

Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden la protección de las víctimas*

Julia Roper Carrasco**
Julia Ruiloba Alvariño***

RESUMEN: En este trabajo se realiza un análisis sobre los problemas de delimitación conceptual entre prostitución, explotación sexual y tráfico de seres humanos. Al mismo tiempo, se examinan las directrices internacionales sobre este tema, así como el modelo de regulación español, este último de forma crítica. Por último se realizan diversas propuestas para un mejor tratamiento del fenómeno.

Palabras clave: Prostitución, abolicionismo, regulacionismo, tráfico sexual, trata de seres humanos.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the difficulties based on an insufficient conceptual delimitation between prostitution, sexual exploitation and trafficking in human beings. Moreover, the paper examines international guidelines and principles on this particular issue. A critical overview of current Spanish legislative model is included. Last, it presents different proposals in order to better tackle this phenomenon.

Key words: Prostitution, abolitionism, regulations, sex trafficking, trafficking in human beings.

SUMARIO: 1. Hipótesis de partida: confusiones y paradojas en la comprensión del problema de la prostitución. 2. De qué estamos hablando. La prostitución en España en cifras. 3. Aclaración de conceptos. La necesaria diferenciación entre la prostitución ejercida libremente y la explotación sexual. 4. La regulación de la prostitución y del tráfico sexual en el Derecho Internacional. 5. La regulación de la prostitución, la explotación sexual y el tráfico de personas en el Código Penal Español. 6. Valoración y conclusiones finales. Bibliografía.

1. Hipótesis de partida: confusiones y paradojas en la comprensión del problema de la prostitución

* Artículo recibido el 8 de febrero de 2012 y aceptado para su publicación el 30 de marzo de 2012.

** Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España.

*** Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España.

Sea cual sea la perspectiva que se utilice, abordar el problema de la prostitución no es una tarea fácil. Antes de llegar al debate sobre cuáles son los mecanismos legales más apropiados para su tratamiento, las dificultades aparecen ya desde el momento en que se intenta describir el fenómeno que va a ser objeto de investigación.

Estas dificultades de definición tienen que ver con distintos factores. En primer lugar, todavía hoy no está claro en absoluto cuál es el “problema” al que se intenta hacer frente cuando nos proponemos atender la prostitución. Por un lado, las convenciones internacionales, las exposiciones de motivos de las leyes o las declaraciones políticas de distinto origen, insisten en que el objetivo es acabar con el abuso y la explotación a los que se ve sometido un número considerable de personas, mujeres y niñas en su mayor parte, que son coaccionadas o empujadas por la necesidad a practicar la prostitución en una auténtica situación de esclavitud. Estas manifestaciones parecen indicar que el propósito esencial es el de erradicar la explotación, para proteger a las víctimas de unos hechos cuya gravedad exige una actuación decidida de jueces, fiscales y policía encaminadas a su punición penal. Sin embargo, la paradoja aparece cuando observamos que la mayor parte de las medidas políticas y policiales van dirigidas más bien a controlar los problemas de orden que desencadena el ejercicio de la prostitución en las calles: controles y redadas policiales con el objeto de desalojar a prostitutas y clientes; decisiones de las corporaciones locales de “prohibir”, bajo elevadas penas de multa, la prostitución realizada en determinadas zonas. Sin desconocer las dificultades que genera el ejercicio de la prostitución en los espacios públicos, resulta claro que este tipo de medidas, más que proteger a las víctimas de la explotación sexual lo que defienden es el bienestar y el orden público, bienes colectivos de la comunidad. Si la única respuesta al fenómeno de la explotación sexual es ésta, tendríamos que detrás de esta primera paradoja se encuentra la mayor hipocresía: a pesar de las declaraciones, las medidas administrativas y policiales contra la prostitución no se dirigen a proteger a las víctimas de la explotación, sino a la sociedad frente al ejercicio público de la prostitución.

Una paradoja similar se observa en el tratamiento legal de los delitos relacionados con la prostitución. De este modo, el Código Penal español castiga en el artículo 188 con la misma pena la conducta del que fuerza a la prostitución que la del sujeto que se lucra de ella cuando media un libre consentimiento de la persona que se prostituye. Esta regulación da cuenta de la confusión que parece tener el legislador, ya que, por un lado, en los casos en los que la prostitución se ejerce voluntariamente por adultos difícilmente puede decirse que se esté protegiendo la libertad o la indemnidad sexuales y, por otro, en modo alguno

Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden la protección de las víctimas

merecen el mismo reproche penal los casos en los que hay coacción o abuso que aquellos en los que el ejercicio de la actividad es libremente consentido. Tal vez, detrás de esta nueva paradoja se encuentre una segunda hipocresía: a pesar de que el legislador declara proteger la libertad y la indemnidad sexuales, en el caso de la prostitución estaría contemplando la defensa de otros intereses (la moral, el orden público, la “dignidad” de las mujeres incluso en contra de su propia decisión) de difícil ajuste con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos que ha de regir en el Estado de Derecho.

La tercera paradoja aparece cuando se contraponen las políticas abolicionistas defendidas por buena parte de las asociaciones feministas con las peticiones de los colectivos de prostitutas que se han pronunciado al respecto: desde un sector del feminismo se reivindica, como única solución posible, la “desaparición” de la prostitución, lo que conlleva el rechazo de cualquier medida regularizadora. Sin embargo, los colectivos de prostitutas defienden su derecho a elegir y reclaman la regulación legal y laboral, como una medida esencial para acabar con las redes de explotación. Probablemente ésta sea la mayor de las contradicciones que estamos analizando: ¿con qué legitimidad se puede hablar en nombre de las prostitutas sin ni siquiera oírlas?

Por último, las contradicciones vuelven a aparecer cuando se enfrentan las cifras sobre el ejercicio de la prostitución y las actitudes de determinados sectores sociales. En España se estima, sobre la base de las cifras manejadas por la policía, la Fiscalía y distintos observatorios nacionales e internacionales, que en el ejercicio de la prostitución se ven involucradas entre 50.000 y 400.000 personas al año. La falta de transparencia impide llegar a una conclusión sobre el porcentaje que representa la prostitución forzada frente a la libremente ejercida, pero la policía especula que las redes de explotación controlan entre el 80 y el 90% de la prostitución. Esto supone una grave situación ante la que no parece haber una reacción social coherente. Por un lado, según encuestas publicadas por el Instituto Nacional de Estadística, en España el 27% de los hombres españoles reconoce haber pagado por servicios de prostitución, observándose un incremento considerable de esta “clase de ocio” entre los más jóvenes, explicable por el abaratamiento y la abundancia de la oferta¹. De este modo, se habla de una “normalización” de la situación, en el sentido de que un importante sector social parece admitir el uso de los servicios sexuales como una forma más de ocio, sin ningún tipo de prejuicio o reparo moral. Ahora bien, si es verdad que la mayor parte de la prostitución es forzada, esta “normalización” estaría implicando que un importante sector de nuestra población no sólo permanece indiferente ante la explotación y el abuso, sino que

¹ Véase el reportaje periodístico sobre esta cuestión, publicado en SÁNCHEZ VALLEJO, M.A, “Explotación sexual”, *Diario El País*, de 15 de enero de 2008.

contribuye voluntariamente a su perpetuación. ¿Cómo podríamos calificar esta situación de “normalización” si no es asumiendo que lo normal en nuestra sociedad es el abuso o la indiferencia ante el abuso?

Estas paradojas exigen invertir un esfuerzo especial en comprender el fenómeno real de la prostitución y en diferenciar adecuadamente las diversas situaciones que pueden darse. Comenzaremos con un acercamiento a la realidad de la prostitución en España, para después ensayar algunas diferenciaciones de conceptos. Precisamente, los problemas existentes para consensuar conceptos debido al considerable debate en torno al mejor tratamiento de la prostitución, nos avoca a reflexionar sobre esta cuestión, con la siguiente secuencia: primero, analizaremos las directrices internacionales; después, revisaremos la situación legal en España; por último, someteremos a valoración las distintas perspectivas y modelos para acabar ofreciendo nuestra propuesta.

2. De qué estamos hablando. La prostitución en España en cifras

En el año 2005, un reportaje de investigación periodística sobre esta cuestión señalaba que el Instituto Europeo para la Prevención del Crimen calculaba que en España podrían estar dedicándose a la prostitución entre 45,000 y 300,000 personas, repartidas en plazas hoteleras, pisos, locales, calles y carreteras.² En cifras oficiales, el Ministerio del Interior comunicaba en una memoria que en el año que hemos tomado de referencia, 2005, hubo 518 arrestos por tráfico sexual, detectándose 95 redes organizadas.³ La Asociación Nacional de Empresarios de Clubes de Alterne (Anela) consideraba entonces que el número de personas dedicadas a la prostitución podría llegar a las 400,000.

Un estudio más reciente, de 2011, elaborado por la Asociación de Prevención, Reinserción y Atención a la Mujer Prostituida (APRAMP, asociación de orientación abolicionista y opuesta a cualquier regulación)⁴, presenta a España como el primer país de la Unión Europea en consumo de prostitución, con un 39%

² Véase el reportaje PRIETO, J., “Comercio de cuerpos”, *Diario El País*, 26, 27 y 28 de septiembre de 2005, con el expresivo subtítulo “El nuevo burdel de Europa”, y en una segunda entrega el 27 de septiembre de 2005, con el subtítulo “Una fábrica incontrolada de dinero negro”.

³ Redes que se dedican simultáneamente a la explotación sexual y al tráfico de inmigrantes. Según la Guardia Civil, tras la inspección de 1070 establecimientos dedicados a la prostitución, se halló que, de las mujeres que se prostituían en ellos, 374 eran españolas y 18,55 eran extranjeras (europeas del Este, sudamericanas y africanas).

⁴ Informe editado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad de España, en octubre de 2011.

Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden la protección de las víctimas

de ciudadanos que usan estos servicios. También señala que cada año son entre 600,000 y 800,000 las personas que caen en las redes de la trata a nivel mundial, con un 80% de mujeres y un 50% de menores de edad.⁵ Respecto de la actividad de la policía en España destaca el incremento en un 164% de las inspecciones en 2010 con respecto de 2009, así como de un 112% de las actuaciones contra grupos criminales, con la identificación de 1,641 víctimas, de las cuales un 91% serían mujeres extranjeras.

En cuanto a la nacionalidad de las mujeres, un informe de 2010 de la ONG Médicos Sin Fronteras, que atendió a las mujeres prostituidas en Málaga, estimaba que un tercio de ellas era de origen subsahariano (sobre todo, Nigeria), otro de Europa del Este (especialmente, Rumania), un 20% de sudamericanas y el 20% restante estaría compuesto de diversas nacionalidades, entre ellas la española. Esta diversidad nacional pone de manifiesto, como corroboran los informes de la Guardia Civil, que el aumento de la prostitución en España está estrechamente relacionado con el incremento de la inmigración ilegal. Y ello, a su vez, alerta sobre la seria probabilidad de que detrás de la mayoría de estos casos pueda estar una situación de coacción o abuso.

En el reportaje "Explotación sexual en España", de Mónica Ceberio Belaza y Álvaro de Cózar⁶, se exponen distintos casos y testimonios que dan cuenta de la dinámica de un "submundo" en el que la mayoría de las mujeres que se prostituyen, con independencia de que hayan consentido en viajar a España para ejercer la prostitución o el engaño o la coacción las acompañen desde su país de origen, viven en una situación de explotación: en condiciones infrahumanas, sin una jornada real, sin capacidad de elegir cuándo y cómo ejercer la prostitución, sometidas a intimidación para entregar una buena parte de las ganancias, etc. Ahora bien, las situaciones pueden diferir considerablemente siendo necesario distinguir entre los casos de coacción y engaño en situaciones de esclavitud de aquellos en los que hay un consentimiento inicial pero después se inicia una relación de coacción, o de otros en los que, habiendo un cierto abuso en las condiciones laborales, se actúa con una relativa libertad.

De esta breve revisión podemos deducir por ahora dos conclusiones.

⁵ Según Sigma HUDA, Relatora Especial sobre tráfico de personas de Naciones Unidas, los informes de la ONU estiman que 4 millones de mujeres son traficadas con fines sexuales (cfr. en MARCOVICH, M.: "Siglo XXI: prostitución y derechos humanos. ¿Reivindicación?, ¿lucha?, ¿conquista?", en VVAA, *Congreso Internacional Derechos humanos y prostitución*, Edit. Ayuntamiento de Madrid, Madrid, 2006, p. 15).

⁶ Publicado en CEBERIO BELAZA, M. / DE CÓZAR, A., "Explotación sexual en España", *Diario el País*, 17, 18, 19 y 20 de mayo de 2009.

En primer lugar, la comparación de estas cifras con las existentes hace sólo 30 años pone de manifiesto un espectacular aumento de la prostitución (y de la explotación sexual) en España. ¿Cuáles son las razones que lo explican? Ante todo, la simple ley de la oferta y la demanda: aunque “negro”, la prostitución no deja de ser un mercado, en el que la oferta se ha ampliado considerablemente, haciéndose más atractiva y más barata, y en el que los hipotéticos demandantes también han aumentado al pasar a considerarse estos servicios como una parte más, ahora accesible, de las ofertas de ocio. El incremento de la inmigración ilegal, como se ha señalado, es una de las principales explicaciones de ese fenómeno. Ahora bien, además de esta fría constatación, cabe apuntar que dicho aumento se ha visto facilitado por actitudes contradictorias entre sí, pero igualmente responsables en el afianzamiento de esta situación: la falta de escrúpulos con la que los clientes de la prostitución contratan los servicios sin preguntarse si la mujer es libre o no al prestarlos se une a una sociedad desorientada que no sabe distinguir entre la prostitución libremente consentida y la explotación y que cree que el mundo de la prostitución está en una especie de limbo legal (y moral).

La siguiente conclusión, en conexión con lo expuesto, es que es necesario diferenciar adecuadamente entre prostitución y explotación. Después veremos si es verdad que el ejercicio de la prostitución está en un limbo legal.

3. Aclaración de conceptos. La necesaria diferenciación entre la prostitución ejercida libremente y la explotación sexual

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “prostitución” es la “actividad a la que se dedica la persona que mantiene relaciones sexuales con otras, a cambio de dinero.”⁷ Atendiendo a un concepto jurídico penal, la jurisprudencia define la prostitución como la entrega sexual de una persona a otra a cambio de precio o cosa que lo represente.⁸ Dentro de la expresión “entrega sexual” quedan comprendidos todo tipo de actos de naturaleza “sexual”, es decir, que estén realizados con la finalidad de lograr la excitación sexual del sujeto al que se le prestan los servicios, y que supongan una actividad, por parte de la persona que se “prostituye”, encardinada en un contexto sexual.⁹ Según cierta corriente jurisprudencial y doctrinal no es suficiente con la entrega sexual ocasional o

⁷ www.rae.es

⁸ Vid. las SSTs de 3 de abril de 1974, 13 de mayo de 1980 y 28 de febrero de 1983.

⁹ De este modo, no sólo quedan comprendidas las conductas más propiamente de entrega “carnal”, como pueden ser el acceso vaginal, anal o bucal, sino los actos de masturbación, sadomasoquismo y otros.

Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden la protección de las víctimas

puntual, sino que se exige una cierta habitualidad o reiteración.¹⁰ Ahora bien, esta interpretación, que parece correcta desde un punto de vista semántico o en términos generales, no es adecuada en la exégesis de los tipos que castigan las conductas relacionadas con la prostitución: de este modo, habrá delito de coacción a la prostitución aunque fuera la primera vez para la persona prostituida o para el explotador. En conclusión, la entrega sexual y el precio son las características que definen la prostitución, sin que sea necesario la permanencia o la profesionalidad.¹¹

Es preciso advertir que en la mayoría de los países democráticos el ejercicio de la prostitución en sí mismo no representa delito alguno. En España, dejó de serlo tras la Ley 22/1978, de Reforma del Código Penal, que derogó los artículos 449 a 452, que sí castigaban la práctica de la prostitución. Al Derecho Penal se recurre, en consecuencia, para castigar la conducta de los terceros que explotan la prostitución ajena a través de coacción o abuso o se lucran de ella.

Ésta es una primera diferenciación esencial: lo que valoramos es cuál debe ser la reacción social frente a las conductas de las personas que explotan a terceros que se prostituyen o se lucran de sus ganancias, aun con su consentimiento.

E igualmente importante es distinguir que de esta valoración estamos excluyendo los supuestos de coacción o favorecimiento de la prostitución de menores o incapaces: en estos casos, sin discusión alguna, la respuesta ha de ser la de la represión penal de unos hechos que lesionan bienes jurídicos individuales de considerable importancia, ya sea únicamente la indemnidad, ya sean la indemnidad y la libertad sexual.

Por tanto, una interpretación posible es la de que “prostitución” supone un concepto más amplio en el que se incluyen tanto los casos de ejercicio libre y consentido (en los que la entrega sexual es cambio de precio, sin más) como aquellos en los que la prostitución se ejerce bajo coacción o presión derivada de una situación de violencia, intimidación o abuso, que son los casos que propiamente pueden ser denominados de “explotación sexual”. Desde este punto de vista, la “explotación sexual” quedaría reservada (en los casos de adultos) a los supuestos en los que existe coacción o abuso, y excluida de aquellos en los que la actividad se ha consentido libremente. Con el objeto de incidir en una mayor clarificación, podría ensayarse también una diferenciación entre las conductas propiamente de tráfico o trata, referidas a la captación, traslado y venta de las personas con fines de explotación sexual y la puesta en práctica de la explotación

¹⁰ En este sentido, vid. las SSTs de 17 de octubre de 1973 y 6 de noviembre de 1978.

¹¹ De la misma opinión, CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Compendio de Derecho Penal*, PE, Madrid, 2000, p. 242.

una vez que las víctimas están asignadas a un territorio en el que son sometidas a la coacción para la práctica de la prostitución.¹²

Sin embargo, esta distinción no es compartida por un sector de opinión, los partidarios del abolicionismo, que creen que todas las conductas de terceros que se aprovechan o favorecen la prostitución ajena representan en todo caso actos de explotación. Sostienen incluso que la regularización administrativa de la prostitución consentida representa un acto de explotación.¹³ Desde esta perspectiva, el consentimiento de las personas que se prostituyen carece de validez: los que “organizan la prostitución” de otros deben ser perseguidos incluso si ese otro consiente.¹⁴

¿No podemos llegar a un consenso mínimo sobre una serie de conceptos básicos? Entendemos que sí, siempre que no se confundan los planos de la reflexión. Podemos estar más o menos de acuerdo en que detrás de la mayoría de los actos de prostitución, aun cuando es libremente consentida, cabe hallar el reflejo de una determinada comprensión de la sexualidad que no comporta una relación equilibrada entre las personas que intervienen (aunque puede ser un acto de presunción injustificada asumir esta premisa con carácter general); posiblemente de mayor acuerdo en que es muy difícil diferenciar los casos de libre consentimiento de aquellos en los que éste se otorga por razones diversas relacionadas con una situación de vulnerabilidad de la víctima. El acuerdo es más claro aún sobre que la explotación sexual basada en la coacción y el abuso representa un grave hecho absolutamente rechazable, que, constatada su expansión, no está siendo perseguido de forma eficaz.

Podemos también reconocer que el pluralismo ideológico y la democracia permiten la discrepancia en el tratamiento de cuestiones como ésta, siempre y cuando una de las posiciones no represente la vulneración o falta de consideración de derechos fundamentales. Por tanto, resulta perfectamente legítimo que desde una posición se defienda que la mejor manera de proteger a las víctimas es evitar cualquier medida de regularización y castigar la organización de la prostitución en todo caso, así como al cliente, de la misma manera que igualmente cabe defender que la penalización no debe extenderse a los supuestos en los que existe un libre

¹² Como destaca HUDA, S., “Prostitución: una provechosa forma de tráfico y las herramientas para combatirla”, en VVAA, *Congreso Internacional Derechos humanos y prostitución*, Edit. Ayuntamiento de Madrid, Madrid, 2006, pp. 14 y ss., el tráfico o la trata representa un comercio ilícito.

¹³ En este sentido, MARCOVICH, M., *Op. Cit*, p. 140, señala que “existe una conexión esencial, orgánica... entre la reglamentación, la organización de la prostitución y la trata de personas” sin que podamos hacer distinciones entre ellas.

¹⁴ De esta opinión, *Ídem.*, p. 141.

Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden la protección de las víctimas

consentimiento prestado entre adultos y que en estos casos sería preferible proceder a la regulación. Lo que queremos destacar es que esta diferencia de opinión, que se encuentra en el plano de la valoración, no afecta a la constatación de que un hecho en el que una persona se prostituye en contra de su voluntad o con un consentimiento viciado tiene un significado diferente de otro en que la actividad de prostitución se ha emprendido libremente entre adultos: hay una diferencia sustancial entre los mismos, ya que en el segundo caso hay un ejercicio de libertad que no puede ser menospreciado.¹⁵

Esta apreciación es la que se ha impuesto en el Derecho Internacional contemporáneo, tras una evolución que pasamos a analizar.

4. La regulación de la prostitución y del tráfico sexual en el Derecho Internacional

Como destaca Maqueda Abreu, hay razones para sostener que históricamente ha existido una diferenciación entre la “prostitución”, reglada administrativamente (por lo que podría considerarse “legal” mientras se mantuviera dentro del control sanitario y policial), y la “trata de blancas”, que tras la Conferencia de París de 1902 se define como el comercio de mujeres en el que se utiliza fuerza, fraude o alguna clase de abuso.¹⁶ Según esta autora, la Convención de Naciones Unidas de 1950¹⁷ representa una modificación sustancial en esta situación, pasando de una política reglamentista a otra abolicionista que, no obstante, no es la que se ha seguido en los instrumentos internacionales posteriores.

Efectivamente, el Convenio de Lake Success comienza señalando en su preámbulo que “la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad”. Con esta consideración, el Convenio clarifica cuáles son los bienes jurídicos que pretende proteger: la dignidad individual (habrá que incluir aquí

¹⁵ En sentido similar, cfr. SERRA CRISTÓBAL, “Mujeres traficadas para su explotación sexual y mujeres trabajadoras del sexo. Una recapitulación de la cuestión”, en SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Prostitución y trata*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 366 y ss.; MAQUEDA ABREU, M. L., *Prostitución, feminismos y Derecho Penal*, Edit. Comares, Granada, 2009, pp. 114 y ss.

¹⁶ Cfr. MAQUEDA ABREU, M. L., “Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual”, *La Ley*, 27-02-2006, pp. 1 y ss.

¹⁷ Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General de NU el 2 de diciembre de 1949 y abierto a la firma de los países en Lake Success, New York, el 21 de marzo de 1950 y ratificado por España el 18 de junio de 1962.

tanto la dignidad de la persona que se prostituye como la de quien compra el servicio, aunque esto no está muy claro) y un determinado orden moral basado en la familia y el bienestar de la comunidad (equiparable a una clase de orden público o cívico). En su artículo 1 señala que *“las partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; 2) Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona.”*¹⁸

Este instrumento representa una clara expresión de la moral de la época, según la cual no hay diferencias relevantes entre los actos de favorecimiento de la prostitución sin coacción o abuso, y los de explotación y tráfico. La alusión a un elemento subjetivo (la realización de las conductas “para satisfacer las pasiones de otra”) que debiera ser superfluo, parece acentuar que el desvalor de estas conductas se hace basar, más que en la posible lesión de los derechos de las personas prostituidas, en la inmoralidad de pasiones deshonestas. Resulta por ello un tanto paradójico que el espíritu de este convenio haya sido rescatado después por grupos feministas para defender el abolicionismo, cuando en la época en la que se firmó, la marginación social de las prostitutas era una de las más graves formas de discriminación contra la mujer.

El Protocolo de Palermo¹⁹ parece adoptar la perspectiva según la cual es preciso distinguir entre explotación sexual y prostitución libremente consentida, ya que circunscribe el castigo de la trata, en su artículo 3 a) a los casos de explotación con el recurso a algunos de los siguientes medios: coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Además, en las letras b) y c) de este artículo se refieren al consentimiento de la siguiente manera:

- En el caso de los mayores de edad, el consentimiento de la víctima de la trata de personas no se tendrá en cuenta cuando estemos ante un consentimiento referido a las actividades de explotación descritas en la letra a).
- En el caso de los menores, la trata se castiga en todo caso, siendo por tanto el consentimiento irrelevante.

¹⁸ En el artículo 2 añade: *Las Partes en el presente Convenio se comprometen asimismo a castigar a toda persona que: 1) Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento; 2) Diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena.*

¹⁹ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 2000, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden la protección de las víctimas

De todo ello cabe inferir que según este instrumento internacional quedan fuera de los supuestos de la trata y de la explotación sexual los casos de prostitución libremente consentida, en los que no se da alguna de las fórmulas arriba indicadas. Es preciso advertir, no obstante, que la “explotación” a la que se refiere el artículo 3 a) no sólo comprende los casos de coacción por la fuerza, sino que incluye también otras modalidades, como son la de engaño, abuso de poder o de situación de vulnerabilidad (que realmente abarcan también las situaciones en las que el abuso se realiza a través de un tercero que ejerce la autoridad sobre la víctima a cambio de un precio). Y esto es importante tenerlo en cuenta, porque sería un error deducir que es prostitución libremente consentida aquélla que se practica desde una situación de vulnerabilidad, de la que abusa el proxeneta o traficante, fórmula amplia que permite la persecución de estos hechos sin tener que demostrar una estricta situación de coacción.

En sentido similar, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos,²⁰ circunscribe los casos de trata y explotación punibles a aquellos en los que se utiliza la fuerza o cualquier otra forma de obligación, rapto, fraude, engaño, abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Igualmente, especifica que el consentimiento del adulto se considerará irrelevante cuando se utilice en la explotación y trata alguno de los medios más arriba descritos, mientras que en el caso de los menores no se concede relevancia alguna al consentimiento.²¹

Por último, la Directiva de la Unión Europea, de 5 de abril de 2011²² contiene una regulación también parecida, al definir la trata como la “captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas”, empleando los recursos a los que también se referían los instrumentos internacionales antes examinados. Contiene a su vez disposiciones prácticamente idénticas, con relación a la trascendencia del consentimiento.

En consecuencia, hay que concluir que en Derecho Internacional se han impuesto las siguientes directrices político-criminales:

²⁰ Adoptado en Varsovia, el 16 de mayo de 2005.

²¹ Véase el artículo 4 del Convenio.

²² Directiva 2011/36/UE del Parlamento y del Consejo, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

- La trata de seres humanos (con diversos fines de explotación, entre ellos la sexual) es un hecho que ha de castigarse con un rigor proporcionado a su considerable gravedad, atendida la vulneración de derechos humanos que estos actos representan.²³
- La trata (o tráfico) ha de ser contemplada diferenciando entre sus víctimas a los adultos y a los menores. En el caso de los adultos, la trata punible (también el tráfico sexual) es aquella que se lleva a cabo con determinados medios de coacción o abuso. Esto significa que si estamos ante conductas libremente consentidas entre adultos, no cabe hablar de explotación. Ahora bien, tampoco esto quiere decir que la explotación requiera en todo caso violencia u otra forma de coacción, ya que el consentimiento también será inválido en distintas modalidades de “abuso.” A este respecto, es importante destacar que la Directiva de 2011, de la Unión Europea, ha afinado un poco más en esta cuestión al definir la situación de vulnerabilidad, que se daría “cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso.”
- En el caso de los menores, el consentimiento no se considera válido en ninguno de los casos: habrá explotación y trata aunque no se empleen los medios descritos de coacción o abuso.

¿Se adecúa la legislación española a lo previsto en los instrumentos internacionales? ¿Es cierto, como se señala en algunos de los reportajes periodísticos y estudios sociológicos analizados más arriba, que la prostitución se encuentra en España en un limbo jurídico?

5. La regulación de la prostitución, la explotación sexual y el tráfico de personas en el Código Penal Español

Podemos empezar por rechazar con contundencia la idea de que la situación de la prostitución en España es la de una especie de “limbo jurídico”, porque mantener esta tesis sin precisar adecuadamente su contenido puede consolidar la opinión de que la explotación sexual no está perseguida en nuestro país, irresponsabilidad que

²³ En este sentido, la Directiva de la Unión Europea prevé, en su artículo 4, que estos hechos se castiguen con penas en las que el límite máxima del marco penal sea de al menos cinco años (lo que permite su consideración como hechos de delincuencia organizada), llegándose a la cifra de 10 años (como mínimo) en los casos de menores u otras víctimas particularmente vulnerables, cuando estemos ante una red organizada, cuando se ponga en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima o se le cause daños particularmente graves, o cuando se emplee violencia.

Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden la protección de las víctimas

representaría un señuelo para que las redes organizadas invadieran nuestro territorio, como parece que en parte ha ocurrido.

La explotación sexual y la trata de personas con fines de explotación sexual son delitos castigados en nuestro Código penal sin ningún tipo de reserva. Por tanto, es completamente inexacto afirmar que el ejercicio de la prostitución carezca de regulación alguna. Sí es cierto que, a diferencia de lo que ocurre en otros países, no existe reglamentación del ejercicio de la prostitución en sí mismo, ni para regularlo ni para prohibirlo.²⁴

Pero el Derecho Penal regula el fenómeno de la prostitución claramente. El capítulo V del título VIII del código penal (título referido a los “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”) recoge los “delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores.” Como ya se ha señalado, el ejercicio de la prostitución en sí mismo dejó de ser delito en España tras la Ley 22/1978, de Reforma del Código Penal, que derogó los artículos 449 a 452, que sí castigaban la práctica de la prostitución, abandonándose desde entonces el modelo prohibicionista. Ahora bien, el sistema de punición que se mantuvo estaba claramente inspirado por la línea político criminal derivada del Convenio de Lake Success de 1949, tipificándose numerosas figuras de cooperación o favorecimiento de la prostitución ajena, sin diferenciar entre los casos de menores y mayores de edad, y sin tener en cuenta el consentimiento de las personas prostituidas.²⁵ Cabe afirmar, pues, que en este modelo la sanción penal se asentaba en un reproche más bien moral hacia la prostitución.

²⁴ Con respecto de esta cuestión, la regulación administrativa y laboral de la prostitución, sobre la que no es posible entrar en este trabajo, cabe señalar la existencia de diversos modelos: el prohibicionista, que impide cualquier regulación al sancionarse penalmente a los proxenetas, a los clientes y a las personas que ejercen la prostitución, vigente, por ejemplo, en buena parte del territorio de Estados Unidos; el reglamentista – legalizador, que confiere un estatus específico a la prostitución libre, reconociéndose derechos laborales a las prostitutas (por ejemplo, en Holanda, Alemania, Nueva Zelanda o Australia); el abolicionista, que castiga a proxenetas y clientes, pero no a las personas que se prostituyen (por ejemplo, en Suecia); y el modelo “alegal”, que evita cualquier regulación administrativa de la prostitución, como es el vigente en España. Cabe afinar aun más sobre esta clasificación, y admitir un “abolicionismo reglamentista”, que según Silvia GAY es el vigente en Italia o en Francia (GAY HERRERO, S., “Fórmulas jurídicas reconocedoras de los derechos profesionales de las trabajadoras sexuales”, en SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Prostitución y trata*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 144 y ss.). Sobre estos modelos, más ampliamente, cfr. CARMONA CUENCA, E., “¿Es la prostitución una vulneración de derechos fundamentales?”, en SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Prostitución y trata*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 50 y ss.

²⁵ Por ejemplo, el artículo 452 b a) castigaba al que “cooperare o protegiere la prostitución de una o varias personas” y el artículo 452 bis d), tal vez de manera redundante, tipificaba la conducta los que cooperaban en la prostitución de otras facilitando el local para su ejercicio o “sirviendo” de algún modo al fin de la prostitución en dicho local.

El legislador español de 1995 partió de una perspectiva distinta, distinguiendo claramente entre dos situaciones: en primer lugar, en el artículo 187 del código penal (CP) se tipificaban diversas conductas relacionadas con la promoción o el favorecimiento de la prostitución de los menores o incapaces, para cuya punición es irrelevante el consentimiento; en segundo lugar, el artículo 188 CP se refería, en sus dos primeros números, a la prostitución de los mayores de edad, pero el castigo se circunscribía a las personas que determinan esa clase de prostitución *por medio de violencia, intimidación, engaño o abuso*. Esta regulación resultaba coherente con la sistemática del título VIII del CP: en el caso de los mayores de edad el bien jurídico protegido es la libertad sexual y en el de los menores tanto la libertad como la indemnidad, entendida como el derecho a un desarrollo psíquico y físico en situación de normalidad.

La reforma de 2003 representó claramente una vuelta al modelo abolicionista. Ante el debate creado en torno al tratamiento de la prostitución, por el aumento de las mafias de explotación sexual en España, el legislador volvió a tipificar el delito de proxenetismo para los casos de prostitución libremente ejercida, en el artículo 188.1 CP, último inciso, al disponer: “En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.”²⁶ Es importante destacar que esta medida no ha conseguido acabar con las mafias de explotación (éstas han aumentado su actividad en los últimos años), lo que hace dudar de su idoneidad para combatir el tráfico sexual.²⁷

La Ley 11/2003, de Reforma del Código Penal, tipificó dentro del título “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”²⁸ una serie de delitos

²⁶ Como destaca CARMONA CUENCA, E., *Op. Cit.*, p.59, las organizaciones feministas en España partidarias del abolicionismo consideraban que la regulación del Código Penal de 1995 había facilitado la expansión del tráfico en España.

²⁷ Tampoco es posible afirmar que el prohibicionismo vigente en la mayoría del territorio de Estados Unidos haya conseguido acabar con la prostitución y los resultados de la experiencia abolicionista en Suecia son también discutidos. Es este país, desde la corriente abolicionista se defendían los positivos resultados de la Ley de prohibición de compra de servicios sexuales: disminución en el número de mujeres prostituidas, estabilización del número de mujeres traficadas, sentimiento de satisfacción de la mayoría de la sociedad sueca, son algunos de los efectos destacados por EKBERG, G.: “The Swedish Law That Prohibits the Purchase of Sexual Services. Best Practices for Prevention of Prostitution and Trafficking in Human Beings”, *Violence Against Women*, 10, 2004, pp. 1196 y ss. Sin embargo, otros autores creían que los resultados relativos eran más discutibles, ya que existían claros indicios de un aumento de la prostitución marginal, más invisible.

²⁸ Este Título, el XV bis, había sido introducido por la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden la protección de las víctimas

que castigan el favorecimiento o promoción del tráfico ilegal o la inmigración con fines de explotación sexual. Este modelo de punición de la trata no era el más adecuado. Por un lado, se incluyó en un título, el nuevo XV bis, en sí mismo ya controvertido, puesto que, con la venia de la defensa de los derechos de los ciudadanos extranjeros, se castigaban con penas similares conductas de calado muy diverso, como puede ser la explotación y tráfico de los inmigrantes realizada con coacción o abuso y la simple facilitación humanitaria de la llegada del inmigrante. Como se destacó por la doctrina, más que una respuesta al fenómeno de la trata, lo que el legislador parecía querer reprimir es una inmigración sexual no deseada, con independencia del consentimiento de las personas involucradas.²⁹ Por otra parte, resultaba también criticable que el tráfico sexual de personas adultas se castigara únicamente en este título, circunscribiendo la respuesta penal a los casos de víctimas extranjeras que hubieran llegado a España de otros países. Como es sabido, la trata sexual opera mayoritariamente importando mujeres de los países pobres a los ricos, pero también cabe percibir en todo este fenómeno un tráfico interior no necesariamente ligado a la inmigración.³⁰

La reforma de 2010 ha mejorado considerablemente esta situación. Siguiendo las directrices internacionales al respecto, ha separado los delitos de trata de seres humanos y los relacionados con la inmigración clandestina: el tráfico de seres humanos es un fenómeno lo suficientemente grave y complejo como para merecer una regulación autónoma, que ahora se le dispensa en un nuevo Título VII bis, en el que se acoge un amplio concepto de tráfico de personas con fines diversos, ya sea en territorio español, desde España, en tránsito o con destino a ella, siempre y cuando, en el caso de los adultos, se empleen los siguientes medios (en el supuesto de los menores se castiga siempre, con independencia del consentimiento): violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.³¹

²⁹ En este sentido, MAQUEDA ABREU, M.L., "Hacia una nueva interpretación...", *Op. Cit.*, p. 2.

³⁰ La respuesta del legislador para la trata de adultos, por otra parte, no se correspondía con la elegida para el tráfico de menores, que sí se castigaba con independencia de que estuviera ligado o no a la inmigración ilegal.

³¹ Las conductas de tráfico, según el nuevo art. 177 bis CP, son las de captación, transporte, traslado, acogimiento, recepción o alojamiento de las personas traficadas, con alguno de los siguientes fines:

- a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluida la pornografía.
- c) La extracción de sus órganos corporales.

En todas estas conductas se exige el empleo de la coacción, el engaño o el abuso, en los términos más arriba expuestos, de modo que en estos casos el consentimiento es irrelevante.

El artículo 177 bis diferencia esta situación de la prevista para los menores:

- En el caso de los menores no se precisa la coacción, el engaño o el abuso, sino que basta con probar el tráfico.

Tanto la exposición de motivos de la ley de 2010, que insiste en que una de las razones de la reforma es la de adecuar las normas penales internas a las directrices europeas, como una interpretación sistemática de los preceptos afectados y de la nueva regulación de la trata, contribuyen a corroborar que el legislador parece optar por la línea político criminal que diferencia entre prostitución, explotación sexual y trata de personas. Sin embargo, la reforma de 2010 ha dejado intacto el artículo 188 del Código Penal, de manera que, en principio, se sigue previendo una misma pena para los casos de coacción y abuso que para aquellos en los que la prostitución se ha ejercido de forma libre entre adultos.

Hay que hacer notar que la mayoría de la doctrina penalista que se ha pronunciado al respecto ha mostrado su desacuerdo con esta regulación y ha ensayado distintas interpretaciones que intentan restringir el ámbito de aplicación del tipo. Si tenemos en cuenta las directrices contenidas en el Protocolo de Palermo, el Convenio del Consejo de Europa o la Directiva de 2011 de la Unión Europea, cabe mantener que en Derecho Internacional la “explotación sexual” es una expresión que se reserva (cuando estamos ante adultos) para los casos en los que se emplea coacción, engaño o abuso. Bajo esta perspectiva, difícilmente puede entenderse la redacción del artículo 188.1 segundo inciso, que castiga al que “se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”. Porque, ¿a qué fenómeno se está refiriendo el legislador español cuando alude a la explotación de la prostitución ejercida de forma consentida?

Para salvar estas dificultades, Maqueda Abreu propone asimilar la explotación a la que se refiere el precepto analizado a un abuso de carácter más bien laboral. Esta autora parte de la consideración de que en los casos en los que no hay coacción o abuso es realmente difícil encontrar una *ratio* que no sea la política abolicionista que mantiene una supuesta defensa de la dignidad de las víctimas, por encima de su decisión libre. Por lo que, concluye Maqueda, parece que lo que se pretende es negar a la prostitución la posibilidad de verse convertida en un trabajo regulado. Dando la vuelta a este objetivo, que rechaza, Maqueda propone que precisamente “el polémico precepto podría quedar destinado a reaccionar frente a esas situaciones – cada vez más habituales – en que, habiéndose pactado con personas extranjeras el traslado a nuestro país para ejercer la prostitución en

-
- Además, la pena es más grave (para la trata de adultos, la pena del tipo básico es de cinco a ocho años; para los menores, de ocho a doce años).

Se recogen también otras agravaciones para los casos de grave peligro para la víctima, especial vulnerabilidad de ésta, condición específica del autor como autoridad, agente de ésta o funcionario público y pertenencia a una red organizada.

Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden la protección de las víctimas

unas determinadas condiciones, una vez llegadas aquí éstas se modifican en su perjuicio y, pese a todo, fueran aceptadas, de modo que pudiera afirmarse que la práctica de la prostitución no es coactiva sino consentida". Por tanto, su propuesta es la aproximar explotación sexual a explotación laboral, derivada de las condiciones abusivas que, no obstante, son aceptadas por la prostituta³².

Otros autores, sin embargo, creen que la "explotación" a la que se refiere el segundo inciso del artículo 188.1 CP no puede ser diversa a la contenida en el primer inciso: para no caer en redundancias, la ley se estaría refiriendo aquí a aquellos sujetos que no han utilizado la coacción o el engaño, pero que se lucran con el ejercicio de la prostitución de otras personas que han sido previamente coaccionadas por terceros.³³

¿Cuál de estas soluciones es preferible? Pasemos ya a la valoración y a las conclusiones finales.

6. Valoración y conclusiones finales

Teniendo en cuenta los problemas de interpretación del artículo 188.1 CP, al no definir claramente (desoyendo las directrices internacionales) las conductas de explotación sexual y al castigar con la misma pena hechos que tienen un desvalor diverso, resultan loables las propuestas de interpretación restrictiva antes analizadas, en una y otra dirección (aunque en nuestra opinión tendría más utilidad social la propuesta realizada por Maqueda Abreu, ya que las conductas a las que se refiere Gómez Tomillo pueden ser perfectamente castigadas teniendo en cuenta el primer inciso del precepto).

Ahora bien, no parece que queden dudas sobre el propósito del legislador de 2003 cuando añadió este inciso, según el cual se castiga a los que se lucran explotando la prostitución ajena aún con el consentimiento de las personas involucradas. Ni tampoco, como también han señalado los autores analizados, sobre la influencia del movimiento abolicionista para impulsar esta perspectiva. En dos ocasiones, 2003 y 2007, diversas Comisiones en el Congreso y en el Senado finalizaron sin ningún tipo de iniciativa concreta, al imponerse las opiniones de los que se oponían a la regulación administrativa de la prostitución o a cualquier

³² Cfr. MAQUEDA ABREU, M.L., "Hacia una nueva interpretación...", *Op. Cit.*, pp. 2 y ss.

³³ Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., "El delito de lucrarse explotando la prostitución ajena", *Diario La Ley*, 12 de marzo de 2007, pp. 1590 y ss.

cambio en el CP.³⁴ Es difícil saber, ante la falta de trabajos sociológicos o de encuestas fiables sobre este tema, cuál es la opinión de mayor peso entre la población española, pero lo que sí es cierto es que en los últimos años en España las tesis abolicionistas al menos se han hecho oír con mayor fuerza. Esto no implica que los colectivos de prostitutas que se han pronunciado sobre esta cuestión no lo tengan también claro: de forma unánime su postura es diferente a la de los abolicionistas, pues aunque defienden la punición de la trata y la explotación, se muestran a favor de la regulación y la “dignificación” del ejercicio de la prostitución.³⁵

En nuestra opinión, la cuestión esencial es la de si las tesis abolicionistas resultan compatibles con los fines que orientan el Derecho Penal y que limitan el “ius puniendi”. Esencialmente con dos: el principio de ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos y el principio de subsidiariedad (en relación con el de eficacia).

Comencemos con el principio de ofensividad. Según el criterio mayoritario en la doctrina penal, la lesión de un bien jurídico es el presupuesto de la punibilidad³⁶, lo que, entre otras cosas implica la exclusión de la punición de las meras inmoralidades, o comportamientos contrarios a una determinada moral. En la actualidad, el debate en torno a la prostitución se ha desplazado, como ya se ha comentado, desde los límites de la defensa de la moral a la discusión en torno a si la protección de la dignidad debe llevarse al punto de impedir la regulación de una actividad consentida entre adultos. Al respecto convendría destacar que a pesar de la importancia del consentimiento, éste no es el único elemento a tener en cuenta: en determinadas ocasiones, como en las agresiones contra la integridad física o la vida, la mayoría de las legislaciones llegan a una posición de equilibrio según la cual el consentimiento no es totalmente irrelevante, pero tampoco permite una

³⁴ En el año 2003, diversas ONG's y asociaciones de mujeres presentaron 3.100 firmas a favor de la abolición, oponiéndose a la regulación de la prostitución. En 2006, la asociación progresista de jueces españoles “Jueces para la Democracia” manifestó en un comunicado su adhesión al abolicionismo, al entender que cualquier forma de prostitución es contraria a la dignidad humana. Una nueva comisión en el Congreso, en 2007, finalizó con la recomendación de que no se legalizara la prostitución al entender que tal medida entraría en colisión con la Constitución, concretamente con los artículos 9 y 14.

³⁵ Así, por ejemplo, el colectivo Hetaira reclama la necesidad de que se escuche realmente a las prostitutas. De tal modo que aquellas que quieran abandonar la prostitución puedan hacerlo y contar con las medidas que faciliten su incorporación a otra actividad laboral. E, igualmente, las que decidan seguir ejerciéndola, puedan hacerlo en mejores condiciones que con las que cuentan en la actualidad.

³⁶ Por todos, cfr. ROXIN, C., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?”, en HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 443 y ss.

Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden la protección de las víctimas

completa disponibilidad del bien jurídico (de este modo, se permiten algunos supuestos de eutanasia pasiva, se castiga al que coopera en el suicidio con una pena menor que a la cooperación en el homicidio, el consentimiento sirve de atenuante o de eximente en las lesiones dependiendo del ámbito en el que se produzcan). Además del consentimiento es preciso tener en cuenta una ponderación con otros valores que confluyen: el abolicionismo impide la regulación de la prostitución para que no se lleve a cabo una actividad que sin embargo sí se quiere ser realizada por otra persona (recordemos que no hay debate en los casos de explotación y trata). Estamos por tanto ante una colisión entre la libertad y la “dignidad”, según esta perspectiva.

La cuestión, por tanto, es: ¿en esa ponderación ha de prevalecer la salvaguarda de una determinada comprensión de la dignidad sobre el ejercicio de la libertad? Hemos visto que desde un sector del feminismo se defiende precisamente que sí, que esa es la única solución posible.³⁷ Sin embargo, también un considerable número de colectivos feministas opuestos al abolicionismo y de personas que ejercen la prostitución niegan que el ejercicio consentido de la prostitución represente un acto que menoscabe su dignidad³⁸. Rey Martínez/Mata Martín/Serrano Argüello llegan a una posición “neutral” cuando concluyen que la Constitución y el postulado de dignidad personal ni prohíben la prostitución ni impiden su eventual prohibición legislativa, ni obligan a su reconocimiento como trabajo, sino que permiten una amplia libertad de configuración por parte del legislador, que puede interpretar en cada momento y optar por uno u otro modelo de legislación.³⁹

³⁷ Además de las autoras más arriba citadas, véanse las obras de referencia de MACKINNON: “Prostitution and Civil Rights”, en *Michigan Journal of Gender & Law*, 22, 1993, p. 13 y ss. O HALLEY/KOTISWARAN/SHAMIR/THOMAS, “From the international to the local in feminist legal responses to rape, prostitution/sex work, and sex trafficking: four studies in contemporary governance feminism”, en *Harvard Journal of Law & Gender*, 29, 2006, pp. 348 y ss. Sobre esta cuestión, no obstante, han expresado sus dudas autores desde perspectivas diferentes. De forma clara, la constitucionalista CARMONA CUENCA, E. *Op. Cit.*, p. 69, cree que la prostitución representa en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad de las mujeres prostituidas. Desde una perspectiva más ambigua, JAREÑO LEAL sustituye sus conclusiones por una declaración del Senado francés que señala: “No es raro oír que las prostitutas son libres, que han elegido su estado. Esta visión, indudablemente confortable y disculpabilizadora para la sociedad es completamente falsa: por una parte, la prostitución sin proxenetismo es muy marginal, y por otra ¿quién optaría conscientemente por un destino de alienación?” (cfr. JAREÑO LEAL, M.A., “La política criminal en relación con la prostitución: ¿abolicionismo o legalización?”, en SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Prostitución y trata*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 82)

³⁸ Sobre este punto de vista, vid. ARONSON, “Seeking a consolidated feminist voice for prostitution in the US”, en *Rutgers Journal of Law & Urban Policy*, 3, 2006, pp. 365 y ss.

³⁹ Cfr. REY MARTÍNEZ, F./MATA Y MARTÍN, R./SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución y Derecho*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 70 y ss.

Sin embargo, en su análisis Rey, Mata y Serrano no tienen en cuenta que según las teorías mayoritarias en la actualidad, la dignidad es un valor intrínseco de toda persona, y éste, a nuestro juicio, no se ve afectado por ejercer la prostitución. Precisamente, el reconocimiento a esa dignidad insoslayable es lo que reclaman los colectivos de prostitutas. Ante una cuestión tan difusa, ¿cómo oponer que existe una ofensividad considerable de bienes jurídicos esenciales, que permite no sólo la limitación de libertad derivada de la prohibición indirecta de la prostitución (al negar la regulación) sino también la utilización de la fuerza coactiva del Derecho Penal? Y es que en este punto convendría insistir en que una cosa es el debate que con carácter general puede abrirse a favor o en contra de los límites en la realización pública de acciones que supuestamente menoscaban los propios derechos individuales y la “dignidad” y otra cosa muy distinta es la discusión sobre si esos límites han de ser de carácter jurídico penal.

Por supuesto, esta valoración arroja resultados muy distintos al valorar la intervención penal para castigar la trata y la explotación sexual con coacción, engaño o abuso: el grave atentado contra derechos individuales justifica sin discusión el uso de la pena.

Similares problemas a los antes descritos se plantean a la hora de ponderar la garantía de los principios de subsidiariedad y eficacia al utilizarse el Derecho Penal como respuesta a los casos de prostitución libremente ejercida. Hay que comenzar reconociendo que no es fácil demostrar cuáles son las consecuencias de una política despenalizadora, ya que, como hemos contrastado más arriba, las cifras de la prostitución en España son alarmantes y cabe conceder que la ley de 1995 pudiera haber tenido un efecto de “atracción” de las redes: las mafias controlan fuertemente a las personas que se prostituyen en el marco de su organización, hasta el punto de que difícilmente van a decir o no decir algo que no haya sido antes impuesto desde las redes. Igualmente cabe suponer que un país en el que no está claro si el proxenetismo no coactivo es delito y además la prostitución no está regulada es el paraíso de las mafias: la policía y los jueces no intervienen ante la imposibilidad de desmontar la presunción de inocencia y el lucro, en un mercado negro libre de impuestos, es desorbitado para los controladores de la red.

Ahora bien, sería un grave error creer que la expansión de la prostitución y los problemas de persecución tienen que ver únicamente con el modelo de regulación. En el año 2003 se recuperó en España un sistema abolicionista que no ha conseguido detener el crecimiento de las redes. Por tanto, España es un ejemplo claro de que el problema, que en nuestra opinión no es el de la prostitución sino el

Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden la protección de las víctimas

de las dificultades de persecución de los graves casos de explotación sexual y tráfico, no desaparece sólo con desearlo, reclamando, por ejemplo, la abolición, sino que es necesario emprender medidas realmente eficaces dirigidas a ello. Y aquí convendría detenerse y reflexionar sobre el principio de subsidiariedad que exige como mínimo ensayar otras alternativas antes de acudir al Derecho Penal.

Estas alternativas tampoco pueden ser en exclusiva las acciones aisladas de ONG's que procuran ayuda "caritativa" a las personas que optan por dejar la prostitución. De lo que se trata es de articular una actuación decidida por parte de los poderes públicos, en varios frentes, absolutamente complementarios (porque de otro modo, se fracasaría):

- Reglamentando en todo caso una asistencia social y sanitaria a las prostitutas (aunque transitoriamente se mantenga el abolicionismo),
- Despenalizando la conducta de terceros cuando la prostitución se ejerce libremente, pero sólo cuando
- Se esté en condiciones de regular adecuadamente el ejercicio de la prostitución, con los medios sociales idóneos para legalizar este ámbito y responder con la contundencia policial y judicial suficientes para interceptar los casos de tráfico coactivo o abusivo.

A pesar de que únicamente se esbozan estas propuestas, no creemos que sea realmente tan difícil dar estos pasos. Lo que en modo alguno se puede seguir manteniendo es un sistema que no protege a las víctimas, amparado en la hipocresía y en la paradoja de una ideología soberbia que cree tener la razón para defender a otros por encima de lo que esos otros desean.

Bibliografía

- ARONSON, "Seeking a consolidated feminist voice for prostitution in the US", en *Rutgers Journal of Law & Urban Policy*, 3, 2006.
- CARMONA CUENCA, E., "¿Es la prostitución una vulneración de derechos fundamentales?", en SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Prostitución y trata*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Compendio de Derecho Penal*, PE, Madrid, 2000.
- CEBERIO BELAZA, M. / DE CÓZAR, A., "Explotación sexual en España", *Diario el País*, 17, 18, 19 y 20 de mayo de 2009.
- EKBERG, G.: "The Swedish Law That Prohibits the Purchase of Sexual Services. Best Practices for Prevention of Prostitution and Trafficking in Human Beings", *Violence Against Women*, 10, 2004.
- GAY HERRERO, S., "Fórmulas jurídicas reconocedoras de los derechos profesionales de las trabajadoras sexuales", en SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Prostitución y trata*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GÓMEZ TOMILLO, M., "El delito de lucrarse explotando la prostitución ajena", *Diario La Ley*, 12 de marzo de 2007.
- HALLEY/KOTISWARAN/SHAMIR/THOMAS, "From the international to the local in feminist legal responses to rape, prostitution/sex work, and sex trafficking: four studies in contemporary governance feminism", en *Harvard Journal of Law & Gender*, 29, 2006.
- HUDA, S., "Prostitución: una provechosa forma de tráfico y las herramientas para combatirla", en VVAA, *Congreso Internacional Derechos humanos y prostitución*, Edit. Ayuntamiento de Madrid, Madrid, 2006.
- JAREÑO LEAL, M.A., "La política criminal en relación con la prostitución: ¿aboliciónismo o legalización?", en SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Prostitución y trata*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- MACKINNON: "Prostitution and Civil Rights", en *Michigan Journal of Gender & Law*, 22, 1993.
- MAQUEDA ABREU, M. L., *Prostitución, feminismos y Derecho Penal*, Edit. Comares, Granada, 2009.
- MAQUEDA ABREU, M. L., "Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual", *La Ley*, 27-02-2006.
- MARCOVICH, M.: "Siglo XXI: prostitución y derechos humanos. ¿Reivindicación?, ¿lucha?, ¿conquista?", en VVAA, *Congreso Internacional Derechos humanos y prostitución*, Edit. Ayuntamiento de Madrid, Madrid, 2006.
- PRIETO, J., "Comercio de cuerpos", *Diario El País*, 26, 27 y 28 de septiembre de 2005.

**Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden
la protección de las víctimas**

REY MARTÍNEZ, F./MATA Y MARTÍN, R./SERRANO ARGÜELLO, N.,
Prostitución y Derecho, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2004.

ROXIN, C., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?”, en HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ VALLEJO, M.A, “Explotación sexual”, *Diario El País*, de 15 de enero de 2008.

SERRA CRISTÓBAL, “Mujeres traficadas para su explotación sexual y mujeres trabajadoras del sexo. Una recapitulación de la cuestión”, en SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Prostitución y trata*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

www.rae.es