

Prostitución Legal, Ilegal y Clandestina en el Perú. Comentario sobre algunas precisiones del Tribunal Constitucional.

Por: Hugo Müller Solón¹

mullerabogados@hotmail.com



- I. Introducción
- II. Prostitución legal, ilegal o clandestina.
- III. Prostitución consentida y prostitución forzada
- IV. Ambito Normativo en que se desarrolla la prostitución en el Perú
- V. Conclusiones

I. Introducción

La prestación de servicios personales íntimos, trabajo sexual o prostitución como se le suele llamar en el Perú a los servicios sexuales brindados generalmente por una mujer a cambio de una contraprestación económica (prostituta o prostitución en adelante), es un problema que no es fácil resolver, es mucho más complejo de lo que se podría pensar; pues no sólo se trata del intercambio de sexo por dinero como un acto exclusivamente personal sino que ha sido englobado y estigmatizado dentro del marco de las conductas desviadas, incluso la criminalidad.

En ningún momento ha sido fácil ni lo será para ningún Gobierno, abordar la cuestión de la prostitución debido a las complicaciones y sensibilidades existentes que, aún siendo de naturaleza económica tiene igualmente importantes implicaciones para la moral pública, el bienestar social, la delincuencia y la sanidad². Efectivamente, la prostituta es el elemento central de la prostitución. Sobre la prostituta recae el estigma social. Ella es el centro del escándalo, la discriminación y la responsabilidad de los males. Así respecto de la justicia criminal, la prostituta es la proscrita sospechosa; respecto de la salud pública es

¹ (*) **Hugo Müller Solón**. Coronel de la Policía Nacional del Perú (R), Abogado Penalista, ex Fiscal Superior Penal (P) asignado a la Cuarta Fiscalía Superior Penal del Distrito Fiscal Huánuco, ex Fiscal Provincial Penal (P) de Juanjuí - Distrito Fiscal de San Martín, ex Juez Penal Permanente (T) y Fiscal Superior Penal (P) del Fuero Penal Militar Policial – Lima, ex Defensor del Policía (2005-2006), ex Gerente Regional de Defensa Nacional en el Gobierno Regional La Libertad (2013-2014). Conferencista internacional y Capacitador en temas de adecuación al Nuevo Sistema Penal Acusatorio. Fundador y Director del Proyecto “Policía Comunitaria” en la ciudad de Trujillo – PERÚ (2003-2005). Egresado del Centro de Altos Estudios Nacionales - CAEN LII Promoción del Programa de Desarrollo y Defensa Nacional. Docente universitario en los Cursos de Criminología, Criminalística, Derecho Procesal Penal, Derecho Penal, Derecho Penal Militar Policial y Asesoría de Tesis. Autor del Libro “La Policía en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio”, puedes bajar el libro completo en: <https://policiacomunitariaperu.files.wordpress.com/2015/05/libro.pdf>

² La Prostitución: Realidad y políticas de intervención pública en Andalucía/ Defensor del Pueblo Andaluz – 1º Edición Sevilla: Defensor del Pueblo Andaluz, 2002, p.27.

el agente sospechoso de transmisión de enfermedades; respecto de la moral pública es el centro de la perversión y desde el punto de vista social objeto de necesaria rehabilitación. Así pues, la prostituta no se usa como señalador de la persona que realiza una actividad contingente sino un status social del que es imposible desprenderse.³

Es así que pensando de esta manera muchas autoridades aún suelen pensar que una solución es su abolición mediante la represión, o prohibición del ejercicio del trabajo sexual. Es un problema que involucra lo económico, social, político, cultural y psicológico⁴. Sin embargo, aun siendo un tema complejo y polémico, tenemos que ir abordándolo con objetividad, madurez, tolerancia y sensibilidad; y, en este caso el presente Ensayo tiene por finalidad no solo mostrar la opinión o perspectiva personal del autor sobre este tema, sino básicamente despertar el interés, la reflexión, y generar la producción de nuevas ideas por parte de los investigadores, criminólogos, sociólogos y personas interesadas, especialmente alumnos universitarios de Derecho y Sociología en el camino de encontrar mediante Investigaciones y propuestas, los procedimientos más pertinentes para ir encontrando la solución a nivel nacional de un problema social que desde el siglo pasado espera que se hagan realidad mediante el pronunciamiento de las autoridades competentes.

Un ejemplo del interés despertado en el ámbito académico sobre estos temas, lo encontramos en la graduanda Martha Solís, quien en su Tesis para optar el Título Profesional de Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; concluye al respecto; diciendo: “De todo lo desarrollado en la presente investigación se reconoce el Derecho a la Libertad o Autodeterminación Sexual de los ciudadanos dedicados a ejercer el Trabajo Sexual y con plena convicción de que el Estado debe crear seguridad jurídica a todos los miembros de la sociedad peruana, usando su ius puniendi respetando los principios doctrinales que rigen al Derecho Penal y los Derechos Fundamentales y Humanos consagrados en los tratados Internacionales y en nuestra propia Constitución, se justifica una intervención jurídico-penal cuando efectivamente se lesione este derecho; sancionando penalmente, aquellas conductas desplegadas por terceros cuando mediante actos comisivos (violencia, amenaza, abuso de poder o fraude) anulen o vicien la voluntad de las personas. Trayendo como consecuencia inmediata la exclusión del círculo de víctimas en los delitos conexos a la prostitución a aquellas que ejercen libre y voluntariamente este oficio y la descriminalización de terceros relacionados con esta actividad (...)”⁵

³ **Gail Pheterson**, El prisma de la prostitución. Madrid, 2.000. Editorial Tala, en Una aproximación a la prostitución y a la Industria del Sexo, publicación de Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía. http://www.anticapitalistes.net/IMG/pdf_APDHA.pdf

⁴ **Narda Arbulú Bramon**. “Hacia un Proceso de Empoderamiento de los Derechos Humanos de las Trabajadoras Sexuales en el Perú”. Recopilación de Normas Legales relacionada al Trabajo Sexual.

⁵ **Martha María Solís Vásquez**. Tesis para optar el Título Profesional de Abogado Universidad Nacional Mayor de San Marcos: “La Prostitución adulta no forzada, ¿libertad o esclavitud sexual?: Balance,

Y el tema es polémico porque a pesar que en el Perú, la prostitución no es considerada un delito por la ley, y porque a pesar que son muchas las personas que realizan estas actividades como una forma de sustento y de vida, no se encuentra reglamentada de manera clara y concreta, habiendo sido algunos gobiernos locales los que por su carácter de autónomos y por consiguiente competentes de hacer su propia normativa, han tomado algunas iniciativas al respecto, pero solo aplicables a sus respectivas jurisdicciones, por lo que tenemos una legislación totalmente difusa, variada y no aplicable a nivel nacional.

Recalcando que la prostitución no es delito en el Perú, lo que sí está considerado delito es el proxenetismo: obtener beneficios económicos a partir de la explotación sexual a una persona. La prostitución es considerada como una actividad legal entre personas adultas⁶, pero que sin embargo, encontramos resistencia a que sea reconocida plenamente como una actividad laboral, ya que aparentemente no encuentra cabida dentro de los campos laborales convencionales, tropezando con uno de los principales obstáculos para su reconocimiento, que es el reproche moral y social que se le otorga a esta actividad, sin considerarse por encima de todo, el derecho a la libertad y su carácter laboral, por consiguiente de actividad económica y sustento para quienes la ejercen.

Lo que es peor, cada vez que se identifica o interviene un establecimiento o local donde hay personas que realizan trabajos sexuales, se habla erróneamente de locales donde se ejerce la **“prostitución clandestina”** en vez de referirse a locales que funcionan como **“prostíbulos clandestinos”** que es como propiamente y en todo caso debería corresponder mencionar en alusión directa a sus propietarios o conductores que si están infringiendo la ley, porque el ejercicio de la prostitución propiamente dicha no es delito, el funcionamiento de un prostíbulo sí lo es⁷. Esto es así porque los propietarios, administradores o conductores del local de una u otra forma promueven o favorecen la prostitución de una persona, fungiendo de encubridores o mediadores, incluso allanando obstáculos que se presentan en el curso de la actividad legal para que esta continúe ejerciéndose⁸, y eso es lo que precisamente el Art. 179° del Código Penal, reconoce como delito de **Favorecimiento a la Prostitución**, el cual sanciona no la prostitución, sino las actividades conexas a ella efectuadas por otras personas.

actualidad, perspectivas y propuestas jurídico penales, caso : sexo-servicio en el distrito del Cercado de Lima. Lima – 2011. http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1601/1/solis_vm.pdf

⁶ Sharon Gorenstein. Prostitución: permitida y estigmatizada. Perspectivas discursivas a partir de las historias de vida de seis mujeres que se prostituyen en El Trocadero. Debates en Sociología N° 38, 2013, p.31.

⁷ Exp. N° Exp. N° 6231/97. BACA CABRERA, Densey / ROJAS VARGAS, Fidel y NEIRA HUAMAN, Marlene. Jurisprudencia Penal, Procesos Sumarios. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima. “El hecho de haber administrado un inmueble donde se ejercía el comercio sexual clandestino configura el delito de proxenetismo, al haber promovido o favorecido las actividades de las citadas agraviadas”.

⁸ Exp. N° 7903/97. BACA CABRERA, Densey / ROJAS VARGAS, Fidel y NEIRA HUAMAN, Marlene. Jurisprudencia Penal, Procesos Sumarios. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima.

Lo mismo sucede con el delito de **Rufianismo**⁹, que sanciona a la persona que explota la ganancia obtenida por una persona que ejerce la prostitución; o, el delito de **Proxenetismo**¹⁰, que comprende al que compromete, seduce o sustrae a una persona para entregarla a otro con fines de que se prostituya. En todos estos casos, de acuerdo a la legislación vigente, la persona que presta servicios personales íntimos a cambio de una contraprestación económica sin interesar si lo hace de manera consentida o forzada se convierte en agente pasivo de estos delitos, vale decir en la víctima, aunque en la práctica podamos apreciar todo lo contrario, pues suele suceder que cada vez que se interviene un local donde se ejerce la prostitución, las trabajadoras que son encontradas en su interior, son tratadas como si fueran autoras de algún tipo de delito, cuando en realidad pudieran ser víctimas de proxenetes, rufianes u otros que favorecen la prostitución, pero jamás personas imputables penalmente por el servicio que están brindando. La modernidad al parecer ha invertido las cosas: *La víctima aparece como culpable y el victimario como inocente.*

Ciertamente vemos, que la calificación de la explotación de la prostitución tal como se halla reflejada en los tipos penales que tipifican los delitos de Favorecimiento a la Prostitución, Rufianismo y Proxenetismo, que actualmente se viene aplicando en el Perú, se consuman aun cuando estas se realicen con el consentimiento de la persona prostituida – que es lo que generalmente sucede en nuestro país -, con lo cual no queda duda de que se incrimina la explotación de la prostitución aún cuando es libremente aceptada por la persona que hoy es considerada víctima y no dentro de un concepto exclusivo de prostitución forzada u obligada.

Siendo así, debería estar prohibido en el país el establecimiento y la administración de casas o locales donde se ejerza la prostitución o se incite a ella con o sin el consentimiento de las personas que lo ejercen, pues sería inevitable – dada la interpretación actual - omitir tipificarlo dentro del tipo penal de Favorecimiento a la Prostitución y probablemente concurren junto a ella el rufianismo y el proxenetismo; se puede presumir que estos empresarios, al establecer un local, hotel, discoteca, bar, etc. que realmente funciona como prostíbulo o favorece la prostitución, están cometiendo el delito de Proxenetismo; sin embargo el reproche mayor estará en las personas que sin cometer delito, trabajan en estos lugares brindando servicios sexuales. Por ello es que **María Gabriela Irrazábal**, en su Tesis “Herramientas para el Estudio de la Prostitución Femenina” se plantea la siguiente interrogante: *“¿qué acontecimientos han contribuido para que una acción ilegal (el establecimiento de locales y la facilitación de la prostitución) carezca de sanción social negativa y una acción legal (el ejercicio de la prostitución) reciba toda la sanción moral y social posible?”*¹¹; agregaríamos *¿y sea objeto incluso de campañas represivas policiales o municipales?*. Y siendo así ¿qué pasa con la víctima?, si

⁹ Rufianismo. Art. 180 del Código Penal.

¹⁰ Proxenetismo. Art. 181 del Código Penal.

¹¹ **Irrazábal, María Gabriela.** Herramientas para el Estudio de la Prostitución Femenina. Tesis presentada para la obtención del grado de Licenciada en Sociología. Buenos Aires, Junio del 2006.

ella estaba realizando un trabajo que no es ilegal, ¿donde podrá realizarlo para seguir manteniéndose ella junto a su familia?

El asunto es que aquí en el Perú no se asume una posición clara ni precisa respecto al agente activo ni pasivo del delito, no se hace distingo alguno entre el fenómeno criminal de la prostitución forzada, esto es, la de quienes obligan a los sujetos a prostituirse, la de aquellos que se lucran a través de su explotación conocedores de que se prostituyen libremente y de aquellos que aun con su consentimiento son sujetos de explotación laboral derivada de la imposición de condiciones abusivas, mucho menos de aquellos que con su libre voluntad y consentimiento aceptan las condiciones impuestas en función a su decisión, voluntad y libre albedrío; para la legislación actual todas las trabajadoras sexuales son “víctimas” y sujetas de “protección del estado”; en la práctica ni una ni otra, ni víctima ni protección del Estado, solo discriminación.

Estos hechos que han sido debidamente analizados por investigadores, entre ellos Carolina Villacampa Estiarte¹² en función a datos recogidos de la experiencia norteamericana, Suecia y España, nos motivan a pronunciarnos al respecto en la parte final, más aún cuando el discurso preconizado actualmente, no solo se centra en la discusión de si estamos frente a una prostitución, legal, ilegal o clandestina, sino particularmente cuando se le pretende vincular con hechos actualmente criminalizados como el favorecimientos a la prostitución, el rufianismo, el proxenetismo, la trata de personas, negándose todo tipo de posibilidad de distinguir entre prostitución libre y prostitución forzada y más bien identificando a las trabajadoras sexuales en todos los casos, como víctimas de una forma de abuso y violencia de género, lo cual es el principal ingrediente para la imputación de este tipo de ilícitos penales, negándoles a las trabajadoras sexuales todo tipo de alternativas para enfrentar la satisfacción de sus necesidades y prácticamente obligándolas a salir a las calles y permanecer en ellas como una forma de poder continuar con su forma de vida, aceptada voluntariamente y sin opción alguna de cambio por falta de apoyo del Estado.

Nuestras conclusiones finales en el presente Ensayo, son aportes que a nuestro parecer podrían tenerse en cuenta entre otros, vinculados a derechos, obligaciones, etc. al momento de reglamentar el ejercicio de la prostitución, como una actividad económica, regulada, formal y libremente ejercitada en nuestro país y que esperamos se dé lo más pronto. Colombia nos da un ejemplo de la forma como se debe ir abordando este problema; en dicho país se ha presentado al Congreso el Proyecto de Ley Ordinaria N° 079 de 2013, *“Por la cual se establece un trato digno a las personas que ejercen la prostitución, se fijan medidas afirmativas a su favor y se dictan otras disposiciones orientadas a restablecer sus derechos”*. El Proyecto comprende temas como afiliación al sistema general de la seguridad social, contratos laborales, derechos y garantías de las

¹² **Carolina Villacampa Estiarte.** Políticas de Criminalización de La Prostitución: Análisis Crítico de su fundamentación y resultados.

personas que ejercen la prostitución, derechos de las personas que ejercen la prostitución, establecimientos de comercio dedicados a la prostitución, fondo para el restablecimiento social de las personas que ejercen la prostitución, etc. habiéndose dado inicio a los debates correspondientes, lo cual significa poner en la agenda pública un tema social por parte de las autoridades de gobierno del vecino país.

II. Prostitución legal, ilegal o clandestina.

Prostitución legal. Hemos partido del concepto inicial de que la prostitución en el Perú, no es delito, por tanto su ejercicio es totalmente legal. Por su parte, el Art. 2º de la Constitución Política del Perú que consagra los derechos fundamentales de las personas, ha señalado en el inciso 24.a que ***“nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”¹³***, por lo que siendo la prestación de servicios personales íntimos, trabajo sexual o prostitución, una actividad legal que no está prohibida por la ley, no es un delito, por lo tanto la prostitución en el Perú es legal; legalidad que de acuerdo a Ley no alcanza a quienes la promueven, favorecen, la facilitan, se lucran, se comprometen, seducen o sustraen a una persona para entregarla a otro con el objeto de tener acceso carnal, porque esas personas si cometen delitos penales, aún cuando la trabajadora sexual brinde sus servicios personales íntimos con total voluntad y libertad.

En sus fundamentos de la STC N° 06712-2005-HC. Fundamento N° 47; el TC precisa lo siguiente: ***“En el caso de autos se ha dicho que el reportaje buscaba demostrar una red de prostitución en el vedettismo nacional, y que para ello era necesario mostrar a una bailarina, como era la querellante, justamente manteniendo relaciones sexuales sin autorización legal¹⁴ para hacerlo”***. Si la prostitución es legal en el Perú, en que aspecto podríamos entender que se requiere autorización legal para ejercerla.

Respecto a la **prostitución ilegal**; y, de conformidad a lo dicho en el acápite anterior, no existe prostitución ilegal en el Perú; sin embargo no siempre fue así; el 18 de Enero de 1924, siendo Presidente del Perú el señor Augusto B. Leguía, se promulgó la Ley 4891 - “Ley de Vagancia” que estuvo vigente en nuestro país durante 62 años (Derogada mediante Ley N° 24506 del 14 de Mayo de 1986); mediante esta ley, las mujeres que tenían la condición de prostitutas de profesión (en la ley se lee “meretrices de profesión), si se sustraían de figurar en los padrones del caso y burlaban las prescripciones de los reglamentos de policía, defensivos de la salud, de la higiene y del decoro públicos, eran estigmatizadas y calificadas como “vagas”¹⁵ inhabilitándolas para una plena aceptación

¹³ El subrayado es nuestro.

¹⁴ El subrayado es nuestro.

¹⁵ **Ley 4891. Art. 1º. Vago** es todo individuo que, careciendo de bienes y rentas, no ejerce profesión, arte ni oficio; ni tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita, ni otro medio legítimo ni conocido de subsistencia, o, fingiendo tenerlos, carece de habitación; o, teniendo por suya la perteneciente a distinta persona, vive de la tolerancia, complacencia, sugestión, sujeción, tiranización o explotación de esta última.

social y por tanto acreedoras a penas privativas de libertad no menor de un año ni mayor de cinco años. De allí deviene entonces las denominaciones de prostitución clandestina o ilegal cuando no se cumplía con lo normado en la ley y la única prostitución aceptada como legal, era aquella en donde la prostituta se reconocía como tal y se acercaba ante la autoridad a recabar su Carnet de Prostituta y cumplía con los requisitos que establecía la normatividad vigente; en el otro extremo la prostituta era clandestina, perseguida, detenida y encarcelada. Estigma que lamentablemente aún prevalece hasta la fecha como un rezago inquisitivo en la mente de algunas autoridades que siguen viendo a la prostituta más que como víctima, como una infractora de la ley. Es a partir de este supuesto que la prostitución suele ser considerada por un sector de la sociedad como un fenómeno social estigmatizado, ilícito, rechazado, inmoral, vergonzoso, etc.; pero al margen de aquello no es ilegal. No existe prostitución ilegal en el Perú.

Sobre la **prostitución clandestina**, entendiéndolo por clandestina todo aquello que se hace de forma oculta o secreta para burlar la ley, al no existir una reglamentación nacional clara y precisa respecto al ejercicio de este tipo de actividades desde el 14 de Mayo de 1986 en que se deroga la “Ley de Vagancia” con la promulgación de la Ley N° 24506, no se puede hablar de prostitución clandestina sin base ningún fundamento legal, reglamentación ni definición al respecto; es así que, el Tribunal Constitucional tratando de dar una respuesta en este sentido, intenta encontrar el fundamento apropiado para encontrar una definición de lo que se denomina frecuentemente “prostitución clandestina” en una Ordenanza Municipal; así señala entonces refiriéndose a la prostitución y en mérito a la Ordenanza Municipal N° 141 de 1998; lo siguiente¹⁶: ***“Su ejercicio está regulado básicamente a través de la Ordenanza N.º 141 de la Municipalidad Metropolitana de Lima, Sobre Obligatoriedad de Portar Carné de Salud, la misma que señala en su artículo 6º que: Las personas que ejerzan el meretricio (...), además del Carné de Salud, están obligadas a poseer un Certificado de Control Periódico epidemiológico, serológico y tebeciano, los cuales serán expedidos por la Autoridad Sanitaria Municipal por períodos quincenales, trimestrales y semestrales, según corresponda. En caso de que no se cumplan estas exigencias, según el artículo 14º, la Dirección de Salud y Bienestar Social de la Municipalidad podrá sancionar inclusive con una multa a la persona infractora dedicada a tal actividad”***¹⁷.

En sus fundamentos en la STC N° 06712-2005-HC. Fundamento N° 48 precisa que: ***“Queda claro que la prostitución clandestina debe estar proscrita por ser un oficio no permitido en nuestro ordenamiento”***¹⁸. No encontramos al respecto un fundamento legal válido para que el TC opine de esta manera.

¹⁶ STC N° 06712-2005-HC. Fundamento N° 48

¹⁷ Ordenanza Municipal de la Municipalidad Metropolitana de Lima N° 141 de fecha 25 de febrero de 1998 “Aprueba Ordenanza sobre obligatoriedad de portar carnet de salud”

¹⁸ El subrayado es nuestro.

Estas precisiones del Tribunal Constitucional, dejan en evidencia el vacío legal existente respecto a la falta de reglamentación para el ejercicio formal de la prostitución en el Perú a extremos de considerarlo como **“un oficio no permitido en nuestro ordenamiento”**; su regulación se ha dejado a discreción de las autoridades locales que pretenden reglamentarla sin criterios uniformes, algunas de ellas de manera represiva y otras considerando incluso su ejercicio como ilegal utilizando medidas prohibicionistas, sin considerar que en nuestra legislación el ejercicio de la prostitución, no es constitutivo de delito ni es considerada ilegal. No siendo ilegal, tampoco se regula la forma en que esta actividad debe desempeñarse cuando lo es voluntariamente, por lo que puede afirmarse que el ejercicio de esta actividad en nuestro país se desarrolla dentro de un ámbito de vacío jurídico, con clara vulneración de los derechos fundamentales de las personas afectadas.

La prostitución no es una actividad ilegal, sin embargo, a nivel municipal en determinadas ordenanzas municipales se prohíbe tanto el ofrecimiento, como la solicitud, la negociación o la aceptación, directa o indirectamente, de servicios sexuales retribuidos en el espacio público. Así por ejemplo la **Ordenanza Municipal N° 384-MSI – San Isidro** multa el ejercicio de la prostitución en la vía pública por un monto de 100% del valor de una UIT y la misma sanción a la persona o usuario que solicita en la vía pública la actividad de la prostitución. Lo que a criterio de la investigadora **Carolina Villacampa Estiarte**¹⁹, este tipo de intervenciones, **“(…) ha supuesto poco más que un traslado de la prostitución de la calle a la desarrollada en espacios cerrados o a la oferta de servicios sexuales a través de internet, disminuyendo la seguridad de las condiciones de ejercicio de la prostitución callejera (…)”**.

En el EXP. N.º 6712-2005-HC/TC – Caso Magaly Medina, el Tribunal Constitucional se pregunta: **“¿es permisible que el derecho a la información pueda tocar temas tan sensibles como las relaciones sexuales de una persona, por más que haya estado en un supuesto de prostitución clandestina²⁰? Este Colegiado considera que no”**. Una persona puede estar en el supuesto de prostitución clandestina? Como hemos visto anteriormente, el TC considera que se da el presupuesto de prostitución clandestina por el incumplimiento de las normas municipales referidas y en el caso concreto a la **Ordenanza N.º 141 de la Municipalidad Metropolitana de Lima**, a la no tramitación y tenencia de un Carnet de Salud como único presupuesto para considerar que se está ejercitando la prostitución de manera clandestina.

Sin embargo, nos parece que el Tribunal Constitucional debió haber tomado en cuenta, que la Ley General de Salud, interpretada sistemáticamente con la Ley Orgánica de

¹⁹ **Carolina Villacampa Estiarte**. Políticas de Criminalización de la Prostitución: Análisis crítico de su fundamentación y resultados. Publicado en Revista de Derecho Penal y Criminología. 3º Epoca. N° 7 – Enero 2012. Pág. 62.

²⁰ El subrayado es nuestro

Municipalidades, prohíbe a las autoridades administrativas condicionar el desarrollo de actividades económicas²¹ a la presentación de un carné de sanidad. Efectivamente la Ley General de Salud 26842 en su artículo 13° señala **“Toda persona tiene derecho a que se le extienda la certificación de su estado de salud cuando lo considere conveniente. (...)”**, prohíbe por tanto a las autoridades públicas exigir la presentación de carnet de sanidad como condición para el ejercicio de actividades profesionales, de producción, comercio o afines²².

No solo eso, sobre el particular, la Comisión de la Oficina Regional de INDECOPI de Piura emitió la **Resolución 737-2009/INDECOPI-PIU** del 28 de setiembre de 2009, declaró **“que respecto de las personas que elaboran, manipulan y/o expenden alimentos y bebidas, dicha exigencia sí constituía una barrera burocrática ilegal, pues vulnera la prohibición establecida por el artículo 13 de la Ley General de Salud”**. Por su parte, la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución N° 2141-2010/SC1-INDECOPI²³, expresó al respecto que condicionar el ejercicio de actividades económicas a la obtención de un carné de sanidad constituye una barrera burocrática ilegal, confirmando en ese extremo la Resolución 737-2009/INDECOPI-PIU.

Pero además, la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual también se pronunció en el caso anterior en otro de los extremos de la Resolución emitida por la Oficina Regional de INDECOPI – Piura, declarando la **NULIDAD DE OFICIO** de la Resolución 737-2009/INDECOPI-PIU en el extremo que declaró que dicha Comisión carecía de competencia para emitir un **pronunciamiento respecto de la exigencia de presentar un carné de sanidad en la prestación de servicios personales íntimos**. La razón es que la prestación de tales servicios sí constituye una actividad económica, al tratarse de una provisión de servicios en el mercado permitida por el ordenamiento jurídico, por lo que le es aplicable la regulación

²¹ **Actividad Económica:** Proceso donde se generan e intercambian **productos, bienes o servicios** para cubrir las necesidades de las personas. La actividad económica permite la generación de riqueza dentro de una comunidad (ciudad, región, país) mediante la extracción, transformación y distribución de los **recursos naturales** o bien de algún tipo de servicio.

²² **Ley General de Salud.** LEY N° 26842. Promulgada el 9 de julio de 1997. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20 de julio de 1997. **Artículo 13.-** Toda persona tiene derecho a que se le extienda la certificación de su estado de salud cuando lo considere conveniente. Ninguna autoridad pública podrá exigir a las personas la certificación de su estado de salud, carné sanitario, carné de salud o documento similar, como condición

para el ejercicio de actividades profesionales, de producción, comercio o afines. Lo dispuesto en la presente disposición no exime a las personas del cumplimiento de las disposiciones relacionadas con el carné o certificado de vacunaciones, de conformidad con lo que establece la norma de salud, ni de aquellas relacionadas con la certificación de su estado de salud como requisito para obtener licencias para conducir vehículos naves y aeronaves, o manejar armas o explosivos con arreglo a la ley de la materia.

²³ Resolución N° 2141-2010/SC1-INDECOPI

<http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc/Jurisprudencia/documentos/1-93/2010/Re2141.pdf>

en materia de eliminación de barreras burocráticas a cargo del INDECOPI; siendo expuesto de la siguiente manera:

“(…) esta Sala considera que los servicios sexuales sí constituyen una actividad económica, pues involucran la prestación de un servicio a cambio de una contraprestación. Por ello, de acuerdo con el principio de no discriminación consagrado en la Constitución Política del Perú (Art. 2.2.), también se les debe aplicar la regulación de eliminación de barreras burocráticas”.

Se afirma que el concepto de *barrera burocrática* alude a límites arbitrarios o injustificados impuestos por el Estado que impiden el acceso o la permanencia en el mercado²⁴; por lo que debemos entender que respecto de la exigencia de presentar un carné de sanidad en la prestación de servicios personales íntimos, y siendo que su ejercicio constituye una forma legítima de acceso a las libertades relacionadas a una actividad económica debidamente reconocida por INDECOPI²⁵, esta exigencia ha quedado definitivamente suprimido; sin que ello signifique indudablemente su desarrollo en un marco empresarial en donde pudieran configurarse ilícitos penales vinculados al favorecimiento a la prostitución, rufianismo, proxenetismo o trata de personas; la Resolución comentada es un precedente que deberá tenerse presente en su oportunidad.

III. Prostitución consentida y prostitución forzada

La legislación nacional no hace distinciones entre prostitución forzada y prostitución consentida. Una prostitución consentida supone el ejercicio libre y voluntario, en el que la entrega sexual es a cambio de una contraprestación económica con el total consentimiento de la trabajadora sexual; en tanto que la prostitución forzada se ejerce en el mismo sentido, pero bajo coacción o presión derivada de una situación de violencia, intimidación o abuso. Estas dificultades de definición tienen que ver con distintos factores. En primer lugar, todavía hoy no está claro en absoluto cuál es el “problema” al que se intenta hacer frente cuando nos proponemos enfrentar de alguna manera el fenómeno social de la prostitución. Por un lado, observamos que en el ámbito internacional las convenciones internacionales, las exposiciones de motivos de las leyes o las declaraciones políticas de distinto origen, insisten en que el objetivo es acabar con el abuso y la

²⁴ **Rizo Patrón, Javier.** «La libertad de acceso al mercado, su protección constitucional y el análisis de razonabilidad de las ordenanzas que la limiten». *Gaceta Constitucional*, 21(2009), p. 85.

²⁵ El Decreto Legislativo 1033, decreto legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, publicado el 25 de junio de 2008, define en su artículo 1 al INDECOPI como un organismo público especializado, con personería jurídica de derecho público interno, que goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa. Se encuentra adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. En el literal a) del numeral 2.1 del artículo 2 se prevé como función administrativa del INDECOPI: Vigilar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa mediante el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales que afectan a los ciudadanos y empresas, así como velar por el cumplimiento de las normas y principios de simplificación administrativa.

explotación a los que se ve sometido un número considerable de personas, mujeres y niñas en su mayor parte, que son coaccionadas o empujadas por la necesidad a practicar la prostitución en una auténtica situación de esclavitud, por lo que se estarían refiriendo a la prostitución forzada²⁶.

Sin embargo, la paradoja aparece cuando observamos que la mayor parte de las medidas políticas, municipales y policiales van dirigidas más bien a controlar los problemas de orden que desencadena el ejercicio de la **prostitución consentida** en las calles y establecimientos sin licencia: controles y redadas policiales con el objeto de desalojar a prostitutas y clientes; decisiones de los gobiernos locales de “prohibir”, bajo sanción de multa, la prostitución realizada en determinadas zonas, calles o locales no autorizados. Sin desconocer los problemas que genera el ejercicio de la prostitución en los espacios públicos para vecinos y para la sociedad en general, resulta claro que este tipo de medidas, más que proteger a las víctimas de la explotación sexual, que en la mayoría de casos no existe, lo que defienden es el bienestar y el orden público, bienes colectivos de la comunidad que se encuentran debidamente justificados, pero que generan agravio en personas que ven en la prostitución consentida un medio de trabajo. Si la única respuesta al fenómeno de la explotación sexual es ésta, tendríamos que detrás de esta paradoja se encuentra una gran ficción, pues a pesar de todas las declaraciones y discursos, las medidas municipales y policiales contra la prostitución no se dirigen a proteger a las víctimas de la explotación, sino a la sociedad frente al ejercicio público de la prostitución callejera, porque todos sabemos que la prostitución callejera es en nuestro país en su mayoría, si no lo es en su totalidad, prostitución consentida y sin ningún tipo de explotación por parte de terceros.

IV. Ambito Normativo en que se desarrolla la prostitución en el Perú

Como venimos argumentando, en el Perú no existe un ámbito normativo claro y preciso que regule la prostitución consentida. Los modelos de tratamiento normativo de la prostitución que han venido siendo empleados a lo largo de la historia en diferentes países del mundo se reducen, con variantes, a cuatro: **(1) El Reglamentarismo, (2) El Abolicionismo, (3) El Prohibicionismo y (4) El Regulacionista** y como veremos, en nuestra realidad nacional se ha querido incursionar de alguna manera en los tres primeros y de espaldas a la realidad, ante la incapacidad de enfrentar con firmeza un tema social vigente en nuestra sociedad y que requiere urgentemente la solución por parte de las autoridades pertinentes y no seguir como hasta ahora reprimiendo, intimando, incluso abusando y vulnerando derechos de quienes de acuerdo a su libre albedrío ven en la prestación de servicios personales íntimos, una forma de vida y sustento.

²⁶ **Julia Roper Carrasco y Julia Ruiloba Alvaríño.** Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden la protección de las víctimas. p.3.

El **Reglamentarismo** se impuso en Europa desde mediados del siglo XIX y Francia fue la patria de la reglamentación. En sus respectivos discursos, las autoridades municipales, la policía y el poder judicial buscaron regular la prostitución apelando la necesidad de proteger la moral pública. En particular estos argumentos insistían en la importancia de proteger la inocencia y la modestia femenina de las jóvenes del espectáculo del vicio, y de preservar a los adolescentes hombres del contacto sexual precoz y a las adolescentes mujeres de las artimañas del seductor. Se definió la prostitución como un mal inevitable que en cualquier caso hay que reglamentar. A su amparo surgieron en nuestro país las normativas “en favor del bien común”, para proteger el orden y la salud pública, estableciendo espacios definidos para el desarrollo de la actividad y controles sanitarios e identificación permanente de las prostitutas. La “Ley de Vagancia” tuvo esta finalidad.

Por su parte el modelo **Abolicionista**, aparecería denunciando las insuficiencias del reglamentarismo y propugnando un mundo nuevo sin prostitución. La responsabilidad por la existencia de la actividad, se traspaşa aquí de la prostituta a los hombres, quienes con su demanda de servicios sexuales son los que provocan la oferta y el auge del negocio, victimizando a la prostituta en la percepción de su situación como esclavas del sexo y criminalizando las conductas de quienes de alguna manera se benefician del ejercicio de esta actividad por parte de las prostitutas. Surgen entonces las figuras del favorecimiento a la prostitución, del proxeneta y del rufián en nuestro ordenamiento penal, en donde no se hace un distingo entre prostitución forzada y prostitución voluntaria.

El **Prohibicionismo** identifica a las propias prostitutas como infractoras de la ley sin serlo, y conduce a la prohibición de la prostitución en la calle y también en los locales como una forma de rechazo social al ejercicio de esta actividad. Con lo cual, acaba criminalizando tanto el ejercicio de la prostitución como las conductas realizadas en su entorno, llegando a penalizar la conducta de la prostituta. La “Ley de Vagancia” tuvo esta finalidad en su momento en nuestro país; de alguna manera lo hacen actualmente algunas Ordenanzas municipales y se buscan normas conexas para justificar una detención y probablemente una denuncia penal en contra de quien brinda servicios sexuales. Es así que cuando se les interviene se utiliza en algunos casos el Art. 205° del Código Procesal Penal para retenerlas hasta por cuatro horas y conducir las a una Comisaría cuando no están en condiciones de mostrar sus documentos de identificación; se les somete a examen médico legal, exámenes sanguíneos y otros sin causa justificada ni autorizada por la ley por cuanto no han cometido ningún delito, pero cuyos resultados pudieran servir para denunciarlas por Delito Contra la Salud Pública (Art. 218.- Propagación de enfermedades peligrosas y contagiosas) cuando no portan un Carnet de Sanidad o imputándoles delito de Ofensas al Pudor Público bajo la imputación de haber tenido una conducta de índole obscena.

El modelo **Regulacionista**, también denominado de legalización o laboral, comienza a tomar forma en los años ochenta del siglo pasado, al hilo del impulso de creación y movilización de las asociaciones de prostitutas; sin embargo en nuestro país todavía no se dan muestras legislativas de mayor interés sobre la materia por parte de las autoridades.

Estas organizaciones se muestran activas en la reclamación del reconocimiento de derechos laborales y de Seguridad Social para las trabajadoras del sexo. Se trata por lo tanto de un modelo que comparte con el reglamentarismo el objetivo de no pretender acabar con la prostitución y más bien exigir dotar de un estatuto jurídico a quienes desarrollan esta actividad. En nuestro país, es conocido y reconocido el trabajo del Movimiento de Trabajadoras Sexuales del Perú y Asociación de Trabajadoras Sexuales "Miluska Vida Y Dignidad" y de otras asociaciones similares.

V. Conclusiones

- A. En el contexto normativo actual, la prostitución en el Perú es legal, no es ilegal ni clandestina, por lo que en reconocimiento de los Derechos Fundamentales contemplados en la Constitución Política del Perú, es que ya se debe de dejar de ver a las personas que brindan servicios personales íntimos de manera libre, voluntaria y consentida, como mal ejemplo, como un ser despreciable o degradado, o como una trabajadora ilegal o clandestina para pasar a ser una trabajadora sin distingos discriminatorios que brinda servicios personales íntimos a cambio de una retribución económica. El ejercicio de la prostitución en forma individual o independiente, no constituye delito y no corresponde confundir esta conducta con la que verdaderamente posee relevancia penal, que no es otra, que la desplegada por los que la favorecen o promueven la prostitución, por los rufianes y por los proxenetas en agravio de mujeres que son forzadas a prostituirse.
- B. Podemos decir también, que actualmente la prostitución es una actividad laboral y legal, pero de alguna manera solo "tolerada" por el ordenamiento jurídico; es decir, no existe alguna ley que prohíba su ejercicio (que no incluye el favorecimiento a la prostitución, ni el rufianismo, proxenetismo o trata de personas), no es una actividad ilegal, ni prohibida, ni clandestina; pero pese a ello subsiste el reproche moral y social que de una u otra forma se refleja en el comportamiento drástico y algunas veces hostil de las autoridades policiales y municipales respecto a su ejercicio, quienes optan por la represión de una actividad que encuentra mucha resistencia a ser reconocida como una actividad laboral.
- C. No obstante, se debe resaltar el logro de objetivos normativos importantes como la Resolución N° 2141-2010/SC1-INDECOPI, que reconoce a la prestación de servicios personales íntimos como una actividad económica, al tratarse de una provisión de servicios en el mercado permitida por el ordenamiento jurídico, por lo que le es aplicable la regulación en materia de eliminación de barreras burocráticas a cargo del Indecopi, respecto de la no exigencia de presentar un carné de sanidad en la prestación de servicios personales íntimos.

- D. El ejercicio de la prostitución como actividad laboral no debe ser discriminada. Se debe considerar al respecto de esta discriminación, que no se puede hacer distinciones donde la ley no las hace, pues ello implicaría una contravención a la Constitución Política del Perú y una vulneración al reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas. La prostitución en el Perú dentro del ámbito normativo requiere por ello ser regulada y reglamentada. La prostitución es un trabajo cuando se ejerce de manera consentida y libremente, pero no en régimen de esclavitud, forzada o de abuso. Es este último con el que hay que acabar. No hay suficientes leyes que protejan a las víctimas de la prostitución forzada.
- E. Respecto al ejercicio de la prostitución en el Perú, la legislación actual no hace distingo entre una prostitución forzada y una prostitución consentida, libre o voluntaria. En ambos casos prima el carácter proteccionista del Estado, al criminalizar el entorno en el cual se desenvuelven estas actividades, mediante tipos penales como el de favorecimiento a la prostitución, rufianismo, proxenetismo, trata de personas, involucrando como víctima a la persona que realiza trabajos sexuales, siendo irrelevante para la tipicidad vigente si dichas personas han consentido o no su dedicación a la prostitución.
- F. En el caso de una prostitución no forzada, al no afectar los tipos penales antes descritos directamente la libertad sexual de la persona que se prostituye con su consentimiento, es evidente que el espíritu de la ley al incorporar estos delitos en nuestro ordenamiento penal fue la de establecer efectos punitivos en las conductas de las personas regularmente implicadas en la organización y el funcionamiento del fenómeno criminal de la prostitución forzada, esto es, la de quienes obligan a los sujetos a prostituirse y la de aquellos que se lucran a través de su explotación conocedores de que no se prostituyen libremente y no para el caso de la prostitución libre, voluntaria o consentida, porque no se estaría afectando el derecho a la libertad sexual de la trabajadora presuntamente afectada; sin embargo forma parte de la política criminal del Estado.
- G. Si bien es cierto que estamos frente a tipos penales que son expresión de una actual política criminal, sin embargo pueden ser objeto de revisión y discusión, ya que actualmente su aplicación resulta poco adecuada al tratamiento del complejo fenómeno social de la prostitución, van en contra del derecho a la libertad y generan agravio a las personas que brindan servicios personales íntimos en su calidad de trabajadoras sexuales, muy distinto al caso en que este mismo tipo de servicios fuera prestado de manera forzada, abusiva o por parte de menores de edad. Al no afectar directamente la libertad sexual de la persona prostituida carecería de razón de ser mantener en su actual contenido las figuras penales antes mencionadas, al menos en el contexto en el que al parecer el legislador consideró en su oportunidad estos delitos, por lo que merecerían al punto de vista del autor, una revisión.

- H. Una nueva legislación normativa por tanto, debería considerar también la posibilidad de un proceso regulador conducente a la explotación de los servicios sexuales prestados por una persona adulta en tanto que sea voluntario y consentido e incluso la obtención de beneficios de carácter económico de tercero sobre la base de dicha prestación que sea igualmente voluntaria, distinguiendo de esta manera entre prostitución voluntaria y no voluntaria, incriminándose únicamente aquellas conductas que impliquen una vulneración de los derechos de las personas tratadas o explotadas sexualmente de manera forzada o en contra de su voluntad, así como en el caso de menores de edad. Realidad que no podemos desconocer por la gran cantidad de prostíbulos con Licencia Municipal que actualmente vienen funcionando a nivel nacional sin una regulación clara ni transparente de protección a las trabajadoras sexuales.
- I. Otro de los aspectos a tenerse en cuenta, dentro del concepto de lo que es la explotación sexual y que nuestra legislación no considera al no hacer distinciones entre lo que significa prostitución forzada y consentida, pero que necesariamente tendría que pronunciarse en caso de producirse una reforma o reglamentación es lo concerniente a la explotación laboral de quien realiza trabajo sexual consentido, derivada de la imposición de condiciones abusivas, que no obstante ser aceptadas por la víctima dada su condición de sometimiento y subordinación respecto del propietario o responsable del funcionamiento del establecimiento que fija las condiciones de trabajo, constituye una vulneración sobre sus derechos laborales; de allí la necesidad de la existencia de una normatividad uniforme para el ejercicio de la prostitución, a efecto de determinar qué es lo que debe considerarse un patrón adecuado de prestación de servicios personales íntimos, sin generar abusos ni excesos en contra de las trabajadoras. Este también es el caso de los prostíbulos que actualmente funcionan en el Perú amparados por Licencias Municipales, pero en donde por esta omisión, no se regula ningún tipo de trato adecuado, derechos ni beneficios de las trabajadoras. Igualmente es el caso de las Ordenanzas Municipales que sin mayor criterio intentan regularizar el ejercicio de la prostitución callejera de manera inadecuada con niveles claros de hostigamiento, abuso y agresividad.
- J. Es necesario otorgar una real protección jurídica necesaria a la trabajadora sexual, dejando de lado la supuesta protección estatal de la dignidad y libertad sexual de la mujer que no es otra cosa que seguir manteniendo la defensa del prejuicio moral existente respecto de la prostitución y a un Derecho Penal con el cual presuntamente estamos protegiendo a la mujer, pero que termina por incriminar penalmente cualquier conducta vinculada al ejercicio del trabajo sexual consentido, victimizando sin serlo a la trabajadora sexual, en perjuicio de su dignidad y reconocimiento de la actividad que realiza como una actividad laboral. Tal como está previsto constitucionalmente, en el artículo 2º, inciso 15, toda persona tiene derecho “a trabajar libremente, con sujeción a la ley”. Es más, sobre la base del artículo 22 de la Constitución, se reconoce que “el trabajo es un deber y un derecho.

Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”. Este es el marco que ha dotado la Carta Magna al derecho al trabajo, y sobre el cual se debiera tratar y solucionar el presente caso.

- K. Finalmente, considero que la prostitución como fenómeno social vigente debe ser un tema de debate público. Se necesitan leyes laborales que las reconozcan desde el punto de vista de trabajadoras del sexo a las personas que brindan servicios personales íntimos a cambio de una contraprestación económica; que se negocien y pacten espacios públicos o cerrados para practicar la prostitución, para que puedan ejercer libremente y en condiciones de seguridad, si bien es cierto en la calle son más libres y no están explotadas por mafiosos es necesario considerar otros espacios y otras oportunidades en las cuales puedan desarrollarse con la libertad y la tranquilidad que les brindaría el sentirse seguras, no acosadas, ni perseguidas y cumpliendo con las normas que se establezcan en relación y donde debe primar prioritariamente el respeto del derecho de los demás.
- L. **PROPUESTA.**- La prostitución en el Perú debe ser considerada como una actividad económica legal, con la misma protección legal y asistencial que las demás actividades catalogadas como oficios o empleos.

Sería importante conocer y analizar el Proyecto de Ley Ordinaria No. 079 de 2013:

“Por la cual se establece un trato digno a las personas que ejercen la prostitución, se fijan medidas afirmativas a su favor y se dictan otras disposiciones orientadas a restablecer sus derechos” presentado ante el Congreso en el vecino país de Colombia.

<http://www.secretariassenado.gov.co/PROYECTOS%20DE%20LEY%20PRESENTADOS%20EN%20NUEVA%20LEGISLATURA%202013%202014/PL%2079-13%20S%20Proyecto%20de%20ley%20prostitucion%20final.pdf>

El tema es polémico, es así que la Corporación Humanas – Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género de Colombia, en asociación con varias profesionales en antropología, sociología y derecho, conformó un grupo de análisis al Proyecto de Ley 079 de 2013. El Grupo, tras analizar el proyecto, reveló sus falencias advirtiendo que las medidas propuestas en el proyecto de ley 079, no están bien fundamentadas, no caracterizan adecuadamente el problema y por ende, no demuestran ser las únicas, ni las más idóneas para lograr los objetivos. Contrariamente, la propuesta generaría un impacto adverso y desproporcionado sobre quienes ejercen la prostitución, y favorecerá a quienes se lucran de ello.

<http://www.humanas.org.co/archivos/20140409OcultarMostrando .pdf>