

## **Delitos contra la libertad sexual: situación actual y perspectivas de futuro**

**Centro de Estudios Jurídicos, 17 y 18 de octubre de 2013-09-13**

### **Los delitos relativos a la prostitución**

**por**

**Gonzalo Quintero Olivares**

Catedrático de Derecho Penal

SUMARIO: 1. Introducción: prostitución y derecho. 2. Sobre el bien jurídico tutelado y el debate entre liberalización reglamentación y abolicionismo. 2.1. La idea del “doble bien jurídico”. 3. La actual regulación de los delitos relativos a la prostitución. 3.1. La evolución. 3.2. La ampliación a la explotación. 3.3. Lo libre y lo forzado. 3.4. La indefinición de la actividad de prostitución. 4. La Reforma de 2010. 4.1. La incriminación del cliente del menor. 4.2. La cláusula concursal. 4.3. Las cualificaciones agravatorias. 5. la Reforma del CP que se anuncia. 5.1 La Reforma formal. 5.2. Valoración comparada. 5.2.1. Prostitución de mayores de edad. 5.2.2. Prostitución de menores de edad. 5.2.3. Valoración de la propuesta. 6. Reflexión final

### **1. Introducción: prostitución y derecho**

El tema de la prostitución es uno de los campos fértiles para el conocimiento de lo que ha sido históricamente la postración de la mujer. Tenemos noticias de que en los pueblos antiguos existió la obligación de prostituirse para subvenir los gastos de los templos de las diosas. El primer escritor que describe el sexo ritual o la prostitución ritual es Herodoto en el siglo V a.J.C., en sus “*Historias*” cuando describe el centro religioso de la gran ciudad de Babilonia, ya venida a menos y anota las costumbres incomprensibles para un griego, pese a la extensión de la prostitución en el mundo helénico<sup>1</sup>. Luciano en el siglo II, a.J.C., también describe el mismo rito, pero esta vez en la ciudad de Biblos en el Líbano, en un templo de Astarté. Para honrar a Ishtar o Astarté en Babilonia, en la época cercana a mil años a.J.C, era una de las formas de culto a Ishtar diosa de la belleza y la sensualidad babilónica, a la que agradaban los actos de amor carnal<sup>2</sup> y para asegurar su veneración y culto se consagraban vírgenes al servicio del templo, dedicándolas a la *prostitución sagrada*, con la obligación de entregar el al templo lo que recaudaran.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Herodoto, *Historia*, Libro I, trad, por Schrader, Madrid, Gredos, 1977.

<sup>2</sup> Sobre el tema vid.el interesante artículo de J.F.Martos Montiel, “*Sexo y ritual: la prostitución sagrada en la antigua Grecia*”, en J. Martínez-Pinna (ed.), *Mito y ritual en el antiguo Occidente mediterráneo*, Málaga, 2002, pp. 7-38.

<sup>3</sup> Sobre el tema, ampliamente, vid.: Nancy Qualls-Corbett, “*La prostituta sagrada*”, Obelisco, Barcelona, 2004.

Quien esto lea pensará que la reflexión sobre la Antigüedad no pasa de curiosidad ornamental. Que los pueblos antiguos conocieran la entrega de las hijas en pago de las deudas no ha de sorprender, pero lo absurdo es tomarlo como cosa del pasado lejano, pues hoy sabemos que en algunos lugares del mundo una niña, que sin duda alguna será destinada a la prostitución, puede ser canjeada por una cocina o un televisor por sus padres, y eso es solo una pequeña parte del problema de la vinculación entre la pobreza y la prostitución. La explotación histórica de la mujer en el negocio de la prostitución es, sin lugar a dudas, *el modo de violencia más viejo, más duro, más cruel y más extendido*, y tal vez por todo eso es el que de modo habitual, cuando se habla de la violencia sobre la mujer, *se olvida como si ya hubiera entrado a formar parte del sistema social* y esos abusos fueran “culturalmente tolerados” e indiferentes para el derecho.

De nada sirve entrar en temas ya sabidos y repetidos, como son los de las explicaciones “causales” de dedicación a la prostitución, pero si es bueno recordar que históricamente las causas, al menos las principales, pueden concentrarse en el hambre, la violencia y la llamada “deshonra” de la mujer. Claro está, dirá alguno, que no se pueden excluir otras causas de nuestro tiempo, como pueda ser la drogodependencia, ni tampoco negar la posibilidad de la prostitución como opción personal libremente consentida, y en ese caso no se podría hablar de aplastamiento de la libertad de la mujer. Puede que así sea, pero *la falta de regulación jurídica de la prostitución* como profesión libre – con independencia de que sobre este tema haya posturas enfrentadas – es por sí sola una muestra de desprecio a la voluntad de la mujer en nombre de una supuesta moral.

Es cierto que hoy tenemos incriminaciones de delitos relativos a la prostitución que de una parte *no entran en la prostitución libremente decidida* – con la reserva de que carece de legislación que la regule – pero también es cierto que esa no ha sido la constante histórica, y como muestra de lo que digo solamente quiero hacer mención a dos ejemplos que no son “arcaicos” sino del siglo XX, como, ante todo, la consideración de la prostitución como estado peligroso, y, en el breve CP de 1928, el menor castigo con el que se castigaba la violación de prostitutas, por no ser “mujeres honestas”.

## **2. Sobre el bien jurídico tutelado y el debate entre liberalización reglamentación y abolicionismo**

Hace tiempo que se abandonó (teóricamente) la determinación legal del bien jurídico que se concretaba en la “honestidad”, y (también teóricamente) el sentido jurídico de este grupo de delitos se concibe como tutela de la *libertad sexual* como bien protegido, a la cual, por lo tanto, ofenden necesariamente *todas las infracciones que se acogen bajo esa rúbrica*. La libertad sexual es, a su vez, una de las manifestaciones del derecho fundamental a la libertad.

Esa es la teoría válida hasta que se abre el debate sobre la viabilidad jurídica de la regulación de la prostitución en nuestro país<sup>4</sup> es motivo de amplio y profundo debate, que mientras se desarrolla mantiene a las que se llaman a sí mismas “trabajadoras sexuales” en la “nada jurídica”, lo cual es inadmisibile. Resumir los argumentos en pro y en contra es poco menos que imposible, pues cada postura tiene a su vez “retrocámara”, y así no son iguales los motivos que llevan a la oposición frontal a la Iglesia católica, que es la legitimación del pecado, o a las feministas, que es el reconocimiento y aval a la mayor forma de violencia contra la mujer. Los partidarios de la legalización o reglamentación también difieren en sus bases argumentales, que van desde la invocación al respeto a la libertad de cada cual para hacer lo que quiera hasta la necesidad de contar con una intervención del derecho como modo único de proteger a las personas prostituidas.

España ha conocido desde muy antiguo el debate entre abolicionismo, legalización o reglamentación<sup>5</sup>. Los liberales que masacraría Fernando VII ya abordaron la idea de someter la prostitución a una protección sanitaria, naciendo así la práctica de las reglamentaciones de la prostitución que se hacían en cada ciudad , estableciendo controles, zonas, arbitrios, etc., que se extenderían a partir de mediados del siglo XIX. Hay que advertir, no obstante, que en paralelo a esas reglamentaciones, el CP de 1850 criminalizaba, aun como falta, la práctica de la prostitución infringiendo los reglamentos de policía.(art.485, 8). La vía de las reglamentaciones duraría hasta bien entrada la República, y únicamente se puede anotar algún intento de unificar las diferentes ordenanzas municipales en una sola Ley, lo que no llegó alcanzarse. Mientras tanto, a partir de 1873, se toleraba la existencia de mancebías o casas de lenocinio.

Paralelamente existió un movimiento abolicionista que se desarrolla durante la Restauración y cuya figura más representativa, para los penalistas, es sin duda Concepción Arenal (especialmente su “*Oda contra la esclavitud*“, de 1886. Pero el abolicionismo no recibiría sanción legal hasta el Decreto de abolición de la prostitución de 1935, cuya eficacia práctica se vería muy menguada por el inminente estallido de la Guerra Civil.

Al término de la contienda se regresó al régimen de reglamentación sanitaria de la prostitución y se volvieron a abrir los burdeles, acompañando la reglamentación con las previsiones de la *Ley de Vagos y Maleantes* sobre el ejercicio de la prostitución como estado peligroso. Y así se llegó a 1956, en que era aceptado el ingreso de España en la

---

<sup>4</sup> Sobre esa posibilidad y necesidad el documento que creo más completo es el *Manifiesto a favor de la regulación del ejercicio voluntario de la prostitución entre adultos*, presentado en Madrid, el 25 de noviembre de 2006, por el Grupo de Estudios de Política Criminal

<sup>5</sup> Una excelente exposición del tema puede verse en J.L.Guereña, “*La prostitución en la España contemporánea*”, Madrid, Marcial Pons, 2003,

Organización de las Naciones Unidas, y en muestra de integración se promulgaron los decretos abolicionistas que expresamente invocaban la *Convención internacional para la represión de la trata de seres humanos y de la explotación de la prostitución*, de 1949, que, efectivamente, consideraba ilícito el tráfico de personas para la prostitución. Gracias a aquellas decisiones la prostitución se expulsó a las calles y a la clandestinidad, con todo lo que eso supone y que es sobradamente conocido, y que contradice la ingente presencia de la prostitución en cualquier lugar de España, con sus anuncios y su publicidad.

Lógicamente el abolicionismo invoca las decisiones de la IIª República marcó un hito central en esta y otras de las cuestiones ligadas a la igualdad entre mujeres y hombres, y sus reformas no serían recuperadas hasta el retorno de la democracia y la Constitución de 1978. En el breve período republicano, se aprobó la igualdad de derechos de ambos sexos, en lo civil y en lo político, se reguló el derecho al aborto, el matrimonio civil y el divorcio de mutuo acuerdo, así como la supresión del delito de adulterio aplicado sólo a mujeres, como volvería a ser tras la Guerra, el reconocimiento de hijos naturales y la patria potestad compartida, y también se abolió la prostitución reglamentada.

En nuestro tiempo periódicamente se reabre el debate sobre la posibilidad de regular el ejercicio libre de la prostitución, e incluso alguna Comunidad Autónoma ha comenzado a caminar en esa dirección dentro de los márgenes de sus competencias<sup>6</sup>. El problema de la regulación de la prostitución o de la vía de la desregulación, que es hoy la dominante, no es, por supuesto, un problema del derecho penal en sí mismo, salvo que se diera el indeseable paso de criminalizar directamente el ejercicio de la prostitución. Pero las normas penales dedicadas a la prostitución están condicionadas por el problema central: la indefinición del derecho sobre lo que es el hecho mismo de la prostitución como actividad de una persona, que no es ni legal ni ilegal, y que en cambio ha entrado en una polémica sobre la bondad o incorrección de abordar su regulación sin reparar en ningún momento en la eventual concurrencia de derechos o intereses de la persona que decide libremente ejercer la prostitución. Posiblemente la regulación de la prostitución forzaría a una modificación de esas tipicidades.

Pero también se invoca por muchos aquel precedente de la II República como razón definitiva para descartar la sola posibilidad de regular la práctica de la prostitución, olvidando que la sociedad española de 2008 nada tiene que ver con la de 1932, y por lo tanto trasponer una posición política de aquel tiempo, que tenía a su vez una coherencia con el brutal grado de sumisión y postración de la mujer unido a la terrible extensión del analfabetismo y la pobreza, y las más crueles actitudes sobre la virginidad, que se plasmaban en el hecho conocido de que la pérdida de la misma sin matrimonio no

---

<sup>6</sup> Puede citarse el Decreto de la Generalitat de Catalunya 217/2002, de 1 de agosto por el que se regulan los locales de pública concurrencia en los que se ejerce la prostitución. Además, el Parlamento catalán resolvió solicitar al Gobierno del Estado que regule la prostitución. Por su parte, el Ayuntamiento de Barcelona, imitado luego por otros, promulgó una polémica "Ordenanza de Convivencia" el año 2005 que regula también la prostitución y determinados espectáculos

dejaba a la muchacha, si era pobre, otra salida que la huída del pueblo camino del prostíbulo<sup>7</sup>.

Conviene recordar que el debate se circunscribe, por supuesto, a la prostitución absolutamente libre - o todo lo "libre"<sup>8</sup> que es la opción por un trabajo pueda ser - y voluntaria. Todo lo que se refiera a la prostitución coactiva o intimidatoria o, incluso, explotadora de la necesidad, queda fuera de consideración. Por lo tanto, y como es lógico, el debate en torno a la reglamentación de la prostitución se centra en esa clase de prostitución (libre y voluntaria), y es ahí donde entra en juego la reacción opositora, cuyos argumentos, respetables en el terreno humano, pero no contundentes en el plano de las ideas jurídicas, se concentran en unas ideas muy precisas, dejando de lado los razonamientos dominados por la tesis irrenunciable de que la prostitución es el "mal absoluto" que nunca puede ser facilitado por el derecho – tanto desde una óptica religiosa como feminista radical - y acogiendo solo las oposiciones "laicas", y esas son: que la prostitución *nunca* puede ser libre; que la regularización *aumentaría* sin freno alguno el número de personas prostituidas, y, en fin, que se trata de *cosificación* del ser humano que el derecho de un Estado civilizado no puede admitir, y, si lo hace, tendrá también que aceptar toda clase de contratos incompatibles con la dignidad de la persona.

Unos afirman que se ha de legalizar ese oficio equiparándolo a cualquiera otro, y otros por el contrario se proclaman abolicionistas sin admitir excepción alguna. La enorme cantidad de problemas colaterales no interesan ni a unos ni a otros, cuando pocos temas están tan llenos de rincones oscuros como éste. Los abolicionistas no admiten objeción alguna y los favorables a la legalización se empeñan a veces en abordar el tema como si se tratara de cualquier clase de trabajo, lo cual no es ni posible ni justo<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> También sería interesante – pero nos alejaría del tema estrictamente jurídico – entrar en el análisis de la prostitución como hecho social en la España del siglo XX y en su papel *funcional* en el modo en que se ha vivido la sexualidad y las relaciones de pareja. Todo eso enseña una cultura extendida que es absurdo negar o esconder.

<sup>8</sup> Es frecuente oír que nadie elige el trabajo de la prostitución por placer o atractivo, como si, en cambio, esa propiedad adornara a la totalidad de los trabajos que se hacen, desde fregar suelos a enterrar muertos o trabajar de peón en invierno en las carreteras.

<sup>9</sup> Las tesis contrarias a la legalización son ciertamente radicales, y coinciden en plantearse desde fuera del derecho penal e, incluso, dogmatizando sobre lo que debe hacer el derecho penal y cuál es su función (Vid.: Janice G. Raymond, "*Ten Reasons for Not Legalizing Prostitution and a Legal Response to the Demand for Prostitution.*" en *Prostitution, Trafficking and Traumatic Stress*, ed. Melissa Farley. Binghamton, Haworth Press, 2004.) De acuerdo con su pensamiento la sola consideración de que la prostitución puede ser un trabajo normal y libremente elegido despreja el derecho fundamental de las mujeres a ser libres de toda explotación sexual". Lo mismo en Roger Mathews, (en "*Prostitution, Politics and Policy*" Oxon, *Routledge-Cavendish*, 2008), si bien matiza su oposición razonando la debilidad del argumento basado en la idea de libre opción y ahondando en las consecuencias personales del oficio, frente a lo cual la legalización es solo un remedio superficial. En línea de rechazo frontal a la posibilidad de legalización puede verse también "*La Prostitución. Claves Básicas para reflexionar sobre un problema*" Guía elaborada por A. Álvarez, ed.digital, APRAMP y Fundación Mujeres con el apoyo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005.

Realmente se trata de críticas contundentes; pero todas coinciden en un mismo punto: dejar de lado la voluntad de la persona afectada, que se tiene por *irrelevante*, por no reparar en que la tesis de que se trataría de un “fomento de vocaciones” no entra en el hecho personal, sino en valoraciones sociales de dudoso rigor. La crítica centrada en la “cosificación” del ser humano tiene, también, un grado importante de hipocresía en un mundo que ve cómo las personas se transforman en cifras estadísticas para el trabajo, los servicios, las prestaciones, y tantas otras cosas. Sostener que la reglamentación de la prostitución cosifica al ser humano y no, en cambio, los controles sobre inmigración – por supuesto, necesarios – y repatriación de inmigrantes clandestinos, es poco proporcionado.

En el panorama comparado, entre los Estados miembros del Consejo de Europa <sup>10</sup>, algunos regulan la prostitución sin prohibirla (regulacionistas), otros la prohíben directamente, castigando a quienes la practican y a los proxenetas, y otros, los que se consideran *abolicionistas* persiguen y castigan a traficantes, proxenetas y encubridores, esto es, pretenden acabar con la prostitución haciendo imposible su práctica<sup>11</sup>. Esta es la línea relativamente mayoritaria. El Consejo de Europa reconoce que los sistemas prohibicionistas y abolicionistas dejan a la persona prostituida en una situación de

---

Es notable, en cambio, que entre los penalistas existe un amplio consenso en pro de la regularización de la prostitución, a buen seguro por las contradicciones y excesos en que incurre la ley penal. Pero de ello trataré en el texto. A su vez, el Congreso de los Diputados recomendó en febrero de 2007 que no se regularizara la prostitución en España (dictamen de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer). Dicha Comisión se creó a raíz de la polémica que suscitó la iniciativa del Gobierno tripartito catalán (PSC-ERC-IC) de regular la prostitución voluntaria. El 22 de septiembre de 2009 el Congreso rechazó una moción de ERC-IU-ICV para instar al Gobierno a regularizar la prostitución y suprimir la publicidad de esta actividad en los medios de comunicación. En contra de esas posturas, reivindicando sus derechos, se sitúan grupos como el “*Colectivo Hetaira. Colectivo en defensa de los derechos de las trabajadoras del sexo*”, o incluso órganos de opinión de inspiración cristiana como *Vigilia Praetium Libertatis (10 razones a favor de la legalización de la prostitución, 18 de julio de 2010)*.

<sup>10</sup> Una exposición de la situación comparada puede verse en el Informe de la Comisión de Equidad y Género del Consejo de Europa, *Prostitución: ¿qué postura tomar?*, Rel. L. Platvoet, Holanda, Grupo de la Izquierda Europea Unida, Doc. 11352, 2007

<sup>11</sup> Un caso especial es el de Suecia, que además de estas medidas, fue país pionero en penalizar a los clientes. La idea esencial es que es preciso combatir la demanda y no la oferta, que es lo que hacen los sistemas abolicionistas y prohibicionistas.

mayor debilidad, pues se ve empujada a la clandestinidad, donde es mayor el poder del crimen organizado, además de otras conocidas implicaciones sanitarias<sup>12</sup>.

Por supuesto que incluso en los sistemas reglamentaristas, y centrándonos en la prostitución libremente decidida por personas adultas, es imposible evitar las consecuencias que tiene para la vida de las personas, su salud física y, especialmente, mental. Por lo tanto, ningún sistema de esa clase puede renunciar a la creación y aplicación de programas que abran puertas educativas y laborales orientadas en orden al abandono y de esa actividad.

## 2.1. La idea del “doble bien jurídico”

La apreciación de que pueden concurrir diversos bienes jurídicos en un mismo delito no es ningún descubrimiento y sucede en muchos casos. Es indudable que hay delitos contra bienes jurídicos supraindividuales (ambiente, orden del mercado, fe pública, administración de justicia, seguridad, salud, orden público y constitucional, etc.), y otros lo son contra bienes individuales (vida, integridad, salud personal, libertad, intimidad, propiedad, etc.); pero no es una regla que todos los delitos participen de las dos especies de bienes jurídicos ( individual y supraindividual ), aunque por supuesto que los hay, como algunos delitos económicos, algunos contra la salud pública, o contra la administración de justicia, como la acusación falsa o el falso testimonio, etc. Se trata de un grupo de infracciones, pues, comparativamente reducido.

Normalmente, cuando un delito ofende a más de un bien jurídico se le califica como *delito pluriofensivo*. A ese grupo, según algunas opiniones, pertenecen los delitos relativos a la prostitución, y de acuerdo con ello en estos delitos concurren los derechos de la mujer prostituida, *pero también* la existencia misma de la *prostitución como lacra social* y drama colectivo. Las consecuencias que se derivan de ese plural contenido del bien jurídico es simple: no es posible regular la prostitución como profesión “libre”, no ya porque sea dudosa esa libertad - lo cual sería un razonamiento revisable pero atendible- sino porque en nombre de valores supraindividuales *no es admisible que exista ese oficio ni deseándolo plenamente la persona que lo ejerce*.

El volumen de contradicciones que laten en esos razonamientos es palpable. La manera en que se descarta o minusvalora la vigencia del derecho constitucional a la libertad es sorprendente. El modo en que se estima fuera de la cuestión y del debate la

---

<sup>12</sup> En España comenzaron a regularse controles sanitarios en diferentes ciudades a partir de la segunda mitad del siglo XIX (sobre el tema, ampliamente documentado, J.L.Guereña, “*La prostitución en la España contemporánea*”, Madrid, Marcial Pons, 2003, p.95 y ss. También Joaquina G. de Fagoaga, “*Putas de España: de la ilustración a la democracia*”, Ediciones Irreverentes, Madrid, 2002.

realización por dinero de espectáculos o películas pornográficas que incluyen relaciones sexuales expresas, también queda descartada. Por supuesto que nadie niega que todo lo que se diga en pro del abolicionismo absoluto no va a alcanzar a la llamada prostitución de lujo. Pero, en un panorama tan cargado de contradicciones, proclamar que la prostitución *en todas sus formas imaginables* es siempre una “lacría social” no deja de ser un argumento más moralista que jurídico.

### 3. La actual regulación de los delitos relativos a la prostitución

Los actuales tipos de delitos relativos a la prostitución se han ido construyendo con cuatro textos: el primero, de 1995, y tras él, la reforma habida por LO 11/1999, la operada por la LO 15/2003, y la introducida por la LO 5/2010. A ellas quiere sumarse el actual Anteproyecto de Reforma del CP.

#### 3.1. La evolución

Cuando se promulgó el CP de 1995 la liberalización de la prostitución voluntaria de adultos fue aplaudida, pues suponía la admisión de la importancia de la libertad sexual de las personas. La doctrina penal española no tuvo reparo en decir que el Código penal de 1995 liberalizaba esa clase de prostitución, aun cuando el significado de la liberalización fuera muy reducido<sup>13</sup>. Pero en manera alguna aquello suponía la admisión de la prostitución libre como oficio. Pronto llegaría (1999) la primera de las reformas que este grupo de delitos ha experimentado desde 1995, y se regresaba a conceptos como los de abuso de necesidad (incomprensible) engaño y *abuso de vulnerabilidad*.

La idea inicial era que las incriminaciones se limitaran a acciones violentas o intimidatorias, así como las conductas fraudulentas o bien al prevalimiento de situaciones de necesidad o de superioridad con relación a la víctima. En todas ellas se daría un o un consentimiento<sup>14</sup> aunque estuviera «viciado» o bien un decaimiento de la

<sup>13</sup> Un estudio del tema hizo J.M.Tamarit, en “*Problemática derivada de la liberalización de la prostitución voluntaria de adultos en el Código penal de 1995*”, en Quintero Olivares, G. /Morales Prats, F. (coords), “El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1825 y ss.

<sup>14</sup> En el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las ONU contra la delincuencia organizada transnacional* se advierte que el consentimiento dado por la víctima *no se tendrá en cuenta cuando haya habido captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, lo que incluye al raptó, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. (artículo 3-a)*. (Lo mismo en el artículo 1 de la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos). Por lo tanto *ha de ser válido en los demás casos*. Del tema de la función axiológica del consentimiento en este y otros delitos me ocupó en Quintero, “*El consentimiento en el derecho penal español*”, Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII-XX, Madrid, 1993



voluntad provocado por la pobreza o el miedo, por último, el temor a sufrir medios coactivos por abuso de superioridad. La Reforma de 1999 incluía a la vez, junto al engaño, el abuso de necesidad y el *abuso de vulnerabilidad.*, lo que en el fondo es una repetición de lo mismo.

Pero el cambio substancial se produjo en 2003 cuando se incriminó la mera explotación, aun consentida, de la prostitución de mayores de edad, con agravación en caso de tratarse de menores (mezclando así problemas que *no tienen nada que ver entre ellos.* así como la denominada «tercería locativa», lo que suponía un retorno a la situación previa al CP/1995, cuando a la sazón se consideraba que la tercería locativa era una conducta destipificada<sup>15</sup>. Es verdad que el alcance de la decisión se puede mitigar reexaminado el concepto de “explotación”, pero así y todo suponía un paso atrás para los que creen en la necesidad de la regularización de la prostitución.

### 3.2. La ampliación a la explotación

Las severas decisiones de la Reforma de 2003 se explican en parte por la presión de los sectores que denunciaban que España no cumplía lo ordenado por el Convenio de Naciones Unidas de 1949 al no castigar modalidades de proxenetismo previstas en el Convenio, nunca denunciado por España, proponiendo la sanción del rufianismo, la tercería locativa, y el proxenetismo no coercitivo, así como un nuevo tipo que castigue al cliente.

A partir de la reforma de 2003 el punto central para la aplicación del tipo se situaba en el significado que hubiera que dar a la “explotación”, que obviamente no puede entenderse como todo lucro económico derivado de la realidad del ejercicio de la prostitución por otra persona. De acuerdo con el sentido de los acuerdos internacionales sobre la materia, la explotación punible puede existir aunque medie “consentimiento” (viciado, pero consentimiento mal fin, pues otra cosa sería agresión sexual) siempre que sea explotación *directa de la prostitución de una persona.* En el marco de una relación de subordinación o dominio sobre la persona prostituida en virtud de la cual es el patrono el que establece condiciones, precios, etc.

Bajo esas ideas quedan fuera del concepto de explotación muchas actividades como la explotación de locales en los que hay prostitutas pero sin relación de dependencia – cuestión diferente es que la tengan con terceros – propiedad de hoteles o apartamentos, y hasta las meras comisiones por cliente, si no esconden una relación de dependencia.

---

<sup>15</sup> Que esa conducta estaba despenalizada lo declaró ya el TS, por ejemplo en STS de 24-5-97 (RJA 4130): “...*Se amparan ambos en el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la Disposición Transitoria 9.ª de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, con aplicación del principio de la ley más favorable al no estar tipificada la tenencia locativa en el nuevo Texto Punitivo. Tales motivos, apoyados también por el Ministerio Fiscal, deben ser acogidos, pues el nuevo Código Penal ha destipificado las conductas del art. 452 bis d) del precedente Texto Punitivo, tratándose de una actividad ya despenalizada, por tratarse de prostitución de mayores de edad, sin empleo de coacción, engaño o abuso de situación de necesidad de los implicados.*”

Con ello no quiero negar que las relaciones de clara dependencia sean *muy frecuentes*, pero no todo ha de incluirse sin reflexión alguna en el concepto de explotación.

### 3.3. Lo libre y lo forzado

Siempre que se defiende la necesidad de respetar la *decisión libre* de ejercer la prostitución el primer argumento que se aduce en contra es que *esa libertad no existe* y que todas las personas que dan ese paso no están realizando una conducta voluntaria. La conclusión sería, según ello, que la interpretación de los tipos de delito habría de partir de esa apreciación y, por lo tanto, el art.188 vigente tendría que reconocer que ningún caso de ejercicio de la prostitución puede calificarse de “libre”.

Dejando de lado el debate sobre la *libertad del ser humano*, que desborda las modestas pretensiones de estas páginas, y que llevaría a digresiones filosóficas y psicológicas de enorme importancia, pero inaplicables para el derecho penal, tanto si se trata del problema de la prostitución libre como si es de la presencia de la libertad del ser humano en la fundamentación de la culpabilidad.

Así las cosas la idea de prostitución libre no puede entenderse como aquella que *expresión absoluta de la libertad profunda*, sino tan solo se podrá hablar de *aquella en la que no se dan las situaciones de falta de libertad que la ley señala*.

La siguiente cuestión es que eso (situación de falta de libertad) a lo que se refiere el tipo, tampoco es tema sencillo pues legalmente entran en la categoría de prostitución forzada situaciones muy diferentes: Las diferencias entre los supuestos de prostitución forzada ponen de manifiesto que se está otorgando una misma valoración jurídica a situaciones que pueden no parecerse en nada: *violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima*.

A. Es claro que no se puede transportar aquí la tradicional distinción entre *vis ablativa* y *vis compulsiva* o violencia física e intimidación. Eso solo es posible en los casos en los que expresamente se dice, pero quedan fuera los otros (engaño, abuso de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima). Pero incluso en relación con la violencia y la intimidación se tiene que tener en cuenta que:

- Incluye tanto la violencia y la amenaza inmediata como la potencial o latente, esto es, aquella que la víctima *sabe* que se puede producir
- La inclusión de la *violencia en origen*, esto es: la que ha sufrido la víctima cuando ha sido violentamente aprehendida y trasladada para ejercer la prostitución, siempre y cuando el receptor conozca o pueda suponer esa circunstancia

- B. El abuso de la necesidad, y es otro problema, no puede ser considerado como “intimidación”, pero es que tampoco es fácil determinar lo que es “abuso”: supongamos que una mujer expone a un sujeto que necesita dinero para una urgencia familiar grave, de cualquier clase, y que no puede acudir a nadie y que no tiene ni trabajo ni acceso al préstamo bancario, y esa persona le propone introducirla en la prostitución como única solución, aun sin solicitar participación en la ganancia, será cierto que la que va a prostituirse si acepta está sufriendo una situación de necesidad, pero no es tan claro que el sujeto que la introduce haya “abusado”, siempre y cuando se cumplan otras condiciones ( que la persona prostituida mantenga su libertad para abandonar y que el sujeto introductor no reciba lucro de especie alguna, ni de ella ni de un tercero)
- C. Impreciso también es el concepto de *vulnerabilidad*, que se utiliza en otros delitos de este y otros Títulos (vid. p.e. arts. 177 bis, 180 y 181). Se trata de una etiqueta bajo la que caben diferentes situaciones y que internacionalmente viene definida con una amplitud que hace muy difícil satisfacer las exigencias derivadas del principio de legalidad<sup>16</sup>. En otros tipos el Código concreta (vulnerabilidad por edad, discapacidad, enfermedad o situación), pero en prostitución nada se dice, lo cual deja la interpretación excesivamente abierta.

### 3.4. La indefinición de la actividad de prostitución

El de prostitución es un concepto que, a fuerza de darse por sabido, no está hoy definido en la Ley, si bien en el Proyecto de LO de modificación del Título VIII del libro II del código penal (1997) se introdujo un concepto de prostitución en el artículo

---

<sup>16</sup> Según la *Nota orientativa sobre el concepto de “abuso de una situación de vulnerabilidad” como medio para cometer el delito de trata de personas, expresado en el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, la vulnerabilidad se decide teniendo en cuenta en cuenta la situación personal, geográfica y circunstancial de la presunta víctima. La vulnerabilidad personal, por ejemplo, puede estar relacionada con una discapacidad física o psíquica. La vulnerabilidad geográfica puede deberse a que la persona esté en situación irregular en un país extranjero y se encuentre social o lingüísticamente aislada. La vulnerabilidad circunstancial puede estar relacionada con el desempleo o la penuria económica. Esas vulnerabilidades pueden existir previamente o ser creadas por el traficante. La vulnerabilidad ya existente puede deberse, entre otras, cosas, a la pobreza, la discapacidad psíquica o física, la juventud o la avanzada edad, el género, un embarazo, la cultura, el idioma, las creencias, la situación familiar o la condición de irregularidad. Se puede crear vulnerabilidad, entre otras cosas, mediante el aislamiento social, cultural o lingüístico, la situación irregular o una dependencia cultivada mediante una drogadicción o un apego romántico o emocional, o bien recurriendo a rituales o prácticas culturales o religiosos. religiosos.

189 bis 1: "...a los efectos del presente Título, *se considerarán actos de prostitución los actos de significación sexual realizados con una o varias personas indiscriminadas, mediando precio o cualquier otra especie de retribución o promesa que tenga un contenido económico...*". Realmente el significado de "acto de significación sexual" es absolutamente impreciso y nada resuelve. Solamente en la prostitución de menores, y a propósito de la conducta del "cliente", se indica que es solicitar una "relación sexual", pero nada se dice en la prostitución de mayores de edad. Se da por sentado que se trata de relación sexual corporal (coital, anal o bucal) tenida por dinero.

Pero en la periferia de esa clase de relación quedan zonas imprecisas, y, además, se ha de establecer cuál es el *momento de la prostitución*, esto es, si se trata de un *acto* o de una *situación* independiente de que haya o no actos sexuales concretos.

Veamos estos puntos:

- Las actividades en las que "flota" la sexualidad, pero sin que la relación sexual forme parte necesaria de ellas, como sucede con el llamado "alterne", deben dejarse fuera del concepto de prostitución, con independencia de que sea una relación laboral abusiva, lo cual merecerá otra calificación penal.
- Hay relaciones en las que puede no haber un "acceso carnal" (usando la antigua expresión) y ello no obstante tratarse de un hecho de prostitución (p.e.: tocamientos de cualquier clase pactados por dinero)

En lo que se refiere a las *condiciones para poder apreciar la existencia de delito* hay que destacar un problema al que casi nunca se hace referencia: si la prostitución es, como parece derivarse incluso del lenguaje legal, *un estado y no un acto*, se derivarán las siguientes consecuencias:

- El delito existe desde que la persona prostituida es colocada en "ofrecimiento", con total independencia de que tenga o no tenga clientes
- Si es así, las relaciones sexuales, muchas o pocas, que haya tenido que soportar serían irrelevantes para el derecho penal, lo cual equivale a decir que tan víctima es la persona que ha estado dos días obligada a ofrecerse que aquella que ha tenido que soportar, en el mismo tiempo, quince o veinte relaciones sexuales
- Si se acepta ese razonamiento resultará que el derecho penal trata *igual* a situaciones que son *clamorosamente diferentes*, lo cual es injusto.

- Si se quiere evitar esa consecuencia no hay otro camino que valorar jurídicamente por separado el *estado y los concretos actos de relación sexual*.
- Si se pretendiera llevar a la práctica esta última idea se toparía con un nuevo problema: que esos actos solo son calificables como agresión o abuso sexual en los casos en que el cliente tenga conciencia de todas las circunstancias y causas de dominación que pesan sobre la persona prostituida, lo cual, como es sabido, se dará pocas veces.

Lo cierto es que no existe solución razonable para estos casos. Ciertamente el nº5 del vigente artículo 188 declara que *las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida*, pero los medios coactivos de los que habla el art.188 como componentes del delito de forzamiento a la prostitución no pueden confundirse con los de los delitos de agresión y abuso, además de que la *finalidad es también diferente*.

Ahora bien, claro está, si el cliente es plenamente consciente de que la persona con la que está teniendo relación está amenazada, secuestrada, etc., esa relación habría sido obtenido coactivamente, en el sentido de la agresión o el abuso sexual, con lo cual podría ser acusado de esos delitos, cuya tipicidad se cumple tanto si la violencia la ejerce el autor inmediato o un tercero. Rechazar esa posibilidad porque se trate de una persona prostituida y por que el cliente ha pagado en todo caso es algo que no es fácil de fundamentar legalmente. Lo único que ha de demostrarse es que la condición de la víctima (sometimiento por amenaza, etc.) sea conocida por el agresor en términos de dolo y asuma aprovecharse de ello.

Pero el criterio dominante, por supuesto en la prostitución de mayores de edad, es que la relación sexual con persona prostituida no puede nunca ser equiparada a las agresiones, en especial por la “disolución” de los componentes de violencia o intimidación que, según esa manera de ver la cuestión, han de darse coetáneamente al hecho y en relación directa con él, y esa coincidencia temporal por lo común no se da. así las cosas, el nº 5 del artículo 188 declara algo que en todo caso es cierto ( que el eventual delito de agresión o abuso se castiga por separado) y que no necesitaba de indicación expresa, y, por otra parte, parece abrir una posibilidad de calificar que a su vez no es fácilmente aplicable.

#### **4. La Reforma de 2010**

La Reforma del CP operada por la Ley 5/2010 tuvo como objetivo esencial, en esta materia, adaptar la legislación española a obligaciones internacionales, especialmente a

la Decisión Marco 2004/68/JAI, referente a prostitución y corrupción de menores<sup>17</sup>. Por lo tanto, apenas alcanzó a la prostitución de mayores de edad.

Dentro de la prostitución de menores de edad hay que señalar como cambios relevantes la incriminación del cliente del menor y la extensión de la cláusula concursal del artículo 188

#### 4.1. La incriminación del cliente del menor

Esa posible incriminación en calidad de autor *de delito relativo a la prostitución* ya había sido admitida por la jurisprudencia mayoritaria, con la sola condición de que se diera la idoneidad suficiente para determinar la “dedicación” del menor a esa actividad o una especial repercusión en su desarrollo sexual<sup>18</sup>. Una línea minoritaria del propio TS estimaba que esa condena era posible a partir del mero hecho del pago, pues eso era ya un modo de determinar a la prostitución. Por supuesto que no entraba en cuestión la posibilidad de que *además o en todo caso* pudiera ser condenado por otros delitos sexuales como los abusos.

Con la reforma queda claro, pues, que el cliente puede ser condenado *en todo caso*, y con ello se cumple con lo indicado en la Decisión Marco 2004/68/JAI, cuyo art. 2,c), ii) prevé que se tipifique el hecho de “*practicar con un niño actividades sexuales recurriendo a alguno de los medios siguientes*”: “*ofrecer al niño dinero u otras formas de remuneración o de atenciones a cambio de que se preste a practicar actividades sexuales*”. En nada afecta a este hecho el que el menor se encontrara ya, con anterioridad, en estado de prostitución.

Otra crítica que con razón se ha señalado<sup>19</sup> es la decisión legal de castigar con la misma pena tanto el ofrecimiento de dinero como la consecución de la relación sexual, pues resulta desproporcionado.

#### 4.2. La cláusula concursal

---

<sup>17</sup> Un estudio completo en: M .Cugat Mauri, “*La adaptación de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores a la decisión marco 2004/68/JAI*”, en “*La Reforma penal de 2010: análisis y comentarios*”, dirigido por G. Quintero, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010.

<sup>18</sup> Acuerdo no jurisdiccional del TS de 12 de febrero de 1999 (reproducido literalmente en el Informe del Consejo Fiscal acerca del Anteproyecto de noviembre de 2008), según el que: “*debe examinarse en cada caso concreto atendiendo a la reiteración de actos y a la edad más o menos temprana del menor, si la actuación de los clientes inducen o favorecen el mantenimiento del menor en la situación de prostitución. En este sentido, en los casos de prostitución infantil, jóvenes de 13, 14, 15 años ha de considerarse ordinariamente la relación sexual mediante precio como punible, con independencia de que el menor ya hubiese practicado la prostitución con anterioridad, pues a esa edad tan temprana, el ofrecimiento de dinero por un adulto puede considerarse suficientemente influyente para determinar al menor el acto de prostitución solicitado*”

<sup>19</sup> M. Cugat Mauri, op.loc.u.cit.

A esta cláusula me refiero también, críticamente, en relación con la prostitución de mayores de edad. La Reforma de 2010 debió considerar que lo lógico era que figurase en ambos casos.

Sin duda es imaginable que se pueda cometer una agresión sexual sobre un menor que se encuentre en situación de prostitución. En cuanto a los abusos sexuales el problema se plantea a partir de la imposibilidad de utilizar el mismo elemento para configurar el delito relativo a la prostitución y el delito contra la libertad sexual.

### 4.3. Las cualificaciones agravatorias

Como tales se incorporaron en 2010 la pertenencia a una organización o grupo criminal y la puesta en peligro de la vida o salud del menor. La cualificación de comisión del hecho por quien pertenezca a una organización criminal ya estaba contemplada en relación con la prostitución de mayores de edad.

En cuanto a la puesta en peligro de la vida o salud de la víctima (poner en “*peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima*”). El sentido de la agravación ha de buscarse en la apreciación de que el explotador o cualquiera de los sujetos que pueden cometer el delito responden *además* de la seguridad del menor. La puesta en peligro por el sometimiento a condiciones de falta de higiene o de riesgo físico se presenta así como un *plus* de antijuricidad que hace coherente la posible agravación de la pena

## 5. la Reforma del CP que se anuncia

### 5.1 La Reforma formal

En esta apartado examinaré brevemente el Texto Actualmente vigente comparándolo con el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (AnteCP) (aun no presentado en el Congreso de los Diputados), y cuyo futuro inmediato desconozco cuando esto escribo.

La Proyectada reforma incide tanto en la *prostitución de mayores como en la de menores de edad*, a los que el texto vigente dedica, como sabemos, los artículos 187, para la de menores,<sup>20</sup> y 188, para la de mayores de edad<sup>21</sup>. La alteración del orden no

---

<sup>20</sup> Artículo 187 CP

1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz será castigado con las penas de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá al que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz.

tiene especial significación, y, en todo caso, era prescindible. De acuerdo con ello se ofrece una nueva redacción del tipo de prostitución de mayores de edad, en el artículo 187<sup>22</sup> y de la de menores de edad, en el art. 188<sup>23</sup>.

---

2. El que realice las conductas descritas en el apartado 1 de este artículo siendo la víctima menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.

3. Incurrirán en la pena de prisión indicada, en su mitad superior, y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores e incapaces.

<sup>21</sup> Artículo 188 (vigente)

1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.

2. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de cuatro a seis años.

3. El que lleve a cabo la conducta prevista en el apartado anterior, siendo la víctima menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años.

4. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.

c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.

<sup>22</sup> Artículo 187 ( en la Reforma)

*“1. El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. La misma pena se impondrá a quien se lucre de la prostitución ejercida por una persona, aun con el consentimiento de la misma, cuando*



a) se encuentre en una situación de dependencia personal y económica que no le deje otra alternativa, real o aceptable, que el ejercicio de la prostitución, o,

b) se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas”.

2. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a. Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

b. Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.

c. Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

3. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.”

<sup>23</sup> Artículo 188 ( en la Reforma)

“1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona discapacitada necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona discapacitada para estos fines, será castigado con las penas de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

Si la víctima fuera menor de quince años, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Si los hechos descritos en el apartado anterior se cometieran con violencia o intimidación, además de las penas de multa previstas, se impondrá la pena de prisión de cinco a diez años si la víctima es menor de quince años, y la pena de prisión de cuatro a seis años en los demás casos.

3. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación.

b. Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

c. Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se impondrá, además, una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

d. Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

e. Cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas.

f. Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

4. El que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona discapacitada necesitada de especial protección, será

En cuanto a las modificaciones concretas que se proponen tampoco se registran muchas novedades, aunque ciertamente hay algunas:

## 5.2. Valoración comparada

Estos artículos ya habían sido modificados en la Reforma de 2010. Con la que ahora se propone no son grandes las modificaciones, pero algunas son reseñables

### 5.2.1. Prostitución de mayores de edad

El artículo 187 que se propone sustituiría al actual 188 (el aludido intercambio). Respecto del texto actual hay que señalar:

- Desaparece el apartado dedicado a que las conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, pues todo lo relativo a menores se agrupa en el artículo 188
- Se introducen dos nuevas cualificaciones
  - a) cuando la persona se encuentre en una situación de dependencia personal y económica que no le deje otra alternativa, real o aceptable, que el ejercicio de la prostitución
  - b) se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.

### 5.2.2. Prostitución de menores de edad

---

*castigado con una pena de uno a cuatro años de prisión. Si el menor no hubiera cumplido quince años de edad, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión.*

*5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores y personas discapacitadas necesitadas de especial protección.”*

De lo que propone la anunciada Reforma hay que destacar:

- Los tipos relativos a prostitución de menores quedan reagrupados en un mismo artículo (el 188)
- El supuesto de que el delito se cometa contra víctima *incapaz*, es sustituido por *persona discapacitada necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona discapacitada para estos fines*,
- La cualificación para los supuestos en los que la víctima fuera *menor de trece años pasa a ser para menores de quince años*
- La actual tipificación de la conducta del “cliente” (*La misma pena se impondrá al que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz* ) se traslada a un párrafo separado (nº4) con la fórmula : *El que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona discapacitada necesitada de especial protección, será castigado con una pena de uno a cuatro años de prisión. Si el menor no hubiera cumplido quince años de edad, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión.*
- En materia de *cualificaciones* se conserva la de haberse el culpable prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público así como la de pertenencia a una organización, pero se añaden otras más:
  - a. cuando la *víctima sea especialmente vulnerable*, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación
  - b. cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de *una relación de superioridad o parentesco*, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
  - c. cuando el culpable hubiere *puesto en peligro*, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

- d. cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas.

### 5.2.3. Valoración de la propuesta:

No es especialmente significativo lo que propone la nueva proyectada Reforma respecto del texto ahora vigente.

Ello no obstante, y a propósito de las cualificaciones, no deja de sorprender, en primer lugar, y en relación con la *prostitución de mayores de edad*, que una de ellas sea la *imposición de condiciones abusivas*, lo cual, *a contrario sensu*, implica que el legislador estima *que puede haber condiciones aceptables*, lo cual arroja una nueva contradicción al panorama de rechazo a la regulación de la prostitución. Ciertamente siempre se podrá entender que esa cualificación recae sobre quienes previamente además han realizado la conducta de determinar con violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, pero eso no oculta el desconocido sentido que tiene la referencia a condiciones abusivas en el modo antes apuntado.

En lo que se refiere a la otra cualificación (situación de dependencia personal y económica) cuesta ver cuál es la diferencia precisa respecto del abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

En relación con la *prostitución de menores*, es de celebrar que al menos se reúna en un mismo precepto las explotaciones de los menores. Más allá de esto se ha señalado<sup>24</sup> que falta incluir la conducta de *captación de menores* para la prostitución, pues expresamente lo exigen el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (ratificado por España el 22 de julio de 2010, publicado en BOE de 12 de noviembre de 2010) y el art. 3.4 de la Directiva 2011/93/UE).

También en este ámbito (menores) y respecto de la cualificación determinada por que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, *por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima*, parecería lógico excluir al “descendiente” del campo de los posibles autores de delito de prostitución de menores, y también, como se ha indicado, se hubiera debido ensanchar el círculo de sujetos incluyendo a los que conviven con el menor aunque no sean parientes, y a los que hubieran aprovechado su autoridad (lo exige el art.28 del Convenio Europeo)<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> I. Ramos Tapia, en “Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012”, VVAA, dir. por J. Álvarez García, Libro Electrónico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p.694

<sup>25</sup> Ramos Tapia, op.cit.p.696

## 6. Reflexión final

En relación con la presencia del derecho penal en el problema de la prostitución hay que señalar una serie de rasgos que determinan un panorama que se puede calificar de contradictorio, hipócrita y posiblemente injusto.

En relación con el fondo del problema puede decirse que lo tal vez más hipócrita sea el uso de las etiquetas prostitución y prostitutas. Cualquier historia que muestra a la protagonista femenina dispuesta a acostarse con quien sea con tal de medrar en sus ambiciones personales o profesionales es vista de cualquier modo, pero no como prostitución. ¿Es acaso porque solamente se entiende que hay prostitución cuando se recibe a cambio dinero, pero no otra cosa? ¿O tal vez sea porque el calificativo de prostitución queda reservado a lo que sucede en un determinado "escenario" de profesionalidad, sin que la causa de la relación sexual sea en sí misma determinante de esa calificación? La idea de que la prostitución está absolutamente *ligada a la percepción de dinero* es realmente muy antigua, y lo mismo, si se hace por cualquiera otra causa - por supuesto siempre sin que esa causa sea la atracción sexual o el deseo de placer - nunca merecerá ese calificativo.

Pero es que ni siquiera el acceso carnal por dinero o cosa equivalente (joyas, coches, etc.), por sí solo da paso a la calificación de prostitución, por más que en el fondo para muchos sea lo mismo. Las personas que utilizan su cuerpo y lo ofrecen para conseguir lo que les interesa, sin importar lo que eso sea, serán calificadas de muchas maneras, pero difícilmente se les tildará de prostitutas salvo en el lenguaje coloquial. Es más, ni siquiera se utiliza la calificación de persona prostituida para referirse a los llamados "gigolós" de adineradas damas, seguramente porque se trata de varones adultos; en cambio no hay duda de que se tiene por prostituidos a los varones que se ofrecen en la calle, esos a los que llaman "chaperos" o cosas parecidas.

Por lo tanto, la designación de "acto de prostitución" parece quedar reservada a la percepción de dinero a cambio del contacto sexual con un extraño y a su vez realizada por una persona que está "ofreciéndose" a cualquiera que quiera pagar, es decir una *persona que merezca socialmente el nombre de "prostituta"*. La cuestión será decidir si para el derecho penal *ese es también el criterio que debiera marcar la interpretación*.

Otra constante viene marcada por dos líneas: la de imponer ideas de unos sobre otros (como sucede en otros problemas como por ejemplo es el del aborto) y, lo que es más grave, deslegitimar la opinión de las personas prostituidas *en todo caso*. Todo se hace por su bien, pero no es posible concederles derecho a opinar sobre la cuestión. El problema de la prostitución, y es esta la última reflexión, está caracterizado, *por el radicalismo ideológico y la renuencia a cualquier discurso o debate sereno*.

No pretendo entrar en el análisis de todas y cada una de las tesis que se aportan en pro o en contra de la legalización o regularización de la prostitución (por cierto, que no son la misma cosa), pues eso llevaría mucho más espacio del que pretendo utilizar, sino solo aportar algunas ideas para un debate que tal vez nunca se abrirá despojado de apriorismos de cualquier signo, y, sobretodo, recordando que estamos ante dos estadios

diferentes del problema: el de la regularización o reglamentación es uno, y el de la intervención del derecho penal y sus límites es otro.

En lo que afecta a *las explicaciones jurídico-penales* todo se resume en una sola idea: la aceptación de la legalización de la prostitución libre no es posible porque en ello no van solo *los derechos e intereses de la persona que decide prostituirse*, sino también otros derechos e intereses *diferentes y que le exceden*, y por lo tanto la razón de la prohibición nacerá de esa consideración metaindividual. De esa manera se establece un paralelismo (inadmisible) con otros problemas penales, como, por ejemplo, el consumo de drogas, en donde no solos e contempla el daño a la salud del consumidor, sino también la capacidad destructiva para la salud colectiva; pero la analogía o parecido entre unas y otras cuestiones no puede ir más allá del punto en el que hoy están: que ni el hecho de ingerir drogas ni el de ejercer la prostitución son *por sí solos* ilícitos.

En este ámbito se trata solo de decidir lo que *el derecho debe hacer para proteger a las personas y preservarlas del abuso y de la explotación*, y en esa dirección hay que defender la necesidad de que existan y *aun se amplíen y perfeccionen* los tipos de delitos relativos a la prostitución. Fuera de eso es patente que la persona que libremente comercia con su cuerpo gana dinero, lo que no se puede decir del consumidor de drogas, y eso, *por sí solo*, es bastante para que el parecido sea nulo, dejando de lado las valoraciones morales que cada cual pueda hacer de la acción de prostituirse *o de cualquiera otra* incompatible con los principios y creencias que cada uno profese.

Esos *bienes e intereses superiores a la persona*, no son tan transcendentales como para, en su nombre, relegar a esas personas al abandono por parte del derecho - que ese y no otro es su irremisible destino - porque en el fondo, aunque jamás se diga abiertamente eso implica la convicción de que las personas que toman ese camino no son conscientes de lo que hacen y es preciso *sustituir* su voluntad por su propio bien. Otra explicación audible es que se trata de una profesión *mala en sí misma* y por eso no se puede permitir ni en la hipótesis de su ejercicio libre y voluntario.

En cuanto a la línea político-criminal que se sigue tenemos:

- A. Contradicciones graves, como pueden verse en discrepancias entre lo que ven los ciudadanos y lo que ven los Tribunales. Para muestra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que dejaba sin efecto la previa decisión judicial de impedir la instalación de un macro-burdel en La Junquera<sup>26</sup> decisión que había solicitado el alcalde de la localidad. Esa sentencia se produjo a pesar de que un informe policial alertaba del peligro que supondría el burdel para la seguridad ciudadana, advirtiendo además que

---

<sup>26</sup> Como es sabido, ese será uno de los muchos burdeles de la zona pre-fronteriza con Francia, cuya legislación es mucho más restrictiva con la prostitución, y por eso buena parte de la clientela procede del otro lado de la raya.

el administrador del negocio estaba imputado por tráfico de mujeres para la explotación, pero a favor de conceder la licencia de construcción se posicionaron Urbanismo, Medio Ambiente e, incluso, el Consejo Comarcal del Alt Empordà. A partir de esos datos es posible preguntarse si existe de verdad un interés de la Administración pública por luchar contra la explotación sexual.

- B. La falta de una política visible contra la explotación sexual, como se puede ver en el poco o nulo desarrollo que ha tenido el Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con fines de Explotación Sexual, que anunció el desaparecido Ministerio de Igualdad en 2010
- C. El volumen del negocio del sexo se calcula en miles de millones de euros, lo que da idea del dinero negro que producen, pero es que, además, dada la ingente cantidad de dinero en metálico que se mueve en ese ámbito es fácil imaginar las facilidades que encuentra la propia actividad de lavado de dinero.

A la vez que todo eso sucede, la geografía española continua plagada de burdeles, de lujo o sórdidos, las mafias de toda laya explotan el negocio, con muy pocos costes de incautaciones, detenciones o condenas. Paralelamente, los debates sobre la abolición continúan, pero, aunque lo niegues, solo se centran en la lucha para impedir la prostitución libre de personas mayores de edad, cuando el problema es mucho más amplio y, antes de llegar a eso, se debiera concentrar todo el esfuerzo social y legal en la lucha contra la explotación en todas sus formas.