

Una interpretación del artículo 127, primer párrafo, del Código Penal a la luz de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos

Natalia Molina Areal

Abogada | Esp. en Derecho Penal y Diplomada en Procesal Penal

SUMARIO

El presente trabajo examina la constitucionalidad del artículo 127, primer párrafo, del Código Penal argentino, con particular atención a la cláusula que priva de eficacia jurídica al consentimiento de la víctima. Se argumenta que dicha previsión colisiona con el modelo de Estado Liberal consagrado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, con el principio de autonomía personal del artículo 19 de la CN, y con los derechos a la libertad y autodeterminación reconocidos en los tratados internacionales de jerarquía constitucional. Asimismo, se señala la grave incoherencia legislativa que se produce a partir de la sanción de la Ley 27.610 sobre Interrupción Voluntaria del Embarazo. Por último, se propone una interpretación conforme a la Constitución que preserve la vigencia de la norma sin sacrificar los derechos fundamentales de las mujeres.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 127 del Código Penal argentino tipifica el delito de explotación económica de la prostitución ajena "rufianería", reprimiendo a quien "explotare económicamente el ejercicio de la prostitución ajena, aunque mediare el consentimiento de la víctima". La cláusula final —"aunque mediare el consentimiento de la víctima"— ha generado, desde hace décadas, un profundo debate en la doctrina y la jurisprudencia nacionales.

La pregunta que subyace a ese debate no es menor: ¿puede el legislador presumir, de manera absoluta e irrefragable, que toda mujer que ejerce la prostitución carece de capacidad para consentir válidamente los acuerdos patrimoniales que derivan de su propia actividad? ¿Es compatible esa presunción con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad federal?

La respuesta, a mi juicio, es **negativa**. La redacción actual del primer párrafo del artículo 127 del CP es, en ese aspecto, **inconstitucional**. Las páginas que siguen desarrollan los fundamentos de esa postura y proponen una interpretación que armonice la norma con el ordenamiento jurídico superior.

II. EL MODELO CONSTITUCIONAL: ESTADO LIBERAL Y AUTONOMÍA PERSONAL

El punto de partida ineludible de cualquier análisis de constitucionalidad es la Ley Suprema. La Constitución Nacional, en su Preámbulo, declara como uno de sus objetivos fundamentales *“asegurar los beneficios de la libertad”*. Esa fórmula no es retórica: define el modelo de organización política adoptado por los constituyentes, esto es, el **Estado Liberal de Derecho**, en el que **la libertad individual constituye el valor axial sobre el que se asienta el sistema**.

Esa opción constitucional se traduce, en el plano dogmático, en el reconocimiento del **principio de autonomía personal**, cuya formulación normativa más precisa se encuentra en el artículo 19 de la CN:

“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 (...)”

De este artículo se desprenden dos principios de raigambre constitucional que resultan directamente aplicables al problema bajo análisis.

El **principio de privacidad**, según el cual toda persona goza de un ámbito de autodeterminación personal, exento de la autoridad estatal, en el que sus decisiones son soberanas, en tanto no afecten derechos de terceros, y el **principio de lesividad**, que proclama que el Estado solo puede intervenir coactivamente sobre la conducta de los individuos cuando esta causa un daño concreto a bienes jurídicos ajenos. La mera posibilidad de daño, la peligrosidad abstracta, o la disconformidad moral del legislador con ciertas opciones de vida no son fundamentos constitucionalmente válidos para la criminalización.

El ejercicio de la prostitución, en tanto no afecta bienes jurídicos ajenos, se ubica en ese ámbito protegido por el artículo 19 de la CN. La propia legislación argentina lo reconoce implícitamente al **no punir a quien ejerce la prostitución**. Nuestro sistema es **abolicionista**: no prohíbe el ejercicio de la prostitución, pero tampoco lo regula ni lo reconoce. En consecuencia, si una mujer mayor de edad decide ejercer la prostitución en el ámbito de su privacidad, su conducta **no es punible** según la ley argentina.

Hasta aquí, el ordenamiento jurídico argentino respeta –aunque sea por omisión– el principio de autonomía personal. El problema surge cuando, dentro de ese mismo ámbito de privacidad, esa misma mujer decide otorgar una retribución económica a un tercero en virtud de los servicios relacionados con su actividad. En ese caso, la ley penal interviene y presume, **sin admitir prueba en contrario**, que ese tercero está explotando la prostitución ajena.

III. LA CLÁUSULA “AUNQUE MEDIARE EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA”: ANÁLISIS CRÍTICO

III.1. La presunción *iure et de iure* y su incompatibilidad constitucional

La expresión “*aunque mediare el consentimiento de la víctima*” importa el establecimiento de una presunción *iure et de iure* de que la mujer que ejerce la prostitución **no** puede consentir válidamente. Se trata de una ficción legal que opera al margen de las circunstancias concretas de cada caso. Esta presunción absoluta contradice, al menos, tres mandatos constitucionales.

En primer lugar, vulnera el **principio de autonomía personal** (art. 19, CN). Al negarle a la mujer la posibilidad de consentir, el legislador se arroga la facultad de sustituir la voluntad de la mujer por su propio criterio moral acerca de lo que es bueno para ella. Esa sustitución resulta incompatible con el modelo de Estado Liberal que la propia Constitución consagra.

En segundo lugar, vulnera el **principio de lesividad**. Si la propia mujer consiente libremente el acuerdo patrimonial con el tercero, y ese acuerdo no afecta bienes jurídicos de terceros, no existe daño concreto que justifique la intervención penal. La norma castiga, en estos supuestos, una conducta que no ofende al orden ni a la moral pública, ni perjudica a terceros.

En tercer lugar, vulnera el **principio de inocencia** (art. 18, CN; art. 8.2 CADH). Al establecer una presunción absoluta de ausencia de consentimiento libre, la norma releva al acusador de la carga de probar ese elemento y convierte al imputado en culpable por la sola circunstancia de haber percibido un beneficio económico vinculado a la actividad de la mujer.

III.2. La postura del Ministerio Público Fiscal y sus problemas

El 3 de diciembre de 2024, tuvo lugar un juicio oral por el delito objeto de análisis que tramitó por ante el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 21 de la Capital Federal, integrado por los Dres. José Pérez Arias, Matías Ariel Buenaventura y Walter José Candela. El fiscal a cargo de la acusación fue el Dr. Fernando I. Fiszer, quien ha sostenido que:

“Al quitarle la ley 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 (...). Esta concepción se inspira en la idea que no existe la ‘prostituta feliz’, que puede entrar y salir de la prostitución lucrativa cuando quiere (...) porque esa actividad es degradante, desde el punto de vista psicológico y de la dignidad.”

Sin embargo, no puedo compartir esta postura. La afirmación de que no existe la “prostituta feliz” implica una generalización absoluta que la realidad contradice.

Supone que el legislador –y quienes aplican la ley– conocen mejor que la propia mujer cuáles son sus deseos, sus proyectos de vida y su valoración sobre su propia dignidad. Es, en definitiva, un argumento **paternalista** que trata a las mujeres como incapaces.

Más aún: si la justificación de la norma fuera la protección de la dignidad de las mujeres, esa protección debería operar en función de las **circunstancias concretas de cada caso**, no mediante una presunción que ignora la voluntad real de la persona que se pretende proteger. Porque proteger a alguien contra su propia voluntad no es protección: es **sometimiento**.

III.3. La posición del Tribunal y sus limitaciones

En el mismo proceso, el Tribunal adoptó una interpretación diferente a la del Fiscal, sosteniendo que no toda obtención de beneficios económicos relacionados con la prostitución puede considerarse ilícita y que, para ello, deben existir elementos adicionales que revelen una situación de abuso o coacción.

Comparto, en términos generales, el resultado al que arriba el Tribunal. Sin embargo, esa interpretación –aunque más respetuosa de los derechos de las mujeres– no resuelve el problema de fondo, que es la **constitucionalidad** de la cláusula del consentimiento. El Tribunal la elude mediante una interpretación restrictiva del tipo objetivo, pero no la enfrenta directamente.

Es ese enfrentamiento el que este trabajo propone.

IV. LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LA LIBERTAD SEXUAL

Los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) refuerzan la conclusión anterior. Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) reconocen **el derecho a la libertad**

personal, a la privacidad y a la no discriminación, que incluyen la libertad sexual y la capacidad de autodeterminación.

El artículo 11 de la CADH, en particular, establece que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada. Negarle a una mujer adulta la posibilidad de consentir acuerdos patrimoniales vinculados a su propia actividad sexual constituye exactamente ese tipo de injerencia.

El Magistrado Pérez Arias cita en su voto el *“Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación para la Prostitución Ajena”*, cuyo artículo 1° también prevé la irrelevancia del consentimiento. Sin embargo, ese tratado **no tiene jerarquía constitucional**. Por lo tanto, **no integra el bloque de constitucionalidad federal** y, en consecuencia, **es jerárquicamente inferior a los tratados que sí lo tienen y que consagran la libertad sexual en los términos aquí desarrollados**. Ante una colisión normativa, prevalece la norma de mayor jerarquía.

El mandato constitucional es claro: toda interpretación de la ley inferior debe ajustarse a la Constitución y a los tratados de jerarquía constitucional. Una interpretación del artículo 127 del CP que niegue la libertad sexual de la mujer es, por eso mismo, inválida.

V. LA INCOHERENCIA LEGISLATIVA: EL ARTÍCULO 127 DEL CP Y LA LEY 27.610

Un argumento adicional, que considero de particular relevancia, surge del análisis diacrónico de la legislación argentina sobre los derechos de las mujeres.

La última reforma del artículo 127 del CP fue introducida por la Ley 26.842, sancionada en el año **2012**. En ese momento, el legislador reafirmó la irrelevancia del consentimiento de la mujer en los delitos relacionados con la prostitución.

Sin embargo, en el año **2020**, con la sanción de la Ley 27.610 sobre *“Interrupción Voluntaria del Embarazo”* (IVE), el legislador adoptó un enfoque radicalmente diferente: **reconoció a las mujeres el derecho a decidir sobre su propio cuerpo, incluyendo el derecho a interrumpir un embarazo**. Los fundamentos del proyecto de

ley expresaron, en lo que aquí interesa, que la realidad social había demostrado que las mujeres querían ser

“las protagonistas de nuestra propia historia y del proceso social (...) porque el derecho es una construcción social”.

Resulta difícil conciliar esas dos posiciones legislativas. **Si el propio legislador reconoce que la mujer tiene derecho a decidir sobre su cuerpo hasta el punto de poder interrumpir un embarazo, no se advierte por qué esa misma capacidad de decisión desaparece cuando se trata de su libertad sexual y de los acuerdos patrimoniales que derivan del ejercicio de la prostitución.**

La contradicción no es menor: **la Ley 27.610 afirma la autonomía de la mujer; el artículo 127 del CP la niega.** No puede el legislador reconocer con una mano lo que quita con la otra. Ante esa incoherencia, la interpretación que debe prevalecer es aquella que resulte más respetuosa de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

VI. PROPUESTA: UNA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

A la luz de todo lo expuesto, propongo la siguiente interpretación del artículo 127, primer párrafo, del Código Penal:

La cláusula *“aunque mediare el consentimiento de la víctima”* debe ser interpretada de manera **restrictiva** y circunscripta exclusivamente a aquellos casos en los que **el consentimiento de la mujer no haya sido otorgado de manera libre e informada.** Ello comprende, sin carácter taxativo, los supuestos en que la mujer estuviera sometida a coacción, engaño, amenaza, manipulación o abuso de una situación de vulnerabilidad, o cuando se tratara de una persona menor de edad, o cuando cualquier otra circunstancia obstara a la plena formación de su voluntad.

Por el contrario, cuando una mujer mayor de edad decida, de manera libre y voluntaria, otorgar un beneficio económico a un tercero en el marco de su actividad de prostitución, sin que medie ninguna de las circunstancias enumeradas precedentemente, esa decisión debe ser **respetada** como expresión legítima de su autonomía personal. En tales casos, la cláusula del consentimiento no debe operar, y la conducta del tercero no encuadra en el tipo penal del artículo 127 del CP.

La determinación de si el consentimiento fue o no libre y voluntario debe ser **objeto de prueba en cada caso concreto**. No puede operar como una presunción *iure et de iure* que el imputado no pueda rebatir. Esa **presunción absoluta** es, en los términos que aquí se desarrollan, **inconstitucional**.

Esta interpretación no supone la desprotección de las mujeres en situación de vulnerabilidad. Por el contrario, dirige el reproche penal exactamente allí donde existe un verdadero daño: cuando el consentimiento está viciado o simplemente no existe. Y libera del derecho penal aquellas situaciones en que no hay víctima real, porque la mujer ha ejercido libremente su autonomía.

VII. CONCLUSIÓN

El artículo 127, primer párrafo, del Código Penal argentino, en su redacción actual, contiene una previsión – la irrelevancia del consentimiento de la víctima – que resulta incompatible con el principio de autonomía personal (art. 19, CN), con el modelo de Estado Liberal consagrado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, y con los derechos a la libertad e integridad personal reconocidos en los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

La presunción *iure et de iure* de que la mujer que ejerce la prostitución no puede consentir válidamente **trata a las mujeres como incapaces, sustituye su voluntad por la del legislador, y vulnera los principios de lesividad y de inocencia que estructuran el derecho penal de un Estado constitucional de derecho**.

A ello se suma la grave incoherencia producida por la Ley 27.610, que reconoce a las mujeres el derecho a decidir sobre su cuerpo en el campo del derecho

reproductivo, contradiciendo frontalmente la posición que el artículo 127 del CP asume en materia de libertad sexual.

La solución no es la derogación de la norma, sino su **interpretación conforme a la Constitución**: la cláusula del consentimiento debe operar únicamente cuando este no sea libre e informado, **y su ausencia debe probarse en cada caso, sin presunciones absolutas que borren la voluntad real de la mujer.**

Esa interpretación es, a mi entender, la única compatible con la Constitución Nacional, con los tratados internacionales de derechos humanos, y con el respeto irrestricto a la autonomía y dignidad de las mujeres.

Dra. Natalia Molina Areal

Buenos Aires, 2026