



TRABAJO DE FIN DE GRADO

LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN



Nombre: Eva Suleyka Fuentes Restoy

Tutor: D. José Eduardo Sainz-Cantero Caparrós

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

Curso Académico: 2013 / 2014

Almería, julio de 2014

INDICE

I. CUESTIONES GENERALES	3
1. INTRODUCCION	3
2. EVOLUCION	5
2.1 Análisis histórico: El Código Penal de 1973	5
2.2 La Reforma de la LO 1995	6
2.3 La reforma de LO 11/1999	8
2.4 La operada modificación por la LO 15/2003	9
2.5 La reforma de LO 5/2010	10
2.6 Tráfico ilegal, inmigración clandestina y trata de personas.	11
3. ELEMENTOS COMUNES.	12
3.1 Concepto de prostitución	12
3.2 Sujetos pasivos	14
3.3 Bien Jurídico Protegido	17
II. MODALIDADES DELICTIVAS	19
1. PRESENTACION	19
2. ANALISIS DEL TIPO	20
2.1 Sujeto Activo y Sujeto Pasivo	20
2.2 Delitos de favorecimiento de la prostitución de personas menores e incapaces. 21	
2.2.1. Conductas típicas	21
2.2.2. Aspecto subjetivo	31
2.2.3. Formas de aparición del delito	32
2.2.4. Clausula concursal	34
2.3 Delito de determinación a la prostitución mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de necesidad, superioridad o vulnerabilidad	36
2.3.1 Conductas típicas	36
2.3.2. Aspecto subjetivo	49
2.3.3. Formas de aparición del delito	50
2.3.4. Clausula concursal	51
III. CONCLUSIONES	54
IV. BIBLIOGRAFIA	58
V. TABLA DE JURISPRUDENCIA	60

ANALISIS DOGMATICO Y POLITICO CRIMINAL DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCION (ARTICULOS 187 Y 188 DEL CODIGO PENAL)

I. CUESTIONES GENERALES

1. INTRODUCCION

En primer lugar, es preciso señalar que los delitos a los que nos vamos a referir en esta obra, es decir, los delitos relativos a la prostitución, los podemos encontrar tipificados en el Capítulo V del Título VIII, en concreto en los artículos 187 y 188 del Código Penal, bajo la rúbrica de los “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. Estos delitos tienen como elemento común el estar referidos a una misma situación: la prostitución.

Es preciso destacar, aunque posteriormente haremos más hincapié, que por prostitución se entenderá el trato sexual a cambio de precio. Cuando el Código se refiere a esta clase de delitos estará haciendo alusión tanto a la prostitución ejercida por mujeres como por hombres, clasificando los tipos delictivos dependiendo de si recaen sobre personas mayores edad, o sobre menores o personas en situación de incapacidad.¹

Es interesante señalar, que para el Derecho Penal resulta irrelevante que una persona ejerza la prostitución de forma libre y voluntaria, siendo únicamente cuando se traspasa la línea de lo “libremente permitido o ejercido”, cuando entra en juego esta rama del ordenamiento jurídico, y de esta manera los delitos a los que hacemos referencia.²

Con este trabajo, intentaremos ofrecer un análisis dogmático y jurisprudencial sobre la protección jurídico penal de las personas mayores, menores e incapaces que se encuentran sometidas a una situación de “explotación sexual”, y ello, desde el punto de vista de las exigencias comunitarias e internacionales.

Por otro lado, la prostitución en sí misma, no constituye una conducta delictiva. Ésta, a pesar de los grandes esfuerzos que existen y han existido para conseguir su absoluta prohibición, sigue sin estar completamente abolida, constituyendo, de esta manera, una lacra social tan antigua como puede ser la Humanidad.

¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal Parte Especial, 19ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 239.

² SANCHEZ CASTRILLO, Gloria, “Prostitución coactiva: la cara más moderna de la esclavitud”, Thomson Reuters, 2011, <http://penal.blogs.lexnova.es/2011/11/30/prostitucion-coactiva-la-cara-mas-moderna-de-la-esclavitud/>

Dentro de unos ciertos límites, esta actividad se encuentra tolerada y admitida, aunque desde el punto de vista internacional existen determinados acuerdos orientados a reducir la prostitución, debido a la gravedad y al impacto que ha provocado mundialmente este fenómeno, pudiéndose afirmar que esta actividad ya no se considera como un simple fenómeno local o nacional sino que nos encontramos ante un auténtico fenómeno globalizado y transnacional.

Por otro lado, con respecto a la prostitución, podemos señalar que nos encontramos con tres sistemas: el sistema reglamentarita, el abolicionista y el prohibicionista.

- Con respecto al primero de ellos, podríamos simplificarlo señalando que se trata de un movimiento que tiene como finalidad controlar y ordenar la prostitución a través de unas reglas impuestas por el Estado, como podría ser el pago de impuestos, derecho a pensión, etc., considerando este trabajo totalmente digno y legítimo. De modo que establecerán los lugares donde se desarrollara este ejercicio, señalando un horario, y llevando a cabo un control sanitario.

- En segundo lugar, el sistema abolicionista podría resumirse como el que reconoce la existencia de esta actividad y lucha por su eliminación o desaparición. En este sistema, el ordenamiento jurídico despenaliza el ejercicio de la prostitución considerando a la persona que ejerce esta actividad como víctima. De modo que castigan únicamente aquellas conductas en las que una persona se lucra de la prostitución de otra, sin que se tenga en cuenta el consentimiento de ésta.

Para este sistema, la regulación de la prostitución supondría legitimar implícitamente las relaciones patriarcales. En este sentido lo entiende DIEZ GUTIERREZ³, al establecer que *“aceptar la prostitución supondría estar conforme con un modelo que contiene relaciones totalmente desiguales entre hombres y mujeres, provocando esto un sometimiento y dominación absoluta por parte de las mujeres, y ocasionando la anulación de todo lo que se ha conseguido a lo largo de los años con respecto a la igualdad de las mujeres”*

Y es que para esta corriente, la prostitución nunca podría darse en una situación de libertad, ya que al ser el propio cuerpo el que se vende, y no una actividad o un simple producto, jamás podrían considerarse iguales los derechos y libertades de las personas entre las que se negocia el objeto del contrato.

- Por último, haciendo referencia al sistema prohibicionista, consideramos que es aquel en el cual se penaliza la figura de la prostitución, de modo que se castiga a las tres

³ DIEZ GUTIERREZ, Enrique Javier, *“Prostitución y violencia de género”*, El Viejo Topo, N° 262, 2009, p. 29, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3076472>

partes intervinientes en dicho ejercicio: al proxeneta, a la prostituta y al cliente. De modo que en este sistema se consideraría a la persona que ejerce la prostitución como una auténtica delincuente y no como una simple víctima, como la considera el sistema abolicionista.

Haciendo referencia en este momento a nuestra legislación, es preciso destacar que el debate entre estos sistemas, ha sido conocido por España desde tiempos remotos.

Pues bien una vez conocidos los distintos sistemas que se dan con respecto a la prostitución, conviene señalar que España es, desde el Decreto Ley de 3 de marzo de 1956, un **sistema abolicionista**. En el presente Decreto se declaró la prostitución como “*tráfico ilícito y se prohibieron las mancebías y casa de tolerancia en todo el territorio*”⁴. Pero, conviene destacar, que solo algunos hechos relativos a la prostitución se consideraron como delito, no elevándose a la prostitución en si misma a esta categoría.

Conviene remarcar que el debate existente entre los presentes sistemas se plantea, como es lógico, con respecto a la prostitución totalmente libre y voluntaria, quedando fuera de tal consideración todo lo referido a la prostitución coactiva.

2. EVOLUCION

2.1 Análisis histórico: El Código Penal de 1973

El ya derogado Código Penal de 1973⁵ procedente de la reforma de 1963, en lo que se refiere a los delitos relativos a la prostitución, fue objeto de diversas críticas doctrinales por muy variadas razones, además de ser considerado, por no adaptarse a la Ley de Bases de 1961⁶, en concreto a la Base 9º, como ilegal⁷.

Con las críticas doctrinales a las que anteriormente hacíamos alusión nos queremos referir, a la dificultad que se daba para la aplicación de los distintos tipos penales debido a la agrupación de preceptos que contenía el presente Código, produciéndose así reiterados conflictos concursales. Por otro lado, también resultaba criticable los graves defectos que

⁴ LAMARCA PEREZ, Carmen, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en AAVV, Derecho Penal Parte Especial, 5ª edición, Colex, Madrid, 2010, p. 170.

⁵ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, <http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1973/297/R24004-24291.pdf>

⁶ Ley 79/1961, de 23 de diciembre, de bases para la revisión y reforma del Código Penal y otras leyes penales. <http://www.boe.es/boe/dias/1961/12/27/pdfs/A18131-18133.pdf>

⁷ BLANCO LOZANO, Carlos, “*Delitos relativos a la prostitución: concepto de prostitución y corrupción de menores: Perspectiva jurídico- incriminadoras ante el nuevo Código Penal de 1995*”, en Cuadernos de Política Criminal, Nº 61, 1997, pp. 127- 170.

presentaba el Código, al contener penas de menor gravedad cuando los delitos de prostitución se cometían contra menores que cuando éstos se llevaban a cabo en perjuicio de personas mayores de edad, conteniendo, como es lógico, defectos técnicos y de fondo de gran importancia.

Debe pensarse, en atención a los defectos y deficiencias que hemos señalado anteriormente con respecto al presente código, tanto de configuración legal, como técnicos o sistemáticos, que era lógico que el legislador se planteara solventar dichas consecuencias de la presente situación.

2.2 La Reforma de la LO 1995

El Código Penal de 1995⁸ perseguía la despenalización de aquellas conductas que no constituyesen un perjuicio a la esfera sexual de la persona que va a prostituirse, es decir, para que de este modo, no se viese afectado el derecho de autodeterminación por el que decide libremente ejercer la prostitución.

De esta manera, se pretendía, según CANCIO MELIÁ⁹, *“la eliminación de algunas infracciones que existían en las regulaciones anteriores, y que eran tendentes a proteger más bien concepciones sociales sobre la moral sexual”*

Así, se consideraba que las conductas que el Código pretendía despenalizar, no suponían lesión alguna para la libertad sexual de la persona que decide voluntariamente prostituirse.¹⁰

De modo que, la estructuración del código se consolidaba en el hecho de que solo fueran castigadas, es decir, solo se tipificasen como punibles, las conductas que atacaran a la libertad sexual, al tratarse del bien jurídico que se protege, por lo que éstas quedaban limitadas a las conductas fraudulentas, coactivas o aquellas que se aprovecharan de una situación de necesidad o superioridad.¹¹

De modo que, al considerarse la libertad sexual como el bien jurídico protegido, el Código despenalizó todas aquellas conductas que entendía que no la comprometían, pudiendo

⁸ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

⁹ CANCIO MELIA, Manuel, *“Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”*, en La Ley Penal, Nº 80, 2011, p. 6, <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/07/doctrina04.pdf>

¹⁰ CUERDA ARNAU, María Luisa, *“Los delitos de exhibición, provocación sexual y prostitución de menores”*, en Cuadernos de Derecho Judicial, Nº 7, 1997, p. 211.

¹¹ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *“Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual”*, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado, 2013, pp. 34-35, http://www.fiscal.es/Documentos/Ponencias-formaci%C3%B3n-continuada-2013/Los-delitos-contra-la-libertad-sexual.html?cid=1247141585574&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_pintarDocumentos

así decidir libremente sobre su ámbito sexual. Así despenalizó: el rufianismo, la tercería locativa y la corrupción de menores.

Debiendo entenderse por cada una de ellas lo siguiente:

- Rufianismo: Vivir de la persona que se está prostituyendo, en todo o en parte.
- La tercería locativa: cesión o arrendamiento de locales para convertir éstos en mancebías o burdeles.
- Corrupción de menores: Se trata de un delito que consiste en la promoción o favorecimiento de la prostitución de una persona menor o incapaz, de su utilización en actividades pornográficas o de su participación en actos sexuales que perjudiquen el desarrollo de su personalidad.

La idea de que no es labor del Estado encargarse de la regulación moral de las personas, debiendo incluso actuar de forma indiferente a lo que se pueda considerar lo más acertado, ya que su labor en realidad consistirá en llevar a cabo las condiciones necesarias para garantizar la convivencia en libertad y la paz social, llevaron al legislador del Código de 1995 a despenalizar las conductas anteriormente señaladas, así como a llevar a cabo la reducción de las penas en lo que se refiere a la prostitución de menores e incapaces y en la prostitución de mayores de edad cuando se utilizaban los medios comisivos establecidos en el artículo 188, al margen de la esfera de la autodeterminación o decisión sexual.¹²

Pese a los abundantes defectos que el presente código contenía, la mayoría de las críticas se basaron en la despenalización de la corrupción de menores y en la escasa pena que se le otorgaba a los delitos de abusos sexuales que se cometían con abuso de superioridad. Es por ello, por la insignificante pena que le correspondía al delito de abusos sexuales, por lo que en ocasiones se lamentaba la supresión de la figura de corrupción de menores, calificándose de esta manera como regulaciones técnicas y político-criminalmente defectuosas.¹³

Es preciso destacar en reflejo de esta situación la STS nº 12/1997, de 17 de enero, en virtud de la cual el TS absuelve a todos los acusados del presunto delito de prostitución del que se les imputaba, al establecer como uno de sus argumentos que: *“el Código Penal vigente no preveía la responsabilidad del dueño o arrendatario de un local en el que se ejerciera la*

¹² DE LÉON VILLALBA, Francisco, Tráfico de personas e inmigración ilegal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.102.

¹³ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena *“El nuevo delito de corrupción de menores”*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Nº 1, 1999, http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_01-12.html

prostitución u otra forma de corrupción, como lo hacía el anterior Código de 1973”¹⁴. En esta misma línea podríamos señalar otras, como es la STS nº 426/1997, de 31 de marzo.¹⁵

2.3 La reforma de LO 11/1999

La presente reforma de 30 de abril pretendía subsanar los defectos antes aludidos de la reforma de 1995, al afirmar ésta en su Exposición de motivos que: *“la Reforma anterior no responde, en atención a los bienes jurídicos que están en juego, a las exigencias reclamadas por la sociedad nacional e internacional, tanto en lo que se refiere a la tipificación de los tipos como en el establecimiento de las penas”*¹⁶

Ante esta situación se opta por introducir de nuevo el delito de corrupción de menores e incapaces, despenalizado por la reforma de 1995 y que precisaba de una rápida subsanación debido a la insuficientes normas relativas a la prostitución.

Además de la citada reintroducción antes aludida, también es importante señalar que se añadió junto a los medios comisivos a los que hace referencia el artículo 188 del CP, el abuso de situación de vulnerabilidad de la víctima.

No pudiéndonos olvidar de destacar que, antes de la presente reforma a la que hacemos referencia, el título en el cual se encuadran esta clase de delitos se denominaba *“delitos contra la libertad sexual”* produciéndose durante ésta su modificación pasando a llamarse en este momento *“delitos contra la libertad e indemnidad sexual”*. Dicha modificación encuentra su fundamento en que la libertad sexual no es el único bien jurídico que se encuentra protegido, ya que en el caso de los menores o incapaces cabrá hablar más bien de indemnidad o intangibilidad sexual como bien jurídico protegido. Esto ha tenido una importancia de gran calado, al atender a las consideraciones de un gran sector doctrinal.¹⁷

Por último, al considerarse al menor y al incapaz como sujetos más vulnerables en lo que se refiere a las agresiones sexuales, la nueva reforma pretendía y tenía como finalidad darle una mayor protección mediante las subsanación de los defectos anteriores, procurando así una tutela más eficaz de los mismos.

¹⁴ STS nº 12/1997 de 17 de enero, RJ 1997\186, FJ 1.

¹⁵ STS nº 426/1997 de 31 de marzo, RJ 1997\1956, FJ 2.

¹⁶ Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, <http://www.boe.es/boe/dias/1999/05/01/pdfs/A16099-16102.pdf>

¹⁷ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena *“El nuevo delito de corrupción de menores”*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Nº 1, 1999, http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_01-12.html

2.4 La operada modificación por la LO 15/2003¹⁸

La Reforma producida en 2003 se debió principalmente a que España no cumplía lo establecido por el Convenio de Naciones Unidas de 1949, y así fue denunciado por el Congreso Estatal de Mujeres Abogadas en 2002 que establecía que: *“Denunciaban al Código de 1995, por vulnerar algunas prescripciones del Convenio, en lo que se refiere a La Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, al despenalizar algunas modalidades de proxenetismo previstas en el Convenio, tales como el rufianismo, la tercería locativa y el proxenetismo no coercitivo, suponiendo esto una vulneración unilateral a los compromisos asumidos por parte de España”*.¹⁹ Así mismo, exigían la tipificación y sanción de las conductas antes mencionadas, además de un nuevo tipo que castigase al cliente.

Así, por un lado, en cumplimiento de las anteriores exigencias la nueva reforma incrimino de nuevo la tercería locativa, produciéndose como veremos más adelante un retorno a lo que era la situación previa del Código de 1995. Por otro lado, endureció los delitos de pornografía infantil y reforzó nuevamente las penas.

Pero sin duda, lo más relevante que puede y debe considerarse respecto a esta reforma, es la incriminación que se realizaba al que se lucraba “explotando” la prostitución de una persona, aun con el consentimiento de ésta. Es decir, castigaba la “mera explotación” (posteriormente, analizaremos su significado con más profundidad, cuando estudiemos los tipos del artículo 188 CP) con la correspondiente agravación en el caso de que se tratara de menores. Esta nueva incriminación supuso un paso hacia atrás para los que creían en la necesidad de la regularización de la prostitución

En este último caso, puede interpretarse que lo que se protege como bien jurídico no es la libertad sexual, sino que se centraría más en la protección de la dignidad de la persona que es explotada, al considerarse irrelevante en este caso el consentimiento.²⁰

¹⁸ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, <http://www.boe.es/boe/dias/2003/11/26/pdfs/A41842-41875.pdf>

¹⁹ XVI CONGRESO ESTATAL DE MUJERES ABOGADAS, *“La prostitución no es un fenómeno social legalizable”*, Albacete, 2002. http://www.cemabog.org/index.php?option=com_content&view=article&id=19:xvi-congreso-albacete-2002&catid=2:anteriores&Itemid=5

²⁰ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *“Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual”*, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado, 2013, p. 37, http://www.fiscal.es/Documentos/Ponencias-formaci%C3%B3n-continuada-2013/Los-delitos-contra-la-libertad-sexual.html?cid=1247141585574&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_pintarDocumentos

2.5 La reforma de LO 5/2010²¹

Tanto la reforma de 1999 como la de 2003 se basaron en el incremento de la criminalidad, produciéndose así un aumento de las penas, incentivada por la despenalización llevada a cabo por el Código de 1995.

El aumento de la prostitución que se produce en España a partir de 1996 da razón de ser a las reformas anteriormente mencionadas.

La Reforma de 2010, al contrario que las anteriores, recayó sobre una multitud de disposiciones. Es preciso indicar, que la reforma tuvo como finalidad principal adaptar el Código, así como la legislación Española, a las obligaciones internacionales exigidas, en especial a lo exigido por la Decisión Marco 2004/68/JAI²² en lo referente a la prostitución y corrupción de menores.

Como hemos dicho anteriormente, incidió en una multitud de disposiciones, produciendo un aumento de las penas y ampliando su ámbito de tipicidad. A nosotros nos interesa, en relación con los delitos que estamos estudiando, las modificaciones que se produjeron tanto respecto al artículo 187 como 188 del CP.

Por otro lado, es relevante destacar la extensión de la cláusula concursal que se produce y que dota de coherencia a los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores. Así, como la importantísima incriminación del cliente que tanto se ha perseguido durante estos años.

En lo que se refiere al artículo 188 CP, por un lado, resulta de gran relevancia el aumento de las penas que produce la reforma en lo referido a las conductas sobre menores de 13 años. Por otro lado, se pueden apreciar nuevos tipos como es la pertenencia a una organización o grupo criminal y la puesta en peligro de la vida o salud de la víctima.²³

Por último, señalar que las conductas mencionadas anteriormente, introducidas y modificadas por la reforma de 5/2010 de 22 de Junio, procederemos posteriormente a analizarlas y estudiarlas con más profundidad.

²¹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, <http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>

²² Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003, <http://www.boe.es/doue/2004/013/L00044-00048.pdf>

²³ MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón “*De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores*”, en AAVV, Comentarios al Código Penal Español Tomo I (Art. 1 a 233), 6ª edición, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1205.

2.6 Tráfico ilegal, inmigración clandestina y trata de personas.

Antes de la reforma de 2010, la regulación española, en lo que respecta a estos delitos, se determinaba por su ausencia o carencia de precisión y claridad.

Tras la citada reforma se produjo la adaptación de éstos en lo que se refiere a las normas internacionales, ya que antes de ésta el tratamiento resultaba totalmente inadecuado al unificarse los delitos de inmigración y trata de personas en el artículo 318 bis, a pesar de las grandes diferencias que existen entre ambos, en relación a su naturaleza así como a los bienes jurídicos que afectan cada uno de ellos, y así lo manifiesta la Exposición de Motivos de la LO 5/2010. Siendo por tanto esencial la necesidad de desunir, es decir, separar ambos delitos, al aparecer la trata de personas vinculada, e incluso confundida, con el tráfico de personas.

Haciendo un recorrido de la evolución que han sufrido estos delitos, podemos encontrar con que la LO 11/1999, agrego una modalidad que se solapó con el tráfico de trabajadores, la cual tenía como finalidad la explotación sexual, ésta fue incorporada en el artículo 188.2 CP.

Por otro lado, las modificaciones realizadas por la LO 11/2003, referido a medidas de seguridad ciudadana, violencia domestica e integración social de los extranjeros, se encontraban justificadas en la necesidad de adaptar al marco europeo a la legislación española en lo que se refiere a la trata de seres humanos. La nueva redacción del artículo 318 bis introducida por esta ley, comparaba y asemejaba el concepto de tráfico y de inmigración clandestina, tratándose en realidad de conceptos distintos, y así lo señalaba la sentencia del Tribunal Supremo nº 302/2007 de 3 de abril.²⁴ Lo que hizo exactamente fue introducir en el artículo 318 bis apartado 2 el tipo referido al tráfico de personas, eliminando a su vez del artículo 188.2 la modalidad de tráfico para la explotación sexual.

Esta introducción tenía como objetivo adaptar el ordenamiento español a las exigencias de la Unión Europea, pero el resultado fue una regulación confusa y uniforme de dos conceptos criminológicos totalmente distintos.

Posteriormente, siguiendo con el estudio de los presentes delitos nos encontramos con la LO 13/2007, que estableció una nueva reforma en el artículo 318 bis, cuya finalidad era la

²⁴ STS nº 302/2007 de 3 de abril, RJ 2007\2453, FJ 2.

persecución de estos delitos de forma extraterritorial, no solo en España sino también en aquellos lugares que tuviesen como destino otro país de la Unión Europea.²⁵

Se propuso por el Anteproyecto de Reforma de 2008 que se creara un nuevo título que tuviera por objeto únicamente la trata de seres humanos (artículo 177 bis), en vista de los enormes defectos que se contenían en el artículo 318 bis, cumpliendo así con las exigencias de los Convenios Internacionales.

Y es que, en consecuencia en el delito de trata de seres humanos el bien jurídico protegido no era la defensa de los intereses del Estado para el control de los flujos migratorios, sino que en este caso se consideraba que protegía bienes jurídicos individuales, en concreto la libertad y la dignidad.²⁶

Por último, podemos decir que tras la reforma de 2010 es cuando se ha producido la desvinculación de estas dos realidades criminológicas, ubicándose desde entonces la trata de seres humanos en el Título VII bis, concretamente en el artículo 177 bis y el tráfico ilegal de personas en su artículo 318 bis.

3. ELEMENTOS COMUNES.

3.1 Concepto de prostitución

Constituye un elemento común al artículo 187 y 188 del Código Penal, el concepto de prostitución, el cual también aparece en el artículo 189.5.

Antes de proceder a su definición, es importante destacar como hemos dicho anteriormente, que la prostitución no constituye un fenómeno criminal, no se castiga su ejercicio, por lo que cuando ésta es practicada por adultos capaces, se considera una conducta simplemente tolerada dentro de ciertos límites. De manera, que son las conductas de terceros relacionadas con la prostitución las que fundan el objeto de estos delitos.²⁷

El concepto de prostitución, desde la perspectiva jurídico penal ha constituido grandes dificultades en lo que se refiere a la definición y concreción de ésta. Para algunos autores, tales

²⁵ MAYORDOMO RODRIGO, Virginia, “*Nueva Regulación de la Trata, el Tráfico Ilegal y la Inmigración Clandestina de personas*” en Estudios Penales y Criminológicos, Nº 31, 2011, p. 336, <http://dspace.usc.es/bitstream/10347/7321/1/327-392.pdf>

²⁶ MARTOS NUÑEZ, José Antonio, “*El delito de trata de seres humanos: Análisis del artículo 177 bis del Código Penal*”, en Estudios penales y criminológicos, Nº 32, 2012, p.100, <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/896/865>

²⁷ SAINZ-CANTERO CAPPAROS, José Eduardo, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Acoso sexual. Exhibicionismo y provocación sexual. Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores. Disposiciones comunes a los delitos anteriores*”, en AAVV, Sistema de Derecho penal Español Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 272-277.

como MORALES PRATS y GARCIA ALBERO, la prostitución debe definirse como: “*aquella actividad que consiste en la prestación de servicios de carácter sexual realizados a cambio de una prestación de carácter económico*”²⁸

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se puede considerar como prostitución “*la actividad realizada por la persona que mantiene relaciones sexuales con otras a cambio de dinero*”²⁹

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha definido el concepto de prostitución en su sentencia nº 1016/2003, de 2 de julio, en la cual define la prostitución: “*como la situación en la que se encuentra una persona, de forma más o menos reiterada, y que a través de su cuerpo a cambio de una contraprestación económica, da placer a otro, tratándose la contraprestación generalmente de una cantidad de dinero. Quien permite o da acceso carnal, masturbación, felación, etc., a cambio de dinero, de forma más o menos repetida en el tiempo, decimos que ejerce la prostitución, cualquiera que sea la clase de acto de significación sexual que ofrece o tolera*”.³⁰ En la misma forma la define la sentencia nº 809/2006 de 18 Julio.³¹

Con un carácter más general que los anteriores, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 724/2000 de 17 de abril, señala que el término prostitución puede abarcar cualquier depravación en el comercio carnal de cierta importancia, medidas que provocan y significan “*hacer que alguien se dedique a mantener relaciones sexuales con otra persona a cambio de dinero*”³²

Dos son, pues, los componentes de esta actividad: una prestación de servicios de naturaleza sexual; y la contraprestación de carácter económico por el servicio prestado, debiendo de ser esta contraprestación evaluable en dinero (en este sentido, puede entenderse como evaluable en dinero: la comida, droga, un puesto de trabajo, etc.)³³

La definición jurídico penal de prostitución ha producido extensas discrepancias doctrinales y jurisprudenciales en diferentes aspectos, entre éstos podemos destacar como uno de los más discutidos, la habitualidad, es decir, si se ha de añadir a la prostitución como tercer

²⁸ MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón “*De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores*”, en AAVV, Comentarios al Código Penal Español Tomo I (Art. 1 a 233), 6ª edición, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1207

²⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española 22ª ed. [S.l.]: RAE, 2001, <http://lema.rae.es/drae/?val=prostitucion>

³⁰ STS nº 1016/2003 de 2 de Julio, RJ 2003\6216, FJ 7.

³¹ STS nº 809/2006 de 18 de Julio, RJ 2006\6147, FJ 2.

³² STS nº 724/2000 de 17 de Abril, RJ 2000\3297, FJ 3

³³ ORTS BERENGUER, Enrique, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en AAVV, Derecho Penal Parte Especial, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 288.

componente el requisito de la habitualidad o reiteración. Desde nuestro punto de vista, ya adelantamos, que consideramos que tal perspectiva desde considerarse admitida.

Con respecto a la exigencia de tal requisito, existen posturas con criterios muy diferentes. Así, una parte de la doctrina y la jurisprudencia, (GARCIA PEREZ) establece que la nota que permite diferenciar la prostitución de los abusos sexuales es precisamente esa habitualidad, en el que el precio aparece como una condición de superioridad.³⁴

Aunque otro sector doctrinal establece que la habitualidad no se considera un requisito que se desprenda de la Ley³⁵, aunque en realidad ésta parece exigirlo cuando se refiere a “mantener” en la prostitución a una persona, no exigiéndose en cambio el requisito de la profesionalidad.

Para GOMEZ TOMILLO, en contra de la exigencia de este requisito, considera que basta con atender al bien jurídico protegido para saber que no es necesario la exigencia del requisito de la habitualidad, al considerar que *“con un único acto sexual a cambio de precio se afecta a la dignidad”*.

Pues bien, ante estas posturas cabe señalar que la mayoría de la jurisprudencia entiende, que un solo comportamiento sexual no puede componer lo que se entiende por prostitución, y en este sentido podemos señalar la anterior sentencia antes citada, de 18 Julio de 2006³⁶, la cual define la prostitución como *“la situación en la que se encuentra una persona, de forma más o menos reiterada...”* como hemos visto anteriormente. A favor de la exigencia de este requisito, podemos señalar otras sentencias como: SAP de Asturias nº 197/2009 de 30 de Septiembre³⁷, así como la SAP de Valencia nº 431/2006 de 12 de Junio³⁸, entre otras. Las cuales tienen en común, entre otras cosas, la definición de prostitución antes señalada.

3.2 Sujetos pasivos

En primer lugar, cuando hacemos referencia a los sujetos pasivos de los presentes delitos, conviene destaca que ha de entenderse por víctima, contemplando el Código Penal: *“por una parte, al que es titular de un bien jurídico que ha sido vulnerado; y por otra parte,*

³⁴ GOMEZ TOMILLO, Manuel, *“Derecho penal sexual y Reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal”*, en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Nº 7, 2005, p. 19, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-04.pdf>

³⁵ GOMEZ TOMILLO, Manuel *“El concepto jurídico penal prostitución ¿Exige la habitualidad?, Comentarios al Código Penal, 2ª edición, Lex Nova, 2011.* <http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/JURIDICO/209218/el-concepto-juridico-penal-de-prostitucion-exige-la-habitualidad>

³⁶ STS nº 809/2006 de 18 de Julio, RJ 2006\6147, FJ 2.

³⁷ SAP de Asturias (sección 3) nº 197/ 2009 de 30 de septiembre, JUR 2009\478497, FJ 1.

³⁸ SAP de Valencia (), nº 431/2006 de 12 de junio, JUR 2007\ 41821, FJ 2

aquel que tiene posibilidad de que se le repare el daño causado en concepto de responsabilidad civil”³⁹

Cuando nos referimos a los delitos relativos a la prostitución, podemos encontrarnos con tres tipos de víctimas o sujetos pasivos:

- En primer lugar, nos encontramos con el **menor de edad**, considerándose como tal a la persona que tenga menos de dieciocho años, y así lo establece la Constitución Española en su artículo 12, al señalar que *“los españoles son mayores de edad a los dieciocho años, considerándose hasta entonces menores de edad”*.⁴⁰

Por otro lado, vemos de gran relevancia destacar que en el Convenio de los Derechos del Niño (CDN) podemos encontrar definido lo que ha de entenderse por niño/a, y a efectos de éste se considera a *“todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo en el caso de que haya alcanzado antes la mayoría de edad, debido a la legislación que le sea aplicable”*.

Ahora bien, ello no significa que el menor durante su minoría de edad no pueda mantener relaciones sexuales, ya que a partir de una determinada fase de madurez y desarrollo la Convención reconoce que puedan llevarse a cabo dichas relaciones de forma consentida, determinándose dicha fase de madurez y desarrollo por la llamada “edad de consentimiento sexual”

Según la Directiva 2011/92/UE⁴¹ por edad de consentimiento sexual habrá de entenderse *“la edad por debajo de la cual se encuentra prohibido llevar a cabo actos de naturaleza sexual con un menor, de acuerdo con el Derecho nacional”*.

Resulta interesante destacar, que en España la edad de consentimiento se sitúa en los 13 años, siendo ésta una de las más bajas del mundo y la más baja de Europa.

Algunos sectores estaban y están en contra de que la edad de consentimiento se situara en 13 años, exigiendo que se elevara dicha edad, aunque la crítica de mayor peso fue la procedente del Comité de Derechos del Niño, estableciendo que *“al encontrarse la edad de consentimiento tan baja esto podía provocar una mayor vulneración en los niños respecto a la explotación sexual”*.

³⁹ RODRIGUEZ CENTENO, Roció, *“Menores víctimas de abusos sexuales: tratamiento psicológico y jurídico”*, en Anuario de Justicia de Menores, Nº 8, 2008, pp. 103-104.

⁴⁰ Constitución Española de 1978, URL: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229&tn=2>

⁴¹ DIRECTIVA 2011/92/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32011L0093>

Por otro lado, es importante destacar que cuando se producen esta clase de delitos, para la CDN se considerara como sujeto pasivo, todo menor de 18 años independientemente de que haya alcanzado la edad de consentimiento y de que conforme a la legislación de su país ya se considere mayor de edad.⁴² Dicha conclusión se deduce poniendo en relación los dos últimos apartados del artículo 34 de la CDH, con referencia a la explotación, y la Convención Suplementaria de 1956⁴³, con referencia a la edad en caso de explotación.

De modo que, con el sistema actualmente vigente se considerara atacada la indemnidad sexual del menor cuando se lleven a cabo actos de naturaleza sexual con menores de 13 años, considerándose en este caso el consentimiento del menor irrelevante, entendiéndolo de esta manera la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 13 de abril de 2009.⁴⁴ Siendo a partir de esa edad cuando puede considerarse relevante el consentimiento, ahora bien, no puede afirmarse que tenga una completa operatividad del consentimiento en materia sexual, sino que simplemente se le amplía, ya que durante ésta seguirá encontrándose protegida frente a posibles comportamientos exhibicionistas, corruptores y provocadores.⁴⁵

- En segundo lugar, se considera como sujeto pasivo, al **incapaz**, el cual ha de ser considerado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 del Código Penal como “*toda persona que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma, haya sido declarada o no su incapacitación*”.⁴⁶

Cuando nos encontramos ante una persona incapaz que además es menor de edad, no estaríamos ante un problema de gran relevancia, al ser su consentimiento irrelevante, el problema aparece cuando el incapaz es mayor de edad y se ha de determinar si ha prestado consentimiento de forma válida o no. Es importante destacar que en el ámbito penal basta con que la persona sepa lo que está consintiendo.

- Por último, debemos señalar como sujeto pasivo, al **mayor de edad**, que es el mayor de dieciocho años como anteriormente hemos señalado, y así lo señala el artículo 12

⁴² RODRIGUEZ MESA, M^a José, “*El Código Penal y la Explotación Sexual Comercial Infantil*”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXII (2012), p. 208, <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/898/867>

⁴³ Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 7 de septiembre de 1956, <http://www2.ohchr.org/spanish/law/abolicion.htm>

⁴⁴ SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5) nº 231/2009 de 13 de abril, ARP 2009/766, FJ 2.

⁴⁵ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “*Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado, 2013, p. 37, http://www.fiscal.es/Documentos/Ponencias-formaci%C3%B3n-continuada-2013/Los-delitos-contra-la-libertad-sexual.html?cid=1247141585574&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_pintarDocumentos

⁴⁶ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

de la CE. Es preciso destacar que éste solo lo encontraremos en determinadas situaciones a las que se refiere el artículo 188 del CP, que posteriormente analizaremos.

3.3 Bien Jurídico Protegido

Aunque en el ámbito de la ciencia penal el concepto de bien jurídico es uno de los más complicados que resulta definir, nos ha parecido de gran importancia destacar que puede entenderse por tal. De modo que, recordando las palabras de VON LISZT, podemos decir que es *“un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico”*

Pues bien, una vez definido lo que entendemos por tal elemento y centrándonos en el tema, debemos señalar que es la libertad sexual individual la que se considera el bien jurídico protegido en los delitos relativos a la prostitución, pero con las debidas matizaciones en lo que se refiere a los menores e incapaces (posteriormente volveremos a estas matizaciones).⁴⁷

En primer lugar, es importante señalar que por libertad sexual se ha de entender: *“la libre disposición que una persona tiene de su cuerpo sin más restricciones que las originadas del respeto a la libertad ajena y la facultad de repeler las agresiones sexuales de otro, pudiendo proceder la libertad sexual así descrita del derecho al libre desarrollo de la personalidad”*.⁴⁸

Es preciso señalar, que lo que se protege en realidad es el hecho de que una persona pueda verse involucrada en un acto sexual que no desea.

Haciendo referencia a la matizaciones que nos referíamos anteriormente, es necesario destacar que el legislador estableció la idea del doble bien jurídico, ante la necesidad que surgía de darle una mayor protección a los menores, así se hacía necesario distinguir: por un lado, la libertad sexual de adultos, y por otro, la indemnidad sexual de menores.

Al igual que definíamos lo que se entendía por libertad sexual, resulta de similar importancia destacar que por indemnidad sexual debemos entender: *“el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación de la personalidad. Se trata, por tanto, de asegurar una normal evolución y desarrollo de la personalidad del menor, permitiendo así, que llegado el momento puedan decidir, entonces sí, con plena libertad sus opciones sexuales”*.⁴⁹

⁴⁷ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena “El nuevo delito de corrupción de menores”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Nº 1, 1999, http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-12.html

⁴⁸ MARCHENA GOMEZ, Manuel “Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal (Ley Orgánica 3/1989)”, en La Ley, Nº 2, 1990, p. 1150.

⁴⁹ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado, 2013, pp. 34-35,

De modo que, cuando estos delitos recaen sobre menores o incapaces no cabría hablar de libertad sexual como bien jurídico protegido, ya que el sujeto no tiene la capacidad necesaria para determinar su comportamiento respecto a su vida sexual, al no encontrarse está en situación de ejercerla. De modo que la libertad sexual como bien jurídico protegido se aplicaría a quien tiene capacidad para decidir libremente sobre su ámbito sexual.

De esta manera, la anterior situación se encuentra justificada y es razonable en el sentido de que tales prácticas sexuales podrían constituir daños y perjuicios en lo que se refiere a la evolución y desarrollo de la personalidad del menor, protegiendo de esta manera su libertad sexual futura, además de que el menor se considera una víctima más vulnerable en este tipo de delitos.

Ahora bien, ésta no es la única postura que podemos encontrar al respecto, aunque nosotros ya adelantamos que es la que nos parece más acertada, ya que existe otra parte de la doctrina, que considera como único bien jurídico protegido la libertad sexual, en este sentido podríamos señalar a DIEZ RIPOLLES⁵⁰, al considerar que la indemnidad sexual se encuentra comprendida en la anterior.

En nuestra opinión, nos parece totalmente necesario distinguir en el caso de que se trate de menores o incapaces como cuando se trata de mayores de edad, porque aunque la libertad sexual es el bien jurídico individual de los delitos sexuales como señalaba TORRES FERNANDEZ⁵¹, es necesario destacar que en el caso de los menores éste carece de autonomía para determinar su comportamiento en lo que se refiere a su ámbito sexual, intentándose proteger su desarrollo futuro para cuando éste sea mayor tenga capacidad para decidir libremente sobre su conducta sexual. Mientras que en el caso de los incapaces lo que se protegería es que otras personas no se aprovechen de su situación de incapacidad para que estos sujetos lleven a cabo actos sexuales de los que no tiene una completa ni correcta comprensión de lo que significa. De modo que, parece claro que se tenga que considerar la idea del doble bien jurídico establecido por el legislador, entre otras razones, por las aquí expuestas.

http://www.fiscal.es/Documentos/Ponencias-formaci%C3%B3n-continuada-2013/Los-delitos-contra-la-libertad-sexual.html?cid=1247141585574&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_pintarDocumentos

⁵⁰ DIEZ RIPOLLES, José Luis, “*El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual*”, Revista de Derecho Penal y Criminología, Nº 6, 2000, p. 86, <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2000-6-2010&dsID=Documento.pdf>

⁵¹ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena “*El nuevo delito de corrupción de menores*”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Nº 1, 1999, http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_01-12.html

Por último, parece importante señalar que antes del CP de 1995, la jurisprudencia del Tribunal Supremo parecía asumir la intangibilidad como bien jurídico de estos delitos, y así parecía manifestarlo en una muy temprana sentencia de 26 de Octubre de 1987.

II. MODALIDADES DELICTIVAS

1. PRESENTACION

En primer lugar, estudiaremos el artículo 187 del Código Penal⁵², el cual recoge los delitos de prostitución que afectan a personas menores de edad e incapaces. De este modo, veremos como el tipo básico de esta materia se halla en su apartado primero, en el cual se encuentran tipificadas dos modalidades: por un lado, aquella en la cual se castigan las conductas de inducción, promoción, facilitación y favorecimiento de la prostitución de una persona menor de edad o en situación de incapacidad; y por otro lado, aquella en la que se castiga a quien solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa una relación sexual con otra persona menor de edad o incapaz, es decir, lo que se conoce como la reciente incriminación del cliente.

En el segundo apartado del presente precepto nos vamos a encontrar con el supuesto agravado, que se produce cuando se lleva a cabo la conducta anteriormente descrita siendo el sujeto pasivo menor de 13 años, produciéndose un notable aumento de la pena.

Posteriormente, en el tercer y cuarto apartado del artículo 187 del Código Penal⁵³, nos encontraremos con otros dos tipos agravados. En el primero se produciría este incremento penal, debido a la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público que ostenta el sujeto activo que comete el delito. Igualmente, en el segundo caso, se agrava la responsabilidad penal debido a la pertenencia del culpable a una organización o asociación dedicada a llevar a cabo este tipo de actividades.

En lo último que respecta al presente precepto, veremos en su quinto apartado la cláusula penológica introducida para la aplicación conjunta de las penas que se prevén en el artículo 187 y las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual que se hubieran podido cometer sobre los menores o incapaces.⁵⁴

⁵² Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

⁵³ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

⁵⁴ SAINZ-CANTERO CAPPAROS, José Eduardo, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Acoso sexual. Exhibicionismo y provocación sexual. Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores. Disposiciones comunes a los delitos anteriores*”, en AAVV, Sistema de Derecho penal Español Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2011, p.275.

En segundo lugar, estudiaremos el artículo 188 del Código Penal⁵⁵, el cual recoge esta vez, los delitos de prostitución que afectan a personas mayores de edad. Ahora bien, será preciso destacar que se prevé algún supuesto en el que dicho precepto se refiere a personas menores de edad o incapaces.

Así, veremos como el tipo básico de esta materia, como ocurría en la anterior figura analizada, se halla en el primer apartado, y como igualmente recoge dos modalidades tipificadas: castigándose, en este caso, por un lado, la conducta de terceros que intentan forzar a una persona mayor de edad o, lo que es igual, determinarla para iniciarla o mantenerla en la prostitución; y, por otro lado, se castiga que una persona se lucre a consta de la explotación de otra mayor de edad, aun con su consentimiento.

En el segundo apartado, observaremos el tipo cualificado de minoría de edad o incapacidad, que se produce cuando las conductas de determinación, anteriormente citadas, tengan como sujeto pasivo a una persona menor de edad o a una persona que se encuentre en situación de incapacidad. En este mismo sentido, nos encontramos en el tercer apartado del presente precepto con un régimen hiperagravado, producido cuando ocurriendo la situación expuesta anteriormente, el menor tuviese menos de 13 años.

En el cuarto apartado contemplaremos tres supuestos agravados: el primero de ellos, por la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario que ostenta el sujeto activo; el segundo, por la pertenencia del culpable a una organización o grupo criminal que se dedique a dichas actividades; y el tercero, por la puesta en peligro de la vida o la salud de la víctima, ya sea de forma dolosa o de forma imprudente.

Por último, veremos en su quinto apartado una clausula concursal, similar a la anteriormente expuesta, que prevé el correspondiente concurso entre el presente delito y el delito de agresiones o abusos sexuales que se comete sobre la persona que está ejerciendo la prostitución.

2. ANALISIS DEL TIPO

2.1 Sujeto Activo y Sujeto Pasivo

Cuando hacemos referencia al sujeto activo de los delitos relativos a la prostitución, es preciso destacar, que puede serlo cualquiera que lleve a cabo alguna de las conductas típicas que a continuación describiremos con detalle. Es decir, cualquiera puede ser autor de este delito.

⁵⁵ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Ahora bien, será necesario que el sujeto activo tenga la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario, para poder aplicar además la agravación correspondiente contenida en el artículo 187 y 188 del Código, (como posteriormente veremos con más atención).

Por último, en lo referente al sujeto pasivo, véase al respecto lo ya comentado anteriormente cuando procedimos al estudio de estos sujetos.

2.2 Delitos de favorecimiento de la prostitución de personas menores e incapaces.

2.2.1 Conductas típicas

Una vez identificado como sujeto pasivo del hecho ilícito al menor de edad o incapaz, es necesario en este momento enumerar y distinguir las diferentes conductas típicas que podemos encontrar en el presente artículo **187 del Código Penal**.

En primer lugar, es importante señalar que dos son las conductas típicas que contiene el artículo 187 del Código Penal⁵⁶ en su apartado primero.

A) Por un lado, nos encontramos con la primera de las conductas, consistente en “*la inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución a una persona menor de edad o incapaz*”

Es importante destacar, que se le castigara al que realice dicha conducta con “*pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses*”.

Según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de Julio de 2010⁵⁷, “*dos son los requisitos que han de concurrir para que pueda aplicarse el presente delito:*

1º) Que el sujeto pasivo sea un menor de edad o incapaz, según la definición ofrecida por el artículo 25 CP... y;

2º) El núcleo de la acción delictiva, ha de consistir en inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución del mencionado menor o incapaz”

Así, la conducta radica en la realización de actos de favorecimiento que produzca la prostitución de menores o incapaces de forma eficaz. De modo que, haciendo referencia a los verbos típicos de la conducta, la Real Academia de la Lengua Española entiende por cada uno de ellos lo siguiente:⁵⁸

⁵⁶ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

⁵⁷ SAP de Zaragoza (Sección 3), nº 192/2010 de 30 de Julio, JUR 2010\335631, FJ 3.

⁵⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española 22ª ed. [S.l.]: RAE, 2001. <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>

- Inducir: “Instigar, persuadir, mover a alguien “ o “ocasionar o ser causa”
- Favorecer: “Apoyar un intento, empresa u opinión”
- Promover: “Iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro” o “Tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo”
- Facilitar: “Hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin” o “Proporcionar o entregar”

Es necesario entender estos conceptos de manera *restrictiva*, y así lo entiende ORTS BERENGUER, con la finalidad de que su contenido típico no sea ampliado en exceso, y así evitar que éste sea entendido de forma excesiva.⁵⁹

También vemos necesario exponer que se entiende por “prostituir”, al ser la prostitución el concepto básico sobre el que gira esta conducta del delito⁶⁰, así según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “prostituir” es: “*hacer que alguien se dedique a mantener relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero*”⁶¹

Pues bien, una vez analizados los verbos típicos a los que hace referencia el precepto anterior, es preciso establecer que se deberán de distinguir dos acciones:

- Por un lado, se habrá de entender la inducción conforme a lo expuesto en el artículo 28 a) del Código Penal, el cual dice: “*los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo*”⁶², es decir, en este caso se trataría de hacer surgir la idea o decisión de ejercer la prostitución en una persona menor de edad o incapaz.⁶³
- Por otro lado, los demás términos, es decir, la promoción, favorecimiento y facilitación, los cuales son considerados términos equivalentes, se han de entender conforme a los artículos 28 b) y 29 del Código Penal, teniendo en cuenta para su comprensión los conceptos de cooperación necesaria y de complicidad, tratándose en este caso, a

⁵⁹ ORTS BERENGUER, Enrique, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en AAVV, Derecho Penal Parte Especial, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 288-289.

⁶⁰ SAP de Asturias (Sección 3ª) nº 197/2009 de 30 de Septiembre, JUR 2009/478497, FJ 1.

⁶¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española 22ª ed. [S.l.]: RAE, 2001.
<http://lema.rae.es/drae/?val=prostituir>

⁶² Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

⁶³ GOMEZ TOMILLO, Manuel, “*Derecho penal sexual y Reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal*”, en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Nº 7, 2005, p. 20.
<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-04.pdf>

diferencia del término anterior, de un aumento de la posibilidad de ejercer la prostitución por parte del menor de edad o el incapaz.⁶⁴

En lo que se refiere a la extensión del tipo cualificado, tiene cabida en éste las personas que se enriquecen a través de la facilitación de locales que se están utilizando para la realización de actividades de prostitución, así como también los que actúan de intermediarios, es decir, los que ejercen la condición de cómplices o de cooperadores necesarios.

Así, podríamos señalar una importante STS de 9 de diciembre de 1999⁶⁵ conocida como “el caso Army”, en la cual se condenaban como cómplices a los camareros del pub en el cual se desarrollaban actividades de prostitución, al realizar éstos tareas que facilitaban el tráfico sexual entre clientes y menores, proporcionándole sabanas y suministrándole preservativos, además de cobrarle el reservado, es decir, actuando como intermediarios entre éstos.

Según MORALES PRATS y GARCIA ALBERO, *“a diferencia de la prostitución de mayores de edad, en la prostitución de menores, la simple tercería locativa dolosa si resultaría punible”*⁶⁶

En desigualdad de lo anterior, las conductas de colaboración indirecta no se consideran punibles dentro del tipo, debiendo entenderse como tales aquellas realizadas por personas de la limpieza, es decir, tareas que se consideran secundarias.

Por otro lado, debemos destacar una cuestión que ha tenido un importante énfasis jurisprudencial en el ámbito de la prostitución de menores: Así, ¿cabría la protección de éstos por parte del ordenamiento jurídico cuando ya se encuentran prostituidos?

Pues bien, tomando como solución a la presente cuestión la resolución decidida por numerosas sentencias, entre las que podríamos destacar, la STS de 30 de enero de 2007⁶⁷, así como la reciente SAP de Valencia de 30 de abril de 2013⁶⁸, las cuales consideran: *“que la prostitución no puede ser considerada una especie de estado irreversible, de modo que el*

⁶⁴ GOMEZ TOMILLO, Manuel, *“Derecho penal sexual y Reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal”*, en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N° 7, 2005, p. 20. <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-04.pdf>.

⁶⁵ STS nº 1743/1999 de 9 de diciembre, RJ 1999/8578, FJ 2 considera: *“como cómplices a los empleados del pub y no como cooperadores necesarios al no poder afirmarse que estos aportarían, con su cometido, un elemento que pueda considerarse esencial y necesario para la ejecución de las conductas de prostitución”* Así, *“colaboraron y auxiliaron para que las relaciones sexuales tuvieran lugar, aunque sus papeles y funciones no pasaron de ser accesorias y secundarias y en modo alguno imprescindibles...”*

⁶⁶ MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón *“De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”*, en AAVV, Comentarios al Código Penal Español Tomo I (Art. 1 a 233), 6ª edición, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1208.

⁶⁷ STS nº 76/2007 de 30 de enero, RJ 2007/873, FJ 4.

⁶⁸ SAP de Valencia (Sección 5ª) nº 249/2013 de 30 de abril, ARP 2013/788, FJ 1.

menor que ya se encuentre iniciado en la prostitución no pierde la tutela del ordenamiento jurídico frente a los comportamientos de personas mayores que abusen de su escases de edad, intentando que se mantengan en dicho ejercicio. De modo que, no se limita la tutela del ordenamiento jurídico a la honestidad de los menores, sino que se tutela a todos ellos por su minoría de edad y por los abusos que pueden sufrir debido a esa minoría, por lo que no solo las conductas que inicien al menor en la actividad son punibles, debiendo considerarse como tales también las que promuevan, induzcan, favorezcan o faciliten su mantenimiento en la prostitución”

En resumen, podríamos decir que el menor no perdería su tutela por parte del ordenamiento jurídico frente a los posibles abusos que pudieran surgir por parte de personas mayores de edad que se aprovechan de la limitada capacidad de conocimiento y voluntad del menor, ya que la prostitución no se trata de un estado irreversible y la honestidad no es el bien jurídico que se protege.

Para terminar es necesario señalar que será imprescindible estimar un doble contenido para poder apreciar las conductas señaladas en el tipo, y es que han de tratarse de actos de carácter sexual y a cambio de este acto debe haber una contraprestación económica, de modo que no se considera que pueda existir una incitación a la prostitución si no se da este doble contenido.

B) Por otro lado, nos encontramos con la segunda conducta típica recogida en el artículo 187.1 del Código Penal, la cual establece que se castigara con la misma pena prevista en el inciso primero, es decir, con una pena de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses, al que *“solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o incapaz”*.⁶⁹

En primer lugar, debemos de entender según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁷⁰ por cada uno de los verbos típicos a los que acabamos de hacer referencia lo siguiente:

- **Solicitar:** *“pretender, pedir o buscar algo con diligencia o cuidado” o “requerir y procurar con instancia tener amores con alguien”*
- **Aceptar:** *“recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga” o “aprobar, dar por bueno, acceder a algo”*

⁶⁹Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

⁷⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española 22ª ed. [S.l.]: RAE, 2001. <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>

- Obtener: *“alcanzar, conseguir o lograr algo que se merece, solicita o se pretende”*

Una vez definido que se entiende por cada uno de los verbos típicos, es necesario destacar que esta nueva conducta tipificada se ha interpretado por la doctrina como la incriminación expresa del cliente.⁷¹ Pero, antes de realizar esta afirmación, conviene llevar a cabo un estudio sobre la evolución que ha sufrido la figura del cliente a lo largo de los años debido a las dudas que han aparecido sobre su tipicidad.

Debido a las discrepancias entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cuestión, establece MORALES PRATS y GARCIA ALBERO⁷² que dicho problema suscito necesariamente la celebración de una reunión por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con el propósito de unificar los criterios que habían surgido respecto a dicha cuestión.

Así, en un primer momento, sigue dicho autor, se negó importancia penal en lo referente a la conducta del cliente, rechazando de esta manera la equiparación entre lo que suponía las conductas que tenían por objeto facilitar la prostitución y la simple relación sexual mediando precio, con persona menor o incapaz. Ahora bien, debido a que algunas resoluciones se consideraban contrarias a las decisiones que se habían tomado anteriormente por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, pudiendo señalar entre estas la famosa sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla conocida como “el caso Arny”⁷³ en la que a pesar de las decisiones tomadas, se condenó algún cliente, ésta entre otras resoluciones contradictorias, propiciaron que la Sala anteriormente mencionada volviera a reunirse el 12 de febrero de 1999, tomando como solución un criterio intermedio adoptado a través de un Acuerdo no jurisdiccional. En el cual se establecía: *“que era necesario que se estuviera al caso concreto, teniendo en cuenta, para poder calificar al cliente como inductor o favorecedor al mantenimiento de la prostitución, la reiteración o repetición de los actos y la edad más o menos temprana del menor de edad. En el caso de los menores de 13, 14 y 15 años, se consideraba punible en todo caso la relación sexual a cambio de precio, debido a la edad temprana del menor y aunque este se encontrara ya iniciado en la prostitución”*

Haciendo referencia a la edad más o menos temprana a la que se refiere el Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, vemos interesante señalar la STS de 13 de noviembre

⁷¹ RAMON RIBAS, Eduardo, *“La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”*, en AAVV, Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 864

⁷² MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón *“De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”*, en AAVV, Comentarios al Código Penal Español Tomo I (Art. 1 a 233), 6ª edición, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 1208-1209

⁷³ SAP de Sevilla (Sección 3ª) nº 74/1998 de 19 de marzo, ARP 1998/2006

de 2008⁷⁴, en la cual se condenaba al autor de dos delitos de prostitución al aprovecharse éste de la corta edad de los menores, que en ese momento era de 13 y 15 años, para mantener relaciones sexuales con los mismos.

En relación a la repetición o reiteración de conductas también podríamos señalar otra sentencia, en concreto la del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2006⁷⁵, la cual establece: *“que la repetición de conductas de naturaleza sexual con un menor de edad a cambio de dinero, concebida no como premio sino como precio o retribución convenida, debe valorarse como constitutiva de actos que inducen al menor a la prostitución, o que al menos la están favoreciendo”*

Esta interpretación jurisprudencial sobre la conducta del cliente provocó que en la mayoría de los casos de prostitución de menores el cliente quedara exento de pena, cuando los menores de edad ya se dedicaban a la prostitución.⁷⁶

Pues bien, esta interpretación restrictiva queda superada a partir de la reforma del artículo 187⁷⁷ del Código Penal, ya que como establece CUGAT MAURI⁷⁸, era necesario realizar una reforma tipificando esta conducta, ya que era la única forma de que se castigase al cliente y de que desapareciesen las dudas que había con respecto a dicha figura. De esta forma, establece, que se dio previsión a las exigencias surgidas por la Decisión Marco 2004/68/JAI⁷⁹ artículo 2 c), ii.

De modo que, tras dicha reforma la conducta del cliente del menor deviene típica en todo caso, con independencia de la edad del menor, de si con la reiteración de los actos favorece o no el mantenimiento en dicho ejercicio o de la situación previa de éste, es decir, si ya se encontraba prostituido anteriormente.

⁷⁴ STS nº 761/2008 de 13 de Noviembre, RJ 2008/7132, FJ 4 establece que *“además de ser la edad el elemento decisivo para la configuración del tipo... el ofrecimiento de dinero a esa edad tan temprana por una persona mayor de edad, puede considerarse influyente para la determinación del menor en la realización del acto de prostitución que se le solicita”*

⁷⁵ STS nº 1263/2006 de 22 de Diciembre, RJ 2006/9684, FJ 3.

⁷⁶ RODRIGUEZ MESA, M^a José, *“El Código Penal y la Explotación Sexual Comercial Infantil”*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXII (2012), p. 221, <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/898/867>

⁷⁷ Reformado por la LO 5/2010, 22 de junio (BOE nº 152 de 23 de Junio), <http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>

⁷⁸ CUGAT MAURI, Miriam, *“La adaptación de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores a la Decisión Marco 2004/68/JAI”*, en AAVV, Comentarios a la Reforma Penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.238.

⁷⁹ Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003. <http://www.boe.es/doue/2004/013/L00044-00048.pdf>

Es necesario señalar que esta reciente incriminación de la figura del cliente es bastante amplia ya que castiga además de a quien solicita y obtiene una relación sexual con menores o incapaces, también castiga a quien acepte una relación sexual a cambio de una contraprestación teniendo constancia de que su cliente es menor o incapaz.⁸⁰

El hecho de que se castigue de igual forma el solicitar, aceptar y el obtener la relación sexual, parece desproporcionado y por tanto contrario al principio de proporcionalidad, ya que parece lógico que haya de castigarse con más pena al que obtiene finalmente la relación sexual que al que simplemente la acepta o solicita.

Por otro lado, es interesante señalar que aparece por primera vez en la regulación de este tipo de delitos la referencia a la remuneración o la promesa a cambio de relación sexual, la cual debe ser entendida como una contraprestación de carácter económico, es decir, evaluable en dinero, y en el caso de que se trate de pago en especie da igual que la contraprestación sea "*res extra commercium*". En este sentido podríamos señalar un caso, del periódico El País⁸¹, en el que unas jóvenes eran empujadas a mantener relaciones sexuales a cambio de drogas, de modo que un grupo de adolescentes llevaban a cabo actividades de prostitución a cambio de dinero o de estupefacientes, produciéndose finalmente la trágica muerte de una de las jóvenes por sobredosis. También podríamos señalar la sentencia STS de 13 de noviembre de 2008⁸², en la cual dos menores practicaban relaciones sexuales con el dueño de una tienda a cambio de recargas de móviles.

Además es importante señalar que habrán de excluirse las promesas de tipo sentimental o afectivo, como podrían ser las promesas de matrimonio, una promesa para ser modelo, etc.

Por último, resulta de gran relevancia que se tenga constancia de que la remuneración al ir referida a la relación sexual y no a la prostitución en sí misma, a efectos de lo que se considera el delito, lo único que habría que probarse es esa relación de causalidad entre remuneración o promesa y relación sexual, resultando indiferente que con ello se inicie o no al menor en la actividad de la prostitución.⁸³

⁸⁰ SAINZ-CANTERO CAPPAROS, José Eduardo, "*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Acoso sexual. Exhibicionismo y provocación sexual. Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores. Disposiciones comunes a los delitos anteriores*", en AAVV, Sistema de Derecho penal Español Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2011, p.275.

⁸¹ ANDREU MANRESA, "*59 años de cárcel para siete acusados de inducir a la prostitución a menores*", Periódico El País, 2014. http://politica.elpais.com/politica/2014/02/18/actualidad/1392753231_078253.html

⁸² STS nº 761/2008 de 13 de Noviembre, RJ 2008/7132.

⁸³ RODRIGUEZ MESA, M^a José, "*El Código Penal y la Explotación Sexual Comercial Infantil*", Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXII (2012), p. 222, <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/898/867>

En segundo lugar, podemos apreciar como tercera conducta típica la señalada en el artículo 187.2 del Código Penal⁸⁴, en el cual se ven aumentadas las penas, al pasar está a ser ahora de una pena de prisión de cuatro a seis años, cuando las *conductas del apartado 1 del presente artículo se realicen siendo la víctima menor de 13 años*.

Debido al especial trato que se ha dado desde la reforma de 2010 a este grupo de menores, parece lógico que se haya producido esta agravación sobre el tipo, aumentándose las penas.⁸⁵

En dicho supuesto, es decir, en el caso de los menores sin edad de consentimiento sexual, siendo en España de 13 años, recordando que es una de las más bajas del mundo, se plantea algún problema aplicativo nada desdeñable, ya que al recaer éste sobre la edad en la cual se convierte en intangible al menor, puede dar lugar a otro hecho que también es constitutivo de delito: este sería, el reciente delito de abuso o agresión sexual a los menores de esta edad, es decir, de 13 años.⁸⁶

Ahora bien, el problema aplicativo que se plantea cuando hablamos de menores por debajo de la edad de consentimiento sexual, lo veremos cuando estudiemos posteriormente los problemas concursales que se pueden apreciar respecto a estas figuras delictivas.

En tercer lugar, nos encontramos con aquella conducta consistente en la realización de los hechos anteriormente descritos en el artículo 187.1 del Código Penal, *por una persona que se aprovecha de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público*,⁸⁷ la cual aparece tipificada en el artículo 187.3 del Código.

De modo que, cuando dichos sujetos activos lleven a cabo tal conducta típica incurrirán en la pena de prisión anteriormente indicada en el artículo 187.1 (de uno a cuatro años) en su mitad superior, además de la correspondiente inhabilitación absoluta de seis a doce años. Así, se trata de un subtipo agravado con respecto al tipo básico contemplado en el artículo 187.1 del Código Penal.

⁸⁴ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

⁸⁵ SAINZ-CANTERO CAPPAROS, José Eduardo, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Acoso sexual. Exhibicionismo y provocación sexual. Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores. Disposiciones comunes a los delitos anteriores*”, en AAVV, Sistema de Derecho penal Español Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2011, p.275.

⁸⁶ TAMARIT SUMALLA, Josep, “*Comentario al artículo 187 CP*”, en AAVV, Comentarios al Código Penal Español, Tomo I, Artículos 1 a 233, Pamplona, 2011, p. 1210.

⁸⁷ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Además, es importante destacar que se entiende por cada uno de los sujetos activos a los que hace referencia el precepto, debiendo considerarse por cada uno de ellos lo siguiente:

- Autoridad: “*Se considerara al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia*” ello según el artículo 24.1 del Código Penal.⁸⁸

- Agente de la misma: Según la LO 2/86 de 13 de marzo, “*a todos los efectos legales tendrá el carácter de Agente de la Autoridad, en el ejercicio de sus funciones, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*”⁸⁹

En realidad, no existe una definición legal para definir dicha figura, de modo que ante tal ausencia ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo la encargada de esta función. De modo que es la sentencia de 28 de enero de 1982⁹⁰ la que define esta figura como: “*las personas encargadas de cumplir y ejecutar los dictados y ordenes de las autoridades*”

- Funcionario público: En atención al artículo 24.2 del Código Penal⁹¹, debemos de entender por tal: “*todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas*”

Pues bien, una vez expuesto que ha de entenderse por cada una de las figuras que aparecen en el precepto, es importante señalar que esta agravación es debida a que dichos sujetos activos al prevalerse de su condición pueden crear una cierta confianza en los menores o incapaces, con mayor facilidad que cualquier persona, aprovechándose éstos de dicha condición para iniciarlos o atraerlos más fácilmente al ejercicio de la prostitución.

En este sentido, podemos señalar la sentencia de 28 de Julio de 2005⁹², en la cual un Policía Local aprovechándose de su condición de agente de la autoridad, ofrecía dinero a menores de edad para llevar a cabo actos sexuales con éstos, siendo condenado finalmente a cuatro delitos de corrupción de menores.

⁸⁸ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

⁸⁹ Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. <http://www.boe.es/boe/dias/1986/03/14/pdfs/A09604-09616.pdf>

⁹⁰ STS de 28 de enero de 1982, RJ 1982/166.

⁹¹ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

⁹² STS nº 992/2005 de 28 de julio, RJ 2005/5636.

En cuarto lugar, podemos señalar como conducta típica la que nos encontramos en el apartado 4 del artículo 187 del Código Penal⁹³, que es aquella que se da cuando “*el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, dedicándose a la realización de tales actividades*”.

Con respecto a la pena correspondiente de este tipo agravado, es preciso indicar que se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores. Según MORALES PRATS y GARCIA ALBERO⁹⁴ dicha elevación de la pena se debe, es decir, se encuentra fundamentada en “*la superior capacidad de agresión al bien jurídico tutelado por la norma, por la posibilidad de supervivencia del propósito criminal que la organización representa*”.

Por otro lado, vemos de gran importancia determinar lo que se entiende por cada una de las figuras establecidas en el precepto, de modo que:

- Organización criminal: Según el artículo 570 bis apartado 1 párrafo segundo del Código Penal⁹⁵, se entiende como, “*la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que de manera concertada y coordinada se repartan distintas tareas y funciones con el objetivo de cometer delitos, así como la perpetración reiterada de faltas*”

Según la circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado⁹⁶, “*tal estructura organizada presenta una mayor peligrosidad que la que podría suponer la conducta de una persona que actúa individualmente o de forma conjunta pero no coordinada, ya que al producirse el reparto de tareas aseguran una mayor eficacia y una mayor posibilidad de lograr la impunidad*”.

- Asociación: se ha de entender como “*el resultado de la unión de una pluralidad de personas, dotada de una entidad independiente de sus miembros, con un esbozo de*

⁹³ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

⁹⁴ MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón “*De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores*”, en AAVV, Comentarios al Código Penal Español Tomo I (Art. 1 a 233), 6ª edición, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1212.

⁹⁵ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

⁹⁶ CIRCULAR 2/2011, “*De la Fiscalía General del Estado sobre la Reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/ 2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales*”, Fiscalía General del Estado, 2011, p. 9, <http://www.elguardia.com/descargas/circular2-2011-fiscalia-organizaciones-grupos-criminales.pdf>

organización, jerarquía y división del trabajo, y dirigido al logro de un fin delictivo”⁹⁷, esta aparece contenida en el artículo 515.1 del Código Penal.⁹⁸

De esta manera lo entiende la jurisprudencia del Tribunal Supremo al señalar en su STS de 23 de marzo de 2005⁹⁹, que *“la asociación ilícita necesita las siguientes exigencias: la unión de varias personas para la comisión de unos fines determinados; existencia de organización más o menos compleja en atención a la actividad prevista; permanencia en el sentido de que se tiene que tratar de un acuerdo que sea duradero en el tiempo y, por último, que el fin de la asociación ha de ser delictiva...”*

En definitiva, organización y asociación no son conceptos que coincidan, ahora bien, entendiéndose en el sentido que el precepto les da, se podrían definir como un grupo de personas que de acuerdo entre sí, de manera ordenada y durante algún tiempo llevan a cabo actividades con el fin de favorecer a menores o incapaces a ejercer la prostitución.

2.2.2 Aspecto subjetivo

Desde el punto de vista subjetivo, resulta y es incuestionable que los comportamientos han de ser evidentemente dolosos, en cuanto a lo que se refiere al elemento subjetivo del injusto, tal y como señala SAINZ CANTERO¹⁰⁰ no se estima que sea necesario la apreciación de ninguno, aunque en la práctica lo más habitual será el ánimo de lucro.

El comportamiento doloso, al que anteriormente hacíamos alusión, se compone del conocimiento y la voluntad del sujeto activo, de llevar a cabo la situación objetiva descrita anteriormente por el tipo de injusto sabiendo que se trata de una persona menor de edad o incapaz.

Es decir, se trata de un delito doloso que requiere que el sujeto activo actúe induciendo, favoreciendo, promoviendo, solicitando, etc., sabiendo que se encuentra ante una persona menor de edad o incapaz.

⁹⁷ GONZALEZ RUS, Juan José, *“Criminalidad organizada en el Código Penal Español. Propuestas de reforma”*, en Anales de Derecho, N° 30, 2012, p.25, <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/29409/1/criminalidadorganizada.pdf>

⁹⁸ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

⁹⁹ STS n° 415/2005 de 23 de marzo, RJ 2005/6506, FJ 9

¹⁰⁰ SAINZ-CANTERO CAPPAROS, José Eduardo, *“Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Acoso sexual. Exhibicionismo y provocación sexual. Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores. Disposiciones comunes a los delitos anteriores”*, en AAVV, Sistema de Derecho penal Español Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2011, p. 275.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que la asentada doctrina jurisprudencial ha admitido la comisión del presente delito con dolo eventual¹⁰¹, cuando nos encontramos con supuestos de error vencible, es decir, cuando el sujeto activo lleva a cabo tales conductas asumiendo el riesgo de que pueda tratarse de una persona menor de edad o en estado de incapacidad.

En este sentido podríamos señalar la STS de 9 de diciembre de 1999¹⁰², la cual estima el delito con dolo eventual al señalar ésta *“que no se podía excluir el dolo eventual al poderse afirmar el conocimiento y consciencia del alto grado de probabilidad de que se tratasen de personas menores de edad y a pesar de ello llevo a cabo las conductas delictivas”*

Por otro lado, cuando el sujeto activo comete el “error sobre el tipo” en atención a la edad o a la situación de incapacidad, será preciso que lo pruebe, ya que este conocimiento puede, en algunos casos, deducirse de indicadores externos como puede ser su aspecto físico, el lugar en que se está ejerciendo la prostitución, etc., de modo que habrá de probar cualquier causa de irresponsabilidad. En este sentido la STS de 14 de mayo de 1997, señala: *“que en el caso de alegarse la existencia de este error (desconocimiento de la edad), no será suficiente con la mera alegación, debiéndose probar tal error como cualquier otra causa de irresponsabilidad, debiendo ser acreditado por quien hace tal alegación”*¹⁰³

Con respecto a la posible comisión del delito a título de imprudencia, que se prevé en el artículo 12 del Código Penal, es preciso señalar que no está prevista su punibilidad, de modo que sería el error del sujeto activo, al que anteriormente hacíamos alusión, el que determinaría la irrelevancia penal del hecho.¹⁰⁴

2.2.3 Formas de aparición del delito

CONSUMACION Y TENTATIVA

En primer lugar, nos encontramos ante un delito en que lo relevante para que pueda imputarse su incriminación no es la prostitución en el acto, sino la contemplada desde una perspectiva de futuro, es decir, el hecho de que el sujeto activo del delito despierte en el menor

¹⁰¹ ORTS BERENGUER, Enrique, *“Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”*, en AAVV, Derecho Penal Parte Especial, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.290, *“es decir, cuando una persona facilita, favorece, promueve, etc., la prostitución de otra persona menor de edad o incapaz, si saber que lo es, pero tampoco se preocupa en averiguarlo, prefiriendo correr ese riesgo antes de perder el lucro que estos sujetos pasivos podrían hacerle ganar”*

¹⁰² STS nº 1743/1999 de 9 de diciembre, RJ 1999/8578, FJ 3.

¹⁰³ STS nº 947/ 1997 de 14 de mayo, RJ 1997/4077, FJ 3.

¹⁰⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal Parte Especial, 19ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 240.

la idea, aunque sea posteriormente, de dedicarse a la prostitución para iniciarse o mantenerse en ésta, de esta forma también lo entiende la anterior sentencia mencionada de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de julio de 2010.¹⁰⁵

Es por ello, por lo que se considera como un delito de mera actividad, ya que aunque el sujeto activo con su comportamiento, pretenda la consecución de un determinado resultado, los verbos típicos que se aprecian en el precepto agotan su entidad aunque éste no llegue efectivamente alcanzarse, de modo que su contenido de injusto es independiente a lo querido por el sujeto activo, no exigiéndose por tanto un resultado separable a la acción de inducir, favorecer, facilitar o promover, a diferencia del delito del artículo 188 del Código Penal, en este sentido lo entiende la STS de 21 de mayo de 2010.¹⁰⁶

De manera que, según la sentencia anterior, es posible apreciar este delito aunque el menor no haya tenido finalmente relaciones sexuales y no haya llegado a prostituirse, no consiguiendo el sujeto activo su objetivo. Tampoco es necesario que la personalidad del menor se haya visto perjudicada, de modo que para su apreciación será suficiente con el peligro o riesgo de que pudiera haberse producido o pudiera subseguir tal resultado.

Por último, es preciso señalar que jurisprudencialmente se descarta la posibilidad de que exista tentativa al estarse ante una infracción de mera actividad, ya que tal como hemos expuesto anteriormente, es posible la apreciación de este delito aunque no se consiga el resultado querido por el sujeto activo, ya que los verbos típicos del precepto agotan su entidad aunque la consecución del resultado no consiga ser alcanzado.

AUTORIA Y PARTICIPACION

Las conductas descritas en el artículo 187 del Código establecen que tengan la consideración de autoría esas conductas que en relación con otros tipos penales solo serían formas accesorias de participación, ya que asemeja a la condición de autor conductas que en sentido técnico podrían considerarse de mera complicidad o de simple encubrimiento, asimilando el simple facilitar al propio inducir.¹⁰⁷

¹⁰⁵ SAP de Zaragoza (Sección 3), nº 192/2010 de 30 de Julio, JUR 2010/335631, FJ 3.

¹⁰⁶ STS nº 5/2010 de 21 de mayo, RJ 2010/ 2684, FJ 1.

¹⁰⁷ MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón “*De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores*”, en AAVV, Comentarios al Código Penal Español Tomo I (Art. 1 a 233), 6ª edición, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1207.

Y es que, los términos promover, favorecer o facilitar, dificultan enormemente el hecho de que se pueda apreciar formulas menores de participación, como puede ser la complicidad, o de ejecución, como sería la tentativa.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto cuando estudiábamos la modalidad típica del artículo 187, es preciso señalar, que con respecto al citado precepto, cuando se hace referencia a la inducción deberemos acudir a la teoría general contenida en el artículo 28 A) del Código Penal, que se producirá cuando se haga surgir en el menor la decisión de llevar a cabo la prostitución. Y, por otro lado, será necesario tener en cuenta el término de cooperación en sentido técnico, es decir, el concepto de cooperación necesaria y de complicidad contenidos en los articulo 28 B) y 29 del Código, cuando se haga referencia a los demás verbos rectores del tipo, los cuales aumentarán la probabilidad de que dicha persona termine ejerciendo la prostitución .

Debido a la extensión de la descripción legal debe establecerse que se trata de una discutida concesión al concepto unitario de autor. La consecuencia es, como hemos dicho anteriormente, que se excluyen las conductas de participación en el delito dejando sin juego las normas de codelincuencia que no sean las de autoría en sentido estricto.¹⁰⁸

2.2.4 Clausula concursal

En el apartado 5 del artículo 187 del Código Penal¹⁰⁹, nos vamos a encontrar con la reciente introducción de una cláusula penológica consistente en la aplicación conjunta de las penas que en el presente precepto nos encontramos junto con *las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores o incapaces.*

Haciendo referencia al problema aplicativo al que anteriormente nos referíamos cuando hablamos de menores por debajo de la edad de consentimiento sexual, es decir, menores de 13 años, tenemos que recordar que hacíamos alusión a la existencia de unos problemas de orden concursal, ya que como anteriormente señalábamos: *“al articularse éste sobre la edad en que convierte en intangible al menor, podía dar lugar a otro hecho constitutivo de delito, éste era el delito de abuso o agresión sexual a menores de esta edad”*¹¹⁰ siendo necesario realizar las siguiente precisiones ante tal circunstancia:

¹⁰⁸ GOMEZ TOMILLO, Manuel, “Derecho penal sexual y Reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal”, en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Nº 7, 2005, p. 20 <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-04.pdf>

¹⁰⁹ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

¹¹⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep, “Comentario al artículo 187 CP”, en AAVV, Comentarios al Código Penal Español, Tomo I, Artículos 1 a 233, Pamplona, 2011, p. 1210.

- Se calificara exclusivamente como delito de abuso o agresión sexual, la conducta que consista únicamente en la solicitud, aceptación u obtención de una relación sexual a cambio de remuneración, siempre que se llegue a tener esa relación sexual. Y solo cuando la conducta del cliente pueda considerarse como una conducta de iniciación o mantenimiento en la prostitución, podrá apreciarse el concurso ideal de delitos.

- Si en cambio, consistiese en la conducta de inducir, favorecer o facilitar la prostitución, estaríamos ante un concurso de delitos entre un delito de prostitución y tantos delitos de abuso o agresión como se hayan producido durante este régimen de inducción, cooperación necesaria o complicidad al que se encuentra sometido el menor o incapaz.¹¹¹ Ello siempre que el inductor no utilice también los servicios del menor, ya que sino incurriría en un delito de abuso sexual como autor material del delito.

Es importante destacar que cuando el favorecimiento tiene por objeto la prostitución de varios menores o incapaces dará lugar a la existencia de un concurso real.¹¹²

Es preciso recordar que la pena prevista para el delito de prostitución es de cuatro a seis años, mientras que la asignada para el delito de abusos sexuales a los menores de 13 años, será de ocho a doce años, siempre que no medie intimidación o violencia.

De modo que, ante esta situación es la solución anteriormente expuesta la que da sentido a este salto penológico que media entre las penas correspondientes a cada uno de estos delitos. Aunque es frecuente apreciar en la práctica un problema, consistente en que el supuesto observado en el artículo 187.2, al que hacíamos referencia anteriormente, siempre es castigado con más pena que la que le corresponde, ya que siempre se darán los supuestos apreciados en el delito de abuso sexual del artículo 183 del Código Penal¹¹³.

Aunque en la práctica nos podamos tropezar con dicho problema, esta “solución” parece más acertada que aquella que opta por privilegiar el delito de abusos sexuales a menores por el simple hecho de que medie remuneración, castigándose con una pena de cuatro a seis años en caso de que medie remuneración, y de dos a seis años cuando no medie esta circunstancia.

De manera que, por lo demás dicha interpretación resulta coherente con la reciente clausula concursal y esta nueva agravación explicada por esta regla concursal ha sido calificada como positiva.

¹¹¹ RAMON RIBAS, Eduardo, “*La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en AAVV, Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 868.

¹¹² ORTS BERENGUER, Enrique, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en AAVV, Derecho Penal Parte Especial, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 288-289.

¹¹³ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Por último, señalar que según la STS 17 abril de 2000¹¹⁴, y de esta manera también lo reconoce ORTS BERENGUER¹¹⁵, “*las personas que lleven a cabo la prostitución de este tipo de sujetos pasivos (menores o incapaces) no incurrirá en tantos delitos como relaciones sexuales retribuidas haya tenido ese menor o incapaz (concurso real), ni tendrá lugar un delito continuado, sino que los distintos actos integran una conducta favorecedora o facilitadora de la prostitución que ha de ser calificada como un único delito*”

2.3 Delito de determinación a la prostitución mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de necesidad, superioridad o vulnerabilidad

2.3.1 Conductas típicas

Tal y como señalamos anteriormente, en el artículo 188 del Código Penal nos encontramos con los delitos relativos a la prostitución de personas mayores de edad, con algunas salvedades que se refieren a algún supuesto de personas menores de edad. Ahora vamos a proceder a señalar las distintas conductas típicas que se encuadran dentro del citado precepto.

Así, en primer lugar, es importante señalar que dos son las conductas típicas que contiene alternativamente el artículo 188 del Código Penal¹¹⁶ en su apartado primero.

A) Por un lado, nos encontramos con la primera de las conductas, consistente en “*la determinación, mediante el empleo de violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad, de una persona mayor de edad al ejercicio de la prostitución o al mantenimiento en la misma*”

La pena correspondiente, para la persona que cometa la conducta típica señalada será de *prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses*.

Así, la presente conducta típica ofrece dos posibilidades: la primera, consistente en determinar a una persona mayor de edad a prostituirse, tanto con respecto de quien nunca ha ejercido tal actividad como de quien la practicado alguna vez pero que ya abandonado tal “profesión”; y la segunda, determinar a la persona que está practicado tal actividad, para evitar que abandone su ejercicio, obligándola a mantenerse en ella de modo coactivo.¹¹⁷

¹¹⁴ STS nº 724/2000 de 17 de abril, RJ 2000/3297, FJ 5.

¹¹⁵ ORTS BERENGUER, Enrique, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en AAVV, Derecho Penal Parte Especial, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 290.

¹¹⁶ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

¹¹⁷ CIRCULAR 5/2011, “*Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*”, en Fiscalía General del Estado, 2011, p. 57, <http://www.sip-an.es/descargas/legislacion/penal/penal20.pdf>

En este sentido, podríamos señalar la sentencia de 19 de mayo de 2010¹¹⁸, en la cual varias chicas, se encontraban obligadas a ejercer la prostitución en distintos locales careciendo éstas de regulación laboral y sin disponer de dinero para sus gastos propios, igualmente se encontraban obligadas a mantenerse en dicha actividad hasta que pudieran pagar las deudas que debían por los supuestos gastos ocasionados por el traslado, así como por los gastos de alojamiento y manutención diaria.

La conducta típica, viene definida por el verbo “determinar”, que se considera el verbo rector del tipo, y que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹¹⁹, debe entenderse por tal, “*hacer tomar una resolución*”, de modo que no se trata de un simple intentar. Es por ello, que hasta que la persona a la que se dirige tal determinación, no toma dicha resolución (que al fin y al cabo se le está imponiendo) no llega a perfeccionarse esa acción de determinación. Ello no significa, porque no lo exige el contenido del precepto, que el sujeto pasivo al que se le impone tal resolución haya llegado efectivamente a tener relaciones sexuales a cambio de precio, ya que es suficiente, y así lo considera la STS de 17 de junio de 2008¹²⁰, “*con que la persona se encontrara en una situación clara de necesidad provocada por haberla colocado en tal situación el sujeto activo, teniendo que dedicarse a dicha actividad para poder subsistir*”.

Con respecto a los medios comisivos a los que el precepto hace alusión, es preciso señalar que se ha dado a estas situaciones una idéntica valoración jurídica cuando en realidad no se parecen en nada. Así, vemos apropiado establecer que ha de entenderse por cada una de estas conductas de determinación.

De modo que, haciendo referencia a cada uno de los distintos medios, en primer lugar es preciso señalar, la situación de cuando nos encontramos con que la imposición se lleva a cabo mediante violencia e intimidación, estas dos formas suelen aparecer normalmente de forma conjunta al igual que sucede en el caso de las agresiones sexuales.

Con respecto a la intimidación, la jurisprudencia ha entendido que ésta existe no solo cuando a una persona se le amenaza con hacerle o causarle un mal, sino que también existe este medio en lo que respecta al comportamiento del sujeto, al tratarse normalmente de personas que se encuentran en una situación difícil, ya que normalmente se trata de mujeres extranjeras que vienen a España con la esperanza o la promesa de un contrato de trabajo, que en realidad

¹¹⁸ STS nº 461/2010 de 19 de mayo, RJ 2010/5820

¹¹⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española 22ª ed. [S.l.]: RAE, 2001.
<http://lema.rae.es/drae/?val=determinar>.

¹²⁰ STS nº 350/2008 de 17 de junio, RJ 2008/3375, FJ 2.

no existe, de modo que para pagar las deudas que supuestamente les han generado traerlas hasta el país, así como los gastos de mantenimiento y alojamiento durante este tiempo, acaban llevando a cabo el ejercicio de la prostitución para así poder sobrevivir. En este sentido me remito a la anterior sentencia señalada de 19 de mayo de 2010¹²¹, al igual que veo de gran importancia señalar otra, en la cual se dan estos mismos hechos expuestos, la cual se trata de la SAP de Guadalajara de 9 de abril de 2001.¹²²

Por otro lado, la jurisprudencia entiende que no solo la amenaza a una persona para que se prostituya constituye una forma de intimidación, considerándose que también puede existir intimidación en aquellas situaciones en las cuales se les retira o se les retiene el pasaporte a las extranjeras, así como realizar un control absoluto sobre donde se encuentran en cada momento, acompañándolas a cualquier lugar, etc.¹²³ En este sentido señalamos la STS 17 de septiembre de 2001¹²⁴, en la cual se les retiró el pasaporte a la muchachas extranjeras, siendo estas amenazadas con causarles graves daños físicos a ellas o a su familia, si no llevaban a cabo el ejercicio de la prostitución, además de encontrarse controladas por los acusados en todo momento. En esta misma línea también es importante conocer la STS de 15 de febrero de 1999¹²⁵, en la cual nos encontramos con unos hechos muy semejantes.

Otra forma de determinación que merece una especial atención es el engaño, que se trata de una de las fórmulas más frecuentes para atraer a la víctima al ejercicio de la prostitución. Normalmente se trata, como antes hemos comentado, del ofrecimiento de un contrato de trabajo que va a desempeñar en España, tratándose éste de un engaño inicial que normalmente suelen mantener mediante el requerimiento, una vez en España, de la devolución de los gastos ocasionados por el traslado, así como otras cantidades de dinero por alojamiento y manutención, consiguiendo dichas cantidades a través de la prostitución. En este sentido podemos señalar la STS de 30 de mayo de 2002¹²⁶

¹²¹ STS nº 461/2010 de 19 de mayo, RJ 2010/5820.

¹²² SAP de Guadalajara nº 25/2001 de 9 de abril, ARP 2001/378.

¹²³ ORTS BERENGUER, Enrique, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en AAVV, Derecho Penal Parte Especial, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.293.

¹²⁴ STS nº 1588/2001 de 17 de septiembre, RJ 2001/9014, FJ 5.

¹²⁵ STS nº 184/1999 de 15 de febrero, RJ 1999/1168, FJ 1: “*por actuar coactivamente, ha de entenderse tanto la retención del pasaporte que realizaba el recurrente, así como el empleo de vías de hecho que se trataría del control de cada uno de los servicios que llevaban a cabo las mujeres indicadas. La vigilancia de sus salidas, así como las amenazas de sancionarlas económicamente si ponían alguna excusa para no prostituirse*”.

¹²⁶ STS auto de 30 de mayo de 2002, JUR 2002/205415, FJ 2.

Con respecto al engaño, es preciso señalar que éste plantea algunos problemas con respecto a otros tipos delictivos como puede ser el tipo previsto en el artículo 318 bis CP o el tipo delictivo de estafa.¹²⁷

Por otro lado, cuando se habla en el precepto de abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad, se ha de entender por tal como un supuesto en el que ambas partes no se encuentra al mismo nivel, encontrándose una de ellas en una situación de inferioridad, no teniendo ésta capacidad de decisión libre, aprovechándose la otra parte de su situación de superioridad que puede ser laboral, económica, familiar, de edad, etc. Sin embargo, lo que determina que estemos ante un comportamiento coactivo es precisamente la situación de inferioridad de la víctima y la de superioridad de la otra parte, ya que condicionaría la libertad de decisión de la víctima, convirtiéndose en abusivo debido al conocimiento que el autor tiene sobre la necesidad o inferioridad de la víctima.

En este sentido podemos considerar como una situación de abuso de vulnerabilidad o necesidad la STS de 3 de febrero de 1999¹²⁸, en la que los acusados aprovechándose de la temprana edad de la víctima, así como de las costumbres españolas, de su desconocimiento del idioma y de su situación ilegal, éstos se negaron a darle los beneficios que la chica había generado mediante su ejercicio en la prostitución, así como a obligarla a seguir ejerciéndola, bajo el control de los acusados y lucrándose éstos por su actividad.

De modo que, los acusados actúan a través del conocimiento de que la víctima se encuentra en una situación de necesidad, y teniendo conciencia y voluntad de que están abusando de su situación de necesidad, vulnerabilidad o de la relación de superioridad.¹²⁹

En fin, las conductas de determinación consisten en que a través de los medios comisivos que acabamos de exponer, se lleva a la prostitución a una o varias personas, de forma que limita la libertad de decisión de ésta o éstas o se aprovechan de su necesidad para tener que ejercerla.

Por otro lado, resulta de gran interés señalar que ha resultado y resulta criticable que se haya señalado una misma pena para todas las conductas, cualquiera que sea el medio comisivo utilizado, considerándose esto inapropiado, ya que en realidad tendría una menor lesividad la

¹²⁷ LAMARCA PEREZ, Carmen, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en AAVV, Derecho Penal Parte Especial, 5ª edición, Colex, Madrid, 2010, pp. 170-171.

¹²⁸ STS nº 161/1999 de 3 de febrero, RJ 1999/ 216.

¹²⁹ ENCICLOPEDIA JURIDICA, “*Prostitución delitos relativos a*”, edición 2014. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/prostitucion-delitos-relativos-a/prostitucion-delitos-relativos-a.htm>

determinación de una persona para que ejerza la prostitución mediante engaños que cuando se emplea para esa determinación violencia o intimidación.

Con respecto al beneficio económico, que es el factor por el cual normalmente se lleva a cabo dicha determinación, es necesario señalar que no se considera imprescindible que la persona que lleva a cabo la determinación de forma coactiva se lucre por ello, sino que es suficiente que actué con conciencia y voluntad, como hemos dicho anteriormente, siendo indiferente que el beneficio generado por dicha actividad tenga otro destino distinto.¹³⁰

Por último, a diferencia de la prostitución de menores, en la prostitución de personas mayores de edad, la tercería locativa y la prostitución localista no se encuentran criminalizadas, salvo que junto a estas se realicen actos de cooperación. Así, la STS de 18 de marzo de 1997¹³¹ señalaba que *“cuando se trata de personas mayores de edad, en la tercería locativa solo permanecerá tipificada la conducta de quien lleve a cabo la determinación, de forma coactiva, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad, de una persona mayor de edad para que ejerza o se mantenga en la prostitución”*.

De este modo, podemos señalar la STS de 5 de octubre de 1998¹³², en la cual *“los acusados facilitaban su local para que pudieran continuar el ejercicio de prostitución coactiva”* produciéndose de esta manera actos de cooperación necesaria. Por lo que para poder incriminar al titular del local o a su arrendatario será necesario que se pruebe que éste tenía conocimiento de que la prostitución se estaba llevando a cabo de forma coactiva por otras personas o por ser el mismo, el que obligaba coactivamente a ejercer la prostitución, ya que aunque exista beneficio económico, no se considera delito el hecho de cooperar o proteger la prostitución de una persona mayor de edad, y así lo entiende la STS 29 de Noviembre de 2004.¹³³

B) Por otro lado, nos encontramos con la segunda de las conductas típicas encuadrada en el artículo 188.1 del Código Penal, la cual establece que: *“Incurrirá en la misma pena el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”*¹³⁴

¹³⁰ ORTS BERENGUER, Enrique, *“Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”*, en AAVV, Derecho Penal Parte Especial, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.294.

¹³¹ STS de 18 de marzo de 1997, RJ 1997/1732, FJ único.

¹³² STS nº 263/1998 de 5 de octubre, RJ 1998/ 6858, FJ 18.

¹³³ STS nº 1367/2004 de 23 de noviembre, RJ 2005/23, FJ 16.

¹³⁴ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Esta reciente incorporación, que castiga el lucro de una persona por la prostitución ajena que otra persona consiente, ha provocado relevantes problemas aplicativos e interpretativos, así como alguno de compatibilidad con el “Derecho penal de acto”, en este sentido lo entiende MUÑOZ CONDE, *“al parecer que con éste se quiere castigar, más que hechos específicos y concretos, una forma de vida o a un tipo de autor, que en este caso se trataría del proxeneta”*.¹³⁵

Por otro lado, haciendo referencia a la “*explotación*” que anteriormente hacíamos alusión al hablar de la reforma de 2003, es importante señalar que el presente término sufre de una gran indefinición. Y es que ha de ser acudiendo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹³⁶, donde vamos a encontrar lo que ha de entenderse por el término “*explotar*”, debiendo comprenderse por tal: “*Sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio*” o “*Utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera*”.

De esta manera, “*explotación no puede ser entendida como todo lucro económico que se deriva del ejercicio de la prostitución de otra persona*”, y en este sentido lo establece QUINTERO OLIVARES.¹³⁷

Por otro lado, es preciso señalar que de la literalidad del precepto es posible apreciar que se está incriminando la explotación de la prostitución incluso cuando ésta es libremente ejercida y aceptada, y así es posible entenderlo cuando el precepto señala “*...aun con el consentimiento de la misma*”. Pero en realidad, existen importantes manifestaciones que se muestran totalmente contrarias a que el concepto de explotación al que hace referencia el presente precepto, castigue cualquier conducta que tenga que ver con la prostitución ajena llevada a cabo de forma independiente y libremente, desarrollada sin ningún tipo de relación de dependencia o sometimiento a la persona que también está obteniendo un lucro de dicho ejercicio.

Es por ello, que se ha de realizar una interpretación restrictiva del tipo, debiendo incluirse en ésta únicamente la que obtiene dicho provecho de forma abusiva, con el fin de evitar que el precepto se aplique a determinadas conductas que en realidad no suponen para el

¹³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal Parte Especial, 19ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 248.

¹³⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española 22ª ed. [S.l.]: RAE, 2001.
<http://lema.rae.es/drae/?val=explotar>

¹³⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “*Delitos contra la libertad sexual: situación actual y perspectivas de futuro*”, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado, 2013, p. 9, http://www.fiscal.es/Documentos/Ponencias-formaci%C3%B3n-continuada-2013/Los-delitos-contra-la-libertad-sexual.html?cid=1247141585574&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_pintarDocumentos

bien jurídico carga lesiva alguna, y de esta manera evitar igualmente que éste se considere contrario al principio de prohibición de exceso.¹³⁸

De este modo, se ha entendido que del citado precepto se ha de exigir algo más que el mero lucro que se obtiene a través de la prostitución ajena (la tercería locativa y el proxenetismo) cuando se pretende hablar de explotación, exigiéndose por tanto, un *plus de lesividad*¹³⁹, como es la obtención de dicho provecho de forma abusiva.

Ahora bien, por otro lado, una parte de la doctrina minoritaria considera totalmente imposible que se entienda el precepto de forma restrictiva.

Entre aquellos que están a favor de llevar a cabo una interpretación restrictiva del precepto podríamos señalar a GARCIA PEREZ¹⁴⁰, el cual entiende que se debería limitar la aplicación del precepto a aquellos comportamientos que se aprovechen de la situación de necesidad, vulnerabilidad que ha padecido la víctima (además de las formas abusivas, establecidas en el inciso primero del precepto). Es decir, cuando la persona que determina a la prostitución y la persona que la explota no es la misma, aprovechándose ésta última de la determinación realizada por la primera persona para aprovecharse de la situación que padece la víctima y de esta manera lucrarse en su beneficio. Y es que, aunque en este momento el consentimiento se dé de forma efectiva y carente de vicio, ello no significa que en el momento de la determinación el consentimiento aceptado se hubiera conseguido de igual forma, pudiendo haberlo alcanzado de forma abusiva.

De esta manera también lo entiende GOMEZ TOMILLO, al señalar que *“al inciso al que estamos haciendo referencia, no puede ser diverso a lo contenido en el primer apartado, de modo que aunque no se lleve a cabo directamente la determinación por una persona, la ley también estaría haciendo referencia a los sujetos que se lucran con el ejercicio de la prostitución de otras personas que han sido anteriormente coaccionadas por otras”*¹⁴¹

¹³⁸ ORTS BERENGUER, Enrique, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en AAVV, Derecho Penal Parte Especial, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.294.

¹³⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “*Políticas de criminalización de la prostitución: Análisis crítico de su fundamentación y resultados*”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, Nº 7, 2012, p.132, <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2012-7-2030&dsID=Documento.pdf>

¹⁴⁰ GARCIA PEREZ, Octavia “*Artículos 187-188*”, en AAVV, Comentarios al Código Penal. Parte Especial II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 497 y ss.

¹⁴¹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “*El delito de lucrarse explotando la prostitución ajena*”, en La Ley: Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 2, 2007, p. 1590.

Otra apreciación distinta tiene MAQUEDA ABREU¹⁴², aunque también se encuentra basada en la restricción del concepto de explotación sexual, ya que aproxima dicho término al ámbito laboral, entendiéndolo como una explotación laboral provocada por unas condiciones de trabajo abusivas que se imponen a las víctimas teniendo éstas que admitirlas.

Finalmente, cabría destacar como más relevante, en nuestra opinión, la postura que MORALES PRATS/GARCIA ALBERO, ofrecen al respecto, entendiéndolo éstos “*que aunque el sujeto pasivo del delito dé su consentimiento, la explotación se habrá de limitar, debiendo ésta restringirse a la explotación directa y principal de la prostitución ajena, implicado esto una relación de subordinación entre la persona que se encuentra prostituida y el supuesto empresario, que será quien determine las condiciones de dicha actividad*”¹⁴³

De esta manera, al exigirse dicha relación de subordinación y de dependencia con el empresario, se puede observar cómo quedaría fuera del tipo, no castigándose, la tercería locativa o el simple proxenetismo, es decir, la simple facilitación de locales para que lleven a cabo el ejercicio de la prostitución de manera libre e independiente.

Por el contrario, sí que se encontrarían incriminados, por un lado, el conocido trabajo por servicio, el cual consiste en que el empresario proporciona los apartamentos donde se va a ejercer la prostitución, desarrollando éste un papel de intermediario recibiendo las llamadas y seleccionando a la persona que va a desarrollar la actividad, otorgando así una cierta seguridad y obteniendo por ello una comisión por cada servicio que tenga lugar. Igualmente, quedaría dentro del tipo el trabajo en plaza, el cual consiste en que el empresario fijando todas las condiciones, traslada a la prostituta cada cierto periodo de tiempo (días) a distintos clubes o casas, para desarrollar dicha actividad durante este corto periodo. Y por último, y como es lógico, también se encuentra incriminada la prostitución acuartelada, ya que supone una total relación de subordinación.¹⁴⁴

¹⁴² MAQUEDA ABREU, María Luisa, “*Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual*”; en La Ley, Nº1, 2006, p. 266

¹⁴³ MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón “*De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores*”, en AAVV, Comentarios al Código Penal Español Tomo I (Art. 1 a 233), 6ª edición, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1217.

¹⁴⁴ DAUNIS RODRIGUEZ, Alberto, “*Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas*”, en Revista para el análisis del derecho, Nº 1, 2010, p.23, <http://www.indret.com/pdf/693.pdf>

De esta manera, el Tribunal Supremo ha reconocido en su STS de 22 de abril de 2009, entre otras, esta interpretación restrictiva de la presente modalidad penal, “*con el fin de impedir una interpretación que garantice la quiebra del principio de proporcionalidad*”¹⁴⁵

Por otro lado, es importante señalar que existe escasa jurisprudencia relacionada con la explotación de la prostitución ajena, y es que ello se debe al requerimiento de que el lucro que obtiene el sujeto activo por dicha prostitución ha de ser significativo, es decir, de una cierta entidad.¹⁴⁶

Con respecto a las ganancias que proceden de la prostitución ajena, es conveniente señalar la SAP de Zamora de 23 de junio de 2011, la cual establece que: “*no toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la recibe en autor de un delito castigado con penas de dos a cuatro años de prisión*”¹⁴⁷ En este sentido, podemos señalar también la STS de 3 de julio de 2008.¹⁴⁸

De modo, que se ha confirmado por la jurisprudencia, en concreto podríamos señalar, la STS 15 de febrero de 2010¹⁴⁹, así como otras posteriores, la STS de 3 de julio de 2008¹⁵⁰, anteriormente citada, que para la aplicación de este tipo de modalidad específica es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- En primer lugar, que los rendimientos económicos procedan de la explotación sexual de una persona que se encuentra manteniendo el ejercicio de la prostitución de forma abusiva, porque se haya empleado alguno de los medios comisivos del inciso primero del artículo 188.1. Es decir, que se aprecie además del beneficio patrimonial una de las actuaciones abusivas de las señaladas en dicho artículo.¹⁵¹

- En segundo lugar, que quien se lucra por la explotación de la prostitución ajena conozca que dicha persona se encuentra mantenida en el ejercicio de la prostitución de forma coactiva, es decir, sea consciente de las circunstancias por las cuales se encuentra ejerciendo la prostitución. De modo que, cuando sea la misma persona la que se lucra y la

¹⁴⁵ STS nº 450/2009 de 22 de abril, RJ 2009 /3072, FJ único.

¹⁴⁶ SAINZ-CANTERO CAPPAROS, José Eduardo, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Acoso sexual. Exhibicionismo y provocación sexual. Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores. Disposiciones comunes a los delitos anteriores*”, en AAVV, Sistema de Derecho penal Español Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2011, p.277.

¹⁴⁷ SAP de Zamora (Sección 1) nº 10/2011 de 23 de junio, ARP 2011/1032, FJ 3.

¹⁴⁸ STS nº 445/2008 de 3 de julio, RJ 2008/ 4188, FJ 5.

¹⁴⁹ STS nº 126/ 2010 de 15 de febrero, RJ 2010/ 2350, FJ 4.

¹⁵⁰ STS nº 445/2008 de 3 de julio, RJ 2008/ 4188, FJ 5.

¹⁵¹ GOMEZ TOMILLO, Manuel, “*Derecho penal sexual y Reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal*”, en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Nº 7, 2005, p. 23, <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-04.pdf>

que determina coactivamente, se impondrá a través de la regla de consunción recogida en el artículo 8.3 del Código Penal¹⁵² la aplicación del inciso primero del artículo 188, excluyendo de esta manera su inciso final.¹⁵³ En este mismo sentido lo entiende la STS anteriormente señalada de 3 de julio de 2008.¹⁵⁴

- En tercer lugar, deberá de tratarse de un lucro directo, es decir, el que obtiene una parte de los ingresos que se han generado por la prostitución ajena sin llevar a cabo ninguna actividad intermedia. Se excluye el lucro indirecto, ya que carecería de relevancia el hecho de que una persona se beneficiase porque en su local se llevaran a cabo actividades de prostitución, y el dueño obtuviese más beneficios por la consumición de bebidas, por el alquiler de habitaciones, etc.

- Por último, se exige para la aplicación de dicha modalidad, reiteración o habitualidad, es decir, algo más que un mero beneficio puntual o aislado.

En segundo lugar, nos encontramos como tercera conducta típica la señalada en el apartado dos del artículo 188 del Código Penal¹⁵⁵, en el cual se ven aumentadas las penas, al pasar está a ser ahora de una pena de prisión de cuatro a seis años, *“cuando las conductas mencionadas en el apartado primero de dicho artículo se llevaran a cabo contra una persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en el ejercicio de la prostitución”*

Lo presente aquí señalado encontraba su fundamento en que se debía evitar que algunas conductas relacionadas con la prostitución, como son los medios comisivos señalados en el apartado primero del precepto, pudieran encontrarse menos castigadas cuando los sujetos del delito eran menores de edad, y es por ello que el Código aumento las penas cuando dichas conductas se cometían contra menores e incapaces. De esta manera, se daba una mayor protección a los menores de edad en comparación con las personas mayores de edad.

De modo que, en comparación con el artículo 187 del Código Penal, el presente precepto se dirige más bien a proteger directamente la libertad sexual del sujeto, que a través de medios

¹⁵² Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

¹⁵³ CIRCULAR 5/2011, “Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración”, en Fiscalía General del Estado, 2011, p. 66, <http://www.sip-an.es/descargas/legislacion/penal/penal20.pdf>

¹⁵⁴ TS nº 445/2008 de 3 de julio, RJ 2008/ 4188, FJ 5.

¹⁵⁵ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

comisivos se le obliga a ejercer o a mantenerse en la prostitución, mientras que el artículo 187 intenta evitar más bien que se produzca un mercado de prostitución infantil.

Por otro lado, en relación con su aplicabilidad, resulta interesante destacar que cuando el abuso de la situación de superioridad o de vulnerabilidad radique únicamente en la diferencia de edad que existe entre el sujeto activo y pasivo no podrá ser aplicado el presente precepto, debiendo valorarse por el artículo 187. Y ello se debe a que si se aplicase, y así lo entiende RODRIGUEZ MESA¹⁵⁶, “*se estaría lesionando el principio de non bis in ídem, al aprovecharse de la edad, por una parte, para incorporar el elemento del tipo básico consistente en la situación de necesidad o de vulnerabilidad, y por otra parte, para la agravación del presente precepto en cuanto que se exige que se trate de una persona menor de edad*”

Por otra parte, en relación con la segunda modalidad delictiva a la que hace referencia el artículo 188.1 en su inciso final, parece referirse el proxenetismo únicamente a la explotación de mayores de edad, aunque en realidad ésta también hace referencia, aunque implícita en los apartados 2 y siguientes del presente precepto, para cuando se trata de sujetos menores e incapaces, y en este sentido lo entiende la mayoría de la doctrina.¹⁵⁷

En relación con el apartado anterior, es preciso destacar que no se encuentra tipificado en este apartado el hecho de que una persona se beneficie económicamente de la prostitución de otra menor de edad o incapaz, sin haber utilizado alguno de los medios descritos en el apartado primero del precepto, y si los emplease se le castigaría por la utilización de esos medios y no por el mero lucro económico. De modo que cuando una persona se beneficie de la prostitución de un menor de edad sin haber mediado ningún medio abusivo dicha conducta se llevara a cabo por el artículo 187, siempre que se haya favorecido la prostitución.

En tercer lugar, nos encontramos en el apartado tercero del artículo 188 del Código Penal¹⁵⁸, con aquella conducta típica que produce un aumento de la pena, siendo ésta ahora de prisión de cinco a diez años, “*cuando las conductas anteriores se lleven a cabo contra víctimas menores de 13 años*”

¹⁵⁶ RODRIGUEZ MESA, M^a José, “*El Código Penal y la Explotación Sexual Comercial Infantil*”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXII (2012), pp. 225-226
<http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/898/867>

¹⁵⁷ SAINZ-CANTERO CAPPAROS, José Eduardo, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Acoso sexual. Exhibicionismo y provocación sexual. Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores. Disposiciones comunes a los delitos anteriores*”, en AAVV, Sistema de Derecho penal Español Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2011, p. 277.

¹⁵⁸ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Estamos ante un supuesto que se encuentra agravado por un doble fundamento, es por ello que puede decirse que estamos en presencia de un régimen hiperagravado. Estos fundamentos serían: por un lado, la agravación por tratarse de una persona menor de edad y, por otro lado, el hecho de ser menor de 13 años.¹⁵⁹

En el presente precepto nos podemos encontrar con que al tener el menor menos de 13 años esto plantea una serie de problemas, pudiéndonos encontrar:

En primer lugar, con un problema de inherencia cuando la determinación a la prostitución se ha incluido en el presente artículo debido a la situación de vulnerabilidad del sujeto, provocado por su corta edad, y es que resulta muy difícil, que llevándose a cabo una determinación a la prostitución de una persona de esta edad, no se crea que se está ante un abuso de vulnerabilidad del sujeto.¹⁶⁰

En segundo lugar, nos encontramos con un problema concursal con el artículo 183 del Código. Y es que cuando únicamente se lleva a cabo un encuentro sexual sin pretender que el menor se dedique posteriormente a la prostitución, no será de aplicación el artículo 188, sino que será de aplicación el artículo 183.

En cuarto lugar, nos encontramos en el artículo 188.4 del Código Penal¹⁶¹, con tres supuestos agravados los cuales *“incurrirá en la pena de prisión en su mitad superior en relación con los apartados anteriores”*

a) *Cuando una persona se aprovecha de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, para iniciar o mantener a una persona en el ejercicio de la prostitución, siempre que lleve a cabo dicha conducta a través de los medios comisivos expuestos en el apartado 1 del precepto, es decir, utilizado violencia, intimidación o engaño, etc.*

El abuso de la condición que ostenta, en este caso, puede ser una incorporación a otros medios comisivos realizados por éste, o puede tratarse del medio por el que se da cobertura a la comisión del delito, sin necesidad del empleo de ningún medio abusivo más.

¹⁵⁹ RAMON RIBAS, Eduardo, *“La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”*, en AAVV, Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 874.

¹⁶⁰ MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón *“De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”*, en AAVV, Comentarios al Código Penal Español Tomo I (Art. 1 a 233), 6ª edición, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1220.

¹⁶¹ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Es importante señalar, que en este caso además de la pena anteriormente señalada, se le aplicara al culpable de dicho delito la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

Por lo demás, véase al respecto lo ya expuesto anteriormente cuando estudiábamos el artículo 187.3 del Código.

b) Cuando una persona formara parte de una organización o grupo criminal que se dedicare a llevar a cabo la comisión de las actividades anteriormente descritas.

En primer lugar, conviene recordar que cuando estudiábamos el apartado 4 del artículo 187 del Código, hacíamos referencia a que se entendía por organización criminal, pues bien, en este momento resulta de relevancia hacer alusión a lo que ha de entenderse por grupo criminal, de este modo:

- Grupo criminal: Según el artículo 570 ter 1 in fine del Código Penal, ha de entenderse por tal, “*la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características contenidas en la organización criminal, tenga como finalidad u objeto llevar a cabo delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas*”

De modo que, dándose dichos elementos, no se necesita ni la continuidad de la organización criminal ni su tiempo ilimitado, ni la distribución de sus labores que se encuentran dirigidas a la comisión de un delito. Y es que, en definitiva, un grupo criminal es una organización en la que carecen de algunas o alguna de sus peculiaridades.¹⁶²

Por último, es importante destacar, que tanto el artículo 187 como el 188 del Código, se requiere que se forme parte de una organización, mientras que en el artículo 183 es suficiente con que se haya ejecutado el delito al amparo de una organización que se dedique a la realización de dichas actividades.¹⁶³

c) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida o la salud del sujeto, ya sea de forma dolosa o por imprudencia grave.

Esta reciente agravación es mucho más amplia que la contenida en el apartado 4 del artículo 183 del Código, que solo exige *la puesta en peligro de la vida del menor*. Mientras que ésta, en cambio, contiene incluso puntos de contacto con algunos de los elementos de los delitos de seguridad e higiene en el trabajo.

¹⁶² GONZALEZ RUS, Juan José, “*Criminalidad organizada en el Código Penal Español. Propuestas de reforma*”, en Anales de Derecho, N° 30, 2012, p.29, <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/29409/1/criminalidadorganizada.pdf>

¹⁶³ CUGAT MAURI, Miriam, “*La adaptación de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores a la Decisión Marco 2004/68/JAI*”, en AAVV, Comentarios a la Reforma Penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.239.

Por último, en estos delitos de prostitución, parece lógico que se haya agravado la pena cuando se ponga en peligro la vida o la salud de la víctima, y es que en estos delitos el autor suele anteponer el beneficio económico ante cualquier derecho o interés.¹⁶⁴

2.3.2 Aspecto subjetivo

Cuando estudiamos los delitos relativos a la prostitución, nos encontramos con dos aspectos al tratar los elementos subjetivos del tipo penal: por un lado, el dolo, y por otro lado, un elemento subjetivo adicional.

Con relación al dolo, consiste en llevar a cabo la situación objetiva descrita anteriormente con conocimiento y voluntad, es decir, compuesto por los elementos cognitivos y volitivos propios de los delitos dolosos. De modo que, para que se verifique éste se deberá de acreditar que el sujeto activo con su conducta estaba determinando a una persona mayor de edad a través de medios coercitivos o fraudulentos. A ello se ha de sumar, además la voluntad de llevar a cabo dicha conducta recurriendo a dichos medios abusivo.

Con respecto al elemento subjetivo adicional es necesario que concurra, además de lo anteriormente expuesto, que en el instante de producirse la conducta típica el sujeto activo persiga además que la persona que ha sido determinada a través de los medios fraudulentos, sea objeto de explotación sexual, ejerciendo la prostitución o manteniéndose en ella, es decir, la acción típica deberá ser llevada a cabo con fines de explotación sexual.

2.3.3 Formas de aparición del delito

CONSUMACION Y TENTATIVA

En este caso, a diferencia de lo previsto en el artículo 187 del Código Penal¹⁶⁵ para la prostitución de menores de edad, nos encontramos ante una infracción penal de resultado.

De modo que, como señala GOMEZ TOMILLO¹⁶⁶ “*parece que el precepto requiere, además de que se lleven a cabo actos de violencia, de intimidación, etc., que llegue a lograrse que una persona mayor de edad termine desarrollando el ejercicio de la prostitución o su mantenimiento en la misma*”

¹⁶⁴ CUGAT MAURI, Miriam, “La adaptación de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores a la Decisión Marco 2004/68/JAI”, en AAVV, Comentarios a la Reforma Penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 239-240.

¹⁶⁵ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

¹⁶⁶ GOMEZ TOMILLO, Manuel, “Derecho penal sexual y Reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal”, en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Nº 7, 2005, p. 22, <http://criminet.urg.es/recpc/07/recpc07-04.pdf>.

De esta manera, la consumación del delito se produciría cuando después de haber determinado a una persona a ejercer la prostitución, ésta mantiene relaciones sexuales a cambio de una contraprestación económica, de modo que si no llegan a producirse dichas relaciones, se podrá apreciar el delito en grado de tentativa.¹⁶⁷ Así, en la STS 2 de junio de 1999¹⁶⁸ se aprecia el delito en grado de tentativa, al establecer: “*que los actos del sujeto, han de ir dirigidos a doblegar la voluntad de la víctima, para que tengan como efecto manifiesto y ulterior, la satisfacción de los deseos sexuales de otra persona, de modo que si dicho fin no se consigue podría hablarse de una situación imperfecta de ejecución o de un delito en grado de tentativa*”

AUTORIA Y PARTICIPACION

Por otro lado, en relación con las conductas establecidas en el artículo 188 del Código, es decir, cuando una persona determina a otra para que practique la prostitución, llevaría a cabo el delito a título de autor. Ahora bien, cuando otra persona se beneficia económicamente, por la determinación que ha realizado otra persona distinta obligando a ésta a ejercer o mantenerse en la prostitución, serán a lo sumo participe de los que han llevado a cabo la determinación de la prostitución.

Con respecto a la relación que tiene con el delito de detención ilegal cabría, según la circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado¹⁶⁹, “su imputación a título de autoría mediata en virtud del art 28.1 del código”. Así lo entiende la STS de 16 de mayo de 2006¹⁷⁰, que establece que “*cuando se da la situación anterior, aun cuando el autor no lleve a cabo los hechos por el mismo, sino dando las instrucciones a quienes integran la organización, debiendo cumplirlas éstos debido a que ocupan un lugar inferior al autor dentro de dicha organización*”

Por lo demás, véase lo anteriormente expuesto en esta obra, sobre la cooperación necesaria y la complicidad en los delitos de prostitución.

2.3.4 Clausula concursal

En el apartado 5 del artículo 188 del Código Penal¹⁷¹, nos vamos a encontrar con una regla concursal bastante semejante a la anteriormente estudiada en el artículo 187, la cual

¹⁶⁷ ORTS BERENGUER, Enrique, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en AAVV, Derecho Penal Parte Especial, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.295.

¹⁶⁸ STS nº 904/1999 de 2 de junio, RJ 1999/5451, FJ 11.

¹⁶⁹ CIRCULAR 5/2011, “*Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*”, en Fiscalía General del Estado, 2011, p. 64 <http://www.sip-an.es/descargas/legislacion/penal/penal20.pdf>

¹⁷⁰ STS nº 594/2006 de 16 de mayo, RJ 2006\6531, FJ 7

¹⁷¹ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

establece que: *“las penas señaladas en los apartados anteriormente expuestos se castigaran en los correspondientes casos sin perjuicio de las penas que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida”*

Pues bien, cuando nos encontramos con los diversos problemas concursales que pueden surgir entre el delito de prostitución coactiva previsto en el artículo 188.1, y los delitos de agresiones o abusos sexuales, suscitados debido a la existencia de medios que anulan o limitan la libertad sexual y que se encuentran presente en ambos delitos señalados, se habrá de atender a los siguientes criterios para la resolución de dicho problema:

- En primer lugar, en los delitos de agresión y abuso sexual debe darse un vínculo de inmediatez, el cual debe consistir en una relación de causalidad, en la que el medio utilizado haya dado lugar al concreto acto sexual¹⁷², es decir, cuando una persona, mediante la utilización de un medio comisivo determinase a otra persona concreta para que tenga relaciones sexuales con un tercero, de modo que los medios se estarían aplicando de forma individualizada, es decir, con respecto a una persona concreta.

Mientras que en el delito de prostitución coactiva no existe ese vínculo de inmediatez anteriormente señalado, ya que los medios utilizados suelen aplicarse con carácter genérico, para determinar a una persona a prostituirse o a mantenerse en la prostitución¹⁷³, y no con carácter concreto para que se produzca un determinado acto sexual.

En definitiva, mientras que los delitos de abusos y agresiones sexuales se dirigen a utilizar los medios comisivos para la consecución de un determinado acto sexual con una persona concreta, los delitos de determinación coactiva emplean dichos medios para obligar a una persona a ejercer la prostitución o mantenerse en ésta.

- Por otro lado, es frecuente apreciar que en el delito de prostitución coactiva los medios abusivos o coactivos, resultan de menos magnitud que cuando se contemplan en los delitos de abusos o agresiones sexuales.

- Y por último, se podrá apreciar los delitos de abusos y agresiones sexuales en concurso con el contenido en el artículo 188.1, cuando una persona que se encontrase ejerciendo la prostitución bajo los medios comisivos del artículo 188.1, fuese obligada a mantener una concreta relación sexual con una persona determinada.

¹⁷² MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón *“De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”*, en AAVV, Comentarios al Código Penal Español Tomo I (Art. 1 a 233), 6ª edición, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1222.

¹⁷³ ORTS BERENGUER, Enrique, *“Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”*, en AAVV, Derecho Penal Parte Especial, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 296.

Por otro lado, resulta de interés señalar, que cuando aparecen en concurso el delito de coacciones o amenaza con el del artículo 188.1, éste último desplazara por el principio de especialidad al delito de coacciones anteriormente señalado.

Es frecuente que en esta clase de delitos se retenga al sujeto pasivo en un lugar determinado, en contra de su voluntad y suponiendo una privación de libertad, ésto ha provocado algunos problemas concursales entre el delito de determinación a la prostitución y el delito de detención ilegal, previsto en el artículo 163 del Código, debiendo éste ser valorado de forma independiente si llegara apreciarse, estando ante un concurso ideal de delitos.

En este caso, es importante señalar que STS de 9 de marzo de 2007¹⁷⁴, la cual aprecia que existe concurso ideal entre el delito de detención ilegal previsto en el artículo 163 y el delito de determinación a la prostitución del artículo 188 del Código.

Por otro lado, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y así lo establece alguna sentencia tal como la STS de 15 de octubre de 2007¹⁷⁵, *“el delito de determinación coactiva a la prostitución contenido en el artículo 188.1 del Código, conlleva una cierta restricción deambulatoria, y es que en la medida en que al sujeto pasivo se le está imponiendo a llevar a cabo una actividad no deseada, también se le está obligando a no abandonar el lugar donde se está practicando dicha actividad”*

Sigue la anterior sentencia señalada, así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 3 de julio de 2008¹⁷⁶ señalando que, *“siendo necesario respetar la prohibición de “bis in ídem” así como el principio de especialidad, cuando estemos ante manifestaciones menores de privación de libertad, ésta será absorbida por el delito de determinación coactiva al mantenimiento de la prostitución”* Ahora bien, *“Dicha absorción no tendrá lugar, debiendo sancionarse el delito de detención ilegal acumuladamente, cuando se va más allá de una mera privación de libertad, es decir cuando las manifestaciones de privación excedan de lo normalmente adecuado para el mantenimiento de la prostitución”*

De modo que, según la circular 5/2010 de la Fiscalía General del Estado¹⁷⁷, deberá apreciarse el concurso de delitos, cuando ocurra alguna de las siguientes situaciones:

¹⁷⁴ STS nº 174/2007 de 9 de marzo. RJ 2007\802, FJ 3

¹⁷⁵ STS nº 823/2007 de 15 octubre. RJ 2007\7084 FJ 3

¹⁷⁶ SAP de Tarragona (sección 4ª) nº 264/2008 de 3 de julio, ARP 2009\12, FJ 1

¹⁷⁷ CIRCULAR 5/2011, *“Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración”*, en Fiscalía General del Estado, 2011, p. 62, <http://www.sip-an.es/descargas/legislacion/penal/penal20.pdf>

- Situaciones de encierro: Cuando se priva totalmente de libertad a la víctima de prostitución, obligándola a que se mantenga en un concreto lugar en contra de su voluntad, de modo que no se les permita salir por sí mismas. En este sentido podríamos señalar la STS de 5 de diciembre de 2005¹⁷⁸, en la cual *“las mujeres dedicadas a la prostitución tenían prohibido abandonar las instalaciones donde se encontraban sin autorización del guarda, no disponiendo además de llave para entrar y salir del local, y permaneciendo la puerta del local cerrada con llave fuera del horario de apertura...”*

- Salidas en las cuales se les acompañaba y vigilaba, unidas además a otros elementos: como podían ser amenazas con causarle la muerte a ellas o a su familia si escapaba del local en el cual se encontraban retenidas. En este sentido, resulta de interés señalar la sentencia de 19 de noviembre de 2001¹⁷⁹, en el cual *“se encontraban privadas de libertad, al haberles sido retirado el pasaporte y encontrarse sin dinero teniendo que pagar la deuda por el traslado desde su país, y no pudiendo pedir auxilio por miedo a su situación administrativa irregular, encontrándose además totalmente amenazadas y vigiladas”*

Por otro lado, en relación con los delitos contenidos en el artículo 318 bis del Código Penal¹⁸⁰, es decir, los delitos contra el tráfico ilegal y la inmigración clandestina, el Tribunal Supremo¹⁸¹ estableció que existe un concurso real de delitos entre éstos y el delito de determinación a la prostitución del artículo 188.1.

En este sentido, podemos señalar la SAP de Las Palmas de 8 de noviembre de 2010¹⁸², la cual establece: *“que estamos ante un concurso real de delitos, en atención a la diferencia existente en la protección de los bienes jurídicos que se protegen, debiendo descartarse la existencia de un concurso de normas, y estimarse la presencia de un concurso de delitos, apoyándose para ello en el Acuerdo no jurisdiccional de 22 de abril de 2007”*.

Por último, nos encontramos ante un delito en el que no será posible apreciar la continuidad de éste, de modo que nos encontraremos con tantos delitos como personas a las que se les haya obligado a ejercer o a mantenerse en la prostitución, debido a que el bien jurídico

¹⁷⁸ STS nº 1425/2005 de 5 de diciembre, RJ 2006/ 1878, FJ 3

¹⁷⁹ STS nº 2194/2001 de 19 de noviembre, RJ 2002\1517, FJ 10.

¹⁸⁰ Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

¹⁸¹ En Acuerdos de 26 de febrero de 2008 sobre Delitos de favorecimiento de la inmigración clandestina y de determinación al ejercicio de la prostitución, http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia_/Acuerdos_de_Sala/ci.Acuerdos_de_26_de_febrero_de_2008_sobre_Delitos_de_favorecimiento_de_la_inmigracion_clandestina_y_de_terminacion_al_ejercicio_de_la_prostitucion_y_Sentencia_del_Tribunal_Constitucional_sobre_los_Albertos.formato3

¹⁸² SAP de Las Palmas nº 90/2010 de 8 noviembre, ARP 2011\1260, FJ 1

que se lesiona es personal, de esta manera lo entiende la STS de 10 de noviembre de 2009¹⁸³, al establecer: “*que se apreciaran tantos delitos como víctimas*”

III. CONCLUSIONES

1. En resumen, es preciso señalar como mera anécdota histórica, que la prostitución se ha considerado como la esclavitud más antigua del mundo, la cual ha conocido a lo largo de los años los diferentes modelos que han existido respecto a este fenómeno. Siendo necesario destacar que hoy día en nuestra legislación nos encontramos con un sistema abolicionista tendente a la eliminación de la prostitución, pero protegiendo a su vez a la prostituta como víctima.

2. Haciendo referencia a las sucesivas reformas y modificaciones que ha sufrido el Código Penal en relación a estos delitos a lo largo de los años, es preciso señalar que la reforma producida en 1999 así como la de 2003 tuvieron como principal finalidad llevar a cabo un aumento de la criminalidad, debido a las insignificantes penas que había ocasionado la despenalización de algunas conductas, como el rufianismo, la tercería locativa o la corrupción de menores, que produjo el Código de 1995. Al contrario que las reformas que acabamos de exponer, la siguiente reforma llevada a cabo en 2010 tuvo como finalidad primordial la adaptación de las normas contenidas en el Código a las exigencias internacionales, en concreto a lo requerido por la Decisión Marco 2004/68/JAI, incrementando de esta manera las penas y aumentando la tipicidad de los delitos relativos a la prostitución.

3. Por otro lado, es preciso señalar que cuando nos referimos al concepto de prostitución, a pesar de las dificultades que desde la perspectiva jurídico penal se ha generado con respecto a su definición, podemos señalar que ésta consiste: “en la actividad llevada a cabo por la persona que mantiene relaciones sexuales con otras personas a cambio de una prestación económica”. En la cual, además de las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales, será preciso el requisito de la habitualidad ya que un simple comportamiento sexual a cambio de precio no podrá considerarse como prostitución y en este sentido lo entiende la mayoría de la jurisprudencia.

4. Con respecto a los sujetos pasivos de los presentes delitos podrán serlo tanto mujeres como hombres, pudiendo tratarse en concreto de personas mayores de edad o personas menores o incapaces en atención al tipo delictivo en el que nos encontremos. Los sujetos activos serán indiferenciados en uno y otro caso, pudiendo ser autor del delito cualquier persona.

5. Cuando nos referimos al bien jurídico que se protege en esta clase de delitos, es preciso poner de relieve la idea del doble bien jurídico, debiendo protegerse de esta manera,

¹⁸³ STS nº 1171/2009 de 10 de noviembre, RJ 2009\7880

por un lado, la libertad sexual cuando nos referimos a personas mayores de edad, al tener éstas capacidad suficiente para decidir sobre su esfera sexual; y, por otro lado, deberá protegerse la indemnidad sexual cuando estos delitos van referidos a personas menores o incapaces, al no encontrarse éstos con suficiente capacidad para decidir sobre su ámbito sexual. De esta manera, al tener éstos (libertad e indemnidad sexual) titularidad personal y carácter personalísimo, no cabra en ningún caso el delito continuado, de modo que habrá tantos delitos como víctimas.

6. Se hace necesario distinguir, entre los delitos contenidos en el artículo 187 del Código Penal, referidos al favorecimiento de la prostitución de un menor o incapaz, y los delitos de determinación a la prostitución de forma coactiva contenidos en el artículo 188 del Código.

7. En primer lugar, haciendo referencia a los delitos del artículo 187, será necesaria para su aplicación que las conductas consistan en la realización de actos de favorecimiento a la prostitución y, que además, dichos actos vayan dirigidos contra personas menores o incapaces. Debiendo afirmarse que aunque el menor se encuentre en una situación de prostitución el ordenamiento jurídico lo amparara de igual forma que si no se encontrase en dicha actividad, y ello debido a su minoría de edad, sin importar lo más mínimo su situación anterior, al no tratarse la prostitución de un estado irreversible y no ser la honestidad el bien jurídico que se protege

8. Con respecto a la reciente incriminación del cliente, a pesar de las enormes discrepancias que se dieron al respecto, esta quedó superada con la reforma producida en el artículo 187 del Código, quedando la conducta del cliente castigada en todo caso, con independencia de la edad que el menor tuviese, así como de la reiteración con que frecuentase al menor y de la situación previa de éste. Castigándose igualmente, al que dedicándose a la prostitución aceptase tener relaciones sexuales con un menor que se lo solicita.

9. De este modo, en el presente artículo nos podemos encontrar con tres tipos agravados: la primer de ellas por dirigirse las conductas de favorecimiento contra menores de 13 años; el segundo, por ostentar el sujeto activo la condición de autoridad, agente de esta o funcionario público; y, el tercero, por pertenecer el sujeto activo a una organización o asociación que se dedique a llevar a cabo estas actividades.

Debiéndose la primera de ellas a que la víctima se encuentra por debajo de la edad del consentimiento sexual, situándose ésta en la edad en que convierte en intangible al menor.

Con respecto a la segunda, se produce esta agravación debido a que por la condición que ostenta puede provocar una mayor confianza en el menor, utilizando de esta manera su cargo para atraer a los menores al ejercicio de la prostitución.

Por último, la siguiente agravación se debe a que provoca una mayor posibilidad de agresión al bien jurídico, por la mayor resistencia, que al venir de la organización, presenta el objetivo que pretenden llevar a cabo.

10. Nos encontramos ante un delito doloso, que requiere que el sujeto activo actúe con conocimiento y voluntad, es decir, que lleve a cabo la situación objetiva sabiendo que se encuentra ante una persona menor de edad o incapaz. Ahora bien, en los supuestos de error vencible podrá apreciarse el presente delito con dolo eventual.

11. Por otro lado, ha de destacarse que nos encontramos ante un delito de mera actividad, ya que los verbos típicos del tipo, agotan su entidad aunque el sujeto activo no consiga el resultado propuesto, no pudiendo apreciarse por tanto el presente delito en grado de tentativa. Y es que lo relevante para la imputación en este delito no es la prostitución realizada en el acto, sino la contemplada desde el punto de vista futuro, es decir, el hecho de que pueda surgir en el menor la idea de dedicarse a la prostitución

12. Haciendo referencia a los problemas concursales que se dan con los delitos de abusos y agresiones sexuales, afirmamos que se apreciara concurso ideal entre estos delitos y el contenido en el artículo 187 del Código, cuando el cliente además de mantener relaciones sexuales con el menor, con su conducta inicie o mantenga al menor en la prostitución. Cuando, en cambio, con su conducta no mantenga o inicie al menor en la prostitución se apreciara únicamente un delito de abuso o agresión sexual.

Nos encontramos, a diferencia de lo anteriormente expuesto, con un concurso de delitos entre los que acabamos de señalar, cuando se traten de actos de favorecimiento a la prostitución dirigidos hacia una persona menor o incapaz.

13. Refiriéndonos en este momento a los delitos contenidos en el artículo 188 del Código, se ha de hacer alusión a que cuando hablamos del apartado primero del precepto la conducta típica ofrece dos posibilidades: la primera, consistente en determinar a una persona mayor de edad a prostituirse; y la segunda, determinar a la persona que está practicado tal actividad, para evitar que abandone su ejercicio, obligándola a mantenerse en ella.

Por lo demás, será necesario para la aplicación del tipo que dichas conductas de determinación se lleven a cabo a través de los medios comisivos (violencia, intimidación, engaño...), con la finalidad de ejercer o mantener a una persona en la prostitución.

14. Con respecto al delito que se contempla en el inciso segundo del artículo 188.1 del Código, concluimos señalando que éste se habrá de entender restrictivamente, debiendo incluirse solamente el lucro que se obtiene explotando la prostitución ajena de forma abusiva,

es decir, concurriendo los elementos del inciso primero del mismo precepto. Y es que, si no fuese entendido de tal manera, cabría suponer que en la hipótesis de que una madre recibe dinero de su hija que se dedica a la prostitución, ¿se le consideraría a ésta como autora de dicho delito?

Pues bien, como no todo beneficio que se obtiene de la prostitución ajena hace a quien la recibe autor de dicho delito, ésta no se consideraría autora, sino que para ello debería además explotar dicha prostitución de forma coactiva.

De modo que para su aplicación se requiere que concurren cuatro requisitos: a) Que los beneficios tenga por origen la explotación sexual de una persona que se encuentra sometida a dicha actividad a través de medios abusivos, b) Que quien se está lucrando de dicha actividad, sea conocedor de las circunstancias por las que la víctima lleva a cabo el ejercicio de la prostitución, c) Que se trate de un lucro directo; d) Que el lucro suponga algo más significativo que un hecho aislado o puntual.

15. Por otro lado, cuando los hechos descritos en el apartado primero del art. 188 concurren sobre personas menores o incapaces, es decir, se lleve a cabo su determinación sobre este grupo de sujetos pasivos para que ejerzan la prostitución o se mantengan en ella a través de medios coactivos, o se lucren a través de la prostitución de éstos, corresponderá la aplicación del artículo 188.2 o su correspondiente agravación contenida en el precepto 188.3, cuando nos encontremos con personas menores de 13 años.

16. Cuando nos referimos al aspecto subjetivo del tipo, deberemos de atender a dos elementos: por un lado, el dolo que deberá consistir en llevar a cabo la situación objetiva descrita con conocimiento y voluntad; y por otro lado, un elemento subjetivo adicional consistente en que la acción típica sea llevada a cabo con fines de explotación sexual.

17. El verbo rector del tipo que aparece castigado en el precepto 188.1 del Código, es “*determinar*”, por lo que nos encontramos ante un delito, esta vez, de resultado, ya que a diferencia de lo estimado en la prostitución de personas menores de edad o incapaces, si en este momento no llega a alcanzarse el resultado propuesto en relación a la prostitución, será posible la apreciación del delito en grado de tentativa.

18. Con respecto a los problemas concursales que se dan entre estos delitos y los delitos de abusos y agresiones sexuales, es posible afirmar que nos encontraremos ante éste último cuando los medios utilizados se lleven a cabo para determinar a una persona concreta a desarrollar un acto sexual concreto. Mientras que en el delito contenido en el artículo 188.1, los medios serán empleados de forma genérica.

Ahora bien, podrá darse un concurso de delitos entre éstos, cuando la persona que se encuentre desarrollando el ejercicio de la prostitución de forma coactiva se le obligue a llevar a cabo un concreto acto sexual.

Con respecto a otros delitos, podemos señalar que el delito de prostitución coactiva desplazara al de coacciones y amenazas en virtud del principio de especialidad; y que se apreciara un concurso real de delitos cuando tenga lugar el presente delito con el del artículo 318 bis del Código.

Por último, cuando concurra con éste el delito de detención ilegal será absorbido por el contenido en el artículo 188. 1, en virtud del principio “bis in ídem”, sin embargo se sancionara de forma acumulada, cuando éste sobrepase de una simple privación de libertad, en decir, cuando exceda de lo que se consideraría normal por estar mantenida en la prostitución de forma coactiva, debiendo éste ser valorado de forma independiente si llegara apreciarse, estando ante un concurso ideal de delitos.

IV. BIBLIOGRAFIA

ANDREU MANRESA, “59 años de cárcel para siete acusados de inducir a la prostitución a menores”, Periódico El País, 2014.

BLANCO LOZANO, Carlos, “Delitos relativos a la prostitución: concepto de prostitución y corrupción de menores: Perspectiva jurídico- incriminadoras ante el nuevo Código Penal de 1995”, en Cuadernos de Política Criminal, Nº 61, 1997

CANCIO MELIA, Manuel, “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en La Ley Penal, Nº 80, 2011

CIRCULAR 2/2011, “De la Fiscalía General del Estado sobre la Reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/ 2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales”, Fiscalía General del Estado, 2011

CIRCULAR 5/2011, “Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración”, en Fiscalía General del Estado, 2011,

CUERDA ARNAU, María Luisa, “Los delitos de exhibición, provocación sexual y prostitución de menores”, en Cuadernos de Derecho Judicial, Nº 7, 1997

CUGAT MAURI, Miriam, “La adaptación de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores a la Decisión Marco 2004/68/JAI”, en AAVV, Comentarios a la Reforma Penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

DAUNIS RODRIGUEZ, Alberto, “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, en Revista para el análisis del derecho, Nº 1, 2010

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado, 2013

DE LÉON VILLALBA, Francisco, Tráfico de personas e inmigración ilegal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

DIEZ GUTIERREZ, Enrique Javier, “Prostitución y violencia de género”, El Viejo Topo, Nº 262, 2009

DIEZ RIPOLLES, José Luis, “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual”, Revista de Derecho Penal y Criminología, Nº 6, 2000.

ENCICLOPEDIA JURIDICA, “Prostitución delitos relativos a”, edición 2014.

GARCIA PEREZ, Octavia “Artículos 187-188”, en AAVV, Comentarios al Código Penal. Parte Especial II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- GOMEZ TOMILLO**, Manuel “*El concepto jurídico penal prostitución ¿Exige la habitualidad?*”, Comentarios al Código Penal, 2ª edición, Lex Nova, 2011.
- GOMEZ TOMILLO**, Manuel, “*Derecho penal sexual y Reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal*”, en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Nº 7, 2005.
- GÓMEZ TOMILLO**, Manuel, “*El delito de lucrarse explotando la prostitución ajena*”, en La Ley: Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 2, 2007.
- GÓMEZ TOMILLO**, Manuel, “*El delito de lucrarse explotando la prostitución ajena*”, en La Ley: Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 2, 2007
- LAMARCA PEREZ**, Carmen, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en AAVV, Derecho Penal Parte Especial, 5ª edición, Colex, Madrid, 2010
- MAQUEDA ABREU**, María Luisa, “*Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual*”, en La Ley, Nº1, 2006
- MARCHENA GOMEZ**, Manuel “*Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal (Ley Orgánica 3/1989)*”, en La Ley, Nº 2, 1990
- MARTOS NUÑEZ**, José Antonio, “*El delito de trata de seres humanos: Análisis del artículo 177 bis del Código Penal*”, en Estudios penales y criminológicos, Nº 32, 2012
- MAYORDOMO RODRIGO**, Virginia, “*Nueva Regulación de la Trata, el Tráfico Ilegal y la Inmigración Clandestina de personas*” en Estudios Penales y Criminológicos, Nº 31, 2011
- MORALES PRATS**, Fermín y **GARCÍA ALBERO**, Ramón “*De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores*”, en AAVV, Comentarios al Código Penal Español Tomo I (Art. 1 a 233), 6ª edición, Aranzadi, Navarra, 2011
- MUÑOZ CONDE**, Francisco, Derecho Penal Parte Especial, 19ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- ORTS BERENGUER**, Enrique, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en AAVV, Derecho Penal Parte Especial, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- QUINTERO OLIVARES**, Gonzalo, “*Delitos contra la libertad sexual: situación actual y perspectivas de futuro*”, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado, 2013
- RAMON RIBAS**, Eduardo, “*La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en AAVV, Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- RODRIGUEZ CENTENO**, Roció, “*Menores víctimas de abusos sexuales: tratamiento psicológico y jurídico*”, en Anuario de Justicia de Menores, Nº 8, 2008
- RODRIGUEZ MESA**, Mª José, “*El Código Penal y la Explotación Sexual Comercial Infantil*”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXII (2012),
- SAINZ-CANTERO CAPPAROS**, José Eduardo, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Acoso sexual. Exhibicionismo y provocación sexual. Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores. Disposiciones comunes a los delitos anteriores*”, en AAVV, Sistema de Derecho penal Español Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2011
- SANCHEZ CASTRILLO**, Gloria, “*Prostitución coactiva: la cara más moderna de la esclavitud*”, Thomson Reuters, 2011
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI**, Ignacio José, “*La inmigración ilegal y el Código Penal. En especial, el artículo 188 del Código Penal: Tráfico de personas para su explotación sexual*”, en Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Nº 13, 1999
- TAMARIT SUMALLA**, Josep, “*Comentario al artículo 187 CP*”, en AAVV, Comentarios al Código Penal Español, Tomo I, Artículos 1 a 233, Pamplona, 2011
- TORRES FERNÁNDEZ**, María Elena “*El nuevo delito de corrupción de menores*”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Nº 1, 1999
- VILLACAMPA ESTIARTE**, Carolina, “*Políticas de criminalización de la prostitución: Análisis crítico de su fundamentación y resultados*”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, Nº 7, 2012,

V. TABLA DE JURISPRUDENCIA

ORGANO	NÚMERO	FECHA	REFERENCIA
→ TRIBUNAL SUPREMO	5/2010	21 de mayo	RJ 2010\2684
→ TRIBUNAL SUPREMO	461/2010	19 de mayo	RJ 2010\5820
→ TRIBUNAL SUPREMO	126/2010	15 de febrero	RJ 2010\2350
→ TRIBUNAL SUPREMO	1171/2009	10 de noviembre	RJ 2009\7880
→ TRIBUNAL SUPREMO	450/2009	22 de abril	RJ 2009\3072
→ TRIBUNAL SUPREMO	761/2008	13 de noviembre	RJ 2008\7132
→ TRIBUNAL SUPREMO	445/2008	3 de julio	RJ 2008\4188
→ TRIBUNAL SUPREMO	350/2008	17 de junio	RJ 2008\3375
→ TRIBUNAL SUPREMO	302/2007	3 de abril	RJ 2007\2453
→ TRIBUNAL SUPREMO	174/2007	9 de marzo	RJ 2007\802
→ TRIBUNAL SUPREMO	76/2007	30 de enero	RJ 2007\873
→ TRIBUNAL SUPREMO	1263/2006	22 de diciembre	RJ 2006\9684
→ TRIBUNAL SUPREMO	809/2006	18 de julio	RJ 2006\6147
→ TRIBUNAL SUPREMO	594/2006	16 de mayo	RJ 2006\6531
→ TRIBUNAL SUPREMO	1425/2005	5 de diciembre	RJ 2006\1878
→ TRIBUNAL SUPREMO	992/2005	28 de julio	RJ 2005\5636
→ TRIBUNAL SUPREMO	415/2005	23 de marzo	RJ 2005\6506
→ TRIBUNAL SUPREMO	1367/2004	23 de noviembre	RJ 2005\23
→ TRIBUNAL SUPREMO	1016/2003	2 de julio	RJ 2003\6216
→ TRIBUNAL SUPREMO	2002	30 de mayo	JUR 2002\205415
→ TRIBUNAL SUPREMO	2194/2001	19 de noviembre	RJ 2002\1517
→ TRIBUNAL SUPREMO	1588/2001	17 de septiembre	RJ 2001\9014
→ TRIBUNAL SUPREMO	724/2000	17 de abril	RJ 2000\3297
→ TRIBUNAL SUPREMO	1743/1999	9 de diciembre	RJ 1999\8578
→ TRIBUNAL SUPREMO	904/1999	2 de junio	RJ 1999\5451
→ TRIBUNAL SUPREMO	184/1999	15 de febrero	RJ 1999\1168
→ TRIBUNAL SUPREMO	161/1999	3 de febrero	RJ 1999\210
→ TRIBUNAL SUPREMO	12/1999	17 de enero	RJ 1999\186
→ TRIBUNAL SUPREMO	263/1998	5 de octubre	RJ 1998\68
→ TRIBUNAL SUPREMO	1997	18 de mayo	RJ 1997\1732
→ TRIBUNAL SUPREMO	947/1997	14 de mayo	RJ 1997\4077
→ TRIBUNAL SUPREMO	426/1997	31 de marzo	RJ 1997\1956
→ TRIBUNAL SUPREMO	1982	28 de enero	RJ 1982\166
→ AP de VALENCIA	249/2013	30 de abril	ARP 2013\788
→ AP de ZAMORA	10 /2011	23 de junio	ARP 2011\1032
→ AP de LAS PALMAS	90/2010	8 de noviembre	ARP 2011\1260
→ AP de ZARAGOZA	192/2010	30 de julio	JUR 2010\335631
→ AP de ASTURIAS	197/2009	30 de septiembre	JUR 2009\478497
→ AP de SANTA CRUZ	231/2009	13 de abril	ARP 2009\766
→ AP de VALENCIA	431/ 2006	12 de junio	JUR 2007\41821
→ AP de GUADALAJARA	25/2001	9 de abril	ARP 2001\378
→ AP de SEVILLA	74/1998	19 de marzo	ARP 1998\2006