es trabajo, ie., que no hay consentimiento, entonces esta actividad carecería de amparo constitucional por razones más generales que el hecho de ser o no calificable como trabajo. De modo que también me detendré aquí a evaluar si es cierto que la prostitución excluye necesariamente el consentimiento.

⁴ El revisor anónimo de este trabajo objetó que mi afirmación respecto de la existencia del fenómeno de la prostitución de alto nivel es tan carente de fundamentos empíricos como la afirmación contraria, ie., que toda prostitución es realizada en condiciones de desigualdad manifiesta. Por mi parte no creo que cualquier afirmación empírica requiera fundamentación. Sólo aquellas que puedan ser controvertidas. Y no creo que el fenómeno de la prostitución de lujo pueda ser puesto en cuestión. Sí es importante rescatar la distinción que los estudios empíricos sobre prostitución realizan entre prostitución a nivel de calle (street-level prostitution), el modo de ejercicio de la prostitución en que la prostituta está más expuesta, donde es más vulnerable a la violencia del medio, y otras formas de prostitución en que dicha exposición es menor. La prostitución de lujo no sería sino el extremo opuesto de una clasificación basada en variables económicas y sociales donde la prostitución de calle ocupa el peor lugar. No está de más destacar que la ley de trata de la Provincia de Córdoba pone a todas las prostitutas en situación de calle, es decir aumenta exponencialmente su grado de exposición. Sobre el concepto de prostitución de calle y sobre el grado

prostitución sin más. Es claro (al menos mientras nos movamos en el campo empírico) que puede haber casos de prostitución donde la prostituta no se encuentre en condiciones de desigualdad. Pero estas son buenas razones para regular la actividad de modo de evitar su ejercicio en esas condiciones, no para declararla inconstitucional.

Una tercera tesis podría defender el fallo en cuestión afirmando que allí las condiciones de desigualdad no se predicán de todas las prostitutas sino sólo de las amparistas. Respecto de ellas la jueza dio por probada esta situación en virtud de los dichos de las mismas prostitutas que exponían como su situación de desamparo las había llevado a prostituirse. Pero no hay nada en el fallo que indique que éste sea el alcance que la jueza da a su idea: ella se refiere genéricamente a "la prostitución". Ahora bien, si aquel fuera el caso entonces el fallo valdría como antecedente sólo respecto de prostitutas en estado de vulnerabilidad, estado que requeriría ser probado en cada caso. Pero ante una nueva presentación de una prostituta que no sufre de desigualdad frente a su cliente, la jueza debería fallar teniendo en cuenta esta situación y por lo tanto considerando trabajo al intercambio en cuestión.

En todo caso, si la afirmación es tomada como lo que es, ie., como una tesis conceptual, como una afirmación universal y a priori, entonces lo que subyace es una valoración del tipo: "la prostitución es una actividad tan degradante que nadie que no esté en una situación de profunda vulnerabilidad (vulnerabilidad que no se entiende aquí sólo en términos económicos) aceptaría ejercerla." Pero lo único que esa afirmación expresa es nuestras creencias y actitudes respecto de qué tipo de vida vale la pena vivir y qué acciones son funcionales a una vida buena. No podemos usar esas valoraciones para imponer modos de vida a otros (CN, artículo 19). De modo que si ésta es la razón de la afirmación de la jueza entonces hay que desecharla como fundamento de una decisión judicial válida.

Ahora bien, concedamos que, al menos típicamente, la prostitución se ejerce en condiciones de profunda desigualdad. ¿Basta esta constatación para negar la existencia de un contrato, o declarar nulos todos los contratos de este tipo en virtud de la carencia de un elemento esencial como es el consentimiento? ¿En qué se diferencia el contrato de prostitución realizado en condiciones de desigualdad respecto del contrato que firma (si es que lo firma) una mucama que trabaja en condiciones de subsistencia para una familia adinerada? ¿Qué sucede con el pasante que se somete a trabajar gratis en una oficina pública durante años con la promesa de que en el futuro podrá ganar un puesto rentado? ¿Estaría dispuesta la jueza a declarar inexistentes o nulos todos los contratos firmados en condiciones de profunda desigualdad? Me parece que si los jueces se tomaran en serio esta idea ello equivaldría al fin del capitalismo. En todo caso en lo que sigue trataré de mostrar que de acuerdo con el derecho argentino la

relativo de exposición de estas prostitutas ver Nancy Romero-Daza, Margaret Weeks, and Merrill Singer, 2003, pp. 233-259.

situación de profunda desigualdad en que, al menos típicamente, se ejerce la prostitución, no implica ausencia de consentimiento: no es causal de inexistencia⁵ ni de nulidad del contrato.

Creo que la tesis de la inexistencia de contrato es insostenible. Aunque no es novedosa, la figura de la inexistencia carece a mi juicio de suficiente estabilidad doctrinaria. Aquí la tomaré en el siguiente sentido: es inexistente el acto jurídico que carece de alguno de los elementos esenciales impuestos por la ley cuando el vicio es tal que queda excluida incluso la *mera apariencia* del acto. Cuando el contrato, por ejemplo carece de consentimiento, objeto, forma, etc. La compraventa es inexistente, por ejemplo, si no hay cosa vendida o precio.⁶

Ahora bien, en el intercambio de dinero por sexo entre prostituta y cliente hay *prima facie* consentimiento, ie., hay apariencia de acto. Puede ser un consentimiento viciado, pero esto en todo caso valdrá como causal de nulidad, no de inexistencia. De lo contrario deberíamos calificar el intercambio entre prostituta y cliente como equivalente a una violación, a una situación de coerción tal que elimina toda apariencia de consentimiento. Pero no creo que estemos dispuestos a asumir la verdad de esta tesis y mucho menos sus consecuencias.

Veamos la cuestión un poco más de cerca. Observemos que la jueza dice que no hay contrato porque no hay consentimiento. Al respecto, la Ley de Contrato de Trabajo afirma

Artículo 4: Concepto de trabajo: Constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración.

Artículo 23: Contrato de trabajo: Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración...

Artículo 47: El consentimiento debe manifestarse por propuestas hechas por una de las partes del contrato de trabajo, dirigidas a la otra y aceptadas por ésta, se trate de ausentes o presentes.

Como puede deducirse de la mera lectura de los artículos relevantes, todos los requisitos establecidos en la ley de contrato de trabajo para que exista contrato y para que exista consentimiento están dados en el intercambio entre prostituta y cliente, ie., no hay nada en la forma del contrato en tanto tal que los excluya. Puede surgir alguna duda sobre la licitud de la actividad, ie., el objeto del contrato

⁵ En el considerando VII de su fallo la jueza afirma en dos oportunidades que la prostitución no es un contrato. Creo que ello basta para afirmar que sostiene la tesis de la inexistencia del contrato.

⁶ Sobre la teoría de la inexistencia puede verse Llambías, 1948:876 y Llambías, 1997:501.

(artículo 953 y 1044, 1066, 1067 del Código Civil), pero recordemos que, tal como estableciera al comienzo, la prostitución es lícita en Argentina. Tampoco, como veremos, pueden considerarse estos contratos como contrarios a la moral y a las buenas costumbres (artículo 953 del Código Civil). El significado de esta expresión es el fijado constitucionalmente. Y el sentido constitucional del término no alcanza a la prostitución (artículo 19 de la Constitución). Por otro lado es cierto que la actividad quedaría mejor encuadrada como un contrato de locación de servicios (regulado por el Código Civil, arts., 1623 - 1647) que como un contrato de trabajo. De todas formas este punto es irrelevante ya que si la prostitución es trabajo a nivel conceptual, aun siendo técnicamente una locación de servicios, quedaría amparada por la Constitución Nacional.

Corresponde entonces revisar si el consentimiento prestado tiene algún vicio que vuelva nulo o anulable el acto. Claramente el contrato de prostitución no es nulo pues las meretrices no son incapaces y tampoco se da al menos típicamente ninguna de las causales de nulidad establecidas en el artículo 1044 del Código Civil. Los vicios del consentimiento pueden sí ser causales de anulabilidad de los contratos. Al respecto el Código se expresa en estos términos:

Artículo 897: "Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.

Sin duda la jueza al sostener que en el contrato de prostitución está viciado por falta de consentimiento, ie., porque no es un acto voluntario, está pensando que en el caso falta necesariamente la libertad requerida por la ley. Ahora bien, al respecto el Código Civil establece:

Artículo 936: Habrá falta de libertad en los agentes, cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible.

Artículo 937: Habrá intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos.

A su vez el artículo 954 del Código, reafirmado luego por lo dispuesto en el artículo 1045, se refiere genéricamente a la anulación por vicios del consentimiento cuando establece:

Artículo 954. Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación.

Ahora bien, ¿considera la jueza que las condiciones de profunda desigualdad son un caso de ausencia de libertad por violencia e intimidación? Sin duda en una relación *típica* entre prostituta y cliente no se dan estas causales de procedencia de la nulidad. Tampoco, por cierto, se da ninguna de las otras causales establecidas en el artículo 954.

La revisión de la normativa relevante me lleva a concluir que el contrato de prostitución no es, en tanto que tal, ni inexistente ni nulo ni anulable. No es cierto que la prostitución se ejerza necesariamente en condiciones de profunda desigualdad y aún si aceptamos, lo que es el caso, que típicamente se ejerce en esas condiciones, ello no implica que el consentimiento esté excluido. Por lo tanto no es cierto que la prostitución no sea trabajo en el sentido legal del término. La jueza está yendo más allá de lo que la ley establece.⁷

3) ¿Es la prostitución una de las acciones privadas de los hombres (artículo 19, CN)?

Supongamos hipotéticamente que la prostitución no es trabajo. Observemos que la prostitución puede no ser trabajo en virtud de razones diferentes de las que aquí se analizaron. Podría simplemente (cosa que de hecho no sucede) ser una actividad ilícita en virtud de haber sido prohibida por alguna ley nacional o provincial o no ser trabajo por alguna otra razón. ¿Significa esto que carece de amparo constitucional y que, por lo tanto, puede ser prohibida u obstruida (y bien puede considerarse obstrucción la prohibición de los prostíbulos) legítimamente? Abajo presentaré las razones por las que creo que esta pregunta debe responderse negativamente.

Comencemos observando que, como bien señala Carlos Nino, los derechos a trabajar, a ejercer el comercio y toda industria lícita, “derivan de un principio general que veda la interferencia en *cualquier* actividad que no cause perjuicio a terceros” (Nino 1984:202). Este “principio de daño”, según nuestro autor, es sólo una manifestación del “principio de autonomía personal”, Nino formula este último principio en los siguientes términos:

“Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución” (Nino 1984: 204).

⁷ Sin dudas puede haber casos en que la prostituta se encuentre en una situación de vulnerabilidad tal que pondríamos en cuestión la afirmación de que ha consentido el acto. Estos serán casos de violencia en el sentido del Código Civil, casos en que el cliente o el proxeneta se aprovecha indebidamente de la situación de la prostituta. Aquí la violencia, claro está, deberá ser probada y no supuesta. Pero mi tesis no afirma que todo acto de ejercicio de la prostitución implica consentimiento. Por el contrario, sólo afirma que, aún para aquellos ejercidos en situación de desigualdad estructural, no es cierto que esté necesariamente excluido.

Claro que si aceptamos que la prostitución no es trabajo porque nunca es una actividad consentida entonces esto último es todo lo que necesitamos para declararla carente de amparo constitucional. Si la prostitución es necesariamente una actividad no consentida entonces no queda protegida por el principio de autonomía que ampara la libre elección de planes de vida ni por el más específico principio de daño: aquí la dañada es la prostituta. Supongamos entonces que los argumentos arriba desarrollados son suficientes para afirmar que el consentimiento no está necesariamente excluido.

La pregunta entonces es la siguiente. Suponiendo que la prostitución no fuera trabajo por razones diversas de la falta de consentimiento ¿implicaría ello que carece de amparo constitucional? En otras palabras ¿cuál sería la calificación jurídica de la prostitución si la consideráramos una actividad no laboral pero consentida? La respuesta depende de si el artículo 19 de la Constitución Nacional recepta o no el principio de autonomía en los términos que pretende Nino.

La lectura alternativa de dicho artículo es la perfeccionista.⁸ Esta teoría sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores.

En lo que hace al objeto de nuestro estudio el argumento perfeccionista sostiene que, aún si fuera una actividad consentida, la mera autodegradación moral que la prostitución implica constituye una razón suficiente para que el derecho la obstaculice, induciendo así a los hombres y mujeres a adoptar modelos de conducta digna.

Pregunto con Nino, “¿por qué no habría de ser la sola inmoralidad de un acto justificativo suficiente para proscribirlo legalmente?... ¿No es acaso un objetivo legítimo del orden jurídico el promover formas de vida más puras y caracteres morales virtuosos?” (Nino 1984:424).

Desde un punto de vista liberal (según Nino el punto de vista de nuestra Constitución) la respuesta es negativa. Pues semejante objetivo está en pugna con la libertad de las personas de elegir y desarrollar sus propios planes de vida sin interferencia de los demás. A los efectos de la justificación de regulaciones y medidas públicas el bien de una persona está dado por la satisfacción de los fines que ella misma se propone y no de ciertos fines postulados como válidos independientemente de la elección de los individuos.

El liberalismo rechaza un modelo de organización social tal que las preferencias de cierta gente (los jueces por ejemplo) respecto de cómo deberían desarrollarse las vidas ajenas, prevalecen sobre las de los titulares de esas vidas.

⁸ En la reconstrucción de las tesis perfeccionistas me he valido del análisis de Nino. Cfr. Nino, 1984: c. V y X.

Ahora bien, ¿recepta el artículo 19 de la Constitución Nacional el principio de autonomía personal en los términos y con el alcance que sugiere Nino, ie., de tal modo que excluye el perfeccionismo? Para determinar si éste es el caso no cabe sino analizar el artículo 19 CN que en lo aquí relevante establece:

“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.”

Veamos ahora la lectura que Nino considera correcta:

“Cuando el artículo en cuestión habla de ‘acciones privadas de los hombres’, esta expresión debe interpretarse teniendo en cuenta que ella describe acciones que se distinguen de aquellas que “ofenden la moral pública”. El contraste que la norma establece no es entre las acciones que se realizan en privado y las que se realizan en público, sino entre las acciones que son privadas porque, en todo caso, ellas sólo contravienen una moral privada y las acciones que ofenden la moral pública. En definitiva, la distinción que la norma formula es la que está subyacente en la concepción liberal de la sociedad y que consiste en discriminar las pautas morales referidas al bienestar de terceros de los ideales de excelencia humana, que constituyen una moral privada. El alcance de la moral pública está definido por el propio artículo 19 al presuponer que las acciones que la ofenden son coextensivas con las acciones que perjudican a un tercero; la moral pública es la moral intersubjetiva” (Nino 1984: 426 – 427).⁹

La interpretación de Nino es atractiva y convincente sobre todo para los que tenemos simpatías liberales. Distingue, en línea con Kant, los deberes para consigo mismo y los deberes para con los demás (Kant, 1996: 6, 412). Sólo éstos últimos son, de acuerdo a esta interpretación, susceptibles de ser reforzados con sanciones por el estado. Sin embargo hay una dificultad y nada ganamos con ocultarla. El texto del artículo es claramente ambiguo. Una vez enunciada la ambigüedad habrá que decidir qué interpretación adoptar. Puede que la interpretación de Nino sea la correcta, pero ello requiere argumentación.

En la postura de Nino hay tres conjuntos de acciones: a) las acciones privadas de los hombres, b) las acciones que no ofenden el orden y la moral pública, c) las acciones que no perjudican a terceros. A

⁹ Bien se me puede criticar el discutir sólo la interpretación de Nino del artículo 19. La opción se justifica en que su posición ha marcado el debate en Argentina y en que al adoptar Nino una opción interpretativa en desmedro de la otra, un análisis de sus tesis facilita la discusión de la justificación de dicha opción. No por ello cabe desconocer la producción de la dogmática constitucional sobre el tema. Una rica discusión de los argumentos liberales y

su entender estos conjuntos son coextensivos: se refieren a las mismas acciones (Nino, 1992: 317). Nino lee el artículo como afirmando que 'las acciones privadas de los hombres, *es decir, aquellas* que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública ni perjudiquen a un tercero...'

Pero atendiendo a la gramática del texto se puede ofrecer otra interpretación: lo que indicaría el artículo es que hay un conjunto central de acciones relevantes, las "privadas" y que a su vez este conjunto es restringido por dos calificaciones: si se les ha de atribuir la consecuencia normativa de estar exentas de la autoridad de los magistrados dichas acciones no deben ofender el orden y la moral pública ni, por otro lado, perjudicar a terceros. De ser viable esta interpretación bien podría haber acciones privadas que ofendan la moral pública y/o perjudiquen a terceros. El ejercicio de la prostitución podría ser una de ellas y, consecuentemente, no caer dentro del alcance de la garantía, ie., podría ser sancionada por los magistrados. En otras palabras, el artículo 19 es *prima facie* susceptible de una interpretación perfeccionista. Quizás también se podría construir un argumento para intentar demostrar que la prostitución perjudica a terceros, alguna afirmación del mal ejemplo moral o del potencial contagio que la existencia de la práctica provocaría. Pero a mi juicio los argumentos de este tipo resultan forzados, excesivamente alambicados y hasta bizarros, de modo que no los exploraré aquí.

¿Hay argumentos disponibles que nos lleven a preferir fundadamente una interpretación del artículo 19 a otra? Quizás la cuestión puede al menos simplificarse eliminando algunas opciones posibles por vía de reducción al absurdo. Imaginemos una interpretación perfeccionista del artículo. Tal interpretación distinguiría entre acciones privadas que ofenden la moral pública y acciones privadas que no la ofenden. Pero si 'moral pública' no se contrapone a 'moral privada', es decir si lo que aquí hay no es una distinción entre los deberes para con uno mismo y los deberes para con los demás, entonces habrá que especificar otro significado para el término en cuestión. Seguramente los posibles sostenedores de una interpretación por el estilo entenderán 'moral pública' como equivalente a 'moral social' o "moral positiva", ie., los valores dominantes en una sociedad determinada. Según esta interpretación el artículo debería leerse como afirmando "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan la moral social o positiva..."¹⁰ Lo que habría que determinar ahora es qué significa "ofender".

En un primer sentido, por "ofensa" podemos entender la mera contradicción entre el contenido del acto y lo dispuesto por la moral en cuestión. Si este fuera el caso entonces aún un acto realizado en la intimidad, es decir, sin que nadie se entere, pero que contradice la moral social, ofende esa moral y puede, de llegar a ser de algún modo conocido (por grabaciones por ejemplo), ser legítimamente sancionado por el estado.

perfeccionistas puede encontrarse en Gargarella, 2008: 779 – 796. Discusiones sobre la correcta interpretación del artículo 19 de la Constitución pueden encontrarse en entre otros en Sampay, 1975; Basterra, 2009 y Gelli, 2005.

¹⁰ Una lectura alternativa podría concebir "moral pública" en términos de moral de lo público o moral del estado, ie., razón de estado. Sin embargo, si esta fuera la interpretación adecuada ello equivaldría a la evaporación más absoluta de la garantía. La norma establecería que las acciones que no contradigan razones de estado están exentas de la autoridad de los magistrados. Pero sólo el estado estaría en condiciones de determinar qué es una razón de estado.

Otra interpretación es que la ofensa debe entenderse en el sentido de que se debe cuestionar explícitamente, desafiar públicamente, la moral social. El acto inmoral debe ser hecho en el ámbito público para ofender la moral social o pública. Aquí lo que se protegería es el pudor o sentido moral de los demás. Semejante interpretación abogaría por un sentido deflacionario del derecho a la privacidad como derecho a la intimidad.

Ahora bien, observemos que el artículo dice que, para estar alcanzados por la garantía, los actos privados *de ningún modo* deben ofender la moral pública. Ello parecería indicar que incluso las ofensas conformes con el primero de los sentidos arriba distinguidos, el que entiende "ofensa" como mera contradicción, están fuera del alcance de la garantía. Pero si éste fuera el caso entonces el contenido real de la garantía se evaporaría completamente. Pues es lo mismo afirmar que los actos privados que no contradicen, es decir, que son conformes con la moral social o pública están exentos de la autoridad de los magistrados que decir que sólo los actos conformes con la moralidad social están exentos de dicha autoridad. Lo que a su vez es igual que sostener que los individuos están completamente sometidos a la moral social. Ello equivaldría a una incorporación en masa de la moral social al derecho y a la muerte de cualquier espacio de individualidad.

Creo entonces que podemos descartar esta interpretación por inviable. ¿Qué sucede con la segunda, la que limita el derecho a la privacidad a un derecho a la intimidad? Sobre esta cuestión Nino destaca que "la norma sufre cierta trivialización cuando se la interpreta como si meramente consagrara un derecho a la intimidad, o sea un derecho a mantener un ámbito físico privado en el que la persona esté libre de intromisiones por parte de terceros" (Nino 1984:426). Señala acertadamente que el derecho a la intimidad está presupuesto por el artículo 18 de la Constitución cuando consagra la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y los papeles privados (Nino 1984:426).

Podríamos pensar (de hecho esto es lo que parece pensar Nino) que si presuponemos como criterio interpretativo la racionalidad del legislador, entonces no cabe asumir que si éste ya garantizó la intimidad en un artículo la garantice también en otro, ie., que sea redundante. Sin embargo este argumento no es del todo bueno. En el artículo 18 podrían estar garantizadas algunas manifestaciones específicas del derecho a la intimidad mientras que, de ser ésta la interpretación correcta, el principio general estaría contenido en el artículo 19 (Bouvier 2009:4-6). De lo contrario también podríamos acusar al legislador de redundante al garantizar en el artículo 14 el derecho a trabajar y a ejercer industrias lícitas y en el artículo 19 garantizar el derecho a la privacidad (suponiendo aquí que privacidad signifique lo que significa para Nino: toda actividad que no daña a terceros).

A mi parecer podemos acordar con Nino en que las interpretaciones que limitan el artículo 19 a un derecho a la intimidad ofrecen una lectura excesivamente deflacionaria de la garantía constitucional.¹¹

¹¹ Para una lectura deflacionista del principio de autonomía ver el voto de la Dra. Argibay en el fallo "Arriola" considerando 14. Para un análisis del fallo y para argumentos en el sentido de que en el voto de la Dra. Argibay está

Pero no porque este derecho ya esté garantido en otro artículo sino porque, al igual que en la opción interpretativa anterior, el adoptarla implica la evaporación de la garantía o su reducción a un mínimo de protección. Pues lo que el artículo nos estaría diciendo es que están exentas de la autoridad de los magistrados las actividades privadas siempre y cuando se realicen en un ámbito reservado, un espacio donde nadie más que los que participan y consienten la actividad se enteren de la misma. Pero si nadie más que los participantes se entera, esto ya es garantía suficiente de que la actividad quedará exenta de la autoridad de los magistrados. Es cierto que podría darse el caso de intromisión estatal en una situación de intimidad (el estado grabando con cámaras, cual gran hermano, lo que las personas hacen dentro de sus casas, por ejemplo). Pareciera que bajo esta interpretación -y a diferencia de la anterior- el artículo aún funcionaría como garantía. Pero los casos realmente garantidos, si bien muy relevantes, serían muchos menos, dada nuestra práctica social y legal, de los que pudiéramos y sin duda quisiéramos garantizar con una interpretación más amplia del artículo. Lo que tendríamos, en otras palabras, es una significativa reducción de la esfera de libertad individual, justamente la esfera que el artículo está llamado a proteger.¹² Debemos reconocer, sin embargo, que no hay un argumento terminante para excluir esta interpretación. Es una interpretación posible y sólo cabrá eliminarla si mostráramos que hay buenas razones morales y políticas para preferir la interpretación liberal.

Respecto de esta última interpretación Nino, luego de sostener su particular lectura del 19 a partir de los antecedentes históricos de la Constitución y del proceso de elaboración del documento de 1853 (Nino 1992:316 – 317), afirma lo siguiente:

“Pero más que los antecedentes es necesario advertir que el artículo 19 ofrece una magnífica oportunidad de reafirmar el principio de autonomía de la persona, que es el núcleo de una concepción liberal de la sociedad, sólo en la medida en que las descripciones “acciones privadas de los hombres”, “acciones que no ofendan el orden y la moral pública” y “acciones que no perjudiquen a terceros” se entiendan como coextensivas, vale decir, como tres formas de referirse a la misma clase de acciones: las acciones son privadas en la medida en que sólo ofendan una moral privada compuesta por pautas que valoran tales acciones por sus efectos en la vida y el carácter moral del propio agente, y no ofendan en cambio una moral pública constituida por pautas que valoran a tales acciones por sus efectos dañinos o beneficiosos sobre terceros. La posible objeción de que la norma así interpretada sería redundante, se responde teniendo en cuenta que es un recurso legislativo común el empleo de descripciones coextensivas, empleo que tiene valor explicativo” (Nino 1992:316 – 317).

implícita o podría derivarse una interpretación deflacionaria del artículo 19 como garantizando meramente un derecho a la intimidad ver Bouvier 2009:4-6.

¹² Al respecto ver el considerando 6 del voto del juez Petracchi en Bazterrica (Fallos 308:1412).

En otras palabras, Nino cree que ésta es la interpretación correcta porque es la que nos permite leer la Constitución Nacional como una constitución liberal. A su vez Nino considera que una lectura liberal es la mejor lectura moral de la Constitución. Ahora bien, parece haber aquí una petición de principio. ¿Podemos responder a la pregunta sobre si la interpretación liberal (la que ofrece Nino) del artículo 19 es la correcta afirmando que ese es justamente el caso porque ella es la interpretación liberal? No todas las circularidades son viciosas pero en todo caso habrá que demostrar si ésta es una circularidad no viciosa.

Para demostrar que Nino está en lo cierto y que hay que elegir la interpretación constitucional utilizaré el método interpretativo propuesto por Ronald Dworkin. Según Dworkin una teoría de la interpretación se divide en dos partes. Una parte perfecciona y desarrolla la idea de que una interpretación debe adecuarse a los datos que interpreta" (Dworkin 1990:29). Aquí la cuestión central tiene que ver con que la interpretación propuesta debe ajustarse suficientemente a los precedentes y en general a la historia institucional del derecho en cuestión. "Por otro lado, una segunda parte de la teoría tácita de la interpretación de cualquier juez será completamente independiente de esas cuestiones formales. Comprenderá los ideales sustantivos de la moral política que determinan si se ha de preferir una interpretación putativa, porque muestra mejor la práctica jurídica, desde el punto de vista de la justicia sustantiva" (Dworkin 1990:29). Aquí lo relevante, y supuesto que dos interpretaciones se ajusten por igual a la jurisprudencia relevante, es qué interpretación permite ofrecer la mejor lectura de la práctica institucional desde un punto de vista moral. En otros términos, hay que elegir la interpretación que ofrezca la mejor lectura moral de lo establecido por el derecho.

El repaso de la jurisprudencia argentina, ie., de la historia institucional con vistas a la satisfacción del requisito de adecuación, nos permite ver que en diversos tiempos han prevalecido lecturas alternativas del artículo 19.¹³ Así hay por un lado un grupo de sentencias perfeccionistas y deflacionistas del principio de privacidad contenido en el artículo 19. En el mejor de los casos esta interpretación sólo garantizaría un espacio de intimidad pero nada más fuerte. Otro grupo de fallos, o de votos dentro de fallos, afirman que el artículo 19 debe leerse en el sentido del establecimiento de un ámbito de autonomía personal en los términos avalados por Nino.

a) Precedentes perfeccionistas

Como sostiene Nino, más allá de algunos fallos tempranos a favor de una interpretación liberal del artículo 19¹⁴ hasta bien entrado el siglo XX la jurisprudencia de la Corte entendió dicho artículo en un sentido restringido, tal que permitía la interferencia estatal aun cuando las acciones privadas en cuestión

¹³ Para una revisión histórica de las interpretaciones jurisprudenciales del artículo 19 ver Nino, 1992:317 y ss.

¹⁴ (Fallos, 150:419).

no afectaran a terceros. Un hito de perfeccionismo judicial lo tenemos en el fallo "Colavini", de marzo de 1978.¹⁵ Allí la Corte sostuvo que el consumo de drogas es una conducta "viciosa" que determina la desintegración individual y colectiva, con influjos perniciosos en la moral y la economía de los pueblos y su acción sobre la delincuencia común, la subversiva y la destrucción de la familia; sostiene que es lícita toda actividad de Estado destinada a conjurar semejantes riesgos. Los fallos de este tono fueron frecuentes durante el régimen militar.¹⁶

Tras un breve período de dominancia de fallos liberales dictados durante el gobierno de Alfonsín (y que estudiaremos en el apartado siguiente) la Corte retomó la línea perfeccionista en el fallo "Montalvo" de diciembre de 1990.¹⁷ Entre otras razones se declaró que la tenencia de estupefacientes para consumo personal no era alcanzada por la garantía del artículo 19 sobre la base de los siguientes argumentos.

"Que en cuanto a la relación de causalidad entre la figura descripta por el tipo penal y el perjuicio ocasionado, si bien se ha tratado de resguardar la salud pública en sentido material como objetivo inmediato, el amparo (de la norma) se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad toda... Es que la importancia de los bienes tutelados... determina que interesen a la comunidad en general. Si no fuera así, la sociedad toda y la juventud en particular, podría creer que consumir estupefacientes no es conducta disvaliosa y que al Estado no le interesa que los miembros de la comunidad se destruyan a sí mismos y a los demás..."

Está claro que para la mayoría la mera inmoralidad de una conducta, incluso cuando sólo afecte al actor, es causa suficiente de su represión estatal.

De la misma época, otro importante precedente perfeccionista, ie., que afirma que hay acciones privadas que ofenden la moral pública y que por lo tanto no gozan del amparo de las leyes aun cuando no dañen directamente a terceros, es el voto de la mayoría y especialmente del Dr. Boggiano en el fallo "Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia" del 22 de noviembre de 1991. Allí el referido juez sostuvo que

"Una minoría tolerada requiere siempre de una mayoría tolerante. Pero se podría llegar a una situación en la cual tantas minorías reclamasen tolerancia que ya no pueda haber mayoría ninguna. La democracia

¹⁵ (Fallos, 300:254).

¹⁶ (Fallos, 301:673, 303:1205; 304:1678 y 305:137).

¹⁷ (Fallos, 313:1333).

requiere un sustrato de valores comunes. Y la desintegración de estos valores puede conducir a erosionar la cohesión de la sociedad indispensable para su gobierno mismo. La permisividad que viene rechazada de la instancia anterior pudo razonablemente haberse considerado como una fractura esencial de aquellos valores comunes, pues si el abuso del poder lleva a la tiranía, el abuso de la libertad conduce a la disolución”.¹⁸ “Que la recurrente no ha demostrado que la pública defensa de la homosexualidad con vistas a su aceptación social sea materia ajena a la moral pública, ni que el juicio de la Cámara al respecto pueda tacharse de inconstitucional como interpretación del artículo 19 de la Constitución... Las acciones privadas de los hombres ofenden de algún modo al orden, a la moral pública y perjudican a terceros cuando producen un daño a sus familias o a la sociedad en las que tales acciones repercuten o a sí mismos, pues nadie puede consentir válidamente que se le inflija un serio daño”.¹⁹

b) Precedentes liberales

Antes de ser retomada por la Corte menemista en Montalvo, la línea de decisiones perfeccionistas fue cortada en el fallo Bazterrica del 29/08/86.²⁰ En dicho fallo la mayoría sostuvo:

“Que el artículo 19 CN circunscribe el campo de inmunidad de las acciones privadas, estableciendo su límite en el orden y la moral pública y en los derechos de terceros...”.²¹ Que el accionar del legislador... no puede exceder... el campo de las acciones de los hombres que ofendan la moral pública, al que se refieren las normas morales que se dirigen a la protección de bienes de terceros”.²² “Conviene distinguir aquí la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros. Precisamente, a la protección de estos bienes se dirigen el orden y la moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es, acciones que perjudiquen a un tercero, tal como expresa el artículo 19 CN, aclarando aquellos conceptos. La referida norma impone, así límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el artículo 18, sino aquéllas que no ofendan el orden o la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones”.²³

Particularmente relevante es el voto concurrente del Dr. Petracchi. No es posible aquí reproducir sus diversas y abundantes consideraciones sobre el valor de la autonomía y sobre la correcta

¹⁸ Considerando 11 de su voto.

¹⁹ Considerando 17 de su voto.

²⁰ (Fallos, 308:1412).

²¹ Considerando 4 del voto de la mayoría.

²² Considerando 5 del voto de la mayoría.

²³ Considerando 8 del voto de la mayoría.

interpretación del artículo 19. Baste citar, ya que es un argumento relevante para evaluar si ha de preferirse una interpretación perfeccionista o liberal del artículo 19 y de la CN en general, los siguientes párrafos:

“La idea de la autonomía de la conciencia y la voluntad personal que resulta fundante de la democracia constitucional ha sido también proclamada por el Concilio Vaticano II en el sentido de que, para asegurar la libertad del hombre, se requiere ‘que él actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido y guiado por una convicción personal e interna y no por un ciego impulso interior u obligado por mera coacción exterior...’ Conviene recordar la síntesis acuñada en el siglo pasado por Cooley cuando define el derecho de privacidad como el ‘derecho a ser dejado a solas’, fórmula ya clásica que significa que la persona goza del derecho de ser dejada a solas por el Estado -no por la religión, la moral o la filosofía- para asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida en todas las dimensiones fundamentales de ella, plan que le compete personalísimamente y excluye la intromisión externa y más aun si es coactiva... El orden jurídico debe pues, por imperio de nuestra Constitución, asegurar la realización material del ámbito privado concerniente a la autodeterminación de la conciencia individual para que el alto propósito espiritual de garantizar la independencia en la formulación de los planes personales de vida no se vea frustrado... La protección material del ámbito de privacidad resulta, pues, uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de la persona y un rasgo diferencial entre el Estado de Derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias”.²⁴

Por último hay que destacar que si bien esta línea interpretativa fue dejada de lado, como ya vimos, en Montalvo, la Corte en su actual configuración la ha retomado en el fallo “Arriola”. El fallo remite explícitamente a Bazterrica, siendo ésta entonces la interpretación vigente en el derecho argentino.²⁵

4) ¿Cuál es la mejor interpretación moral de la Constitución?

Como vemos la jurisprudencia de la Corte ha derivado entre interpretaciones liberales y perfeccionistas del artículo 19. No podemos solucionar el problema interpretativo en base a la existencia de una única y coherente línea jurisprudencial. Quizás el hecho de que la interpretación hoy vigente sea la liberal sea razón suficiente para que, por principio de autoridad, deba ser considerada como la correcta. Pero en el futuro la opinión de este tribunal puede cambiar. Mejor haríamos en tener argumentos independientes para sustentar nuestra posición.

²⁴ Considerando 8 del voto del Dr. Petracchi.

²⁵ Fallos (A 891 XLIV), Considerandos 11y 29 entre otros.

En última instancia entonces la pregunta por la adecuada lectura del artículo 19 CN se reduce a cuál es la mejor lectura de la Constitución desde el punto de vista moral, y esto, a su vez, a si tenemos razones para optar por el liberalismo por sobre el perfeccionismo o viceversa como doctrinas políticas fundantes de nuestras instituciones. La respuesta obvia para la mayoría de nosotros será que el liberalismo es preferible. Pero esto puede querer decir sólo que nosotros preferimos vivir en sociedades liberales antes que perfeccionistas y autoritarias. Esta preferencia no funcionará sin embargo en contra de aquellos que, como los jueces cuyos fallos perfeccionistas fueron analizados aquí, prefieren vivir en sociedades de este último tipo.

Lo que necesitamos es un argumento moral que muestre que el liberalismo es preferible por sobre el perfeccionismo como principio estructurante de la vida social. Por supuesto este argumento no puede ser ofrecido en un texto cuya única pretensión es evaluar el estatus normativo de la prostitución en Argentina y la constitucionalidad de la prohibición de los prostíbulos en Córdoba. Sólo cabe decir, siguiendo a en términos generales a Kant, que una acción confiere valor moral al agente en tanto la razón por la que la persona la realiza es el hecho mismo de que esa acción es valiosa (Kant, 2002: 4,397). Si la realización de una acción o una omisión (y más aun cuando nos referimos a una acción u omisión privada en el sentido que no interfiere con intereses de terceros) nos es impuesta heterónomamente por el estado, entonces su realización no aporta a la virtud de nuestro carácter. Más aun si lo impuesto es no una acción concreta sino el modo mismo de vivir nuestras vidas. Sobre el punto no cabe sino recordar la más arriba reproducida afirmación del Dr. Petracchi en Bazterrica. Como vimos, haciendo suyas las palabras del Concilio Vaticano II, Petracchi sostenía que libertad del hombre, requiere "que él actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido y guiado por una convicción personal e interna y no por un ciego impulso interior u obligado por mera coacción exterior." Hay muchas otras razones para evitar el perfeccionismo en nuestras instituciones. Pero el hecho de que nos impida vivir vidas moralmente valiosas no es la menor.

Por supuesto que éste no es un argumento acabado a favor del liberalismo ni pretende serlo. En todo caso se me podrá imputar, tal como aquí imputé a Nino, una petición de principio. Pero ello no es demasiado problemático porque hoy son pocos los que explícitamente contradicen que el liberalismo sea no sólo la doctrina política de hecho fundante de nuestras instituciones y, particularmente de la Constitución Nacional sino también la que debe fundarlas. Ahora bien, si esto es así y, en consecuencia, la lectura correcta del artículo 19 es la liberal, entonces se sigue que la prostitución, en tanto actividad consentida por personas adultas y que no daña a terceros ni ofende la moral pública en el sentido de los deberes hacia los demás, goza de amparo constitucional.

5) Estatus normativo de la prohibición de prostíbulos

La prostitución es hoy una actividad permitida por las leyes y una hipotética prohibición de la misma, tal como pretendo haber demostrado, sería inconstitucional. Pero lo que se ha prohibido son los prostíbulos. ¿Qué conclusión podemos sacar sobre este último punto a partir de lo sostenido en el primero? Quizás la respuesta esté en la Constitución misma:

Artículo 28 CN. “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.”

La prohibición de los prostíbulos no es más que la obstrucción de una actividad legítima, amparada por nuestra Constitución. La prohibición de los prostíbulos es inconstitucional. Por otra parte la mujer que ejerce la prostitución se encuentra mucho más protegida y segura en un prostíbulo que en la calle. Prohibir los prostíbulos equivale a someterlas a una situación de mucha mayor vulnerabilidad. La prohibición de los prostíbulos es inmoral.

Referencias Bibliográficas

- BOUVIER, H., (2009) “Tenencia, Consumo y Ostentación de Estupefacientes: acerca del fallo "Arriola" de la CSJN” en *La Ley*, Año LXXXIII, nro 229, 1/12/2009, Tomo: 2009-F pp. 4-6. Vínculo <http://www.laley.com.ar/laley/cms/files/1916//diario%201-12-09.pdf>
- BASTERRA, M., “El Derecho a la Intimidad”, en Sabsay, D. y Manili, P. (dir. y coord.) *Constitución de la Nación Argentina y Normas Complementarias, Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, Hamurabi, Buenos Aires, 2009.
- DWORKIN, R., (1990), “Retorno al Derecho Natural”, en Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo, Eds., *Derecho y Moral, Ensayos Analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990.
- GARGARELLA, R., “Constitucionalismo y Privacidad”, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, T II*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
- GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2005.
- KANT, I., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, (1785), trad. de Roberto Rodríguez Aramayo, Alianza, Madrid, 2002.
- KANT, I., *Metafísica de las Costumbres* (1797), trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Altaya, Barcelona, 1996.
- LLAMBÍAS J., “Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos”, *La Ley*, t. 50, Buenos Aires, 1948.
- LLAMBÍAS, J., *Tratado de Derecho Civil, Parte General T. II*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997.
- NINO, C., (1984) *Ética y Derechos Humanos*, Editorial Astrea, Buenos Aires. 2007.
- NINO, C., (1992), *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2000.
- ROMERO-DAZA, N.; WEEKS M. y SINGER, M., “Nobody Gives a Damn if I Live or Die: Violence, Drugs, and Street-Level Prostitution in Inner-City Hartford, Connecticut”, *Medical Anthropology*, n° 22, 2003.
- SAMPAY, A., *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975.