



Promoción y Facilitación de la Prostitución.

Por Javier Augusto De Luca y Valeria A. Lancman.

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 mediare el consentimiento de la víctima.”*

1 – ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

Históricamente, existieron distintas formas que castigaban el delito de promoción o facilitación de la prostitución ajena que, en la mayoría de los casos, fue contemplado junto al de corrupción.

La promoción o facilitación de la prostitución de una persona mayor de dieciocho años aparece en el Proyecto de 1906. En este caso, se exigía que el autor se hubiera valido de fraude, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de cualquier otro medio de coerción. También, en el art. 129 se establecía una presunción *iuris tantum* de autoría para los regentes de una casa de prostitución pública o clandestina donde se encontrara alguna víctima de los delitos previstos en los artículos anteriores, mientras que en el art. 131 del mismo proyecto se sancionaba a quien, por algún medio coercitivo, hubiera detenido, facilitado, o permitido la detención de una persona, aunque fuera mayor, contra su voluntad, y aun por causa de deudas, en casa de prostitución, o la hubiera obligado a entregarse a la prostitución.

Aquella forma de delito se mantuvo en el Proyecto de 1917 y en el Código de 1921. Se castigaba la conducta de quien con ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos, promoviera o facilitara la prostitución o corrupción de menores de edad, sin distinción de sexo, aunque mediara el consentimiento de la víctima, y también la acción de promover o facilitar la corrupción o prostitución de mayores de edad.

En el Proyecto de 1937, elaborado por Coll y Gómez, se sancionaba a quien, para satisfacer deseos ajenos, promoviera o facilitara la corrupción o prostitución de un menor, induciéndolo a

realizar actos sexuales con un tercero (art. 170). En el caso de mayores, se exigía algún vicio del consentimiento o que el autor fuera el marido de la víctima o hiciera con ella vida marital (art. 172).

En el Proyecto de 1941 se castigaba a quien, para satisfacer la lasciva ajena, promoviera la prostitución o corrupción de una persona menor de edad o en estado de enfermedad o deficiencia psíquica. De igual modo, se preveía la promoción de la prostitución o corrupción de mayores de edad, siempre que hubiera mediado engaño, fuerza o intimidación, o el autor fuera ascendiente, marido, amante, hermano, tutor o curador, o se le hubiera confiado la persona por motivos de cura, educación, instrucción, vigilancia o custodia.

En ambos casos –tanto de víctimas menores, como mayores– se disponía una sanción menor si el agente se hubiera limitado a facilitar la prostitución o corrupción.

En el Proyecto de reforma de 1951, se trató en forma separada la promoción o facilitación de la corrupción, de la promoción o facilitación de la prostitución. En este último supuesto se preveía la conducta de quien promoviera o facilitara el trato sexual promiscuo de personas menores de veintiún años o que se encontraran en la misma situación al tratar la corrupción, mientras que en el caso de mayores se exigía que el autor se hubiera valido de violencia física, amenaza o engaño.

El Proyecto de 1953 incluyó, en el art. 202, bajo el capítulo III “Delitos contra la libertad sexual y las buenas costumbres”, la promoción o facilitación, a persona de uno u otro sexo, al trato sexual promiscuo y habitual, exigiéndose para el caso de mayores que se encontraran en una situación de imposibilidad de resistir (art. 202 inc. 2º) o que se hubiera empleado engaño, violencia o intimidación.

El Proyecto de 1960 contempló en el art. 169, bajo el título “Proxenetismo”, la conducta de quien con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos, promoviera o facilitara la prostitución de una persona, sin distinción de edad. El Proyecto no incluía la promoción o facilitación de la corrupción de mayores de edad.

La ley *de facto* 17.567 –derogada por la 20.509– también contempló el delito de promoción o facilitación de la prostitución. Así, en el art. 126 reprimía a quien, con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos, promoviera o facilitara la prostitución de una persona, sin distinción de sexo ni edad, previendo una agravante en caso de que la víctima fuera menor de dieciocho años. Se advierte aquí un claro antecedente de la redacción actual de la ley, aunque ésta ya no exige elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.

La ley *de facto* 21.338 de 1976 mantuvo, sustancialmente, la redacción del Código de 1921 en las figuras de promoción y facilitación de la corrupción y prostitución. Agregó el art. 127 *bis*, que castigaba la rufianería, y el art. 127 *ter* que penaba la trata de personas -mujeres y menores- para el ejercicio de la prostitución.

Luego, la ley 23.077 de 1984 derogó las modificaciones efectuadas por la anterior, restableciendo el código originario, y el art. 17 de la ley 12.331 y mantuvo como art. 127 *bis* al art. 127 *ter* de la anterior ley *de facto* 21.338.

Con posterioridad, la ley 25.087 modificó el título de los delitos, que pasó a ser la integridad sexual, y reguló en dos artículos la promoción y facilitación de la prostitución de mayores y menores. Así, introdujo el art. 125 *bis* que establecía: “*El que promoviere o facilitare la prostitución de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a diez años.*

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también, si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona encargada de su educación o guarda.”

Por otra parte, el delito de promoción o facilitación de la prostitución de mayores de dieciocho años se hallaba previsto en el art. 126, que disponía: “*Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a diez años, el que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos, promoviere o facilitare la prostitución de mayores de dieciocho años de edad, mediando engaño, abuso de una relación de dependencia o de poder, violencia, amenaza, o cualquier otro medio de intimidación o coerción”.*

También, en el art. 127 se castigaba la explotación económica del ejercicio de la prostitución, mientras que en los arts. 127 *bis* y *ter* -luego derogados por ley 26.364- se sancionaba la trata de personas -menores y mayores- para el ejercicio de la prostitución.

Actualmente, el art. 125 *bis* fue modificado por la ley 26.842 –que, a su vez, modificó la ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas– y pasó a contemplar como sujeto pasivo a cualquier persona, sin efectuar distinciones en cuanto a su edad, previéndose una agravante en caso de que la víctima fuera menor de edad. Además, el tipo básico le restó cualquier clase de efecto al consentimiento de la víctima y ya no exige que las acciones sean cometidas por algún medio en particular –*engaño, fraude, violencia, amenaza, o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad, o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima*–, que quedaron previstos en la figura agravada del art. 126.

2 – BIEN JURÍDICO.

El título del Código penal en el que se inserta el art. 125 *bis*, los debates parlamentarios¹ y su texto indican que las acciones allí descriptas reclaman una ofensa al bien jurídico integridad sexual, término que, por su imprecisión, debe ser identificado con la libertad sexual, que consiste en el derecho de disponer del propio cuerpo en cuanto a su sexualidad, de una libertad de hacer o dejar que nos hagan, que debe ser entendida en su aspecto negativo o de reserva, como el derecho a decir “no” a diversas expresiones de contenido sexual².

Tradicionalmente se entendió que el proxenetismo ofendía las buenas costumbres y la moralidad sexual³, o incluso la salud pública⁴.

Actualmente, en función de reforma introducida por la ley 26.842, resulta más adecuado hacer referencia a la libertad sexual como el bien jurídico cuya lesión exige la figura comentada.

No obstante, el concepto merece algunas precisiones, porque el tipo penal quedará perfeccionado *aunque mediare el consentimiento de la víctima*. Es decir, la ley ya no alude a la falta de consentimiento de las víctimas mayores de edad. Esta siempre fue una cuestión independiente de su demostración pero, sin embargo, ese asunto generó gran confusión en la doctrina y la jurisprudencia al requerir la prueba de la falta de consentimiento en casos donde el sujeto pasivo era explotado y, de esa manera, no tener en cuenta que nadie puede consentir jurídicamente su propia explotación. En fin, ahora se aclara expresamente que la conducta es delito aunque mediare consentimiento de la víctima, lo cual nos ubica en una figura difícil de contextualizar dentro de aquellos supuestos de hecho que deben lesionar o poner en peligro este bien jurídico, que no debe ser confundido con la moral o decencia pública.

La situación de las víctimas menores quedó contemplada en la figura agravada, prevista en el artículo siguiente, lo cual sí guarda lógica con el sistema de estos delitos, en tanto la ley descarta la validez del asentimiento de los menores de edad, en un contexto de protección de los niños, en el ámbito del desarrollo hacia la madurez sexual.

Recordemos que el anterior texto del art. 126 sólo reprimía la conducta de quien promoviera o facilitara la prostitución de mayores de dieciocho años por alguno de los medios allí previstos – *engaño, abuso de una relación de dependencia o poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción*–, que resultaban elementos constitutivos del tipo penal. El problema de los medios comisivos para vencer el consentimiento pasaba, entonces, por interpretar qué se entendía por consentimiento y concluir de buena fe cuándo éste no existía, aunque con la expresión “cualquier

¹ Versión Taquigráfica, Cámara de Senadores, 10ma. Reunión, 8va. Sesión ordinaria del 31 de agosto de 2011 y, Cámara de Diputados, Reunión 23ra., sesión del 19 de diciembre de 2012.

² De Luca, Javier Augusto y López Casariego, Julio, *Delitos contra la Integridad Sexual*, ed. Hammurabi, José Luis Depalma editor, 1ra. Edición, 2009, Buenos Aires, p. 28.

³ Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Parte Especial, Volumen VI, reimpresión de la sexta edición, ed. Temis, Bogotá, 2001, § 2923, aunque también advierte las críticas de tal posición, ob. cit., § 2938 y 2939.

⁴ Nuñez, Ricardo C., ob. cit., pág. 369

otro medio de intimidación o coerción” se encubrían las formas más sutiles de viciarlo.

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. Así quedó plasmado en el inc. c) del art. 2º de la ley de Prevención y Sanción de Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas⁵, y condujo, como lógica consecuencia, a restarle validez al consentimiento de las personas mayores de edad objeto de esas prácticas.

De modo que, si bien en nuestro Código Penal la prostitución no contiene una punición autónoma, existirán situaciones en las que todo indica que, para la ley, su ejercicio no es enteramente libre. Se reprime tanto la promoción y facilitación de la prostitución (art. 125 bis), su explotación económica (art. 127), como el ofrecimiento, captación, traslado, recibimiento o acogimiento de personas con esos fines (art. 145 bis) sin exigirse ninguna clase de torcer la voluntad de los sujetos pasivos. Además, siguen estando prohibidas las casas o locales donde de ejerce la prostitución, llamadas casas de tolerancia, y reprimidos quienes las sostienen, administran o regentejan (cfr. arts. 15 y 17 de la ley 12.331, referida a la profilaxis antivenérea) y, finalmente, en algunas jurisdicciones se encuentra contemplada, pero como contravención, la conducta de quien ofrece o demanda en forma ostensible servicios de carácter sexual en espacios públicos no autorizados, como por ejemplo, en el Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires⁶.

En el art. 125 bis, el foco está puesto sobre quien promueve o facilita la prostitución de otro, y atrapa más supuestos que el clásico lenón, proxeneta o alcahuete. Al hablar de promover o facilitar, el autor ya no se circscribe a un agente intermediario en la prostitución⁷, que concierta una relación amorosa⁸, y se aleja del que explota la prostitución ajena, porque esa situación está contemplada en otra figura. Aquí no es necesario que el autor procure obtener para sí una ganancia o provecho material, como lo exigía la vieja redacción del art. 126 para el caso de víctimas mayores de edad. En este punto, cabe repetir que la figura se distingue de la prevista en el art. 127. La primera

⁵ El art. 2º de la ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas con las reformas introducidas por la ley 26.842, establece que “*A los fines de esta ley, se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas: [...] c) Cuando se promovere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos*”, aclarándose luego que “*El consentimiento dado por la víctima de trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores*” (art. 2, *in fine*).

⁶ La conducta está prevista en el art. 8, que prevé una sanción de uno a cinco días de trabajo de utilidad pública o multa de doscientos a cuatrocientos pesos. Por otra parte, en la Cláusula Transitoria del mismo código se establece que “*Hasta tanto se apruebe la autorización a la que se hace referencia en el artículo 81, no se permite la oferta y demanda ostensible de servicios de carácter sexual en espacios públicos localizados frente a viviendas, establecimientos educativos o templos o en sus adyacencias*”, entendiéndose por tales una distancia menor de doscientos metros de las localizaciones descriptas. Por último, se aclara que “*En ningún caso procede la contravención en base a apariencia, vestimenta o modales*”.

⁷ Carrara, Francesco, ob. cit., pág. 53, § 2960, quien al describir al lenocinio en su primera forma más general explica que éste se manifiesta castigando cualquier intervención de un tercero, como incitación, instigación o ayuda de toda especie, por la cual ese tercero facilite un acto carnal o cualquier otro acto impudico entre dos personas.

⁸ Diccionario de la lengua española, vigésima segunda edición, primera acepción del término “lenón” (www.rae.es).

sanciona a quien promueve o facilita la prostitución; la segunda, a quien explota las ganancias que la otra persona obtiene con ese ejercicio.

La problemática del “lenocinio” o “rufianismo”⁹ es muy profunda y en ella se entremezclan situaciones de violencia y coerción, pero también de poder de hecho sobre la voluntad del sometido, pero sin violencia, por causas sentimentales, económicas, culturales y de todo tipo, las cuales difícilmente se den en forma aislada en cada caso particular¹⁰.

La ley quiso concentrarse en la conducta de aquellos que, de algún modo, configuran formas que contribuyen a la degradación humana. Si se quiere, puede considerarse que son formas incipientes o que contribuyen a la explotación de los seres humanos en materia sexual.

Ya al quitarle cualquier clase de efecto al consentimiento de quienes se prostituyen, la ley concibe que las personas que ejercen tal actividad no lo hacen porque le place o con un consentimiento informado y libre. No son casos de violencia sexual ni de aprovechamiento de la actividad sexual de otro. Se trata de castigar a todo aquel que contribuye a la prostitución simple otros.

Esta concepción se inspira en la idea que no existe la “prostituta feliz”, que puede entrar y salir de la prostitución lucrativa cuando quiere. Pone de manifiesto el verdadero problema, éste es, que generalmente no se trata de un trabajo pactado en igualdad de condiciones. No se trata de una violación, sino de prostitución, donde no hay violación porque existe consentimiento en el trato sexual individual, pero ello no significa que, desde otra mirada, exista un consentimiento libre en prostituirse, porque esa actividad es degradante, desde el punto de vista psicológico y de la dignidad. Lo mismo sucede con otras situaciones, como los trabajos denigrantes, matrimonios serviles, etcétera. Se trata de dos consentimientos distintos: uno es el de la disponibilidad de tradicionales bienes jurídicos en igualdad de partes contratantes; el otro, el que se da dentro de una situación global de explotación humana, en donde quien tiene el poder se vale de las necesidades del otro. La línea es sutil, pero la ley obliga a trazarla¹¹. Si no lo hacemos, caeríamos en la sencilla tarea de ver en esta figura un ataque a la decencia pública, a la moral pública o algo similar, y difícilmente pueda sortearse el escollo constitucional de nuestro artículo 19 CN, en tanto se trata de acciones llevadas a cabo entre adultos, que no afectan derechos de terceros.

⁹ Ambos conceptos son utilizados en sentido genérico como sinónimos. Al respecto, explica Carrara, Francesco, ob cit., pág. 51, § 2958, que la palabra lenocinio tiene un sentido vulgar muy extenso, que expresa toda manera, aun honesta, con que se induce a otros a satisfacer nuestros deseos. Pero, en sentido jurídico esa palabra expresa un acto deshonesto, y con más precisión, todos los modos con que un tercero se entromete entre dos personas para hacer que una acceda al deseo carnal de la otra, o para facilitar sus recíprocos deseos. Y en su nota, se aclara: se trata, naturalmente, de la connotación que tiene en italiano, idioma en el cual la voz lenocinio, además de significar rufianería, proxenetismo, alcahuetería, denota también encanto, seducción, artificio, atractivo, o sueño.

¹⁰ De Luca y López Casariego, ob. cit., pág. 170.

¹¹ El tema se encuentra desarrollado por De Luca, Javier A., al comentar los arts. 145 bis/ter, CP, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R., Directores, Terragni, Marco A., coordinador, Tomo 5, ed. Hammurabi, José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 2008, pág. 442.

Corresponde aclarar que valerse u obtener un beneficio de esas situaciones de vulnerabilidad no se refiere a los clientes de la prostitución, porque no son facilitadores ni promotores, sino parte necesaria de la prostitución misma, como situación. También debe advertirse que, al momento en que esto se escribe, existen proyectos legislativos para reprimir al cliente, lo cual volvería a cambiar el paradigma de todos estos delitos.

Aquí estamos en el ámbito de quienes ejercen la prostitución por cuenta propia y con pleno dominio de la situación o autonomía. Esto deberá ser analizado en cada caso, pero cuidando de razonar en el sentido que conduce a la tipificación de una inmoralidad. No debe olvidarse que detrás de todo esto existe una desgracia, donde aparece una persona que debe sustentarse a través del trato sexual ejercido no con quien le place (en el sentido afectivo y erótico del término), sino con quien le pague¹².

En definitiva, la única forma de interpretar constitucionalmente estas dos modalidades delictivas del art. 125 bis del Código Penal, será considerar que la simple promoción o facilitación de la prostitución ajena configura una especie particular y menor de explotación que el legislador consideró que merecía ser sancionada, aun cuando mediare el consentimiento de personas adultas y libres.

De esta manera, no cualquier promoción o facilitación en el sentido literal de las expresiones, será apta para habilitar castigo penal. Por ejemplo, la de quien le facilita a un/a amigo/a el teléfono de un/a prostituto/a mayor de edad y “cuentapropista” para que se contacte por su cuenta y arregle el trato sexual; o la del carpintero que arregla la cama donde se concretan los tratos sexuales; o la de quien diseña un volante o tarjetas personales de propaganda para que el/la prostituto/a distribuya en la vía pública o donde sea; o quien lo deja entrar y estar en un bar o local bailable, a sabiendas de que esa persona allí contacta los clientes, etcétera. Todas estas conductas, de no restringirse la interpretación del texto a verdaderos ataques a la libertad sexual (aunque sean más remotos), serían punibles.

Es que cabe cuestionar la conveniencia del empleo de una fórmula tan amplia, comprensiva de cualquier forma de promoción o facilitación de la prostitución de personas mayores. Es muy sencillo caer en la trampa de ver en ello sólo una ofensa a las buenas costumbres o la moral. Como decía CARRARA “*la cuestión se vincula con el tema general de la prostitución, contra la cual han sido tan variables las opiniones de los filósofos y de los publicistas, pues unos las rechazan como peste social, y otros la defienden como un mal necesario que debe preferirse a los graves desórdenes que, gracias a ella, se impiden en las repúblicas [...]. La solución de ese problema debe llevarnos a un dilema inevitable, en el caso presente: si os parece oportuno arrojar de las ciudades a las*

¹² De Luca, Javier A., y López Casariego, Julio, ob. cit. pág. 170.

*prostitutas, sois lógicos en castigar a sus ayudantes; pero si os parece conveniente tolerarlas, es una estupidez concentrar vuestra persecución sobre sus sirvientes. Y creo que esta conclusión es irrefutable*¹³.

Con el texto anterior esto no ocurría, porque la promoción o la facilitación, lo eran a situaciones donde existía violencia, intimidación, fraude, aprovechamiento de situaciones de sometimiento, etcétera, con lo cual quedaba claro el ataque a la libertad sexual entre adultos, y porque además, el autor debía conocer la situación a la que contribuía con su promoción o facilitación (dolo).

3– LOS SUJETOS.

Sujeto activo de la promoción y facilitación de la prostitución puede ser cualquier persona de uno u otro sexo, pues la ley no efectúa limitación alguna. Sin embargo, si se tratara de alguna de las personas unidas con la víctima por alguna relación particular –*ascendiente, descendiente, cónyuge, afin en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima*– o si ésta fuere un *funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad policial o penitenciaria*, la conducta se subsumirá en el tipo agravado (incisos 2º y 3º del art. 126).

De igual modo, *sujeto pasivo* de este delito puede ser cualquier persona, previéndose una agravante en caso de que la víctima fuera menor de dieciocho años (art. 126, *in fine*).

4– TIPO OBJETIVO.

A- LA PROSTITUCIÓN.

La prostitución es considerada un estado, que se logra mediante un trato sexual venal, múltiple e indeterminado¹⁴. Se trata de una actividad que, ejercida con cierta nota de cotidianeidad o habitualidad, consiste en la prestación de servicios de naturaleza sexual a personas indeterminadas, a cambio de una prestación de contenido económico.

La mayoría de la doctrina entiende que los tres requisitos –entrega carnal indeterminada, habitual y por precio¹⁵ 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 encuadra en el tipo. Tampoco

¹³ Carrara, Francesco, ob. cit., pág. 63, § 2966.

¹⁴ Nuñez, ob. cit., pág. 341; Soler, ob. cit., pág. 340, Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, actualizado por Ledesma, Guillermo A. C., Tomo V, Parte Especial, 4ta. edición actualizada, ed. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, pág. 121.

¹⁵ En contra, Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, t. I, ed. Astrea, 5ta. ed., 1996, pág. 218, quien cuestiona el requisito del lucro por entender suficiente depravación la entrega habitual a sujetos indeterminados.

es suficiente la entrega sexual a una o a varias personas determinadas, pues a la venalidad y multiplicidad de personas habrá de agregarse la entrega indiferenciada.

La nota característica es que las capacidades sexuales de esa persona deben estar a la venta, sin que se derive del concepto de “venta” una obligación de yacer con todo aquel que pague el precio, porque el sujeto pasivo se reserva la potestad de elegir entre sus clientes y, aun así, habrá prostitución¹⁶.

El concepto exige una mayor exactitud, porque el hecho de que se trate de un estado conduce al problema de determinar si éste se alcanza luego de una determinada cantidad de prácticas, o si es prostituto/a la persona que ya ha puesto a la venta sus servicios sexuales pero aún no ha concretado ninguno¹⁷.

Lo cierto es que la prostitución, en sí misma, no es un comportamiento delictivo¹⁸, sino que se requiere que el sujeto activo la promueva o facilite. En consecuencia, al igual que sucede con el delito de corrupción, por tratarse de un delito de peligro, no es necesario que la víctima haya alcanzado un “estado” de prostitución o que finalmente se haya prostituido, sino que se sancionan aquellas conductas tendientes a alcanzarlo. Nuevamente, véase la gravedad de alejarse tanto del núcleo de lesión al bien jurídico integridad sexual.

B- LAS ACCIONES DE PROMOVER O FACILITAR.

Dentro del tipo objetivo, las acciones que la ley castiga son la promoción y la facilitación de la prostitución.

Promueve quien engendra en el otro la idea del ejercicio de la prostitución, lo impulsa a que se mantenga en ella, o lo persuade para no abandonarlo¹⁹, de modo que también una persona ya prostituida puede ser sujeto pasivo de este delito. En todos los casos la iniciativa parte del autor.

Facilita quien pone a disposición del sujeto pasivo la oportunidad o los medios para que se prostituya, como el hecho de procurar el lugar para el ejercicio de la actividad, o colaborar con publicidad para el negocio y la captación de clientes²⁰. No es el caso del cliente que paga el precio y tiene trato con el/la prostituto/a, pues el pago es un presupuesto de la prostitución²¹. De lo contrario, se llegaría a la paradójica conclusión de castigar al/la prostituto/a porque también facilita o promueve su propia prostitución. En otras palabras: como para el ejercicio de la prostitución se requieren al

¹⁶ De Luca y López Casariego, ob. cit., pág. 161.

¹⁷ Idem.

¹⁸ A esta altura, habrá que decir, “por ahora”.

¹⁹ Fontán Balestra, ob. cit., págs. 113 y 122.

²⁰ De Luca y López Casariego, ob. cit. pág. 162.

²¹ Ello, por ahora, porque existen proyectos legislativos para castigar al cliente. Y dicho, además, sin perjuicio de que el hecho pueda encuadrar en la contravención prevista en el art. 81 del Código Contravencional de la CABA, en caso de que se demande o se ofrezca en forma ostensible servicios de carácter sexual en espacios públicos no autorizados o fuera de las condiciones en que fuera autorizada la actividad.

menos dos sujetos, pues nadie puede prostituirse en soledad, el que facilita o promueve no puede ser uno de esos dos²².

En la facilitación, a diferencia del supuesto anterior, el sujeto pasivo ya se encuentra decidido a ejercer la prostitución, pero ello no significa que deba ser éste quien convenza a otro para que le facilite la continuación o mantenimiento de tal actividad, pues de ser así se estaría tratando al sujeto pasivo como un codelinciente no punible o provocador de la situación de la que se lo intenta proteger. Por eso, para la facilitación basta con una persona ya iniciada en la prostitución²³.

Finalmente, entendemos que la prostitución no puede promoverse ni facilitarse por medio de una omisión, dado que ambas acciones exigen conductas activas. Y si bien muchas situaciones de facilitación se componen de conductas complejas que pueden comprender acciones y omisiones, ello no puede conducir a sostener que la prostitución pueda ser cometida por una pura omisión²⁴.

5– TIPO SUBJETIVO.

Se trata de un delito doloso. En consecuencia, el autor debe conocer y querer que la realización de su conducta promueva o facilite la prostitución de la víctima.

Además, en el caso de las modalidades agravadas, previstas en los artículos siguientes, el autor debe conocer y querer dichas circunstancias, ya sean referidas a los medios empleados, al vínculo que lo une con la víctima o a su edad.

El error sobre la edad de la víctima, en la figura agravada, puede traer aparejado una distinta consecuencia cuando, por ejemplo, el autor supone que la víctima es mayor de dieciocho años. En tales casos, se excluirá la figura agravada, pero podrá aplicarse el tipo básico previsto en el artículo que se analiza, dado que éste no contempla un límite mínimo de edad a partir de la cual sea punible la promoción o facilitación de la prostitución.

Como se dijo previamente, la figura no reclama elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, como el ánimo de lucro o la satisfacción de deseos ajenos, que en su momento fueron exigidos por la vieja redacción de la ley –en el caso de víctimas mayores– y que tantas discusiones habían generado en la doctrina.

Anteriormente se requería que el lenón, proxeneta o alcahuete procurara obtener para sí una ganancia o provecho material, que podía o no consistir en una suma de dinero, resultando indiferente, a los fines de la consumación del delito, la obtención efectiva de esa ganancia, pues bastaba que hubiera integrado los planes del autor²⁵. Estos supuestos están contemplados en los artículos

²² De Luca y López Casariego, ob. cit., pág. 162/163; en contra, Tenca, Adrián M., *Delitos sexuales*, ed. Astrea, Buenos Aires, pág. 168, quien considera que la conducta del cliente promueve la prostitución.

²³ De Luca y López Casariego, ob. cit. pág. 149/150 y 162.

²⁴ Idem.

²⁵ Donna, Edgardo A., *Delitos contra la Integridad Sexual*, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, pág. 147/148; Nuñez,

subsiguientes, pero no en éste.

En cuanto a la satisfacción de deseos ajenos, se entendía que eran aquellos de naturaleza sexual, pero resultaba indiferente que dicha satisfacción fuera alcanzada²⁶.

En la actualidad el tipo penal no exige tales elementos.

6– CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.

Como se trata de un tipo penal de peligro, no es necesario que la víctima se prostituya para lograr la consumación, sino que basta la realización de actos idóneos tendientes a lograrlo. También se sostiene que, en general, se trata de un delito plurisustitutivo, que supone actos plurales y variados, cuya consumación se prolonga en el tiempo como los delitos permanentes, pero esta exigencia puede resultar contradictoria con lo que acaba de decirse anteriormente, en tanto no es necesario que la prostitución que se promueve o facilita comience a ejecutarse. En todo caso, lo que se exige es que se promueva o facilite una actividad que, de no haber comenzado, en el futuro tendrá la característica de ser reiterada.

Como las acciones típicas consisten en promover o facilitar la prostitución, y no en lograr dicho estado, se torna sumamente difícil distinguir en los casos concretos los actos preparatorios de los ejecutivos, con lo cual la tentativa resulta prácticamente inconcebible en función del principio de lesividad (art. 19, CN)²⁷.

7 – AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

El tipo penal no posee limitación alguna en cuanto a las formas de participación. No obstante, como la prostitución no es un delito en sí mismo, sino que las acciones típicas consisten en promoverla o facilitarla, se presentan algunas características especiales, porque es justamente la víctima quien ejercerá tal actividad. De este modo, cualquier impulso o colaboración que tradicionalmente constituirían supuestos de instigación o complicidad, en este caso serán de autoría.

El autor tendrá el dominio del hecho sólo con promover o facilitar las condiciones para que el sujeto pasivo se prostituya. Otras figuras penales contemplan supuestos similares, por ejemplo, la instigación o ayuda al suicidio (art. 83), la inducción a un menor para que se fugue de la casa de sus padres (art. 148) y la instigación a cometer delitos (art. 209).

Por otra parte, la figura del facilitador, que es una forma de participación autónomamente tipificada, no está concebida sólo como si se tratase de un caso de colaboración en el accionar de la

ob. cit., pág. 351, Fontán Balestra, ob. cit., pág. 125; De Luca y López Casariego, ob. cit., pág. 175.

²⁶ De Luca y López Casariego, ob. cit., pág. 176.

²⁷ De Luca y López Casariego, ob. cit. pág. 157/158 y 163. Por su parte, Donna, ob. cit., pág. 145, sostiene que se trata de un delito de mera actividad, en el cual la realización del tipo coincide con el último acto y, por lo tanto, no se produce un resultado separable de ella, coincidiendo la tentativa acabada con la consumación del delito.

víctima, sino también incurre en facilitación quien ayuda a un promotor de la prostitución.

La redacción del tipo penal, al tratar como autor tanto al promotor como al facilitador de la prostitución, genera que éste último también puede colaborar con el primero para prostituir al sujeto pasivo.

Sin embargo, nuevamente corresponde efectuar algunas aclaraciones, pues pareciera que de acuerdo a la redacción literal de la ley cualquier forma de colaboración con la prostitución ajena podría quedar abarcada por el tipo. Los ejemplos se multiplican. Así la situación del titular de un inmueble que lo alquila a personas adultas, donde luego éstas ejercen la prostitución, la del encargado de ese edificio o a la de quien se dedica a la limpieza del lugar, el administrador del consorcio, etcétera. Entendemos que el legislador no se ha referido a estos sujetos que, claramente, solo cumplen roles banales, cotidianos o inocuos. En estos casos, entendemos que la banalidad del rol tornará típicamente irrelevante el aporte de quienes podrían llegar a considerarse partícipes, o bien, permitirá establecer una prohibición de regreso respecto de la imputación por complicidad.