

Admitimos la reproducción total o parcial de este documento por cualquier medio o procedimiento siempre que se cite la autoría y la página web como fuentes de referencia y no se lucre con el material copiado.

PROYECTO DE LEY

Artículo 1°.- Derógase el artículo 81 del Anexo de la Ley N° 1472, Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Artículo 2°.- Derógase la Cláusula Transitoria del Anexo de la Ley N° 1472, Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Artículo 3°.- Comuníquese, etc.

FUNDAMENTOS

Sra. Presidenta:

"Ver a una persona en la esquina o en la puerta de su casa ofreciendo lo que la ley llama `servicios sexuales´ puede ciertamente perturbar mucho a algunas personas, molestar a otras y ser completamente indiferente a muchas otras. Del mismo modo que ver que una persona duerme a la intemperie en la puerta o en la esquina de la casa de uno, un día de invierno; del mismo modo que ver decenas de púberes mezclados con jóvenes a punto de entrar a un local bailable; del mismo modo que, finalmente, ver que, en los mismos lugares, haga frío o calor, niños, adultos o ancianos rompen bolsas de basura con el objeto de verificar si encuentran algo que pueda ser reciclado o, en un caso más extremo, si encuentran algo para comer. Es claro en todos estos ejemplos que ninguno de ellos, con independencia de la reacción de molestia, desagrado, simpatía o indiferencia que despierten en los vecinos, tiene la entidad suficiente como para configurar el daño a terceros que se debe exigir para prohibir esa acción..."

Dr. Julio Maier¹

Introducción

El presente proyecto de Ley tiene por objeto derogar el Artículo 81 y la Cláusula Transitoria, del anexo del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que sanciona la oferta y demanda de sexo en los espacios públicos.

La iniciativa aquí presentada reconoce como antecedentes los proyectos presentados por el Diputado (MC) Enrique Rodríguez, cuyo número de expediente es el 4828-D-2001, y por la Diputada (MC) Diana Maffía, que recibió trámite con el N° 408-D-2011 y fue reproducido por la Diputada Rocío Sanchez Andía en el expediente N° 90-D-2013.

Cabe mencionar, que el proyecto N° 408-D-2011 ha sido presentado en coautoría con diputados/as de todas las fuerzas políticas: Carolina Stanley (MC), Oscar Moscariello, Jorge Selser, Diego Kravetz (MC), Gonzalo Ruanova (MC), Claudio Presman (MC), María América Gonzalez, Marcelo Parrilli (MC), María José Lubertino, Gabriela Alegre, Juan Cabandié, Mateo Romeo, Adrián Camps, Laura García Tuñón, Antonio Rubén Campos, Eduardo Epszteyn (MC), Julio Raffo, Martín Hourest (MC), Raúl Puy (MC), Rocío Sánchez Andía, Fabio Basteiro, Julián D'Angelo (MC), Delia Bisutti, Rafael Gentili, Raúl Fernandez (MC), Sergio Abrevaya (MC), Fernando Sánchez, Juan Pablo Arenaza, María Elena Naddeo.

¹ TSJ CABA Expte. n° 245/00 "León, Benito Martín s/ recurso de inconstitucionalidad (art. 71, CC)".

El Código Contravencional, en el artículo 81 de su anexo, establece: "*Oferta y demanda de sexo en los espacios públicos. Quien ofrece o demanda en forma ostensible servicios de carácter sexual en los espacios públicos no autorizados o fuera de las condiciones en que fuera autorizada la actividad, es sancionado/a con uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública o multa de doscientos (\$ 200) a cuatrocientos (\$ 400) pesos. En ningún caso procede la contravención en base a apariencia, vestimenta o modales.*

"En las contravenciones referidas en el párrafo precedente, la autoridad preventora sólo puede proceder al inicio de actuaciones por decisión de un representante del Ministerio Público Fiscal."

Por su parte, la Clausula Transitoria dice: "*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.*

"En ningún caso procede la contravención en base a apariencia, vestimenta o modales. Se entiende por `adyacencias´ una distancia menor de doscientos (200) metros de las localizaciones descriptas precedentemente.

"En las contravenciones referidas en el párrafo precedente, la autoridad preventora sólo podrá proceder al inicio de actuaciones por decisión de un representante del Ministerio Público Fiscal."

Existen motivos de variada índole y contundencia para solicitar la derogación de los artículos mencionados, a saber:

- 1- La norma contradice el derecho a la libertad individual y el principio de reserva constitucional;
- 2- La norma no satisface el principio de lesividad;
- 3- La prohibición ha redundado en un sistema de aplicación selectiva, persecutoria y discriminatoria;
- 4- La norma ha demostrado su ineficacia y su capacidad de daño;
- 5- La norma no supera el examen de razonabilidad; y
- 6- La norma contradice el principio constitucional de pluralidad.

La Libertad Personal y el Principio de Reserva

La prohibición establecida en el artículo 81 contradice el derecho constitucional a la libertad y el principio de reserva constitucional, contenidos en el artículo 19 de la Constitución Nacional, que 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*".

La protección contra la abusiva intromisión estatal en los actos privados, también está contenida en los instrumentos internacionales con jerarquía Constitucional (Art 75, inc. 22 CN), a saber: el art. 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 16 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el art. 17 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

El art. 12.3 de la Constitución de la Ciudad dispone que: "(La Ciudad garantiza) *el derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte inviolable de la dignidad humana.*"

De este correlato de textos, se desprende que el Estado "*de ningún modo puede imponer a los ciudadanos una moral privada, ni un modelo de vida, ni un ideal de perfección personal. Deja ello librado a la moral, a las convicciones, a los principios religiosos de las personas.*" (Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, La Ley, 2005 p. 252).

El llamado "principio de reserva" exige como requisito para que el Estado interfiera en las acciones de las personas, que se verifique un daño a terceros. Este principio está vinculado con el principio de lesividad, que se expone en el próximo apartado. La oferta y demanda de sexo no es *per se* lesiva, y la inexistencia de afectación a bienes jurídicos de terceros impide al Estado aplicar una sanción de estricto carácter punitivo.

Además, no cualquier invocación de daño a terceros justifica la intervención regulatoria del Estado: determinadas conductas no pueden ser invocadas como un daño a terceros, por más que lo afecten en forma comprobable. El sostenimiento de puntos de vista diferentes y el ejercicio de formas de vida distintas que las que uno acepta no pueden, en una sociedad verdaderamente democrática, ser reconocidos como constitutivas de un "daño a terceros" que permita la interferencia estatal. El Estado no puede tener en cuenta el "daño" proveniente de la intolerancia de ciertos grupos a los modos de vida de otros, salvo que aquel modo de vida afecte la posibilidad de que quien aduce el daño ejerza su propia autonomía personal.

Este punto de vista es defendido por el Dr. Maier en el fallo "*León*" del Tribunal Superior de Justicia², en donde señala los límites de la acción del Estado: "*Podría especularse con que la prohibición general de ofertar o demandar sexo en los espacios públicos terminará con la alteración de la tranquilidad pública con ese motivo, pero esta misma solución podría aplicarse a una infinidad de situaciones que realizamos diariamente y que, de este modo, resultarían prohibidas. Esto es precisamente aquello que la Constitución Nacional quiso evitar con el artículo 19 (...)*". Este magistrado distingue claramente en su voto entre la moral privada, y la moral pública, entendiéndola ésta como la que juzga la corrección de las acciones de una persona por sus consecuencias dañosas empíricamente verificables respecto a otras.

Por ello, debemos insistir en la diferencia entre los derechos a la privacidad y a la intimidad. Al respecto Maier en su voto sostiene: "*privacidad se referirá a la posibilidad ilimitada e intangible de realizar acciones privadas, esto es, acciones que no dañen a terceros y que, por lo tanto, no pueden ser objeto de calificación por parte de una moral pública como la que el Derecho debe recoger y regular. Esta posibilidad se extiende a los espacios públicos, a la plena luz del día y a la presencia de multitudes. Intimidad, en cambio, sólo se refiere a la esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de terceros.*"

El derecho a la privacidad garantizado por nuestro máximo ordenamiento constitucional se extiende incluso sobre los espacios públicos. El solo hecho de que una

² TSJ CABA Expte. n° 245/00 "León, Benito Martín s/ recurso de inconstitucionalidad (art. 71, CC)"

acción sea observada por terceros no la priva automáticamente de su status de "acción privada"³.

"La prohibición contenida en el artículo 71⁴ del Código Contravencional", dice Maier en su voto del caso León, "se dirige a sancionar acciones privadas reprobadas por agentes con diferente criterio moral individual respecto de esas acciones que el que puedan tener otros agentes individuales en la misma comunidad (...) Las morales individuales no pueden ser el patrón con el que se midan estas acciones, las que (...) no pueden ser objeto de regulación por el Derecho en tanto este es expresión de la moral pública".

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha afirmado que *"el art. 19 de la Constitución establece la esfera en la que el Estado no puede intervenir; la combinación de este artículo con los vinculados a la libertad de cultos y a la libertad de conciencia no permiten dudar respecto del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la diversidad de pensamientos y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no se condice con la filosofía liberal que orienta nuestra norma fundamental."*⁵

El voto de la jueza Alicia Ruiz en "León" profundiza sobre el carácter "perfeccionista" (es decir la pretensión del Estado de imponer un concepto de "vida correcta") de la norma contenida en el actual artículo 81 del Código Contravencional: *"(...) Lo que se intenta evitar es la perturbación que produce en algunas personas o grupos de personas la circunstancia de que otros semejantes ofrezcan o demanden lo que la ley llama 'servicios sexuales' en algunos lugares de la ciudad, no puede sostenerse que los bienes jurídicos protegidos sean la tranquilidad pública y el uso del espacio público. Es evidente entonces que lo que se quiere proteger es una cierta valoración moral (frente a otras) desde la cual se pretende definir de modo excluyente cómo y cuándo se altera la tranquilidad pública y cuál o cuáles son los modos en que es posible usar el espacio público sin riesgo de ser sancionado. Si se prescinde de una perspectiva moral individual (que no supone que sea la de un único sujeto, desde luego), elevada dogmáticamente a la categoría de moral pública, la oferta y demanda de sexo, por sí misma, carece de entidad suficiente para configurar el daño a terceros que se debería exigir para prohibirla legítimamente sin afectar el principio de reserva ni el principio de legalidad material (arts. 18 y 19 CN y 13, inc. 9 CCBA).*

El sistema jurídico de un estado democrático de Derecho debe preferir la solución que asegure el máximo respeto por el pluralismo en la elección de opciones y modos de vida, por muy diferentes que sean entre sí cuando no hay coincidencia en las calificaciones morales de determinadas conductas. Esta posición no es -no podría serlo- neutral en el plano de los valores, sino que está fuertemente comprometida con la construcción de formas de sociabilidad en las cuales el otro sea reconocido desde su diferencia".

El artículo 81, en su redacción actual, cae en el vicio descripto, penaliza conductas que no constituyen delitos en el Código Penal y además castiga la elección que realiza una persona, relativa a su proyecto de vida, la cual involucra su esfera de reserva personal.

Ausencia de Lesividad

³ Ver los votos de los magistrados Petrachi o Belluscio en *Capalbo s/ tenencia de estupefacientes* - CSJN, sent. del 29/8/86.

⁴ En el momento de dictarse el fallo, el artículo 71 contenía la prohibición de ofrecer o demandar servicios de carácter sexual en espacios públicos.

⁵ CSJN, *Portillo, Alfredo c/ s/ infr. art. 44 ley 17.531*. sent del 18/4/89.

Prácticamente, cualquier acción que realizamos produce algún efecto sobre terceros y esto es lo que podría argumentarse para habilitar alguna clase de intervención estatal regulatoria. Por esta razón, es necesario determinar si ese efecto constituye un daño y cómo debe ser ese daño para ser relevante a los fines aquí analizados. Esto introduce la cuestión relacionada con el principio de lesividad.

El artículo 81 del actual Código Contravencional no satisface el principio constitucional de lesividad (art. 19 C.N. y 13.9 C.C.B.A.), dado que en este caso ni siquiera existe una acción "objetivamente peligrosa", desde el punto de vista ex ante, para el bien jurídico protegido (utilización del espacio público).

El artículo 13, inciso 9 de la Constitución de la Ciudad, dice: "*Se erradica de la legislación de la Ciudad y no puede establecerse en el futuro ninguna norma que implique, expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito, cualquier manifestación de derecho penal de autor o sanción de acciones que no afecten derechos individuales ni colectivos.*"

En igual sentido, el Código Contravencional en su primer artículo, exige que las conductas objeto de sanción impliquen daño o peligro cierto para los bienes jurídicos individuales o colectivos, lo que revela la intención del legislador local, en tanto debe existir, cuando menos, un peligro concreto de daño del bien jurídico tutelado por la norma. Razón por la cual se ha apuntado que: "*En este sentido, el legislador local ha llegado en su previsión más lejos que el nacional, imponiéndole al juez verificar en el caso concreto el daño o peligro cierto para el bien jurídico tutelado. Esto impide que se sancione a las personas por la comisión de los llamados 'delito de peligro abstracto', en las cuales el peligro al que el bien jurídico se encuentra sometido es genérico o remoto*"⁶.

En el citado caso "León", Maier sostiene en su considerando 3: "*El principio de lesividad contemplado por el art. 1 del Código Contravencional que traduce, en términos infra constitucionales, lo que en materia constitucional prescriben los arts. 18 y 19 de la Constitución y 13, inciso 9, de la Constitución local, integra el principio de legalidad material en el sentido desarrollado más arriba. En una concepción del derecho penal como instrumento de protección de los derechos de todas las personas, sólo es posible entender las prohibiciones y las sanciones como medios para minimizar la violencia y para proteger a los más débiles de los ataques arbitrarios de los más fuertes. En esa inteligencia se requiere que la conducta prohibida, en el caso en análisis como contravención, produzca un resultado lesivo de esos bienes protegidos.*"

A continuación, en su considerando 4 demuestra la falacia de considerar como "lesiva" la actividad sancionada en el artículo 81: "*Ver a una persona en la esquina o en la puerta de su casa ofreciendo lo que la ley llama "servicios sexuales" puede ciertamente perturbar mucho a algunas personas, molestar a otras y ser completamente indiferente a muchas otras. Del mismo modo que ver que una persona duerme a la intemperie en la puerta o en la esquina de la casa de uno, un día de invierno; del mismo modo que ver decenas de púberes mezclados con jóvenes a punto de entrar a un local bailable; del mismo modo que, finalmente, ver que, en los mismos lugares, haga frío o calor, niños, adultos o ancianos rompen bolsas de basura con el objeto de verificar si encuentran algo que pueda ser reciclado o, en un caso más*

⁶ Bujan, Javier Alejandro y Cavalieri, Carla, Derecho Contravencional y su procedimiento, Abaco, Buenos Aires, 2003, ps. 51-52

extremo, si encuentran algo para comer. Es claro en todos estos ejemplos que ninguno de ellos, con independencia de la reacción de molestia, desagrado, simpatía o indiferencia que despierten en los vecinos, tiene la entidad suficiente como para configurar el daño a terceros que se debe exigir para prohibir esa acción. Se adelantará aún más el juicio con estos ejemplos, si se piensa que dos paradigmas característicos y académicos de aquello a lo que se llama "Derecho penal de autor" (erradicado de nuestras prácticas por el art. 13, inc. 9 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), son, precisamente, la mendicidad y la pobreza extrema. Ellas, por lacerantes y por molestas que sean —por motivos que escapan a la valoración de este fallo— para quienes tenemos la suerte de no conducir nuestra vida según esos parámetros, no pueden justificar la imposición de una pena. "

De la lectura del artículo 81 del Código Contravencional no se desprende cuál es el bien jurídico afectado, así como tampoco el resultado, o en su caso, el peligro ocasionado por la conducta. Tal norma no hace más que imponer una pauta de conducta moral sobre la oferta de servicios sexuales, en flagrante violación al principio de reserva.

Selectividad del sistema

En otro orden de ideas, la tipificación de esta conducta se convierte, en la práctica, en la habilitación de la intromisión de un sistema represivo que se realiza preferentemente sobre personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad social.

Desde el año 2008 hasta el 2011, se contabilizaron un total de ingresos en el Ministerio Público Fiscal, de 24.633 causas⁷, a lo cual resta agregar las cifras del año 2012 que aún no se encuentran disponibles.

Es evidente que la persecución estatal se concentra injustificadamente en quienes se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad.

Otro dato impactante que demuestran las estadísticas⁸, y que refleja la criminalización de la pobreza, es que más del 99.5% de los hechos (labrado de actas) tuvieron lugar dentro de la zona de competencia de las Unidades Fiscales Sur y Sudeste, zona en donde generalmente habitan los sectores más humildes de nuestra Ciudad.

Es entonces evidente cómo la figura se ha tornado de aplicación selectiva, criminalizando y estigmatizando a quienes ofrecen servicios sexuales, siendo que la criminalización termina funcionando como un "justificativo" para los abusos, extorsión, discriminación, violencia institucional/social e impunidad.

En tal tenor, la Jueza Dra. Elena Liberatoti del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, en su medida cautelar dispuesta recientemente respecto del trabajo sexual ejercido por tres mujeres en su domicilio particular y la clausura del mismo de parte del GCBA por "falta de habilitación"⁹, expresa que *"La realidad de las amparistas y el accionar de las fuerzas policiales respecto de ellas son bien conocidas*

⁷ Ello surge de la sumatoria de causas del informe de los respectivos informes del MPF, correspondientes a los períodos 2008-2010 y 2011.

⁸ Ministerio Público Fiscal. Secretaría General de Política Criminal y Planificación Estratégica. Oficina de Asuntos Normativos e Información. "Informe estadístico sobre oferta y demanda ostensible de sexo en espacios públicos (Artículo 81 CC)". Año 2011.

⁹ Expediente "FLORES Gabriela Rosana y otras c/GCBA s/Amparo" s/Nro. Medida cautelar del 17 de enero de 2013.

en la sociedad nuestra aunque siempre sean cuestiones que se posponen al patio trasero de la hipocresía (...).

Con las medidas llevadas a cabo por los organismos dependientes del G.C.B.A. se reproducen las ideas estigmatizantes y se fortalece el estereotipo que ubica a las trabajadoras sexuales en un estrato de la jerarquía social inferior al de cualquier trabajador o directamente no se las considera dentro del mismo.

Esto se realiza por medio y con el apoyo de las acciones directas de las instituciones de la sociedad política como lo son las fuerzas policiales. Dicho hostigamiento tanto de las dependencias del G.C.B.A. como de las fuerzas policiales refuerzan el estigma que ubica a esta actividad laboral en el marco de la ilegalidad".

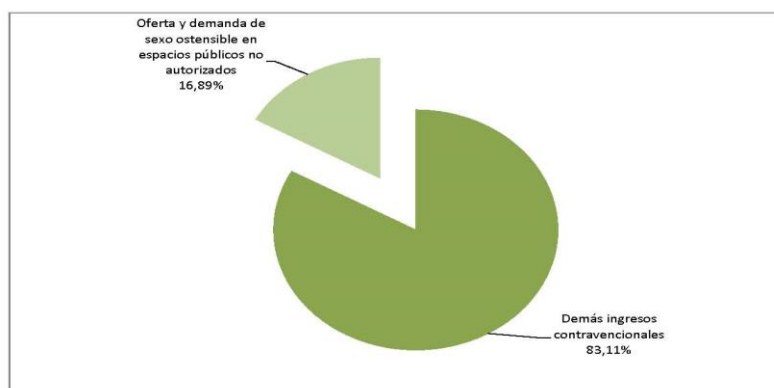
Ineficacia de la norma

Es necesario preguntarse si la norma que pretendemos derogar ha logrado su cometido; y si lo ha logrado, preguntarse si lo logra de modo legítimo. El primer interrogante será tratado en este apartado y, el segundo, en el próximo.

La norma cuestionada no ha logrado el cometido que se ha propuesto, esto es "proteger" el espacio público, por el contrario la norma ha habilitado excesos, su aplicación se ha desvirtuado y ha servido a fines ajenos a los propuestos mediante su sanción.

La ineficacia del artículo 81 puede deducirse al observar el aumento interanual de la oferta y demanda de sexo en la vía pública en distintas zonas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esta norma poco aporta en términos de resolver la situación social que muchas veces es determinante de la problemática. La herramienta punitiva sólo ha servido como una excusa para habilitar el ejercicio arbitrario de poder punitivo por parte de las fuerzas de seguridad sobre personas altamente vulnerables.

Los datos del Informe presentado por el Ministerio Público Fiscal¹⁰ del año 2011, indican que los casos contravencionales ingresados al Ministerio Público Fiscal por presunta infracción al art. 81 C.C., representaron el **16,89% del total de ingresos contravencionales.** *"Dicha cantidad, posicionó a esta figura en el segundo lugar en relación a la cantidad de ingresos registrados en materia contravencional en el año 2011, inmediatamente detrás del ejercicio de actividades lucrativas sin autorización en el espacio público -art. 83 del CC-"*¹¹.



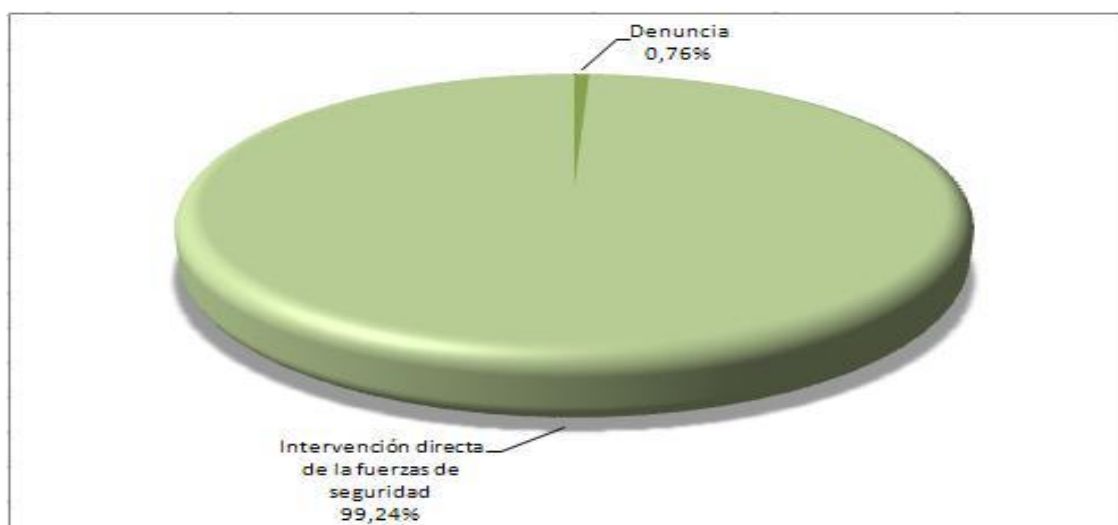
Fuente: "Informe estadístico sobre oferta y demanda ostensible de sexo en espacios públicos (Artículo 81 CC)" Pág. 6. 2011

¹⁰ Ministerio Público Fiscal. Secretaría General de Política Criminal y Planificación Estratégica. Oficina de Asuntos Normativos e Información. "Informe estadístico sobre oferta y demanda ostensible de sexo en espacios públicos (Artículo 81 CC)". 2011

¹¹ Idem.

El hecho de que, habiendo más de 70 figuras contravencionales, el artículo 81 participe de un porcentaje tan alto de ingresos, da cuenta de que el sistema punitivo selecciona preferentemente ésta conducta por encima de otras que representan mayor conflictividad social y daños concretos a derechos de terceros. La selectividad, entonces, se establece tanto mediante la criminalización primaria (tipo contravencional) como por medio de la criminalización secundaria (actividad de las fuerzas de seguridad).

Un dato del informe nos advierte sobre cómo se sobredimensiona la conflictividad que produce la oferta y la demanda de sexo en la vía pública: **del total de los 5.427 casos ingresados en el año 2011, tan sólo el 0,76% tuvo origen en alguna denuncia particular. El restante 99,24% fue iniciado producto de la intervención directa de las fuerzas de seguridad.**



Fuente: "Informe estadístico sobre oferta y demanda ostensible de sexo en espacios públicos (Artículo 81 CC)" Pág. 8. 2011

Ello sin más demuestra, al contrario de lo que generalmente se pretende difundir, que **la persecución punitiva no tiene un basamento consecuente en la demanda social de punición a dicha actividad**; sino más bien que la selectividad de las agencias policiales sobre esta conducta, es la que brinda insumos al poder judicial para continuar con la persecución a este grupo históricamente vulnerable.

Asimismo, según datos extraídos del mismo informe, en 2011 se concluyó la investigación preparatoria en un total de 5.910 casos, de los cuales el **94,6% finalizó con el archivo**, el 4% con el requerimiento a juicio oral (230 casos) y el 1,4% con la suspensión del proceso a prueba (84 casos).

Figura	Forma de terminación	Año 2011	%
Art. 81 del C.C.	Archivo	5.488	94,6%
	Requerimiento de elevación a juicio/Juicio abreviado	230	4,0%
	Suspensión del proceso a prueba	84	1,4%
	TOTAL	5.802	100,0%

Fuente: "Informe estadístico sobre oferta y demanda ostensible de sexo en espacios públicos (Artículo 81 CC)" Pág. 16. 2011

Esto último refleja cómo el tipo contravencional sólo sirve para el ejercicio punitivo directo de las agencias punitivas sobre el colectivo de personas que ofertan servicios sexuales, propiciando la persecución, discriminación, selectividad y conductas extorsivas de tales agencias, sin corresponderse ella con el accionar del Poder Judicial que, en rigor al principio de oportunidad, termina archivando las causas ingresadas.

Dice el informe: "*En el plano contravencional, la oferta y demanda ostensible de sexo en espacios públicos no autorizados registra la mayor proporción de imputados con reiteración de imputaciones.*" **Casi el 50% tuvo reiteración de imputaciones en el año 2011**, lo cual significa que el tipo contravencional tampoco produce efecto disuasorio alguno (prevención general negativa) sobre las personas que ofrecen servicios sexuales, debido a que la necesidad de obtener el sustento económico diario en sus economías familiares (estado de necesidad justificante), se prioriza obviamente por sobre cualquier amenaza de criminalización que se establezca en la norma.

Los números reflejados en los párrafos anteriores, explican los numerosos reclamos de parte de personas que brindan servicios sexuales, como ser las trabajadoras nucleadas en AMMAR Nacional, quienes afirman que el Código Contravencional está siendo utilizado de manera intimidatoria, discriminatoria y persecutoria por parte de las agencias punitivas.

El texto del artículo 81 tampoco ha servido para luchar contra el proxenetismo ni contra las coimas y extorsiones que organizaciones delictivas cobran a quienes ejercen la prostitución. Por el contrario, el sistema actual ha aumentado la existencia de supuestas e ilegales "redes de protección" particulares y policiales.

Irrazonabilidad de la norma

La aludida ineficacia del actual artículo 81 tiene íntima conexión con el hecho de que ella no supera el examen de razonabilidad. La norma no sólo no logra los fines propuestos, sino que ni siquiera son legítimos los medios escogidos para lograr dichos fines.

Toda restricción a las libertades debe fundarse en una razón de convivencia social real y comprobable, debe ser un medio adecuado al fin propuesto (proporcionalidad), y debe haber una relación directa entre el daño social y la conducta prohibida. Sin embargo, en el caso de la norma que estamos analizando se prohíben conductas sólo porque se presume que ellas conducen a una alteración de la tranquilidad pública.

Y ello no es así, tal como lo señala el Juez del Tribunal Superior Julio Maier en el fallo citado¹²: "*(...) si se analiza estrictamente el tipo en cuestión, lo cierto es que aquello que eventualmente podría afectar o dañar la tranquilidad pública no es la ocurrencia de alguna de estas acciones¹³- que obvio es decirlo, pueden desarrollarse de modo absolutamente compatible con la tranquilidad pública- sino que, en el desarrollo de esas acciones, ocurran otras también voluntarias, que sí afecten de modo general y objetivo la tranquilidad pública (...).*"

Desde el punto de vista empírico, la alteración de la tranquilidad pública no es consecuencia directa de la acción de ofertar o demandar en los espacios públicos

¹² "León, Benito Martín s/ recurso de inconstitucionalidad (art. 71 CC)", expte n° 245/00, sent. del 24/10/2000.

¹³ Se refiere a ofrecer o demandar sexo en espacios públicos.

aquello que la ley Contravencional llama 'servicios sexuales', sino de otras acciones voluntarias distintas tales como realizar ruidos molestos, perturbar el tránsito de personas o de vehículos, exhibirse en ropa interior o desnudo, etc., que pueden suceder con ocasión de ofertar o demandar los denominados 'servicios sexuales'".

La observación de un acto de oferta o demanda de sexo en espacios públicos puede ser valorado en formas completamente dispares por ciudadanos diferentes, y de hecho, existen muchas formas de uso del espacio público que molestan gravemente a algunos/as ciudadanos/as, sin que ello justifique el ejercicio del *ius punendi* del Estado.

Según Maier: "*Sí, en cambio, constituyen daños a terceros, y por lo tanto podrían ser objeto de prohibición, los ruidos, escándalos o perturbaciones del tránsito o del espacio público en general que tengan lugar con motivo de la oferta o de la demanda de los llamados 'servicios sexuales', prácticas que, conviene recordarlo, también pueden ser ejecutadas de forma tal que no perturben a terceros con ruidos o desórdenes en la circulación. (...) Muchas de las acciones que en ocasión de la oferta o demanda de sexo implican un daño a terceros están abarcadas ya por otros tipos contravencionales. Así, por ejemplo, la obstrucción de la vía pública, reprimida por el artículo 41¹⁴, o los ruidos molestos, reprimidos por el artículo 72¹⁵, en cuyo caso se deberá aplicar lo prescripto por el artículo 29¹⁶ de la misma ley. Incluso, pueden constituir un delito como el de exhibiciones obscenas, reprimido por el art. 129 del Código Penal. En este último caso, vale la aclaración, no hay concurso ideal entre delito y contravención, pues el ejercicio de la acción penal desplaza al de la acción contravencional conforme la prescripción del art. 28¹⁷ del Código Contravencional.*

"Sobre este último punto es de importancia central tener en cuenta que la prostitución no es un delito. Lo que sí es un delito es la facilitación o promoción de la prostitución de una persona. Esta decisión del legislador nacional recoge la opinión tradicional y universal, histórica para nosotros, según la cual la prostitución puede ser considerada una actividad contraria a la moral pero no delictiva (Sobre la historia de la regulación de la prostitución ver Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo III, Buenos Aires, TEA, 1978, págs. 311 y siguientes). Por lo tanto, aquello que el legislador nacional ha decidido despenalizar no podría en ningún caso ser materia de sanción en el ámbito local bajo la forma de una pena contravencional, la que, como ha quedado establecido, integra el universo de las normas penales en sentido material."

En definitiva, concluye Maier que este artículo "(...) imputa un resultado dañoso a la acción más alejada de una misma —pero eventual— cadena causal, consistente en ofrecer o demandar 'servicios sexuales'. En realidad, el daño, de suceder, estaría causado por otras acciones voluntarias que pueden —o no pueden— estar relacionadas, desde el punto de vista causal, con ese daño —por ejemplo gritos, bocinazos, perturbación del tránsito o de la circulación de vehículos o de personas, exhibirse sin ropas, etc.—, pero que, de modo abstracto, no necesariamente están vinculadas con la actividad prohibida y, cuando lo están, el vínculo del daño con la acción prohibida es remoto y meramente circunstancial."

¹⁴ Se refiere al actual artículo 78 del Código Contravencional.

¹⁵ Se refiere al actual artículo 82 del Código Contravencional.

¹⁶ Se refiere al actual artículo 16 del Código Contravencional.

¹⁷ Se refiere al actual artículo 15 del Código Contravencional.

En el reciente fallo “*Trabajadores y Trabajadoras sexuales de la provincia de Buenos Aires s/ Acción de Amparo*”¹⁸, el Tribunal Oral Criminal N° 5 declaró la inconstitucional del artículo 68 del decreto ley 8031/73 de la Provincia de Buenos Aires, equivalente al artículo 81 del CC CABA, aduciendo que “(...) *sí constituye daño a tercero y por lo tanto podrán ser objeto de prohibición los ruidos, escándalos o perturbaciones del tránsito o del espacio público en general que tengan lugar con motivo de la oferta de servicio sexual, práctica que, conviene dejar sentado también puede ser ejecutada de forma tal que no perturbe a terceros con ruidos o desórdenes en la circulación (...) Queda claro que la tranquilidad pública no es protegida por la norma, solamente se castiga a quien honestamente ejerce la prostitución.*

Si se prescinde de una perspectiva moral individual (...) elevada dogmáticamente a la categoría de moral pública, la oferta de sexo por si misma carece de entidad suficiente para configurar el daño a terceros que se debería exigir para prohibirla legítimamente sin afectar el principio de reserva ni de legalidad (...).

En síntesis la inconstitucionalidad del artículo 68 deviene de la circunstancia de que los bienes jurídicos enunciados no son lo que se procura efectivamente garantizar, o su garantía, dicho de otra forma implica la violación de derechos fundamentales y constitucionales”.

El absurdo al cual podríamos llegar en caso de seguir sosteniendo la vigencia de la norma sin analizar su razonabilidad, se advierte en el voto de la jueza Ana María Conde, en el mencionado fallo “*León*”¹⁹: “*Es claro que la norma objetada no se encuentra orientada a sancionar la conducta de los esposos o de los integrantes de una pareja que en la calle acuerdan mantener relaciones sexuales en un espacio privado — la presencia de un tercero o no en el momento de la formulación de tal acuerdo es, desde mi punto de vista, irrelevante— sino que apunta en modo principal a la actividad propia de quienes ejercen la prostitución, que ha sido la tenida en mira en forma preponderante por el legislador a la hora de fijar su contenido. Pero considero que si un cónyuge formulara al otro la propuesta de mantener relaciones sexuales, a los gritos en un espacio público, o deteniendo el tránsito, con alteración de la tranquilidad de los vecinos, incurriría también en la contravención tipificada en el artículo 71.”*

La Pluralidad en el Orden Público

El ordenamiento infra-constitucional de la Ciudad no puede sino adecuarse a los valores pluralistas que surgen no solamente del orden nacional e internacional, sino de previsiones muy concretas contenidas en la Constitución local: el preámbulo, que reconoce la “sociedad plural”, el derecho a la dignidad e igualdad (art. 11), el principio de gobierno democrático-participativo (art. 1). A ello deben agregarse, como novedad en el sistema de derechos positivamente reconocidos, los “derechos sexuales y reproductivos, libres de coerción y violencia” que surgen del art. 37 de la Constitución y que son calificados como derechos humanos básicos. La inclusión de esta frase significativa nos muestra que la Constitución protege a la sexualidad humana más allá del ámbito privado de nuestros hogares. Ningún sentido hubiera tenido la inclusión de esta cláusula si se pretendiera que nuestro orden jurídico solo protege a la sexualidad en tanto esta sea ejercida en el ámbito de la intimidad (ya se mencionó la diferencia sustancial con el concepto de privacidad), ya que queda claro por imperio de otras normas que este no puede sufrir interferencias de ningún tipo.

¹⁸ “Trabajadores y Trabajadoras sexuales de la provincia de Buenos Aires s/ Acción de Amparo” Fallo causa 1910/1747 La Plata, 19 de Diciembre del 2012

¹⁹ Considerando 3 del voto de la jueza en el citado fallo.

De este principio pluralista se concluye que la idea de orden público no puede sustentarse con morales individuales, ni con la supresión de opciones personales.

Al respecto, la jueza Alicia E. C. Ruiz dijo en el fallo "León"²⁰: *"El sistema jurídico en un estado democrático de derecho debe preferir la solución que asegure el máximo respeto por el pluralismo en la elección de opciones y modos de vida, por muy diferentes que ellos sean entre sí cuando no hay coincidencia en las calificaciones morales de determinadas conductas. Esta posición no es —no podría serlo— neutral en el plano de los valores, sino que está fuertemente comprometida con la construcción de formas de sociabilidad en las cuales el otro sea reconocido desde su diferencia; donde prácticas y modos de vida — elegidos o no por quienes los protagonizan— no impliquen, sin más, la marginación social o el castigo. Para ello, es imprescindible asumir desde la ley que los derechos de cada uno suelen interferir con los de los demás, y que, en la medida, en que no hay derechos absolutos, las prohibiciones del legislador respecto de los derechos de unos, no podrían afectar de manera irrazonable el ejercicio de los derechos de otros, entendiéndose que la irrazonabilidad debe definirse desde la Constitución.*

(...) El art. 11 Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, ya citado, no admite segregaciones por razones de orientación sexual, en concordancia con lo preceptuado por el art. 37. La segregación importa separar, ocultar, desplazar, suprimir al otro de los ámbitos comunes, del espacio público y puede afectar la manifestación de identidades diversas. Por eso conceptos como los de espacio público, tranquilidad pública o moral pública adquieren una nueva semántica a la luz del marco normativo de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que, a su vez, recepta y, aún avanza, respecto de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales (art. 10 CCBA).

(...) El espacio público urbano no es homogéneo. Es complejo y diferenciado, atravesado por códigos culturales, múltiples tradiciones históricas, religiosas, artísticas, por estilos de vida y concepciones no coincidentes, de difícil articulación si se intenta preservar un modelo democrático.

El uso del espacio público en una gran ciudad está sometido a una intensidad y a una diversidad de reclamos, demandas y exigencias difíciles de satisfacer pero que no pueden ser ignorados.

Del mismo modo la tranquilidad pública puede pensarse como un umbral mínimo y necesario para una convivencia que reconozca y garantice a toda persona la misma dignidad e igualdad, preservando sus diferencias (art.11, CCBA); un umbral flexible, poroso, en continuo acomodamiento, en tanto la sociedad procese de manera superadora las divergencias y las fricciones que en ella se produzcan.

Para que en una ciudad como Buenos Aires las reivindicaciones de grupos o individuos no generen rupturas insuperables ni dramáticas exclusiones es imprescindible crear una conciencia común de que el uso del espacio público y las alteraciones a la tranquilidad pública no pueden regularse desde una única visión del mundo ni de la moral sin poner en riesgo la organización democrática que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires impone."

Colisiona con la Constitución de la CABA el artículo 81 del CC cuando conecta la tranquilidad en el uso del espacio público, con la sanción de la conducta descrita en esa norma.

Es dable destacar, por otra parte, que el carácter discriminatorio de la norma ha sido denunciado en el *"Informe sobre códigos contravencionales y de faltas de las*

²⁰ Considerando 4 del voto de la jueza en el citado fallo.

provincias de la República Argentina y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en relación con la discriminación y la represión a gays, lesbianas, bisexuales y trans"²¹ elaborado por la FALGBT.

En dicho informe, se menciona por ejemplo que *"...los códigos contravencionales y de faltas reservan un capítulo de su articulado a penalizar la prostitución callejera. Esto afecta de manera particular a mujeres y varones gay que se ven obligados/as a prostituirse en la vía pública, pero sobre todo a las travestis que, expulsadas tempranamente del ámbito familiar, marginadas del sistema educativo y excluidas del circuito económico formal, muchas veces deben recurrir a la prostitución como único modo de subsistencia. La penalización de la prostitución callejera no sólo es ilegal sino que desconoce las consecuencias de su ejercicio en lugares privados (casas de citas, cabarets y prostíbulos), que alimenta la corrupción de agentes policiales y autoridades políticas y dinamiza el circuitos de trata, explotación y reducción a la servidumbre de mujeres, jóvenes, niños y niñas (...)*

En consecuencia, los códigos contravencionales y de faltas no sólo se usan para justificar detenciones arbitrarias y procesos de dudosa legalidad, sino que además habilitan prácticas sistemáticas de carácter delictivo, persecutorio y extorsivo por parte de policías, fiscales, jueces/zas y autoridades (...). Simultáneamente, los códigos se articulan con operaciones de representación política y criminalización a través de las instituciones de la sociedad civil, la opinión pública y los medios masivos de comunicación, que se apoyan en ideologías racistas, xenófobas, sexistas, homofóbicas, lesbofóbicas y transfóbicas, en tanto los tipos establecidos y la selectividad de la acción penal recaen sobre grupos caracterizados por su desigualdad de clase o condición social y su diferencia de etnia, edad, género, identidad de género y orientación sexual. En los códigos contravencionales y de faltas se materializan y vuelven reales los efectos discriminatorios de esas ideologías; en su letra podemos leer el vínculo que une violencia política con explotación económica en la historia argentina de los últimos cincuenta años".

Por su parte, el artículo 1º de la Ley Nacional Nº 23.592 establece que *"Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".* La previsión del citado artículo no es más que una derivación de lo prescripto por nuestra Constitución Nacional respecto de la igualdad ante la ley en sus arts. 16 y 75 incs. 19, 22 y 23. Es precisamente el art. 75 inc. 22 el que otorga jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos allí enumerados, los cuales consagran el mencionado principio de igualdad y no discriminación en más de una oportunidad (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2, 7,

²¹ "Informe sobre códigos contravencionales y de faltas de las provincias de la República Argentina y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en relación con la discriminación y la represión a gays, lesbianas, bisexuales y trans". Elaborado en por Juan Pablo Parchuc del Área Queer de la Universidad de Buenos Aires, organización que integra la Federación Argentina de Lesbianas Gays Bisexuales y Trans (FALGBT), con aportes de la Dra. Romina Ojagan del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) y la colaboración de la Asociación de Travestis Transgénero Transexuales Argentinas (ATTTA) y la Fundación Buenos Aires Sida. Marzo de 2008.

12, 21 y 26; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1, 11 y 24; Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, arts. 2, 3 y 26).

Conforme lo expone el informe de la FALGBT, "...consideramos que a la luz de la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional no se puede sostener legislación ni reglamentación que desconozca el principio de no discriminación, estableciendo limitaciones en el ejercicio de los derechos de la ciudadanía por su pertenencia a cierto grupo. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que las restricciones al ejercicio de los derechos deben estar justificadas por objetivos colectivos de tal importancia que claramente pesen más que la necesidad social de garantizar el pleno ejercicio de los derechos garantizados por la Convención, y que no sean más limitantes que lo estrictamente necesario. Por ejemplo, no es suficiente demostrar que la ley cumple con un objetivo útil y oportuno (cf. Opinión Comité Interamericano in re "Sra. X vs. Argentina" del 15 de octubre de 1996). En este sentido, la misma Corte sostuvo que de ninguna manera podrían invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver art. 29 a)".

El Plan Nacional contra la Discriminación (PNcD), aprobado por el Presidente Néstor Kirchner en septiembre de 2005 (Decreto N° 1086/2005), considera prácticas sociales discriminatorias cualquiera de las siguientes acciones: "a) crear y/o colaborar en la difusión de estereotipos de cualquier grupo humano por características reales o imaginarias, sean éstas del tipo que fueren, sean éstas positivas o negativas y se vinculen a características innatas o adquiridas; b) hostigar, maltratar, aislar, agredir, segregar, excluir y/o marginar a cualquier miembro de un grupo humano del tipo que fuere por su carácter de miembro de dicho grupo; c) establecer cualquier distinción legal, económica, laboral, de libertad de movimiento o acceso a determinados ámbitos o en la prestación de servicios sanitarios y/o educativos a un miembro de un grupo humano del tipo que fuere, con el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos o libertades fundamentales".

Al mismo tiempo, el documento aborda con preocupación el problema de los códigos contravencionales y de faltas en la etapa de diagnóstico e incluye entre las propuestas de reformas legislativas: "Derogar los artículos de todos los códigos provinciales y municipales con figuras contravencionales 'abiertas' (falta de moralidad, escándalo en la vía pública, merodeo, prostitución, etc.)..." (Propuesta número 17).

En conclusión, existen una serie de conflictos que se manifiestan en la Ciudad cuya solución escapa al derecho, tales como las discrepancias morales y religiosas. La Dra. Ruiz expone en el citado fallo "León" que: "Un sistema jurídico no siempre puede resolver tales situaciones por sí mismo. En cualquier caso sin embargo su intervención debe necesariamente respetar las garantías que la Constitución ha establecido."

La inconstitucionalidad del artículo 81 deviene de la circunstancia de que el bien jurídico enunciado el Capítulo II (*uso del espacio público*) no es el que se procura efectivamente garantizar, o más bien, que su supuesta "garantía" implica la violación comprobable de derechos fundamentales y principios constitucionalmente reconocidos.

Conclusión

Concluyendo, existe una figura contravencional, que además de injerir arbitrariamente en la libertad individual de las personas, habilita una intervención estatal

que se realiza de modo notoriamente arbitrario y discriminatorio, y nada aporta en términos de resolver la situación social que da muchas veces origen a la problemática.

Nos encontramos entonces frente a una norma de dudosos fines, de dudosa eficacia, pero que sostenemos al costoso precio de una gran restricción de la libertad personal. Es por ello que, en esta oportunidad, se promueve la derogación total de la norma.

*"El proceso de aceptación de las diferencias al interior de una sociedad es largo y difícil. Requiere participación y compromiso y, desde luego, respuestas normativas en las cuales están implícitos ideales, valores y principios. Así se redefinen las categorías de ciudadanía, tiempo y espacio público, pluralidad, diversidad, hegemonía, tolerancia en un estado democrático. A través del sistema jurídico se pone en acción el principio participativo, cuando se eleva a la categoría de derecho la posibilidad de la diferencia y de la no discriminación. Ese es el valor fundamental del art. 11 Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que obliga a la Ciudad a promover la remoción de obstáculos de cualquier orden que limiten de hecho la igualdad y la libertad, que impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida social de la comunidad."*²²

Por todo lo expuesto, se solicita la aprobación del presente proyecto de Ley²³.

²² Voto de Alicia E. C. Ruiz dijo en el citado fallo "León".

²³ Se agradece la colaboración del asesor Martín Muñoz y Mariano Fusero en la elaboración del presente Proyecto de Ley, de la Asociación de Mujeres Meretrices de la Argentina en Acción por Nuestros Derechos (AMMAR - Nacional) y los aportes realizados por los/as militantes de la Mesa Nacional por la Igualdad.