



¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual

Mercedes Alonso Álamo

*Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Valladolid*

«Se podría discutir sobre la dignidad y la degradación –replicó Naphta–. Pero, para comenzar, me consideraré satisfecho si esas conjeturas le llevan a tratar de la libertad no como un bello gesto, sino como un problema».

Thomas Mann. La montaña mágica.

SUMARIO: *Previo debate de la cuestión de si corresponde al Derecho penal la protección directa de la dignidad o sólo concreciones de la misma, se procede al examen de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual, en línea histórica y actual. Se somete a crítica la intelección de los delitos relativos a la prostitución desde la perspectiva de la libertad sexual y se postula su intelección desde la perspectiva de la dignidad (y/o la integridad moral), secularizada, positivada en la historia y entendida objetivamente, con independencia de la autonomía de la voluntad.*

PALABRAS CLAVE: *Prostitución. Trata de personas. Dignidad. Integridad moral. Libertad sexual.*

SUMMARY: *The issue is first addressed as to whether Criminal Law ought to be concerned with the direct protection of dignity, as distinct from the protection of concrete manifestations of dignity. We examine offences related to prostitution and trafficking in persons for sexual exploitation, both in history and currently. A critique is presented of the approach to prostitution-related offences from the point of view of sexual freedom. We favour an alternative approach, based on dignity and/or moral integrity. Here dignity is understood in a secular manner, made positive through history and objective, i.e. independent of the autonomy of free will.*

KEY WORDS: *Prostitution. Trafficking in persons. Dignity. Moral integrity. Sexual freedom.*

1. En este trabajo se replantea la vieja cuestión de si la dignidad de la persona puede y debe ser (y en su caso, si es) objeto de protección directa, inmediata, por el Derecho penal. Ello obliga a reconsiderar la relación entre dignidad de la persona y derecho a la integridad moral. El problema se aborda a propósito de los delitos relacionados con la prostitución y la trata de personas para la explotación sexual pero tiene, sin duda, un alcance más amplio.

Las dificultades para definir la dignidad se han puesto de relieve repetidas veces. Partimos de la afirmación, por lo general aceptada, de que la dignidad es lo específicamente humano y de que de la dignidad derivan y en ella descansan los derechos personalísimos en sentido jurídico civil (vida, integridad, libertad, honor, intimidad...), o los derechos humanos, en su dimensión constitucional. Es preciso constatar que el concepto de dignidad no es unívoco y que, a lo largo del tiempo, se han elaborado con-

ceptos que, en último término, pueden reducirse a dos: el que afirma la superioridad del hombre sobre los demás seres vivientes (y que se hallaría en la tradición cristiana y en la filosofía moral kantiana), y el que pone el acento en el reconocimiento de la humanidad sin necesidad de contraponerlo a seres vivientes inferiores, animales irracionales y vegetales¹. Los distintos conceptos conducen, sin duda, a distintas consecuencias, pero, cualquiera que sea el concepto de que se parta, la dignidad remite siempre a lo “específicamente humano”.

La dignidad de la persona se erige hoy en principio político criminal limitador de las intervenciones del legislador. Ninguna ley o medida emanada del poder público puede estar en contradicción con la dignidad de la persona. La ley no respetuosa con la dignidad constituiría un “injusto legal”. Cerezo Mir ve en el respeto a la dignidad de la persona humana un principio material de justicia de validez *a priori*, de manera que un derecho positivo que infrinja el citado principio “carecerá de fuerza obligatoria y dada su injusticia será preciso negarle el carácter de Derecho”².

El reconocimiento de que la dignidad es inherente a la persona humana y de que de ella emanan los derechos fundamentales, unido a su consideración como principio material antepuesto a los citados derechos e inspirador de los valores reconocidos en la Constitución, ha llevado a sostener a un sector de la doctrina que al Derecho penal no le compete la protección directa de la dignidad sino concreciones de la misma: vida, integridad, libertad, honor, etc.

La protección de la dignidad estaría detrás de los tipos de delito que protegen bienes jurídicos fundamentales o, incluso, detrás de todo el Derecho penal, pero no sería susceptible de protección directa, inmediata. Así afirma Gracia Martín: “la dignidad humana no es ningún bien jurídico...”, “la dignidad humana es un atributo totalizador, una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas y espirituales *específicas* de la persona humana...”, “todo bien jurídico de carácter personalísimo: vida, integridad

física, salud personal, libertad, honor, etc., es reconducible finalmente a la dignidad de la persona...” pero la dignidad de la persona no puede ser un bien jurídico “del que pueda deducirse el contenido de injusto *específico* de un determinado comportamiento punible...”³. Y, en sentido semejante, señala Díez Ripollés que el concepto de dignidad personal es “poco adecuado para caracterizar un bien jurídico”⁴.

La significación constitucional de la dignidad de la persona, fundamento del orden político y de la paz social, de acuerdo con el artículo 10 CE, y su consideración como “principio material de justicia, de validez *a priori*, que representa un límite inmanente del Derecho positivo” conduce a Cerezo Mir a sostener que la dignidad no es susceptible de ser ponderada con otros intereses, no es un interés más, a incluir en la ponderación, a efectos de apreciar o no el estado de necesidad justificante: “el estado de necesidad será una causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar siempre que la conducta realizada no implique una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona humana” ... “cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar, pero se haya cometido una grave infracción del respeto debido a la dignidad de la persona humana la conducta será ilícita y cabrá frente a ella la legítima defensa”, “el estado de necesidad sólo podrá tener, en estos casos, la naturaleza de una causa de inculpabilidad”⁵.

Matizando esta formulación, señala Díez Ripollés que la dignidad de la persona ha de estar presente ya en la ponderación de intereses, modelando o dando forma a los mismos: “el respeto a la dignidad de la persona habrá de ser el marco en el que se producirá la ponderación de intereses, y no un mero mecanismo corrector a posteriori de ésta”⁶. Esta interpretación, subraya Díez Ripollés, permite que la referencia a la dignidad de la persona no quede “excesivamente en el aire, sin vinculación a intereses o bienes concretos”⁷.

1. Al respecto, ampliamente, Gallego García, Sobre el concepto y fundamento de la dignidad humana, en: Derecho Penal liberal y dignidad humana, Libro Homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez, coord. por Velásquez Velásquez, Temis, Bogotá, 2005, págs. 246 y ss.

2. Cerezo Mir, Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I, 6ª ed., tecnos, Madrid, 2004, pág. 20.

3. Gracia Martín, El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995, Actualidad Penal, 1996, págs. 581 y s.

4. Díez Ripollés, El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual, Estudios de Derecho Judicial, 21, 1999, pág. 242, y el mismo, en Comentarios al Código Penal. Parte Especial, I, tirant lo blanch, Valencia, 1997, pág. 178, y en Comentarios al Código Penal, Parte Especial, II, tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 242.

5. Cerezo Mir, Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II, 6ª ed., tecnos, Madrid, 1998, pág. 270.

6. Díez Ripollés, La huelga de hambre en el ámbito penitenciario, C.P.C., 1986, pág. 635.

7. Díez Ripollés, *loc. cit.*, nota 125, págs. 635 y s. La dignidad como “contenido nucleico” de los derechos fundamentales es destacada por Romeo Casabona al tiempo que reconoce la función informadora e interpretativa de la dignidad sobre los mencionados derechos, *vid.* Romeo Casabona, El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, págs. 67 y s.

Las posturas anteriores coinciden en que la dignidad de la persona no es un interés más, sino que tiene una posición central, nuclear, y en que de ella emanan los derechos esenciales de la persona. Están de acuerdo también en que, en la ponderación de intereses, la dignidad de la persona despliega una función fundamental, toda vez que no puede prevalecer ningún interés que implique un atentado a la misma. La discrepancia surge en torno a la consideración de la dignidad internamente a los bienes en conflicto en el marco de la ponderación de intereses, o *a posteriori* de ésta como “mero mecanismo corrector”.

Detrás de este debate late el problema de la relación de la dignidad con los bienes o intereses en que se concreta y, por otra parte, la tendencia a vincularla, en la ponderación de intereses, a cada bien o interés concreto para que no quede “excesivamente en el aire”.

La complejidad del concepto, o conceptos, de dignidad, su materialización en los derechos de la persona, la función informadora e interpretativa de los mismos, y su consideración como principio material de justicia limitador de las intervenciones punitivas del legislador e informador del ordenamiento jurídico, contribuye a sostener, en los términos de la doctrina antes citada, que la dignidad no puede ser protegida directamente por el Derecho penal y que protegibles son sólo los derechos o intereses en que se concreta.

2. Frente a las tesis anteriores cabe oponer dos planteamientos distintos que, sin embargo, desembocan en un mismo punto.

2.1. En primer lugar, cabría entender que (con independencia de su consideración como principio material de justicia, o como valor supremo que fundamenta e informa todos los derechos de la persona según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional) la dignidad, como es por lo general aceptado, es algo distinto a la suma de los derechos esenciales que de ella emanan y en los que se concreta, y que, en cuanto tal, es susceptible de ser protegida de forma directa, inmediata, por el Derecho penal.

Es decir, la protección penal de la dignidad no se agotaría en la protección de la vida, la integridad física, la integridad

moral, la libertad, el honor, la intimidad y otros derechos esenciales de la persona, pues siempre quedaría un “remanente”, lo específicamente humano, que podría ser menoscabado con independencia de que se atente o no contra la vida, la libertad, la intimidad, el honor, etc. Mirándolo desde otro ángulo, son de destacar las palabras de Romeo Casabona quien, después de sostener que la dignidad humana puede ser lesionada a través de o en conexión con la agresión de los concretos derechos fundamentales, afirma que no toda lesión de los mismos implica necesariamente la lesión de la dignidad⁸. De donde se deriva que la dignidad es algo que está detrás e informa los citados derechos, pero “algo” distinto. Dicho “remanente” o “residuo”, ese “algo” singular y distinto, que paradójicamente constituiría la esencia misma de la persona, podría ser directamente atacado por acciones que comporten la cosificación, instrumentalización, envilecimiento o humillación de la persona.

En la ponderación de intereses, la dignidad estaría detrás de los intereses en conflicto, informándolos. Así, no estaría justificada al amparo del estado de necesidad (y a lo sumo podría hablarse de una causa de exclusión de la culpabilidad), la lesión de una vida para salvaguardar la vida de varias personas, pues ello iría en contra de la dignidad: la persona sacrificada estaría siendo tratada como un instrumento y no como un fin en sí mismo.

En los eventuales delitos contra la dignidad, la persona sería degradada, humillada, envilecida, tratada como un instrumento, una cosa, (o un animal para quien parta de la filosofía moral kantiana).

2.2 En segundo lugar, cabría plantear, modificando el punta de vista anterior, si ese “remanente” al que hemos hecho referencia como lo “específicamente humano”, la esencia misma de la persona, se concreta, acaso, en el derecho a la “integridad moral”, reconocido en el artículo 15 de la CE.

En principio, la dignidad no se identifica ni confunde con los derechos en que se concreta. En particular debe subrayarse su autonomía frente al honor, lo que no siempre ha sido aceptado en la doctrina⁹. Más dudosa es la re-

8. Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, *cit.*, pág. 68. Por lo general se habla indistintamente de dignidad de la persona y de dignidad humana. Pero la dignidad de la persona (*Personwürde*) debe ser diferenciada del postulado de la dignidad del hombre (*Menschenwürde*), en tanto aspiración, lo todavía-no, aquello a lo que hay que tender, por lo que se debe luchar, y que, como tal, no es susceptible de protección por el Derecho Penal. Más ampliamente, Alonso Álamo, *Protección Penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales*, A.D.P.C.P., 1983, págs. 141 y s.

9. No vamos a reproducir el debate en torno a esta cuestión. Nos remitimos a lo que hemos sostenido frente a la tesis de Vives Antón, en Alonso Álamo, *Aproximación al bien jurídico protegido en los delitos contra el honor*, en: *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 911 y 913 y s. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no siempre aparecen delimitados con nitidez. Referencias al concepto de dignidad en la jurisprudencia constitucional pueden verse en Morillas Fernández, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 161 y 182.

lación entre la dignidad y el derecho a la integridad moral. La línea entre la dignidad y la integridad moral, si la hubiera, sería extremadamente fina. Lo que aquí se plantea es si con el reconocimiento del derecho a la integridad moral se está “concretando” el núcleo esencial, el último reducto, de la dignidad.

Con la introducción en el Código Penal de 1995 del Título VII del Libro segundo, de las torturas y otros delitos contra la integridad moral, se abrió en el ámbito penal una discusión, no cerrada todavía, acerca de lo que deba entenderse por integridad moral y su relación de identidad, autonomía o independencia con la dignidad. La bibliografía es numerosa¹⁰. Entre las publicaciones más recientes, proporciona amplia información, doctrinal y jurisprudencial, Pérez Machío quien, después de examinar las distintas posiciones sobre la integridad moral: como una manifestación de la dignidad, o como contenido esencial del derecho a la integridad personal, o como expresión de la voluntad individual, o como derecho que garantiza la prohibición de las torturas y de los tratos inhumanos y degradantes, concluye con rotundidad que no puede establecerse una relación de equivalencia entre dignidad e integridad moral “que impida su diferenciación y conceptualización autónoma”¹¹. Y, en efecto, conceptualmente es preciso distinguir la dignidad de la persona de la integridad moral toda vez que la dignidad planea sobre la integridad moral y también sobre los restantes derechos de la persona en que se concreta. Pero la cuestión es si la dignidad es *en último término*, en esencia, integridad moral.

El concepto de dignidad (cualquiera que sea el concepto de que se parta) es más amplio que el de integridad moral, se concreta en otros derechos (vida, libertad, honor...) y cumple otras funciones, pero su quintaesencia vendría dada por la integridad moral. La integridad moral sería la última positivación de la dignidad, su última concreción en un valor jurídico (con independencia de que la dignidad tenga también una dimensión moral¹²).

Los delitos contra la integridad moral contemplan acciones en que la víctima es negada como persona, humillada, degradada, envilecida, tratada como una cosa, (¿un animal?). Los delitos contra la integridad moral son, por ello, delitos contra el núcleo esencial de la persona, de la dignidad en tanto lo específicamente humano. De acuerdo con esto, la integridad moral debe entenderse objetivamente, como valor jurídico en sí, no dependiente de los sentimientos ni de la voluntad de la persona, ni tampoco enraizado en una determinada concepción moral o religiosa.

No siempre se acepta en la doctrina lo que acabamos de afirmar. En primer lugar, afirmamos que la integridad moral no es un sentimiento ni la conciencia del propio valor ni la consideración que una persona tiene de sí misma. Por el contrario, sostiene Muñoz Sánchez que el contenido de la integridad moral es el derecho de la persona a no sufrir “sensaciones de dolor” o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores¹³. Tal concepción implica una cierta subjetivización del concepto, al hacerlo depender de que la víctima experimente “sensaciones”

10. Amplia información sobre las distintas concepciones doctrinales y jurisprudenciales acerca de la integridad moral proporcionan: Díaz Pita, El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral, en: Estudios Penales y Criminológicos, XX, 1997, págs. 54 y ss., Rodríguez Mesa, Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos, Comares, Granada, 2000, págs. 157 y ss., Barquín Sanz, Delitos contra la integridad moral, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 50 y ss., García Arán, La protección penal de la integridad moral, en La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir, tecnos, Madrid, 2002, págs. 1241 y ss., Pérez Machío, El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen. Universidad del País Vasco, 2005, págs. 133 y ss., De la Mata Barranco/Pérez Machío, El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal, Revista Penal, nº 15, 2005, págs. 26 y ss., Gómez Tomillo, Tratamientos paliativos e integridad moral en el contexto de la eutanasia activa indirecta, La Ley, nº 6300, 2005, págs. 2 y s. Más información sobre las diversas posiciones doctrinales, Alonso Álamo, Aproximación al bien jurídico protegido en los delitos contra el honor, *cit.*, págs. 914 y nota 19 y 917 y s. y nota 30. Después de la incorporación al Título VII, con la reforma del Código Penal de septiembre de 2003, de las violencias habituales sobre personas especialmente vulnerables, *vid.* Alonso Álamo, ¿Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico? Observaciones a propósito del llamado derecho penal de género. Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 8 y s. donde apuntamos la discutible relación entre la integridad moral y la dignidad.

11. Pérez Machío, El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen, *cit.*, págs. 142 y ss., especialmente, pág. 161.

12. Acerca de la fundamentación ética de los derechos humanos, de lo inconveniente de la expresión “derechos morales”, procedente de la cultura anglosajona, y de la positivación *en la historia* de los derechos fundamentales, Peces-Barba, Escritos sobre derechos fundamentales, EUDEMA, Madrid, 1988, págs. 227 y ss., y el mismo, Curso de derechos fundamentales. Teoría general. Universidad Carlos III, Madrid, 1999, págs. 31 y ss, 156 y ss., y 347 y ss. Sobre la separación y la confusión entre derecho y moral, Ferrajoli, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, Valladolid, 1995, págs. 214 y ss.

13. Muñoz Sánchez, Los delitos contra la integridad moral, tirant lo blanch, Valencia 1999, pág. 24.

de dolor, sufrimiento, pérdida de autoestima, etc.¹⁴. Frente a este punto de vista cabe afirmar el derecho a la integridad moral oponible a conductas objetivamente vejatorias, humillantes o envilecedoras, con independencia de la mayor o menor capacidad de resistencia al dolor o al sufrimiento de la víctima, es decir, con independencia de las sensaciones de dolor que experimente, de la consideración que ésta tenga de sí misma, de su mayor o menor autoestima pues ésta, como es sabido, puede ser muy escasa o muy exagerada.

En segundo lugar, la integridad moral no depende de la voluntad de la persona y es irrenunciable. Los ataques a la integridad moral no son ataques a la voluntad. La integridad moral se reconoce a toda persona por el mero hecho de serlo. Por el contrario, sostiene Díaz Pita que la integridad moral “es una de las expresiones de la dignidad humana, en el sentido de configurar, de forma voluntaria, pensamientos, ideas o sentimientos sin que nadie pueda alterar dicha configuración utilizando métodos o procedimientos contrarios a esa voluntad”, lo que le lleva a afirmar que el delito de atentado contra la integridad moral “se restringe a aquellos comportamientos que, por un lado, se dirigen a doblegar la voluntad del sujeto pasivo y, por otro a la causación de una vejación”¹⁵. A la finalidad de doblegar la voluntad de la víctima se refiere también De la Cuesta Arzamendi, invocando doctrina jurisprudencial, si bien en términos que parecen apuntar a un específico elemento subjetivo: “la intención de vejear y doblegar la voluntad del sujeto”. Así cuando De la Cuesta define los tratos degradantes, a efectos del artículo 173, como “los comportamientos incidentes en la esfera corporal o psíquica de otros, dirigidos a contrariar o negar radicalmente su voluntad, obligándole de manera ilegítima –mediante el empleo de fuerza física, intimidación o con aprovechamiento o abuso de situaciones de superioridad formal o fáctica o, incluso, por medio del engaño– a hacer u omitir algo o a soportar una situación o condiciones injustas y que, comportando normalmente cierto padecimiento físico y/o psíquico, sean potencialmente constitutivos de grave humillación o vejación de la víctima”¹⁶. Frente a la tesis que reclama el doblegamiento de la voluntad, afirman De la Mata Barranco/Pérez Machío, a nuestro juicio acer-

tadamente, que ni del concepto de integridad moral ni de la descripción típica del delito de trato degradante se deriva la exigencia de que se afecte la autonomía de la voluntad. Así, puede haber trato degradante sin ataque a la voluntad¹⁷. De conformidad con todo lo anterior, la integridad moral no es un bien disponible.

Finalmente, la expresión “integridad moral”, no demasiado afortunada, debe entenderse referida a la esencia última de la persona, a lo propiamente humano, al valor en sí de la persona, con independencia de consideraciones morales o religiosas. No se trata, por tanto, de proteger una determinada representación moral o la moral social dominante, ni de un desplazamiento al ámbito de la moral, ni menos aún de una manifestación de integrismo moral, cuanto de proteger la esencia de la persona, lo que se materializa en el interés a ser tratado como persona, manifestación última y esencial de la dignidad.

2.3 En definitiva, la cuestión se reduciría a establecer si la dignidad *es en último término* integridad moral siendo la integridad moral una concreción (como la integridad física, la vida, el honor...) de la dignidad (como se deriva de su reconocimiento expreso en el artículo 15 de la CE junto a la vida y a la integridad física): de esta manera la protección del núcleo esencial de la dignidad no queda “excesivamente en el aire”.

Los dos planteamientos anteriores conducen a una misma posición: el reconocimiento del interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como una cosa, (¿un animal?), a no ser humillada, degradada, envilecida, cosificada. Este es un interés jurídico merecedor de protección por el Derecho penal y que, en ningún caso, debe confundirse con un intento de protección de la moralidad ni con una infiltración encubierta de la moral.

Partiendo de estas premisas procedería enfrentarse críticamente a la regulación vigente de los delitos contra la integridad moral en el Título VII del Libro segundo del Código penal. Pues, dado que ni la sistemática del Código ni la rúbrica de los títulos son definitivamente vinculantes para el intérprete, bien pudiera suceder que no todos los delitos comprendidos en el Título sean, en rigor, delitos

14. Por el contrario, afirmando que la dignidad humana es un valor objetivo relacionado con el reconocimiento como persona y con el derecho a ser tratado como tal, García Arán, La protección penal de la integridad moral, *cit.*, pág. 1246. Para otra información doctrinal, De la Mata Barranco/Pérez Machío, El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal, *cit.*, pág. 26.

15. Díaz Pita, El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral, *cit.*, págs. 74 y 84.

16. De la Cuesta Arzamendi, Torturas y otros atentados contra la integridad moral, en: Estudios Penales y Criminológicos, XXI, 1998, págs. 82 y s.

17. De la Mata Barranco/Pérez Machío, El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal, *cit.* pág. 28.

contra la integridad moral¹⁸, o que, fuera del Título, se hallaren genuinos delitos contra la integridad moral en tanto última positivación de la dignidad.

En las páginas que siguen se plantea la cuestión de si los delitos relacionados con la prostitución ajena y la trata de personas para la prostitución son delitos contra la dignidad (que no contra la moralidad, e insistimos en ello pues observamos una tendencia sutil al desplazamiento desde la dignidad hacia la moralidad) o, en los términos anteriores, contra la integridad moral despojada, insistimos una vez más pues la expresión “integridad moral” puede conducir a equívocos, de toda connotación moral o religiosa.

3. El problema del bien jurídico protegido a través de los delitos relacionados con la prostitución debe ser abordado a la luz de la historia legislativa, pero con una mirada nueva a efectos de descubrir si dichos delitos quedaron “atrapados” en el ámbito de los delitos sexuales, por razones histórico culturales y legislativas, y si este planteamiento ha empezado ya a hacer crisis.

Por otra parte, la discusión en torno al tratamiento jurídico de la prostitución excede del ámbito estrictamente penal y se halla en estrecha relación con la concepción o modelo del que se parta y que puede ir desde la tesis liberal pura para la cual la prostitución es un asunto individual y, por tanto, el Estado no debe intervenir en absoluto (modelo de liberalización máxima), hasta la tesis prohibicionista extrema según la cual se debe incriminar incluso la prostitución en cuanto tal (modelo prohibicionista), pasando por modelos intermedios como el abolicionista según el cual la prostitución no es delito (la prostitución es oficialmente “ignorada”) pero se incriminan las conductas de terceros relacionadas con la prostitución ajena, o el modelo reglamentista que parte de que a la prostitución se unen problemas sanitarios, de orden público, laborales, etc. y, por tanto, si se ejerce libremente, debe estar

regulada, reglamentada, incriminándose determinadas conductas de terceros atentatorias contra la libertad.

El predominio de las tesis reglamentistas durante el siglo XIX y hasta la década de los sesenta del siglo XX¹⁹ lleva consigo la incriminación de las conductas consistentes en infringir las disposiciones sanitarias de policía sobre prostitución, como falta contra los intereses generales y régimen de las poblaciones. Al propio tiempo se regulan determinados delitos relacionados con la prostitución, en un primer momento (Código penal de 1822) como delitos contra las buenas costumbres, dentro de los delitos contra la sociedad, después como delitos contra la honestidad confundidos con otros delitos contra la honestidad (pues sólo se presentan en capítulo propio, dentro del mismo título, en el Código penal de 1928 y a partir del texto revisado de 1963), hasta finalmente, como delitos contra la libertad sexual (con la reforma de 1989, lo que se mantiene en el Código penal de 1995, añadiéndose en la reforma de 1999 la referencia a la indemnidad).

Vamos a examinar brevemente esta evolución tratando de señalar lo siguiente: el paso del modelo reglamentista al modelo, al menos formalmente, abolicionista, que da lugar a la reforma del Código penal en 1963; cómo ello no incide en la configuración de los delitos relacionados con la prostitución ajena como delitos contra la honestidad; la nueva concepción de los delitos sexuales desde la perspectiva de la libertad, a partir de 1989, que conduce, ya con el Código penal de 1995, a un nuevo modelo de amplia liberalización en materia de prostitución; y, finalmente, la posterior y progresiva crisis de este modelo, reflejada en las sucesivas reformas de 1999 y 2003, que reafirman el modelo abolicionista.

En este tránsito desde la protección de la honestidad hacia la intelección de los delitos sexuales como delitos contra la libertad sexual, la singularidad de los delitos relacionados con la prostitución desde la perspectiva del bien jurídico apenas ha sido atendida²⁰. Un pequeño resque-

18. Respecto de las violencias habituales sobre personas especialmente vulnerables, *vid.* Alonso Álamo, ¿Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico? Observaciones a propósito del llamado derecho penal de género, *cit.*, págs. 9 y s.

19. Proporciona amplia información sobre la legislación de este periodo, Garrido Guzmán: Estudio jurídico y criminológico. EDER-SA, Madrid, 1992, págs. 160 y ss. Sobre el sistema reglamentista y los intentos de abandono del mismo, en particular durante la segunda República, Maqueda Abreu, Prostitución de las mujeres y control: una relación controvertida. En: Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998, págs. 166 y ss. Acerca de la influencia de las normas internacionales, Tamarit Sumilla, Problemática derivada de la liberalización de la prostitución voluntaria de adultos en el Código Penal de 1995. En: El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 1827 y ss. Para otras referencias históricas, Sobremonte Martínez, Prostitución y Código Penal, Universidad de Valencia, 1983, págs. 15 y ss., Rey Martínez/Mata Martín/Serrano Argüello, Prostitución y Derecho, Thomson/Aranzadi, 2004, págs. 16 y ss.

20. Sin embargo, señalando la singularidad de los delitos relativos a la prostitución en el ámbito de los delitos sexuales, merece destacarse la contribución de Zugaldía Espinar, Los delitos relativos a la prostitución como delitos de peligro abstracto contra la libertad sexual: consecuencias concursales para el proxeneta y el cliente, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, T. II, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, págs. 1267 y ss.

brajamiento del sistema se produce en el año 2003 con el traslado de la conducta consistente en promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas con el propósito de explotación sexual, al ámbito de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (lo que, a su vez, plantea nuevos problemas de determinación del bien jurídico). Pero falta un debate en profundidad, desde la perspectiva del bien jurídico, de los delitos relacionados con la prostitución.

3.1 Si exceptuamos el Código penal de 1822, que contemplaba determinados delitos relacionados con la prostitución dentro de los delitos contra la sociedad y, más específicamente, dentro del título de los delitos “contra las buenas costumbres”²¹, los Códigos penales españoles, desde 1848, han regulado los delitos relativos a la prostitución, con mayor o menor amplitud, dentro del título de los delitos “contra la honestidad”.

Los delitos relativos a la prostitución aparecen previstos, en un primer momento, de forma limitada, dentro del capítulo del estupro y la corrupción de menores, en el título de los delitos contra la honestidad. Es así en el Código penal de 1848²² y en los textos de 1850²³ y 1870²⁴. La regulación se complementa con la falta, prevista en el libro III, por la que se incriminaba a quienes infringieren los reglamentos de policía en lo concerniente a mujeres públicas (artículo 471. 9º del Código penal de 1848 y artículo 485.8º del Código penal de 1850) o a quienes infringieren las disposiciones sanitarias de policía sobre

prostitución (artículo 596. 2 del Código penal de 1870, bajo la rúbrica “de las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones”).

3.2 El Código penal de 1928 introduce, dentro del Título X, de los delitos contra la honestidad, un capítulo que, por primera vez en nuestra historia legislativa, lleva la rúbrica de los “delitos relativos a la prostitución” (Capítulo III, artículos 608 y siguientes). En el mismo se incriminan, ente otras, la conducta de quienes cooperen o protejan públicamente la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera del Reino, participando en los beneficios de este tráfico, o haciendo de él modo de vivir, la de quienes por medio de engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio coactivo, determinen a persona mayor de edad a satisfacer deseos deshonestos de otra..., la de quienes, por los mismos medios, retuvieren contra su voluntad en prostitución a una persona obligándola cualquier clase de tráfico inmoral..., o la de quienes, por los mismos medios, recluten o induzcan a dedicarse a la prostitución a personas mayores de edad (artículo 608)²⁵.

3.3 Esta novedad sistemática, es decir, la regulación en un capítulo independiente y con rúbrica propia, desaparece con el Código republicano de 1932 que vuelve al Código de 1870. El Código penal de 1932 mantiene básicamente la regulación de la materia relacionada con la prostitución pero en otro ámbito: bajo la rúbrica del Capítulo II, de los delitos de escándalo público, artículos 433 y siguientes, dentro del Título X, de los delitos contra la honestidad. En efecto, las

21. Parte Primera, de los delitos contra la sociedad, Título VII, de los delitos contra las buenas costumbres, Capítulo II, de los que promueven o fomentan la prostitución, y corrompen a los jóvenes, o contribuyen a cualquiera de estas cosas, artículos. 535 y ss. Entre otras, se contemplan aquí las conductas de quien, sin estar competentemente autorizado, o faltando a los requisitos que la policía establezca, mantuviere o acogiere o recibiere en su casa a sabiendas mujeres públicas para que allí abusen de sus personas, o las de quien contribuyera a la prostitución o corrupción de jóvenes de uno u otro sexo... En otro ámbito sistemático, en la Parte Segunda, de los delitos contra los particulares, Título I, de los delitos contra las personas, Capítulo IV, de los raptos, fuerzas, violencias contra las personas ..., se establecían penas más benignas que las previstas con carácter general si el sujeto pasivo era una “mujer pública” (artículos 670, 673).

22. En el artículo 357 (Código penal de 1848) se incriminaba la conducta de quien habitualmente o con abuso de autoridad o confianza promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad, para satisfacer los deseos de otro.

23. El artículo 367 (Código penal reformado de 1850) mantiene idéntica regulación incriminando la conducta de quien habitualmente o con abuso de autoridad o confianza promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad, para satisfacer los deseos de otro.

24. Artículo 459 (Código penal reformado de 1870): el que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad, para satisfacer los deseos de otro, será castigado... Este artículo sería modificado por Ley de 21 de julio de 1904 en consonancia con los acuerdos internacionales en la lucha contra la prostitución, lo que posteriormente se reflejaría en el Código penal de 1928. *Vid.* Garrido Guzmán, La prostitución: Estudio jurídico y criminológico, *cit.*, págs. 150 ys.

25. En este mismo ámbito sistemático se incriminan determinadas conductas relacionadas con la prostitución o corrupción de persona mayor de dieciocho y menor de veintitrés años (artículo 609). Por otra parte, el Código penal de 1928 incriminaba de forma independiente, en el Título XV, de los delitos contra los menores, Capítulo IV, de los delitos contra la honestidad y la moralidad de los menores, artículos 777 y ss., determinados delitos relacionados con la prostitución y corrupción de menores. Y mantenía la infracción de las disposiciones sanitarias de policía sobre prostitución, como falta contra los intereses generales y régimen de las poblaciones, en el artículo 809. 1º.

conductas a que hemos hecho referencia, previstas en el Código penal de la Dictadura, reaparecen en el Código penal republicano como delitos de escándalo público: cooperar o proteger la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España, participando de los beneficios de este tráfico o haciendo de él modo de vivir; determinar a persona mayor de edad a satisfacer deseos deshonestos de otra... por medio de engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio coactivo; retener, por los mismos medios contra su voluntad en prostitución a una persona obligándola a cualquier clase de tráfico inmoral... (artículo 433, 2º, 3º, 4º) Por otra parte, en el Capítulo III, del estupro y la corrupción de menores, se incriminan determinadas conductas relativas a la prostitución y corrupción de menores (artículo 440)²⁶.

3.4 La misma estructura sistemática y, en lo fundamental, la misma regulación se mantiene en el texto de 1944: dentro de los delitos contra la honestidad y dividida la materia entre el capítulo de los delitos de escándalo público y el capítulo del estupro y la corrupción de menores²⁷.

Característico de esta regulación, de los sucesivos Códigos de 1928, 1932 y texto refundido de 1944, es que extiende la respuesta penal no sólo a las conductas de terceros relacionadas con la corrupción o prostitución de menores sino también a las relacionadas con la prostitución de mayores de edad y esto no sólo si concurre un específico desvalor de acción (violencia, amenaza, engaño, abuso autoridad, etc.) sino en todo caso, siempre que se coopere o proteja la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España, participando de los beneficios de este tráfico o haciendo de él un modo de vivir.

Por su interés para la discusión actual, es preciso llamar la atención sobre esta alternativa (participar en los beneficios del tráfico o hacer de él modo de vivir) pues mientras el vivir a expensas de otro cuya prostitución se explota evoca la figura del rufián y remite al Derecho penal de autor, el participar en los beneficios del tráfico sexual parece que se mantiene convenientemente dentro del Derecho penal del hecho. Sobre esta distinción volveremos después, al hacer referencia a la regulación actual.

3.5 Con la reforma del Código penal de 1963 (decreto de 28 de marzo del citado año, conforme con la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 para la revisión parcial del Código penal, texto refundido de 1944) reaparece en el Código penal, texto revisado, la rúbrica de “los delitos relativos a la prostitución” (que contaba sólo con el precedente del Código penal de 1928), en el Capítulo VII del Título IX, de los delitos contra la honestidad. La reforma de los delitos relativos a la prostitución hay que ponerla en relación con el nuevo modelo abolicionista, antirreglamentista, que, conforme con las corrientes internacionales, se había plasmado en el Decreto ley de 3 de marzo de 1956 por el que se prohibían las mancebías y casas de tolerancia y se declaraba tráfico ilícito la prostitución. Consecuentemente, desaparece la falta consistente en infringir las disposiciones sanitarias de policía sobre prostitución.

De conformidad con el modelo abolicionista adoptado, la prostitución, en cuanto tal, no constituye delito, pero se incriminan determinadas conductas de terceros relacionadas con la prostitución ajena²⁸.

La regulación de los delitos relacionados con la prostitución, que surge de esta reforma, era casuística y muy confusa, como con insistencia se puso de relieve en la doctrina, carecía de coherencia interna y suscitaba numerosas dudas interpretativas. No procede aquí el análisis exhaustivo de aquella regulación. Baste señalar que, junto a la tipificación de conductas de proxenetismo o la introducción de la llamada *tercería locativa*, se mantiene la figura del rufianismo incriminándose un tipo criminológico de autor: el que viviere en todo o en parte a expensas de la persona o personas cuya prostitución o corrupción explote. Es decir, la regulación alternativa y más matizada de los Códigos anteriores que incriminaban, como antes se dijo, las conductas de quienes cooperen o protejan la prostitución participando de los beneficios del tráfico o haciendo de él un modo de vida, deja paso a una fusión de la alternativa: vivir a expensas de la persona o personas cuya prostitución o corrupción se explote.

26. Siguiendo a los Códigos anteriores, también el Código de 1932 incrimina, bajo la rúbrica de las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones, la conducta de los que infringieran las disposiciones sanitarias de policía sobre prostitución (artículo 572. 2º).

27. El texto de 1944 mantiene, entre las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones, la infracción de las disposiciones sanitarias de Policía sobre prostitución (artículo 577, 2º).

28. Sin embargo, en la práctica este modelo abolicionista podía convertirse en un modelo prohibicionista, con internamiento gubernativo o imposición de medidas de seguridad a la persona prostituida. *Vid.* sobre ello, García Pérez, Los delitos relativos a la prostitución. Un análisis de los artículos 187 y 188 del CP, *Actualidad Penal*, nº 46, 2001, pág. 1094. Destacando que a partir de 1986, y en virtud de jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se declara inaplicable la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social a las personas prostituidas para evitar la estigmatización de las propias víctimas, Zugaldía Espinar, Los delitos relativos a la prostitución como delitos de peligro abstracto contra la libertad sexual: consecuencias concursales para el proxeneta y el cliente, *cit.*, pág. 1268.

3.6 La regulación de los delitos sexuales bajo la rúbrica de los delitos contra la honestidad y la presencia en los tipos penales de elementos de claro contenido moral, permitía sostener que, en este ámbito, no se había producido la deseable secularización del Derecho penal, es decir, que se mantenía la confusión entre el Derecho y la Moral. En la lucha por la secularización del Derecho penal sexual, en el ámbito español, son fundamentales las contribuciones de Díez Ripollés de principios de los años ochenta²⁹. Las críticas desembocan en la reforma de 1989 (L.O. 3/1989, de 21 de junio) por la que se abandona la rúbrica, de los delitos contra la honestidad, y se sustituye por la de delitos contra la libertad sexual, al tiempo que se abre una tendencia hacia la supresión, en la regulación de esta materia, de elementos normativos, necesitados de valoración con arreglo a pautas morales, presentes en numerosos tipos.

Sin embargo, la reforma no se atrevió con el capítulo de los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores que siguió presentando una regulación casuística, oscura, carente de coherencia interna, con defectos técnicos y con la presencia en determinados tipos de elementos normativos de contenido moral. Así, la incriminación de la conducta de quien retiene a una persona, contra su voluntad, en prostitución o en cualquier clase de “tráfico inmoral”, o las referencias legislativas a la “corrupción”.

3.7 El Código penal de 1995 hace frente a una reforma en profundidad de los delitos relativos a la prostitución. Manteniéndolos dentro del Título VIII del Libro II, de los delitos contra la libertad sexual, orientación sistemática que no se cuestiona, se procede a una reducción significativa de las conductas punibles, hasta el punto de que se considera abandonado no sólo el modelo prohibicionista que, hasta ese momento, parecía existir de hecho, sino incluso el modelo abolicionista en relación con la prostitución voluntaria entre adultos³⁰.

Así, cabe destacar: no se incriminan conductas de participación en la prostitución ajena consentida por mayores de dieciocho años, en particular desaparecen las conductas relacionadas con el tráfico de personas para la prostitución, desaparece la tercería locativa, desaparece el llamado delito de rufianismo, tratándose de mayores de edad se incrimina la conducta de quien determina coactivamen-

te, mediante engaño, o abusando de una situación de necesidad o superioridad, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, por el contrario, se tipifica la prostitución de menores de edad en todo caso, constituyendo el empleo de coacción, engaño o abuso de situación de necesidad o superioridad un tipo agravado, o, en fin, no se incrimina la corrupción de menores.

Con el Código penal de 1995 se produce, por decirlo así, la apoteosis de la libertad en el ámbito de los delitos sexuales y, en particular, de los delitos relativos a la prostitución. Muñoz Conde llegó a afirmar que “ciertamente, la prostitución como forma degradante de ejercicio de la sexualidad, supone un cierto deterioro de la “libertad sexual”, pero no la ausencia de ésta, sino más bien lo contrario: el ejercicio más amplio, si se quiere deformado, de esa libertad ..., en la medida en que esa libertad se vea limitada, son comprensibles los delitos de coacción y retención en la prostitución ..., pero, cuando ello no es así y la prostitución se lleva a cabo sin ningún tipo de coacción ... difícilmente puede concebirse un atentado a la libertad de nadie”³¹.

3.8 Sin embargo, el hipotético ejercicio supremo de libertad no se debería dejar de pasar por el tamiz de la dignidad positivada (secularizada) o la integridad moral, en los términos expuestos más arriba. Pues todo apunta a que en la aspiración, sin duda justificada, por la secularización del derecho penal sexual, y por abandonar de forma definitiva la protección de la honestidad o de la moral social dominante, no se atendió suficientemente a la singularidad de los delitos relacionados con la prostitución ajena desde la perspectiva de la dignidad o de la integridad moral.

La prostitución no es sólo, ni siquiera decisivamente, un problema de libertad, y no puede considerarse el ejercicio más amplio de la libertad, ni aún calificando dicho ejercicio, con Muñoz Conde, de deformado.

Ciertamente, si la prostitución es consentida y entre adultos no concurre un ataque a la libertad sexual. Ahora bien, la prostitución suele estar unida a la marginación y a la pobreza, de manera que, incluso cuando es aparentemente libre, el consentimiento puede hallarse mediatizado, viciado, y, pese a todo, no concurrir el “abuso” de la situación de necesidad que reclamara el correspondiente tipo penal. Pero es que, incluso concediendo que el ejerci-

29. Díez Ripollés, *el Derecho Penal ante el sexo*, Bosch, Barcelona, 1981, el mismo, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Bosch, Barcelona, 1982.

30. *Vid.* García Pérez, *Los delitos relativos a la prostitución*, *cit.*, pág. 1094. De “desvinculación de hecho del modelo abolicionista vigente aún formalmente en el plano jurídico-internacional...” hablaba Tamarit Sumalla, *Problemática derivada de la liberalización de la prostitución voluntaria de adultos en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 1837 y s.

31. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 180.

cio de la prostitución fuera “libre”, o se percibiera como libre, o se viviera como libre, quedaría por resolver si tal ejercicio de la libertad debe ser puesto a la luz de la dignidad de la persona, dignidad “secularizada” (positivada), ahuyentando el miedo a la dignidad que parte, a nuestro modo de ver equivocadamente, de confundirla con la moralidad o con una recaída en la protección de la moral sexual colectiva. Esta no es una cuestión de género pues no hay que olvidar que junto a la prostitución femenina existe una prostitución masculina. Por tanto, la discusión se sitúa correctamente no en torno a la reducción de la mujer a objeto por razones histórico-culturales sino en torno a la dignidad de **la persona** y el derecho a la integridad moral en los términos que hemos venido sosteniendo.

Y si no es consentida o recae sobre menores, entonces, planea sobre las conductas de terceros relacionadas con la prostitución no sólo el ataque a la libertad actual o potencial o, en su caso, a la indemnidad³² sino también el ataque a algo distinto, a la dignidad o a la llamada integridad moral³³: lo peculiar, lo singular, de la prostitución es la entrega sexual por precio y ante cualquiera, por tanto, la reducción de la persona a mercancía, a cosa.

3.9 Es conocido que la benevolencia del Código penal de 1995 para con las conductas relacionadas con la prostitución ajena trajo consigo un crecimiento inusitado, en todo el territorio español, del negocio de la prostitución³⁴. Ello, unido a las exigencias procedentes de la Unión Europea en relación con la trata de seres humanos y con la explotación sexual de los niños, condujo en 1999, es de-

cir, a los pocos años de la aprobación del Código penal, a la reforma de los delitos sexuales³⁵.

Se modifica la rúbrica del Título VIII, que pasa a denominarse “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”³⁶, se reintroduce el delito de corrupción de menores e incapaces dentro del capítulo V, cuya rúbrica pasa a ser “de los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores” y, junto a otras numerosas reformas, en cuya crítica no podemos detenernos, se introduce en el capítulo relativo a la prostitución el tráfico de personas con el propósito de su explotación sexual, si bien de forma limitada pues se exige que concurra un específico desvalor de acción –violencia, intimidación, engaño...– que parece fundarse en el ataque a la libertad sexual sobre el que se asientan estos delitos: en efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 188. 2, se incrimina la conducta de quien, directa o indirectamente, favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

Se constata que el principio rector de la reforma sigue siendo la protección penal de la libertad sexual³⁷ incluso frente a conductas peligrosas en abstracto, a lo sumo complementada con la polémica introducción de la indemnidad en relación con menores e incapaces, tal como ya hemos mencionado. Pero el modelo liberalizador comienza a hacer crisis.

3.10 Nuevos cambios legislativos tienen lugar en el año 2003. Dichos cambios, que se enmarcan dentro de una cri-

32. Acerca de las nociones de libertad sexual e indemnidad sexual, Díez Ripollés, La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma, Bosch, Barcelona, 1985, págs. 22 y ss. No procede detenernos aquí en el debate sobre si los menores son titulares de libertad sexual o respecto de ellos se protege la indemnidad. Al respecto, defendiendo la protección de la libertad sexual, Díez Ripollés, El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual, Estudios de Derecho Judicial, 21, C.G.P.J., 1999, págs. 217 y ss. y en Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 6, 2000, págs. 69 y ss. Y reconociendo que no es éste el único bien jurídico protegido a la vista de las reformas legislativas, el mismo, en Comentarios al Código Penal, Parte Especial, II, *cit.*, págs. 243 y s. *Vid.* también la bibliografía citada *infra* nota 69.

33. Entendida como se expuso *supra*, punto 2, y no como indemnidad o derecho a no sufrir daño.

34. Proporciona información al respecto, Hava García, Prostitución y delitos contra los derechos de los trabajadores, Revista de Derecho Social, nº 11, 2000, págs. 179 y ss.

35. LO 11/1999, de 30 de abril cuya Exposición de Motivos se hace eco de la Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a la explotación sexual de los niños, y de la adopción, el 29 de noviembre de 1996, por el Consejo de la Unión Europea, de una acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños.

36. Sobre la discusión del bien jurídico en relación con menores o incapaces *vid. supra*, nota 32 e *infra* nota 69.

37. Tal es la tesis dominante, así, en relación con el artículo 188. 2., García Pérez, Los delitos relativos a la prostitución, *cit.*, págs. 1104 y s., Maqueda Abreu, El tráfico sexual de personas, tirant lo blanch, Valencia, 2001, págs. 34 y ss., Hernández Plasencia, El delito de tráfico de personas para su explotación sexual. En: Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate (Laurenzo Coppel, coordinadora), tirant lo blanch, Valencia, 2002, págs. 241 y s. Con todo, procede señalar que la Exposición de Motivos de la Ley de reforma llamaba la atención sobre “los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores o incapaces ...”

licable política de endurecimiento de las penas y de amplio recurso al Derecho penal, permiten sostener, a propósito de los delitos relacionados con la prostitución, lo siguiente: que el modelo abolicionista se reafirma, y que la problemática del bien jurídico puede ser abordada desde una perspectiva nueva, aunque no fuera éste el fin pretendido por el legislador. Vamos a ceñirnos a la reforma llevada a cabo por la LO 11/2003, de 29 de septiembre³⁸.

3.10.1 En primer lugar, hay que destacar la adición, al artículo 188, 1., de un inciso final en el que se incrimina la conducta de quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. Se ha querido ver aquí una recaída en el viejo derecho penal de autor, resucitándose la figura del rufianismo. Sin embargo, si recordamos nuestra historia legislativa, tal como antes hicimos, se puede observar que no se incrimina el hacer de la explotación sexual de otra persona un modo de vivir sino el lucrarse explotando la prostitución de otro, lo que parece apuntar a la segunda alternativa presente en los Códigos de 1928, 1932, y texto refundido de 1944, que distinguían la cooperación o protección de la prostitución ... o participando de los beneficios del tráfico ... o haciendo del mismo un modo de vivir.

Pero por encima de la polémica en torno al nuevo inciso del artículo 188. 1. y del esfuerzo interpretativo, con base histórica, para mantener el tipo dentro del Derecho penal del hecho, la nueva regulación contiene una expresión que modifica sustancialmente la tesis dominante sobre el bien jurídico: el delito concurre incluso si la explotación lucrativa de la prostitución de otra persona se lleva a cabo “con el consentimiento de la misma”. Mal puede sostenerse, en tal caso, que se protege la libertad sexual de la persona adulta que consiente en su explotación sexual. Ello ha sido reconocido por Díez Ripollés quien, a la vista de la nueva regulación del artículo 188. 1 y de la reintroducción de la corrupción de menores en 1999, admite ahora que la libertad sexual no es el exclusivo objeto de tutela de todos los delitos sexuales y que se abren las puer-

tas al aspecto más indeseable del concepto de indemnidad sexual y se produce un retorno a la protección de la moral sexual colectiva³⁹. A nuestro juicio, a esta conclusión puede llegarse a partir de la reintroducción del delito de corrupción de menores, pero es más dudoso respecto a la incriminación de la conducta de quien se lucre explotando la prostitución de otra persona aun con su consentimiento. Desde luego, en tal supuesto no se protege la libertad sexual pero ello no significa que se de entrada a la protección de la indemnidad sexual o de la moral sexual colectiva.

Parece que es otro el bien jurídico que late detrás de la nueva regulación. Y este bien jurídico puede ser delimitado o precisado desde la perspectiva de la integridad moral y la dignidad de la persona, en los términos expuestos más arriba⁴⁰, la integridad moral como la “última concreción” de la dignidad, y conforme con un modelo “secularizado” de la misma, la dignidad positivada, por lo que no se puede ver en ello una recaída en la protección de la moral sexual colectiva, de la honestidad o de otro “valor moral”.

3.10.2 En segundo lugar, la propia sistemática del capítulo de los delitos relativos a la prostitución, en el seno de los delitos contra la libertad sexual, comienza a resquebrajarse: el delito de tráfico ilegal de personas para su explotación sexual se traslada al Título XV bis, de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, al tiempo que se amplía el marco de las conductas típicas (si bien el círculo de los sujetos pasivos se restringiría, parece, a los ciudadanos extranjeros).

El delito de tráfico de personas o inmigración clandestina con fines de explotación sexual, concurre si, directa o indirectamente, se promueve, favorece o facilita el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, con el propósito de su explotación sexual. Ulteriormente se establecen agravaciones si la conducta se realiza con ánimo de lucro, violencia, intimidación engaño, abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la vícti-

38. Es la Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. El mismo año se aprueba otra ley (la L. O. 15/2003, de 25 de noviembre) que modifica ampliamente el Código penal y que afecta también ampliamente a la corrupción de menores y a la pornografía infantil. Sobre la regulación vigente de los delitos relativos a la prostitución y la discusión del concepto de prostitución, Rey Martínez/Mata Martín/Serrano Argüello, Prostitución y Derecho, *cit.*, págs. 76 y ss., Gómez Tomillo, Derecho penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva político criminal, Revista Jurídica de Castilla y León, nº 5, 2005, págs. 143 y ss., García Pérez, en Comentarios al Código Penal, Parte Especial, II, (coord. Díez Ripollés/Romeo Casabona), tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 477 y ss., Baldova Pasamar, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, II, (coord. Díez Ripollés/Romeo Casabona), *cit.*, págs. 522 y ss., Blanco Lozano, El nuevo derecho penal sexual español tras las reformas de 2003, I y II, Revista de actualización de Aranzadi, números 5 y 6 de 2005, págs. 11 y ss. y 11 y ss.

39. Díez Ripollés, en Comentarios al Código Penal, Parte Especial, II, *cit.*, págs. 243 y s.

40. *Supra*, punto 2. En la medida en que Díez Ripollés niega que la dignidad sea adecuada para caracterizar un bien jurídico (*supra* nota 4) habría de situar la discusión en la protección de la integridad moral.

ma, o siendo la víctima menor de edad o incapaz, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas... (Artículo 318 bis).

La reforma se emprende de conformidad con los objetivos de la Unión Europea dirigidos a establecer un marco penal común en la lucha contra la trata de seres humanos y contra la inmigración clandestina. Características de la reforma son la anticipación de la respuesta penal y el enorme endurecimiento de las penas⁴¹, que van gradualmente en aumento, con especial atención al fenómeno de la criminalidad organizada: penas agravadas o hiperagravadas para quienes pertenecieran a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades, y, más agravadas aún, si se tratase de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones.

3.10.2.1 En este contexto legislativo la cuestión del bien jurídico se ve enormemente oscurecida. De entrada es dudoso cual sea el bien jurídico que se pretende proteger bajo el título de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. La información que nos proporciona la rúbrica, "los derechos de los ciudadanos extranjeros", aparte de no ser definitivamente vinculante, está en sí misma necesitada de precisión. A ello debe añadirse la, a nuestro juicio, dudosa relación en que se hallan los números 1. y 2. del artículo 318 bis. La doctrina viene sosteniendo que el nº 1 contiene el tipo básico⁴² constituyendo los restantes números agravaciones o hiperagravaciones. Pero frente a esta tesis es preciso, al menos, considerar si, por el contrario, el artículo 318 bis contiene dos supuestos básicos, cada uno con su propio marco penal (a los que se conectarían sucesivas agravaciones): el tipo del nº 1 (promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandesti-

na de personas desde, en tránsito o con destino a España), y el tipo del nº 2 (si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas), presentándose la problemática del bien jurídico en ambos tipos con perfiles propios.

En relación con el tráfico ilegal de personas, la doctrina venía sosteniendo, ya antes de la reforma de 2003, posiciones muy diferentes entre sí, que iban desde la consideración del bien jurídico protegido como un interés supraindividual, hasta la tesis, que aquí nos importa destacar, que ponía el acento en la protección de la dignidad o, más precisamente, de la integridad moral⁴³.

Así, Serrano-Piedecabras lo concreta en el derecho que tiene todo emigrante legal a alcanzar una plena integración social, incluyéndose aquí el conjunto de derechos y libertades de los extranjeros en España en los términos de la L. O. 4/2000, de 11 de enero⁴⁴. Sánchez Lázaro se refiere al derecho de los ciudadanos extranjeros a que sea respetada su libertad, seguridad y, en última instancia, su dignidad de personas⁴⁵. Sáinz-Cantero Caparrós habla del conjunto de derechos que componen el llamado *status de extranjero* y que se ven o pueden ver afectados al ser sometido el sujeto al tráfico ilegal de personas⁴⁶. Rodríguez Mesa subraya en especial que no se trata de proteger directamente los bienes jurídicos individuales de los extranjeros, sino de proteger a un colectivo, el de los ciudadanos extranjeros, que puede ser objeto de abusos y negación de derechos⁴⁷. Navarro Cardoso plantea el debate en los siguientes términos: o se está tutelando un interés estatal (el control de los flujos migratorios), o se está tutelando un interés colectivo (los derechos de los ciudadanos extranjeros que intervienen en esos flujos, pero limitados, a su juicio, a los derechos sociales y, acaso, a los derechos políticos), y argumenta ampliamente a favor de la segunda

41. Ello hace que, con independencia de la deseable articulación europea de la lucha contra la trata de personas y la inmigración clandestina, la nueva regulación, en sí misma, en su configuración concreta, sea enormemente criticable, *vid.* al respecto, Laurenzo Copello, Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión. *Jueces para la Democracia*, nº 50, 2004, págs. 30 y ss.

42. *Vid.* Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*. 15ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 357 y ss., Villacampa Estiarte, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares/Morales Prats), 4ª ed., Thomson/Aranzadi, 2004, págs. 1106 y ss., Sánchez García de Paz, *Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros* (Con atención a las reformas introducidas por las L.O. 15/2003 y 11/2003), en *Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 820 y ss.

43. Proporciona una acertada síntesis de las distintas posiciones doctrinales, Laurenzo Copello, *La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 12, 2003, pág. 69.

44. Serrano-Piedecabras, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. En: *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate* (Laurenzo Copello, coordinadora), tirant lo blanch, Valencia, 2002, pág. 333, y en *Manuales de Formación Continuada*, C.G.P.J., 5, 1999, págs. 385 y s.

45. Sánchez Lázaro, *El nuevo delito de tráfico ilegal de personas*. En, *Inmigración y Derecho Penal*, *cit.*, pág. 289.

46. Sáinz-Cantero Caparrós, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Atelier, Barcelona, 2002, pág. 70.

47. Rodríguez Mesa, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, tirant lo blanch, Valencia, 2001, pág. 59 y s.

alternativa⁴⁸. Conde-Pumpido Tourón afirma que se protegen los derechos de los extranjeros concretados en dos grupos: a) los que el extranjero podría disfrutar en condiciones de legalidad, y b) los derechos puestos en peligro por los riesgos inherentes al proceso de entrada, tránsito y establecimiento ilegal⁴⁹. La protección penal de los flujos migratorios es señalada, entre otros, por García España/Rodríguez Candela, por Palomo del Arco, o por Arroyo Zapatero⁵⁰. Por su parte, Rodríguez Montañés considera que se protege el orden socioeconómico en sentido amplio “en la medida en que el fenómeno migratorio constituye esencialmente un fenómeno socioeconómico y una cuestión de Estado”. A su juicio, los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros como colectivo “constituyen sólo “bienes intermedios con función representativa” del bien jurídico supraindividual institucionalizado, espiritualizado o de los “intereses difusos” del orden socioeconómico”⁵¹. En sentido semejante se pronuncia Sánchez García de Paz ya en relación con la reforma de 2003⁵².

Junto a la intelección del bien jurídico en sentido supraindividual, se desenvuelve la tesis que destaca el carácter individual del bien jurídico afectado por los delitos de tráfico de personas, y lo concreta en la protección de la dignidad o de la integridad moral⁵³, si bien en ocasiones no queda claro si tales referencias a la dignidad o a la integridad moral se conciben como la protección de un bien jurídico individual o remiten al interés (supraindividual) del colectivo de los ciudadanos extranjeros. Villacampa Estiarte⁵⁴ venía afirmando, ya antes de la reforma del artículo 318 bis del código penal por LO 11/2003, la protec-

ción de las dignidad, y lo mismo mantiene con la regulación actual. A su juicio, tal orientación del bien jurídico evita el peligro de formalización o administrativización del delito de tráfico ilícito o inmigración clandestina⁵⁵ y permite mantener su vinculación con las formas modernas de esclavitud. De León Villalba sostiene que el bien jurídico protegido es la integridad moral contemplado a luz de la Constitución Española y de los documentos internacionales y europeos que afirman los derechos humanos y las libertades públicas y proscriben la tortura, los tratos inhumanos y degradantes, etc.⁵⁶ Lorenzo Copello sostiene en un primer momento que, en la incriminación de las conductas relacionadas con el tráfico de seres humanos, influye la pretensión del Estado de mantener bajo control los flujos migratorios, pero subraya que existen ciertos supuestos en que “además –y sobre todo– está en juego “la propia dignidad de estas personas”.... “ya no se trata sólo –ni en primera línea– de proteger el interés genérico de la Administración por tener bajo control el desplazamiento de extranjeros sino, sobre todo, de asegurar la tutela adecuada a un bien jurídico consustancial al ser humano: la integridad moral de las personas sometidas a las operaciones –lucrativas o no– de tráfico de inmigrantes”⁵⁷. Después de la reforma de 2003, Lorenzo Copello señala, en relación con el artículo 318 bis 1, cómo viene a darse la razón a quienes defendían la protección de la política migratoria del Estado, y, en relación con el supuesto del nº 2 del mismo artículo, las enormes dificultades para seguir manteniendo que se protege la integridad moral⁵⁸. La protección penal de la dignidad es defendida, pese a las fór-

48. Navarro Cardoso, Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. En Revista Penal, 10, 2002, págs. 45 y 49.

49. Conde-Pumpido Tourón, Delitos contra los derechos de los extranjeros, Cuadernos de Derecho Judicial, Extranjeros y Derecho Penal, C.G.P.J., IV, 2003, pág. 297.

50. García España/Rodríguez Candela, Delitos contra los derechos de los extranjeros (artículo 318 bis del Código Penal), Actualidad Penal, nº 29, 2002, págs. 732 y ss. Palomo del Arco, Criminalidad organizada e inmigración ilegal. En: La Criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., II, 2001, págs. 176 y s., si bien destaca que en determinados supuestos típicos se atiende también a la dignidad del ciudadano extranjero. Arroyo Zapatero defiende la protección de la política migratoria, en su propuesta de creación de un eurodelito de trata de seres humanos, si bien complementada con subtipos agravados, de carácter pluriofensivo, que presten protección a bienes jurídicos fundamentales del extranjero. En: Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Vol. II, Cuenca, 2001, págs. 32 y ss. *Vid.* también, el mismo, Eurodelitos. El derecho Penal económico de la Unión Europea (dir. Tiedemann, coord. Nieto Martín), Cuenca, 2004, pág. 149.

51. Rodríguez Montañés, Ley de extranjería y derecho penal, La Ley, nº 5261, 2001, pág. 2.

52. Sánchez García de Paz, Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros, *cit.*, págs. 818 y s.

53. En este sentido también la S. del T.S. de 5 de febrero de 1998.

54. Villacampa Estiarte, en Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, *cit.*, págs. 1101 y ss.

55. Navarro Cardoso ha llamado la atención sobre la invasión del Derecho administrativo que se seguiría de la intelección del bien jurídico como un interés estatal. *Vid.* Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, *cit.*, págs. 42 y ss. Sobre las relaciones con el Derecho administrativo sancionador, Villacampa Estiarte, *loc. cit.*, págs. 1104 y ss.

56. De León Villalba, Tráfico de personas e inmigración ilegal, tirant lo blanch, Valencia, 2003, págs. 248 y ss.

57. Lorenzo Copello, La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros, *cit.*, págs. 71 y s.

58. Lorenzo Copello, Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros, *cit.*, págs. 32 y ss.

mulas legales, por Pérez Cepeda. Por una parte, entiende que no se protege la dignidad de los individuos particulares que puedan verse afectados por la acción sino la dignidad del colectivo de los ciudadanos extranjeros, en tanto “grupo sensible”, frente a conductas peligrosas en abstracto (en el sentido de los delitos de peligro hipotético): la conducta de tráfico ha de ser idónea objetivamente para poder lesionar la dignidad humana del colectivo de extranjeros. Pero, por otra parte, y en relación con el supuesto del nº 2 del artículo 318 bis, sostiene que se trata de un delito pluriofensivo que presenta dos facetas, una supraindividual y otra individual: de un lado se protege la dignidad de los extranjeros en tanto colectivo o grupo sensible, de otro se protegen derechos de individuos particulares (la libertad sexual y el derecho a la dignidad como derecho individual), considerando preponderante el bien jurídico supraindividual⁵⁹.

3.10.2.2 A nuestro juicio, y a la vista de la regulación del artículo 318 bis, tras la reforma de 2003, cabe postular una concepción diferenciadora del bien jurídico:

La naturaleza supraindividual del bien jurídico ha de ser sostenida de *lege lata* respecto del delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina del nº 1 del citado artículo. La amplia formulación del tipo, las referencias al tráfico ilegal y, también, a la inmigración clandestina, la no exigencia de ánimo de lucro ni, menos aún, de la finalidad de explotación laboral⁶⁰, su excesiva formalización, obligan a sostener que el delito se orienta hacia la protección del interés estatal al control de los flujos migratorios. Por muy cuestionable que pueda parecer la regulación y la orientación del delito desde una perspectiva político criminal, no parece que pueda sostenerse una interpretación distinta, en particular, no parece que haya base legal para exigir un peligro hipotético para la dignidad, ni siquiera entendida ésta como un interés supraindividual perteneciente al colectivo de los extranjeros.

Por el contrario, en la regulación del delito del nº 2 del mismo artículo (tráfico ilegal o inmigración clandestina con el propósito de explotación sexual), pasa a primer plano el fenómeno de la trata de personas siquiera limitado a la finalidad de explotación sexual⁶¹. Cabe sostener que se protege, en tal supuesto, prioritariamente, el interés individual a la dignidad o la integridad moral, frente a conductas muy alejadas de dicho bien jurídico, anticipándose enormemente las barreras de la protección penal, y, de forma complementaria, el interés estatal al control de los flujos migratorios. El tipo del nº 2 del artículo 318 bis no constituye una mera agravación del supuesto contemplado en el nº 1 sino que presenta una relativa independencia. Se trata de un delito de intención que se presenta en la forma de delito mutilado de dos actos. El hecho básico coincide con el previsto en el nº 1. El hecho proyectado viene dado por el propósito de explotación sexual, lo que puede entenderse como finalidad de atentar contra la dignidad o la integridad moral de la persona, esto es, de tratarla como una cosa, una mercancía. Desde una perspectiva político-legislativa puede discutirse la excesiva anticipación en la protección de este bien jurídico acudiendo a la técnica de los delitos de peligro abstracto, puro o hipotético, la amplitud de los tipos o la excesiva dureza de las penas. Pero ahora nos movemos en un ámbito distinto, previo, cual es el de la determinación del bien jurídico defendible de *lege lata* siquiera sea mediante un esfuerzo interpretativo, en la línea que nos parece políticocriminalmente aconsejable. No se trata de dar un salto en el vacío de un “debe” a un “es” sino, como no podría ser de otra manera, de una interpretación que se mueve dentro de los límites de la ley. Pues una conducta relacionada con el tráfico ilegal de personas o la inmigración clandestina con fines de explotación sexual (y lo mismo habría que decir si la finalidad fuera la explotación laboral) habla de la pretensión de reducir a la persona a cosa. Es la dignidad de la persona en cuanto tal, o si se prefiere la integridad moral, y no la lla-

59. Pérez Cepeda, Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal, Comares, Granada, 2004, págs. 170 y ss., 176 y 178. Concluido este trabajo y ya en vías de publicación aparecen dos importantes publicaciones que no han podido ser tomadas en cuenta: Pérez Ferrer, Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, Dykinson, Madrid, 2006, y Rodríguez Mesa/Ruiz Rodríguez (coord.), Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI, tirant lo blanch, Valencia, 2006.

60. Por otra parte, hay que tener en cuenta lo establecido en los artículos 312 y 313 del Código penal en relación con los derechos de los trabajadores.

61. No podemos detenernos aquí en el análisis de las características típicas. Las críticas a la nueva regulación son muy amplias. Vid. Sáinz-Cantero Caparrós, Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 800 y s. En particular sobre el alcance de la explotación sexual: o limitado a la práctica de la prostitución, o ampliado a otros fines como la intervención en espectáculos pornográficos o la elaboración de material pornográfico, vid. Carmona Salgado, Trata sexual de mujeres y prostitución forzada. Algunas notas críticas con motivo de la LO 11/2003, en Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 196 y s., y Sánchez García de Paz, Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros, *cit.*, pág. 828.

mada dignidad del colectivo de los ciudadanos extranjeros, lo que a nuestro juicio se erige en elemento rector del tipo y es objeto de tutela jurídico penal. Queda ensombrecida la protección de la libertad sexual que planeaba, según amplia opinión doctrinal⁶², sobre su precedente, el delito del artículo 188, 2⁶³, en el título de los delitos sexuales antes de la reforma.

4. Las duras críticas al contenido de la regulación del artículo 318 bis no impiden considerar atendible la desvinculación del tráfico de personas con fines de explotación sexual del ámbito de los delitos sexuales.

Es atendible tal desvinculación pero no lo es tanto, desde la perspectiva del bien jurídico, ni la posición sistemática del Título donde ahora se enmarca (el Título XV bis)⁶⁴ ni su discutible rúbrica (delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros).

En general, como hemos venido sugiriendo, toda la problemática de los delitos relacionados con la prostitución está necesitada de reconsideración desde la perspectiva del bien jurídico.

4.1 La relación entre dignidad de la persona y prostitución, y, en particular, entre dignidad y trata de personas para la explotación sexual, se establece a menudo en los textos internacionales y europeos. Señala De la Cuesta Arzamendi que la “explotación sexual” suele definirse como “la utilización de una persona con fines sexuales y con ánimo de lucro, atentando directa o indirectamente a su dignidad y libertad sexual y afectando potencialmente a su equilibrio psicosocial”⁶⁵.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, contempla, entre los crímenes de lesa humanidad establecidos en su artículo 7. 1, la

“esclavitud” y la “...esclavitud sexual, prostitución forzada...” y define la esclavitud a tales efectos como “el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de alguno de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”.

La Acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, adoptada por el consejo de la Unión Europea el 24 de febrero de 1997, considera la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños como “un grave atentado contra los derechos fundamentales y, en particular, contra la dignidad humana”⁶⁶.

En el Informe de 2003 del grupo de trabajo sobre las formas contemporáneas de esclavitud, de la Comisión de Derechos Humanos, de Naciones Unidas, leemos: ...“*Reafirmando* que la prostitución es una práctica incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana y constituye una fuente de graves violaciones de los derechos humanos”...

El Convenio de Naciones Unidas de 1949 para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena⁶⁷, establecía en su artículo 1 que las partes se comprometían a castigar a “toda persona que para satisfacer las pasiones de otro: 1. Concertare la prostitución de otra persona, la indujere a la prostitución o la corrompiera con objeto de prostituirla, aun con el consentimiento de tal persona. 2. Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona”.

4.2 El indudable paso hacia delante que supuso el abandono legislativo de la honestidad como interés protegido a través de los delitos sexuales, y su sustitución por la libertad sexual, dificulta enormemente la intelección de los delitos relacionados con la prostitución desde la perspec-

62. *Vid. supra* nota 37. Así señalaba Hernández Plasencia: que el tipo del artículo 188.2 constituye un delito contra la libertad sexual, que incrimina actos preparatorios elevados a delito autónomo, que no es requiere que se lesione la libertad sexual, ni siquiera que inmediatamente sea puesta en peligro..., pero en el que la libertad sexual “constituye el bien jurídico de referencia que le otorga el carácter típico a la acción de favorecimiento”. El delito de tráfico de personas para su explotación sexual, *cit.*, pág. 242. *Vid.* también García Pérez, Los delitos relativos a la prostitución, *cit.*, pág. 1105, donde afirma también que nos encontramos ante un acto preparatorio.

63. En rigor, precedente del tipo agravado del artículo 318 bis 3. recordemos que el artículo 188. 2. exigía violencia, intimidación o engaño, o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

64. Palomo del Arco, La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos, *cit.*, pág. 172, donde señala que la primera crítica a su actual regulación deriva de su ubicación sistemática entre los delitos contra la sociedad y no entre los delitos contra la persona. *Vid.* también, Villacampa Estiarte, comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, *cit.*, págs. 1102 y s.

65. De la Cuesta Arzamendi, Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos. En Estudios de Derecho Judicial, 21, 1999, págs. 325 y ss. y nota 1.

66. *Vid.* sobre ello, Díez Ripollés, Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española, Revista Penal, nº 2, 1998, págs. 17 y ss., De la Cuesta Arzamendi, Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos, *cit.*, pág. 356

67. Ampliamente sobre el Convenio y su falta de adecuación a la situación actual, De León Villalba, Tráfico de personas e inmigración ilegal, *cit.*, págs. 93 y ss.

tiva de otro bien jurídico que no sea la libertad sexual, como la dignidad o la integridad moral⁶⁸.

En la doctrina se ha venido reconociendo de forma dominante que es la libertad sexual el bien jurídico protegido⁶⁹ y en la jurisprudencia, tras momentos de vacilación en los que reaparecen referencias a la moral sexual social⁷⁰, se consolida la tesis de la protección de la libertad sexual en sentido amplio y no de la honestidad ni de la moralidad pública.

En esta situación, cualquier intento de reconsiderar el bien jurídico desde la perspectiva de la dignidad, o de la llamada integridad moral (esta misma expresión es equívoca), corre el peligro de ser calificado de reaccionario. Pero la dignidad o, si se prefiere, la integridad moral, entendidas en el sentido propuesto al comienzo de este trabajo, como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como una cosa, a no ser humillada, degradada, envilecida, cosificada, no es una manifestación encubierta de la moral sexual dominante ni cabe ver en su invocación un retorno encubierto a la honestidad. El Derecho penal no está llamado a incriminar conductas inmorales sino a proteger bienes

jurídicos. Las meras inmoralidades deben quedar fuera del Derecho penal⁷¹. Pero aquí no se habla de moralidad sino de la protección de un genuino interés jurídico (que, por lo demás, puede ser atacado por acciones muy diversas que exceden del ámbito de los delitos relacionados con la prostitución aquí examinados).

Ya Zugaldía señaló que el punto de vista de la doctrina dominante que asigna a los delitos relativos a la prostitución el bien jurídico "libertad sexual" merece una "puntuación", si bien se apresuraba a aclarar que no era su intención introducir "matizaciones" que pudieran conducir a detectar bienes jurídicos distintos, como el de la moral sexual colectiva, "que justifiquen la ampliación del ámbito de la punibilidad"⁷². Y sin embargo no duda en sostener que los delitos relativos a la prostitución son delitos de peligro abstracto contra la libertad sexual y de lesión de la libertad y de la dignidad, extrayendo de ello consecuencias para el tratamiento de determinados problemas concursales⁷³. Sin entrar a examinar el carácter pluriofensivo, importa subrayar desde la perspectiva de este trabajo el reconocimiento de *lege lata* de la lesión de la dignidad de la persona a la que se objetiviza y transfor-

68. Es de destacar que el Código penal francés regula el proxenetismo y la prostitución de menores bajo la rúbrica de los delitos contra la dignidad de las personas (Capítulo V, del Libro II)

69. No entramos aquí en el debate acerca de si, respecto de menores e incapaces, se protege otro bien jurídico (indemnidad, adecuado proceso de formación y de socialización, etc.). *Vid.* en este sentido, Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial, 15ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 205 y ss., González Rus, Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995. C.P.C., nº 59, 1996, págs. 323 y s., Boix Reig/Orts Berenguer, Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999, Actualidad Penal, nº 35, 1999, págs. 674 y s., Orts Berenguer/Suárez Mira Rodríguez, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, tirant lo blanch, Valencia, 2001, pág. 210, Polaino-Orts, Los delitos sexuales a la luz del Código Penal de 1995 (Especial referencia a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril), C.P.C., nº 67, 1999, págs. 157 y ss., Cortés Bechiarelli, Código penal y prostitución, Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, Vol. 19-20, 2001-2002, págs. 158 y ss., Carmona Salgado, en Derecho Penal Español. Parte Especial (Coord. Cobo del Rosal, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, pág. 310. Defendiendo la protección de la libertad sexual, Díez Ripollés, La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma, *cit.*, págs. 170 y ss., y el mismo, El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual, en Estudios de Derecho Judicial, *cit.*, págs. 217 y ss., y en Revista de Derecho Penal y Criminología, *cit.*, págs. 69 y ss., matizadamente después de la reforma de 2003, "se sueltan amarras con la idea de la libertad sexual", el mismo, en Comentarios al Código Penal, Parte Especial, II, *cit.*, págs. 243 y s. *Vid.* también García Pérez, Los delitos relativos a la prostitución. Un análisis de los artículos 187 y 188 del CP, *cit.*, págs. 1094 y ss., Tamarit Sumilla, Problemática derivada de la liberalización de la prostitución voluntaria de adultos en el Código Penal de 1995, *cit.*, pág. 1844, Maqueda Abreu, El tráfico sexual de personas, *cit.*, págs. 34 y ss., Rey Martínez/Mata Martín/Serrano Argüello, Prostitución y Derecho, *cit.*, págs. 88 y ss. Sobre la protección de la libertad sexual actual o *in fieri*, Morales Prats/García Albero, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal (Dir. Quintero Olivares), Thomson/Aranzadi, 2004, pág. 278. Una síntesis de las diferentes posturas puede verse en Monge Fernández, Los delitos de agresiones sexuales violentas, tirant lo blanch, Valencia, 2005, págs. 34 y ss.

70. *Vid.* al respecto, De León Villalva, Una nota sobre la prostitución y la trata de blancas. En: La mujer como víctima: Aspectos jurídicos y criminológicos (Coord. Rodríguez Yagüe/ Valmaña Ochaíta), Cuenca, 2000, pág. 102. Un estudio jurisprudencial del bien jurídico en los delitos relativos a la prostitución efectiva De Vicente Martínez, Tratamiento jurisprudencial de los delitos relativos a la prostitución, ponencia presentada al Congreso sobre alternativas a la regulación de la prostitución, Universidad de Valladolid, 2005.

71. Roxin, Derecho Penal, Parte General, I. (Traduc. Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997, págs. 52 y s.

72. Zugaldía Espinar, Los delitos relativos a la prostitución como delitos de peligro abstracto contra la libertad sexual: consecuencias concursales para el proxeneta y el cliente, *cit.*, págs. 1268 y s.

73. Zugaldía Espinar, Los delitos relativos a la prostitución como delitos de peligro abstracto contra la libertad sexual: consecuencias concursales para el proxeneta y el cliente, *cit.*, 1269 y s.

ma en mercancía u objeto de comercio⁷⁴. La dignidad se erige así en genuino bien jurídico protegido (o coprotegido), sobrepasándose las declaraciones doctrinales o jurisprudenciales que afirman que se protege la libertad sexual y “con ella” la dignidad⁷⁵. La dignidad ocupa un espacio propio entre los objetos de protección.

Una llamada de atención sobre la dignidad se aprecia también en De la Cuesta Aguado cuando afirma, a propósito de la pornografía y la prostitución infantil, que ha sido poco resaltado, o no se ha resaltado en absoluto, por doctrina y jurisprudencia, que tales delitos implican una reducción a la esclavitud, una reducción de la persona a la mera condición de objeto, con limitación y desprecio de otros bienes jurídicos individuales distintos de la libertad sexual. E igualmente habla de esclavitud sexual en relación con la prostitución de adultos sin consentimiento⁷⁶.

El siguiente y definitivo paso, de llevarse el razonamiento a sus últimas consecuencias, sería plantear la irrelevancia del consentimiento (en el sentido del Convenio de Naciones Unidas de 1949, antes mencionado, o del artículo 188, 1., inciso final, del Código penal español), toda vez que al igual que se destacó en relación con la integridad moral⁷⁷, la dignidad de la persona es indisponible⁷⁸.

Esta tesis pudiera conducir de *lege ferenda* a una expansión del Derecho penal en este ámbito, temor expresado por Zugaldía Espinar, pero no en una dirección de retorno hacia la protección de la moral sexual colectiva, como dicho autor teme, sino en una dirección distinta, la protección plena de la dignidad, que el mismo autor defiende. Con todo, la política legislativa ha de ser cuidadosamente expansiva, teniendo en cuenta que, como señala Maqueda Abreu, en la lucha contra la explotación de seres humanos se imponen, ante todo, estrategias de prevención⁷⁹. Está fuera de toda duda que la prostitución, en cuanto tal, debe seguir siendo

impune. Lo que habría que discutir es el ámbito o extensión de las conductas de terceros en atención al bien jurídico que se pretende proteger, teniendo en cuenta que si bien, de un lado, puede producirse una cierta ampliación al extenderse el Derecho penal a acciones realizadas con el consentimiento de la víctima, de otro, hay que proceder restrictivamente exigiéndose la peligrosidad objetiva de la acción para el bien jurídico y evitándose adelantar en exceso las barreras de la protección.

El modelo reglamentista, defendido por determinadas posiciones dentro del feminismo, parte, en su manifestación actual, de que la prostitución no es una actividad indigna ni degradante y de que las referencias a la dignidad son expresión de un “feminismo puritano de reforma moral de fines del XIX”⁸⁰, y viene a sostener que el Estado debe intervenir regulando la práctica de la prostitución siempre que sea voluntaria. Este modelo conduce a excluir la intervención penal siempre que medie el consentimiento de la persona prostituida y a limitar, por tanto, la intervención del Derecho penal a la incriminación de las conductas de terceros que atenten contra la libertad sexual. Este modelo, aparentemente tolerante y respetuoso con la voluntad o la libertad de la persona prostituida, no toma en cuenta que tal libertad se halla unida, en la mayor parte de los casos, a la pobreza, a la marginación, a la condición de extranjero..., por no hablar de razones histórico-culturales más profundas. Al aceptar, no sabemos si de forma resignada, el hecho de la prostitución, como un fenómeno real y eventualmente libre, y postular su regulación a efectos laborales⁸¹, sanitarios, etc., desconoce la reducción de la persona a mercancía y contribuye, acaso sin pretenderlo, a la perpetuación del problema.

Por el contrario, el modelo abolicionista parte⁸², o debería partir, de que la prostitución, incluso si fuera “voluntaria”,

74. Zugaldía Espinar, Los delitos relativos a la prostitución como delitos de peligro abstracto contra la libertad sexual: consecuencias concursales para el proxeneta y el cliente, *cit.*, pág. 1270.

75. *Vid.* al respecto, Maqueda Abreu, El tráfico sexual de personas, *cit.*, pág. 34.

76. Musacchio/De la Cuesta Aguado, El concepto de prostitución en la normativa penal contra la explotación sexual de menores en Italia y España, *La Ley Penal*, nº 24, 2006, págs. 55 y 57.

77. *Vid. supra* 2.2.

78. Rey Martínez/Mata Martín/Serrano Argüello, Prostitución y Derecho, *cit.*, pág. 71: la dignidad... “es un bien *extra commercium* y es irrenunciable”.

79. Maqueda Abreu, Una nueva forma de esclavitud: el tráfico sexual de personas En: Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate (Laurenzo Copello, coordinadora), tirant lo blanch, Valencia, 2002, pág. 270.

80. *Vid.* Empar Pineda y muchas firmas más, Un feminismo que también existe, diario El País, 18 de marzo de 2006. Sobre la Federación Abolicionista Internacional fundada en 1875 y los postulados de Josefina Butler considerando la prostitución como una forma de explotación y degradación de la mujer, incompatible con su dignidad y la autonomía de su personalidad, Maqueda Abreu, Prostitución de las mujeres y control: una relación controvertida, *cit.*, pág. 163.

81. Sobre trabajo y prostitución en el derecho español vigente, Rey Martínez/Mata Martín/Serrano Argüello, Prostitución y Derecho, *cit.*, 147 y ss.

82. Así señala Tamarit Sumalla que en la actualidad ha pasado a segundo plano, en el movimiento abolicionista, los argumentos relativos a la protección de la moralidad y se destaca en primer lugar la necesidad de protección de la dignidad humana, Problemática derivada de la liberalización de la prostitución voluntaria de adultos en el Código Penal de 1995, *cit.*, pág. 1829.

degrada a la persona prostituida⁸³. Por tanto, el ejercicio de la prostitución debería ser contemplado también desde la perspectiva de la dignidad y de la llamada integridad moral (que no de la moralidad ni de la moral sexual colectiva).

La dignidad o la integridad moral, en el sentido expuesto al principio de este trabajo⁸⁴, se elevaría a genuino bien jurídico (a atender, en su caso, junto a otros bienes jurídicos como la libertad) adquiriendo el Derecho penal, de un lado, cierta tendencia a la ampliación, pero, de otro, debiendo limitar su intervención a las conductas de terceros no alejadas del bien o bienes jurídicos que se pretende proteger.

La abolición de la prostitución plantea las mismas cuestiones que la abolición de la esclavitud⁸⁵. La dignidad es

siempre dignidad de la persona⁸⁶ y se afirma objetivamente, es decir con independencia de la voluntad del titular, a cuya protección tienden los tipos. No se trata de adoptar una posición de paternalismo jurídico⁸⁷, ni tiene por qué producirse una huida hacia el Derecho penal, ni tiene por qué violentarse el principio de intervención mínima; se trata de acudir prudencialmente al Derecho penal si está presente un interés merecedor de protección (principio de necesidad de la intervención), un interés que no es patrimonio privativo de la moral: la dignidad “secularizada”, positivada en la historia, o, si se prefiere, la “última concreción” o positivación de la dignidad, la (acaso mal llamada) integridad moral.

83. *Vid. supra* 3.8.

84. *Supra* 2.2

85. No en vano la prostitución ha sido considerada “la nueva esclavitud de nuestro tiempo”, *vid.* Maqueda Abreu, Una nueva forma de esclavitud: el tráfico sexual de personas, *cit.*, pág. 271.

86. A la dignidad del género se refiere, sin embargo, Maqueda Abreu, Feminismo y prostitución, en el diario El País de 1 de abril de 2006.

87. Rey Martínez/Mata Martín/Serrano Argüello, Prostitución y Derecho, *cit.* pág. 72.