

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ  
Escuela de Posgrado**



**La libertad sexual como bien jurídico susceptible de ser delegado  
en terceros en un contexto de prostitución libre: análisis a partir del delito de  
favorecimiento a la prostitución previsto en el artículo 179 del Código penal**

Tesis para obtener el grado académico de Maestro en Derecho Penal  
que presenta:

***Joshua Antonio Salazar Ormeño***

Asesor:

***Mg. Carolina Soledad Rodríguez Castro***


Lima, 2023

## Informe de Similitud

Yo, Carolina Soledad Rodríguez Castro, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesora de la tesis titulada **“La libertad sexual como bien jurídico susceptible de ser delegado en terceros en un contexto de prostitución libre: análisis a partir del delito de favorecimiento a la prostitución previsto en el artículo 179 del Código penal”**, del autor Joshua Antonio Salazar Ormeño,dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 24%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 10/06/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

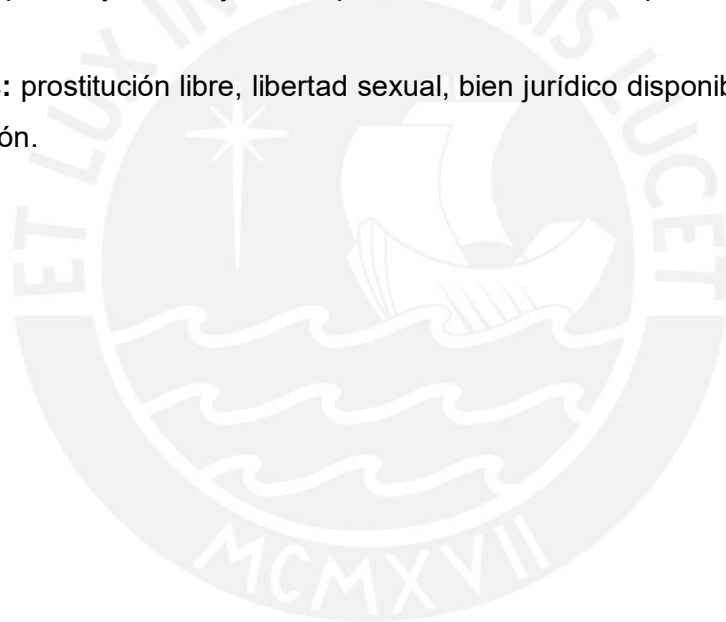
Lima, 03 de agosto del 2023

Apellidos y nombres de la asesora: Rodríguez Castro, Carolina Soledad	
DNI: 45577436	Firma 
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0003-2883-9361">https://orcid.org/0000-0003-2883-9361</a>	

## Resumen

En la presente investigación analizamos la libertad sexual como bien jurídico susceptible de ser delegado por su titular en terceras personas, desde el contexto de prostitución libre. En esa línea, cuestionamos la tradicional concepción del referido bien jurídico, conforme a la cual es el titular del mismo quien debe decidir sobre todos los factores que concurren en el acto sexual. Y, en su lugar, postulamos que el titular de un bien jurídico individual tiene plena capacidad de disposición sobre el mismo, hasta el extremo de su delegación. En un contexto de prostitución libre, el titular del bien jurídico libertad sexual podrá delegar en terceros la capacidad de decisión sobre el mismo. Asumiendo dichos terceros obligaciones frente a quien se prostituye, de cuyo incumplimiento se derivan responsabilidades penales.

**Palabras claves:** prostitución libre, libertad sexual, bien jurídico disponible, subordinación flexible, delegación.



## **Abstract**

This paper analyzes whether sexual freedom could be delegated to third parties, in the context of non-coactive prostitution. The author questions traditional conceptions existing in Peruvian criminal law to determinate the extend of sexual freedom, according to which only one person could determinate the extent of his own sexual activities. Instead, the author considers that this faculty could be delegate in third parties, who could decide on all the factors and circumstances involved in the sexual activity of other persons. This postulate changes the traditional conception in Peruvian criminal law and attributes obligation to the third parties in a context of non-coactive prostitution, non-compliance of which gives rise to criminal liability.

**Keywords:** non-coactive prostitution, sexual freedom, available legal asset, flexible subordination, delegation



## Índice

Resumen .....	3
Abstract.....	4
Introducción.....	7
Agradecimiento.....	10
I. Las conductas vinculadas al ejercicio de la prostitución y su tratamiento en el ordenamiento jurídico peruano .....	11
1. El complejo fenómeno de la prostitución en el Perú y su comprensión desde una perspectiva de género .....	11
1.1. Cuestionamientos a la “sencilla” definición de la prostitución como actividad sexual-lucrativa: aspectos que evidencian su verdadera complejidad.....	11
1.2. Clases de prostitución.....	14
1.3. Los impactos de la prostitución en la sociedad: efectos estigmatizadores y económicos .....	16
1.4. Reacciones en torno a la prostitución: entre las corrientes abolicionistas prohibicionistas, legalistas y reglamentarias.....	20
1.5. Realidad y regulación de la prostitución en el Perú: entre una fuerte posición abolicionista y una progresiva posición reglamentarista .....	23
1.6. El enfoque de género para determinar la prostitución libre .....	28
2. Análisis del delito de favorecimiento de la prostitución .....	31
2.1. Comportamiento típico .....	32
2.2. Cuestionamientos a las posturas tradicionales sobre el bien jurídico protegido en el delito de favorecimiento de la prostitución .....	33
2.3. Interpretación de los verbos rectores: promover o favorecer .....	42
3. Posibles tipos penales que presentan contextos de prostitución: delito de explotación sexual y de trata de personas con fines de explotación.....	45
3.1. Delito de explotación sexual.....	45
3.2. Delito de trata de personas con fines de explotación .....	50
4. Primera conclusión. El alcance de los bienes jurídicos protegidos en los delitos de favorecimiento a la prostitución, explotación sexual y trata de personas.....	56
II. La ilegitimidad del delito de favorecimiento de la prostitución, análisis desde los fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho y los principios que inspiran el derecho penal. ....	59
1. Concepto y fundamentos de Estado Constitucional de Derecho.....	60
2. Constitución y derecho penal.....	62

3. Rechazo al fundamento "moral" como sustento de la legitimidad de intervención del derecho penal .....	64
4. Cuestionamientos al delito de favorecimiento a la prostitución desde los principios que legitiman la intervención del derecho penal .....	66
4.1. Alcance de la intervención penal desde el principio de protección de bienes jurídicos.....	66
4.2. Alcance de la intervención penal desde el principio de lesividad .....	69
4.3. Alcance de la intervención penal desde el principio de última ratio.....	71
5. Segunda conclusión. La ilegitimidad de la tipificación del delito de favorecimiento a la prostitución: el sentido estrictamente moral como objeto de protección .....	73
III. La delegación del bien jurídico libertad sexual sobre terceros que intervienen en un contexto de prostitución libre .....	75
1. La reinterpretación del alcance y composición del bien jurídico libertad sexual.....	75
2. La libertad sexual como bien jurídico disponible .....	81
3. La "delegación inversa" en el contexto de la prostitución libre y los terceros delegados: administrador y favorecedor .....	83
4. Los factores que concurren en la prostitución libre como base de determinación de las actuaciones del administrador y el favorecedor .....	90
5. La responsabilidad penal del administrador y del favorecedor en el contexto de la prostitución libre.....	96
Conclusiones.....	102
Bibliografía.....	105

## Introducción

En el Perú, la prostitución no está reconocida jurídicamente como una actividad laboral. Si bien el ejercicio de esta actividad no implica por sí misma la comisión de alguna conducta delictiva, de acuerdo a las ordenanzas municipales y determinados tipos penales se advierte que la perspectiva adoptada por el Estado tiene matices abolicionistas, por lo que de manera indirecta se conseguiría la eliminación de esta actividad sexual-lucrativa.

Nuestro Código Penal establece algunos comportamientos típicos que se presentan en contextos de prostitución, como son: la trata de personas, la explotación sexual, el favorecimiento a la prostitución, el rufianismo, el proxenetismo, entre otros. Entendemos que lo que se persigue a través de dichos tipos penales es prevenir y sancionar aquellas conductas con contenido sexual que de alguna forma vulneran bienes jurídicos, en agravio de los sujetos pasivos que – en su mayoría – son mujeres y niños o niñas.

A nuestro entender, el problema es que no se ha tenido el debido cuidado al tomar en consideración las clases de prostitución que existen y que deben – o no – merecer atención por parte del *ius puniendi*, habiéndose considerado de manera indiscriminada que cualquier persona que se dedique a esta actividad adolecerá de un ejercicio válido de su libertad sexual. En efecto, desde la jurisprudencia y la doctrina, se ha afirmado que en los delitos mencionados se vulnerará el bien jurídico libertad sexual por más que – en algunos – ni siquiera se exija para su configuración que el acto sexual llegue a realizarse. Tal es el caso del delito de favorecimiento a la prostitución, que castiga penalmente a quienes promueven o favorecen el ejercicio de una prostitución libre y ajena, esto es, sin que medie alguna situación de coacción.

En el presente trabajo de investigación se sostiene que cualquier acto que importa al funcionamiento del negocio sexual al cual se dedica una mujer no significa por sí la afectación de algún bien jurídico. En ese sentido, se rechaza la concepción tradicional que se tiene del bien jurídico libertad sexual por no corresponderse con los principios que inspiran nuestro modelo de Estado; y se plantea que el mismo es un bien jurídico disponible susceptible de ser delegado en terceros, los mismos que por haber asumido las responsabilidades respectivas podrán incurrir en alguna responsabilidad penal, según el caso y factor delegado que concurra en el acto sexual comercializado.

En el primer capítulo, se aborda la prostitución desde su complejidad para así alcanzar una mejor comprensión de lo que significa dicha actividad, no limitándonos a los alcances que ofrece su definición como una actividad sexual-lucrativa. Desarrollamos también las clases de prostitución, resaltando para los efectos de este trabajo aquella que diferencia el ejercicio de una prostitución libre y el ejercicio de una prostitución coaccionada. Así también, repasamos los impactos que a nivel personal y social puede generar esta actividad, y las corrientes que han servido para la promulgación de la normativa relacionada a dicho oficio. Revisando la realidad peruana y la regulación que aquí se ha promulgado respecto al ejercicio de la prostitución, se realiza sobre ello un análisis apoyado en el enfoque de género para identificar la plena libertad con la que una mujer puede dedicarse a este oficio. Posteriormente, se analiza el delito de favorecimiento de la prostitución, realizando una comparación normativa y doctrinaria con los delitos de trata de personas y explotación sexual, lo cual permitirá afirmar que el delito de favorecimiento de la prostitución no requiere para su configuración el empleo de algún medio que lesione la voluntad de la prostituta, de allí que dicho tipo penal castigue toda conducta que promueva o coadyuve el ejercicio de una prostitución que se ofrece de manera voluntaria en ejercicio de la libertad.

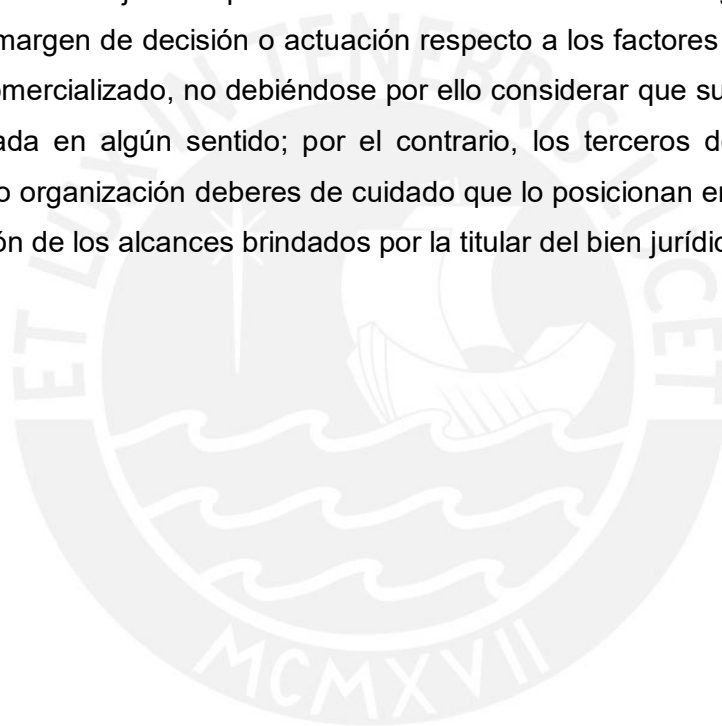
En el segundo capítulo, y sobre la base de las primeras conclusiones obtenidas en el primero, se realiza un análisis de legitimidad respecto de los comportamientos delictivos contenidos en el tipo penal de favorecimiento de la prostitución, recurriendo para ello a los fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho – como es el nuestro – y a los principios rectores que inspiran el derecho penal, lo que nos llevará a determinar que el referido delito ha tenido fundamento a la "moral", castigándose penalmente – e ilegítimamente – a cualquier tercero que promueva o favorezca al ejercicio libre de una persona titular del bien jurídico libertad sexual. Reforzándose así la idea que de dichos verbos rectores en los escenarios de prostitución libre carecen del contenido penal que se les da a las figuras de la complicidad e inducción en la teoría de la intervención delictiva. Con lo cual se determina la ilegitimidad del castigo penal que se les atribuye a los terceros que promueven o favorecen el ejercicio libre de la prostitución ajena.

En el tercer capítulo, se evalúa la concepción tradicional que se tiene del bien jurídico protegido libertad sexual y estando a su fórmula restrictiva en cuanto a la posibilidad de disposición por parte del mismo titular, proponemos una concepción radical a través de la



cual se permite comprender el referido bien jurídico como uno disponible y, por ende, susceptible de ser delgado en terceras personas. Para ello, nos apoyamos en el contexto de prostitución libre en el que intervienen terceras personas que, según su rol, aportan o contribuyen al funcionamiento del negocio sexual, los mismos que al asumir dichas obligaciones dentro de su ámbito de organización se hacen responsables de evitar la realización de algún riesgo penalmente relevante.

En tal sentido, el lector podrá encontrar en esta tesis aportes novedosos sobre la manera de concebir la libertad sexual como un bien jurídico, postulando que este es disponible y que el titular de este bien jurídico podrá en un contexto de libertad delegar sobre terceras personas algún margen de decisión o actuación respecto a los factores que concurran en el acto sexual comercializado, no debiéndose por ello considerar que su voluntad se haya visto menoscabada en algún sentido; por el contrario, los terceros delegados asumen dentro de su auto organización deberes de cuidado que lo posicionan en una situación de garante en función de los alcances brindados por la titular del bien jurídico libertad sexual.



## **Agradecimiento**

Un especial y sincero agradecimiento a mi asesora Carolina Soledad Rodríguez Castro. Sin su muy valioso acompañamiento no hubiera sido posible la elaboración de la presente tesis.



## **I. Las conductas vinculadas al ejercicio de la prostitución y su tratamiento en el ordenamiento jurídico peruano**

### **1. El complejo fenómeno de la prostitución en el Perú y su comprensión desde una perspectiva de género**

En el presente capítulo arribamos a una definición de prostitución dotada de sus elementos más particulares, exponiendo la alta complejidad en la que se manifiesta esta actividad, diferenciándola del resto de conductas que se presentan en el mercado sexual. Cabe precisar que, aunque sea una actividad que puede ser llevada a cabo por cualquier persona, esta investigación se concentra en el estudio de aquella prostitución que ejerce una mujer adulta de género y sexo femenino, titular del bien jurídico libertad sexual. El énfasis en este grupo humano radica en el hecho de que cuenta con mayor porcentaje de representatividad en el país, según la información recabada.

Posteriormente, nos avocamos a desarrollar las diferentes clases de prostitución, procediendo a analizar el impacto que tiene esta práctica en la sociedad, evaluando sus repercusiones sociales, culturales, sanitarias y económicas. Luego, nos centramos en exponer las corrientes políticas-jurídicas que en su tiempo y lugar sirvieron para la legalización o no de la prostitución, abordando la realidad peruana respecto al ejercicio de la prostitución y la intervención regulatoria del Estado. Finalmente, analizamos las implicancias que tiene la perspectiva de género en la prostitución, siendo una herramienta de suma importancia que permitirá apreciar de forma más cercana las circunstancias por las que atraviesan las mujeres que se dedican a la prostitución y sobre las características de aspectos relevantes para este trabajo, como es el consentimiento de las mismas.

#### **1.1. Cuestionamientos a la “sencilla” definición de la prostitución como actividad sexual-lucrativa: aspectos que evidencian su verdadera complejidad**

Es preciso antes de aterrizar en una definición de prostitución recordar que esta actividad es una de las tantas manifestaciones que se presentan en el denominado mercado sexual, concepto que abarca distintas actividades que se realizan de modo tanto lícito e ilícito y que, desde luego, cuentan con sus respectivas modalidades y procedimientos para ser

llevadas a cabo. Desde ya, resulta importante enfatizar que las actividades ilícitas del mercado sexual se caracterizan por la falta de libertad en el sostenimiento de cualquier tipo de prácticas sexuales, sea porque quienes las ejercen se han visto coaccionadas o privadas de otorgar cualquier consentimiento válido para ello; o, porque no cuentan con la madurez suficiente para consentir cualquier práctica sexual. Entre las referidas actividades ilícitas se tiene la producción y comercialización de material pornográfico infantil; la trata de personas destinada a la explotación sexual o el turismo sexual; entre otras actividades de índole similar (Rodríguez y Torrado, 2017, p. 5).

En ese marco, una de las actividades del comercio sexual que puede llegar a tener esta connotación de ilicitud es la prostitución, empero el alcance sobre si es lícita o no dependerá de la existencia de libertad en el consentimiento brindado por quienes sostienen la práctica sexual a cambio de un beneficio económico. De tal manera que, de verificarse que la práctica sexual de prostitución responde a una decisión libre por parte de la mujer que se prostituye, entonces dicha práctica será lícita. De lo contrario, si se verifica que la decisión de la mujer no obedece sino a una imposición – en palabras de Rodríguez y Torrado, el consentimiento de la titular del bien jurídico es inválido o esta no cuenta con libertad sexual – entonces, estaremos ante una prostitución ilícita.

Empero ¿qué se entiende por prostitución? Desde una perspectiva neutra, el concepto de prostitución puede ser concebido como una actividad mediante la cual una persona practica servicios de índole sexual a un tercero a cambio de una contraprestación económica (Barriga y Trujillo, 2003, p. 98). A pesar de que esta definición sea precisa y sencilla de comprender, advertimos que resulta insuficiente, por cuanto no permite apreciar las muy diversas formas en la que la prostitución es ejercida. Ciertamente, la prostitución representa una realidad social revestida de suma complejidad por sus muy variadas particularidades o contextos en los que se ejerce. Por ejemplo, se tienen los supuestos en los que quien se dedica a la prostitución la ejerce de manera independiente, así como aquella que se ejerce a través de un tercero que coadyuva o direcciona el manejo del negocio sexual.

Generalmente, el referido tercero es conocido como “proxeneta” y su participación puede, en menor o mayor medida, acrecentar la complejidad de la prostitución y, en consecuencia, de su tratamiento. En efecto, nótese que su intervención en el marco de la prostitución sexual ajena incrementa el rechazo social ya existente sobre esta actividad, habiendo

llevado, incluso, que en el en el Código Penal peruano se hayan tipificado determinados supuestos delictivos en los incluso se sancionan solo a quienes participan como “proxenetas” (Tubert, 2013, p. 6).

Así también, la complejidad de la prostitución se debe a las causas que motivan a la persona a ejercer esta actividad. Tales razones pueden ser muchas y muy distintas a su vez. Usualmente, entre estas se encuentran situaciones de violencia familiar, escolar, sexual, etc., no siendo menos relevante el estado económico de la persona (bajos recursos, extrema pobreza), o la escasez de oportunidades laborales. Circunstancias que de algún modo influyen en la persona a considerar a la prostitución como la única oportunidad que les permitiría obtener los recursos suficientes para subsistir (Barriga y Trujillo, 2003, p. 102).

Sobre la base de lo expuesto queda claro que la prostitución importa mucho más que el sencillo entendimiento que se le suele dar como actividad sexual-lucrativa, pues su real dimensión dependerá de la valoración de los factores que se presentarán en el caso concreto.

A efectos de la presente investigación, entenderemos por prostitución a aquella actividad o práctica física que tiene connotación sexual y que es realizada por una persona en búsqueda de un beneficio económico, no siendo indispensable para ser entendida como tal que se repita en el tiempo. Desde luego, ello no significa distraer la atención respecto a lo mencionado en los párrafos anteriores sobre las situaciones que advierten de la complejidad que esconde esta actividad sexual. Evidentemente, recordar las particularidades con las que se distinguen las manifestaciones de la prostitución es necesario para analizar qué tan legítima resulta la intervención estatal que existe sobre esta actividad, sea cuando se ejerza de manera libre, así como, de manera forzada.

Nos corresponde ahora desarrollar las clases de este servicio sexual que pudieran presentarse en la sociedad. Esto es sumamente importante, ya que se pretende marcar de manera más detallada las diferencias entre los supuestos o tipos de prostitución y con ello demostrar que esta puede realizarse sin ningún tipo de vulneración a los derechos de quienes la ejercen.

## 1.2. Clases de prostitución

Como bien se indicó líneas arriba, son muchas las maneras en las que se puede manifestar la prostitución y todas ellas se deben a circunstancias particulares en las que se encuentra la persona que la ejerce.

Una primera clasificación está orientada al lugar en donde se desarrollan estos servicios sexuales. Así, existe el grupo de personas que ofrecen sus servicios sexuales de forma permanente en un solo lugar, como es el caso de los centros nocturnos, prostíbulos y también hoteles, encontrándose también un grupo de personas que ofrece sus servicios sexuales de forma intermitente y en la calle (Lamas, 2016).

Una segunda clasificación es aquella que toma en consideración la concurrencia o no de la voluntad, es decir, que entiende que una prostitución será ejercida de manera libre cuando la persona se encuentre convencida y dispuesta a practicarla. Tal facultad o decisión es reconocida por algunos como el derecho a prostituirse, que sería una vertiente del derecho a la libertad sexual y, a su vez, expresión de la dignidad de la persona humana (Anadiomena, 2018). De no haber consentimiento del acto sexual por parte de quien se prostituye, estaremos ante un ejercicio forzado de la prostitución y, por tanto, carente de libertad (Cabrera, 2019), situación en la que el Estado despliega su poder punitivo para combatir tales hechos.

A efectos de dar mayor precisión a esta clasificación, citamos a Hugo Müller Solón (2016), quien considera que:

Una prostitución consentida supone el ejercicio libre y voluntario, en el que la entrega sexual es a cambio de una contraprestación económica con el total consentimiento de la trabajadora sexual; en tanto que la prostitución forzada se ejerce en el mismo sentido, pero bajo coacción o presión derivada de una situación de violencia, intimidación o abuso (p. 10).

Aparece también una tercera clasificación según las circunstancias que habrían servido como causas para que una persona ejerza la prostitución. Así, por ejemplo, Eric Sanchis Gómez (2011) establece la siguiente clasificación en función a tres motivaciones:

Prostitución clásica: Este tipo incluye a la mujer más desprovista de capitales, es decir, aquella que acumula todas las desventajas (económicas, sociales, culturales, familiares, psicológicas... Prostitución económica: Ahora tenemos una mujer de biografía convencional, no mal dotada de capitales, que, en un momento dado (...), se ve afectada por una grave carencia de recursos económicos, valora de modo realista las alternativas a su alcance y opta por la prostitución... Prostitución voluntaria: En un mundo que tiende a fomentar el consumo compulsivo, (...). El objetivo de conseguir más dinero de la forma más rápida posible y a través de no importa qué medio ocupa una posición relevante en la escala de valores (pp. 9-12).

Como se puede apreciar, la clasificación proporcionada por este autor toma en cuenta las condiciones económicas, de crianza, culturales, psicológicas y otras más que, de alguna manera, fueron parte del crecimiento de la persona. Tales circunstancias permiten graduar la libertad de la mujer en la toma de la decisión de prostituirse. Estando a los alcances que propone esta clasificación, es posible apreciar un consentimiento y – por tanto – libertad de la decisión de la mujer que se prostituye en el tipo de “prostitución voluntaria”, pues según refiere el autor se trata de una mujer que, a pesar de conocer determinados efectos de la prostitución – como lo es el estigmatizador – se dispone a realizar estos servicios sexuales. Aquí no se precisa que la mujer carezca de recursos económicos en comparación con las clasificaciones de “prostitución clásica” y “prostitución económica” en las que se podría alegar la ausencia de consentimiento y libertad al encontrarse la mujer en una situación de necesidad o vulnerabilidad que la empuja a optar por el ejercicio de la prostitución.

Efectivamente, existen situaciones que de alguna u otra manera dan lugar a cuestionar la supuesta libertad con la que una persona realiza estos servicios sexuales. No obstante, es de precisar que también hay supuestos que contrastan con aquellos, pues empíricamente se aprecia que la prostitución puede ser ejercida de manera libre y voluntaria. Ciertamente, como cada caso o situación es particular será necesario revisar las circunstancias y factores que rodean a la persona que realiza el servicio sexual, pues ello permitirá examinar que tan libre puede ser realmente su decisión para dedicarse a este oficio.

Siendo la prostitución una actividad que se desarrolla en la sociedad, resulta evidente que tendrá determinados impactos en la misma, así como en el modo de vida de las personas que se dedican a este oficio, asunto sobre el cual en el siguiente punto brindamos algunos alcances.

### **1.3. Los impactos de la prostitución en la sociedad: efectos estigmatizadores y económicos**

Desde antes, la prostitución ha sido considerada como un problema social (Inga, 2019), pues, además de que constantemente se critique que su práctica sea contraria a la moral, también se le ha cuestionado el ser fuente de diversos males que repercuten en la sociedad y, de manera más directa, sobre quienes la ejercen (Juliano, 2005). Entre estos, se tiene que esta actividad tiene un efecto estigmatizador que recae sobre la persona que la ejerce, convirtiéndola en objeto de discriminación. Señalando Sharon Gorenstein Rivera que “[e]n la prostitución, el estigma refiere a un comportamiento sexual y uso del cuerpo no deseado y vergonzoso para la sociedad” (Gorenstein, 2013, p. 3).

Del mismo modo, señalan que existe una predisposición por parte de quienes ejercen la prostitución a permanecer en la clandestinidad, por cuanto - entre otros motivos - expresan su deseo de no ser sometidos o sometidas a ciertas prácticas médicas de manera regular, menos aún quisieran figurar en algún registro, ya que, al ser identificados, luego no podrían evitar ser estigmatizados por la sociedad (Gimeno, 2017).

La duración del estigma podría acompañar a la persona que ejerce la prostitución durante toda su vida por más que haya abandonado tempranamente este oficio. A pesar de que a esta actividad puedan dedicarse tanto hombres como mujeres, suelen ser estas quienes reciben en mayor medida el rechazo de la sociedad, lo cual evidencia una cultura machista de modelo patriarcal que desfavorece injustamente al sexo femenino. Sobre este punto, Elvira Villa Camarma, en un estudio antropológico sobre la prostitución, referente a la manera en la que se concibe el ofrecer servicios sexuales por, de una parte, el hombre y, de otra, la mujer, concluyó que “la utilización del cuerpo y la sexualidad marcan una frontera simbólica que divide a hombres y mujeres “mientras que a unos los “engrandece” (...) a otras las empequeñece...” (Villa, 2010).



Lo anotado en el párrafo anterior es a todas luces es inaceptable en un Estado social y democrático de derecho en el que rige el principio de no discriminación. En efecto, que el rechazo social se dirija principalmente sobre las mujeres borraría de la percepción social la participación de otros agentes que serían los mayores responsables al precisamente solicitar estos servicios y así permitir que el ejercicio de la prostitución se mantenga. Estos terceros son los llamados usuarios o clientes, quienes en su mayoría son hombres, presentándose esta situación tanto la prostitución independiente, como en la prostitución coaccionada, de lo cual se advierte que ambas están ligadas a una situación de desigualdad de género (Pacheco, 2020).

Producto de la cultura machista se ha enraizado en la colectividad la idea de que la prostitución reduce a las mujeres a meros objetos sexuales y que su práctica contraviene el orden público. Empero, ello significaría no tener en consideración los supuestos en los que quienes ejercen la prostitución lo hacen de manera voluntaria y libre de coacción alguna, llegando al punto de considerarlo, incluso, como su trabajo. Al respecto, cierta parte del discurso de la perspectiva de género demanda la no victimización de las mujeres que libremente ejercen la prostitución, pues eso atentaría a su condición de sujetos de derecho (Daich, 2018, p. 15). Como se ha señalado, la perspectiva de género nos permitirá apreciar de un modo más cercano la verdadera situación de la mujer que se decide por realizar un servicio sexual a cambio de un beneficio.

Podemos señalar entonces que la prostitución despierta aspectos muy sensibles y que alcanzan diversos ámbitos sociales, considerando Scarlett Gutiérrez Daher que “la prostitución es una anomalía social (...) y su impacto social día a día constituye mayor preocupación” (S/F, p. 1). Ahora bien, el que la prostitución se desarrolle mayormente en la clandestinidad, y que prefiera mantenerse operando de este modo, se debe a que sus actores pretenden deshacerse de toda clase de control o registro, incluso de aquel que no implica necesariamente la persecución penal. Tales contextos desprovistos de toda supervisión servirían como un terreno ideal para la comisión de ilícitos penales, como es el caso de la venta de drogas, el tráfico de armas, el crimen organizado, entre otros, garantizándose debido a la clandestinidad la no identificación de los perpetradores de estos delitos y, con ello, su impunidad.

Se ha señalado en contra de la prostitución que debido a su práctica no resulta posible erradicar determinados hechos punibles, sino que la incidencia de estos, o se mantiene, o van en aumento, al aprovecharse de la clandestinidad en la que se ofrecen estos servicios sexuales (Gimeno, 2017). Así, por ejemplo, es frecuente que se mencione que el ejercicio de la prostitución, en cualquiera de sus modalidades, permitiría que el delito de trata de personas permanezca expandiéndose en sus diferentes modalidades de comisión.

Estos son algunos motivos por los cuales se exige que la prostitución sea prohibida, creyendo así que podrían eliminar otros problemas sociales que afectan a la comunidad en su conjunto. Empero, creemos que dicha visión no está considerando la diferencia que hay entre la prostitución libre y la forzada, pues ambas no tienen en sí las mismas implicancias o contornos delictivos. Por tanto, si de combatir hechos delictivos se trata, resultaría lógico que el grupo de personas que busca penalizar la prostitución debería de tomar tan solo en cuenta a la prostitución forzada por las circunstancias delictivos negativas que comprende.

En esa línea, Jordi Pérez Colome considera que erradicar la práctica de la prostitución libre en la sociedad no sería el camino idóneo para combatir los delitos que se mencionan y lograr que estos desaparezcan, más bien precisa que es la prostitución forzada la que debe ser objeto de preocupación:

La prostitución obligada, ya sea porque las chicas vienen engañadas o porque directamente se las obliga, está ya penada en nuestra legislación. La policía tiene los medios para perseguir a los culpables. En la práctica, sin embargo, no es tan fácil. Nadie delata a los traficantes porque las chicas temen las represalias contra sus familias en su país y a los policías les cuesta reunir las pruebas (...). Este es sin embargo uno de los grandes argumentos de las partidarias de la abolición de la prostitución: si no existiera la prostitución, dicen, tampoco existiría la prostitución forzada, dicen (Colome, 2006).

Otras posturas sostienen que el oficio de la prostitución no representa en sí mismo un problema vinculado a la delictuosidad, sino que, debido a la falta de reglamentación, es más bien un problema de salud en la medida en que estos servicios son prestados en espacios que no cuentan con condiciones de salubridad mínimas (Oliveira y Fernández, 2017). Sobre

este punto, Antonio Rengifo Balarezo afirma que “[e]n la prostitución lo único de malo, si lo hubiera, es que entraña el riesgo del contagio de enfermedades de transmisión sexual, entre ellas el SIDA. En tal sentido, la prostitución es un problema de salud pública, sobre todo, cuando su ejercicio es callejero o informal” (Rengifo, 2009, p. 1).

De conformidad con Antonio Rengifo Balarezo, la prostitución solo podría presentar un inconveniente que sería ser la causa determinante para el contagio de enfermedades de transmisión sexual, sobre todo en los casos en los que la prostitución sea ejercida de manera informal. De lo cual se podría deducir que en aquellos contextos en los que exista mayor cuidado para prestar estos servicios, el riesgo de contagio sería menor y, por ende, el problema casi superfluo.

El crecimiento del fenómeno de la prostitución traza serias dificultades y con ello cuestionamientos que no solo implican aspectos de moralidad, sanidad pública o discriminación, sino que ahora se suman críticas que versan sobre la afectación a derechos fundamentales, pues se sostiene que algunas de las personas que participan en el mercado de la prostitución, ya sea, por voluntad propia o con la intención de reafirmar su libertad sexual, lo hacen en realidad como consecuencia de presiones económicas o debido a la carencia de opciones; mientras que otras son obligadas a hacerlo mediante engaño, violencia o chantaje, situaciones que cuestionarían una supuesta auténtica libertad (Gay., S., et. al, 2003, pp. 10-11).

Como se ha tenido ocasión de evidenciar, existen diversas posiciones que rechazan el ejercicio de la prostitución. Con todo, consideramos que ello se debe a que no se están evaluando las particularidades de cada caso, sino que se asumen todos como un único supuesto: prostitución forzada y benefactora de la comisión de otros ilícitos, requiriendo – en esta línea – la eliminación del mismo y, por tanto, su punición. En el mismo sentido, Hugo Müller Solón sostiene que estas medidas más que proteger a las víctimas de situaciones de explotación sexual “lo que defienden es el bienestar y el orden público, bienes colectivos de la comunidad que se encuentran debidamente justificados, pero que generan agravio en personas que ven en la prostitución consentida un medio de trabajo” (Müller, 2016, p. 11).

Por otro lado, es importante señalar que la prostitución genera un trascendental impacto económico en la sociedad, ello debido al trato lucrativo por el cual se desenvuelve la misma. Lamentablemente, producto de que la prostitución sea ejercida de manera oculta por los diversos motivos expuestos, no hemos logrado encontrar información alguna respecto a las sumas de dinero que esta actividad podría producir en el Perú. Sin embargo, sí contamos con información a nivel de Europa que puede ser de utilidad para dar referencias de cuánto dinero mueve este negocio sexual.

En Holanda, donde el ejercicio de la prostitución se encuentra legalizada desde el año 2001, se tuvo que en dicho año esta actividad representó nada menos que el 5% de su Producto Bruto Interno (Jeffrey, 2012). En Alemania, donde la prostitución también está legalizada, la prensa informa que el volumen de este negocio ascendería a la suma de 14.600 millones anuales (Carbajosa, 2018). Un país europeo donde no está legalizada la prostitución es España. En este país la prostitución significaría el 0.35% del Producto Bruto interno, lo que significaría casi 4.10 millones de euros (Hernández, 2018). Como se aprecia, el ejercicio de la prostitución tiene repercusiones muy importantes en el flujo económico de la sociedad, advirtiéndose que una regulación legal al respecto podría significar mayores ingresos al Estado como producto de la recaudación fiscal. Aunque cabe recordar que, alguna clase de prostitución rechaza su formalización y considera que ello llevaría a la disminución del negocio.

Habiendo revisado el concepto y la compleja naturaleza de la prostitución, así como sus variadas clases y las diferentes repercusiones que genera en la sociedad (a nivel moral, económico, etc.), resulta pertinente revisar las valoraciones que esta actividad sexual ha merecido en el tiempo.

#### **1.4. Reacciones en torno a la prostitución: entre las corrientes abolicionistas prohibicionistas, legalistas y reglamentarias**

A efectos de abordar este subcapítulo es necesario hacer un breve recuento sobre las diversas posturas que los países alrededor del mundo han adoptado a lo largo de la historia, a fin de establecer o no una determinada regulación legal sobre el ejercicio de la prostitución. Al respecto, se reconocen las siguientes corrientes: abolicionista, prohibicionista, laboralista (o legalista) y reglamentarista (López, 2019, p. 2). Cada una de

estas posturas alberga diferentes valoraciones de contenido moral, religioso, ético, económico, político y jurídico.

Empezamos señalando que la corriente abolicionista considera a la prostitución como una actividad que atropella a los derechos fundamentales o humanos, pues su práctica básicamente significa la explotación de la persona. De una manera más radical, la corriente prohibicionista concibe a la prostitución como una conducta delictuosa que se traduce en injusticia social y, por ende, debe ser reprimida mediante una pena. Desde otra perspectiva, la corriente reglamentarista considera que, si bien la prostitución puede ser entendida como una enfermedad social, es necesario contar con una regulación sobre el ejercicio de la prostitución para así extraerla de la clandestinidad, siendo el Estado el garante de controlar que esta actividad se lleve a cabo bajo el cumplimiento de normas de orden público. Desde una óptica más protectora de las libertades individuales, la corriente legalista por su parte prefiere que se elimine todo prejuicio que atente contra quienes practican la prostitución, reconociéndola más bien como un trabajo y, por tanto, merecedora de protección a través de una regulación normativa (Gay., S., et. al, 2003).

En palabras de María Maqueda Abreu (2016) “para el sistema prohibicionista la mujer es una delincuente, para el modelo abolicionista, es una víctima de esclavitud o de violencia de género, para los reglamentaristas es una creadora de riesgos y para el legalista es una legítima trabajadora”.

Estando a lo expuesto, podemos en líneas generales asumir que, por ejemplo, las corrientes abolicionistas y prohibicionistas procuran erradicar de plano la prostitución; mientras que la reglamentarista y legalista, su reconocimiento como una actividad merecedora de protección estatal. En ese sentido, existen posturas que consideran que el oficio en cuestión es en todo aspecto negativo, y otras que optan por regularizarla mediante políticas o normas jurídicas por considerarla una actividad merecedora de respaldo jurídico. Naturalmente, cada una de estas corrientes se corresponden con la ideología y cultura que imperaba en una sociedad en un tiempo determinado.

Ahora bien, siendo que tanto la postura abolicionista como la prohibicionista demuestran un fuerte rechazo a la prostitución al considerar que su práctica vulnera los derechos fundamentales de quien la ejerce, corresponde alcanzar detalles que permitan diferenciar

una corriente de la otra. Así, el modelo abolicionista, si bien no reprocha a quien ejerce la prostitución, sí castiga a quienes realizan comportamientos que incentivan esta actividad, como el mismo consumo de los clientes. Mientras que la prohibicionista pretende eliminar la prostitución desde la raíz, castigando incluso a quienes la ejercen, pues no conciben que esta se realice en ningún contexto de libertad, sino tan solo en espacios de coacción (Santoyo, 2015).

De estos criterios se advierte la postura de un Estado indiferente e, incluso, discriminatorio respecto a quienes ejercen la prostitución, evidenciándose que el Estado se concede para sí la prerrogativa de calificar como algo negativo el hecho de que una persona ejerciera la prostitución, lo que se traduce a una valoración del modo de vida. Ello constituye una injerencia en la esfera personal de un individuo que a todas luces es propia de un Estado paternalista con bases fuertemente moralistas, lo que es ajeno a los valores que inspiran un Estado Democrático de Derecho, más aún si no participan sobre dicha regulación las personas que se dedican al servicio sexual en cuestión. En efecto, como indica Andrea Loayza Quispe (2020) respecto a la regulación por parte de los gobiernos locales:

Existe un factor que no se está tomando en cuenta, y es la propia participación de las personas que se dedican a la prostitución, puesto que, al no darles voz para decidir sobre la regulación de sus servicios sexuales, la actualización paternalista del Estado está excediendo sus límites (Loayza, 2020, p. 14)

Por otro lado, las corrientes legalistas y reglamentaristas reconocen la necesidad de regular el oficio de la prostitución. Aunque la teoría reglamentarista concibe a la prostitución como un mal social – cosa que no hace la postura legalista – no niega el hecho de que su práctica es real y merecedora de atención estatal, por lo que procura el control de la misma a través de políticas que serían promovidas y supervisadas por el Estado, las cuales consistirían en la imposición de medidas sanitarias, entre otras. La corriente legalista (o laboralista) resulta más garantista, pues considera a la prostitución como una profesión al igual que las demás, otorgando los mismos derechos y deberes a quienes se encuentran realizando este oficio, combatiendo así todo acto discriminatorio que pudiera atentar contra estas personas.

Conforme se puede advertir, respecto a una misma actividad se han desarrollado diferentes corrientes con un contenido totalmente opuesto al otro, apreciándose que en ocasiones el Estado incluso ha penalizado la prostitución como modo de vida, así como también ha penalizado tan solo aquella prostitución que, por ejemplo, se ejerciera en la calle, a diferencia de aquella que se ejerciera bajo ciertas condiciones donde haya mayor riqueza (Fernando, 2008). Lo cierto es que, si se permitiera legalmente que la prostitución sea ejercida de manera libre y voluntaria, debemos consecuentemente también asumir que se haría indispensable contar con dispositivos que impidieran u obstaculizaran la perturbación de la prostitución que se ejerce libremente, ello en la medida en que reconocer la existencia de un derecho exige procurar los medios o herramientas necesarias para garantizar su vigencia y efectividad. Lo contrario, es decir, la omisión de que se promulguen leyes que impidan y sancionen a quienes actúan contraviniendo dicha libertad, significaría exponer a dicho grupo humano a cualquier tipo de riesgo sin amparo alguno.

Estando al desarrollo de las 4 teorías entramos a analizar cuál es la postura que se viene adoptando en el Perú respecto a la regulación de la prostitución. Para ello, traemos a colación el tratamiento normativo que se ha promulgado sobre el particular, lo que - entendemos - reflejaría la realidad social o cultural de nuestro Estado. Adelantamos que, a nuestro parecer, se habría optado en el Perú por un modelo que en esencia es abolicionista, pues, a manera de ejemplo, del propio artículo 179 del Código Penal peruano, se aprecia que se pretende castigar a toda conducta favorecedora de la prostitución, omitiéndose en la redacción del tipo penal una definición precisa acerca de qué tipo de prostitución se estaría prohibiendo. Por lo que, ante esta ausencia, se ha estimado por incluir dentro de la tipificación a aquellas prácticas de prostitución consentidas o lícitas, esto es, a aquellas que se ejercen libremente. De tal manera que lo que se tendría como consecuencia de una posición normativa (y política) sería el cese de esta actividad, pues es de mencionar que los otros supuestos de prostitución, es decir, la coaccionada, ya se encuentran contemplados como formas de explotación sexual.

#### **1.5. Realidad y regulación de la prostitución en el Perú: entre una fuerte posición abolicionista y una progresiva posición reglamentarista**

En el Perú, la prostitución es un tema complejo por varias razones. Lamentablemente, debido a que no existe un registro formal no se cuenta con información exacta de la cantidad

de personas que se dedican a la prostitución, encontrando una referencia proporcionada por el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/Sida en la que se estima que en el país hay alrededor de 67 000 prostitutas (UNAIDS, 2022). Lo que sí se tiene a manera de referencia indirecta es información brindada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (en adelante INEI) sobre las 342 denuncias registradas en el año 2020 por el delito de trata de personas, de las cuales 245 comprendían supuestos de explotación sexual, apreciándose que del total de denuncias las presuntas víctimas son mujeres, siendo que, el 50,6 % tenía entre 18 y 29 años de edad, mientras que el 40,9 % eran menores de edad; y el 8,5 % tenía de 30 años de edad a más (INEI, 2021).

De los casos denunciados se advierte mayor concentración territorial (21,3%) en Lima, luego Madre de Dios tiene el 9%, seguidos por Loreto con el 7.5%, Puno con el 6.6% y Cusco con el 5.4% (Ministerio del Interior, 2021), siendo Lima el distrito de mayor incidencia de crimen y violencia, según Resolución Ministerial N° 809-2019-IN del Ministerio del Interior.

Como se puede apreciar, la gran mayoría de personas que se dedican a la prostitución sexual está conformada por mujeres adultas, dato de suma relevancia tener en consideración, a fin de adoptar en un país machista como el nuestro las medidas correspondientes, más aún si la mayor población de las prostitutas se encuentra en el distrito más peligroso, conviviendo de esta manera con la inseguridad. Y es que debido a la estructura machista de nuestra sociedad se ha normalizado que la mujer sea merecedora de tratos denigrantes o abusivos por parte del hombre, dificultando reconocer los de violencia en la que muchas veces aquellas se encuentran (Gutiérrez, 2021). En el caso de las mujeres que se dedican a la prostitución, muchas veces sucede que estas son constantemente víctimas de agresiones verbales, físicas, psicológicas, e, incluso, sexuales (Médicos del Mundo, 2020).

Esta violencia basada en razones de género se manifiesta también en otros campos como es el laboral, contándose con registros que advierten una importante brecha salarial entre hombres y mujeres (Sánchez, 2021). Tal situación desfavorecedora para las mujeres influenciaría en su decisión por dedicarse al ejercicio de la prostitución.



Ante tales desigualdades, un grupo de mujeres que venían trabajando por los derechos de quienes se dedican a la prostitución lograron inscribir en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo del Perú sindicato denominado “Sindicato Nacional de Trabajadoras Sexuales del Perú SINTRASEXP”, el mismo que tiene como propósito velar por el bienestar de esta población de mujeres. Dicho acto demuestra por parte del Estado peruano cierto interés sobre esta realidad. Incluso, recientemente se aprobó mediante Resolución Ministerial N° 338-2022-MIMP del 06 de diciembre de 2022 la conformación de una Mesa de Trabajo para luchar contra la violencia y promover los derechos fundamentales de las personas que ejercen trabajo sexual.

En cuanto a las víctimas que sufren situaciones de trata de personas con fines de explotación sexual, el Estado peruano implementó lineamientos tales como: El Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021 y El Protocolo Intersectorial para la prevención y persecución del delito y la protección, atención y reintegración de víctimas de trata de personas. De esta manera, se buscó prevenir y castigar los casos de prostitución forzada.

No obstante se advierta cierto progreso en el interés por salvaguardar la integridad de quienes se dedican a la prostitución, sea lícita o coaccionada, es de indicar que en el Perú no se reconoce que esta actividad tenga una naturaleza de índole laboral (Mego, 2019, p. 22), por más que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables identifique a las mujeres que se dedican a la prostitución como “trabajadoras sexuales”, conforme se aprecia mediante una nota publicada el 11 de febrero de 2023 en su página oficial de Instagram, en el marco de la referida Resolución Ministerial N° 338-2022-MIMP. Tal desconocimiento evidentemente implicaría una suerte de desamparo para dicho sector vulnerable.

En cuanto al tratamiento normativo que se ha promulgado respecto al ejercicio de la prostitución, nos remontamos al año 1924, en donde el gobierno del entonces presidente Augusto B. Leguía promulgó la “Ley de Vagancia”, a través de la cual se castigaba, entre otras conductas, a la prostitución callejera que se ejerciera incumpliendo lo dispuesto por la autoridad. Hugo Müller Solón precisa que la norma prescribía que las “prostitutas de profesión (...), si se sustraían de figurar en los padrones del caso y burlaban las prescripciones de los reglamentos (...), eran estigmatizadas y (...) acreedoras a penas privativas” (Müller, 2016, pp. 5-6). Esta norma fue derogada después de 62 años, a través

de la promulgación de la Ley N° 24506 del año 1986. Antecedente del cual se advierte que – hace más de 1 siglo – en nuestro país se consideraba a la prostitución como una práctica que podía ser aceptada dentro de ciertos parámetros, lo que se condice con la concepción reglamentarista.

En efecto, si bien el ejercicio de la prostitución no está contemplado en las leyes laborales peruanas, se tiene que su ejercicio puede ser regulado de manera administrativa. Normatividad que se enfoca en la salubridad que debe haber en la prestación del servicio, exigiéndose que los establecimientos en donde se ejerce dicha actividad cuenten con las licencias de funcionamiento respectivas. Esta manera de regular el ejercicio de la prostitución se remonta al año 1911, en donde el Ministerio del Interior expedía las denominadas Licencias Especiales para la realización de los referidos servicios.

Más adelante, en el año 1957, se emitió un Nuevo Reglamento de Licencias Especiales de Policía, aprobado por el Decreto Supremo N° 324 del 26 de octubre de 1957, en donde se prescriben las licencias especiales para i) Casas de tolerancia donde se ejerce la prostitución de una o más mujeres en forma permanente o temporal, y ii) Prostíbulos, establecimientos dedicados a la prostitución. Siendo que, en el año 1983, el Ministerio del Interior, mediante Decreto Supremo N° 004-72-IN, transfirió tal facultad de regulación a los Municipios, que, a través de la Ley N° 27972, denominada “Ley Orgánica de Municipalidades”, se les reconoce cierta autonomía en el marco de sus funciones, concretándose con la Ley N° 28976, “Ley Marco de Licencia de Funcionamiento” la regulación del procedimiento para la obtención de licencias de funcionamiento, según sea el objeto comercial.

Ciertamente, el interés de que este tipo de actividades cuente con la debida salubridad fue de singular relevancia, pues conforme a la Ley N° 26626 “Ley contra el SIDA” se advierte que hubo la necesidad de fijar los procedimientos relacionados a la atención médica periódica para las trabajadoras sexuales. Incluso, en el año 2009 se aprobó mediante Resolución Ministerial N° 650-2009/MINSA la Directiva Sanitaria N° 030-MINSA/DGSP-V.01 “Directiva Sanitaria para la Atención Médica Periódica a las/los Trabajadoras/es Sexuales y VIH”, cuya finalidad según su artículo I fue “reducir la incidencia y transmisión de ITS VIH y SIDA en la población vulnerable”.

Ahora bien, aunque se hayan emitido dichas normas en pro de la situación médica de las personas que se dedican a la prostitución, es de resaltar que la línea trazada por los gobiernos locales iría en un sentido tendiente a eliminar de sus calles cualquier tipo de prostitución. Al respecto, encontramos algunas ordenanzas emitidas por los gobiernos locales, de las cuales se advierte que estas tendrían un sentido abolicionista. Por ejemplo, la Municipalidad Metropolitana de Lima, mediante la Ordenanza N° 236 de 1996, dispuso la prohibición de la prostitución callejera en las calles del centro de Lima. De igual manera procedió la Municipalidad del distrito de La Victoria, a través de la Ordenanza N° 079 promulgada en el año 2003. Otra posición adoptó la Municipalidad Regional del Callao cuando en el año 2011 por medio del Decreto de Alcaldía N. ° 00008-2011 creó la Comisión Multisectorial para la elaboración de propuestas que promuevan el acceso de las Trabajadoras Sexuales a la Seguridad Social y Prestaciones de Salud Integral, definiendo en su artículo segundo que será trabajadora sexual toda mujer mayor de 18 años que ejerza la prostitución (Arbulú, 2014)

De manera más reciente, en el año 2013 se emitió la Ordenanza Municipal N° 1718 aprobando el nuevo régimen municipal de aplicación de sanciones administrativas derivadas de la función fiscalizadora, agregando infracciones entre las que figura la imposición de 2 UIT a quien ofrece servicios sexuales en la vía callejera, considerando que tal actividad atentaría contra la moral y el orden público. En el año 2018, la Municipalidad de los Olivos, publicó la Ordenanza N° 479-CDLO prohibiendo el ejercicio de la prostitución en todas sus formas por el mismo motivo anterior. En el año 2019, la Municipalidad del distrito de El Agustino promulgó la Ordenanza N° 669-MDEA con el mismo propósito que la ordenanza anterior (Loayza, 2020, p. 13).

Lo expuesto nos demuestra que sobre la prostitución se ha tenido un tratamiento normativo un tanto dispar, ya que si bien existen algunas manifestaciones normativas recientes que evidencian un reconocimiento a colectivos que buscan dedicarse a la prostitución libre y su tratamiento eficiente de salud en materia de VIH; lo cierto es que, estos reconocimientos son puntuales y no obedecen a lo que sería la lógica principal del Estado peruano de prohibir esta actividad, tal como se puede apreciar de las últimas ordenanzas mencionadas. Del mismo modo, en el caso de los tipos penales vigentes se infiere que actualmente la corriente que adopta nuestra legislación respecto al ejercicio de la prostitución tiene más matices abolicionistas, pues mediante estos dispositivos indirectamente se lograría que se

anule de la sociedad cualquier actividad vinculada a la prostitución, incluyéndose esta misma.

En efecto, si bien no se castiga vía derecho penal a quien ejerce la prostitución, sí se sancionan a terceros que de alguna forma la promueven o favorecen, lo que tendría como consecuencia el cese de dicha actividad. A nuestro criterio, en ese camino el legislador habría incurrido en error al promulgar normas penales que sancionan supuestos en los cuales la prostitución es ejercida voluntaria y libremente, pues ello iría en contra de los principios de lesividad, protección exclusiva de bienes jurídicos, entre otros, aspecto que desarrollaremos en el capítulo siguiente.

### **1.6. El enfoque de género para determinar la prostitución libre**

De acuerdo a datos de Naciones Unidas (ONU), la prostitución afecta a alrededor de 4 millones de personas en el mundo, de las cuales el 90% son mujeres. Recordando lo expuesto en el acápite anterior sobre el registro del INEI de la cantidad de denuncias por trata de personas con fines de explotación sexual y el porcentaje que ocupaban las mujeres adultas, podemos sostener junto con Elena Sánchez Blanco (2012) - quien se pronuncia desde la realidad española - que el perfil que mayoritariamente se repite en una persona prostituida: es de mujer, inmigrante, de entre 26-29 años, con un nivel académico medio-alto, de pocos recursos económicos (p. 1857)

De hecho, como refiere Ivan Meini Mendez (2022) “una constante en estos datos es la predominancia de la mujer como víctima y la finalidad de explotación sexual que persigue el tratante” (p. 25). Afirmación a la que llega luego de haber revisado el registro establecido por el INEI arriba expuesto.

Ahora, que según el INEI durante el periodo 2016 a mayo de 2019 se haya empleado en mayor medida el engaño como medio típico para cometer el delito de trata de personas (INEI, 2019) es un dato que no haría más que confirmar que generalmente las mujeres que acceden a prostituirse lo hacen por encontrarse en una situación de necesidad, accediendo a falsas propuestas laborales, a fin de resolver o mejorar sus situaciones económicas. Siendo ello así, resulta importante analizar el fenómeno de la prostitución y sus alcances desde el enfoque de género, toda vez que de esa manera se podrá apreciar cuáles son las

situaciones en las que se encuentra quien se introduce en el mundo de la prostitución y con ello si esta ejerce esta actividad de manera libre o no.

El enfoque de género, de acuerdo al fundamento 16 del Acuerdo Plenario 1-2016/CJ-116 de fecha 12 de junio de 2017, es aquella herramienta que reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres. Comprender la prostitución desde el enfoque de género permite visibilizar que esta actividad sexual repercute de manera diferenciada en mujeres y hombres, ubicando a las mujeres como un producto y a los hombres como consumidores (Castellanos y Ranea, 2014, p.162).

Teniendo en consideración la realidad machista de nuestra sociedad y las diferencias que hay en diversos aspectos – como es el laboral – entre hombres y mujeres, es también necesario comprender la prostitución desde el enfoque de interseccionalidad. Al respecto, el citado Acuerdo Plenario señala que dicho enfoque:

Reconoce que la experiencia que las mujeres tienen de la violencia se ve influida por factores e identidades como su etnia, color, religión; opinión política o de otro tipo; origen nacional o social, patrimonio; estado civil, orientación sexual, condición de seropositiva, condición de inmigrante o refugiada, edad o discapacidad; y, en su caso, incluye medidas orientadas a determinados grupos de mujeres.

Por tal motivo, aquellas mujeres que toman la decisión de prostituirse en contextos de necesidad económica, estado irregular administrativa u otro contexto de conflicto, pasarían por un mayor riesgo de explotación, y – por tanto – la decisión tomada no sería libre.

Contrariamente a la valoración de esta prostitución abiertamente ilegal donde la mujer se prostituye para solventar las carencias económicas, educativas o de salud que presenta, se tiene que el enfoque de género también estima la existencia de otra orientación de la prostitución vinculada con aquella que puede ejercerse de forma libre. En efecto, desde la perspectiva de género se encuentran otros sectores importantes que defienden el ejercicio de la prostitución libre, concibiéndola como un trabajo (Lugo, 2017). Por su parte, la Red de

Mujeres Trabajadoras Sexuales de Latinoamérica y el Caribe (en adelante, “RedTraSex”) considera equívoca la idea de que las trabajadoras sexuales no puedan consentir mantener relaciones sexuales a cambio de dinero porque supuestamente nadie consentiría vender servicios sexuales. Si bien la decisión de dedicarse a este trabajo sexual puede deberse a situaciones de pobreza, tales factores no eliminan su capacidad de decidir sobre su vida (RedTraSex, 2022).

En el mismo sentido, algunos sostienen que el hecho de que a las mujeres no se les reconozca los mismos beneficios u oportunidades que a los hombres, como es la brecha salarial sobre la que expusimos en el acápite anterior, conlleva a que las mujeres se dediquen a la prostitución, pues de haber contado con otras opciones seguramente no se hubieran decidido por realizar dicha actividad sexual. No obstante, tal razonamiento implicaría afirmar que quien se dedica a otro tipo de actividades – como es el cuidado del hogar – también se encontraría necesariamente en una situación en la que carece de libertad por no haber obtenido otras oportunidades laborales (Llobet, 2022), lo que no se correspondería con la realidad, pues si bien en algunos casos existe una falta de libertad, esto no es necesariamente connatural a la actividad de la prostitución.

Sobre dicho punto, consideramos que tal razonamiento desconoce los espacios de libertad que pueden existir aun en situaciones como las descritas, pues siguiendo a Mariona Llobet Anglí, tales circunstancias no definen la anulaci3n de la voluntad de quien opta por dedicarse a la prostituci3n, así como tampoco eliminan de manera automática la voluntad de quien escoge dedicarse a otros oficios como limpiar suelos, baños, u otros (Llobet, 2017). Y es que – como reiteramos – lo fundamental para situarnos en un ámbito de libertad será reconocer la valoraci3n que pueda realizar cada persona en cada caso concreto, rechazándose cualquier intento de automatismo de equiparar o identificar situaciones de necesidad con la falta de libertad sexual. Ello no niega la posibilidad de que estas efectivamente puedan coincidir luego de analizar la situaci3n de la persona en concreto.

La RedTraSex afirma que, a pesar de que se presenten situaciones de explotaci3n laboral en el ejercicio de la prostituci3n, la voluntad de la persona que se dedica a esta actividad se mantendrá intacta. El ejercicio de la prostituci3n libre se separa de la esclavitud y la trata de personas porque en estos últimos casos se vulnera la libertad de quien es prostituida (RedTraSex, 2014, p. 5). Precisamente, en un contexto en el que la trabajadora sexual

ejerza la prostitución, sea de manera independiente o bajo la supervisión de terceros, siempre que no se encuentre siendo explotada, corresponderá afirmar que tal actividad deberá ser considerada como cualquier prestación de servicios, no mereciendo, por tanto, ninguna reacción negativa por parte del ente estatal, sino más bien la protección y el reconocimiento de sus derechos sociales.

Sobre la base de lo señalado, cabe reafirmar que la perspectiva de género será de mucha utilidad para estimar si la prostitución que una persona ejerce es libre o no, pues de la mano de tal perspectiva se podrá identificar cuáles son las concretas situaciones en las que se encuentra la persona que se dedica a esta actividad, siendo que dichos factores permitirán evaluar determinados aspectos que podrían incidir en el ámbito de libertad de decisión de quien se prostituye. En ese sentido, el enfoque de género ayuda a tener un panorama más claro acerca de situaciones que en principio parecen no ser coactivas respecto a la decisión libre de las mujeres de prostituirse, y – en tal medida – afirmar que dicha labor se realiza sin presión o sin una real violencia por parte de otras personas.

Lo relevante para esta investigación es que el enfoque de género se sume a los esfuerzos por identificar aquellas decisiones que son libres en los casos de aquellas mujeres que decidan ser trabajadoras sexuales, esto como expresión de su autodeterminación. Desde luego, dichas bases permitirán determinar cuándo el apoyo prestado por terceras personas en la administración/gestión de la actividad sexual – y del patrimonio que genera - resulta a la vez como una actuación carente en principio de ilicitud.

## **2. Análisis del delito de favorecimiento de la prostitución**

En este apartado desarrollamos lo concerniente al delito de favorecimiento a la prostitución, el mismo que se encuentra prescrito en el artículo 179 del Código Penal peruano, analizando la fórmula legal que se ha empleado para su tipificación. Posteriormente, examinamos las variadas apreciaciones que la doctrina penal ha sentado sobre el bien jurídico que se procuraría proteger mediante este delito. Luego, nos enfocamos en las circunstancias agravantes que recoge este tipo penal y analizamos si estos protegen algún bien jurídico distinto al que se le reconoce al tipo base. Por último, tratamos sobre la interpretación que podrían resistir los verbos rectores de este ilícito penal, consistentes en

la promoción y el favorecimiento al ejercicio de la prostitución como actividad sexual-lucrativa al cual se dedica una persona adulta.

## **2.1. Comportamiento típico**

Con fecha 18 de junio de 2019, se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N.º 30963, denominada Ley que modifica el Código Penal respecto a las sanciones del delito de Explotación Sexual en sus diversas modalidades y delitos conexos, para proteger con especial énfasis a las niñas, niños, adolescentes y mujeres.

La citada ley modificó el artículo en cuestión de la siguiente forma: El que promueve o favorece la prostitución de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

De la redacción del tipo penal se puede advertir que para su perfeccionamiento bastará que cualquier agente incurra de manera intencional en cualquiera de los dos comportamientos descritos, estos son: promover o favorecer el ejercicio de la prostitución, no precisando el tipo penal a qué clase de prostitución se refiere, es decir, si es lícita o coaccionada; así como tampoco, si se requiere para su configuración el empleo de algún medio coactivo.

Resulta importante tener en consideración que parte de la doctrina considera que el hecho de que el sujeto pasivo, es decir, quien ejerce la prostitución, haya manifestado su consentimiento al agente para iniciarse – o mantenerse – en dicha actividad, no constituye causal alguna para excluir la tipicidad de la conducta reprochable al agente, lo cual significaría que en todos los casos habría ausencia de consentimiento o de una auténtica libertad de decisión. Asimismo, no se requiere para la configuración de la tipicidad que el sujeto activo haya obrado con el propósito de obtener algún lucro, sino que puede incurrir en estos verbos rectores con distinto fin (Salinas, 2007, pp. 784-785).

Habiendo identificado aspectos sustanciales que permiten entender la configuración del tipo penal de favorecimiento a la prostitución, es ahora pertinente abordar lo concerniente al contenido del bien jurídico que se estaría lesionando de cometerse el delito en mención.



## **2.2. Cuestionamientos a las posturas tradicionales sobre el bien jurídico protegido en el delito de favorecimiento de la prostitución**

Determinar cuál es el bien jurídico protegido por el delito de favorecimiento a la prostitución ha conllevado a que un importante sector de la doctrina penal diera a conocer sus apreciaciones que, muchas veces, no terminaron por coincidir.

Por ejemplo, Ramiro Salinas Siccha considera que al configurarse el delito de favorecimiento a la prostitución se estaría vulnerando el bien jurídico de la libertad sexual, pues siendo que las personas cuentan con la capacidad suficiente de poder decidir, de manera libre y voluntaria, a la persona, el lugar y el modo de tener actos con contenido sexual, resulta razonable estimar que si un tercero – el agente en este caso – condiciona las circunstancias en las que la supuesta víctima llevará a cabo tales comportamientos, no cabe duda que aquél se habrá inmiscuido en la libertad sexual del sujeto pasivo (Salinas, 2019, p. 1177), y con ello se habría producido una transgresión del referido bien jurídico.

Sobre lo sostenido por el citado autor, podemos inferir que este asume que en todos los casos en los que una persona se inicia en la prostitución por incitación de un tercero o se mantiene realizando esta actividad valiéndose de las facilidades que este le proporciona, se tendrá como resultado que la libertad sexual de aquella ha sido vulnerada, ya sea porque un tercero le indica ciertas condiciones (lugar, modo, tiempo, etc.), o le aporta determinadas facilidades, para que la supuesta víctima lleve a cabo comportamientos de contenido sexual, no considerando el referido autor que la víctima pueda manifestar voluntad alguna de realizar dicha práctica.

Desde nuestro punto de vista, asumir tal postura implica desconocer los casos de prostitución que se ejercen de manera libre, esto es, fuera de espacios de coacción, tal como se ha desarrollado en el numeral 1.2. de este trabajo de investigación, lo que se traduciría en la negación absoluta del consentimiento que pudiera manifestar la persona que se dedica al oficio de la prostitución en un ámbito libre de toda violencia contra su persona, y que pudo haber iniciado o continuado con tal actividad producto de la promoción o favorecimiento por parte de algún tercero. En efecto, la persona que ejerce la prostitución en un ámbito libre y voluntario, y que realiza esta actividad con pleno goce de capacidad para distinguir o reconocer las implicancias que pudieran emanar de su decisión,

evidentemente, estará actuando bajo el libre desarrollo de su personalidad. Por lo tanto, si alguien decidiera aportar de algún modo a dicha conducta y en dicho contexto de libertad no estaría realizando en sí ningún comportamiento de riesgo relevante a efectos penales, sino que, en palabras de Iván Meini Méndez estará actuando “de conformidad con el derecho al respetar y contribuir con la libre autodeterminación del titular del bien jurídico” (sic) (Meini, 2014, p. 326).

Distinto parecer tiene Yvan Montoya Vivanco sobre el bien jurídico protegido del delito de favorecimiento a la prostitución, considerando como objeto de tutela a la dignidad de la persona humana en el contexto sexual. Apunta este autor que el bien jurídico protegido es la dignidad sexual, pues esta resulta afectada con la instrumentalización que recae sobre una persona, a quien se le da un tratamiento tan igual al que se le da a un objeto comercial a cambio de dinero (Montoya, 2012, p. 64).

A pesar de que el mencionado autor señala un bien jurídico distinto al indicado por Ramiro Salinas Siccha, es claro que parte también de la supuesta ausencia de un consentimiento válido por parte de quien se encuentra prostituyéndose por incitación de un tercero o que se apoya en la ayuda que se le brinda para continuar ejerciendo tal actividad. Ello se asume desde que el autor considera también que aquellos supuestos en los que alguien ejerce la prostitución de manera libre y voluntaria implican necesariamente la lesión de su “dignidad sexual” cuando de por medio un tercero le facilite o incita a que ejecute esta práctica. De allí se infiere que para Yvan Montoya Vivanco el consentimiento de quien se prostituye será inválido sin importar el contexto en el que ejerza la prostitución, pues estaríamos – según la perspectiva acotada – ante un consentimiento viciado que presupone la existencia de algún medio de coacción o de alguna situación de necesidad que anula la libre voluntad de la persona que se prostituye al ser tratada supuestamente como un objeto comercial.

Otra perspectiva tiene Katty Rojas Zamora quien refiere que mediante el citado delito se pretende evitar que se menoscabe la reputación sexual de una determinada sociedad, precisando que la sanción a imponerse recaerá sobre los agentes que promuevan o favorezcan la prostitución, por cuanto son estos quienes, a través de tales comportamientos, merman la concebida reputación sexual de una sociedad (Rojas, 2019, pp. 33-34).

Del planteamiento que ofrece la citada autora se tiene que el bien jurídico protegido del delito de favorecimiento a la prostitución no es, pues, la libertad o dignidad sexual de la persona como sostenían los otros autores mencionados, sino la reputación sexual que se habría adoptado en alguna sociedad. Por lo que, en otras palabras, se entiende que sería la sociedad donde se realizan estos actos de promoción o favorecimiento a la prostitución la que se vería afectada en su reputación sexual. Parece claro que esta postura asumiría que el delito en cuestión solo protegería cuestiones de valoración moral, lo que es inviable en un Estado democrático y social de derecho como es el nuestro. En realidad, los prejuicios impuestos en nuestra sociedad llevan muchas veces a descalificar a la persona que ejerce esta actividad, lo cual afecta diversos derechos fundamentales como el derecho a la igualdad, a la libertad y, con ello, a la dignidad de quienes ejercen esta práctica.

Aunado a las diversas apreciaciones que la dogmática penal ha aportado sobre lo referente al bien jurídico del artículo 179 del Código Penal, por su parte la Corte Suprema de Justicia de la República, a través del Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-116 del 6 de diciembre de 2011, ha establecido como doctrina legal que el bien jurídico que se protege mediante el delito de favorecimiento a la prostitución es la moral sexual de la sociedad y la dignidad sexual de la persona que es prostituida.

Da la apariencia que, para la Corte Suprema se estarían protegiendo 2 bienes jurídicos-penales diferentes en el delito de favorecimiento a la prostitución, toda vez que, por un lado, hace referencia a la moral sexual de la sociedad y, por otro, a la dignidad sexual de la persona humana; pudiéndose apreciar una diferenciación en cuanto al titular del bien jurídico. En ese sentido, la propuesta de interpretación de la Corte Suprema nos llevaría a sostener que estamos ante un delito pluriofensivo al proteger dos bienes jurídicos de distinta naturaleza: un bien jurídico colectivo, de la mano de la protección de la moral sexual y su afectación a la sociedad; y, un bien jurídico individual, en lo correspondiente a la dignidad sexual de quien se prostituye. Esta afirmación nos resulta sumamente extraña, pues la técnica legislativa del legislador peruano usualmente regula las conductas típicas en función a la diferenciación de bienes jurídicos individuales y colectivos, aspecto que parece confluir en este ilícito. Ahora, apostar por su comprensión como un bien jurídico colectivo nos lleva a un problema en su propia formulación, pues esta clase de intereses requieren de la determinación de un objeto de representación, el cual no podemos si quiera determinar en función a la generalidad del concepto mismo de bien jurídico (Villegas, 2009).

Entender a la moral sexual de la sociedad como el bien jurídico colectivo nos lleva indiscutiblemente a preguntarnos si acaso dicho concepto debe entenderse como la suma de todas las morales individuales o la definición de un ideal sexual atribuible a una sociedad. Si es lo primero, resultaría necesario conocer en primer lugar qué se entiende por moral sexual individual y luego desarrollar una metodología que nos lleve a definir qué resultado se obtiene de dicha reunión.

Asimismo, establecer qué parámetros debe tener la moral sexual de cada uno resulta por demás muy lejos de la protección que deba darse a esta desde el Derecho penal, en tanto podría incluso considerarse parte del contenido del derecho a la intimidad de la persona y sobre el cual no le cabría al Estado determinar un ideal de desarrollo ni – como consecuencia del quebrantamiento de dicho ideal – una protección penal. Desde la segunda opción, en el supuesto en que podamos plantearnos la existencia de una moral sexual colectiva, consideramos que esta postura también resulta cuestionable desde el alcance del principio de responsabilidad por el hecho, en tanto no tendría sentido justificar la imposición de una pena por el solo hecho de que la moral sexual individual es diferente a la de un colectivo y siempre que este comportamiento no implique una afectación para las personas que ejercen estas prácticas.

En esa medida, tales aspectos no permiten asumir como legítima la concepción del bien jurídico pluriofensivo, pues para ello – como reafirma Nelly Calderón Navarro – debe identificarse un objeto material susceptible de ser lesionado o puesto en peligro, y que se encuentre relacionado con los bienes comprendidos en la esfera de la libertad del ciudadano (Calderón, 2006, p. 43). En ese orden de ideas, conforme a nuestra opinión, dichas condiciones no se presentan en ninguna de las propuestas de bienes jurídicos para el delito materia de investigación.

Sin perjuicio de volver sobre el análisis de este punto, cabe en este extremo preguntarnos si los conceptos que emplea la Corte Suprema, esto es moral sexual y dignidad sexual, tienen un contenido sustancialmente diferente uno respecto al otro que permita concebirlos como conceptos excluyentes en su significado. A nuestro parecer la respuesta sería negativa. Pensamos que es erróneo concebir a la moral sexual como un concepto independiente de la dignidad. Lo expuesto lo sostenemos la medida de que la moral sexual

tiene su base en concepciones de contenido filosófico que se apoyan en la autonomía y libertad de las personas, lo cual implica reconocer su condición de ser humano digno de tomar decisiones por su propia voluntad y hacerse responsable de las consecuencias que pudieran emanar de sus actos, (Hurtado, 2000, p. 4). En la línea de lo señalado por Hurtado, tendrá plena efectividad la voluntad de las personas que practican conductas sexuales en distintos sentidos, incluyendo la prostitución. Es así que, el referido autor considera que es prudente que los demás toleren las conductas ajenas que puedan darse en la sociedad, justamente por respeto a la dignidad de las personas.

Adicionalmente, es preciso mencionar que tampoco estamos de acuerdo con la especificación que realiza la Corte Suprema respecto al término “dignidad sexual”, pues en la línea de lo ya señalado, la dignidad es un presupuesto del Derecho que no es susceptible de tener diferenciaciones en razón a sus manifestaciones en los distintos aspectos de la vida, siendo en pura esencia una premisa del Estado democrático promotora de la persona humana (Bernales, 2012). Es así que, lo que al final resultará distinto serán las manifestaciones de los derechos que se desprenden del reconocimiento de dicha dignidad, como es el caso de la libertad sexual.

En efecto, la libertad sexual es una de las tantas manifestaciones de la libertad individual, derecho inherente a la persona humana como ser libre en cuanto a su autodesarrollo, debiendo el Estado impedir que recaigan sobre dicha libertad injerencias violentas que pudieran afectar la capacidad de autodeterminación de la persona humana, y con ello su dignidad, derecho reconocido en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú. Por ello, afirmamos que la prostitución que se ejerce libremente tiene como sustento nada menos que la dignidad de la persona humana, ya que es sobre la base de este derecho que la persona goza de plena libertad de gestionar su forma de vida conforme a sus intereses, de tal modo que toda clase de participación que de alguna forma promueva o facilite la prostitución que se ejerce en ese ámbito de libertad no debería ser considerada como una conducta penalmente relevante.

Habiendo sentado nuestras críticas sobre las valoraciones empleadas, corresponde opinar sobre los bienes jurídicos establecidos por la Corte Suprema en el referido acuerdo plenario. De entrada, sobre la moral sexual de la sociedad, tal y como lo expusimos en nuestro comentario respecto a la postura de Kattyja Rojas Zamora, consideramos que se

estaría dotando de valor jurídico injustificadamente a cuestiones de valoración netamente moral. Por otro lado, sobre la dignidad sexual de la persona, entendemos que también la Corte Suprema estaría considerando como reprochables penalmente los supuestos en los cuales la prostitución se ejerce de manera libre, lo que denota la anulación del consentimiento que pudiera existir en determinados contextos y, con ello, la perpetuación de violaciones contra los derechos fundamentales de las personas que buscan dedicarse a dicha práctica de forma libre y voluntaria, como sería el derecho a la libertad.

Formuladas las observaciones a las diferentes posturas que hay respecto al bien jurídico protegido en el delito de favorecimiento a la prostitución, procedemos a analizar si de las circunstancias agravantes específicas prescritas en el segundo párrafo del artículo 179° del Código Penal se encuentra algún objeto digno de tutela penal.

El referido segundo párrafo señala que:

La pena será no menor de seis años ni mayor de doce años cuando:

1. El agente comete el delito en el ámbito del turismo, en el marco de la actividad de una persona jurídica o en el contexto de cualquier actividad económica.
2. El agente es ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción o por afinidad, pariente colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción o segundo grado de afinidad; cónyuge, excónyuge, conviviente, exconviviente o tenga hijos en común con la víctima o habite en el mismo domicilio de la víctima, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.
3. Es un medio de subsistencia del agente.
4. La víctima esté en situación de abandono o extrema necesidad económica.
5. Se realice respecto a una pluralidad de personas,
6. La persona en prostitución tenga discapacidad, sea adulta mayor, padezca de una enfermedad grave, pertenezca a un pueblo indígena u originario o presente cualquier situación de vulnerabilidad.
7. Cuando el agente, a sabiendas, favorezca o promueve actos de prostitución violentos que produzcan lesiones o ponga en peligro grave la integridad o la vida de quien realice la prostitución.
8. El agente actúe como integrante de una banda u organización criminal:

Al respecto, del análisis de las aproximaciones teóricas antes revisadas nos podemos percatar que la doctrina, en su mayoría, solo estaría considerando un tipo de prostitución a manifestarse en el delito bajo análisis, el cual sería el referido al ejercicio de la prostitución bajo medios de coacción. Esto, por cuanto, aluden a que se estaría afectando, por ejemplo, la libertad sexual de la persona. Sin embargo, tal como se puede advertir de las críticas ya iniciadas, consideramos que el tipo penal del delito de favorecimiento a la prostitución no requiere para su configuración la presencia de violencia, amenaza ni cualquier otro medio que anule la voluntad de la persona que se prostituye. De hecho, el supuesto delictivo no prescribe algún elemento de coacción. Esto es importante de señalar, pues en el análisis que a continuación realizaremos se mantendrá esta perspectiva crítica, a pesar que la doctrina mayoritaria no estaría a favor de la misma al asumir que su bien jurídico protegido es la libertad sexual.

Siguiendo nuestra línea crítica, respecto al contenido del numeral 1 del artículo 179° del Código Penal, consideramos que el hecho de que los comportamientos ilícitos del delito en cuestión se lleven a cabo dentro del contexto establecido en dicho numeral: ámbito de turismo, actividad económica o de persona jurídica, no significa en alguna medida la protección de algún bien jurídico diferente que pudiera vincularse al supuesto bien jurídico que protegería su tipo base. Incluso, si insistimos en que la prostitución libre de violencia no es, pues, un supuesto que atente contra algún bien jurídico, la prostitución que se ejerciera, por ejemplo, en el ámbito del turismo podría significar un valioso ingreso para la economía peruana, lo que es una realidad en otros países como se desarrolló en el punto 1.3. del presente trabajo.

Respecto a la circunstancia agravante específica señalada en el numeral 2 del mencionado artículo – referente a los vínculos familiares o de afinidad que pudiera vincular al agente y a la supuesta víctima – más allá de que esta circunstancia pueda parecer socialmente reprochable por los valores y/o expectativas que se tienen del núcleo familiar, nuevamente aquí cuestionamos que realmente se proteja algún bien jurídico bajo la premisa de que dicha práctica sea realizada de manera libre, sin coacción alguna. Esta circunstancia resulta pertinente para recordar que no debemos de perder de vista que los aspectos netamente morales no legitiman de ningún modo la intervención del derecho penal, en este caso, en un aumento de sanción.

Sobre la circunstancia agravante específica contenida en el numeral 3, también rechazamos de que se proteja algún bien jurídico, en la medida de que el hecho de que el sujeto activo tenga como medio de subsistencia el promover o favorecer la prostitución no implicaría otra cosa que castigar al agente por su modo de vida, lo cual está proscrito en un Estado de Derecho. Mas aún bajo el entendimiento de que al poder realizarse el ejercicio de la prostitución de manera libre no se aprecia en ningún sentido de qué forma dicho agente afecta algún derecho de tercero.

En cuanto al numeral 4 del referido artículo debemos de precisar que tomar en consideración el estado de abandono o la extrema necesidad económica en la que pudiera encontrarse la víctima como circunstancia agravante del delito debemos de precisar favorecimiento a la prostitución ciertamente podría llevarnos a cuestionar si realmente su libertad es tal al momento de iniciarse en la prostitución a pedido de un tercero, o mantenerse realizando esta actividad al recibir las facilidades de un agente. Sin embargo, reafirmamos nuestra postura y consideramos que no habrá vulneración alguna en el caso concreto si a quien se cree víctima se encuentra consciente de las consecuencias de su decisión y que esta haya sido tomada libre de toda situación que signifique un atentado contra su voluntad, lo que reafirma el respeto de su dignidad. Como señala Jorge Pérez López (2011) “[e]l sujeto pasivo debe tener la capacidad de comprender la situación en la que consiente. Esta capacidad es suficiente al comprender o juzgar la importancia de los alcances del acto” (p. 162).

Respecto al numeral 5 del citado artículo, esto es, la circunstancia agravante específica que refiere que el agente cuente con más de una persona que se dedique a la prostitución, opinamos que ello no importa una vulneración de algún bien jurídico si nos mantenemos en la perspectiva que venimos desarrollando en esta investigación, es decir, que la prostitución puede ejercitarse en algunos casos de forma libre y sin mediar coacción alguna. Por ello, sería indiferente a efectos penales el que el promotor o favorecedor haya incentivado o cooperado con la prostitución de varias personas a la vez.

Sobre el numeral 6 del artículo 179, en cuanto a la circunstancia agravante específica consistente en que la supuesta víctima tenga discapacidad, sea adulta mayor, padezca de una enfermedad grave, pertenezca a un pueblo indígena o cualquier otra situación de



vulnerabilidad, consideramos que estas situaciones no necesariamente implican que quien se encuentra prostituyéndose sea incapaz de manifestar su libertad sexual para consentir actos de contenido sexual, por cuanto factores como la discapacidad – incluso, la discapacidad intelectual –, la pertenencia a un pueblo indígena y la condición de adulto mayor no llevan por sí mismas a la conclusión de que existe un supuesto de ausencia de libertad, sino que llevan a cuestionar la existencia de la capacidad de brindar un consentimiento libre en los términos que exige el derecho penal. En realidad, según nuestro parecer, de encontrarnos ante cualquier situación que implique que una persona no puede dar su libre consentimiento para mantener una práctica sexual, sea porque no está en capacidad para ello producto de una discapacidad o enfermedad que no le permite comprender que sucede en su entorno, podríamos considerar estar ante la comisión de otro delito como es el caso de la violación sexual y sus modalidades, mas no el que es objeto de análisis.

El numeral 7 de la acotada norma toma como circunstancia agravante que el agente reconociera que al promover o favorecer a alguien a que realizara actos con contenido sexual esta sufriría lesiones o algún grave peligro para su vida, debemos decir que insistiendo en nuestra línea de que la prostitución libremente ejercida no contraviene ningún bien jurídico-penal, esta circunstancia agravante podría significar la lesión de algún bien jurídico de distinta naturaleza, mas no uno relacionado a la libertad sexual.

Por último, sobre el numeral 8 del artículo 179, opinamos que igualmente no se está protegiendo ningún bien jurídico vinculado a la libertad sexual, pues debemos recordar que el delito de organización criminal tiene como propósito – elemento teleológico – la comisión de conductas delictivas, y como se ha dicho a lo largo de la investigación la prostitución no es en principio un delito, como tampoco lo serían aquellas conductas periféricas entorno a la prostitución que se ejerce de manera libre.

Todo lo expuesto hasta aquí sobre el bien jurídico protegido por el delito de favorecimiento a la prostitución, así como lo analizado respecto a sus circunstancias agravantes específicas, nos lleva a reflexionar sobre si, en realidad, el delito protege algún bien jurídico-penal. Según lo que venimos desarrollando, en aquellos casos donde la prostitución sea ejercida de forma libre y voluntaria, el referido artículo quedaría vacío de contenido

merecedor de protección, en atención al respeto del derecho a la libertad y el reconocimiento de las decisiones del ser humano en mérito a su autodeterminación.

### **2.3. Interpretación de los verbos rectores: promover o favorecer**

En lo concerniente a los verbos rectores, promover viene siendo entendido como el comportamiento consistente en propiciar, estimular, inducir a alguna persona a realizar comportamientos o actos de índole sexual acompañada de un tercero, generalmente a cambio de una suma de dinero. Con esto se quiere dar a entender que, en principio, quien ejerce la prostitución no se encontraba con anterioridad dedicándose a este oficio, sino que comienza a realizarlo como consecuencia de la influencia de quien realizó los comportamientos descritos. Por otro lado, en cuanto al verbo rector favorecer se tiene que este es considerado como la facilitación, cooperación, asistencia o colaboración que el agente aporta o contribuye en favor de la persona que se encuentra ejerciendo la prostitución. En otras palabras, el agente aquí lo que hace es coadyuvar a quien ejerce comportamientos con connotación sexual a que siga realizando esta actividad (Salinas, 2016, p. 304; Peña, 2002, p. 164).

Cabe aquí preguntarnos por qué es que se castiga el promover la prostitución, si esta, en principio, no es un acto ilícito. Pareciera que el legislador ha elegido castigar a quien promueve la prostitución como si se tratara de un instigador o inductor, figura reconocida en el artículo 24 del Código Penal. Empero, una lectura atenta de dicho artículo permitirá advertir que el acto de instigar implica necesariamente un propósito delictivo, esto es, el cometer un hecho criminal, y estando a que la prostitución no es en sí misma un acto merecedor de sanción penal, consecuentemente se descarta una posible comprensión del verbo promover del artículo 179 del Código Penal en ese sentido. En cuanto al verbo favorecer, estando a las opiniones doctrinarias esbozadas, pareciera que este tuviera mayor relación con actos propios de una complicidad, pues se trataría de aportar, facilitar, contribuir, etc. un determinado suceso, en este caso, el ejercicio de la prostitución. Al respecto, cabe remitirnos al artículo 25 del Código Penal peruano, que establece lo correspondiente a la complicidad primaria y secundaria, donde se podrá advertir que dichos comportamientos necesariamente tienden a auxiliar la comisión de un hecho punible y, en igual sentido, sabiendo que la prostitución no es un delito, y, por tanto, quien la ejerce no comete ningún hecho criminal, una interpretación sistemática no permitiría concebir la

modalidad de favorecimiento de la prostitución que establece el artículo 179 del Código Penal como un acto de complicidad relevante en materia penal.

Otra interpretación que cabría sería considerar que los actos de favorecimiento de la prostitución sean similares a los actos de encubrimiento, razonamiento que iría en la línea de que los intervinientes quisieran evitar que la publicidad de la prostitución llegue a las autoridades policiales, municipales u otras, para así coadyuvar a sostener dicha actividad en la clandestinidad. Sin embargo, esta opción interpretativa también es equívoca. El Código Penal prescribe en sus artículos 404° y 405° los delitos de encubrimiento personal y real, respectivamente. A través de una interpretación teleológica de los tipos penales aludidos podemos advertir que los citados tipos penales tienen como propósito evitar interferencias que obstaculicen el hallazgo de la justicia respecto a un hecho con relevancia penal. Ello, en atención a que, los acotados ilícitos están ubicados en el Título XVIII “Delitos contra la Administración Pública”, Capítulo III “Delitos Contra la Administración de Justicia”, Sección I “Delitos contra la Función Jurisdiccional”, del Código Penal referido a los Delitos contra la administración de justicia. Es más, en el segundo párrafo de los delitos de encubrimiento personal y real se establecen agravantes específicas cuando se tratara de encubrir al autor o a las pruebas en delitos tales como secuestro, trata de personas, extorsión y otros, no conteniendo dicha redacción el ejercicio de la prostitución, por lo que, también se debe desestimar la posibilidad de comprender al favorecimiento a la prostitución como una modalidad de los delitos de encubrimiento.

En atención a los ejemplos anteriormente señalados respecto a las propuestas de interpretación del delito de favorecimiento a la prostitución consideramos que el legislador al redactar el supuesto delictivo no ha tomado en consideración que la prostitución no es en sí misma una conducta que sea penalmente reprochable, pues – como tuvimos ocasión de analizar previamente – la connotación delictiva que se pudiera advertir dependerá de que se haya vulnerado la libertad para consentir dichas prácticas sexuales por parte de los intervinientes. Contrariamente al sentido desarrollado en esta investigación, el legislador dotó de contenido penal al promover o favorecer esta práctica sin importar que esta sea ejercida como consecuencia de una decisión libre o no. Para nosotros esta incoherencia legislativa es tan similar a lo que ocurre con el delito de instigación o auxilio al suicidio, cuando la supuesta víctima decidió por cuenta propia el poner fin a su existencia. Pues, en este caso el suicidio no es conducta ilícita en sí misma, pero injustificadamente se

sancionan actos que permiten o favorecen que el propósito de la víctima se concrete. Este modo de proceder del legislador nos parece cuestionable por castigar conductas promotoras o favorecedoras de otras conductas que no son ilícitas en sí mismas, esto es, que no vulneran ningún bien jurídico y, por tanto, no son típicas.

A pesar de lo expuesto, los órganos jurisdiccionales vienen aplicando la ley penal bajo análisis, castigando penalmente a quienes incurren en dichos supuestos de promover o favorecer la prostitución. Al respecto, se tiene un caso en el que se ha sancionado por la comisión de dicho delito a pesar de que los actos de prostitución no llegaron a realizarse. La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en el Expediente N° 3763-2016-CUSCO, de fecha 19 de marzo de 2015, estableció que el delito de favorecimiento a la prostitución se tendrá por configurado cuando el agente manifieste su intención deliberada de promover o favorecer la prostitución de alguna persona, siendo por ello un acto que se consume de forma instantánea con el mero acto de promover o favorecer el ejercicio de dicha actividad, sin importar que los actos de prostitución lleguen a concretarse, lo que es denominado por la doctrina como un delito de peligro abstracto (Montoya, 2021, p. 12)

Así las cosas, el criterio jurisprudencial se orienta a sancionar las actividades que se encuentran conexas a la prostitución y no a esta misma, comprendiendo en cualquiera de los casos a las personas que cumplirían un rol de encubridores o mediadores de quien ejerce la prostitución, sin discriminar aquella prostitución libre de la coaccionada. Consideramos que ello resulta inapropiado por lo expuesto en los párrafos anteriores. Sin embargo, insistimos en que si lo que importa para castigar penalmente tales comportamientos es que estas deben tener algún vínculo con las conductas ilícitas penales reconocidas en el Código Penal, ¿podría significar ello que la prostitución, pese a no estar tipificada en el Código Penal, es en realidad una conducta merecedora de reproche? O ¿el artículo 179 del Código Penal, aunque lo haya omitido, tan solo abarca aquella prostitución ejercida sin libertad, que impliquen una afectación a la libertad de la prostituta?

En ese sentido, cabe también preguntarse si el Estado al tomar como objeto de intervención punitiva estas actividades conexas a la prostitución, no pretende acaso perseguir y castigar otras conductas delictivas, pues es de recordar – conforme lo señalado en el punto 1.3. de esta investigación – que hay un sector que considera que el ejercicio de la prostitución permite que se sigan cometiendo delitos tales como la comercialización de drogas, trata de

personas, etc. Otra cuestión que se presenta consiste en si, en realidad, el Estado procuraría castigar conductas que mantuvieran el ejercicio de la prostitución que tiene lugar en espacios en los que se incumplen con los deberes o reglamentos que atañen responsabilidad administrativa, como pudiera ser el que se lleven a cabo espectáculos en espacio destinados a un público adulto que no contara con los registros sanitarios correspondientes.

Otro aspecto que nos llama la atención del contenido de la Resolución Suprema anteriormente señalada es el hecho de que afirma que no se estaría sancionando a la prostitución. Esta interpretación no iría en la línea de lo sostenido por algunas posturas académicas que optan por identificar como bienes jurídicos protegidos para este delito a la libertad y/o dignidad sexual. Al respecto, nos cuestionamos si no se debería entender entonces que, según el Estado, a pesar de que pueda haber un ejercicio libre de la prostitución, esta actividad siempre menoscaba dichos bienes jurídicos. Según nuestra perspectiva, tendría ningún sentido que se siga esta línea interpretativa, pues si no hay una afectación a la libertad sexual y, con ello, a la dignidad, la prostitución no debería considerarse un acto ilícito.

Planteadas estas inquietudes y teniendo claro cuál es el comportamiento delictivo que reprocha el delito en cuestión, lo cierto es que al no especificar qué tipo de prostitución es aquella que se promueve o facilita, podría ocurrir que se caiga en dificultades para determinar si nos encontraremos ante el artículo 179 del Código Penal u otro ilícito penal. Por lo que es pertinente evaluar las diferencias que los demás tipos penales que recogen contextos en los que se ejercen actos con connotación sexual tienen para con el delito de favorecimiento a la prostitución.

### **3. Posibles tipos penales que presentan contextos de prostitución: delito de explotación sexual y de trata de personas con fines de explotación**

#### **3.1. Delito de explotación sexual**

A través de la Ley N° 31146 denominada “Ley que modifica el Código Penal, el código procesal penal y la ley 28950, ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, con la finalidad de sistematizar los artículos referidos a los delitos de trata de personas y de

explotación, y considerar estos como delitos contra la dignidad humana” este tipo penal fue reubicado en el artículo 129-C del Código Penal, que prescribe en su tipo base lo siguiente:

El que, mediante violencia, amenaza u otro medio, obliga a una persona a ejercer actos de connotación sexual con la finalidad de obtener un aprovechamiento económico o de otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

Si el agente comete el delito mediante engaño, manipulación u otro condicionamiento, se aplicará la misma pena del primer párrafo.

El delito de explotación sexual se configura cuando el agente, de manera dolosa, a través de la violencia, amenaza o cualquier otro medio presiona u obliga al sujeto pasivo a realizar actos de connotación sexual con la finalidad de obtener un aprovechamiento dinerario o de distinta naturaleza, esto es, importa para su configuración la concurrencia de un elemento de tendencia interna trascendente (Montoya y Rodríguez, 2020, pp. 90-91). La conducta decisiva o definitiva que materializa la conducta prohibida es aquella tendiente a anular la voluntad del sujeto pasivo que es explotado, realizando conductas que comportan en sí un sentido contrario a su voluntad del agraviado, que en cualquier otra circunstancia no hubiese aceptado llevar a cabo alguna conducta de contenido sexual (Salinas, 2019, pp. 708-709).

Compartimos el análisis de Ramiro Salinas Siccha, referente a la manera en la que el delito de explotación sexual se tendrá por configurado, haciendo énfasis en que en este delito necesariamente el sujeto activo persigue un provecho ilícito, así como que recurre a medios coercitivos para llevar a cabo este ilícito penal, lo que lo distingue del delito de favorecimiento a la prostitución. Sin embargo, no logramos entender cómo es que se concluye que bajo ninguna circunstancia la víctima accedería a realizar comportamientos de índole sexual de no presentarse estos supuestos. Consideramos que este extremo de la cita escapa de todo sustento argumentativo, ya que, se trataría de una mera presunción.

Sobre la base de lo que venimos desarrollando, podemos concebir que debido a la situación de coacción en la que se encuentra la persona que se dedica a la prostitución se ve lesionada su libertad sexual. Indica Ramiro Salinas Siccha que, en efecto, el bien jurídico predominante en este delito es la libertad sexual, la misma que se concibe como la

capacidad que tiene todo individuo de comportarse como le parezca en la actividad sexual (Salinas, 2016). Ello encuentra su fundamento en el sentido de que producto de la concurrencia de medios violentos de los que se sirve el agente podrían violentarse otros bienes jurídicos de la víctima como, por ejemplo, su integridad física. Sin embargo, estando a que estos servirían de medio para la configuración del delito de explotación sexual, es que estos bienes jurídicos tienen un papel secundario.

Por otra parte, se sostiene que el bien jurídico protegido en este delito es el de la dignidad-no cosificación (Montoya y Rodríguez, 2016, p. 88), toda vez que en estos contextos la víctima es tratada como si fuera una mercancía u objeto. Al respecto, mantenemos nuestra postura sobre la inviabilidad de considerar a la dignidad como un bien jurídico penal, pues a lo que debería apuntarse es a identificar cuál sería dentro de las manifestaciones de la dignidad los derechos que se desprenden y que son merecedores de ser concebidos como bien jurídico protegido en materia penal, como es el caso de la libertad sexual.

En cuanto al segundo párrafo en el que se indican como medios el engaño, manipulación u otro acondicionamiento, consideramos que este resulta innecesario, toda vez que el primer párrafo del referido artículo establece como modalidades violencia, amenaza u otro medio, siendo este último capaz de comprender tales comportamientos, que tienen como propósito anular la libertad de las personas, a fin de que realicen en contra de su voluntad actos con contenido sexual. Sin encontrar alguna razón por la que el legislador haya optado por tipificar este segundo párrafo, creemos que el legislador comparte con nosotros la intrascendencia de este supuesto, al mantener la misma pena, respecto al primer párrafo del artículo en mención.

El artículo 129-C del Código Penal agrega en su tercer párrafo que:

La pena privativa de libertad será no menor de quince ni mayor de veinte años, cuando:

1. El agente tiene a la víctima bajo su cuidado o vigilancia por cualquier motivo, o mantiene con ella un vínculo de superioridad, autoridad, poder o cualquier otra circunstancia que la impulse a depositar su confianza en él.
2. El agente comete el delito en el ámbito del turismo, en el marco de la actividad de una persona jurídica o en el contexto de cualquier actividad económica.

Respecto al numeral 1 de este párrafo, somos de la opinión que, en efecto, el agente que incurra en este supuesto debe ser merecedor de un mayor reproche penal, ya que, se valdría de una situación de superioridad, jerarquía o, incluso, de la confianza sobre la víctima, encontrándose esta en una situación de indefensión más notable, circunstancias que dotan de mayor gravedad la forma en la que se lleva a cabo estos comportamientos delictivos. En cuanto al numeral 2, encontramos ciertas dificultades para dotar de contenido exclusivo o propio a este supuesto, toda vez que, podría representar también algún supuesto de trata de personas, en su modalidad de retención.

En el cuarto párrafo del artículo 129-C se establece que:

La pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años, cuando:

1. El agente es ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción o por afinidad; pariente colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción, o segundo grado de afinidad; cónyuge, excónyuge, conviviente, exconviviente o tenga hijos en común con la víctima; o habite en el mismo domicilio de la víctima, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.
2. La explotación sexual es un medio de subsistencia del agente.
3. Existe pluralidad de víctimas.
4. La víctima tiene discapacidad, es adulta mayor, padece de una enfermedad grave, pertenece a un pueblo indígena u originario, o presenta cualquier situación de vulnerabilidad.
5. Se produzca una lesión grave o se ponga en peligro inminente la vida o la salud de la víctima.
6. Se derive de una situación de trata de personas.
7. El agente actúe como integrante de una banda o una organización criminal.
8. La víctima está en situación de abandono o de extrema necesidad económica.

Si se produce la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.



En todos los casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10 y 11.

Del numeral 1 de este artículo, advertimos que aparecería la agravante cuando, por ejemplo, un cónyuge explota sexualmente al otro con el propósito de enriquecerse, circunstancias en las que los protagonistas del hecho delictivo guardan algún vínculo familiar, sea por consanguinidad o legal, básicamente el aumento de reproche penal va ligado al quebrantamiento de esos lazos íntimos propios de un grupo familiar. En cuanto al numeral 2, señala Ramiro Salinas Siccha que esta circunstancia agravante obedece a que el agente subsiste gracias a la instrumentalización de otro ser humano (Salinas, 2019, p. 710), criterio del cual discrepamos, pues ello siempre significaría intensificar la intervención punitiva por el modo de vida de una persona, lo que no es acorde en un Estado de derecho.

Respecto al numeral 3, referido a la pluralidad de víctimas, consideramos que resulta correcto agravar la pena para este supuesto, ya que, se trataría de una situación en la cual el autor vulnera la libertad sexual de una cantidad mayor de víctimas, siendo, por tanto, de mayor desvalor su conducta. Sobre el numeral 4, somos de la opinión que también es válido imputar un mayor grado de reprochabilidad al agente que obligue a una persona a mantener contacto sexual con algún tercero cuando la víctima presente alguna situación de desventaja física o mental, pero debemos señalar que no estamos de acuerdo con el hecho de considerar como un supuesto agravante el supuesto en el cual la víctima pertenece a un pueblo indígena, ello en razón a que daría la apariencia de que se les trataría como población vulnerable por razones de linaje o, si se quiere, de orígenes raciales.

En cuanto a lo prescrito en el numeral 5, sostenemos que el aumento de pena resulta coherente en la medida de que se toma en consideración que producto de los medios coactivos que emplea el sujeto activo, como es la violencia, pueda provocarse lesiones graves en la integridad física de la víctima o se le puede poner en peligro inminente su vida, circunstancia agravante que importaría entonces sobre la exagerada intensidad de dicho medio coactivo. Referente a lo señalado en el numeral 6, debemos hacer énfasis en que esta tendrá operatividad en la medida de que el sujeto activo tenga conocimiento de que el sujeto pasivo es también víctima del delito de trata de personas, considerando el legislador que dicho conocimiento manifestaría un animus más perverso por parte del agente. Caso contrario, consideramos que este numeral no podrá ser aplicado.

Sobre lo indicado en el numeral 7 consideramos que resulta atinado agravar el reproche penal cuando el delito de explotación sexual haya sido cometido por el sujeto activo como integrante de una banda u organización criminal, pues teniendo el delito objeto de análisis el propósito de obtener lucro creemos que ello podrá servir para los fines delictivos de estos grupos criminales. Y respecto a lo señalado en el numeral 8, señalamos que estamos de acuerdo con que se agrave la pena cuando la víctima se encuentre en una situación de abandono o de extrema necesidad económica, pues son contextos de vulnerabilidad de los que el agente se aprovecha para cometer estos comportamientos típicos.

En el quinto párrafo del delito de explotación sexual se señala que: Si se produce la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años. Como se aprecia, no hay una precisión a si esta muerte es producida de manera dolosa o imprudente, siendo el agente responsable penalmente si, por ejemplo, mata a la víctima para que esta no delatara el negocio del agente.

### **3.2. Delito de trata de personas con fines de explotación**

El artículo 129-A del Código Penal establece respecto al delito de trata de personas lo siguiente:

El que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslado, acoge, recibe o retiene a otro, en territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con penas privativas de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

La trata de persona es entendida como el tráfico de personas a quienes se les da un valor tan similar como si fueran mercancías para una serie de finalidades ilícitas. No se requiere el cumplimiento de la finalidad ilícita para el perfeccionamiento del delito, pues es suficiente que el tratante realice actos de promoción, favorecimiento, facilitación, financiamiento, recepción, traslado, transporte, recepción y retención de las víctimas, (Arbulú, 2018, p.67). Así, para la configuración del delito de trata de personas básicamente se requiere un

comportamiento tendiente a desarraigar al sujeto pasivo o víctima del lugar en el que se encuentra para trasladarlo a otro espacio territorial con el propósito de explotarlo, en este caso sexualmente (Chávez, 2019). Lo último referido es la diferencia entre este delito con el de explotación sexual, ya que, en contraste de este último, en la trata de personas se requiere el desarraigo de la víctima, de tal forma que el sujeto pasivo sea colocado en una situación que permita su posterior explotación (Rodríguez, 2016, p. 261)

La trascendencia de este ilícito penal ha conllevado a que internacionalmente se dicten diversos instrumentos que establecen obligaciones a los países parte para combatir esta compleja actividad delictiva, a saber se tiene al Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños de 1921, la Declaración Política sobre la Aplicación del Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para Combatir la Trata de Personas de 2017, el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena vigente en 1951, la Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de edad suscrita en 1933, entre otras. El Perú no ha sido ajeno a dichos esfuerzos habiéndose elaborado El Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021 y El Protocolo Intersectorial para la prevención y persecución del delito y la protección, atención y reintegración de víctimas de trata de personas.

Conforme sostiene Tania García Sedano “[l]a trata de seres humanos es un proceso dinámico cuyos parámetros cambian constantemente respondiendo a las distintas condiciones económicas, sociales y políticas” (García, 2020, p. 105).

Los medios de los que se vale el tratante para doblegar la voluntad de la víctima son, en esencia, coercitivos o fraudulentos, tales como la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, privación de libertad, abuso de confianza, engaño falseando la realidad, abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, entre otros (Arbulú, 2018, p. 69). En este sentido, a diferencia del delito de favorecimiento a la prostitución, en el delito de trata de personas la doctrina señala que para su configuración se hace necesaria la anulación de la libertad de la víctima. Se tiene tan marcada la ausencia de libertad en el delito de trata de personas que el legislador en el numeral 4 del artículo 129-A del Código Penal establece que el consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya incurrido a alguno de los medios enunciados en el inciso 1.

Para ampliar el panorama respecto al delito materia de análisis en este párrafo, resulta pertinente remitirnos a lo establecido en la Resolución N. ° 33, recaída en el expediente N. ° 00114-2009-0-2701-SP-PE-OI, mediante la cual el Colegiado Superior de la Sala Mixta y Penal Liquidadora Transitoria de Puerto Maldonado señaló que la trata de personas se realiza tanto en forma transfronteriza como dentro de las fronteras del Estado, siendo que a menudo a la víctima se le despoja de su documentación para evitar que cuente con posibilidad alguna de huir del lugar al que fue trasladado con el objetivo de someterlo a explotación, sea de índole sexual, laboral, o también para la extracción de órganos.

Tal forma de proceder va en la misma línea que refuerza el sentido de carencia de libertad en los delitos de trata de personas. Se considera que se quebranta toda opción de libertad de la víctima cuando se le ubica en una situación de dependencia del agente, ya sea porque trasladan a la víctima a un espacio donde no pueda recurrir a pedir auxilio, la despojan de cualquier medio de comunicación, dinero, documentación personal, entre otras, quedando en un contexto desamparado.

Otra diferencia importante que se aprecia en el delito de trata de personas es que puede emplearse el engaño como medio para su configuración, el mismo que buscaría distorsionar la realidad del sujeto agraviado, induciéndolo a error a través de promesas falsas como el ofrecimiento de un puesto de trabajo. Conforme lo habíamos señalado en el numeral 1.6 de este trabajo de investigación, la información proporcionada por el INEI da cuenta que durante el periodo 2016 a mayo de 2019 el engaño fue el medio más empleado para cometer el delito de trata de personas, lo que significaría que las personas que generalmente resultan siendo víctimas del delito de trata se encuentran en un estado de necesidad o desventaja que las obliga a acceder a dichas (falsas) propuestas.

Aquí cabe preguntarnos qué es precisamente una situación de vulnerabilidad. La doctrina sostiene que tal situación debe ser entendida como el estado de desventaja en el que se encuentra el sujeto pasivo, lo que se debería a carencias de recursos económicos, de oportunidades laborales, entre otras.

Con el propósito de dar mayor claridad a dicho concepto, es pertinente remitirnos al “Protocolo para la acreditación de la situación de vulnerabilidad de las víctimas de trata de

personas”, elaborado por el Ministerio Público en el año 2019. En dicho documento se comprenden 4 grandes grupos que servirían de referencia para acreditar la situación de vulnerabilidad en la que se encontraría el sujeto pasivo, a saber: la vulnerabilidad física, la vulnerabilidad psicológica, la vulnerabilidad mental, y la vulnerabilidad antropológica-social. Cada uno de estos grupos contiene a su vez una subclasificación que serviría para afirmar la configuración de aquellos.

En esa línea, la vulnerabilidad física implica como criterios: la edad, la discapacidad física, la desnutrición moderada o severa, que sea madre adolescente gestante, o que padezca de una enfermedad crónica, o de violencia sexual. Por su parte, la vulnerabilidad psicológica implicaría la presencia de: estigmatización, déficit cognitivo, desvinculación familiar, indefensión aprendida, baja autoestima, dependencia emocional, inmadurez emocional, estereotipos de género, distorsión cognitiva, precocidad sexual, ausencia de las figuras parentales, carencias afectivas y desprotección, conductos disociales, antecedentes de victimización como violencia física, psicológica, sexual, económica. La vulnerabilidad mental se tendría de presentarse: trastornos generalizados del desarrollo, retraso mental, experiencias traumáticas, depresión, trastornos psicóticos, trastornos de personalidad, adicciones, trastornos mentales orgánicos, demencias. Y, en cuanto a la vulnerabilidad antropológica-social, esta contempla como factores a tomar en cuenta: la edad, educación, pobreza, lengua, lejanía geográfica, etnicidad, víctimas del conflicto interno, condición de migrante.

Como puede apreciarse, dicho instrumento formulado por el Ministerio Público considera una gran variedad de factores o circunstancias en los que podría encontrarse la persona objeto de trata de personas. Siendo que, de presentarse alguno de estos, se podría valorar una suerte de indicio para concluir que estamos ante la vulneración de la libertad de la supuesta víctima que viene realizando actos de contenido sexual.

Sin desconocer los esfuerzos trazados para la elaboración de dicho protocolo, advertimos que debido a la amplitud de esta lista, se corre el riesgo de calificar de manera indiscriminada que toda situación en la que se aprecie alguno de dichos factores podrá ser calificada como una situación de vulnerabilidad. Por ello, consideramos junto con Silvia Gallo Cariddi (2021) que “es necesario una mayor precisión en los conceptos, en particular, (...) hay que resaltar el concepto de vulnerabilidad de la víctima, que no ha sido objeto de

un profundo abordaje por parte de la doctrina, y es un concepto que necesita mayor precisión”.

En cuanto al bien jurídico protegido, para un sector de la doctrina el delito de trata de personas protege la dignidad personal, ya que este delito implicaría un proceso que justamente consiste en un atentado al núcleo fundamental de la personalidad humana, porque supone la vulneración de la esencia misma de la persona (Montoya, 2012, p.51), lo que explicaría la razón por la cual no se considera válido el consentimiento de la persona que es objeto de trata (Montoya y Rodríguez, 2020, p. 45).

Al respecto, no estamos de acuerdo con lo expuesto en el párrafo precedente, esto es tomar a la dignidad de la persona como el bien jurídico-penal protegido por el delito de trata de personas. De hecho, la dignidad es siempre atendida por el Derecho Penal, por lo que esta esencialmente sirve de base para proteger algún bien jurídico que de ella emane (Montano, 2008). En efecto, la dignidad, como se expuso en la parte concerniente al bien jurídico protegido del delito de favorecimiento a la prostitución, es una cualidad inherente al ser humano que por tal resulta transversal a todos los derechos fundamentales que nos asiste.

Existen también posturas que conciben al bien jurídico protegido por este delito no solo a la libertad individual de la persona, sino también a la dignidad personal, la vida, la seguridad de la víctima, dotándole de una pluralidad de bienes jurídicos (Flores, 2017, p. 154). Seguramente, atendiendo a la naturaleza fenomenológica de este ilícito penal, en el cual concurren diversas circunstancias que permiten apreciar la vulneración de diversos bienes jurídicos-penales, coincidimos en tomar como postura que el delito de trata de personas es un delito pluriofensivo, pues la víctima sufre agresiones físicas, psicológicas, vejaciones, privaciones de sus libertades, etc.

El numeral 2 del artículo 129-A del Código Penal en mención señala que:

Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos

o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación.

A nuestra impresión este segundo párrafo pareciera aclarar lo correspondiente a las situaciones sobre las que se dirigen los fines de explotación, básicamente ello se advertiría del contenido de este párrafo, pues tendría como finalidad precisar los alcances del tipo base.

El numeral 3 del artículo citado refiere que: La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1.

El legislador ha considerado prescindir de la concurrencia de los medios del delito de trata de personas: violencia, amenaza o alguna otra forma de coacción o privación de libertad, fraude, engaño o abuso de autoridad, cuando se tenga como sujeto agraviado a una persona menor de edad. Pensamos que ello se debería a la particular situación de indefensión en la que estos se encontrarían al ser menores de edad, dependientes por naturaleza del cuidado de algún tercero.

Asimismo, el numeral 4 del artículo 153 del Código Penal señala: El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1.

Ciertamente coincidimos con el legislador respecto a esta aclaración, ya que siempre que medien contextos violentos como amenazas, actos de coacción, entre otras, importará la vulneración de la libertad plena, llegando incluso a una anulación del consentimiento. Es evidente que la persona agraviada que se prostituye en un contexto revestido de las particularidades del delito de trata de personas no actuará bajo el derecho inherente de libertad.

Y el numeral 5 del artículo 129-A menciona que: El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas, reprimido con la misma pena prevista para el autor.

Sobre el particular, advertimos que se estaría castigando con una pena tan igual al que contiene el delito de trata de personas, como al que resulta siendo autor de este ilícito penal, consideramos eso es apropiado estando a una valoración global del daño social que emana de la comisión de este delito. En esa medida, podemos inferir que el delito de trata de personas es un delito sumamente complejo que se diferencia de los delitos de favorecimiento a la prostitución y del delito de explotación sexual.

#### **4. Primera conclusión. El alcance de los bienes jurídicos protegidos en los delitos de favorecimiento a la prostitución, explotación sexual y trata de personas**

Habiendo desarrollado particularidades de los delitos de favorecimiento a la prostitución, explotación sexual y trata de personas, podemos concluir que la doctrina citada sostiene que todos estos tienen como bien jurídico protegido – principalmente – a la libertad sexual. Ante ello, a lo largo de este capítulo hemos señalado estar en parte de acuerdo con esta postura general de la doctrina, pero siempre precisando que tal libertad se verá afectada únicamente cuando estemos ante un supuesto en el que la víctima vea menoscabada su autodeterminación.

Así, particularmente en el caso del delito de favorecimiento a la prostitución, pensamos que este comportamiento solo debería ser un delito si la víctima no tiene oportunidad de brindar plenamente su consentimiento, esto es, ejercer su libertad sexual. Lamentablemente, como se ha expuesto a lo largo del trabajo de investigación, el legislador no ha precisado en el delito de favorecimiento a la prostitución si se castiga todo acto de promover o favorecer la prostitución en sí misma, o solo aquella que se ejerce en un contexto violento, a diferencia de los otros delitos analizados, donde es clara la situación de coacción.

No obstante, en la línea que hemos argumentado, el delito de favorecimiento a la prostitución al ser comprendido como un delito que va en contra de la libertad sexual, debería ser entendido en el sentido de un comportamiento que permita la explotación sexual del sujeto pasivo, constituyéndose así en un tipo penal que indiscutiblemente protege a la libertad sexual. Sin embargo, el Código Penal peruano ya cuenta con la redacción de este



comportamiento típico en el artículo 129-D1. En ese sentido, queda aún pendiente de contestar a la pregunta: qué bien jurídico se protege en el delito de favorecimiento a la prostitución.

Esta misma falta de claridad acerca de la protección de los bienes jurídicos por parte de los tres delitos aquí analizados, lleva a no poder diferenciar fácilmente los extremos de cada uno de los comportamientos ilícitos. Por ejemplo, consideramos que entre el delito de trata de personas y el delito de explotación sexual existe una diferencia en la intensidad de las afectaciones a la libertad sexual. Si bien en ambas modalidades delictivas se advierte un comportamiento coactivo sobre la víctima, es de precisar que los medios comisivos del delito de trata buscan asegurar la eventual explotación – en este caso, sexual – de la víctima. Mientras que los medios comisivos empleados en el delito de explotación sexual tienden más a lograr a cometer el acto sexual. Dicha diferencia no la podemos advertir con claridad respecto del delito de favorecimiento a la prostitución, pues no se puede encausar como un favorecimiento a la explotación sexual ni a la trata de personas, pues – según lo ya señalado – tales conductas típicas están previstas normativamente de forma diferenciada.

---

**1 “Artículo 129-D. Promoción o favorecimiento de la explotación sexual.-** El que promueve, favorece o facilita la explotación sexual de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de quince ni mayor de veinte años, cuando:

1. El agente se aproveche de su calidad de curador o tenga a la víctima bajo su cuidado o vigilancia por cualquier motivo, o tenga con ella un vínculo de superioridad, autoridad, poder o cualquier otra circunstancia que la impulse a depositar su confianza en él.
2. El agente cometa el delito en el ámbito del turismo, en el marco de la actividad de una persona jurídica o en el contexto de cualquier actividad económica.

La pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años, cuando:

1. El agente sea ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción o por afinidad; pariente colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción, o segundo grado de afinidad; cónyuge, excónyuge, conviviente, exconviviente o tenga hijos en común con la víctima; o habite en el mismo domicilio de la víctima, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.
2. Es un medio de subsistencia del agente.
3. Exista pluralidad de víctimas.
4. La víctima tenga discapacidad, sea adulta mayor, padezca de una enfermedad grave, pertenezca a un pueblo indígena u originario, o presente cualquier situación de vulnerabilidad.
5. Cuando el agente, a sabiendas, favorezca o promueva actos de explotación sexual violentos que produzcan lesiones o ponga en peligro grave la integridad o la vida de quien realice la prostitución.
6. Se produzca una lesión grave o se ponga en peligro inminente la vida o la salud de la víctima.
7. Se derive de una situación de trata de personas.
8. El agente actúe como integrante de una banda o una organización criminal.
9. La víctima esté en situación de abandono o de extrema necesidad económica.

Si se produce la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

En todos los casos se impone, además, la pena de inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10 y 11. "(\*)(\*\*)(\*\*\*)(\*\*\*\*)

Atendiendo a los desarrollos conceptuales antes aludidos y siendo que no es posible postular una interpretación del delito de favorecimiento a la prostitución de forma coherente a otros tipos penales ya existentes, como son la explotación sexual y la trata de personas. Nos formulamos la siguiente pregunta de investigación: ¿es legítimo que en un Estado de Derecho se considere como una conducta penalmente reprochable el promover o favorecer la prostitución cuando esta es ejercida de manera libre?? Los alcances de esta interrogante son desarrollados en el siguiente capítulo.



## **II. La ilegitimidad del delito de favorecimiento de la prostitución, análisis desde los fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho y los principios que inspiran el derecho penal.**

En el presente capítulo abordaremos cuestiones fundamentales respecto a la configuración del sistema penal dentro de un Estado Constitucional de Derecho, a fin de evidenciar que, en cuanto al delito de favorecimiento a la prostitución, el legislador penal no observó ciertos principios rectores del derecho penal al momento de promulgarlo.

En primer lugar, desarrollamos el concepto de Estado Constitucional de Derecho y sus fundamentos, lo cual nos permite analizar los valores que configuran este modelo social y los ámbitos de libertad que se reconocen para el ejercicio de relaciones interpersonales entre los miembros de la sociedad, quienes pueden desarrollarse según sus aspiraciones, haciendo libre uso de dichas libertades.

En segundo lugar, analizamos la relación entre Constitución y derecho penal, precisando el alcance de la primera como norma suprema y el del segundo como un ámbito legal sujeto a la misma, resaltando que para que la intervención del derecho penal sea considerada como legítima debe este siempre orientarse en observancia del contenido de la norma fundamental.

Luego de arribar a la comprensión de cuándo el derecho penal ha intervenido de manera adecuada, como tercer punto repasamos el concepto de moral como criterio a considerar para la configuración de leyes que, si bien es importante, no será siempre decisivo, conforme al modelo social que se tenga.

En cuarto lugar, habiendo expuesto los fundamentos que dan cuenta de la necesaria relación entre la Constitución y el derecho penal, analizamos si los principios rectores del derecho penal fueron tomados en consideración por el legislador a partir de la redacción del tipo penal de promoción o favorecimiento a la prostitución.

Finalmente, del resultado del desarrollo de los puntos precedentes, se concluye que el único fundamento que impulsaría al legislador a promulgar este tipo penal sería netamente de contenido moral, mas no jurídico.

## **1. Concepto y fundamentos de Estado Constitucional de Derecho**

Es condición connatural del ser humano vivir en una sociedad donde le sea posible alcanzar su desarrollo material y espiritual, siendo así la sociedad un estado donde deben de existir ciertas reglas o normas que posibiliten la convivencia social pacífica para tal efecto, normas que son impuestas y, por ende, exigidas a todos los integrantes que conforman la sociedad (Torres, 2019, p. 58). Es a partir de la concepción liberal y la idea del pacto social con las que se legitima la existencia de un Estado que tiene dentro de su esfera de poder la restricción de derechos cuando ello sea imprescindible para proteger las libertades de todos, lo que se corresponde con los actuales modelos de Estado Social y democrático de Derecho (Luzón, 2016, p. 85).

En esa línea, el Estado lo constituye un conjunto de individuos que se interconectan a través de conductas que son recíprocamente dependientes entre sí, siendo esta la relación de donde se derivan los ordenamientos sociales, como es el derecho (Alarcón, 1988, p. 12). Dicha interdependencia implica que las acciones de los individuos van a repercutir en alguna medida sobre los demás individuos, quienes, de una u otra manera, responderán a la conducta percibida. Justamente, estos intereses de los individuos de mantener una convivencia armoniosa se encuentran estrechamente relacionados a la denominada conciencia de libertad, la cual, además de que nos permite reconocernos, nos permite identificar a las demás personas y a su libertad, lo cual ciertamente sirve para establecer de manera racional los límites a la libertad de las personas para así vivir en una comunidad libre (Macía, 1992, p. 3).

La libertad es, en efecto, considerada valiosa por dos razones como mínimo. En primer lugar, más libertad brinda mayor oportunidad de perseguir los objetivos que se plantean, esto es, nos concede la facultad de elegir la manera en la que queremos vivir. En segundo lugar, podemos dotar de importancia al proceso de elección como tal. Por ello podemos rehusarnos a ser sometidos a la voluntad de otros (Sen, 2019, p. 258). La libertad entonces puede ser concebida como la facultad de comportarnos según nuestros intereses para alcanzar nuestros propósitos, sin importar qué condición económica o social tenga el individuo.

Sin embargo, no debe comprenderse que tal libertad no reconoce de límites. De manera notoria, en la sociedad se pueden percibir condiciones que resultan necesarias, por cuanto de por sí permiten al sujeto participar libremente en aras de su desarrollo individual. En ese sentido, las conductas que lleguen a afectar dichas condiciones deben ser evitadas, ya que el menoscabo que producen tales comportamientos quebranta los valores que garantizan la realización de los fines del sistema social. Por lo tanto, a efectos de posibilitar la armonía en la convivencia social, es idóneo contar con una norma que signifique el fundamento y límite de los poderes que permiten al Estado ejercer el control social para el desarrollo de la vida comunitaria (Hurtado y Saldarriaga, 2013, p .19). De allí, que las conductas que se orientan al margen de los valores contenidos en la norma fundamental serán legítimamente discriminadas y, por ende, merecedores de alguna sanción.

Ahora bien, volviendo a que la prostitución es una realidad sumamente controversial, por cuanto se cuestiona que su ejercicio atenta contra las buenas costumbres que deben guiar a una sociedad, es de inferirse que sea considerada como un comportamiento que afectaría al desarrollo de las relaciones interpersonales. No obstante, asumir lo señalado, que se basa en una consideración negativa de la prostitución en la que no se valora si de esta emana alguna afectación a la libertad de los demás, sino que sencillamente se recurre al concepto de “buenas costumbres”, debe significar que en lo absoluto es un criterio respetuoso de las libertades reconocidas en el marco de un Estado Constitucional de Derecho.

Efectivamente, debe concluirse de las bases expuestas que si se restringe todo acto de prostitución por el mero hecho de considerarse inadecuado o disconforme con los valores de un determinado orden social en el que rige una norma suprema como lo es la Constitución, se estarían vulnerando las libertades de quienes ejercen esta actividad de manera libre, según sus aspiraciones, ideales, convicciones, entre otras cuestiones puramente personales, propias de la autodeterminación.

Por ello, resulta que la prostitución que se ejerce de manera libre y, en consecuencia, los actos periféricos a esta tipología de prostitución, deben ser considerados compatibles con nuestro modelo de Estado, ya que no se aprecia el más mínimo daño o lesión a las esferas de libertad en las relaciones interpersonales que participan en esta actividad, de allí que su práctica como tal no resulte penada por el ordenamiento jurídico.

## **2. Constitución y derecho penal**

La Constitución es el marco legal dentro del que se deben situar todas las demás fuentes del derecho, por lo que, fuera del marco constitucional ninguna norma jurídica tendrá validez. Así también, determina la forma, los procedimientos y el contenido que se debe observar para la producción de normas jurídicas, estableciendo, incluso, el ordenamiento jerárquico que estas deben seguir. En otras palabras, la Constitución como norma jurídica suprema significa el fundamento de validez del ordenamiento jurídico infraconstitucional, motivo por el cual toda persona o institución, de naturaleza pública o privada, debe guardarle lealtad (Torres, 2019, p. 539).

Así, el orden jurídico constitucional establece la organización de los poderes públicos, los principios que definen y guían la posición del individuo, de la familia, de la sociedad y de todo aquel elemento que importe un orden de vida, en razón del bien común (Naranjo, 2000, pp. 22,23)

Por su parte, el Derecho Penal es definido como un conjunto de normas que pertenecen al derecho público cuyo objeto de regulación son los hechos ilícitos sobre los que recaen consecuencias penales. Se dice que pertenece al derecho público, toda vez que la tutela penal opera independientemente de la voluntad de quienes portan los intereses que se protegen (Mantovani, 2015, p. 9), lo que implica una intromisión del ente estatal sobre los derechos fundamentales de la persona. Sobre esa línea, el derecho penal se configura como un subsistema de control que por medio de la amenaza penal trata de conseguir que los miembros de la comunidad se abstengan de cometer actos delictuosos y con ello reforzar el acatamiento de la normatividad; esto es, que acepten determinados esquemas de vida social (Caro y Huaman, 2014, p. 30)

Entonces, se pone de manifiesto lo necesario que es la relación entre derecho penal y derecho constitucional, ya que nuestra norma fundamental, al consagrar derechos fundamentales que tendrán siempre incidencia en la labor legislativa, racionaliza la intervención punitiva del Estado sobre la convivencia social. Cabe precisar que si bien la Constitución es la estructura o esquema sobre la cual debe desarrollarse el sistema penal, no tiene que ser indispensable que el derecho penal se reconstruya en términos puramente constitucionales. Es por esto que la propia Constitución deja al legislador un amplio espacio

de discrecionalidad para promulgar leyes, sobre las que sí resulta indispensable realizar un examen de legitimación conforme a la Constitución (Caro y Huaman, 2014, pp. 27-29).

Es decir, el poder penal debe ejercerse dentro de determinados límites que se expresan en principios o parámetros, lo que restringe razonablemente su actuación dentro del Estado. Estos principios legitimadores del poder sancionador del Estado son tanto constitucionales como jurídico-penales (Villavicencio, 2019, p. 33). La necesidad de la presencia de los valores constitucionales en la operación del Derecho Penal relleva la relación de hetero-referencialidad que tiene este ordenamiento punitivo en el proceso de comunicación con los demás subsistemas jurídicos, por eso se considera que la función de la Constitución no consiste en señalar qué conductas son delictivas, sino más bien que su función se circunscribe a regular el ejercicio del poder punitivo del Estado (Caro y Huaman, 2014, p. 30)

De allí, se advierte que el legislador deberá ceñirse a la congruencia que cualquier ley promulgada debe tener respecto de la Constitución, pues de verificarse que, en materia penal, determinado delito escapa del contenido de los principios que inspiran el modelo social, lógicamente tendrán que ser descartados del ordenamiento jurídico por su incompatibilidad. En esa línea, se espera que el legislador sepa seleccionar de manera adecuada las conductas delictivas gravemente perjudiciales para la sociedad que perturben considerablemente las condiciones mínimas de convivencia (Luzón, 2016, p. 72).

Siendo así las cosas, retomamos el tema de la prostitución como práctica del comercio sexual ofrecida en la sociedad. La percepción social de la prostitución es mayoritariamente negativa, ya que se atribuye a su ejercicio diversas consecuencias como, por ejemplo, permitir la comisión de ilícitos penales, que atenta contra la moral, etc. Innegablemente, debe reconocerse que la prostitución puede ser ejercida en espacios donde las libertades de las personas se encuentren violentadas. En dicho contexto, la intervención del derecho penal estará justificada en la medida en que castigará las conductas que lesionan las libertades de quienes se prostituyen, ya que evidentemente están bajo un contexto de coacción en el que su voluntad se ve seriamente disminuida o anulada, lo que desde luego resulta despreciable en un Estado Constitucional de Derecho. Empero, actuaría incorrectamente el legislador si castigara la prostitución que se ejerce de manera libre, pues allí no encontrará exposición a ningún tipo de peligro que no se haya preconcebido y

asumido por quienes participan de dicha relación interpersonal, no lesionándose entonces la libertad de las personas.

Desde luego, si se parte de que la intervención del derecho penal debe guiarse de conformidad a los valores contenidos en la norma fundamental, que esencialmente protege las libertades de las personas y, por ello, sirve como base racionalizadora del *ius puniendi*, no se aprecia otra cosa que un marcado distanciamiento respecto a tal regla por parte del legislador al momento de promulgar el delito de favorecimiento a la libertad donde para su configuración se ha tomado como conducta reprochable el promover o favorecer un comportamiento que se realiza plenamente libre por la supuesta víctima.

### **3. Rechazo al fundamento "moral" como sustento de la legitimidad de intervención del derecho penal**

La moral tiene distintas esferas o ámbitos. Al respecto, se distinguen tres sectores dentro de la moral: la moral de la conciencia individual, de los sistemas religiosos y la moral social o positiva. La primera parte de la idea del bien que el individuo se forja en su conciencia, de la cual se derivan ciertas normas de conducta, la segunda, es decir la moral de los sistemas religiosos, es el conjunto de doctrinas morales cuyo ámbito de validez se extiende a todos los creyentes de un credo. La social o positiva es el conjunto de preceptos morales vigentes en una sociedad en un determinado momento. En un contexto de Estado Constitucional de Derecho, las obligaciones impuestas tienen su razón en la aceptación por parte de la conciencia de las personas, que reconocen que sin la protección de sus derechos no podrían realizar sus deberes de contenido moral. Cabe precisar que solo aquella parte de los deberes morales cuyo cumplimiento la sociedad de un determinado momento histórico considera coactivamente exigibles se constituye como derecho para quien puede exigir aquel cumplimiento (Torres, 2019, pp. 99-100).

Es de reconocer que la moral tiene una importante injerencia en la determinación de cuáles son los comportamientos que configuran o no delito, lo que, por ejemplo, se manifestó con el castigo de la homosexualidad bajo la idea de que era una conducta que atentaba contra los valores. Esta relación entre moral y derecho penal, por tanto, no discriminó comportamientos que, aunque no hayan incurrido en alguna lesión de bien jurídico, fueron



considerados penalmente reprochados partiendo del punto de vista ético y vergonzoso, según la convicción general (Hurtado y Saldarriaga, 2013, p. 16).

Ciertamente, si bien los actos inmorales deben ser considerados como tales (infracciones de carácter inmoral), es de asumirse que un derecho penal que no se corresponda con una moral de una época determinada está condenada al fracaso. Por ello, el derecho penal no debe separarse radicalmente de la moral; empero, estando a que debe prevalecer la protección de bienes jurídicos, y no conductas propias de una concepción moral, es que no resulta legítimo obligar a las personas a actuar conforme a ciertas convicciones morales, más aun encontrándose el sujeto en una sociedad pluralista. Así, entre moral y derecho (penal) no existe, por tanto, una separación bien trazada por líneas definidas, ya que los actos humanos, sean considerados delitos o no, pueden ser calificados moralmente de buenos o malos.

Es verdad que el Derecho, además de brindar un orden social, cumple una función de moralización, pues al imponer una determinada conducta está perfilando la personalidad de los individuos sobre la base de determinados ideales (Torres, 2019, p. 101). El problema de que se mantenga de esa forma es que se quiera afirmar la legitimidad de la intervención del derecho penal en ciertos asuntos como la pornografía, prostitución, homosexualidad, prostitución, consumo de drogas o alcohol, se ha inspirado muchas veces en concepciones paternalistas y casi siempre injustificadas (Hurtado y Saldarriaga, 2013, p. 24).

La aludida intervención paternalista del Estado se entiende como la imposición de un criterio de bienestar para “legitimar” la intervención del Estado en la autonomía del sujeto, lo que no es compatible con nuestro sistema jurídico al violentar la dignidad de la persona humana. Por lo tanto, el Estado, en principio, no puede, vía derecho penal, imponer criterios objetivos de bienestar, como sería el no ejercer la prostitución, por más libertad que se manifieste en su ejercicio, ya que esto lesionaría gravemente la dignidad de la persona (Gómez, 2008, pp. 149-150).

Sobre esa línea, se sostiene que la intervención del derecho penal estará legitimada cuando se trate de una efectiva lesión del derecho de la persona, mas no sobre una moral, ideología determinada que se tenga respecto a un modelo de vida (Caro y Huaman, 2014, p. 83) como lo sería el dedicarse a la prostitución como actividad remunerativa, pues la mera

apreciación de lo correcto o incorrecto que es una conducta no es suficiente para reaccionar penalmente, ya que esto último requiere, además, de criterios jurídicos que así lo respalden.

Lamentablemente, a la fecha podemos encontrar dentro de nuestro Código Penal ciertas conductas consideradas como delitos que, a nuestro parecer, tan solo reportan aspectos morales. Por ejemplo, se tiene al delito de bigamia en el que el bien jurídico protegido es el sistema monogámico, esto es que dentro de un lapso de tiempo determinado una persona solo puede estar legalmente casado con otra persona (Salinas, 2019, p. 505), claramente, se trata de una intervención penal que tiene como objeto de protección un modelo de vida que se considera adecuado a criterios morales. Entonces, queda claro que en el ordenamiento jurídico punitivo persisten conductas sobre las que se adolece de razones jurídicas para asumir que protegen alguna condición realmente merecedora de protección penal, conductas en las que se encontraría el delito de favorecimiento a la prostitución.

#### **4. Cuestionamientos al delito de favorecimiento a la prostitución desde los principios que legitiman la intervención del derecho penal**

##### **4.1. Alcance de la intervención penal desde el principio de protección de bienes jurídicos**

Conviene tener en claro el concepto de bien jurídico que se tiene para los efectos del presente trabajo. Esta precisión se hace en razón de que a lo largo de la historia el concepto de bien jurídico ha sido objeto de arduos debates, donde las diferentes concepciones que tuvieron lugar recogieron diversos argumentos de distinta naturaleza. Como es sabido, existen amplios trabajos de investigación que se han dedicado exclusivamente a abordar la evolución del concepto de bien jurídico y, sobre todo, alcanzar alguna propuesta de cara a dotar de legitimidad la intervención punitiva del Estado.

Así, por citar algunos ejemplos, Binding entendía a la idea de bien jurídico como un bien ínsito en la norma que nace por el actuar legislativo (Fernando, 2008, pp. 9-10), es decir, la promulgación de leyes. En otras palabras, tal postura implica que la creación de un tipo penal dará existencia a un bien jurídico que “necesariamente” merece protección penal. Como puede apreciarse, el problema con este postulado es que la determinación de los bienes jurídicos recae en manos del legislador, el cual muchas veces no ha desarrollado

criterios lógicos o de contenido dogmático que le permitan identificar adecuadamente cuándo determinado interés merece ser protegido por el derecho penal, lo que podría ejemplificarse recordando delitos ya derogados tales como el adulterio y la homosexualidad.

En cambio, Fran Vonz Litz concebía al bien jurídico como un interés vital para la sociedad que precede a la creación de normas jurídicas (Fernando, 2008, pp. 11-12), siendo, por tanto, un interés que nace de la propia existencia de los individuos, al margen de que el derecho penal le otorgue o no protección jurídica. Desde esa perspectiva, no estaría claramente definido entonces cuándo es que nos encontramos ante un bien jurídico de relevancia penal, por cuanto no se delimitaban los criterios para tal propósito.

Otro sector sostenía que lo que la intervención penal buscaba proteger no era otra cosa que las expectativas sociales que competen a determinadas personas dentro de un determinado contexto social (Jakobs, 1991, pp. 50-61), sin embargo, para que tenga relevancia penal la infracción o defraudación en la que incurre una persona respecto a su participación en sus relaciones sociales debe de apreciarse que dicha infracción sea materializada en un riesgo típico para un bien jurídico penalmente reconocido, sin ello solo se estaría ante el quebrantamiento de un rol que no resultaría de por sí penalmente relevante (Montoya, 2020, p. 127).

A pesar de haber intentado abandonar el concepto de bien jurídico por las complicaciones que supone su definición (Hurtado y Saldarriaga, 2013, pp. 17-21), este ha logrado imponerse en la medida en que llena de contenido al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, principio limitador del *ius puniendi* (Cavero, 2019, p. 114). Para ello, se ha arribado al entendimiento de que en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho, se concibe que la finalidad última de protección del derecho penal debe estar orientada a salvaguardar bienes jurídicos que resulten esenciales para la sociedad, lo que tiene como propósito garantizar la participación de los miembros de la sociedad, así como las condiciones de igualdad (Montoya, 2020, pp. 52-71).

Estas condiciones de igualdad a las que se debe aspirar en el entorno en el que participan los miembros de la sociedad ciertamente significa el respeto de las libertades de las personas. En otras palabras, el respeto de las esferas de libertad que gozan las personas importa esencialmente el respeto de las condiciones de igualdad que deben prevalecer en

un contexto social. De allí que, todo comportamiento que menoscabe alguna libertad impactará ineludiblemente en tales condiciones de igualdad, lo que la hace merecedora de alguna sanción.

Sobre esa base, el principio de protección exclusivamente de bienes jurídicos en el derecho penal indica que esta herramienta del Estado solo debe interceder ante la amenaza, lesión o peligro para bienes jurídicos, no estando habilitado el legislador para - vía derecho penal - castigar aquellas conductas sencillamente inmorales o marginales (Luzon, 2016, p. 88).

Habiendo dejado sentado que el derecho penal tiene como fin proteger bienes jurídico-penalmente de interés, corresponde preguntarse ahora si tal propósito se manifiesta en el delito de favorecimiento o promoción a la prostitución, que es materia de análisis en el presente trabajo.

Sobre la misma línea de razonamiento, que comparte la doctrina mayoritaria, el derecho penal no debe de considerar a la moral sexual como bien jurídico de protección en una suerte de exaltación de la sexualidad de las personas, es más razonable que en un Estado de Derecho se proteja la libertad sexual, que es totalmente diferente de la moral sexual (Urquiza, 2019, p. 225), rechazando así la posibilidad de considerar la moral sexual de la sociedad como un bien jurídico penalmente relevante, como podría ocurrir si se siguiera la propuesta de Von Litz. Aspectos como la moral sexual de la sociedad no deberían ser considerados como una cuestión sobre la que el Estado deba de intervenir, pues estaría inmiscuyéndose en aspectos tan personales que son propios de los individuos. Como señala Felipe Villavicencio Terreros: “El Estado no puede pretender imponer una moral, una política o una religión, ya que esto depende de una elección libre del ciudadano” (Villavicencio, 2014. p. 96).

Como venimos sosteniendo, la libertad sexual de las personas es una manifestación de su libertad individual, la misma que se encuentra reconocida en el artículo 2.24 de la Constitución de 1993, y que se encuentra estrechamente vinculada con el derecho al libre desarrollo, establecido el artículo 2.2 de nuestra norma suprema, de allí que se reconozca la necesidad de proteger la libertad sexual de las personas. Se entiende, por ello, que el respeto de la libertad ajena es tan necesario para el respeto de la libertad individual propia. Solo reconociendo el campo de libertad del otro, se podrá garantizar que se reconocerá el

nuestro. Es una relación retributiva en donde el límite se establece justamente en donde se identifica la colisión de libertades.

Por tanto, no existiendo de por medio algún elemento de coacción en el delito bajo análisis, sino que quien ejerce la prostitución lo hace con plena libertad, debe consecuentemente tomarse como válido afirmar que no hay ninguna afectación al derecho a la libertad (sexual) de la supuesta víctima. Efectivamente, si se entiende que el derecho penal será legítimo cuando busque evitar comportamientos lesivos a las esferas de libertad de las personas, ello no se advertirá en un contexto en el cual nunca se menoscabó la voluntad de la persona que decide prostituirse.

Partiendo de lo indicado en el párrafo anterior, se tiene que actos como promover o favorecer la prostitución libre no deben ser tomados como conductas merecedoras de reproche penal, pues en este caso no se advierte ninguna justificación respecto a la protección de bienes jurídicos, los que se traducen en derechos fundamentales (Montoya, 2020, p. 78).

Así también, como se precisó en el capítulo 1 de este trabajo, a pesar de que en una sociedad como la nuestra el acto de prostituirse es tomado como una conducta contraria a los valores que importan condiciones esenciales para la convivencia social, estando a los fundamentos expuestos, la prostitución libre y los comportamientos periféricos a esta, que no lesionen de ninguna otra forma algún derecho de quien ejerce la prostitución, no deben merecer ninguna sanción penal, pues no se ha visto ningún bien jurídico lesionado y tampoco amenazado. Diferente decisión habrá de adoptar el ente estatal si se presenciara situaciones de prostitución forzada donde quien la ejerce, evidentemente, no goza de su libertad.

#### **4.2. Alcance de la intervención penal desde el principio de lesividad**

Para la doctrina, este principio se desprende directamente del principio de protección de bienes jurídicos (Cavero, 2019, p. 124), pues solo a partir de que un bien jurídico penalmente relevante llegue a verse amenazado o lesionado de forma significativa es que tendrá sentido la intervención del derecho penal.

Al igual que el concepto de bien jurídico, el concepto de lesividad ha sido tema de larga discusión. En sus inicios, el concepto de lesividad estuvo estrechamente vinculado con el objeto material del delito, es decir el objeto sobre el cual recaía la conducta criminal. Solo en esa medida podía entenderse que efectivamente se había producido alguna vulneración a un bien jurídico valioso.

No obstante, y enlazando con lo desarrollado en el punto anterior, el concepto de bien jurídico se fundamenta en una reacción social sobre la valoración negativa del daño producido y no sobre la mera desobediencia de la norma o la afectación de un objeto del delito. Así, se aprecia que la concepción de bien jurídico desde el principio de lesividad no se verifica en una afectación material, sino que contempla afectaciones valorativas. En esa medida, es posible aceptar la protección de bienes jurídicos supraindividuales. Aunque el principio de lesividad tenga una percepción individualista, ello no impide que se prevean conductas colectivamente lesivas, pues el principio de *harm to others* exige una apreciación que se configura como principio limitador, promoviendo que no sean criminalizadas conductas, que, aunque indeseables, no causen un daño o un riesgo de lesión (Fernando, 2008).

Evidentemente, el daño provocado o a provocarse debe de significar una intensidad en clase y cantidad, es decir, que debe de recaer en un bien jurídico relevante y que la lesión que este sufre sea de gravedad (Cancio y Perez, 2019, p. 70), en plena conexión con el principio de *ultima ratio*.

Definido el principio de lesividad como principio limitador y legitimador del derecho penal, corresponde analizar si el mismo ha sido tomado en consideración por el legislador al momento de promulgar el delito de favorecimiento a la prostitución. De entrada, partiendo de lo arribado en el punto anterior sobre la no protección de algún bien jurídico penalmente relevante, se puede inferir que la respuesta es negativa, que el principio de lesividad no se materializa de ninguna forma en el delito señalado.

En efecto, no se advierte en qué medida el cooperar o promover con la prostitución que se ejerce de manera libre pueda representar un significativo menoscabo a libertad de la persona que se toma por sujeto pasivo. En el mismo sentido, si se promueve un comportamiento plenamente libre y lícito (no olvidando que la prostitución no es un delito)

también es de descartarse alguna afectación social que repercuta en la esfera de libertades de terceras personas. Por ende, el promover o favorecer a la prostitución libre no debería implicar de ningún modo alguna valoración negativa que acaezca en la convivencia social, sino que, en tanto comportamientos que coadyuvan un acto de libre disposición por parte de la persona que se prostituye, y que no perturban la libertad de terceros, se encuentran conforme al ordenamiento jurídico (Meini, 2014, p. 322). Por lo expuesto, en el delito de favorecimiento a la prostitución tampoco se aprecia que se haya observado el principio de lesividad para legitimar su existencia en la legislación penal.

Si bien algún sector puede insistir en que lo que motivó al legislador penal a promulgar el tipo penal bajo análisis es reducir el margen de criminalidad de otros delitos que se dan en ámbitos clandestinos, a nuestro entender, el delito de favorecimiento a la prostitución no fungiría de delito medio para la comisión futura de otros tipos penales, por cuanto, en principio, la configuración del tipo penal materia de estudio no resulta a todas luces una conducta típica, sino atípica. Y cualquier intento de dotar este tipo penal de una interpretación con contenido penal tendrá que ser reconducida a un supuesto típico de trata de personas, explotación sexual, promoción o favorecimiento a la explotación sexual.

#### **4.3. Alcance de la intervención penal desde el principio de última ratio**

Conforme al principio de *ultima ratio*, el Derecho Penal tiene carácter subsidiario. En buena cuenta informa cómo el sistema constitucional garantiza y sanciona en última instancia las afectaciones más intensas a los derechos fundamentales, a través del Derecho Penal (Caro y Huaman, 2014). Por ello, es que el principio de *ultima ratio* es también conocido como el principio de subsidiariedad, que significa que el derecho penal debe ser la última medida a emplear a falta de otros instrumentos menos gravosos (Mir, 2016, p.218).

En palabras similares, el Estado no deberá recurrir al Derecho Penal cuando el ataque (la conducta penalmente reprochable) no sea tan grave o cuando el bien jurídico protegido no sea tan importante, o también, deberá abstenerse de emplear el poder penal cuando el conflicto pueda solucionarse con medidas menos radicales (Muñoz y García, 2007, p.72), es decir que al Derecho Penal se encarga de reforzar la protección que se despliega de otros derechos extrapenales.

En cuanto al delito de favorecimiento a la prostitución no se evidencia tampoco que el legislador haya observado el contenido de este principio para promulgar el tipo penal materia de análisis. En efecto, el contexto en el que se entiende que esta conducta criminal se lleva a cabo no presenta algún comportamiento penalmente reprochable, es decir un ataque relevante para un bien jurídico, pues, en principio, quien ejerce la prostitución no lo hace bajo violencia o amenaza alguna, sino que por plena libertad. Siendo, entonces, que no hay ninguna conducta que signifique un atentado contra los derechos de quienes se prostituyen, no se verifica tal requisito para legitimar la intervención penal.

Ciertamente, y estando a los fundamentos expuestos referentes a que el ejercicio libre de la prostitución se corresponde con una cantidad importante de derechos fundamentales, de haber alguna regulación que permita el ejercicio libre de la prostitución, bien se haría con reforzar dicha normatividad mediante el derecho penal si se presentaran algunos supuestos que vulneraran bienes jurídicos en ese contexto de prostitución libre.

En efecto, estimar que resulta viable legalizar la prostitución libre obedece a que esta no tiene mucho de diferente en lo sustancial que otro trabajo asalariado, libre y voluntario, personal y remunerado. De la misma forma, se trata de un servicio útil no solo para la subsistencia de quien trabaja, sino también para terceras personas, como podría ser aquel o aquella que colabora con dicho oficio (Gay., S., et. al., 2003, p. 13). A mayor abundamiento, debemos recordar los ejemplos citados en el capítulo anterior, donde expusimos que en el continente europeo encontramos países con idéntico modelo social al nuestro que registran importantes ingresos producto de la prostitución libre.

Entonces, estando a que los criterios proporcionados por la doctrina y jurisprudencia sobre el delito de favorecimiento a la prostitución no se corresponden, en realidad, con alguna afectación a la libertad de quien decide prostituirse, sino que estamos ante un acto libre y consensuado en el que esta persona participa junto a terceros para realizar esta conducta de comercio sexual, cabría preguntarse, si acaso, estos terceros no incurrirán en ningún caso en algún comportamiento reprochable penalmente por tratarse de un contexto libre en el que se ejerce la prostitución. O, en todo caso, en qué supuestos – y sobre la base de qué – es que corresponderá atribuirles alguna responsabilidad penal.



## **5. Segunda conclusión. La ilegitimidad de la tipificación del delito de favorecimiento a la prostitución: el sentido estrictamente moral como objeto de protección**

Sobre la base de lo desarrollado puede sostenerse razonablemente que el delito de favorecimiento a la prostitución, como lo viene entendiendo la doctrina mayoritaria y jurisprudencia nacional, no tiene en sí ningún contenido o sustento diferente al de la moral. Precisamente, el hecho de no encontrar ningún bien jurídico digno de proteger mediante el delito bajo análisis, así como tampoco apreciar que el autor haya incurrido en algún comportamiento que merezca reproche penal, deben hacernos considerar que no hay algún valor jurídico que se tutele, sino que lo que más bien pretende es castigar todo acto periférico que estimule el ejercicio de la prostitución, buscando con ello eliminarla de la sociedad. No otro significado se puede obtener tras haber evidenciado que el delito en cuestión no se corresponde con los principios que legitiman la intervención del Derecho Penal. Por lo que, careciendo de significancia penal, solo se puede llegar a concluir que este delito tiene un sentido estrictamente moral, lo que es propio de un derecho penal simbólico.

Puede que el legislador haya considerado la perspectiva de género para promulgar este tipo penal, toda vez que la fuerza de esta corriente pudo servirle de oportunidad para conseguir mayor reconocimiento frente a cierto sector. Muchas veces la labor legislativa se orienta egoístamente a obtener mayor respaldo de la ciudadanía, recurriendo así a promulgar normas sobre temas populistas, pero que en el fondo son carentes en cuanto a su razón de ser.

En el caso de la prostitución, los medios de comunicación y el registro obtenido indican que mayormente son mujeres quienes ejercen esta actividad, la misma que es considerada como una de las labores más denigrantes por diversos motivos, no señalando dichas fuentes de información que gran parte del maltrato que sobre ellas recae es producto del rechazo social. Por lo que, el legislador pudo haber creído que a través de la promulgación del delito de favorecimiento a la prostitución, tal como se encuentra configurado a la fecha, estaría protegiendo a la supuesta víctima que ejerce la prostitución de cualquier situación de peligro. Y es que normalmente la prostitución es pensada como una práctica forzada o que implica un estado de aprovechamiento o abuso hacia la persona que ejerce la misma.

Sin embargo, consideramos que el legislador olvidó que estas personas gozan de autonomía como para decidir dedicarse a este oficio, toda vez que también hay escenarios donde la prostitución es voluntaria y no hace referencia a ningún ámbito de abuso.

Así también, se cuestiona la vulneración de la dignidad de la persona por el hecho de ejercer la prostitución, pero no se cuenta con una razón jurídica que nos haga considerar ello. Frente a la supuesta "falta de libertad" en la elección de la prostitución como un trabajo, se alega que las "condiciones de cosificación" también se darían en otras profesiones, así el principio de libre elección no sólo no se presentaría en el mercado del sexo, sino en la mayoría de los trabajos. En efecto, la mayoría de personas trabajan por cuestiones económicas, raramente por satisfacción personal (Villa, 2010).

Sobre la base de lo expuesto, podemos advertir que existe por parte del ente estatal una orientación normativa que restringe de manera ilegítima el ejercicio de la libertad sexual de una persona que se dedica a la prostitución. Esto es así, toda vez que debido a la revisión normativa hemos encontrado diversos tipos penales que castigan cualquier acto – coactivo o no – proveniente de un tercero, a través del cual interfiere en el acto sexual al cual se involucra una persona – la supuesta víctima –. Ello nos lleva a preguntarnos si es que, ¿no puede en todo caso la prostituta permitir interferencias por parte de terceras personas que de algún modo le apoyan en la actividad sexual a la que se dedica?

En el capítulo siguiente se aborda el problema de la investigación, a fin de discutir el planteamiento tradicional que se tiene en cuanto al bien jurídico protegido libertad sexual, proponiéndose en su lugar una comprensión del mismo coherente con los valores que inspiran nuestro modelo de Estado que permitirá reconocer la capacidad de disposición sobre le mismo. Tal concepción permitirá afirmar la capacidad que tiene el titular del bien jurídico de encomendar a terceras personas para que dentro de un contexto de libertad puedan legítimamente prestar su apoyo o dirigir el negocio sexual en cuestión.

### **III. La delegación del bien jurídico libertad sexual sobre terceros que intervienen en un contexto de prostitución libre**

El presente capítulo se inicia reforzando la idea de una prostitución libre, la cual – según lo afirmado previamente – se caracteriza por la decisión de sostener actos sexuales a cambio de una contraprestación, y siempre que la persona que se prostituye haya tomado la referida decisión sin la presencia de factores que generen alguna obligación, coacción o cualquier otro escenario que acote la capacidad de disposición de su bien jurídico libertad sexual.

Esta posibilidad de identificar la libertad de disposición del bien jurídico libertad sexual deberá evaluarse en función a cada caso en concreto, a fin de determinar si la voluntad de quien brinda un servicio sexual ha sido quebrantada o no. No debiendo asumir que, el solo ejercicio del oficio de la prostitución genera plena disponibilidad para el sostenimiento de actividad sexual en cualquier momento o mediando el solo pago de la contraprestación económica.

Por el contrario, la presente investigación proporciona tres aportes fundamentales en el análisis de la decisión de la libertad sexual de la persona que se prostituye: el primero está referido a la reformulación del contenido del bien jurídico; el segundo, a la concepción de la libertad de disposición del mismo; y, el tercero se concentra en la postulación de los factores susceptibles de delegación en la disposición antes comentada, sobre todo en aquellos casos donde la persona decide prostituirse a través de terceras personas.

Siguiendo dicho orden de ideas, el presente capítulo explica los puntos antes señalados.

#### **1. La reinterpretación del alcance y composición del bien jurídico libertad sexual**

Lo trabajado en los capítulos anteriores nos ha permitido conocer que la decisión libre de prostituirse a través de terceras personas puede conllevar a errores de interpretación respecto a la extensión de la capacidad de disposición del bien jurídico libertad sexual. Ello, pues podría pensarse que una persona no puede delegar en otras la capacidad de elegir a su pareja sexual, o de determinar la contraprestación que finalmente se entregará a cambio de brindar el servicio sexual. En la presente investigación rechazamos la negativa absoluta

a dicha posibilidad de delegación y postulamos – en su lugar – la necesidad de analizar profundamente el contenido de la decisión de delegación.

En esa línea, el análisis sesudo de la decisión de prostituirse nos ha llevado a la necesidad de replantear el contenido que tradicionalmente se le ha otorgado al bien jurídico libertad sexual. Esto se debe a que, el planteamiento que sostiene la doctrina vigente sobre el referido bien jurídico no permite hacer el desglose de los factores que concurren en la decisión de quien se prostituye. Así como tampoco permite advertir que estos factores son susceptibles de ser delegables, y que tendrán a su vez correspondencia con la posibilidad de generar obligaciones de hacer por parte de los terceros que intervienen en el negocio de la prostitución.

Para los efectos de este subapartado, corresponde ahora concentrarnos en el contenido del bien jurídico libertad sexual. Tradicionalmente, la doctrina ha entendido a este bien jurídico desde dos manifestaciones: la libertad sexual en un aspecto positivo-dinámico y la libertad sexual en un aspecto negativo-pasivo. La primera significa la capacidad que tiene una persona para determinar las circunstancias en las que desea involucrarse en un contexto sexual. Y la segunda, la capacidad que tiene esta para rehusarse a participar en tal contexto (Caro, 1999, p. 216).

En dicha medida, según Ramiro Salinas Siccha, la libertad sexual no solo comprenderá a la capacidad de elegir “el sí, el cuándo o el con quién nos vamos a relacionar sexualmente, sino también el seleccionar, el elegir o aceptar el tipo o clase de comportamiento y acción sexual en la que nos vamos a involucrar” (Salinas, 2019, p. 954).

Esta concepción tradicional sigue una línea argumentativa que puede resultar difícil de aprehender: el hecho de considerar que la decisión positiva de realizar la actividad sexual incluye necesariamente la aceptación de todos los factores coexistentes a la misma. Entre los cuales se encuentran la elección de la vía respecto de la cual se concretará el acto sexual – vía anal, bucal o vaginal - , el uso o retiro unilateral del preservativo durante el mismo o de cualquier otra actividad sexual, o la confusión respecto de la persona elegida para concretarlo – piénsese en el caso de los gemelos idénticos –.

Así, conforme a la concepción tradicional del referido bien jurídico, la distorsión o el cambio unilateral de la decisión original de cómo o con quién concretar la actividad sexual llevaría a una lesión de la libertad sexual, pudiendo – incluso – llegar a atribuirle a dicho comportamiento una calificación en el ámbito penal de acuerdo a alguno de los tipos penales que protegen el referido bien jurídico, entre ellos, el delito de violación sexual. Como se puede apreciar, la formulación de la concepción tradicional presupone la equivalencia en la valoración de cada uno de los factores que resultan involucrados con el acto sexual.

La presente investigación cuestiona esta formulación al sostener que si bien cada uno de los factores que involucran a la decisión de sostener actos de connotación sexual pueden importar para disponer el ejercicio de la libertad sexual, no significa ello que necesariamente ellos deberían tener la misma cualidad o idoneidad para afectar por igual a dicho bien jurídico.

En primer lugar, consideramos que la libertad sexual no debe entenderse como un todo que responde a la suma de sus distintos factores, entre ellos: persona con la que se sostiene el acto sexual, duración del mismo, vía de contacto sexual, uso de preservativo, entre otros. Por el contrario, pensamos que el ejercicio de dicho bien jurídico debe comprenderse como la composición coordinada de diferentes factores que pueden quedar definidos por las personas que deciden sostener la actividad sexual, pero que también pueden llegar a concretarse por terceras personas no titulares del referido bien jurídico. Para este último supuesto, nos ponemos específicamente en el caso de la prostitución libre que se ejerce a través de terceras personas.

En segundo lugar, pensamos que cada uno de los factores tiene diferente idoneidad para lesionar el bien jurídico libertad sexual, pudiéndose incluso apreciar que el cambio o alteración no informado de algunos factores no llevará necesariamente a desmerecer la libertad sexual de una persona, en este caso, de la prostituta.

A efectos de ahondar en los factores que concurren en la toma de decisión para sostener un acto sexual, corresponde que realicemos previamente un ejercicio destinado a atender los alcances normativos de la protección de la libertad sexual en la legislación penal peruana. Para tal efecto, resaltamos dos tipologías relevantes que nos permiten rescatar la

composición de dicho bien jurídico: el delito de violación sexual (artículo 170 del Código Penal) y el delito de tocamientos indebidos (artículo 176 del Código Penal). Cabe tener presente que, el destinatario de nuestro análisis en la presente investigación es una mujer adulta como titular del bien jurídico en referencia.

Por una parte, la redacción del delito de violación sexual resulta pertinente para identificar al “acceso carnal” como una de las manifestaciones del ejercicio del bien jurídico libertad sexual. De acuerdo al tenor de este tipo penal, se infiere que el “acceso carnal” se define como la introducción del pene en la vagina, el ano o la boca de la víctima, o como la introducción de otra parte del cuerpo u objeto análogo por alguna de las dos primeras vías. Cabe precisar que, si bien el tipo penal no hace mención expresa a esa forma de comprender el referido elemento, es a nivel jurisprudencial que se ha efectuado la interpretación antes aludida. A manera de ejemplo, tenemos el reciente Recurso de Nulidad N. ° 486-2021-JUNIN, donde la Corte Suprema de Justicia de la República – en un caso de violación sexual cometido por una mujer adulta en agravio de un menor – enfatizó en su fundamento jurídico octavo que “la expresión “acceso carnal” debe interpretarse tanto como penetración o compenetración”.

Por su parte, la redacción del delito de tocamientos indebidos permite rescatar el componente de lo que significa un acto sexual en aquellos casos en donde si bien no hay una penetración, sí se realizan tocamientos en las partes íntimas de las personas, o en cualquier otra parte de su cuerpo, de forma libidinosa. Dicho de forma más concreta, tales actos deberán de recaer sobre zonas que por su sensibilidad pueden provocar sensaciones de placer tanto para el sujeto activo cuanto para la víctima misma. Así, entre los medios comisivos pueden encontrarse el simple roce o frotamiento en un solo acto o de forma continuada. Entre las partes en las que pueden recaer dichos medios comisivos tenemos: el pene, la vagina, los labios, el cuello, las mamas, los pezones o tetillas, la parte interna de los muslos, los glúteos, el ano.

Debe tenerse en consideración que tanto para el caso del delito de violación sexual como del delito de tocamientos indebidos, nos encontramos ante escenarios que implican la falta de consentimiento respecto de los actos concretos de introducción de partes del cuerpo u objetos en alguna de las vías antes comentadas; y, de forma correspondiente, de rozar, tocar o friccionar alguna de las partes o contra las zonas anteriormente identificadas. Es

decir, los tipos penales se concentran en las actuaciones sexuales en sí mismas y dejan de hacer referencia a la presencia o el desacuerdo de otros factores coexistentes.

Atendiendo a la manera en la que deben concebirse los actos sexuales para su protección en el ámbito penal, procedemos a señalar lo correspondiente a los factores que concurren en dichos contextos. Los factores que identificamos son los siguientes: i) la vía o parte del cuerpo sobre la cual recaerán los actos sexuales; ii) la persona a la cual se le permitirá involucrarse sexualmente con uno; iii) el tiempo o la duración en el que uno se dispone a sostener la actividad sexual; y, por último, iv) el lugar en el que se llevarán a cabo dichos actos sexuales.

Desde nuestra perspectiva, de los factores mencionados consideramos que el referido a la vía o parte del cuerpo sobre el cual recaerán los actos sexuales tendrá la suerte de ser un factor "principal". Esto es así, por las razones que a continuación exponemos.

En primer lugar, desde un ámbito normativo se verifica la especial relevancia que el legislador penal le ha reconocido al factor vía o parte del cuerpo al comprenderlos como objetos sobre los cuales recaen las conductas típicas de los delitos contra la libertad sexual, como son: violación sexual y tocamientos indebidos. En efecto, para que el delito de violación sexual se configure se requiere que la conducta típica se despliegue sobre zonas o vías específicas. Así, si se trata de la introducción del miembro viril, esta acción deberá de recaer en la vía vaginal, anal u bucal, y si lo que se introduce es un objeto o alguna parte del cuerpo tales modalidades solo tendrán efectos consumativos cuando recaigan en las dos primeras vías. En similar sentido, el delito de tocamientos indebidos requiere para su perfeccionamiento que la conducta típica recaiga sobre la fisionomía del sujeto pasivo y que esta tenga connotación sexual.

En segundo lugar, y en tono con lo expuesto en el párrafo anterior, se tiene que al guardar el factor vía o parte del cuerpo estrecha vinculación con el acto sexual, se le atribuye un papel significativo al momento de analizar la validez del consentimiento que se prestó para sostener dicha actividad. Y es que en buena parte importará la manera en la que se accede sexualmente a una persona, pues podrían presentarse situaciones donde la forma en las que se ejecutan los actos sexuales escapan al consentimiento prestado por el titular del bien jurídico.

Por ejemplo, si una mujer autoriza que una persona introduzca el pene en su vagina, y esta en su lugar lo hace por la vía anal; dicho cambio unilateral de la decisión debe ser considerado como una lesión a la libertad sexual. De forma análoga ocurrirá con la introducción de objetos no autorizados para tal efecto (Alcócer, 2018, p. 175). Por lo tanto, la alteración unilateral no consentida de la forma en la que se ejecutan los actos sexuales podrá significar la vulneración del bien jurídico libertad sexual.

Y, en tercer lugar, a diferencia de los demás factores en los que resulta particularmente sencillo verificar si alguna cuestión relacionada a estos no se corresponde con la voluntad del titular de la libertad sexual, encontramos que en cuanto al factor vía o parte del cuerpo resultará ampliamente más difícil percatarse si hubiera alguna alteración en la forma en la que se despliegan los actos sexuales sobre estos.

Así, será más fácil advertir que la persona, el tiempo o el lugar no fueron los factores escogidos en un inicio para finalmente disponerse a sostener el acto sexual; y, por el contrario, tendrá mayor complejidad constatar que durante la penetración el hombre se retiró el preservativo, cuando ello no fue consentido por la mujer para sostener el acto sexual.

Sobre esa base, apreciamos que los demás factores identificados: persona, tiempo o duración, y lugar, tienen carácter secundario, y advertimos que su no correspondencia de lo efectivamente acontecido con lo inicialmente acordado no supondrá necesariamente una afectación a la libertad sexual de la persona, salvo en los casos en los que el acto sexual se haya realizado de manera forzada.

Por lo que, si los actos sexuales fueron llevados a cabo de manera voluntaria con una persona que finalmente no era la que se creía, tal supuesto no debería dar lugar a afirmar que se ha vulnerado la libertad sexual de la persona que se ha encontrado en tal situación de error. Sostener lo contrario podría llevarnos a estimar que se lesionará la libertad sexual en los casos en los que una persona accede a tener relaciones sexuales con alguien que le prometió tener mucho dinero, cuando realmente era pobre. Lo mismo se deberá de asumir cuando una persona haya tenido relaciones sexuales con otra persona que le dijo ser soltero, cuando en verdad estaba casado. Tales circunstancias no inciden directamente



en la forma por la que se ha prestado el consentimiento para ser accedidos sexualmente, de allí que su alteración no afecte el ejercicio pleno de la libertad sexual. En estos casos, consideramos que tales actos sexuales deberán valorarse como consentidos.

El mismo criterio debemos aplicar también sobre los otros dos factores: lugar y tiempo o duración. En consecuencia, sostenemos que no habrá afectación a la libertad sexual de la persona si esta tuvo actividad sexual consentida con otra persona en un sitio que no era el que creía. Así también, descartamos afectación a dicho bien jurídico si su titular realizó tales comportamientos sexuales creyendo que se trataba de una fecha especial, cuando no era así. O si por equivocación, el acto sexual en el que se encontraba participando duró más tiempo del acordado; por ejemplo, en el supuesto en que el reloj que controlaba la duración del acto sexual se hubiera parado por una falla en la batería.

## **2. La libertad sexual como bien jurídico disponible**

Al inicio del capítulo habíamos adelantado que existen supuestos de prostitución libre que se ejercen a través de terceras personas, los cuales serían calificados como lesiones al bien jurídico libertad sexual conforme a la concepción tradicional, por tener esta una comprensión unitaria de los diferentes factores que integran referido bien jurídico. De tal manera que, colocar la capacidad de decisión de uno de los factores (por ejemplo, vía de contacto sexual) en una persona diferente a quien es titular del bien jurídico en referencia, conllevaría a su vulneración. En efecto, la referida concepción enseña que el ejercicio válido de la libertad sexual supone que solo sea su titular quien valore y determine los factores que pueden concurrir en el acto sexual, excluyendo que cualquier tercero tenga alguna capacidad de decisión – o participación – respecto a los mismos.

En el presente apartado refutamos la postura convencional y planteamos que resulta totalmente válido reconocer la capacidad que tienen los titulares del bien jurídico libertad sexual para disponer del mismo y delegar en terceras personas la facultad de intervenir sobre determinados factores que conciernen a ella. Teniendo como referencia especial a los casos de prostitución libre en el que intervienen terceros que cumplen algún rol dentro del referido negocio sexual.

Para llevar a cabo tal análisis debemos de partir recordando la diferenciación que existe entre un bien jurídico individual y uno colectivo. Esta premisa es fundamental, pues precisa que el titular del bien jurídico individual es una persona en concreto y no así la sociedad, como pudiera ocurrir en los bienes jurídicos colectivos. De allí que, en el primer caso, solo el titular del bien jurídico individual pueda disponer del mismo conforme a sus intereses, sin afectar de manera ilegítima las esferas de libertad de los demás. Ese reconocimiento a la capacidad que se tiene para el ejercicio de un bien jurídico individual es propio de un modelo de Estado como el nuestro en el que se tiene como valor supremo la dignidad de la persona humana, reconocida en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú.

En ese orden de ideas podemos concebir que, los bienes jurídicos individuales de una persona sean ejercidos a través de un tercero si así aquella lo consiente (Ríos, 2006, p. 26), requiriéndose para el perfeccionamiento de dicha delegación determinados requisitos como: i) El consentimiento del titular del bien jurídico; ii) La capacidad del titular del bien jurídico para manifestar su voluntad; y iii) La manifestación de libertad debe realizarse de manera libre y consiente (Ríos, 2006, p. 8).

A pesar de reconocerle tal eficacia al consentimiento, la misma se ha visto delimitada por un sector que considera que no todo bien jurídico individual es pasible de ser delegado en terceras personas, reduciendo así la disponibilidad que respecto de aquel ostenta su mismo titular (Garrido, 2003, pp. 124-125). Bajo ese entendimiento se encuentra la existencia de determinados bienes jurídicos especialmente relevantes para el individuo, como la vida o la integridad; residiendo su especial relevancia en ser considerados inherentes a la persona humana. Por lo que, fuera de ese ámbito – como sucedería con el patrimonio como bien jurídico protegido – no resultará incoherente afirmar que el consentimiento pueda desplegar todos sus efectos, incluso en casos como la delegación válida de tomar decisiones respecto del bien jurídico individual por parte de terceras personas.

En el caso de la libertad sexual se ha dicho que se trataría de un bien jurídico indisponible por ser precisamente personalísimo (Ríos, 2006, p. 9), lo que guarda coherencia con la concepción tradicional del referido bien jurídico que no permite que ninguno de los factores que le conciernen pueda ser determinada por alguien que no sea el propio titular de la libertad sexual. Sin embargo, encontramos que las razones que se ofrecen para defender dicha posición adolecen de matices – en esencia – éticos o religiosos (Ríos, 2006, p. 50),

que – como hemos tenido oportunidad de desarrollar en extenso – no son de recibo en un análisis jurídico en materia penal. Tal comprensión se alinea con la perspectiva o el modelo paternalista que fue objeto de críticas en los primeros capítulos de este trabajo de investigación, al apoyar sus posiciones en bases esencialmente moralistas.

Desde nuestra perspectiva, toda persona que sea titular de un bien jurídico – como lo es la libertad sexual – posee plena capacidad para ejercer por sí o a través de terceros, conductas vinculadas al contenido del bien jurídico protegido. Para graficar ello podemos recurrir al caso en donde el propietario de un bien mueble – titular del bien jurídico individual patrimonio – encarga en terceras personas la realización de acciones que resulten convenientes para poder vender o disfrutar del objeto.

Por consiguiente, se puede sostener que resulta totalmente válido que una persona pueda delegar en terceros la realización de determinadas conductas vinculadas a los factores que sirven para llevar a cabo un comportamiento sexual. Así, por ejemplo, piénsese en el caso de las relaciones de pareja sadomasoquistas, donde el miembro de la pareja “dominante” toma decisiones respecto a la libertad sexual del miembro “sumiso”; ello, como parte de la manifestación misma de la sexualidad de ambos integrantes de la pareja. Asimismo, otro ejemplo de esta delegación podemos encontrarlo en el caso de la prostituta aquí comentado, pues esta encarga en una tercera persona, la provisión de personas con las cuales sostendrá el acto sexual que comercializa, debiendo mantenerse – al igual que en el caso de la pareja sadomasoquista – como válida la delegación realizada sobre la libertad sexual.

En ambos casos, consideramos que la delegación resulta válida y no debe entenderse como una lesión de la libertad sexual por el solo hecho de que es otra persona quien toma la decisión de disposición del referido bien jurídico. En el punto siguiente, desarrollaremos las características particulares de la delegación de responsabilidades que se realiza en un contexto de prostitución libre, lo que nos permitirá mantenernos en un contexto de libertad.

### **3. La “delegación inversa” en el contexto de la prostitución libre y los terceros delegados: administrador y favorecedor**

Como cualquier otra actividad que tiene lugar en el ámbito social, la prostitución es un foco de riesgo que puede desencadenar afectaciones a las esferas de libertad no solo de terceras personas, sino también de quien se prostituye.

Toda actividad sexual naturalmente implica la posibilidad de contraer o contagiar alguna enfermedad de transmisión sexual, menoscabándose así la salud de quienes participan directamente en el acto sexual. Siendo ello así, las personas que participan en cualquier acto sexual deben prever los riesgos que se pudieran presentar y, en consecuencia, adoptar las medidas respectivas para disminuir la peligrosidad de tales situaciones. Se trata de una auto organización diligente dentro de un contexto de riesgo que debe ser adecuadamente delimitada por el titular del bien jurídico.

No obstante, si nos detenemos en el funcionamiento de la prostitución como una actividad económica reconducible al trabajo sexual, apreciamos que el alcance de la autorregulación de esta actividad y su correspondiente delegación se diferencian de otras actividades económicas. No solo por el hecho de que el servicio de intercambio concierne a actos sexuales, sino también debido a la dirección en la que se produce la delegación sobre la toma de decisiones que pueden interesar al ejercicio del bien jurídico libertad sexual.

En el caso de otras situaciones de índole laboral o de prestación de servicios, el responsable de asumir los deberes de auto organización será la persona que emprende la actividad lucrativa o el negocio correspondiente. Esto es así debido a que, como contrapeso al ejercicio de sus libertades para constituir, diseñar o ejecutar una actividad económica, a la persona que emprende un negocio se le impone la asunción de deberes consistentes en la evitación de producción de riesgos o daños no permitidos que pudieran resultar de dicha actividad.

Así, el deber originario de auto organización para el adecuado ejercicio de dicha actividad económica recae en el empresario y, correspondientemente, las responsabilidades dirigidas a menguar los riesgos de la actividad pueden ser delegadas en terceras personas que contribuyan al mejor desarrollo de estas tareas. Como se puede apreciar, la delegación se origina en el agente económico – por ejemplo, dueño de una empresa – y es pasible de ser delegada en terceros que conforman la organización – por ejemplo, gerentes, jefes de operaciones, trabajadores – .

En efecto, desde el ámbito económico, la delegación consiste en una técnica que le permite a la persona que la acciona (delegante) descargarse de sus deberes al cederlas a otra persona (delegado). Al traspasarse o transferirse una actividad, las esferas de responsabilidad se transforman tanto en el sujeto delegante como en el delegado (Montaner, 2015, p. 742). Lo que no quiere decir que el delegante se desvincule de la actividad que originariamente era de su competencia. Por el contrario, es posible que en determinados casos el subordinado delegado responda como autor del incumplimiento de la obligación encomendada, y que el directivo o administrador delegante responda por el incumplimiento u omisión en el deber de vigilancia a su trabajador.

Según Laura Zuñiga Rodríguez existen en este ámbito deberes que pueden ser delegables y otros que no, llamando a estas últimas como “grandes decisiones de la empresa”, las cuales solo deben recaer en los directivos (Zuñiga, 2008, p. 14). Agrega la citada autora que, el directivo cuenta con el poder de dirección de la empresa y – por ello – puede exigirle al trabajador el cumplimiento de lo encargado, más aún si se observa el deber de obediencia que se le impone a este último (Zuñiga, 2008, p. 5).

De lo expuesto se aprecia que, la figura de la delegación en el ámbito estrictamente económico se entiende como un acto que puede ser realizado por una persona que ostenta un cargo superior dentro de la empresa. Así también, que el delegante se encuentra facultado para exigir del delegado el cumplimiento de la función encargada, teniendo este último el deber de obediencia hacia aquél. Y, por último, existen deberes que se consideran personalísimos en el sentido de que estos solo podrán ser ejercidos por el directivo de la empresa – o con nuestras palabras, “administrador” – y no pueden ser delegados en alguien más.

En el caso del trabajo sexual o prostitución libre, advertimos que el esquema de delegación anteriormente esbozado se presentará de forma inversa. Así, en un contexto de prostitución libre identificamos que recae directamente en la prostituta el deber de responsabilidad de prever las situaciones de riesgo y de adoptar las medidas respectivas para controlarlas o reducirlas, es decir, es ella quien ostenta la titularidad del bien jurídico libertad sexual y sobre el cual se centra la actividad económica.

Siendo únicamente ella quien podrá delegar las decisiones tomadas con ocasión de dicha libertad, en aquellas personas que tienen a su cargo el prostíbulo o la organización donde la prostituta brinda sus servicios sexuales. En otras palabras, apreciamos que en el caso de la prostitución libre estamos frente a una “delegación inversa” donde la titularidad del bien jurídico recae en la prostituta y, con ello, el deber de la auto organización sobre los riesgos que conlleva la actividad sexual en dichas condiciones. Tal situación permite sostener que en la prostitución libre, la delegación proviene de la trabajadora sexual y no así de quien se encarga de la dirección del establecimiento o ámbito donde se comercializa el servicio sexual.

Del mismo modo, apreciamos también una diferencia respecto a la posibilidad que tiene el administrador de un negocio de prostitución para exigir a la trabajadora sexual el cumplimiento de la prestación acordada con un cliente. Sobre el particular, advertimos que si el tercero obliga de cualquier forma a la trabajadora sexual a realizar conductas de este tipo, ello significará someterla a una situación de coacción en la que se tendrá que afirmar la lesión de su libertad sexual. En este extremo, cabe recordar que la delegación implica que la tercera persona tome decisiones en relación al bien jurídico del delegante, pero – en el caso en particular de la prostituta – esta última mantiene el derecho a rehusarse de cualquier decisión tomada por el delegado. En efecto, en el caso específico de la prostituta, esta podrá en cualquier momento desistirse de ejercer el acto sexual, sin importar los acuerdos ya celebrados por el delegado.

Somos conscientes de que muchas veces el ejercicio libre de la prostitución no sigue el parámetro de delegación antes acotado, sino que – por el contrario – la mujer que se prostituye acepta y se inserta en la lógica establecida por terceros que lucran con los servicios sexuales ofrecidos por ella y otras mujeres en la misma condición. Tal como lo hemos indicado previamente, consideramos que la “aceptación” condicionada de la lógica que se encuentra detrás de la prestación del servicio sexual, implicará que no nos encontremos ante una prostitución libre sino forzada u obligada. De forma contraria, si la mujer que decide prostituirse acepta el esquema de prostitución conformado por terceros, estaremos ante una prostitución libre. Sin perjuicio de ello, incluso en este último supuesto donde la prostituta se inserta en una lógica de servicios sexuales ya armada como un negocio, no debe perderse de vista que la prostituta es la titular del bien jurídico libertad sexual respecto de los servicios sexuales en los que ella vaya a participar, motivo por el

cual en ningún supuesto se verá obligada a sostener las prestaciones sexuales que se comercializan.

Así las cosas, los deberes de autorregulación de la prostituta en atención a los riesgos que implica la prestación de servicios sexuales se originan en esta por ser la titular del bien jurídico. De tal manera que, si ella decide prostituirse de forma directa y sin mayor apoyo de terceros, los referidos deberes permanecen consigo. Sin embargo, si acaso decide prostituirse con el apoyo de terceras personas, la titularidad del bien jurídico permanece en la prostituta pero esta puede delegar en terceras personas el control de los referidos riesgos, siendo estos últimos quienes asumirán determinadas responsabilidades para alcanzar dicha finalidad.

Consecuentemente, la responsabilidad recaerá en un tercero cuando la prostituta le haya delegado algún margen de capacidad para decidir – o ejecutar determinada actividad – sobre los factores involucrados en la prestación de los servicios sexuales. Como señalamos en el punto anterior, el ejercicio mediato de la libertad sexual resulta totalmente válido cuando el titular del bien jurídico – en nuestro supuesto de estudio: la prostituta – consiente que un tercero realice determinadas conductas sobre los factores que concurren en el acto sexual.

Finalmente, otra diferencia que encontramos entre la delegación en el ámbito estrictamente económico y la “delegación inversa” ocurrida en la prostitución libre a través de terceros, se encuentra en el hecho de que en el contexto de la prostitución libre apreciamos que todos los factores que concurren a la toma de decisión para sostener el acto sexual son factibles de ser delegados en terceras personas.

Es decir, no comprendemos que haya algún factor de carácter personalísimo más allá del consentimiento del titular de la libertad sexual, el cual – en nuestra opinión – se trata de un presupuesto de la prostitución libre. De tal manera que, la capacidad de delegación que tiene la prostituta puede ser ejercida tanto de manera flexible como de forma estricta, debiendo el delegado actuar acorde a los alcances que la titular del bien jurídico le haya permitido o encargado respecto a los factores que involucran a su decisión de prestar servicios sexuales.

Se entenderá que estamos ante una delegación flexible cuando la prostituta haya encomendado en el tercero delegado la realización de cualquier aspecto o actividad relacionada con el funcionamiento del negocio sexual. Por lo tanto, en este tipo de delegación, el tercero delegado tiene tal discrecionalidad que – sobre la base del consentimiento prestado por la prostituta – puede decidir según sus apreciaciones en cualquier asunto vinculado a los factores que concurren en el negocio sexual. En esa línea, la delegación flexible le permite al tercero delegado fijar el precio que el cliente debe pagar para acceder al servicio sexual que la prostituta realiza, así como negociar con los clientes las vías por las cuales podrán acceder sexualmente a la prostituta a cambio de la contraprestación, entre otras cuestiones.

Mientras que, se entenderá que estamos ante una delegación estricta cuando la prostituta haya establecido los límites o las condiciones sobre las cuales realizará los servicios sexuales comercializados, teniendo el tercero delegado restringido su ámbito de acción, debiéndose ceñir a lo expresado por la prostituta. En consecuencia, en este tipo de delegación el tercero no cuenta con ningún campo de discrecionalidad.

Sea que nos encontremos ante una delegación flexible o una delegación estricta, debemos recalcar que la idea de delegación estará directamente vinculada a la idea de subordinación, en el sentido de que si bien podemos estar en un contexto en el cual la prostituta se adhiere a la lógica estructural de un negocio ya establecido, esta mantiene su posición de titular del bien jurídico libertad sexual y, por lo tanto, el tercero delegado no puede imponer sobre esta la realización de algún comportamiento sexual en contra de su voluntad, lo que implica la coacción sobre cualquier factor no permitidos por ella.

Ahora bien, es importante reafirmar que cuando la prostituta decide libremente prestar sus servicios sexuales de la mano de terceras personas, la participación de estos no merecerá en principio ningún tipo de persecución penal. Evidentemente, ello deberá ser así cuando nos encontremos ante la inexistencia de una vulneración al bien jurídico libertad sexual o en un contexto de prostitución libre, de conformidad a los términos expuestos con anterioridad en la presente tesis.

Antes de ingresar propiamente a la definición de la clasificación de estos terceros y sus participaciones, consideramos oportuno recordar la verificación de un presupuesto para



considerar como válida esta “delegación inversa”: el reconocimiento de la libertad de quien se prostituye por parte de estos terceros, quienes no utilizan ningún medio coactivo que la obligue a realizar dichos servicios sexuales. De lo contrario, si esto fuera así y el tercero supo o pudo haber tenido conocimiento de ello, nos encontraríamos ante un delito contra la libertad sexual o – incluso – ante la afectación de más de un bien jurídico, en atención a la modalidad delictiva que tenga el caso en concreto.

Sobre esa base, consideramos que será pertinente que estos terceros realicen todos los esfuerzos posibles para verificar el presupuesto antes señalado, no debiendo únicamente asumir o presumir la libertad de decisión de quien se prostituye con la sola mayoría de edad. De esta forma y solo si el presupuesto indicado llega a validarse, podríamos afirmar que nos encontramos ante un contexto en el que es válido el ejercicio de la libertad sexual de quien se prostituye a través de terceras personas.

Para realizar dicha verificación, postulamos que este tercero deberá indagar sobre los motivos por los cuales una persona quiere prostituirse, ya que de advertirse situaciones de violencia – como agresiones físicas o verbales – que puedan estar relacionadas a la decisión de ejercer la prostitución, tales casos advertirán la falta de libertad y, por tanto, de consentimiento para sostener prácticas sexuales. Aunado a ello, se deberá buscar también información personal y familiar de la persona cuya prostitución se promueva, pues a través de la misma se puede llegar a identificar que ella o sus familiares padecen de alguna enfermedad, registran deudas o denuncias, o cualquier otra cuestión que puede repercutir en la voluntad de quien ejerce la prostitución.

Una vez verificado el presupuesto del consentimiento, corresponde detenernos en las características de las figuras que intervendrán en el contexto del ejercicio de la prostitución, para lo cual identificamos al administrador y al favorecedor, quienes permitirán que el negocio sexual pueda ser realizado. Por lo que, consideramos que no deberán tomarse como actores relevantes en el control de los riesgos de dicha actividad, a los terceros que – de alguna manera – tuvieron contacto con el ejercicio de la prostitución, pero cuya actuación no resulte determinante para el adecuado desarrollo de alguno de los factores involucrados en el servicio sexual.

Así, por ejemplo, aquella persona que reparte afiches publicitarios sobre el servicio de prostitución o que se comunica con una mujer para hacerle saber las ventajas de la prostitución, no tendrá ninguna actuación relevante en los factores que involucran el acto sexual efectivamente realizado, tales como: la vía de contacto, el lugar y la duración o el tipo de ejecución.

A diferencia de estos terceros, las figuras del administrador y el favorecedor sí tendrán implicancia en el desarrollo de los factores involucrados en la ejecución del acto sexual. Así, el “administrador” será la persona encargada de direccionar o supervisar el normal funcionamiento del negocio sexual al cual se dedica una prostituta, teniendo la capacidad de decisión respecto a los factores que involucran al acto sexual. Mientras que, será “favorecedora” aquella persona que presta apoyo en todos los factores que conciernen al ejercicio de la prostitución. Este segundo sujeto no gozará de capacidad de decisión sobre los factores antes señalados, siendo sus actuaciones más bien auxiliares a favor de quien administra el negocio de la prostitución o, en esa línea, de la misma prostituta.

Como habíamos adelantado, la libertad sexual de quien se prostituye no se ve en alguna medida vulnerada si son terceras personas – y no la prostituta – quienes en su lugar toman decisiones respecto a los factores que conciernen al servicio sexual que aquella realiza. Pues como hemos resaltado, la prostituta podrá en cualquier momento y circunstancia desistirse de llevar cabo la prestación de sus servicios sexuales, a pesar de que el tercero haya acordado la realización del negocio cuando – por ejemplo – recibió por parte del cliente el pago por dichos servicios.

Siendo legítima la intervención que pueden tener los administradores y favorecedores en el negocio de la prostitución libre, procedemos a desarrollar las actividades que a estos les competiría, según la naturaleza de sus cargos. Para tales efectos, conviene precisar lo correspondiente a los factores que conciernen a la prostitución como actividad sexual-lucrativa, pues ello será nuestro punto de partida sobre el cual se apreciarán las actuaciones del administrador y el favorecedor.

#### **4. Los factores que concurren en la prostitución libre como base de determinación de las actuaciones del administrador y el favorecedor**

Antes de ingresar al desarrollo de este acápite, convenimos precisar que en el contexto de la prostitución encontramos que además de los factores señalados en los puntos anteriores, concurre un factor adicional que hace posible distinguir a la prostitución de cualquier otra actividad sexual, nos referimos a la contraprestación. Ello se debe fundamentalmente a la manera de concebir a la prostitución como una actividad física de connotación sexual que se realiza a cambio de un beneficio económico.

Con la anotación hecha en el párrafo anterior, procedemos a analizar lo correspondiente a los factores que concurren en el ejercicio de la prostitución libre, así como las acciones que sobre estos pueden realizar los terceros delegados identificados.

Así, respecto al factor principal *vía o parte del cuerpo* apreciamos que en el contexto de la prostitución este podrá ser comprendido en el *tipo* de servicio sexual que se ofrece, pues implicará la manera, modo o forma en la que se realizarán los servicios sexuales. De allí que en este contexto resulte más apropiado tener como factor principal el *tipo* de servicio sexual, lo que en definitiva involucra la *vía o parte del cuerpo*. Ahora, debido a la complejidad de este fenómeno de la prostitución, existirán diversos *tipos* a través de los cuales esta actividad sexual-lucrativa podrá ser ejercida.

Siendo la prostitución – en esencia – el acto de sostener acceso carnal a cambio de una contraprestación dineraria, se tiene que dentro del *tipo* de prostitución podrán tener lugar los contactos sexuales que se realizan a través las vías objeto de negociación, es decir: la vía vaginal, anal u oral. Lo que no impide que otras partes del cuerpo de la prostituta también puedan ser objeto de negociación. Esto último se traduce en la posibilidad de que la prostituta solo permita que el cliente realice sobre ella tocamientos con contenido sexual, mas no la penetre. En sentido contrario, también podrá acordarse la prestación de servicios sexuales dirigidos a tener solo acceso carnal y no tocamientos dirigidos a ocasionar placer adicional al contacto genital.

Teniendo en consideración que la forma en la que se ejecutan los actos sexuales sobre este factor resulta relevante a efectos de evaluar la no vulneración de la libertad sexual de quien se prostituye, consideramos que lo concerniente al *tipo* de servicio sexual deberá ser expresamente acordado entre las partes que se involucran en el referido negocio. De tal manera que, la prostituta tenga pleno conocimiento de la forma en la cual prestará sus

servicios sexuales. Esto es, que esta consienta la manera en la que será accedida sexualmente. Ello puede incluir la aceptación de juguetes sexuales, uso de preservativos, entre otros aspectos que pudieran incidir en la manera en que se ejecuta el acto sexual propiamente dicho.

En cuanto a la participación que tendrá el administrador con relación a este factor, consideramos que este podrá establecer las vías por las cuales se accederá de manera sexual a la prostituta, es decir, si el servicio sexual que se ofrece será por vía vaginal, anal o bucal. Así también, podrá fijar el uso de juguetes sexuales o el de métodos anticonceptivos, debiendo adoptar las medidas correspondientes para que estos objetos no impliquen una exposición de riesgo a la integridad de quienes intervienen en el acto sexual.

Por su parte, el favorecedor podrá apoyar con la búsqueda y entrega de los juguetes sexuales, métodos anticonceptivos u otros objetos que se requieran para llevar a cabo el acto sexual que se comercializa.

Como venimos sosteniendo, en cualquier caso será la prostituta como titular del bien jurídico libertad sexual la que haya expresado a estos terceros la forma en la cual estará dispuesta a sostener el acto sexual ofertado. De allí que, las acciones a realizar por parte de estos terceros deberán ajustarse a los alcances del consentimiento brindado por la prostituta.

Sobre el factor *persona con la que uno se involucra sexualmente* identificamos que en el contexto de la prostitución libre dicho factor podrá tener la denominación de *usuarios* o *clientes*, quienes en estos escenarios pagan un determinado precio para acceder al servicio sexual de quien se prostituye.

Respecto al contenido de este factor, las actuaciones que le conciernen estarán dirigidas a la búsqueda y la obtención de usuarios o clientes, así como en la fijación de determinadas características o fenotipo que estos deben cumplir. Esto último resulta pertinente, a efectos de mantener un contexto de libertad en el negocio sexual. Pues, por ejemplo, si concurren personas conocidas por ser altamente violentas (piénsese en los casos de los sicarios más buscados del país) podría cuestionarse la supuesta voluntad de la prostituta para sostener el acto sexual con dicho tipo de clientes, pues podría tratarse de una situación de coacción.

En cuanto a la actuación del administrador sobre este factor, apreciamos que este establecerá la clase o fenotipo de clientes (edad, sexo, altura, contextura, nacionalidad) que podrán acceder al servicio sexual que se ofrece. Y, precisamente debido a su posición, establecerá los mecanismos correspondientes para procurar que los *usuarios* o *clientes* no presenten alguna condición que pudiera representar algún riesgo para la integridad de quienes se prostituyen, como se ejemplificó en el párrafo anterior.

Por su parte, el favorecedor podrá realizar la búsqueda de los clientes, según las indicaciones que recibiera del tercero administrador o de la prostituta.

Tal como habíamos indicado previamente respecto a la “subordinación flexible”, podrá ocurrir que la prostituta preste sus servicios sexuales en un centro nocturno o prostíbulo, y sean terceras personas las que elijan a sus clientes. Esto, incluso sin contar con la aceptación previa de la prostituta o sin que esta establezca el fenotipo con el que quisiera prostituirse. En este caso, se deberán evaluar con mucha precisión los supuestos descritos, pues podría suceder que, a pesar de ello, la prostituta haya decidido concretar el servicio sexual libremente, es decir, sin que para ello haya mediado alguna situación de coacción o desmedro de su libertad sexual.

Así, por ejemplo, si la prostituta decide libremente ingresar al prostíbulo sabiendo y aceptando que la elección de los clientes es parte de las decisiones que tomarán terceras personas, debe entenderse que estamos ante una prostitución libre y ante un supuesto de “delegación inversa”, tal como ya lo hemos explicado. Por el contrario, estaremos ante una afectación a la libertad sexual si estamos ante una imposición no autorizada de clientes o usuarios por parte de estas terceras personas, sea porque la prostituta aceptó – por ejemplo – solo prestar sus servicios sexuales a personas de nacionalidad europea y el administrador del prostíbulo le impone la prestación del servicio a personas de nacionalidad asiática o latinoamericana, condicionando su pago semanal a ello.

Con relación al factor *tiempo* o *duración* advertimos que en el contexto de la prostitución este es definido como el lapso en el que el usuario y la prostituta sostendrán los actos sexuales comercializados. Es decir, se trata del acuerdo arribado por las partes respecto al lapso de tiempo en el que se ejecutará el servicio sexual. Conviene precisar que, la

prestación del servicio sexual podrá concluir antes de haberse agotado el tiempo acordado, como – por ejemplo – cuando el usuario o cliente alcanzó la satisfacción sexual antes de cumplida la hora pagada.

Sobre el particular, apreciamos que el administrador podrá establecer o fijar el tiempo del servicio sexual que se ofrece. Del mismo modo, deberá implementar las medidas respectivas para evitar algún exceso o sobretiempo en la ejecución del acto sexual, pudiendo para tales efectos disponer la colocación de campanas, timbres u otros.

Mientras que, el favorecedor prestará su apoyo controlando el tiempo fijado en el que se llevarán a cabo los actos sexuales, pudiendo para ello estar al tanto de los relojes, así como tocar la puerta de la habitación en la que se realiza el servicio sexual para interrumpir el mismo.

Del mismo modo, en este factor resultará de aplicación la lógica formulada líneas arriba respecto a la pregunta que pueda surgir sobre si se vulnera la libertad sexual de quien se prostituye al asumir que alguien más fija el tiempo en el que se relacionará sexualmente con un tercero. En el mismo sentido, la respuesta es negativa. De hecho, siendo la prostituta la titular de la libertad sexual esta, incluso, puede extender el tiempo inicialmente convenido por el administrador para continuar sosteniendo el acto sexual con el cliente. En igual sentido, la prostituta también podrá poner fin a la actividad sexual ya iniciada, sin expresar alguna justificación para ello.

Referente al factor *lugar*, se debe de precisar que en el contexto de la prostitución este factor puede consistir tanto en un ambiente cerrado como en un espacio libre. Ello, en razón a que la prostitución puede ejercerse de forma callejera o en establecimientos cerrados, comúnmente conocidos como prostíbulos. De cualquier modo, este factor guarda relación con el espacio físico en el que se sostendrán los actos sexuales comercializados. Independientemente de la clase de establecimientos o ámbitos donde nos encontremos, la persona encargada de gestionar el servicio sexual deberá tenerse en cuenta el cumplimiento de las medidas requeridas para su adecuado funcionamiento, tales como el acondicionamiento de la infraestructura, la instalación de medidas de seguridad como señales o luces de emergencia, la colocación de extintores operativos, entre otros.

Sobre la participación de los terceros delegados, advertimos que el administrador fijará el lugar en el que funcione el negocio sexual. Del mismo modo, deberá ordenar la implementación de las condiciones adecuadas de salubridad y seguridad, pues las mismas son necesarias para asegurar el buen funcionamiento del local en el que se comercializa la actividad sexual. En cuanto a lo primero, tales medidas redundarán de manera positiva en la salud de quienes se prostituyen, teniendo en consideración que de por sí estos ya se encuentran sumamente expuestos a contraer alguna enfermedad sexual, debido al alto números de parejas sexuales que comparten. Sobre lo segundo, adoptar medidas como instalar cámaras de seguridad en espacios compartidos o contratar personal de seguridad, instalar botones de emergencia, podrían servir para prevenir que quienes ejerzan la prostitución se conviertan en víctimas de agresiones físicas o sexuales.

Asimismo, el favorecedor apoyará en la ubicación del espacio físico en el que se ejecuta el negocio sexual, así como podrá coadyuvar en la entrega, instalación o adecuación de las medidas de salubridad o seguridad correspondientes, favoreciendo así al funcionamiento del establecimiento.

Por último, el factor *contraprestación* puede ser definido como el monto económico que los usuarios pagan para acceder a los servicios de la prostitución libre. Por su contenido, respecto a este factor pueden realizarse acciones como es la determinación del costo o precio a pagar por el servicio sexual que se ofrece, la negociación que tendrá lugar con quien pretende acceder a dicho servicio, así como el cobro del pago correspondiente y su efectiva distribución al personal que realiza el acto sexual a cambio del ingreso económico.

En la línea de lo antes sostenido, nos reafirmamos en el hecho que la delegación del factor *contraprestación* puede recaer en otras personas, sin que ello lleve a sostener que estamos ante una delegación inválida. No obstante, para que la prostitución siga siendo libre, la prostituta debe aceptar el precio establecido por el administrador – en caso de encontrarse ante un negocio ya establecido – o, en su lugar, la prostituta debe fijar el monto por los servicios que ofrece.

Sobre las actividades, encontramos que – por un lado – el administrador tendrá capacidad para fijar el monto o costo del acto sexual que se ofrece. Por otro lado, el favorecedor apoyará negociando con los usuarios acerca de los costos que la prostituta o el

administrador han fijado. Así también, dicho favorecedor podrá cobrar el dinero a los clientes y, posteriormente, entregarlo a quien maneja el negocio de la prostitución.

Resulta importante señalar que, cabe la posibilidad de que los roles mencionados y sus respectivas funciones recaigan en una misma persona. Es decir, esta persona podrá administrar el ejercicio de la prostitución libre de alguien más, y a través de diversas conductas como las ya mencionadas podrá favorecer que el servicio sexual logre concretarse. Aunque parezca difícil y hasta extraño que hoy en día una sola persona se encargue del total de actividades o tareas que incumben al rubro de un negocio, no descartamos que ello pueda suceder.

Así también, resulta relevante destacar que el margen de decisión sobre estos factores puede ser tan amplio como la persona que se prostituye así lo decida. Como hemos desarrollado, terceras personas pueden tomar decisiones entorno a la contraprestación, la elección de clientes, el lugar, la duración y el modo de la prestación del servicio sexual, siempre y cuando la persona que se prostituye haya manifestado su voluntad. La misma que podrá producirse en un sentido amplio, dejando el pleno contenido de la elección en el tercero; o en un sentido restringido, dejando un margen corto de decisión al tercero. Esto último, por ejemplo, cuando la prostituta solo elige mantener actividad sexual con entre cierto rango de edad. Consideramos que, ambas clases de decisiones en torno al margen de la elección (amplia o restringida) son completamente válidas en razón a la disponibilidad del bien jurídico que recae plenamente en la persona que se prostituye.

##### **5. La responsabilidad penal del administrador y del favorecedor en el contexto de la prostitución libre**

En el acápite anterior desarrollamos lo concerniente a las participaciones que tendrían el administrador y el favorecedor en un contexto de prostitución libre, esto según la naturaleza que tienen ambos roles. Así, se precisó que las actividades que son propias del administrador tendrán un sentido de decisión o dirección respecto al funcionamiento del negocio sexual. Mientras que, las labores que le corresponderán al favorecedor tendrán un sentido más bien auxiliar en torno al desarrollo de dicha actividad. Ocupen una posición o la otra, lo cierto es que estos terceros delegados asumirán dentro de su ámbito de organización el cumplimiento de determinadas actividades en función a la actividad sexual



comercializada, lo que los ubica en una posición que exige de ellos el cumplimiento diligente de lo encomendado a fin de evitar interferencias lesivas en agravio de terceros.

El planteamiento de un contexto de libertad en el que se ejerce la prostitución, si bien propone un escenario en el que la voluntad de quien se prostituye no se ha visto en algún sentido anulada o distorsionada, no nos lleva a afirmar necesariamente que este se encuentre libre de comportamientos o situaciones que afecten los intereses de las personas que se involucran en esta actividad, incluyendo a la propia prostituta. En efecto, se debe tener siempre presente que la prostitución como actividad sexual-lucrativa es un foco de riesgo de la cual se podrán desprender diversas afectaciones, incluyendo las de connotación penal.

En el presente apartado analizamos de manera concreta las responsabilidades penales que corresponde atribuir a los terceros delegados en el contexto de prostitución libre, es decir, a los administradores y favorecedores en el marco de las actividades delegadas por la titular del bien jurídico libertad sexual. Para desarrollar este análisis conviene traer a colación la participación que estos tendrían según el factor correspondiente, conforme al desarrollo realizado en el punto anterior.

En cuanto al factor principal que concierne al *tipo* de servicio sexual, apreciamos que el administrador podrá incurrir en la comisión del delito de violación sexual si desconoce o contraviene la vía a través de las cuales el cliente podrá tener acceso carnal con la prostituta.

Así, por ejemplo, si el administrador tiene conocimiento de que la prostituta no está presta a sostener determinado tipo sexual y, contrario a ello, guarda silencio y tolera que el cliente se dirija hacia ella para accederla sexualmente por la vía no consentida, y concrete dicha actuación no consentida por la prostituta; advertimos que en este caso el administrador no habrá evitado – teniendo la posibilidad y el deber – de que la trabajadora sexual sostenga relaciones sexuales involuntarias con el usuario, cuyo desconocimiento de dicha situación es atribuible al administrador. Por lo tanto, se hace manifiesta la responsabilidad por parte del administrador al no haber cumplido con su deber de cuidado respecto a la forma a través de la cual la prostituta podía ser accedida de manera sexual, lo cual se traduce en una afectación a su libertad sexual.

Tal escenario resulta más evidente en situaciones de mayor exposición de la prostituta, por ejemplo, cuando el cliente solicita al administrador encontrar a la prostituta en una habitación con los ojos vendados y con las extremidades atadas, supuesto que no se debe a una situación de coacción, sino más bien a una forma en la que pueden prestarse estos servicios sexuales a la cual la prostituta accede. Entonces, teniendo el administrador conocimiento de que la prostituta se encontrará en una posición que le impedirá advertir la ejecución del acto sexual no consentido pero deseado por el cliente, contraviene los alcances de la delegación que esta le encomendó, permitiendo a través de su omisión que el cliente sostenga el acto sexual que cree consentida.

Sobre la responsabilidad penal en la que podrá incurrir el favorecedor, teniendo en cuenta que su conducta consiste en la búsqueda y entrega de los métodos anticonceptivos o juguetes sexuales, tenemos que si su acto se corresponde con las indicaciones que hubiera recibido por parte del administrador o de la misma prostituta, dicho tercero no incurrirá en la comisión de alguna conducta delictiva siempre y cuando no sea manifiesta la peligrosidad de los objetos a conseguir (sustancia tóxica, fecha de vencimiento expirada, etc.). Empero, si se trata de otro escenario en el que existe un plan delictivo donde el administrador le pide conseguir un juguete sexual u otro objeto que pueda afectar la integridad física – o causar la muerte – de la prostituta, efectivamente estaremos ante la comisión de un comportamiento delictivo de esta índole.

Con relación al factor *usuarios* o *clientes*, partimos del mismo modo sobre la base de que el administrador – como responsable del buen funcionamiento del negocio sexual – deberá adoptar las medidas necesarias para reducir las posibilidades de que las trabajadoras sexuales estén expuestas de contraer alguna enfermedad de transmisión sexual o de sufrir alguna agresión a su integridad física por parte de los usuarios.

En tal sentido, si el administrador del negocio sexual no ejecuta las acciones tendientes a evitar que personas conocidas por ser violentas accedan a los servicios sexuales que aquel dirige, y como consecuencia de ello la prostituta se ve sometida a una situación de coacción por la cual decide sostener el acto sexual de manera forzada, debemos concluir que el administrador – a través de su omisión – habrá generado un riesgo relevante en desmedro

del bien jurídico libertad sexual, pues evidentemente tal situación no se corresponde con el contexto de libertad propuesto en esta tesis.

Por otro lado, mayores dificultades suponen los casos en los que los usuarios padecen de alguna enfermedad de transmisión sexual, pues muchas veces estas no son detectadas sino hasta transcurrido cierto tiempo. Como quiera, ello no significará que el administrador no se haga responsable de proveer los métodos anticonceptivos correspondientes o, en todo caso, de tomar medidas como lo es el recibir una declaración jurada de los clientes de no ser portadores de alguna enfermedad de ese tipo. Evidentemente, si se trata de un usuario cuya condición médica es sabida – padece de VIH – y permite que acceda sexualmente a la prostituta, el administrador habrá de merecer algún tipo de responsabilidad penal por ello, lo que deberá ser subsumido por un delito contra la vida o integridad de la prostituta.

Por su parte, el favorecedor y su apoyo consistente en la búsqueda de clientes podrá dar lugar a la comisión de algún delito si – nuevamente – es parte del plan delictivo entre este y el administrador conseguir a un usuario que realice cualquier conducta típica en agravio de la prostituta, piénsese en los casos de violación sexual u homicidio. Fuera de dichos escenarios, el solo incumplimiento de la indicada responsabilidad no genera por sí misma alguna afectación a intereses de terceras personas en el ámbito penal.

Con relación al factor *tiempo* o *duración* del servicio sexual, apreciamos que el administrador podrá incurrir en la comisión del delito de estafa, si aprovechándose de su posición como responsable del funcionamiento del negocio sexual logra convencer al cliente que por un determinado costo podrá sostener por un tiempo prolongado alguna actividad sexual con la prostituta, siendo que – en realidad – dicho servicio ya contaba con un precio fijado en el negocio sexual, el cual era mucho menor. En tal sentido, podemos advertir que con relación a este factor, el administrador podrá realizar la conducta delictiva mencionada. Por el contrario, no advertimos que la omisión en la fijación del precio del acto sexual comercializado implique la comisión de alguna conducta típica.

Conforme indicamos en el punto anterior, no todo incumplimiento del tiempo acordado supondrá alguna afectación al patrimonio del usuario, toda vez que podrán presentarse

situaciones en las que el acto sexual concluya antes del tiempo acordado, si es que – por ejemplo – el cliente se satisfizo alcanzando el orgasmo.

Sobre la participación del favorecedor, encontramos que este también podrá incurrir en la comisión del delito de estafa si de manera dolosa coadyuva en el hecho antes señalado. En cuanto a sus conductas auxiliadoras referentes al control del cumplimiento del tiempo acordado, consideramos que su omisión no genera por sí misma la comisión de alguna conducta delictiva.

Con relación al factor *establecimiento*, advertimos que el administrador podrá incurrir en responsabilidad penal si como consecuencia de haber omitido establecer las medidas de salubridad y seguridad respectivas, o de no haber supervisado que las mismas fuesen las adecuadas, se hayan producido situaciones de riesgo que repercutieran en los intereses de terceras personas.

Por ejemplo, tal será el caso en el que por no haber adoptado medidas de seguridad (luces de emergencia, señales de salida, extintores, etc.) no se haya podido evitar la muerte de diversas personas. Piénsese en el hecho en que se ocasiona un incendio en el establecimiento que el administrador tiene a su cargo y que, por no haber implementado medidas de seguridad, no se pudo evitar de ninguna manera la contención de dicha situación riesgosa, lo que desencadenó la muerte de quienes se encontraban en el negocio sexual. Conforme al caso planteado, apreciamos que el administrador podrá incurrir vía comisión por omisión en el delito de homicidio.

El favorecedor, por su parte, podrá incurrir también en alguna responsabilidad penal producto del negligente accionar sobre las actividades que le correspondan, como sería la instalación de los aspectos relacionados a la salubridad que pudieran repercutir de manera negativa en la salud de terceras personas. Así también, se tiene que si el favorecedor prestara servicios de seguridad, dicha contribución lo vincularía a garantizar la protección de la integridad de la prostituta y que debido a una omisión – o actuar negligente – de tal actividad podría atribuírsele alguna responsabilidad penal si la prostituta es agredida físicamente durante su jornada.

Respecto al factor referido a la *contraprestación*, advertimos que el administrador podrá incurrir en el delito de estafa si, por ejemplo, aprovechándose de su posición prometió a la prostituta que por la realización de sus servicios sexuales recibiría determinada suma de dinero, lo que no ocurrió luego a pesar de que esta cumpliera con lo acordado. Aquí se aprecia una situación de error en la que se halla la prostituta, que fue generada por el administrador del negocio sexual. En este caso, la disposición económica que realiza la prostituta no consiste en dinero sino que dicho desprendimiento deberá concebirse como la prestación misma del servicio sexual, pues no cabe duda de que dicha actividad tiene valor económico. Y, el beneficio obtenido por parte del administrador consistirá en el dinero pagado por el cliente.

En cuanto al favorecedor, también apreciamos que este podrá incurrir en el delito de estafa si se colude con el administrador para cometer el hecho delictivo señalado en el párrafo anterior. Así también, encontramos que el favorecedor podrá incurrir en el delito de apropiación ilícita si dispone como suyo del dinero que le corresponde a la prostituta, sea porque se aprovecha del apoyo brindado para el cobro del pago del servicio sexual o por encontrarse a cargo de la distribución del dinero ingresado a favor de la prostituta. Se advierte con ello un aprovechamiento indebido de una posición que le impone un deber de entrega respecto a un bien que recibe bajo custodia.

## Conclusiones

En el Perú, se han promulgado desde una perspectiva abolicionista diversas ordenanzas municipales y leyes penales a través de las cuales lograría la desaparición de la prostitución como consecuencia colateral de la prohibición de determinadas actividades lúdicas. Estas decisiones normativas han sido adoptadas sin haber tomado en cuenta la existencia de casos de prostitución libre, en los que una mujer en ejercicio pleno de su derecho a la libertad sexual decide dedicarse a dicho oficio.

En esa línea, en el ordenamiento jurídico penal peruano se han promulgado tipos penales como el delito de favorecimiento a la prostitución (artículo 179 del Código penal) de cuya redacción no se precisa si estamos o no ante un contexto de prostitución forzada. Asimismo, tras un análisis exhaustivo de dicho delito con los delitos de trata de personas y explotación sexual, hemos advertido que para su configuración no se requieren de medios coactivos u otros que signifiquen la anulación de la voluntad del sujeto pasivo. Apreciándose así la posibilidad de encontrarnos frente a comportamientos delictivos que tendrán lugar en casos de prostitución libre, lo que evidencia su ilegitimidad al no corresponderse con los principios rectores del derecho penal.

La concepción tradicional o convencional del bien jurídico libertad sexual requiere para asegurar su plena protección, que solo sea la titular del referido bien jurídico quien valore y tome las decisiones concernientes a los factores que concurran en el acto sexual. De allí que cualquier interferencia – violenta o no – por parte de algún tercero significará alguna afectación al bien jurídico y, por lo tanto, deberá ser castigada a través de las conductas típicas establecidas desde el derecho penal.

El ejercicio de la libertad sexual en un contexto de prostitución libre se corresponde con la dignidad de la persona humana, al encontrar esta en dicho oficio una oportunidad a la cual accede de manera voluntaria para alcanzar su auto desarrollo. Tal fundamento sirve para concebir a la libertad sexual como un bien jurídico individual y susceptible de ser delegado en terceras personas.

La libertad sexual no debe comprenderse como un todo que responde a la suma de sus distintos factores y que estos tienen la misma idoneidad para afectar a dicho bien jurídico,

sino que debe ser entendido como la composición coordinada de diferentes factores que pueden quedar definidos por quien decide sostener la actividad sexual o por terceras personas que acuerden o apoyan la realización de la misma.

Estos factores son delegables y los hemos clasificados como principal y secundarios. El factor principal es el correspondiente a la vía o parte del cuerpo sobre la cual recaerán los actos sexuales, radicando su especial relevancia en que la verificación del consentimiento prestado por la prostituta, de tal manera que si este no se encuentra presente estaremos ante una vulneración del bien jurídico. Contrariamente, la alteración de los factores secundarios como la persona, el tiempo o duración del acto sexual, el lugar y la contraprestación por el servicio sexual no suponen necesariamente una afectación a la libertad sexual.

Siendo la libertad sexual un bien jurídico disponible, tiene el titular plena capacidad para delegar en terceros algún margen de decisión o acción respecto al acto sexual que aquel se dispondrá a realizar. Ello se presenta perfectamente en un contexto de prostitución libre en donde los terceros intervinientes realizan alguna actividad para concretar la prestación de servicios sexuales.

La delegación de actividades entendida en ámbitos estrictamente económicos colisiona con el contexto de libertad en el ejercicio de la libertad sexual de quien se prostituye mediando la participación de terceras personas. La delegación en el contexto de prostitución libre debe ser tratada de forma diferente, siendo que en este caso es la prostituta como titular del bien jurídico la que delega en terceros algunas actividades que importen al ejercicio válido de la libertad sexual de quien se prostituye. En esa línea, entre la prostituta y los terceros que dirigen o apoyan en la concreción del servicio sexual, no existe una relación de subordinación.

Los terceros delegados en el contexto de la prostitución libre son el administrador y el favorecedor. Por una parte, el administrador se encargará de direccionar o supervisar el funcionamiento del negocio sexual. Por otra, el favorecedor prestará apoyo en todos los factores que conciernen al ejercicio de la prostitución, siendo sus actuaciones más bien auxiliares a favor de quien administra el negocio de la prostitución o de la misma prostituta. Ambos asumen determinadas labores que se incorporan a los deberes de cuidado que los

vinculan con posibles afectaciones a bienes jurídicos, haciéndose por lo tanto responsables de los mismos.

Los aportes de esta investigación evidencian la ilegitimidad del delito de favorecimiento a la prostitución previsto en el artículo 179 del Código penal, habiendo argumentado que acciones como promover o favorecer el ejercicio libre de la prostitución no significan de ningún modo alguna afectación a los bienes jurídicos de quien se prostituye. Y al no haberse obtenido algún tipo de interpretación de contenido penal que lo dote de legitimidad, corresponde su derogación del Código Penal peruano.

Los fundamentos expuestos respecto a la legitimidad del delito de favorecimiento a la prostitución deberán también aplicarse en otros tipos penales que contienen supuestos de prostitución no coaccionada, como el rufianismo.

Del mismo modo, apreciamos que otro aporte resaltante de esta investigación es la manera de concebir la lesión del bien jurídico libertad sexual fuera de los supuestos en los que medie violencia o amenaza. Pues, de acuerdo a lo desarrollado sobre el factor principal y los factores secundarios, tenemos – que en cuanto a los segundos – la no correspondencia de lo acordado con lo efectivamente acontecido no significará necesariamente una afectación del referido bien jurídico. Tal conclusión dará lugar a cuestionar la legitimidad de delitos tales como la violación sexual por “engaño”.

Finalmente, consideramos que a partir de la concepción del bien jurídico libertad sexual y la delegación de actividades en un contexto de prostitución libre se tendrán mayores argumentos para exigir por parte del Estado la promulgación de una norma específica que regule el ejercicio de la prostitución libre, a efectos de garantizar mayor seguridad a la protección de los intereses de las prostitutas.



## Bibliografía

Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-116 (2011, 6 de diciembre). Corte Suprema de Justicia de la República (Prado Saldarriaga, V.) <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/11/Acuerdo-Plenario-3-2011-CIJ-116LPDerecho-1.pdf>

Acuerdo Plenario N° 1-2016/CJ-116 (2017, 12 de junio). Corte Suprema de Justicia de la República (Barrios Alvarado). <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/deb14080431af710ad35bfe6f9d33819/X+Pleno+Supremo+Penal.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=deb14080431af710ad35bfe6f9d33819>

Alarcón, C. (1988). *El derecho como tipo de ordenamiento social en Theodor Geiger.*: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142145>.

Alcócer Povis, E. (2018). *Introducción al derecho penal. Parte General.* Jurista Editores E.I.R.L.

Anadiomena, C. (2018) *El derecho a prostituirse resume todos los derechos de las mujeres frente del patriarcado.* <https://www.revistalibertalia.com/single-post/2018/11/11/derecho-a-prostituirse-resume-todos-los-derechos-de-las-mujeres#:~:text=El%20derecho%20a%20prostituirse%20es,por%20la%20Constituci%C3%B3n%20%5Bvi%5D.&text=El%20derecho%20a%20disponer%20libremente%20del%20propio%20cuerpo%20encuentra%20su,el%20derecho%20a%20la%20prostituci%C3%B3n>

Arbulú, B. (2014). *Proyecto: “Hacia un proceso de empoderamiento de los Derechos Humanos de las trabajadoras sexuales en el Perú”. Recopilación de normas legales relacionadas al trabajo sexual.* [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20140108\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20140108_02.pdf).

Arbulú Martínez, J. (2018). *Derecho penal parte especial Delitos contra la libertad e indemnidad sexual y otros.* Instituto Pacífico S.A.C.

Barriga, S. y Trujillo, I. (2003). Prostitución: ¿libertad y esclavitud?. Sevilla: Anduli, *Revista Andaluza de Ciencias Sociales*, 3, 95-111. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1973684.pdf>.

Bernales, E. (2012). *La Constitución de 1993: Veinte años después* (6.ª Ed). IDEMSA.

Cabrera, N. Prostitución ¿Es necesario castigar? Una propuesta feminista para Chile (en línea). *Polit. Crim.* Vol. 14, N° 28 (Diciembre 2019), Art. 3, pp. 95-151. Disponible en: <http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/10/Vol14N28A3.pdf>

Calderón, N. (2006). Los límites constitucionales del ius puniendi y los fenómenos de politización normativa. Aportes al Derecho Penal peruano desde la perspectiva constitucional. *Revista institucional* N° 7, 41 – 53

Cancio, M. y Pérez, M. (2019). Principios del derecho penal. En J. Lascurain, *Manual introductorio al derecho penal* (p. 70) Boletín Oficial del Estado

Carbajosa, A. (2018). *Alemania: sexo, cerveza y salchicha por 15 euros*. Diario El País. [https://elpais.com/sociedad/2018/09/07/actualidad/1536315988\\_570967.html](https://elpais.com/sociedad/2018/09/07/actualidad/1536315988_570967.html).

Carnevali, R. (2008) Derecho penal como última ratio. Hacia una política criminal (en línea), *Revista Ius et Praxis* - año 14 - n° 1:13 [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122008000100002](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100002).

Caro Coria, D. (1999). Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en *Cathedra. Espiritu del Derecho*, vol. III, N °5, Lima

Caro John, J. y Huamán Castellares, D. (2014) *El Sistema Penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Editores del Centro

Castellanos Torres, T. y Ranea Triviño, B. (2014). *La perspectiva de género y de los Derechos Humanos en el análisis de la prostitución*. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Wk236GCYtVQJ:https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo%3Fcodigo%3D4834551&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>

Chávez Cotrina, J. (2019). *La trata de personas. Técnicas de investigación, casos y sentencias*. Instituto Pacífico S.A.C.

Gallo, P. (2021). *Apuntes sobre la explotación laboral*. <https://www.enfoquederecho.com/2021/03/01/patricia-gallo-apuntes-sobre-la-explotacion-laboral/>

García Cavero, P. (2019). *Derecho penal parte general. 3ra edición corregida y actualizada*. Ideas Solución Editorial S.A.C.

Daich, D. (2018). Aportes de la antropología feminista para el debate local sobre prostitución. *Runa* 39.1, (5-22), enero-junio, 2018.

Fernández, R. M. (2015). El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. *Estudios penales y criminológicos*, 35.

Fernando Niño, L. *“El bien jurídico como referencia garantista (1a. ed)*. Editores del Puerto S.R.L.

Flores, R, (2017). El delito de trata de personas en el Código Penal peruano: Precisión del acto de captación, tipo base y modalidades agravadas”, en *Actualidad Penal*, N° 39,

García Sedano, T. (2020). *Víctima de trata de seres humanos, madres de seres humanos protegiendo derechos*. *iQual. Revista de Género e Igualdad*, (3), 94–107. En línea: <https://revistas.um.es/iqual/article/view/395931/278841>

Garrido Montt, M. (2003). *Derecho Penal: Parte General*. (3.ª ed.) T. II. Editorial Jurídica de Chile

Gay, S., Otazo, E. y Sanz, M. (2003). *¿Prostitución = profesión? Una relación a debate*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=765488>.

Gimeno Presa, C. (2017). *La argumentación a favor del trabajo sexual y sus implicancias éticas*. <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v17n33/1692-2530-ojum-17-33-00073.pdf>

Gómez Hinostroza, V. (2008). *Eutanasia: Entre la vida y la muerte*. San Marcos E.I.R.L.

Gorenstein, S. (2013). Prostitución: permitida y estigmatizada. Perspectivas discursivas a partir de las historias de vida de seis mujeres que se prostituyen en El Trocadero. *Debates en Sociología* N° 38. 29-54. <https://doi.org/10.18800/debatesensociologia.201301.002>

Gutiérrez Ramos, M. (2021) La violencia sexual en el Perú. En: *Rev. peru. ginecol. obstet. vol.67 no.3 Lima jul./sep 2021*

Gutiérrez Daher, S. (S/F). *La prostitución una anomalía social*. <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/relcrim12/12-10.pdf>

Hernández, M. (2018). *La actividad de la prostitución supone el 0,35% del PIB Nacional*. El mundo: España. <https://www.elmundo.es/espana/2018/09/01/5b8990cb46163f05758b45e2.html>

Hurtado Pozo, J. (2000). *Moral, sexualidad y derecho penal*. Disponible en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1999\\_04.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1999_04.pdf)

Hurtado Pozo, J. y Prado Saldarriaga, V. (2013) *Manual de derecho penal. Parte General. Tomo I*. IDEMSA

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2019). *Perú: estadísticas de trata de personas, 2015-2020*. [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1802/libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1802/libro.pdf)

Inga Ramíquez, M. (2019). *Entre legalidad y abolición: el tratamiento de la prostitución en el Perú*. IUS 360. <https://ius360.com/sin-categoria/entre-legalidad-y-abolicion-el-tratamiento-de-la-prostitucion-en-el-peru/>

Jakobs, G. (1997). *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. (Cuello, Joaquin y Jose Serrano, Trad., 2.ª ed. Marcial Pons: Madrid (obra original publicada en 1991)

Jeffrey, S. (2012). *La industria de la vagina. La economía política de la comercialización global del sexo*. Paidós.

Juliano, D. (2005). El trabajo sexual en la mira. Polémicas y estereotipos. *Cadernos Pagu*, N° 25:79-106

Lamas, M. (2016). *El fulgor de la noche: algunos aspectos de la prostitución callejera en la ciudad de México*. [http://www.debatefeminista.cieg.unam.mx/wp-content/uploads/2016/03/articulos/008\\_08.pdf](http://www.debatefeminista.cieg.unam.mx/wp-content/uploads/2016/03/articulos/008_08.pdf)

Landa Arroyo, C. (2017) *Los derechos fundamentales*. Fondo Editorial PUCP

Llobet Anglí, M. (2017) ¿Prostitución?: ni sí ni no, sino todo lo contrario. Sesgos empíricos, contradicciones de lege lata y desaciertos de lege ferenda. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2017, núm. 19-19, pp. 1-34. <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-19.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 19-19 (2017), 30 nov]

Llobet Anglí, M. (2022) Prostitución y consentimiento: ¿una contradicción en los términos? *RJIB. Revista jurídica de les Illes Balears*, ISSN 1697-1272, N°. 21, 2022, págs. 89-120. [https://revistajuridicaib.icaib.org/wp-content/uploads/2022/02/RJIB\\_21.pdf](https://revistajuridicaib.icaib.org/wp-content/uploads/2022/02/RJIB_21.pdf)

Loayza Quispe, A. B. (2020) *¿Es posible considerar a la prostitución como una prestación de servicios? Análisis de la Ordenanza Municipal N° 1718 de la MML*. [Trabajo de investigación para obtener el grado académico de bachiller en derecho: PUCP] [https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/17011/LOAYZA\\_QUISPE\\_ANDREA\\_BELEN.pdf?sequence=5&isAllowed=y](https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/17011/LOAYZA_QUISPE_ANDREA_BELEN.pdf?sequence=5&isAllowed=y)

López Rodríguez, R. (2019). Sobre cuerpos, máquinas y feminismo. Proceso de producción, proceso de trabajo y valor de uso en la producción de mercancías “fuerza de trabajo” y “placer sexual” en la rama de la prostitución. *Revista Theoma*, N° 39 [http://revista-theomai.unq.edu.ar/NUMERO\\_39/6.%20LopezRodriguez.pdf](http://revista-theomai.unq.edu.ar/NUMERO_39/6.%20LopezRodriguez.pdf)

Lugo Saucedo, P. (2017) El ¿trabajo? Sexual. En: *Trabajo y derechos humanos: algunos retos contemporáneos* (p. 35-55). Instituto de Investigaciones Jurídica. <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r39518.pdf>

Luzón Peña, D. (2016) *Derecho penal parte general* (3ª. ed.). Euros Editores SRL

Macía, R. (1992). *El derecho y su relación con la moral, según la teoría de J. A. Fichte*

Mantovani, F. (2015) *Los principios del Derecho Penal*. (1.ª ed). Editora y distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.

Maqueda Abreu, M. L. (2016) El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015. En *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época, n ° 118*, pp. 5-42

Médicos del Mundo (2020) *La prostitución como forma de violencia de género > la percepción de las mujeres en situación de prostitución*. [https://www.medicosdelmundo.org/sites/default/files/la\\_prostitucion\\_como\\_forma\\_de\\_violencia\\_de\\_genero.pdf](https://www.medicosdelmundo.org/sites/default/files/la_prostitucion_como_forma_de_violencia_de_genero.pdf)

Mego Horna, J. (2019) Principales principios jurídicos laborales que sustentan la naturaleza laboral de la prostitución en el Perú. Tesis para optar el grado de Maestro en Ciencias. Universidad Nacional de Cajamarca. Recuperado en: <https://repositorio.unc.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14074/2764/Principales%20principios%20jur%C3%ADdicos%20laborales%20que%20sustentan%20la%20naturaleza%20laboral%20de%20la%20prostituci%C3%B3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Meini Méndez, I (2015). *Lecciones de derecho penal - parte general. Teoría jurídica del delito*. Fondo editorial de la PUCP

Meini Méndez, I. (2022). *El delito de trata de personas como forma contemporánea de explotación* (1.ª ed.) Centro de Investigaciones Judiciales, Fondo Editorial del Poder Judicial del Peru

Ministerio del Interior (2021). *Política Nacional frente a la Trata de Personas y sus formas de explotación – Versión amigable*. (1.ª ed). [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2021/Track4Tip/PNCTP\\_Version\\_amigable\\_56\\_paginas\\_FINAL\\_FEB.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2021/Track4Tip/PNCTP_Version_amigable_56_paginas_FINAL_FEB.pdf)

Mir Puig, S. (2016) *Derecho penal parte general* (10.ª ed). Editorial Reppertor

Montoya Vivanco, Y (2012). *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*. Fondo editorial de la PUCP: Lima

Montoya Vivanco, Y. y Rodríguez Vásquez, J. (2020). *Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación. Dirigidos a juezas y jueces penales*. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/172209/Lecciones%20sobre%20trata%20de%20personas%20VF%20web.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Montaner Fernández, R. (2015). El “criminal compliance” desde la perspectiva de la delegación de funciones. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015). ISSN 1137-7550: 733-782

Montano, P. (2008). *La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho Penal*. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080526\\_36.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_36.pdf).

Montoya Vivanco, Y. (2020). *Derecho penal de principios. Justificación de la Intervención Punitiva*. (Vol. 1). Palestra editores

Montoya Vivanco, Y (2021) *Trata de personas y sus formas de explotación*. [riminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/article/view/147/154](http://riminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/article/view/147/154)

Müller Solón, H. (2016). *Prostitución legal, ilegal y clandestina en el Perú. Comentario sobre algunas precisiones del Tribunal Constitucional*. <https://apropolperu.files.wordpress.com/2016/04/prostitucic3b3n-lega-ilegal-y-clandestina-en-el-peru.pdf>.

Muñoz, F. y García, M. (2007) *Derecho penal parte general* (7.ª ed.) Tirant Lo Blanch

Naranjo Mesa, V. (2000) *Tribunal Constitucional e instituciones políticas*. Editorial Temis S.A.

Oliveira, A. y Fernandez, L. (2017). Trabajadores del sexo y salud pública: intersecciones, vulnerabilidades y resistencia. *Salud Colectiva*, 13, 199-210. doi: 10.18294/sc.2017.1205

Pacheco Zerga, L. (2020). El carácter laboral de la prostitución en la jurisprudencia constitucional peruana y colombiana. *Vniversitas* 6, N°. 69

Pérez Colomé, J. (2006). ¿La prostitución es un trabajo? *Asociación de Revistas Culturales de España*. <https://www.revistas culturales.com/articulos/14/el-ciervo/614/1/-la-prostitucion-es-un-trabajo.html>.

Pérez, J. (2011) Análisis doctrinario del consentimiento del titular del bien jurídico. En: *Estudios críticos de derecho penal peruano*. (1.ª ed). Gaceta Jurídica SA

Peña Cabrera, R. (2002). *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos*. Ediciones Guerrero's:

RedTraSex - Red de Mujeres Trabajadoras Sexuales de Latinoamérica y el Caribe. (2014). *8 razones para evitar la confusión entre trata de personas, explotación sexual y trabajo sexual*. RedTraSex.

RedTraSex - Red de Mujeres Trabajadoras Sexuales de Latinoamérica y el Caribe. (2022). *Los derechos humanos de las trabajadoras sexuales, ¿cuál es el compromiso de amnistía internacional?*. RedTraSex.

Rengifo Balarezo, A. (2009). La prostitución: un problema urbano de salud pública. *Revista Peruana de Epidemiología*, vol. 13, núm. 2, 1-2 <https://www.redalyc.org/pdf/2031/203120363010.pdf>



Ríos Arenaldi, J. (2006). El consentimiento en materia penal (Consent in Criminal Matter). *Política criminal*, 1(1).

Rodríguez Vásquez, J. (2016). Trata con fines de explotación sexual: aproximación a su relación con la prostitución y la conducta del consumidor / cliente. *Revista Derecho & Sociedad*, (47), 259 -272. En línea: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18889/19107>

Rodríguez, R. y Torrado, E. (2017) Un estudio sobre el comercio sexual de mujeres y publicidad. El papel de la prensa española. *Vivat Academia. Revista De Comunicación*, (141), 93–114. <https://doi.org/10.15178/va.2017.141.93-114> Laguna. Vivat Academia. *Revista de Comunicación*, 2017. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6374667.pdf>.

Rojas Zamora, K. (2019). *El consentimiento de la víctima mayor de edad en el delito de trata de personas no es sustento de impunidad*. [Tesis para optar el título de abogado, Universidad Ricardo Palma, Lima]. [https://s3.amazonaws.com/files.pucp.edu.pe/homepucp/uploads/2016/06/08105745/Guia\\_PUCP\\_para\\_el\\_registro\\_y\\_citado\\_de\\_fuentes-2015.pdf](https://s3.amazonaws.com/files.pucp.edu.pe/homepucp/uploads/2016/06/08105745/Guia_PUCP_para_el_registro_y_citado_de_fuentes-2015.pdf)

Sala Transitoria, Expediente N° 3763-2013, Lima: 19 de enero de 2013.

Salinas Siccha, R. (2007). *Derecho Penal Parte Especial* (2.ª ed.) Editorial Iustita S.A.C.

Salinas Siccha, R. (2016) *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Doctrina y jurisprudencia*. (3.ª ed.) Instituto Pacífico S.A.C

Salinas Siccha, R. (2019). *Derecho Penal Parte Especial*. (Vol. 2.) Editorial Iustita S.A.C.

Sánchez Blanco, E. (2012) *La prostitución desde una perspectiva de género*. [https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/40723/Pages%20from%20Investigacion\\_Genero\\_12-1509-2188-6.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/40723/Pages%20from%20Investigacion_Genero_12-1509-2188-6.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Sánchez Valentin, M. (2021) *Discriminación salarial por género y la inducción a la informalidad laboral en Perú*. <https://lpderecho.pe/discriminacion-salarial-por-genero-y-la-induccion-a-la-informalidad-laboral-en-peru/>

Sanchiz, E. (2011) *Prostitución voluntaria o forzada. Una contribución al debate*. <https://ddd.uab.cat/pub/papers/02102862v96n3/02102862v96n3p915.pdf>.

Santoyo Salgado, S. (2015). *Modelos de regulación de la prostitución en la Unión Europea* [tesis para obtener el grado en Educación Social, Universitat de les Illes Balears, España]. [https://dspace.uib.es/xmlui/bitstream/handle/11201/3861/Santoyo\\_Salgado\\_Sofia.pdf](https://dspace.uib.es/xmlui/bitstream/handle/11201/3861/Santoyo_Salgado_Sofia.pdf)

Sen, A. (2019). *La idea de la justicia*. Penguin Random House

Sex workers: Population size estimate - Number, 2016». [www.aidsinfoonline.org](http://www.aidsinfoonline.org). UNAIDS.

Torres Vásquez, A. (2019) *Introducción al derecho. Teoría general del derecho* (6.<sup>a</sup> ed.) Pacífico Editores S.A.C.

Tubert, M. (2013). *La prostitución* <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/56311/1/Montserrat%20Tubert%20Blanch.pdf>.

Unión General de Trabajadoras y Trabajadores (UGT). (2006) *La prostitución, una cuestión de género*. <http://portal.ugt.org/informes/prostitucion.pdf>

Urquiza Olaechea, J. (2019). Principio de proporcionalidad. En N. Salazar (dir.), *Comentarios al Código Penal peruano* (p. 225). Gaceta Jurídica S.A.

Villa Camarma, E. (2010) Estudio antropológico en torno a la prostitución. *Cuicuilco*, 17(49), 157-179. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0185-16592010000200009](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16592010000200009)

Villavicencio Terreros, F. (2014). *Derecho penal parte general*. Grijley E.I.R.L

Villavicencio Terreros, F. (2019) *Derecho penal básico*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial

Villegas, E. (2009). *Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales*. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20091207\\_03.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20091207_03.pdf).

Zúñiga Rodríguez, L. (2008). Problemas de responsabilidad (penal, administrativa y civil) en el ámbito empresarial por accidentes de trabajo. *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 10(8).

