



UNIVERSIDAD TORCUATO DI TELLA

ESCUELA DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

M. Moore, “A Non-Exclusionary Theory of Legislative Aim: Taking Aim at Moral Wrongdoing”

Perteneciente al programa de la materia Tópicos de parte especial del derecho penal

en el año: 2016

Cantidad de palabras: 2836 palabras

ALUMNO: María de los Milagros Mazzei

LEGAJO: 15Y1020

DNI: 26.134.290

Fecha de presentación: 15/05/17



Será objeto del presente trabajo realizar un comentario sobre el texto de Michael Moore, “Teoría no excluyente de la perspectiva legislativa moral sobre los actos incorrectos”, específicamente, sobre la Teoría Moralista Jurídica adoptada por el autor.

Previo a adentrarnos en el tema, consideramos importante formular una aclaración acerca del tratamiento que haremos de la utilización de esta vieja disputa entre moral y derecho puesta sobre la superficie, una vez más, por Moore.

La columna vertebral del texto seleccionado consiste, más allá de las diferentes teorías legislativas que clasifica y explica, en la cuestión de poder establecer hasta qué punto puede el Estado, en su carácter de fuente de producción de normas jurídicas, administrar sanciones y prohibiciones para regular aspectos que son juzgados como inmorales pero que no se traducen en una afectación concreta sobre los derechos de un individuo particular o de la colectividad en general.

Sobre esa base, la discusión que aquí pretendemos dar es en sentido inverso. Esto es, intentaremos demostrar hasta qué punto el Estado puede omitir regular de manera formal el ejercicio de una actividad, la prostitución, estigmatizada históricamente por una mirada moralista a pesar de la afectación concreta de derechos que dicha desatención provoca.

En ese sentido, la postura sostenida por el autor nos resulta sumamente peligrosa en las dos facetas de la actividad legislativa, esto es tanto para criminalizar determinadas conductas como así también para regular el debido ejercicio de ellas. Extender la interpretación del texto a esto último es un riesgo que decidimos asumir.

Moore presenta en su artículo diferentes teorías de la legislación, las que consisten, fundamentalmente, en tratar de explicar qué consideraciones deben ser tenidas en cuenta por el legislador al momento de realizar su trabajo. Efectúa una explicación de aquellas denominadas sustantivas¹ y luego selecciona una, que tal como se indicara al comienzo de esta exposición es la denominada teoría del moralismo jurídico.

La Teoría Moralista Jurídica está construida sobre una versión metaética no relativista. Parte de la idea de que hay derechos asentados en valores morales con independencia de las concepciones sociales. De esta

¹ Moore, Michael, “A Non-Exclusionary Theory of Legislative Aim: Taking Aim at Moral Wrongdoing”, *Placing Blame* (Oxford University Press, 1997), pág. 639-665, allí el autor la menciona en oposición a la Teoría Representacionista y la define como aquella teoría que le exige a los legisladores un plus, es decir que debatan, que vuelquen sus pensamientos y sus propias decisiones.



forma, el legislador tendría el derecho de legislar teniendo en mira lo que considera que es el orden moral correcto. El objetivo no es el bienestar social sino hacer del mundo un lugar moralmente mejor.

Es una teoría política no utilitarista² y los aspectos de la moralidad que pueden ser legislados son todos. Esta teoría no pone énfasis en evitar el daño a otro, sino en evitar que se genere un mal.

A su vez, sostiene que es plausible pensar que el mundo va a ser un lugar mejor cuando se respeten las obligaciones morales y que el Estado tiene que criminalizar cuando haya una incorrección moral, es decir va a criminalizar las conductas que son moralmente incorrectas.

Esta teoría, en definitiva, nos dice qué clase de razones tenemos que tener en cuenta a la hora de criminalizar. Entonces, podemos luego utilizarla para interpretar las normas penales específicas que tenemos. Para llevar adelante esa tarea, debemos ver si hay una violación moral y analizar los costos- beneficios. (La teoría de Moore no es utilitaria, tiene un objetivo final que es que sea un mundo más moral, pero no es utilitaria en el sentido de que tengo que tomar políticas legislativas que maximicen la moralidad, la virtud. En definitiva, por un camino indirecto voy a lograr maximizar la moral).

La lectura del texto que pretendemos cuestionar, en razón de las consecuencias negativas que esa práctica puede generar, nos ha llevado a intentar conectar aquello que explica con un tema que en los últimos años ha ganado un lugar en la agenda de debate actual, como es la falta de regulación del ejercicio de la prostitución en forma autónoma y privada.

Parados frente a este escenario particular por el que hemos optado y que decidimos pasar por el tamiz de la teoría escogida por Moore nos encontramos con lo erróneo y peligroso que pueden llegar a resultar sus argumentaciones acerca del valor que les otorga a las convicciones generales al momento de legislar.

Resulta relevante aclarar que estamos partiendo del análisis de una conducta que no se encuentra criminalizada por nuestro ordenamiento legal pero que la falta de claridad acerca de las condiciones en que puede llevarse a cabo, como así también la protección que por ese ejercicio deberían recibir quienes la ejercen, nos lleva ineludiblemente a una criminalización tácita.

² Moore, Michael, ob. Cit. Dentro de esta categoría encontramos dos: a) Utilitarismo Irrestricto: Los aspectos de la moralidad que pueden ser legislados no son sólo las obligaciones de no dañar a otro física o económicamente, sino también las obligaciones de no ofender a otros, el ejemplo que menciona es el delito de exhibiciones obscenas. El principio legitimador es el principio de la ofensa. b) Utilitarismo restringido: establece el principio del daño –principio legitimador de esta teoría- establece que el único propósito por el cual se puede ejercer correctamente el poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada en contra de su voluntad es la evitación de daño para otros.



Si hablamos en forma positiva – criminalización tácita - de la actividad legislativa y abordamos este tema como un modo más de castigo de un acto incorrecto consideramos que esto tiene un motivo y que ese motivo se encuentra relacionado con lo que Moore denomina “incorrección moral”.

Esto es así puesto que, al criminalizar mediante esa la falta de regulación, esa omisión no hace más que visibilizar la voluntad política de no asumir una posición real sobre la relación entre trabajo y sexualidad por un lado o trabajo sexual como trabajo; o bien adoptar una posición política de decir esto no es trabajo y es explotación y en tal caso explotación de qué a qué; o quizás dar lugar al debate sobre qué entendemos por autonomía del cuerpo y, si ese argumento puede ser útil para excluir la incorrección de utilizar al mismo como mercancía.

Sobre esto último no habremos de explayarnos, somos conscientes de que se trata de uno de los argumentos utilizados por diferentes posturas del feminismo, de las cuales haremos una breve referencia más adelante, pero que no compartimos ya que entendemos que existen numerosas relaciones de trabajo en donde el cuerpo es utilizado como mercancía. Entre ellas, y a modo de ejemplo, podemos citar la actividad desarrollada por los jugadores de fútbol o bien, el trabajo realizado por las empleadas domésticas; claro está, y esto sí guarda relación con el fondo de este trabajo, ninguna de las nombradas tiene la carga moral que sí posee la acción por nosotros elegida.

Lo que venimos a plantear, entonces, es que detrás de esa omisión hay una postura moral que atraviesa nuestro ordenamiento legal sobre el tema y que, al mismo tiempo, obstaculiza el acceso de los individuos involucrados a una solución justa en varios ámbitos del derecho, esto es, a nivel penal, laboral, de seguridad social, etc.

Como bien mencionamos, la conducta que elegimos para desafiar a la teoría moralista jurídica es la prostitución, una actividad permitida y tolerada pero no promovida ni regulada por nuestro ordenamiento jurídico, existiendo un gran vacío legal respecto a esta realidad social, con el consiguiente perjuicio que supone la ausencia de derechos, que entendemos no podemos seguir ignorando.

La falta de regulación sobre cómo debe ser su ejercicio no hace otra cosa que conducirnos a una criminalización tácita; un acto moralizador y disciplinador encubierto, donde el Estado nos dice: no los castigo, pero como no hay un marco de protección de derechos los dejo a la intemperie³.

³ En un sentido similar se expidió la Titular del Juzgado nro. 8 en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, Dra. Natalia Molina, en el fallo “M.C. s/infracción art. 2.2.14 Ley 451, de fecha 9/3/2015” al dictar la absolución de la imputada sostuvo: “... el ejercicio de la prostitución no está prohibido en la Ciudad de Buenos Aires y que la falta de legislación que regule la actividad no puede hacer presuponer que lo está. Al contrario, por tratarse, de



Por este motivo, consideramos importante plantear un cambio serio y responsable respecto a la regulación de la prostitución, siendo consciente tanto de la complejidad del tema y de la existencia de opiniones diferentes, como también, del estigma social que conlleva y de las condiciones de desigualdad en las que se ejerce esta actividad, que no hacen más que poner de manifiesto, la existencia de un grave problema social no resuelto todavía desde el punto de vista jurídico.

Sin perjuicio de lo mencionado y antes de seguir avanzando con nuestro planteo, no podemos dejar de hacer un comentario sobre la evolución que ha tenido el debate sobre el tema, ya que a lo largo del tiempo se han dado diferentes modelos normativos en el tratamiento de la prostitución. El modelo prohibicionista tuvo lugar a finales del S.XIX. Este modelo consideraba a la prostitución como un delito y a la prostituta y proxeneta como delincuentes. Lo que esta regulación perseguía era eliminar la prostitución, prohibiendo toda prestación de servicios sexuales remunerados. El modelo reglamentista se dio a principios del S.XX. Consideraba a la prostituta como una persona potencialmente peligrosa, y la prostitución como un mal necesario que el Estado debe controlar y regular, limitando su ejercicio a locales autorizados con la finalidad de ocultarla, pero no prohibirla. El modelo abolicionista no diferencia entre prostitución libre o forzada. Para este modelo toda prostitución es forzada, considera a la prostituta una víctima de la esclavitud o de la violencia de género, pretende evitar la organización de la prostitución, su reconocimiento y regulación, pero permite el libre ejercicio privado de la misma. Y, por último, el modelo legalizador que es el que queremos sostener y el que hemos tomado para confrontar con la postura de Moore. Éste defiende el reconocimiento y la regulación legal de la prostitución libremente ejercida por una persona adulta, como la prestación de servicios sexuales remunerados, considerando a la prostituta como una legítima trabajadora, con los mismos derechos y libertades que el resto de los trabajadores, diferenciando entre prostitución forzada (que hay que combatir) y prostitución voluntaria (que hay que reconocer y regular)⁴.

Siguiendo esta última línea de pensamiento y teniendo en cuenta la manera en la que está conformado nuestro sistema jurídico, podemos decir que nuestra Constitución Nacional contempla el principio de reserva, previsto en su artículo 19, el cual establece que dentro del ámbito de la privacidad cualquier persona es libre de hacer lo que desee, en tanto no afecte los derechos de los terceros, el orden o la moral. Y, que, por otra

una actividad comercial lícita, el Estado porteño debería regularla, siendo la ausencia de normas específicas la causa de que esta actividad quede fuera del poder de policía...”

⁴ Outshoorn, Joyce; “The Political on Prostitution and Trafficking of Woman”; Oxford Academic, Soc Polit (1/03/05); Tomo 12; pág. 141-155; <https://academic.oup.com/sp/article-abstract/12/1/141/1728227/The-Political-Debates-on-Prostitution-and?redirectedFrom=fulltext>. La síntesis es producto de la lectura de la historización de los distintos enfoques sobre la temática que aquí se trata.



parte, este reconocido derecho a la privacidad se encuentra consagrado, a su vez, en varios instrumentos internacionales, tales como, la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Internacional sobre los Derechos del niño y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

Bien sabemos que las herramientas enumeradas operan como un límite para que el legislador no criminalice cualquier conducta realizada en espacios públicos o privados. Que el Estado debe respetar la libertad de elección y manifestación de opciones e intereses sexuales de los ciudadanos.

Es decir, que las normas de más alta jerarquía constitucional reconocen a todas las personas un ámbito de privacidad que no puede ser restringido por el Estado mediante la aplicación de sanciones, ya sean penales o administrativas.

Hasta acá resulta claro y, es más, parece ser el fundamento de la no criminalización del ejercicio de la prostitución, pero no olvidemos que en realidad nuestro planteo tiene que ver con el castigo implícito que recibe todo aquél que la ejerce como consecuencia de la falta de regulación de dicha actividad.

Esto nos lleva a citar a un pensador que Moore menciona en su exposición y de quien toma el principio de daño y lo reconduce – a nuestro criterio de manera perjudicial- hacia un valor moral, hablamos de John Stuart Mill.

Mill analiza las relaciones entre derecho y moral y sostiene que: "...el único fin por el cual está justificado que la humanidad, individual o colectivamente, interfiera en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la propia protección. Que el único propósito con el que puede ejercerse legítimamente el poder sobre un miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es impedir el daño a otros. Su propio bien, físico o moral no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a hacer algo, o a abstenerse de hacerlo, porque sea mejor para él, porque le haría feliz o porque, en opinión de otros, hacerlo sería más acertado o más justo. Éstas son buenas razones para discutir o razonar con él, para persuadirle o suplicarle, pero no para obligarle o infringirle algún daño si actúa de otro modo. Para justificar esto debe pensarse que la conducta de la que se le quiere disuadir producirá un daño a otro"⁵.

De esta manera, se deduce entonces que lo único que justifica que el Estado, a través de las normas jurídicas, coarte o interfiera en la libertad de los individuos, es impedir que éstos efectúen o realicen un daño a terceros. Es decir, el daño a terceros es lo único que a juicio de Mill está justificado para que el Estado interfiriera.

⁵ Moore, Michael. Ob.cit



Tal vez resulte confusa la cita que se hace de Mill, pero en la cumbre de nuestra premisa nos encontramos con que el principio de daño se ve afectado, esa afectación consiste en el sufrimiento de la persona víctima de persecución estatal como consecuencia del propio desatino del sistema, al no establecer mecanismos eficaces de protección mediante la regulación de una actividad por demás estigmatizada.

No nos olvidemos que tal como mencionamos en reiteradas oportunidades a lo largo de esta exposición el freno respecto de la “no” criminalización estaría dado por el principio de reserva, el principio de daños. Los mismos que se utilizan en sentido circular para cuestionar al Estado, cuya omisión no es más que un claro ejemplo de las convicciones morales de una gran parte de la sociedad.

Si tuviéramos la posibilidad de utilizar frente a esto la postura del Mill podríamos subsanarlo con la intervención del aparato estatal, quien, despojado de toda carga moral, regularía el ejercicio de la prostitución y limitaría, entonces, el daño que tal ausencia provoca.

La postura de Moore apoyada sobre las convicciones morales de una mayoría provoca el efecto contrario, de allí su rechazo.

Por consiguiente, tenemos una conducta que, ejercida de manera autónoma, privada y por una persona adulta no constituye delito. Ahora bien, esa conducta consiste en tener relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero, bienes o servicios; por lo tanto, lleva implícita una contraprestación. Eso la convierte inequívocamente en una actividad de carácter comercial cuya regulación es inexistente, lo que termina provocando que aquellos individuos que opten libremente por dedicarse a ella acaben siendo víctimas del sistema penal, entre otras desventajas jurídicas de igual importancia, como ser la exclusión de un sistema de seguridad social, previsional, de salud e incluso de protección frente a situaciones de violencia.

Ese vacío legal que para nosotros se transforma en criminalización se relaciona perfectamente con la teoría legislativa seguida por Moore, en donde ese plus que se le exige al legislador se encuentra inspirado en las convicciones morales de una mayoría que lo lleva a guardar silencio sobre una situación real y, en consecuencia, a interferir de manera exagerada en la vida de un sector determinado.

Esa herramienta resulta entonces, tal como mencionamos al inicio, peligrosa y ese peligro consiste en evitar aceptar la realidad de un suceso conocido como el oficio más antiguo del mundo, regularla y de esa forma evitar la clandestinidad e, incluso, disminuir las tarifas criminales – de las que también habla Moore – creadas como consecuencia de la propia ausencia de regulación.



UNIVERSIDAD TORCUATO DI TELLA



BIBLIOGRAFIA:

- Moore, Michael, "A Non-Exclusionary Theory of Legislative Aim: Taking Aim at Moral Wrongdoing", Placing Blame (Oxford University Press, 1997), pág. 639-665.-
- Mahiques, Ignacio, "El Derecho y la Moral: influencia del principio de daño en la criminalización del consumo de estupefacientes"; revista pensamiento penal, 2014, disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/autores/ignacio-mahiques.->
- Outshoorn, Joyce; "The Political on Prostitution and Trafficking of Woman"; Oxford Academic, Soc Polit (1/03/05); Tomo 12; pág. 141-155; disponible en: <https://academic.oup.com/sp/article-abstract/12/1/141/1728227/The-Political-Debates-on-Prostitution-and?redirectedFrom=fulltext.->
- Holgado Fernández, Isabel, "Prostituciones – diálogo sobre sexo pago –", Ed. Icaria Antrazyt, Barcelona, 2008.-
- Mamen Briz y Cristina Garaizabal (coord.), "La prostitución a debate", Ed. Talasa Ediciones S.L., Madrid, 2007.
- Juzgado Nro. 8 en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "M.C. s/infracción art. 2.2.14 de la ley 451", 9/3/2015.-
- TSJ, Expediente nro. 245/00, "León, Benito Martín s/recurso de inconstitucionalidad (art. 71, CC)", rto. El 24/10/2000.-



UNIVERSIDAD TORCUATO DI TELLA