

## I.4. DERECHO PENAL

### CÓDIGO PENAL Y PROSTITUCIÓN\*

Por el Dr. EMILIO CORTÉS BECHIARELLI  
*Profesor Titular de Derecho penal*  
*Universidad de Extremadura*

---

\* Constituye el objeto del presente estudio, sustancialmente, el texto de mi ponencia desarrollada en las *IV Jornadas de Derechos humanos. Prostitución*, que se celebraron en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Salamanca durante los días 12 a 14 de diciembre de 2001. Todas las Sentencias y Autos citados lo son de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. ATIPICIDAD DE LA PROSTITUCIÓN
2. LA REFORMA DE 30 DE ABRIL DE 1999 Y LA INDEMNIDAD SEXUAL
3. CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE PROSTITUCIÓN
4. REFLEXIONES EN TORNO AL ART. 187.1 DEL CÓDIGO PENAL
5. DETERMINACIÓN ILÍCITA DE MAYORES DE EDAD A LA PROSTITUCIÓN

## 1. INTRODUCCIÓN. ATÍPICIDAD DE LA PROSTITUCIÓN

A modo de premisa principal, y antes de cualquier otra clase de consideración, debe partirse de una idea que se ha convertido ya en tópica para todos cuantos, por una razón u otra, han tenido que acercarse al estudio de la dimensión jurídico-penal del poliédrico fenómeno de la prostitución: ésta, en cuanto tal, no supone infracción criminal alguna, de tal suerte que bien puede concluirse que, en principio, y con las precisiones que se detallarán a lo largo de este trabajo, quien se prostituye, o quien solicita la práctica de esta actividad, no comete ningún delito, como, por otra parte, es popularmente conocido. Lo anterior no significa, sin embargo, que todas y cada una de las conductas relacionadas con este comercio participen del atributo de la impunidad; el vigente Código penal, en línea con nuestra tradición legislativa histórica, contiene un Capítulo dedicado a los denominados *delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores*, que sanciona, como se verá, a quienes lesionan la indemnidad sexual de los menores de edad o incapaces tratando de introducirles en la prostitución, o bien fuerzan el consentimiento de mayores utilizando medios coactivos para tales fines. A estos supuestos han de añadirse aquellos en los que la anuencia de la víctima, aunque existiendo, trae causa espúrea, como el engaño, el abuso de una situación de superioridad, o de necesidad, o la vulnerabilidad de la persona determinada a prostituirse. La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1980 resume con acierto la verdadera *ratio legis* de esta especie de delitos, cuando afirma que «ciertamente, la autocorrupción ni la autoprostitución están penadas, o son atípicos, pero una cosa es el que se llegue a tales estados de prostitución o corrupción por un proceso de autodeterminación debido a los propios impulsos, instintos, sentimientos o deseos, y otra muy distinta que hayan sido provocados desde fuera por otras personas que, con egoístas y punibles fines, los hayan promovido, favorecido o facilitado a quienes por la inmadurez inherente a su corta edad no pueden prestar consentimiento válido ni están en condiciones de reaccionar ante los sinuosos ataques a su integridad psíquica y libertad sexual». Naturalmente, este planteamiento de las cosas es extensible al resto de sujetos pasivos de los delitos que analizo, en la medida en que su inclinación a la prostitución no es espontánea, sino que se precipita de manera impuesta o artera.

Como se dijo, así ha sido, con matices, desde el Código penal de 1822 hasta la actualidad. El estudio histórico de la figura, cuyo detalle omito, lo sugiere, de modo que, ante esa armonía legislativa, los únicos puntos de interés de esta exégesis se sitúan en observar cuáles han sido las conductas prohibidas, en cada caso, por no ser tan coincidentes —ni cualitativa, ni cuantitativamente—, y, en la modalidad de inducción o auspicio de la prostitución de menores, hacer notar

los diferentes umbrales que han limitado tal concepto, y que se sitúan entre los veintitrés años de la mayoría de los Códigos penales, y los dieciocho de la actualidad, pasando por los veinte del ya citado texto de 1822.

En la actualidad, se aprecian con especial nitidez las razones que recomiendan esta atipicidad de las prácticas de prostitución, concebidas de forma genérica, en cuanto, elementalmente, el único fundamento de la incriminación de un determinado delito en un Estado democrático y de Derecho es la protección de bienes jurídicos; y, desde luego, quien, en el uso de su autodeterminación sexual, decide recibir un precio por realizar actividades de tal naturaleza con un tercero, ningún valor personal o colectivo quebranta, como tampoco lo hace quien lo paga, ya sea de manera episódica o habitual; antes bien, ambos podrían constituirse en sujetos pasivos de un delito de coacciones sin son obligados a la abstinencia por quien impide la consumación del contacto; todo ello, como exigencia de un entendimiento moderno e individualista, en cuanto al contenido del objeto de tutela, de la libertad e indemnidad sexuales.

## 2. LA REFORMA DE 30 DE ABRIL DE 1999 Y LA INDEMNIDAD SEXUAL

La remozada redacción de los delitos relativos a la prostitución trae causa de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, que complementa la que inicialmente aparecía en el Código penal de 1995. Determinadas decisiones jurisprudenciales –atinadas en sí– que dejaban sin castigo (o rebajaban de manera notable la pena impuesta en primera instancia) conductas relacionadas con la corrupción de menores motivaron esta rápida reforma, reveladora de la precipitación con la que se operó durante la tramitación del actual texto punitivo en esta materia, a pesar de que disciplinaba inclinaciones delictivas nada novedosas. Como reconoce la propia *Exposición de Motivos* de dicha Ley, tras un largísimo exordio que relega la principal justificación de la labor legislativa a su epílogo, su impulso no es otro que «los requerimientos de la sociedad española, alarmada por la disminución de protección jurídica que se ha producido en el ámbito de los delitos de significación sexual a partir del repetido Código penal de 23 de noviembre de 1995». En fin; respecto a las figuras que nos ocupan, el tratamiento observado ahora por el Código supera al de su antecesor de 1973, ya que, primero, se acometió la reducción de conductas típicas prohibidas, al menos formalmente; segundo, se suprimieron algunas que mal favor hacían a la taxatividad exigible a cualquier tipo penal (así, por ejemplo, la que castigaba a quien «retuviere a una persona, contra su voluntad, en prostitución o en *cualquier clase de tráfico inmoral*»); y, tercero, desde una perspectiva estrictamente sistemática, se separan con la suficiente claridad los delitos de corrupción de menores y los relativos a la prostitución, como tipos penales diversos, quebrándose así su secular tratamiento unitario, incluso a efectos punitivos.

Y ya que se hace la imprescindible referencia a la reforma de 1999, es menester poner el acento en una de sus principales innovaciones: la mención que se

hace, al fin, a un bien jurídico alternativo y complementario a la libertad sexual (heredera desde 1989 de la distorsionante *honestidad*, que presidía, hasta entonces, la rúbrica en la que se inscribían estos tipos), y que no es otro que la llamada *indemnidad sexual*. Ningún grupo de delitos como los relativos a la prostitución obedece con mayor precisión a esta doble denominación, ya que el art. 187 del Código penal perseguiría la protección de la indemnidad, y el 188 acogería los que, en el mismo ámbito, lesionan la libertad sexual, como se puede colegir de la lectura de ambos preceptos. Brevemente, debe saludarse con entusiasmo esta inauguración de la *indemnidad sexual* como objeto tutelado de manera específica por el ordenamiento criminal, mucho más si se tiene en cuenta que, así, se consigue, por ende, subrayar la dimensión personal, que no colectiva, que estos delitos tienen en lo atinente a los bienes jurídicos que arropan, y que conectan, en cualquier caso, con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la víctima, que son valores de exclusivo alcance individual. Porque, en efecto, es preciso desterrar reflexiones doctrinales y jurisprudenciales que han considerado que lo que se trataba de proteger, en suma, no era sino una especie de evanescente orden público sexual, cuando no la moral colectiva, como reconocía la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1980 (por no citar las decimonónicas que acentuaban hasta el paroxismo este planteamiento, ya anacrónico), cuando concluía que «toda persona prostituida está corrompida, aunque no toda persona corrompida se halla prostituida y es lo cierto que son delitos distintos que tienen de común el que ambos constituyen delitos contra la honestidad y dentro de éstos pertenecen al grupo de los atentatorios a la moral colectiva conforme a la clasificación doctrinal generalmente admitida». Frente a estas tesis, se viene imponiendo, afortunadamente, la que sintetiza la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1999, que reconoce que «la regulación de los delitos relativos a la prostitución en el nuevo Código penal se ha realizado desde la perspectiva de que el bien jurídico que debe ser tutelado no es la moralidad pública, ni la honestidad como tal, sino la libertad sexual, entendida en sentido amplio. Lo que se castiga son aquellas conductas en las que la involucración de la víctima en la acción sexual del sujeto activo no es libre, incluyendo los casos en los que la víctima aún no es capaz de decidir libremente o está patológicamente incapacitada para ello».

En este caldo de cultivo fructifica el reconocimiento legislativo de la *indemnidad sexual* como bien jurídico *también* protegido en el Título VIII del Libro II del Código penal, que impregna y lubrifica la letra de su art. 187, a pesar de que el contenido de dicho valor no era desconocido, ni para la doctrina científica, desde luego, ni para la jurisprudencia, que en determinadas resoluciones ya describía con acierto el alcance que habría de otorgársele. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1980, enjuiciando un supuesto de delito relativo a la prostitución en el que la víctima era una menor de edad, alcanzó a precisar que estos delitos perseguían «proteger a quienes por su edad —mujeres u hombres menores de 23 años— se encuentran en período

constructivo de su personalidad, educación y formación moral y ciudadana, con inferiores defensas éticas por su propia inmadurez e inexperiencia». El mismo alto Tribunal (sentencia de 26 de abril de 1997) habla de un «elemento básico» en esta especie de delincuencia, cual es «el favorecimiento del instinto sexual en persona que, por su inmadurez e inexperiencia, es incapaz, física y psíquicamente, de la autodeterminación en estos aspectos vitales, iniciándoles en una prematura promiscuidad sexual». Más recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1999 (caso *Army*), operada ya la reforma de abril del mismo año, proclama que «el bien jurídico protegido es la libertad sexual, esto es, el derecho de todas las personas a la autodeterminación sexual, si bien, tratándose de menores, como sucede en este caso, se extiende a la libre formación de la sexualidad hasta el momento de poder ejercer la autodeterminación».

### 3. CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE PROSTITUCIÓN

El término *prostitución* es polisémico. Dependiendo de la rama del conocimiento que acometa su estudio, encontraremos variadas definiciones, a las que cabría unir las de los instrumentos legales de carácter supranacional que tampoco se sustraen al ejercicio de ensayar un concepto del fenómeno. Para nuestro Derecho penal, sin embargo, resulta de todo punto capital precisar cuál es el contenido exegético estático del elemento típico *prostitución*, para evitar, de esa manera, un desmedido y nada aconsejable arbitrio judicial en orden a la estimación de los arts. 187 y 188 del Código penal. La seguridad jurídica lo demanda sin reservas, máxime si se sabe que la interpretación del sustantivo puede verse interferida, en ocasiones, por posicionamientos apriorísticos de naturaleza ética, moral y hasta religiosa, todos ellos ajenos a la dimensión aplicativa de nuestra rama del ordenamiento, y que debieran ser desterrados de plano del debate.

Lo anterior es así, de una parte, porque el legislador no ofrece los elementos esenciales que perfilan el concepto de prostitución, dejándolo al albur del intérprete; y, de otra, porque si lo que caracteriza primordialmente a estos delitos es la influencia que el sujeto activo ejerce en terceros para que la practiquen, es primordial conocer con detalle en qué consiste, porque de esa manera, o bien se evitan lagunas de impunidad que sabemos que la sociedad no tolera en relación con esta clase de delitos, o bien no se acaban castigando actos de inducción o favorecimiento que no tienden, precisamente, a introducir en el mundo de la prostitución a la presunta víctima, sino a algo distinto. Como premisa, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1985 reconoce que «no es tarea grata la de ocuparse de la naturaleza jurídica de la prostitución, así como de si el denominado *pretium carnis* constituye o no crédito exigible, que, en caso de satisfacerlo, el acreedor, apoderándose con violencia de la cosa de su deudor, pueda engendrar un delito de realización del propio derecho», concluyendo que «a pesar de la transigencia y permisividad actuales, no puede dudarse que el ejer-

cicio de la prostitución, máxime si se trata de prostitución masculina de signo uranista, es actividad contraria a la moral».

Nuestra jurisprudencia reciente ofrece algún concepto más rico de prostitución, aunque no demasiados. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1983 dice que «por prostitución se entiende la entrega sexual o carnal realizada de manera venal y promiscua de una persona a cualquier otra que la solicite». De igual modo, la de 7 de abril de 1999, ya citada, parte de que «la prostitución puede conceptuarse como aquella actividad que ejercida con cierto carácter de habitualidad y generalidad, conlleva la prestación de servicios sexuales mediante precio». Así es, en efecto, pero es preciso hacer alguna matización en relación con parte de los elementos que definen jurisprudencialmente el término típico.

*La recompensa.*—No existe duda ya acerca de que es característico de la prostitución, a nuestros efectos, la presencia de una recompensa para quien ofrece sus servicios de naturaleza sexual —o para la clásica figura jurisprudencial del proxeneta—, que habrá de ser satisfecha por quien los demanda, e, incluso, por un tercero. Una cercana sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 2001, remarca este extremo, hasta el punto de casar la resolución de instancia, y declarar la ausencia de delito relativo a la prostitución por el que se acusaba (Fundamento Jurídico Quinto), por inexistencia de prueba respecto a la recompensa que, por cierto, no tiene que ser necesariamente de contenido pecuniario; así, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1994 castiga a quien «entregó a las dos menores de forma reiterada y para mantenerlas en estado de prostitución, dosis diversas de heroína». Se supera, con vocación de permanencia, el razonamiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1979, que entendió que «el precio no es siempre elemento esencial e indispensable, pues cabe la llamada prostitución viciosa (*sic*) en que una mujer repite los actos sexuales con una serie de hombres distintos, para satisfacción de su perversión sexual» (como la de 25 de junio de 1968).

La precisión es importante, porque, como se ha dicho que reconoce la sentencia de 15 de octubre de 2001, si la inducción o el favorecimiento de la prostitución, o el empleo de medios coactivos o arteros para lograr ese propósito, carece de significación venal, tales conductas no se incardinan en los arts. 187 y 188 del Código penal, aunque, en algunos casos, podrían constituir alguna otra infracción criminal. Esto significa que quien induce o patrocina que un menor de dieciocho años, pero mayor de trece (límite en el que el legislador fija el momento a partir del cual se entiende autodeterminado el actor *ex art.* 181.2 del Código penal), realice con otro sujeto determinados actos sexuales sin compensación de ninguna clase, no comete delito, ni tampoco ese tercero, ni, naturalmente, el propio menor, o, insisto, al menos, de la naturaleza del que aquí se estudia. En este estado de cosas, parece que lo que lesiona la indemnidad sexual —bien jurídico protegido— no es ya la precipitación o anticipación de la autodeterminación sexual del menor situado entre la franja de los trece y los

dieciocho años, sino la presencia del componente económico, que se erige, como adelanté, en requisito insalvable de estos delitos, hasta el extremo de convertir en atípicos los hechos, caso de no concurrir. La conocida sentencia de 7 de abril de 1999 parece fundar este criterio, cuando afirma que «estima el legislador que la tutela del derecho de los menores a un adecuado proceso de formación sexual, impone procurar activamente su exclusión del mercado de la prostitución, dada la influencia que el precio puede ejercer sobre una voluntad inmadura, viciando su consentimiento». El planteamiento tiene sentido, y satisface, además, el principio de intervención mínima, aunque pudiera ser revisado: se castiga a quien induce o facilita la prostitución de mayores de trece años, pero menores de dieciocho, en el entendido de que esa actividad presenta un imprescindible carácter económico, que tiñe, por decir así, la autodeterminación sexual, a modo de régimen intermedio entre la plenitud de la indemnidad, y un cierto —que no absoluto— grado de aptitud para ejercer actos de tal naturaleza.

Pero, a mi juicio, el legislador se ha olvidado, para no incurrir en una palmaria paradoja ayuna de cualquier significación político-criminal, de agravar la conducta sugerente o patrocinadora en los supuestos en los que el sujeto pasivo es menor de trece años, porque, así las cosas, no se alcanza a comprender que quien supera ese umbral, al que el propio legislador le presupone capacidad de autodeterminación en el vecino delito de abuso sexual, no pueda ejercitar ésta acogiendo la invitación de un tercero para prostituirse, al menos que prefiera pensarse que este Título VII del Código penal carece de la más elemental coherencia sistemática. En este sentido, ha dejado sentado la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2001 que «la edad de catorce años en una mujer permite conocer y comprender el alcance y consecuencias de una relación sexual plena, que se puede desarrollar en el seno de unas relaciones amorosas, e incluso dentro del matrimonio válidamente celebrado». Es, precisamente —y por eso he realizado la anterior reflexión en esta sede—, el componente crematístico, en sentido amplio, el que soporta la antijuridicidad de las acciones típicas del art. 187 del Código penal cuando de mayores de trece años se trate, en el sentido de que la recompensa es el elemento que vertebra el concepto de prostitución, y éste, quiérase o no, es un sórdido mundo, nada aconsejable para quien, aún conociendo la significación de los actos sexuales, las más de las veces, se encuentra en proceso de maduración resuelta y definitiva. Parece, en resumen, que el legislador —el de 1995, y el de cuatro años más tarde— ha olvidado, sorteando sus propios presupuestos, que la iniciación a la prostitución no debe ser valorada en régimen de igualdad cuando el sujeto pasivo tiene siete años, que cuando ha cumplido los diecisiete, a pesar de que, *de lege lata*, hoy siga siendo así.

*La habitualidad.*—Segunda de las señas de identidad del concepto jurídico-penal de la prostitución: su «cierto carácter de habitualidad» que la jurisprudencia, como hemos visto, le asigna. Y otro argumento para reiterar la recomendación de incrementar la pena para conductas típicas proyectadas sobre menores de trece años, de manera que el mantenimiento de la incriminación de los que



superan esa edad se justifica por esa nota de la mínima permanencia, quedando impune la consumación de un acontecimiento sexual episódico, aún mediando recompensa. La cuestión fue tratada por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1994, que admitió el requisito de la asiduidad o permanencia en base a que «la citada L. y por un período de dos o tres semanas acudió diariamente al aludido establecimiento durante el horario de apertura del mismo...». También merece ser invocada la del mismo órgano jurisdiccional, de 7 de mayo de 1998, que revoca la de instancia —que condenó por un delito relativo a la prostitución—, calificando definitivamente los hechos como tentativa de abuso sexual, a quien en diversas ocasiones ofrece dinero a un niño de once años.

Curiosamente, esta habitualidad servía, en el Código penal de 1848, para definir una de las conductas típicas, cuando su art. 357 castigaba a «el que habitualmente o con abuso de superioridad o confianza promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad, para satisfacer los deseos de otro».

*El destinatario de los servicios.*—Planteo bajo este enunciado una cuestión, que casa, precisamente, con la última cláusula legal del citado art. 357 del Código de 1848: «para satisfacer los deseos de otro». Entiendo que dicho texto era mucho más permisivo que el actual, que no ofrece restricciones legales de esa clase, de tal suerte que el propio inductor, o promotor, de la prostitución, o quien coacciona o engaña con tal propósito, que, además, con esos presupuestos, realiza actos de contenido sexual con la víctima, comete el delito, por no ser imprescindible que éstos se desarrollen con un tercero. Este enunciado encuentra el refrendo de la jurisprudencia, y, en efecto, la referida sentencia que resuelve los Recursos de Casación del asunto conocido como del *Pub Army* considera que «en modo alguno queda limitada la conducta delictiva a quien se enriquece con las relaciones sexuales que mantiene un tercero con los menores a cambio de dinero, en cuanto no hay razón legal para excluir a quienes mantienen directamente dichas relaciones, si con ello se induce, promueve, favorece o facilita la prostitución».

#### 4. REFLEXIONES EN TORNO AL ART. 187.1 DEL CÓDIGO PENAL

Su párrafo primero dispone que *el que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años, y multa de doce a veinticuatro meses*. Llama la atención, para empezar, la amplitud con la que el legislador detalla las acciones típicas de este delito, sin duda que influido por su espíritu de reducir, al menos desde una dimensión formal, la dispersión que padecía la regulación del texto penal derogado. Pero, a la vista de esta descripción del tipo, se pueden extraer no pocas consecuencias, que, brevemente desarrollo en los párrafos que siguen.

En primer lugar, que nos encontramos ante un delito de peligro concreto —debe, efectivamente, crearse una situación de riesgo objetivo para la indemnidad sexual, que no va ínsita en la propia inducción o facilitación de la prosti-

tución, a mi entender, sino que dependerá de las circunstancias que rodean al sujeto activo y al pasivo-, sin que se precise la consumación de actos de contenido sexual por parte de la víctima. Desde antaño lo ha considerado así nuestra jurisprudencia, y, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1921 afirmaba ya que «la sanción establecida es aplicable a todo el que, con cualquier motivo o pretexto, ayude o sostenga la estancia de menores en casas o lugares de vicio, independientemente de que llegue o no a realizarse acto deshonesto alguno». Más cercana, continúa esta línea de pensamiento la de 29 de noviembre de 1994.

En segundo término, las acciones típicas propuestas por el legislador parten del presupuesto de lo que se denomina *concepto extensivo de autor*, que estimo que, en cualquier caso, nunca resulta ser una técnica legislativa plausible, porque, entre otras cosas, quiebra el principio de proporcionalidad de las penas en lo atinente al grado de participación en el delito de que se trate. Únicamente una interpretación jurisprudencial precisa, que tenga en cuenta la naturaleza del bien jurídico protegido, y que parta de la premisa inicial de que nos encontramos, como dije, ante un delito de peligro *concreto*, podrá poner freno, de una parte, a una posible hipertrofia aplicativa de esta figura, patrocinada por la diversidad de acciones típicas, así como por el lato alcance de las mismas. Por otra, y a mayor abundamiento, el criterio expansivo utilizado presenta un grave defecto inicial –que hace gráfico lo anterior–, consistente en igualar, a efectos punitivos, conductas que se equiparan a la propia autoría, como es el caso de la inducción (art. 28 del Código penal), con otras, como el favorecimiento o la facilitación, que pudieran ser incluidas, mejor, en el radio de acción de la complicidad. De modo que es preciso insistir: ha de ser nuestra jurisprudencia la que corrija estos posibles desajustes que se infieren de la lectura del art. 187.1 del Código penal, de manera que se de cumplimiento a los postulados más básicos de la autoría y la participación.

La repetida sentencia de 9 de diciembre de 1999 (asunto del Pub *Army*) reduce a mera complicidad, contra el criterio de la resolución de la Audiencia Provincial de Sevilla, la labor de aquellos camareros que «no se limitaban a servir las bebidas o alimentos que consumían los clientes», como sostenían las defensas, sino que extendieron su actividad –hasta el límite, insisto, de la complicidad– a «cobrar el uso de los reservados, entregar las sábanas y en su caso suministrar preservativos». Nótese cómo, a pesar de que, cabalmente, estas conductas pueden ser consideradas como de *favorecimiento* de la prostitución, la sentencia citada las cataloga como propias de una situación de complicidad, por cuanto, como reconoce, «se resalta una participación de segundo grado inscribible en las prestaciones de auxilio eficaz favorecedor del resultado, pero sin el cual el hecho criminal también era posible». Queda, de esa suerte, diluido un tanto el dilatado concepto de autor que suministra inapropiadamente el art. 187.1 de nuestro texto criminal.

En tercer lugar, reclama singular tratamiento el análisis de la conducta del conocido popularmente como *cliente*, en aquellos casos en los que la víctima del

delito es, precisamente, menor de edad o incapaz. En este sentido, la jurisprudencia puede decirse que ha operado un notable cambio desde la sentencia de 7 de abril de 1999, ya que, con anterioridad a la misma, la de 12 de enero de 1998 (siempre de la Sala Segunda del Tribunal Supremo) había absuelto en un caso en el que «lo único que se declara probado de estos dos acusados, hoy recurrentes, es que el primero de ellos tuvo acceso carnal con tres jóvenes, de quince, dieciséis y diecisiete años respectivamente y que el segundo lo tuvo con la de diecisiete, pagando los dos variables cantidades de dinero a un individuo, que estuvo acusado y falleció antes del juicio oral, que explotaba en su propia casa y beneficio la prostitución de los menores. En lugar alguno del *factum* se dice que los acusados realizasen actos que pudiesen ser considerados como inducción, promoción o favorecimiento en sentido estricto de la prostitución, ni se dice tampoco que su esporádica —aunque en ocasiones plural— relación con las citadas jóvenes tuviese el efecto de inclinarlas al ejercicio de dicho tráfico inmoral».

Sin embargo, el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1999 acordó variar el anterior criterio, plasmándose el nuevo en la sentencia tantas veces referida de 7 de abril de 1999, que declara cuanto sigue: «debe examinarse en cada caso (atendiendo a la reiteración y circunstancias de los actos y a la edad más o menos temprana del menor), si las actuaciones de los clientes inducen o favorecen el mantenimiento del menor en la situación de prostitución. En ese sentido, en los casos de prostitución infantil (joven de 15 o menos años de edad), ha de considerarse ordinariamente la relación sexual mediante precio como acción de inducción o favorecimiento subsumible en el art. 187.1.º, máxime cuando se trata de relaciones reiteradas, con independencia de que el menor ya hubiese practicado la prostitución con anterioridad, pues a esa edad tan temprana el ofrecimiento de dinero por un adulto puede considerarse suficientemente influyente sobre la voluntad del menor, para determinarla a realizar el acto de prostitución solicitado, estimulando y arraigando su dedicación a dicha actividad». En efecto: se verifican, a la vista de esta doctrina, los elementos que entendí definidores del concepto jurídico-penal de prostitución: el crematístico, o similar («ofrecimiento de dinero por un adulto»), la habitualidad («máxime cuando se trata de relaciones reiteradas»), y que sea indifereente el destinatario de los servicios sexuales.

Por último, y dejando al lado otras muchas cuestiones relacionadas con el párrafo primero del art. 187 que pudieran ser de interés, por elementales razones de brevedad, debe señalarse que los párrafos segundo y tercero de ese precepto contienen sendos tipos agravados. El primero, cuando se realicen los hechos prevaliéndose de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, en la línea legislativa de considerar garantes de los derechos fundamentales y libertades públicas a estos sujetos concretos. El segundo, introducido en virtud de la Ley de abril de 1999, «cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de

tales actividades», previsión harto razonable, ya que, de producirse el delito relativo a la prostitución en estas circunstancias, el nivel de compromiso de la indemnidad sexual como bien jurídico aumenta considerablemente, por el incremento del peligro concreto (categoría en la que es sabido que he inscrito el tipo básico de este delito) creado cuando ocurren los presupuestos fácticos del párrafo transcrito.

##### 5. DETERMINACIÓN ILÍCITA DE MAYORES DE EDAD A LA PROSTITUCIÓN

El art. 188.1.º del Código penal dice: *El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.*

En esta ocasión, el legislador ha sido más parco en cuanto al número de conductas típicas que configuran este delito, limitándose a recoger una única –que, a su vez, se diversifica–, consistente en *determinar a ejercer la prostitución o mantenerse en ella*. De manera que, antes de analizar los medios con los que se alcanzan esos propósitos, ha de adelantarse que, en contra de lo afirmado en el epígrafe anterior, esta vez se exige un resultado concreto, como reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1999 cuando sostiene que «como delito de resultado, la acción del art. 188.1 exige que los actos del sujeto, dirigidos a doblegar la voluntad de la víctima, tengan como efecto externo y posterior, el que ésta venga a satisfacer los deseos sexuales de otra, como aquí ocurre, ya que si no se alcanza ese fin podría quizás hablarse de una situación imperfecta de ejecución, o delito en grado de tentativa». Se ha entendido que para la incriminación de estas actividades, dada la mayoría de edad de los sujetos pasivos, no basta con poner en peligro su libertad sexual –que es el bien jurídico protegido, derivado de la libertad en sentido amplio, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad–, sino que es preciso que la *determinación* de la que habla ese art. 188.1 desemboque en un efectivo ejercicio de actos de prostitución. En efecto, la distinta naturaleza que la indemnidad y la libertad sexuales presentan invitan a sostener este planteamiento, aunque quizá esta matización tendría más realce si se hubiese utilizado otro término para definir la conducta típica de la modalidad que se comenta ahora.

¿Cómo se alcanza esa *determinación* del sujeto pasivo? Son distintas las posibilidades que suministra la tipicidad de la figura, pero, en cualquier caso, tasadas. La primera, el uso de la violencia o la intimidación, lo que sitúa a este presupuesto legal en régimen de conexidad con los delitos de coacciones y amenazas, respectivamente, que quedarían en la práctica relegados, en mérito de la aplicación del llamado principio de especialidad. La propia sentencia de 2 de junio de 1999 reconoce esta identidad, y afirma que «cualquier medio capaz de limitar seriamente la libertad de acción y de decisión de la víctima, es determinante

del delito. No existe ninguna razón para estimar que la coacción de este precepto ha de tener menor entidad que la prevista en el art. 172», ya que, en definitiva, «el delito del art. 188.1.º del Código penal es también un delito contra la libertad, como el delito de coacciones, sólo que, además, ataca otro bien de suficiente importancia como para cualificar lo ilícito de una manera especial. Esta cualificación no consiente que, en cuanto delito contra la libertad, el del art. 188.1.º requiera mayores exigencias que el delito de coacciones». También la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1999 resalta la similitud entre los referidos tipos penales, y en sus hechos probados se lee que es de aplicación el art. 188.1.º, por cuanto «el acusado las amenazó con causarles graves daños físicos y psíquicos no sólo a ellas, sino también a sus familias en Panamá a través de los contactos que tenía en aquel país, todo ello si no seguían sus instrucciones o si se fugaban». Este execrable *modus operandi* se recoge, a su vez, en la sentencia de 23 de septiembre de 2000, que detalla como «las mujeres eran apercebidas de que los miembros de la organización tenían localizados a sus familiares en Hungría y de que tendría graves consecuencias para ellos y para las propias chicas una negativa a satisfacer las deudas del modo que le indicaban», que no era sino ejercer la prostitución. El Auto del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1999, por último, y a fin de ilustrar por vía ejemplificativa los conceptos de violencia e intimidación, tan usuales en el articulado de nuestro Código penal, aplica este tipo a quien, respecto a la víctima, «la llevó por la fuerza a un pueblo cercano a Benavente, donde la obligó pegándole palizas a mantener relaciones sexuales con hombre bajo precio».

El engaño se constituye en el tercer medio idóneo para *determinar* a un mayor de edad al ejercicio de la prostitución, o mantenerle en ese estado. Como ocurre con la exégesis jurisprudencial de este elemento típico en el delito de estafa, son dos las consideraciones que debieran tenerse en cuenta a la hora de valorar la idoneidad del ardid para acabar consiguiendo la lesión del bien jurídico protegido, en cada caso: una, la referente al normal desenvolvimiento de los actos humanos, a modo de juicio objetivo (me sigo resistiendo a utilizar el criterio del por demás desconocido *hombre medio* para estos menesteres, como para cualesquiera), y otra, más subjetiva, que tenga en cuenta las circunstancias de índole personal que concurren de manera específica en la víctima. El ejercicio interpretativo circunstanciado relativo a la eficacia del engaño para lograr el propósito criminal resulta ser especialmente trascendente, si se tiene en cuenta que la práctica de la prostitución por mayores de edad, de no concurrir la treta, resulta ser impune.

Integra el concepto de engaño, para nuestra jurisprudencia, una conducta, desgraciadamente, demasiado frecuente en nuestro territorio, cual es la que sintetiza la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1999, consistente en que «el acusado facilitaba (sin que conste condición alguna) a las jóvenes colombianas 2000 dólares en efectivo y el billete para el viaje a España, pero una vez que se encontraban en España, les exigía la devolución de la mencionada

cantidad, y el reembolso de un millón de pesetas, que deberían conseguir ejerciendo la prostitución en su club. Tal narración describe un notable contraste entre lo ofrecido, muy ventajoso para la mujer en el momento de su recluta, y la realidad con la que la misma se encontraba, cuando se había incorporado realmente al negocio del acusado. Se trata de un evidente engaño» (en idéntico sentido, el Auto de 19 de enero de 2000). Se articula, en estos casos, el esquema típico empleado por el legislador a la hora de perfilar la conducta prohibida: *engañar para determinar*, como ocurre en el delito de estupro —tan doctrinalmente cuestionado—, en el que el consentimiento de la víctima previo al acto sexual de que se trate comparece —como sucede en el resumen de hechos probados citado—, pero trae causa de una maniobra de engaño, que lo convierte en ineficaz de todo punto, a efectos de dejar sin sanción la conducta. Se reconoce, pues, la virtualidad de este engaño *a distancia* (concorre en el primer contacto, pero no en los momentos anteriores a los actos de prostitución).

Por último, abrocha el elenco de vehículos decisivos para lograr esa *determinación* en el ejercicio de la prostitución la probatura de la existencia de una previa situación de superioridad, o de necesidad, o de vulnerabilidad de la víctima. Son también supuestos de consentimiento inválido, por más que se verifique. La presencia de la superioridad, traducida en otros delitos contra la libertad e indemnidad sexuales bajo la clásica etiqueta de *prevalimiento*, en cuanto eficaz para hacer decaer la resistencia de la víctima, puede presentar, en la práctica, multitud de formas, pues no creo que la interpretación que del término *superioridad* haya de hacerse deba diferir demasiado, dada la identidad del bien jurídico tutelado, de la elaborada para el referido prevalimiento en otros delitos de naturaleza sexual. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1998 reconoce que, en relación con la víctima, los actos de esa especie se realizaron «con su voluntad, aunque ésta se encuentre deteriorada, disminuida y mediatisada por la superioridad y dominio que sobre ella ejerce el sujeto activo de la acción», de suerte, en muy amplios términos, que «el prevalimiento supone servirse de la relación de superioridad o ventaja del sujeto activo sobre el pasivo» (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2001, apreciando tal circunstancia por el hecho de ser familiares el autor y la víctima). Han integrado también el contenido del prevalimiento al servirse del retraso mental de la afectada (sentencia de 20 de enero de 2000), o el «papel de pseudo-padre, aprovechando la falta de confianza de la menor con sus padres en materia sexual» (sentencia de 29 de marzo de 1999), o la «notable diferencia de edad» (sentencia de 3 de marzo de 2000, por citar las más recientes). Sea como fuere, para estos supuestos de inducción a la prostitución de mayores de edad, no se exige, como sí ocurre con el delito de abusos sexuales del art. 181.3.º del Código penal, que la situación de superioridad, no sólo pueda ser probada, sino que, además «coarte la libertad de la víctima». No hubiera hecho mal papel este estrambote legal en el art. 188.1.º que comento, o, al menos, más se precisaba en esta sede que en la de abusos sexuales.

No me olvido de la necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Bien se enmarcarían en estos presupuestos típicos las sentencias citadas en su momento al comentar la existencia de engaño, ya que es éste elemento, precisamente, el que acaba provocando esa situación de precariedad, de la que el sujeto activo obtiene su provecho. En los casos de necesidad, parece evidente que lo que supone el fundamento de la incriminación es que ese autor introduzca a la víctima en el mundo de la prostitución, *ofreciéndosela* como medio para acabar con tal coyuntura. Entiendo, sin embargo, que la consideración de estos delitos, desde el punto de vista de su persecución, como públicos, podría dar lugar, en puridad, a no pocos excesos represivos en esta materia, porque, si continúa así el panorama legislativo, es evidente por demás que la determinación a la prostitución de mayores de edad mediando necesidad –sin más aditamentos sustantivos o procesales– es típica, y que la intervención del Ministerio Fiscal devendría necesaria, pues no opera, para estos casos, la llamada cláusula de oportunidad que sí tiene vigor en los delitos de agresión, abuso y acosos sexual –*ex art. 191.1.º del Código penal*–, en los que la iniciativa procesal de la acusación pública queda supeditada a «los legítimos intereses en presencia». Más adecuado sería, a mi juicio, que algunas prácticas de determinación a la prostitución, cuando de mayores de edad se trata, se constituyan en delitos perseguibles a instancia de parte, dada la entidad del bien jurídico en juego, y, en relación con esto, el alto grado de permisividad del que hace gala el legislador español en lo atinente al tratamiento criminal del fenómeno de la prostitución.

Respecto a la vulnerabilidad –concepto nada pacífico en materia de delitos contra la libertad sexual, singularmente en su dimensión de circunstancia agravatoria del de agresión sexual–, parece que, en nuestro caso, se pretende subrayar el aprovechamiento de esta limitación para, de ese modo, determinar a la víctima a las prácticas sexuales habituales. En definitiva: situaciones en las que el sujeto pasivo tiene seriamente coartada su capacidad de libre decisión, por la presencia de este elemento, como los anteriores, aprovechados por el agente para sus ilícitos fines, de manera que, en suma, insisto, el consentimiento carezca de eficacia en orden a la impunidad de la acción. Conviene señalar que esta vulnerabilidad no acoge los supuestos en los que el sujeto pasivo es menor de edad o incapaz, como sí hace, precisamente, –a modo de presunción *iuris et de iure* de menor capacidad de resistencia– el tipo agravado de agresión sexual, que se consuma *cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años* (art. 180.3.º del Código penal). En efecto, el art. 188 –que disciplina, como se ha repetido, la determinación a la prostitución de mayores de edad utilizando los medios comisivos que comento–, en su párrafo cuarto, establece que *si las mencionadas conductas se realizaren sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda*. En la misma línea, también se incrementan las penas previstas para los párrafos primero y segundo del repetido art. 188, como ocurría en el anterior, si ocurre

que el autor actúa *prevaleándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público*.

La reforma de 30 de abril de 1999 instaura un nuevo tipo penal relacionado con la prostitución, castigando con las mismas penas que las previstas para el art. 188.1.º a 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*. Parece claro que el legislador pretende, primero, seleccionar un número limitado de conductas relacionadas con la prostitución para, después, extender su castigo a actividades, como las anteriores, que, prescindiendo del debate que pueda generarse sobre el particular, no irían más allá de la categoría de actos preparatorios, o de meras tentativas del resto de figuras de este Capítulo V del Título VIII, pese a lo cual, como dije, no observan disminuida su pena respecto al resto de los tipos con los que comparte ubicación sistemática, cuestión ésta que debiera quizá ser revisada a la luz de los postulados elementales del principio de proporcionalidad. Nos encontramos, sustancialmente, ante actos de mero reclutamiento —o de la provisión a otros países, en el caso de la *salida*— que significan, en definitiva, un retroceso de las barreras punitivas, a modo de delito de peligro, pero en el que se advierte un escaso grado de compromiso de los bienes jurídicos protegidos por los llamados delitos relativos a la prostitución. No cabe duda, en fin, que una relajación de la cantidad de pena a imponer hubiera hecho mejor favor a esta figura delictiva de nuevo cuño, que, en realidad, trata de prevenir una realidad sociológica palmaria —la llegada masiva de extranjeros para el ejercicio de la prostitución en las condiciones descritas por este delito—, y a la que el legislador le ha dotado de una autonomía que no le es propia, considerando como modo de consumación lo que no es, desde luego, tal cosa.