

Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas

María Marta González Tascón

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Oviedo

GONZÁLEZ TASCÓN, MARÍA MARTA. Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2020, núm. 22-10, pp. 1-43.
<http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-10.pdf>

RESUMEN: En el debate sin fin sobre el tratamiento legal del fenómeno de la prostitución, el avance de la posición neoabolicionista ha tenido importantes repercusiones en la legislación penal española y anuncia nuevas reformas difíciles de justificar desde la perspectiva del Derecho penal liberal. El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar la relevancia penal de las conductas de terceros relacionadas con la prostitución de adultos con la finalidad de poner de manifiesto las necesidades de criminalización y sus excesos. A tal fin, se aborda principalmente la regulación de los denominados delitos relativos a la prostitución de adultos y también se tratan, aunque someramente, otras conductas relacionadas con esta clase de prostitución penalmente relevantes en orden a ofrecer una visión más completa de la intervención penal en este marco.

PALABRAS CLAVE: Prostitución, explotación sexual, delitos.

TITLE: Differentiating elements between criminal organization and criminal group

ABSTRACT: In the endless debate on the legal treatment of the phenomenon of prostitution, the advancement of the neo-abolitionist position has had a significant impact on Spanish criminal law and announces new reforms that are difficult to justify from the perspective of liberal criminal law. The main objective of this work is to analyse the criminal relevance of conducts of third parties related to adult prostitution in order to highlight the needs for criminalisation and their excesses. For this purpose, the regulation of the so-named offences relating to the prostitution of adults is mainly addressed and other criminally relevant prostitution-related conduct are also dealt with briefly, in order to offer a more complete view of criminal intervention in this context.

KEYWORDS: Prostitution, sexual exploitation, crimes.

Fecha de recepción: 15 enero 2020

Fecha de publicación: 15 agosto 2020

Contacto: gonzalezmarta@uniovi.es

SUMARIO: 1. Consideraciones previas. 2. Los delitos relativos a la prostitución de adultos: 2.1. Introducción. 2.2. El concepto de prostitución. 2.3. Proxenetismo coercitivo. 2.4. Proxenetismo no coercitivo. 3. El delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual. 4. Los delitos contra los derechos de los trabajadores. 5. Reflexión final. Bibliografía.

1. Consideraciones previas

El conocimiento empírico disponible sobre la prostitución, entendida ésta en su acepción lingüística de “actividad de quien mantiene relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero”, sin mayor calificación, evidencia que estamos ante un fenómeno comprensivo de realidades diversas¹. No obstante las limitaciones propias de los estudios de base empírica, acrecentadas por las particularidades propias de las actividades alegales e incluso ilícitas, aquel reflejaría situaciones merecedoras de distinta atención en consideración a alguna condición de quién la realiza (mujeres, hombres, personas transgénero, niñ@s, nacionales, inmigrantes, etc.), a quién recurrir a estos servicios y su razón para ello (principalmente hombres pero también mujeres, con o sin sus parejas), al lugar de realización (espacios abiertos y cerrados, privados o abiertos al público), a la forma de organización de la actividad (individualmente, en cooperativa o por terceros) o, muy especialmente, en deferencia a la existencia o no de libertad de decisión al respecto de la persona que ejerce la prostitución². Nos encontramos, por tanto, ante un fenómeno multiforme en el que hay

¹ Una síntesis de los estudios de campo sobre la prostitución que se han realizado en nuestro país es realizada por Fernández Ollero, N. J., *Calidad de vida y salud de las mujeres que ejercen la prostitución*, Tesis doctoral, Universidad de Oviedo, 2011, pp. 32-38, como antesala de su propio estudio. Principalmente se trata de estudios realizados en el marco de las ciencias de la salud y muy centrados en la prostitución femenina. A éstos podríamos añadir otros de más reciente publicación, así el estudio de Salmerón Sánchez, P., *Perfil psicosocial de los trabajadores masculinos del sexo*, Tesis doctoral, Universidad de Castellón de la Plana, 2011, sobre el trabajo de éstos en piso gestionado por terceros; Corbalán Herrera, M. F., *Prostitutas de calle en Madrid en los inicios del nuevo milenio: discursos y realidades sobre prostitución en el marco de las perspectivas de género*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2012; Rodríguez Villoria, M. C. A., *Factores psicosociales asociados a la prostitución: la percepción social y de las trabajadoras sexuales*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2015.

También se ha realizado una estimación del número de personas que en España se dedican a la prostitución, entendida ésta como el intercambio sexual comercial con contacto físico, negociado y libre no reconocido laboralmente. El informe de ESCODE, *Impacto de una posible normalización profesional de la prostitución en la viabilidad y sostenibilidad futura del sistema de pensiones de protección social*, 2006, p. 82, sin perjuicio de reconocer las limitaciones de su estudio, señala como estimación conservadora las 113.426 personas.

² Considerando que ha sido el movimiento feminista quien mayor preocupación ha mostrado por la prostitución es interesante resaltar que en la actualidad dentro del mismo existe un sector que niega siempre la libertad de la mujer para decidir el ejercicio de la prostitución –posición abolicionista (o neoabolicionista, defendida por el feminismo radical-, y otro que reconoce que la prostitución puede responder a una decisión libre de la mujer (posición pro derechos de las mujeres prostitutas o trabajadoras del sexo, mantenida por el feminismo crítico). Recientemente contraargumenta detenidamente la primera postura desde un enfoque empírico, utilitarista y de protección de bienes jurídicos Llobet Angl, M., «Prostitución: ¿qué castigar? Trabajadoras, burdeles, rufianes y clientes», en *Nuevo Foro Penal*, 2019, n.º. 92, pp. 51-104. Sobre las falacias argumentativas presentes en el debate global Suárez Llanos, L., «Prostitución, dignidad y falacias argumentativas», en Suárez Llanos, L./ Valvidares Suárez, M., (coord.), *Libres, dignas e iguales. Las claves jurídico críticas de la prostitución y el trabajo sexual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 21-43.

personas que son obligadas a prostituirse por terceros, que las explotan sexualmente, víctimas o no de la trata de seres humanos, pero también personas que, por los motivos que sean, de forma libre, han optado por el desarrollo de esa actividad³.

La obligación de proteger a las primeras a través del instrumento penal es, como veremos, incuestionable. Más dudas, sin embargo, ofrece la extensión de la respuesta penal a conductas que se realizan en los que podríamos denominar escenarios de prostitución libre, como consecuencia de la naturaleza y los principios que rigen el Derecho penal en nuestro modelo de estado social, democrático y de Derecho (art. 1.1 CE). En este marco normativo la intervención del Derecho penal en referencia a las conductas de terceros en relación con la prostitución de adultos debe presuponer necesariamente la constatación de acciones especialmente peligrosas para un bien jurídico merecedor de la protección penal. Objeto de tutela que, en atención al fenómeno de la prostitución en la actualidad, como iremos viendo, bien podría ser la libertad sexual, la dignidad humana o, en su caso, la integridad moral y el conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la relación laboral. Y en ningún caso puede significar la restricción del ejercicio de los derechos humanos de manera innecesaria o desproporcionada, la desmotivación de sus titulares de su ejercicio y la provocación o intensificación de la vulnerabilidad de las personas.

La libertad de la persona en la esfera sexual, entendida ésta como la libertad de tener relaciones sexuales con quien uno quiera y como quiera sin más limitaciones que las que nacen del respeto a la libertad sexual del otro⁴, ha sido precisamente el eje sobre el que se han articulado en nuestro Código penal (CP) los delitos directamente relacionados con la sexualidad humana a raíz de la superación de la concepción de esas conductas como ataques a una determinada moral colectiva. Una concepción contra la que se habría manifestado con fuerza la doctrina en la década de los ochenta⁵, promoviendo un cambio de paradigma legislativo en este ámbito que se alcanzaría con la aprobación de la LO 3/1989, de 21 de junio. Esta ley, al identificar expresamente la libertad sexual como bien jurídico tutelado en esos delitos, sustituyó el enunciado legal del título donde se englobaban estas conductas (Título IX “De los delitos contra la honestidad”) por el de “De los delitos contra la libertad sexual” y trató de depurar de las descripciones típicas los elementos normativos dependientes para su determinación de una valoración con arreglo a criterios morales. Entre esos delitos, no obstante sus particularidades, se incluyen los que se conocen genéricamente como delitos relativos a la prostitución, cuya regulación penal tomando como referencia la libertad evidenciaba a efectos jurídicos una clara

³ Algunos autores, como Rodríguez Ruiz, B., «Cuerpo y autonomía relacional. Perspectivas desde el aborto», en Rodríguez Ruiz, B., (ed.), *Autonomía, género y derecho. Debates en torno al cuerpo de las mujeres*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 29, explican esta idea no por referencia a la libertad sino a la autonomía relacional.

⁴ Esto implicaría el reconocimiento de la libre disposición del propio cuerpo en la esfera sexual y la libertad para decidir la no involucración, activa o pasiva, en conductas de contenido sexual.

⁵ Por todos, Díez Ripollés, J. L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Ed. Bosch, Barcelona, 1985.

distinción entre la comúnmente llamada prostitución libre y la prostitución forzosa, que, como iremos viendo, hace ya algunos años habría comenzado a ensombrecerse.

A los delitos relativos a la prostitución está dedicado en parte el capítulo V del Título VIII (Delitos contra la libertad e indemnidades sexuales) del Libro II del CP, bajo cuyo enunciado legal, “De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”, los delitos relativos a la prostitución se sistematizan en atención a la víctima. Este criterio es fruto de la reforma del CP por LO 1/2015, de 30 de marzo, que establece una meridiana separación entre, por un lado, aquellos con víctimas adultas, con capacidad de ejercer por sí mismas sus derechos, y, por otro lado, aquellos con víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección. Este último grupo de personas recibe una protección penal reforzada que se reflejaría en la mayor amplitud de las conductas típicas que les victimizan, abarcando, por ejemplo, otras formas de explotación sexual como las concernientes a su utilización con fines pornográficos o exhibicionistas (art. 189), y en la intensificación de la respuesta penal.

Estas líneas, no obstante, tienen exclusivamente por objeto de análisis jurídico la regulación de los delitos relativos a la prostitución de las personas adultas y otras conductas estrechamente relacionadas con éstos y, en general, con la prostitución de adultos que, en consideración al bien jurídico protegido a través de las mismas, se encuentran tipificadas de forma completamente autónoma en otros títulos del CP. Nos estamos en concreto refiriendo a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual en la prostitución y a la vulneración por parte de sus empleadores de los derechos laborales de las personas que libremente deciden ejercer la prostitución en el ámbito de gestión de aquellos y subordinados a los mismos. La atención que se prestará a estos últimos delitos, sin embargo, es mucho menor y sólo responde al interés de ofrecer una visión más amplia de la problemática.

En la configuración de todos estos delitos la variable género es irrelevante pero la práctica detectada muestra que la prostitución de adultos continúa siendo un fenómeno de los que se denominarían “generizados”, dada la importancia que en su explicación tienen las relaciones entre los sexos, los roles culturales y las funciones sociales asignadas a los hombres y a las mujeres. De hecho, la casuística denota que las víctimas de estas actividades delictivas en la actualidad y en nuestro país son principalmente mujeres procedentes en gran parte de países donde la desigualdad entre las personas por razones de sexo/género en el mejor de los casos ha dejado de ser sólo formalmente así⁶; observándose además que principalmente quienes pagan por sexo son los hombres. Ahora bien, lo que determina la realización de los delitos a los que seguidamente nos vamos a referir, salvo en casos más bien de laboratorio (así, por ejemplo, el marido que determina a su esposa abusando de la situación de dependencia emocional que está tiene de él a mantener sexo por dinero con otros con

⁶ Vid. nota 1.

el único fin de demostrarle que ella está sometida a él), no es el género, sino la obtención de lucro. Consiguientemente las repercusiones que el género tiene en la vida de las mujeres hacen que éste deba ser considerado en este escenario como un factor social claramente favorecedor de esta actividad delictiva; lo que obliga a la implementación de medidas preventivas de distinto orden, no sólo penales, y, por otro lado, a no obviar la perspectiva de género en la interpretación de los elementos de estos tipos penales y en la actividad probatoria de los mismos.

2. Los delitos relativos a la prostitución de adultos

2.1. *Introducción*

La aprobación del CP de 1995 supuso, como es sabido, la materialización de una nueva política criminal en relación con la protección penal de la libertad sexual, que reducía en mayor medida las conductas penalmente relevantes relacionadas con la sexualidad humana. Ello significó en el caso concreto de la prostitución de la persona adulta, a quien se reconocería la libertad de prostituirse como manifestación de la libertad sexual (STS nº. 92/1995, de 27 enero, FJ. 2º, -Roj: 347/1995-), la restricción de forma muy significativa del uso del instrumento penal. Éste quedaría relegado a la prevención de aquellas conductas de terceros que hacían que ésta ejerciera o se mantuviera en la prostitución contra su voluntad sirviéndose a tal fin del empleo de medios especialmente peligrosos para la libertad en atención a su idoneidad para anular o afectar, hasta el punto de viciarlo, el proceso de formación de la voluntad. Consecuentemente fueron objeto de descriminalización distintas conductas que de forma muy casuística y confusa habían finalmente sido sistematizadas dentro de un capítulo dedicado a los delitos relativos a la prostitución que procedía de la reforma del CP de 1963 –entre ellas las conductas de proxenetismo, rufianismo y tercería locativa⁷, en cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por España en virtud del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1950, (Convenio de Lake Success). Un convenio marcadamente influenciado por el modelo abolicionista de la prostitución de finales del siglo XIX, que reaccionaba, sobre todo, contra el sistema reglamentista de la prostitución.

Las grandes transformaciones sociales que habría experimentado nuestra sociedad desde entonces y la aprobación de la Constitución española de 1978 (CE) avalaban efectivamente, a nuestro juicio, este cambio de criterio tendente a excluir del ámbito penal a aquellas conductas en las que no se apreciaba que la persona que realizaba la

⁷ Antes de la aprobación del CP de 1995, el reconocimiento del bien jurídico de la libertad sexual por la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del CP, sería esgrimido ante los tribunales como argumento para rechazar el castigo penal de las conductas relacionadas con la prostitución libre, pero no prosperaría. Vid. la STS nº. 92/1995, de 27 enero, (FJ. 2º) -Roj: 347/1995-.

actividad de prostitución hubiese sido afectada en su libertad de autodeterminación en la esfera sexual como consecuencia de la intervención de terceros. Distinto es que España no hubiera procedido a la denuncia del citado convenio para eludir unas obligaciones cuyo cumplimiento, no obstante, estaba condicionado en el mismo a la conformidad de las medidas necesarias que se adoptaran a tal fin con la Constitución de cada Estado Parte (art. 27).

Esta omisión del Estado español habría hecho que sus disposiciones se hayan convertido en la actualidad en una referencia normativa de nuevas pretensiones incriminatorias y, como indicaremos, ya habría servido para apoyar la ampliación de los delitos relativos a la prostitución con posterioridad a 1995. Ello a costa de obviar que aquel texto es fruto de un tiempo en el que se había alcanzado un cuestionable consenso sobre la conexión entre la prostitución y la trata de personas para fines de prostitución desde la óptica de la dignidad -no olvidemos que las pretensiones abolicionistas de la prostitución se abren camino a principios del siglo XX en la normativa internacional gracias a la preocupación que generaba la llamada “trata de blancas”⁸. En el presente, sin embargo, volver a trazar ese recorrido resulta más arduo, tal y como lo demuestra, por un lado, la exigencia de concretar el concepto abierto y evolutivo de la dignidad a partir del propio contexto constitucional⁹, y, por otro lado, el hecho de que el acuerdo alcanzado respecto de la trata de seres humanos en el plano internacional, sobre el que se ha elaborado toda una normativa internacional contra la trata vinculante para España a la que más adelante nos referiremos, no se ha extendido a la cuestión del tratamiento legal de la prostitución ante la existencia de una realidad jurídica a nivel estatal demasiado diversa para poder converger¹⁰.

El tiempo dirá si la posición del Parlamento Europeo, manifestada en su Resolución de 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género -2013/2103(INI)-, según la cual “la prostitución, la prostitución forzada y la explotación sexual son cuestiones con un gran componente de género y constituyen violaciones de la dignidad humana contrarias a los principios de los derechos humanos, entre ellos la igualdad de género, y, por tanto, son contrarias a los principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

⁸ Así, Nicolás Lazo, G., *La reglamentación de la prostitución en el Estado español. Geneología jurídico-feminista de los discursos sobre prostitución y sexualidad*, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2007, pp. 380-385, quien señala que la campaña contra la “trata de blancas” fue controlada por un discurso conservador y represivo que terminaría prevaleciendo sobre la ideología liberadora de la mujer. Más recientemente Pomares Cintas, E., «La prostitución, rehén histórico de la trata de personas: la conformación política de una nueva victimización de mujeres», en Carrasco Andriano, M. M., (dir.), *Víctimas de delitos: Modelos de actuación integral*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 103-132 (versión de pruebas), nos explica el impacto en la actualidad de aquel discurso incapacitador de la mujer migrante.

⁹ Valvidares Suárez, M., «Trabajo sexual, constitución, derechos y feminismo(s)», en Suárez Llanos, L./ Valvidares Suárez, M., (coord.), *Libres, dignas e iguales. Las claves jurídico críticas de la prostitución y el trabajo sexual*, cit., pp. 74-80.

¹⁰ TRANSCRIME, *Study on national legislation on prostitution and the trafficking in women and children*, 2005.

(CDFUE), incluido el objetivo y el principio de la igualdad de género”¹¹, no va más allá de su valor como declaración política¹². Téngase presente que las normativas aprobadas a nivel nacional por los Estados Miembros de la Unión Europea que inciden directa o indirectamente sobre la prostitución no responden a un mismo enfoque; pudiéndose incluso observar como algunos países se sitúan en polos completamente opuestos. En este sentido podemos recordar que en 1999 Suecia aprobó la Ley sobre la compra de sexo por medio de la cual incluso se castiga penalmente a quien recurre a la prostitución libre; conducta que también ha devenido delito en fecha más reciente en Francia con la aprobación de la Ley nº 2016-444, de 13 de abril (*Loi visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées*). En cambio, en los Países Bajos se implantó entre los años 1999 y 2000 un modelo regulacionista de protección de los derechos del colectivo de trabajadores sexuales que, en consecuencia, supuso la despenalización del proxenetismo no coercitivo (incluida la gestión de los establecimientos dónde libremente se ejerce la prostitución). Línea que se ha seguido también en Alemania mediante la Ley reguladora del estatuto legal de los trabajadores sexuales, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, (*Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten*), de 20 de diciembre de 2001, en vigor desde el 1 de enero de 2002 y modificada en su artículo 2 por la Ley de Protección de los Trabajadores Sexuales, (*Das Prostituiertenschutzgesetz*), de 21 de octubre de 2016, en vigor desde el 1 de julio de 2017. No olvidemos tampoco que en la interpretación que del Derecho de la Unión Europea ha hecho el TJUE con motivo de su pronunciamiento sobre solicitudes de decisiones prejudiciales que se suscitaban en relación con el ejercicio de la prostitución, en concreto por cuenta propia, se ve claramente la distinción entre prostitución libre, prostitución forzada y trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Así, en su sentencia del Pleno de 20 de noviembre de 2001, (C-268/99 Jany y otras), ha reconocido que la prostitución por cuenta propia constituye una prestación de servicios remunerada comprendida en el concepto de actividad económica del artículo 2 del TCE (apartados 49 y 50); llamando además la atención sobre el hecho de que “lejos de estar prohibida en todos los Estados miembros, la prostitución se tolera e incluso se regula en la mayoría de dichos Estados” (apartado 57). Doctrina que se recoge más recientemente, y estando vigente la CDFUE, en las sentencias de este tribunal de 1 de octubre de 2015 (C-341/14 Harmsen, Sala Tercera) y de 8 de mayo de 2019 (C-230/2018, Sala Sexta).

¹¹ En consecuencia, se manifiesta en contra de la legalización del trabajo sexual, de la despenalización de la industria sexual y de la legalización del proxenetismo.

¹² Críticamente Pomares Cintas, E., «La prostitución, rehén histórico de la trata de personas: la conformación política de una nueva victimización de mujeres», cit., p. 128, quien afirma que el Parlamento Europeo recupera el legado del Comité especial de expertos de la Sociedad de Naciones que transformara el concepto de trata, identificando trata y prostitución, para controlar los flujos migratorios de trabajadores no cualificados. En consecuencia, las buenas intenciones del movimiento abolicionista de la prostitución acabarían siendo instrumentalizadas de nuevo al servicio del control del fenómeno migratorio.

La voz que más parece hacerse escuchar en el presente sobre la cuestión de la prostitución a nivel político en nuestro país es el nuevo abolicionismo de la prostitución que en su afán de erradicar toda la prostitución femenina, reduciendo a un todo la prostitución libre, la forzosa y la trata de seres humanos, reclama la utilización del instrumento penal de forma excesiva, a expensas de principios básicos del Derecho penal en nuestro modelo de estado como el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, de lesividad o de proporcionalidad. Muestra de lo dicho es la reciente pretensión de modificar estos delitos aprovechando la gestación de una ley integral contra la trata de seres humanos, en particular con fines de explotación sexual. En un borrador que se ha hecho circular se pretende la criminalización de toda obtención de lucro de la prostitución ajena, de la denominada tercería locativa consistente en concreto en la facilitación a sabiendas de muebles, inmuebles, instrumentos o medios de transporte para la comisión de estos delitos y de la conducta del cliente de la prostitución de adultos, esta última como medio de desincentivar la demanda¹³. En este borrador se recuerda de nuevo el Convenio de Lake Success.

El CP de 1995, por otra parte, desterró también del ámbito penal una de las medidas utilizadas para acabar con la prostitución por el denominado sistema prohibicionista como es la relativa a la sanción penal de quien ejerce la prostitución a través de la derogación de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social; algunos de cuyos preceptos ya habían, no obstante, dejado de aplicarse por su manifiesta oposición a la CE. En esta ley el ejercicio habitual de la prostitución, además de muchas de las conductas vinculadas con ella, se concebía como un estado peligroso al que se asociaban las medidas de seguridad de internamiento en un establecimiento de reeducación, de prohibición de residir en un lugar o territorio determinado, de prohibición de visitar ciertos lugares o establecimientos públicos y de sumisión de vigilancia de los delegados (arts. 2.4 y 6.3). De esta forma el legislador dejaba de utilizar el instrumento penal para, en defensa de una determinada moral sexual, reprimir aún con mayor fuerza a un colectivo que por su actividad ha sido tradicionalmente estigmatizado y excluido socialmente¹⁴. Sin embargo, ningún paso firme más se dará desde entonces para que el estatus de ciudadanos no se devalúe por ser ese ciudadano una persona que ejerce la prostitución. La actividad de prostitución se sigue realizando al margen de la economía formal, que es la que permite el disfrute de derechos de origen laboral; lo que contribuye a la perpetuación del estigma social de estas personas y las hacen más vulnerables frente a terceros (incluida la propia policía)¹⁵. A esta vulnerabilidad también contribuye la normativa

¹³ Vid. Villacampa Estiarte, C., «¿Es necesaria una ley integral contra la trata de seres humanos?», en *RGDP*, 2020, nº. 33, pp. 36-39, quien denuncia la identificación absoluta que se realiza entre la trata con fines de explotación sexual y la prostitución.

¹⁴ Vid. Juliano, D., *La prostitución: el espejo oscuro*, Ed. Icaria, Barcelona, 2002.

¹⁵ Tamarit Sumalla, J., «Prostitución: regulación, prevención y desvictimización», en Villacampa Estiarte, C., (coord.), *Prostitución: ¿Hacia la legalización?*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 271-273.

administrativa sobre la seguridad pública en los espacios públicos que sanciona el ejercicio de la prostitución en la vía pública. Una nota característica del prohibicionismo de la prostitución que a nivel nacional se recupera con la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana¹⁶.

La intervención del Derecho penal en relación con la prostitución de adultos se focalizó en 1995 exclusivamente en el contexto de la prostitución forzada, donde, como se ha apuntado, quien mantiene relaciones sexuales a cambio de dinero no es realmente libre de decidir ese intercambio entre sexo y dinero como consecuencia de la acción de un tercero que de forma forzosa, fraudulenta o abusiva incide, aunque sea con distinta intensidad, pero en cualquier caso de forma significativa, en su voluntad. A resultas de ello se configuró un único delito relativo a la prostitución de adultos, al que es frecuente referirse como delito de determinación a la prostitución de adultos o prostitución forzada o coactiva de adultos o de proxenetismo coercitivo, que durante cierto tiempo en exclusiva daría contenido al artículo 188 del CP, hallándose en la actualidad descrito en su modalidad básica en el artículo 187.1 párrafo 1º. A raíz de la reforma del CP por la LO 11/1999, de 30 de abril, se reintrodujo en el por entonces artículo 188 una nueva modalidad típica dentro de los delitos relativos a la prostitución de adultos tendente a prevenir algunas manifestaciones de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. En aquel momento este fenómeno no se había aún deslindado jurídicamente del tráfico ilegal de personas, de ahí que el delito tipificado en el posteriormente derogado artículo 188.2 se conociera como el delito de tráfico sexual de personas y tomase como referencia básica en su

¹⁶ La actividad de prostitución, no en sí misma considerada, sino en atención al lugar de su realización sí podría tener repercusiones jurídicas desde la perspectiva administrativa tanto para la persona que se prostituye como para el “cliente”. A este respecto téngase presente a nivel nacional la mencionada LO 4/2015, que describe como infracción administrativa, calificada además de grave, determinadas conductas de los clientes (“la solicitud o aceptación por el demandante de servicios sexuales retribuidos en zonas de tránsito público en las proximidades de lugares destinados a su uso por menores, como centros educativos, parques infantiles o espacios de ocio accesibles a menores de edad, o cuando estas conductas, por el lugar en que se realicen, puedan generar un riesgo para la seguridad vial”), pero además señala que la inobservancia por parte de las que ofrezcan estos servicios del requerimiento que les haya realizado los agentes de la autoridad para que se abstengan de hacerlo en dichos lugares, informándoles de que la no observancia de dicho requerimiento podría constituir una infracción administrativa de desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, podría ser constitutiva de esa infracción (art. 36.11 en relación con art. 36.6). Entre las infracciones administrativas leves se recoge una que también puede afectar a las prostitutas que ejercen en los espacios públicos como es la relativa a la ejecución de actos de exhibición obscena, cuando no constituya infracción penal (art. 37.5). Se trata de una regulación muy cuestionada porque agudiza la estigmatización y la vulnerabilidad de estas personas. Vid. sobre el particular la Propuesta de reforma de las ordenanzas de convivencia, la LO 4/2015, de seguridad ciudadana y otras normas de Derecho administrativo sancionador del Grupo de Estudios de Política Criminal, recogida en el documento *Una nueva política criminal en materia de espacio y orden público*, Ed. Grupo de Estudios de Política Criminal y Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 57-61, que ya en su Manifiesto a favor de la regulación del ejercicio voluntario de la prostitución entre adultos, de 2006, defendía la supresión de cualquier tipo de sanción o privación de derechos para las personas que se prostituyen. Ampliamente sobre las ordenanzas municipales Villacampa Estiarte, C., «A vueltas con la prostitución callejera: ¿hemos abandonado definitivamente el prohibicionismo suave?», en *EPC*, 2015, vol. XXXV, pp. 413-455; Boza Moreno, E., *Sobre la prostitución. Un análisis desde la Política Criminal y la necesidad de su legalización*, Tesis doctoral, Universidad Pablo de Olavide, 2017, pp. 243-268.

configuración la legislación de extranjería¹⁷. Los elementos típicos de este delito autónomo se conectarían al delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina ubicado sistemáticamente en el título XV bis, dedicado a los “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” con la entrada en vigor de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, hasta la introducción del delito de trata de seres humanos en la reforma penal ejecutada por LO 5/2010, de 22 de junio. Esta ley significaría en este punto una nueva reconfiguración de las conductas de trata y tráfico que, en armonía con la estrategia internacional de erradicación de la trata de seres humanos, quedarían claramente delimitadas desde la perspectiva jurídica; satisfaciéndose además algunas de las principales demandas que la doctrina penal venía esgrimiendo con motivo de la regulación penal de estos delitos.

La reforma del CP por LO 11/2003 no sólo recondujo el desacierto legislativo de 1999, sino que además introdujo, inmediatamente a continuación de la descripción típica de la modalidad básica del delito de prostitución forzada, una nueva conducta típica, castigando, con igual pena que aquel, al que se lucrara explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. La entonces novedosa figura delictiva, mediante la que se desvalora el hecho de lucrarse de la explotación de la prostitución de adultos por parte de quien no hubiese realizado la anterior modalidad delictiva, suscitó también una gran controversia doctrinal y jurisprudencial¹⁸, como indicaremos, a la que el legislador, conocedor de la misma, no trató de poner fin, sin embargo, hasta la reforma del CP por la LO 1/2015, de 30 de marzo. En esta reforma el que podría denominarse delito de proxenetismo no coercitivo pasó a tipificarse en su modalidad básica en el artículo 187.1 párrafo 2º.

A través de estas reformas de 2003 y de 2015 se han articulado, como dijimos, legislativamente algunas de las pretensiones del nuevo abolicionismo de la prostitución, llegándose a confundir, como veremos, también por parte del legislador penal la prostitución libre y la prostitución forzada en la medida en que en el momento presente las figuras delictivas que se engloban dentro de los delitos relativos a la prostitución de adultos son dos, pero sólo una de ellas supone en realidad una puesta en peligro o lesión de la libertad sexual.

A lo largo de todos estos años de reformas no podría afirmarse que haya tenido lugar una reflexión abierta, amplia y profunda sobre el tratamiento de las conductas relativas a la prostitución desde la perspectiva del bien jurídico protegido en la que

¹⁷ Originariamente el delito consistía en el favorecimiento, directa o indirectamente, de la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

¹⁸ Incluso algún autor la calificó de auténtica chapuza legislativa, así Gómez Tomillo, M., «Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», en *RECPCR*, 2005, nº. 7, pp. 22 y 26, planteando incluso su inconstitucionalidad a la luz del principio de igualdad y del principio de culpabilidad, al considerar que se trataba de un tipo de autor que introducía además injerencias de los poderes públicos en la vida de quien libremente se prostituía.

se haya planteado la consideración de otras opciones como la defensa de la dignidad humana o, en su caso, de la integridad moral, que, sin embargo, prende en las últimas modificaciones en este punto de la regulación penal. Posiblemente el gran avance histórico que supuso el reconocimiento de la libertad sexual haya eclipsado esta óptica que algunas voces reclaman ahondar¹⁹. En el momento presente, sin embargo, el gran interés que ha despertado la erradicación de la trata de seres humanos precisamente desde el prisma de la dignidad humana, unido al hecho de que en la casuística actual de nuestros tribunales la prostitución forzada suele aparecer vinculada a la trata, parece propiciar en mayor medida esta reflexión, que, no obstante, se excede en demasía del objetivo de estas líneas, centradas en advertir de los problemas de la regulación vigente.

Este camino se intuía ya en la jurisprudencia de nuestro TS cuando con motivo de la no estimación de recursos de casación que esgrimían la incorrecta aplicación de los tipos de proxenetismo no coercitivo desde su confrontación con la libertad sexual antes de la aprobación del CP de 1995, además de dotar a la libertad sexual de un contenido amplio que abarcaría la protección de las personas prostituidas de la explotación o del peligro de ella, mencionaba la dignidad personal como valor que vendría a legitimar el hecho de poner trabas a las condiciones que fomentan que ciertas personas acudan a someterse a prácticas sexuales por precio -así la STS nº. 92/1995, de 27 enero, FJ. 2º, -Roj: 347/1995-. La cuestión es si este planteamiento sería compatible con la concepción constitucional de la dignidad humana como “un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” -STC (Pleno) nº. 53/1985 de 11 abril (FJ. 8º), ECLI:ES:TC:1985:53-, como el “derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, ..., así como el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE)” - STC (Sala Primera) nº. 192/2003, de 27 de octubre (FJ. 7º), ECLI:ES:TC:2003:192-²⁰, en una sociedad como la española que ha visto cómo se despenalizaba el proxenetismo no coercitivo y florecía el negocio de la prostitución²¹.

¹⁹ Alonso Álamo, M., «¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual», en *RP*, 2007, nº. 19, pp. 3-20.

²⁰ Sigue diciendo el TC: “la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menoscabo para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona [SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4, y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3 a)]”.

²¹ Recordemos, por ejemplo, que la Audiencia Nacional en su sentencia nº. 104/2003, de 23 diciembre -Roj: SAN 3834/2003-, confirmada por la sentencia del TS (Sala de lo Social), de 27 de noviembre de 2004 -Roj: STS 7727/2004-, reconocía la legalidad de la inscripción de la Asociación Nacional de Empresarios “Mesalina”.

El enfoque de algunos de los delitos relativos a la prostitución desde el prisma de la dignidad humana está de plena actualidad en otros sistemas jurídicos de nuestro entorno muy apegados al abolicionismo clásico²². Así se apreciaría a través de las sentencias nº. 641/2016, de 21 de noviembre, del Tribunal Constitucional Portugués, nº. 218-761, de 1 de febrero del *Conseil Constitutionnel* francés y nº. 41/2019, de 6 de marzo, de la *Corte Costituzionale* italiana.

2.2. *El concepto de prostitución*

La delimitación del alcance del concepto “prostitución” ha sido de por sí una fuente de problemas debido a la diversidad de actividades sexuales objeto de comercio que se conocen en el presente²³, que van más allá de la exhibición pública de quien ofrece sexo por dinero, a la que alude el término latino *prostituere*. Su utilización por referencia a un contexto coercitivo resulta además totalmente contraproducente debido a su capacidad para ocultar la victimización de la persona prostituida; de ahí que en la doctrina algunos insistan en la necesidad de que el término prostitución quede vinculado a la prestación voluntaria y negociada de servicios sexuales remunerados²⁴; debiéndose en consecuencia referirse el CP en su lugar a la explotación sexual. Algo en lo que no podríamos estar más de acuerdo, y que permitiría ampliar además la respuesta penal específica a otras formas de explotación sexual de las personas adultas en las que no media o no tiene porqué mediar la entrega directa de precio por quien recibe un disfrute sexual (por ejemplo, explotación en la producción de material pornográfico, estriptis, etc.).

La ausencia de un concepto normativo de la prostitución de adultos, a diferencia de lo que ocurre en relación con la prostitución de menores²⁵, ha dado origen a distintas interpretaciones de su acepción jurídico-penal. En nuestra opinión, la concreción del significado de este vocablo en tanto elemento típico de los delitos relativos a la prostitución de adultos requiere de la realización de algunas precisiones en la definición que del mismo ofrece la RAE resultantes, en consecuencia, de la propia tipicidad penal.

La prostitución en una primera acepción hace referencia a “la acción y el efecto de prostituir”, definiéndose el verbo prostituir como el “hacer que alguien se dedique

²² Ampliamente Cadoppi, A., «Dignità, prostituzione e diritto penale per una riaffermazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della Legge Merlin», en *Archivio Penale*, 2019, nº. 1, pp. 1-43.

²³ Apunta el debate dentro del movimiento feminista Gimeno, B., *La prostitución*, Ed. Bellaterra, Barcelona, 2012, pp. 45-48.

²⁴ Maqueda Abreu, M. L., *Prostitución, feminismos y Derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2009, pp. 61-62, a quien sigue, entre otros, Tamarit Sumalla, J., «Prostitución: regulación, prevención y desvictimización», cit., p. 282; Boza Moreno, E., *Sobre la prostitución. Un análisis desde la Política Criminal y la necesidad de su legalización*, cit. pp. 419-420.

²⁵ Por ejemplo, el artículo 2.d de la Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

a mantener relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero”; y refiriéndose en una segunda definición a la “actividad de quien mantiene relaciones sexuales a cambio de dinero”. Así las cosas, y considerando que la descripción típica ya expresa la acción a través de los verbos “determinar”, “mantener” o “lucrarse”, parece resultar especialmente significativa la segunda acepción: “actividad de quien mantiene relaciones sexuales a cambio de dinero”.

El primero de los significados comunes de la palabra prostitución, especialmente, habrían hecho además gravitar el concepto de prostitución en el marco penal sobre una serie de notas que se agregaban a la idea básica de la existencia de una prestación sexual a cambio de precio o cosa que lo represente, como la habitualidad, que se desprendía del término “dedicación” o “actividad”, o el carácter promiscuo o indiscriminado o generalizado de la prestación sexual, al que podría llevar la expresión “con otras personas”²⁶. Rasgo este último que no estaría, sin embargo, necesariamente comprendido en la segunda acepción, pudiéndose, consiguientemente, a nuestro juicio, referirse a la prostitución sin necesidad de la concurrencia de la nota de promiscuidad, e incluso sin la característica de la habitualidad, en la medida en que el desarrollo de una actividad o la dedicación a algo es perfectamente compatible con su ejercicio ocasional; siendo lo decisivo entonces para hablar de prostitución la idea de dar continuidad en el futuro a la realización de prestaciones sexuales a cambio de precio. La no exigencia de este requisito sería también una consecuencia lógica del bien jurídico protegido, desde el momento en que la libertad en su proyección en la esfera sexual se ve afectada independientemente de que al sujeto se le obligue a realizar un acto sexual a cambio de precio o que pretenda que se dedique a ello con habitualidad. Esta línea interpretativa, innecesaria en realidad para resolver los casos que terminan en los tribunales pero que evitaría el problema de determinar qué se entiende por habitualidad, sin embargo, a consecuencia del sentido común de las palabras, sólo se podría seguir, como anunciaba, si está presente en el sujeto activo la idea de que la persona dé continuidad en el futuro a la realización de prestaciones sexuales a cambio de precio²⁷; exigencia que se aviene en mayor medida al concepto social de la prostitución²⁸. Y lo mismo sucede con la nota de la generalidad de los

²⁶ A favor de exigir la habitualidad o la reiteración Rey Martínez, F./ Mata Martín, R./ Serrano Argüello, N., *Prostitución y Derecho*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 78 y 102, debiendo en consecuencia estar la víctima en la actividad de forma permanente y no meramente ocasional; Sáinz-Cantero Caparrós, J. E., «Capítulo 12. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II). Acoso sexual. Exhibicionismo y provocación sexual. Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores. Disposiciones comunes a los delitos anteriores», en Morillas Cueva, L., (dir.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, p. 280. En contra del requisito de la habitualidad Gómez Tomillo, M., «Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», cit., pp. 17-18; o Cugat Mauri, M., «Lección 20ª. Prostitución y corrupción de menores e incapaces», cit., p. 678.

²⁷ De otra opinión Gómez Tomillo, M., «Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», cit., p. 18, quien vendría a admitir la comisión del delito de determinación coactiva a la prostitución cuando con violencia se determina a la víctima a llevar un acto de prostitución aislado.

²⁸ Téngase presente que, como explica Quintero Olivares, G., «Antinomias y contradicciones de la intervención penal en la prostitución libre», en Villacampa Estiarte, C., (coord.), *Prostitución: ¿Hacia la*

destinatarios de la prestación, pues desde el prisma de la protección de la libertad es irrelevante que el autor pretenda obligarla a satisfacer sexualmente a una o a varias personas²⁹.

El tipo concreto de prestación sexual que ha de realizar la víctima, aunque en principio podría pensarse que abarca cualquier clase de acto de significación sexual, se considera que en realidad queda acotado por la regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales³⁰; que, sin adentrarnos en la propia problemática de la delimitación del ataque a la libertad sexual, no otorga una especial relevancia penal a todo acto sexual no consentido. Así, por ejemplo, si A emplea violencia para que B se exhiba obscenamente ante un adulto, la existencia del delito de exhibicionismo del artículo 185, del que sólo pueden ser víctimas menores y personas con discapacidad necesitadas de una especial protección, impediría la aplicación de un delito de agresión sexual, quedando la conducta en el marco del delito de coacciones del artículo 172³¹. También una interpretación sistemática de los delitos relativos a la prostitución en el conjunto del capítulo en el que se integran produce como resultado la exclusión del término prostitución de otras formas de explotación sexual como son su uso en espectáculos exhibicionistas y pornográficos, con fines exhibicionistas o pornográficos (incluida obviamente las imágenes de pornografía), desde el momento que nuestro CP con motivo de la protección penal que dispensa a los menores frente a su explotación sexual sí distingue conceptualmente aquellos de la prostitución³². En este estado de cosas, parece que ha de concluirse que el término prostitución en estos delitos está referido a la realización de actos sexuales que impliquen el contacto sexual físico a cambio de precio, si bien no existe un acuerdo en la doctrina sobre la admisión de actos sexuales sobre uno mismo³³.

La forma más habitual en la que se manifiesta la contraprestación de la prestación sexual es el dinero, seguramente por ello el uso común de la palabra aluda a ella, pero nada impide que cualquier otra contraprestación de contenido económico sea igualmente determinante de la existencia de la prostitución³⁴. Así lo ha entendido el

legalización?, cit., pp. 164-167, en el entendimiento social de la prostitución, no es suficiente con la percepción del dinero por sexo, sino también la imagen de la persona como prostituta y un escenario identificable como propio de la prostitución.

²⁹ Rechaza también la nota de la generalidad de los destinatarios Cugat Mauri, M., «Lección 20ª. Prostitución y corrupción de menores e incapaces», cit., p. 678.

³⁰ Así Cugat Mauri, M., «Lección 20ª. Prostitución y corrupción de menores e incapaces», cit., p. 676.

³¹ Obsérvese la paradoja que resulta cuando la víctima es obligada a realizar los actos de exhibición obscena ante un menor siendo además éste o un tercero quien paga por ello.

³² De esta opinión Gómez Tomillo, M., «Capítulo V. De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores», en Gómez Tomillo, M., (dir), *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015, p. 563; Villacampa Estiarte, C., «¿Es necesaria una ley integral contra la trata de seres humanos?», cit., p. 38.

³³ Así Cugat Mauri, M., «Lección 20ª. Prostitución y corrupción de menores e incapaces», cit., p. 676.

³⁴ A título de ejemplo menciona Gómez Tomillo, M., «Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», cit., pp. 16 y 17, drogas, obtención de un puesto de trabajo, mejora de las condiciones de éstas, comida.

TS, por ejemplo, en su sentencia nº. 1016/2003, de 2 de julio, (FJ. 7º) -Roj: STS 4637/2003-, donde de forma sintetizada define la prostitución como “la situación en que se encuentra una persona que, de una manera más o menos reiterada, por medio de su cuerpo, activa o pasivamente, da placer sexual a otro a cambio de una contraprestación de contenido económico, generalmente una cantidad de dinero”. El hecho de que finalmente se realice la contraprestación económica es irrelevante a los efectos de la aplicación del tipo penal, dado que, en cualquier caso, la libertad se ha visto puesta en peligro o lesionada. Y, por la misma razón, es indiferente si la víctima recibe directamente el precio o éste se abona a un tercero, o si éste se queda con toda o parte de la ganancia obtenida.

2.3. *Proxenetismo coercitivo*

Las conductas de proxenetismo coercitivo adquieren relevancia penal al amparo del delito tipificado en el párrafo 1º del artículo 187.1, que podríamos denominar delito de determinación coactiva a la prostitución de adultos. Éste se construye, como ya se apuntó, desde el prisma del derecho fundamental a la libertad personal en su proyección en la esfera sexual, un ámbito especialmente sensible de la libertad por su importancia en el proyecto vital del ser humano. Ello implica que las acciones penalmente relevantes tienen que afectar de forma significativa a la voluntad de la víctima de este delito. En este orden de cosas este delito va a presuponer la confrontación de dos voluntades de sentido opuesto³⁵, la del responsable penal que quiere que un tercero realice actos de prostitución, seguramente para lucrarse de las ganancias que de los mismos se derivan, y la de la víctima quien, a causa de las maniobras del primero, queda expuesta en contra de su voluntad al comercio sexual que entraña la prostitución y a su victimización sexual; aspecto este último del que no se ocupa directamente este delito.

La constatación de la oposición de la víctima a esa práctica puede resultar especialmente problemática en la realidad, siendo necesario, por tanto, en aras de evitar vacíos punitivos y, consiguientemente, la desprotección de las víctimas, que junto al empleo de medios que manifiestamente suponen un quebrantamiento de la voluntad contraria a la prostitución de la víctima se contemplen otros medios típicos que de forma más sutil también afectan significativamente a la formación de la voluntad de la víctima, al ejercer tal presión sobre ésta que resultan igualmente idóneos para viciar aquella³⁶. Así lo ha entendido también nuestro legislador que, como explicaremos, considera que el ejercicio de la prostitución por parte de una persona adulta no

³⁵ Carbonell Mateu, J. C., «Los delitos relativos a la prostitución en el Proyecto de Código Penal de 1994», en Latorre Latorre, V., (coord.), *Mujer y Derecho penal. Presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p. 86.

³⁶ Así Rey Martínez, F./ Mata Martín, R./ Serrano Argüello, N., *Prostitución y Derecho*, cit., p. 97; Tamarit Sumalla, J., «Prostitución: regulación, prevención y desvictimización», cit., p. 274.

es libre cuando para la consecución de este objetivo no sólo se emplea la violencia o la intimidación sino también cuando se recurre al engaño o al prevalimiento de determinadas condiciones que evidencian la dependencia de la víctima. En esta línea de pensamiento se sitúan también los instrumentos internacionales de lucha contra la trata de seres humanos, como veremos.

En concreto, el comentado artículo 187.1 párrafo 1 castiga con una pena de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses a “el que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o mantenerse en la prostitución”.

Este delito común se ha configurado como un tipo mixto alternativo que presenta dos posibles modalidades comisivas dolosas expresadas a través de los verbos típicos “determinar” o “mantener”. La determinación de una persona adulta a la prostitución implica que es el sujeto activo del delito quien hace que la víctima realice actos sexuales a cambio de una remuneración mientras que el mantenimiento de un adulto en la prostitución presupone que la persona ya estaba en esa actividad, fuese libremente o de forma coactiva. Ahora bien, el hecho de causar en otra persona adulta de forma directa el ejercicio de la prostitución (sea por vez primera, sea después del cese en esa actividad) o de conseguir que continúe en ella (lo que implica que la persona ya estaba en esa actividad) no adquiere por sí sólo transcendencia penal. El principio de lesividad que rige el Derecho penal y el reconocimiento de la libertad de prostituirse al amparo de la libertad sexual exige que la conducta penalmente relevante comporte una puesta en peligro o lesión de la libertad en su proyección sexual, lo que necesariamente significa que la determinación o el mantenimiento de la persona adulta en la prostitución tiene que hacerse mediante el empleo de medios idóneos para poner en peligro o lesionar el bien jurídico protegido.

Estos medios se recogen igualmente de forma alternativa en el tipo penal, de manera que es suficiente con el empleo de uno de ellos para cometer el delito (así STS nº. 438/2004, de 29 marzo, FJ. 6º, -Roj: STS 2141/2004-)³⁷, aunque no es nada extraño que se utilice más de uno. La diversa entidad de estos medios, siendo todos ellos adecuados para limitar la libertad de la persona, hace, como ha destacado la doctrina, que no sean plenamente equiparables entre sí³⁸. En consecuencia la intensidad del ataque a la libertad, que va desde su anulación total hasta un mínimo de afectación³⁹, será un factor a considerar en la medición de la pena.

³⁷ A todos ellos se refiere la STS nº. 23/2015, de 4 de febrero, FJ. 4º, -Roj: STS 219/2015- cuya doctrina, por ejemplo, se repite en la nº. 538/2016, de 17 de junio, FJ. 3º, -Roj: STS 2776/2016-.

³⁸ En este sentido Gómez Tomillo, M., «Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», cit., p. 22, nota 60.

³⁹ Así Morales Prats, F./ García Albero, R., «Capítulo V. De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores», en Quintero Olivares, G., (dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, 7ª ed. Aranzadi, Navarra, 2016, p. 1353.

En primer lugar, se refiere el tipo penal al empleo de la violencia y de la intimidación, que en este marco están dirigidas a crear en la víctima una situación de miedo para vencer su voluntad contraria a mantener sexo con terceros a cambio de dinero. Ambas expresiones aparecieron en el tipo penal tras la reforma del CP por la LO 11/1999 en sustitución de la expresión “el que determine coactivamente”, que había suscitado algunas dudas sobre su correcto significado. Al respecto la jurisprudencia había precisado que las coacciones a las que se refería el entonces artículo 188.1º “no necesitan traducirse en lesiones corporales de la víctima. En realidad, cualquier medio capaz de limitar seriamente la libertad de acción y decisión de aquella permite la realización del tipo. Más aún, no existe ninguna razón para entender que la coacción a la que se refiere el artículo 188.1º CP podría tener menor entidad que la prevista en el art. 172 CP. Por lo tanto, si la jurisprudencia ha considerado que la “vis compulsiva” ejercida contra el sujeto o los sujetos pasivos del delito ..., resulta subsumible bajo el tipo de las coacciones, es evidente que la “vis compulsiva” también es suficiente en el delito de someter a otro a la prostitución. En efecto, el delito del artículo 188.1º CP es también un delito contra la libertad, como el delito de coacciones, sólo que, además ataca otro bien de suficiente importancia como para cualificar lo ilícito de una manera especial. Esta cualificación no consiente que, en cuanto delito contra la libertad el del art. 188.1º CP, requiera mayores exigencias que el delito de coacciones” (STS nº. 74/1998, de 26 de enero, FJ. 2º, -Roj: STS 409/1998-). Así las cosas, no habría problema tampoco en admitir como medio típico el empleo de fuerza en las cosas para generar en la víctima el miedo que doblegue su voluntad. Esta tesis se recuerda en sentencias posteriores como la STS nº. 1428/2000 de 23 septiembre, FJ. 5º -Roj: STS 6659/2000-.

La expresa referencia a la violencia y a la intimidación tras la reforma de 1999 hace que la primera se identifique con la fuerza física y la segunda con la violencia psíquica; precisando el TS, por ejemplo, en sus sentencias nº. 1536/2004, de 20 de diciembre, FJ. 10º, -Roj: STS 8281/2004-, o nº. 1425/2005, de 5 de diciembre, FJ. 4º, -Roj: STS 7485/2005-, que la violencia comprende aquella fuerza física directamente ejercida sobre la víctima o encaminada a crear en ella un estado de miedo o sufrir malos tratos en el futuro si no se dedica a la prostitución (*vis compulsiva*) y que la intimidación puede consistir en las amenazas en sentido estricto o en el ejercicio de cierta clase de fuerza sobre las cosas. A resultas de lo dicho la que podríamos denominar modalidad coactiva típica es igualmente de apreciación de acuerdo con la STS nº. 1425/2005, de 5 de diciembre, FJ. 4º, -Roj: STS 7485/2005-, que recoge la doctrina de la STS nº. 184/1999, de 15 de febrero, FJ. 1º, -Roj: STS 994/1999-, cuando se produce la retención del pasaporte de la víctima hasta el momento en que se amortiza la ficticia deuda, cuando se emplean vías de hecho como el control de cada uno de los servicios prestados por las mujeres, la vigilancia de sus salidas a la ciudad, su conducción mediante furgoneta al club y, sobre todo, las amenazas de

sanción económica, si no trabajaban con la excusa de la menstruación u otra. Si bien algunas de estas circunstancias son consideradas en ocasiones manifestaciones del prevalimiento de una situación de superioridad.

Otro medio típico que afecta a la libertad de decisión de la persona es el engaño; que se revela en este contexto particularmente idóneo para lograr el objetivo de que la víctima se dedique a la prostitución cuando a través del mismo se logra situarla en una situación de vulnerabilidad o se agrava premeditadamente una situación de necesidad preexistente. En la actualidad esto sucede a menudo con las falsas promesas de trabajo legal que se realizan principalmente a mujeres para que se desplacen a nuestro país, sabiendo que será muy difícil que por sí mismas regresen a su comunidad de origen y sobrevivan en la nueva. También se aprecia el engaño cuando existe un notable contraste entre lo que se les ofrece en el momento de la captación para la prostitución -la persona sabe que va a prostituirse- y la realidad con la que finalmente se encuentran. En este caso el engaño se basa en la omisión por parte del sujeto activo de aquellos datos relativos a las condiciones de la prostitución que de ser conocidos por la persona hubiera evitado su captación (así la STS nº 184/1999, de 15 febrero, FJ. 1º, -Roj: STS 994/1999-). Este mecanismo puede igualmente emplearse para mantener en la prostitución a mujeres que libremente optaron por este camino y quieren abandonarlo, a quienes se les engaña con deudas ficticias, falsas informaciones sobre la legislación española en materia de derechos o la actuación policial, o para la retención de su pasaporte, etc. No obstante, dado que el engaño está dotado de autonomía, no quedaría excluido otro tipo de casos en los que efectivamente aquel haya sido el medio determinante del ejercicio o mantenimiento de la mujer en la prostitución; por ejemplo, cuando a una madre se le dice falsamente que su hijo, al cuidado de terceros, tiene una enfermedad que requiere que envíe grandes cantidades de dinero que ella sólo puede conseguir de forma lícita mediante su prostitución.

La casuística que llega a los tribunales refleja que es muy frecuente que este ardid fraudulento se vea seguidamente acompañado de la utilización de otro medio comisivo tanto violento, en sentido amplio, como de prevalimiento a los que se recurre cuando al revelarles a la víctima la realidad de las cosas ésta reacciona negándose a prostituirse (así, por ejemplo, los casos de las SSTS nº 1905/2001, de 22 octubre -Roj: STS 8092/2001-; nº. 23/2015, de 4 de febrero, -Roj: STS 219/2015-; nº. 538/2016, de 17 de junio, -Roj: STS 2776/2016-; nº. 568/2016, de 28 de junio, -Roj: STS 3066/2016-). Unos medios además cuyo uso se reitera en el tiempo para mantener a la víctima en la prostitución.

Existe además una tercera clase de medios típicos que gravitan sobre la idea del abuso por parte del sujeto activo de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima -esta última recogida en la reforma de 1999-. No basta, por tanto, con identificar que se da una de esas situaciones, cuya interpretación ya de por sí podría ser problemática. El autor tiene que ser consciente de la situación,

lo que exige que aquella sea manifiesta (evidente, clara, perceptible objetivamente), y además debe de abusar de ella para lograr que la víctima ejerza la prostitución o se mantenga en ella; siendo sólo entonces cuando se observaría que su conducta supone una interferencia en la libertad de la víctima y no una mera explotación económica de la decisión de la mujer de prostituirse. En este sentido se ha pronunciado el TS en su sentencia nº. 552/2015, de 23 de septiembre, FJ. 3º, -Roj: STS 4123/2015-: “las categorías necesidad y vulnerabilidad, tomadas en el sentido que habitualmente reciben en el discurso socioeconómico, no bastan por si solas. Lo requerido es que, en un contexto connotado por circunstancias de partida de esa índole, una persona, abusando de su posición de dominio sobre otra, le imponga, buscando un lucro, la dedicación no querida a la prostitución. Los efectos de esa disposición del CP ... determina quien es causa necesaria y directa de la prostitución de otra persona contra su voluntad. No basta, pues, que esta, impulsada en origen por una situación de precariedad económica, tenga en ella su medio de vida, con beneficio también para un tercero. Es preciso que este la haya determinado en concreto a prostituirse, de alguna de las formas contempladas en ese precepto”⁴⁰.

La situación de superioridad alude a la existencia de una situación de poder del sujeto sobre la víctima que puede tener un origen diverso así, por ejemplo, los vínculos familiares o asimilados o el reconocimiento social en determinadas comunidades o la dependencia existencial de la víctima. La situación de necesidad y de vulnerabilidad de la víctima también pueden deberse a causas diversas, dado que el legislador no realiza ninguna precisión sobre su origen, así éste puede encontrarse en una razón personal (física, psicológica, emocional), social o económica⁴¹; por consiguiente es difícil imaginar una situación de necesidad de una víctima de la que no se pueda predicar su situación de vulnerabilidad. En relación con este tipo de medio comisivo, que también constituye uno de los medios típicos del delito de trata de seres humanos, debe tenerse en cuenta la aclaración que sobre este particular se hizo en 2015 por referencia a este otro delito recogida en el artículo 177 bis 1 párrafo final, dada la conexión muchas veces existente entre ambas figuras delictivas. Aquí se asume la definición que hace la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo

⁴⁰ Sigue diciendo el TS: “Es cierto que, estadísticamente hablando, en la inmensa mayoría de los casos, las personas, mujeres sobre todo, que hallan el modus vivendi en el comercio sexual con el propio cuerpo, proceden de medios marginales en extremo, con preferencia del llamado Tercer Mundo. Pero no es la clase de necesidad derivada de tal extracción la que requiere el precepto. Esta constituye un dato social, que aquí, como tal, carece, en sí mismo, de directa relevancia normativa. De igual modo que, por ejemplo, la condición de inmigrante indigente en situación irregular, sin más, no integra legalmente la circunstancia de estado de necesidad en el caso de la acusación de ciertos delitos.

Aun cuando no se abrigue ninguna duda acerca de la posición radicalmente carencial en que suelen hallarse las personas de ese perfil, en los países de acogida”.

⁴¹ En este sentido la STS nº 1536/2004, de 20 de diciembre, FJ. 10º, -Roj: STS 8281/2004-, indica que puede encontrarse en la penuria económica, en los problemas de drogodependencia u otros de salud.

de una situación de vulnerabilidad que se extiende a la situación de necesidad. Consecuentemente una persona en una situación de necesidad o de vulnerabilidad es una persona que no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso⁴². Así las cosas, cabría pensar que la determinación o el mantenimiento de forma abusiva en la prostitución se enlaza exclusivamente con situaciones límite para la persona, donde el no sometimiento al abuso puede entrañar un peligro grave para otros bienes jurídicos.

El desencadenante de esas situaciones, muchas veces confluyentes, puede, como se apuntó, ser muy variado e incluso, en ocasiones hallarse en la propia conducta del responsable penal quien de forma premeditada crea la situación de la que después abusa. Si nos acercamos a la casuística actual, un claro ejemplo de situación de vulnerabilidad o de necesidad o de superioridad se aprecia cuando la víctima es extranjera, joven, no española parlante, previamente desplazada a España por los prostituidores, sin vínculos en la comunidad española, sin documentación y permisos de entrada y residencia en España, sujeta a la vigilancia de sus desplazamientos, ubicada en lugares aislados (STS nº 187/2003, de 14 de febrero, FJ. 1º, -Roj: STS 978/2003-) ⁴³. Actos muy comunes de los explotadores como son la retirada del pasaporte y el sometimiento a una estrecha vigilancia de todos sus desplazamientos, limitando de esa manera su capacidad de movimiento y manteniéndolas en un lugar aislado son calificados en ocasiones también como abuso de una situación de superioridad (así en la STS nº. 187/2003, de 14 febrero, FJ. 1º, -Roj: STS 978/2003-) ⁴⁴.

El elemento subjetivo del tipo penal está formado únicamente por el dolo, que además en atención a los medios que ha de emplear el sujeto ha de ser directo o de 1º grado. No existe, por tanto, ningún elemento subjetivo adicional del que se haga depender la existencia del delito, como pudiera ser, a tenor del contexto, el ánimo lúbrico o lascivo o un ánimo de lucro. El hecho de que normalmente la finalidad que persigue el sujeto sea beneficiarse económicamente de la prostitución ha hecho que algunos autores defiendan la imposibilidad de aplicar en este delito la circunstancia agravante ordinaria del artículo 22.3 relativa a “ejecutar el delito mediando precio, recompensa o promesa” en base al principio de inherencia tácita (art. 67) ⁴⁵. Y

⁴² En el mismo sentido ya se había pronunciado la Decisión marco 2002/629/JAI por referencia también al abuso de superioridad.

⁴³ Igualmente se observa esa situación de vulnerabilidad en relación con las mujeres extranjeras que inicialmente llegan voluntariamente a los clubs para prostituirse, pero que cuando deciden abandonar la prostitución no pueden porque se les ha retenido el pasaporte –así la STS nº. 438/2004, de 29 de marzo, FJ. 6º, -Roj: 347/2004-, donde el abuso se combina con la amenaza-.

⁴⁴ Sigue diciendo el TS: “De esta forma, las mujeres no podían elegir otro lugar u otra ocupación con el fin de saldar las deudas que habían contraído para viajar a España y se encontraban en una verdadera situación de inferioridad, agravada sobre todo por su condición de extranjeras aisladas de la sociedad española”.

⁴⁵ Así Cugat Mauri, M., «Lección 20ª. Prostitución y corrupción de menores e incapaces», cit., p. 677. Sáinz-Cantero Caparrós, J. E., «Capítulo 12. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II). Acoso sexual. Exhibicionismo y provocación sexual. Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores. Disposiciones comunes a los delitos anteriores», cit., p. 279, por su parte, afirma la existencia de lucro al

ciertamente no conocemos ningún caso en el que se haya aplicado tal agravante, pero la vulneración del bien jurídico protegido insisto se produce medie o no precio, recompensa o promesa en la ejecución del delito.

El hecho además de lucrarse de la explotación de una persona a la que se ha determinado coactivamente a la prostitución no determina adicionalmente la aplicación del delito del artículo 187.1 párrafo 2, dado que no comportaría un plus de lesividad.

A raíz de la consumación de este delito de resultado se crea una situación antijurídica que se perpetúa en el tiempo, en la que la víctima, a la luz de la casuística, se suele encontrar bajo el control de un tercero⁴⁶. Sin embargo, este aspecto del hecho no es objeto de desvalor al amparo de este tipo penal, de forma que la gravedad de lo que podría llamarse el estado o las condiciones de prostitución de las víctimas requiere de la aplicación de otros tipos penales como podrían ser un delito de detenciones ilegales, un delito de amenazas graves condicionales o un delito de trato degradante; delitos que paradójicamente en la *praxis* se ven desplazados en muchas ocasiones por el propio delito de prostitución forzosa. La vía de agravar este delito en base a la apreciación de la continuidad delictiva también ha sido descartada –así STS nº. 143/1998, de 5 de febrero, FJ. 6º, -Roj: STS 703/1998-. Si a todo ello se suma que a los responsables de estos delitos no se les condena en la práctica por la victimización de la persona prostituida cada vez que realiza contra su voluntad el acto sexual remunerado, cabría preguntarnos si no sería necesario explorar otra vía de tutela penal que abordase la cuestión desde una visión global del fenómeno; comprensiva igualmente de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual.

2.4. *Proxenetismo no coercitivo*

La reforma de 2003, como ya se ha dicho, introdujo un nuevo delito relativo a la prostitución de adultos mediante el que se sancionaba a quien se lucrara explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma. Tal parecía como si el movimiento abolicionista hubiese vuelto a lograr que en la política criminal se asumiese alguna de sus líneas de intervención sobre el fenómeno de la prostitución; movimiento que recordemos habían tenido gran eco en el Convenio de Lake Success, donde precisamente se ordena la criminalización de la explotación de la prostitución de otra persona, aún con su consentimiento (“toda persona que para satisfacer las pasiones de otra: ... explotare la prostitución de otra persona aun con el

considerar que el precio es un elemento estructural de la prostitución; y ciertamente es así, pero no de la acción típica.

⁴⁶ Cobo del Rosal, M./ Quintanar Díez, M., «Capítulo V: “De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”», en Cobo del Rosal, M., (dir.), *Comentarios al Código penal*, Ed. EDERSA, Tomo VI, Madrid, 1999, p. 718. Se discrepa en la doctrina sobre el momento de la producción del resultado, que, a nuestro juicio, tendría lugar en el mismo instante en que la persona es determinada u obligada a mantenerse en la prostitución, sin necesidad de que llegue a realizar algún acto sexual a cambio de precio. Distinto criterio mantiene, por ejemplo, Gómez Tomillo, M., «Capítulo V. De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores», cit., p. 568.

consentimiento de tal persona”, art. 2.1). Pero la técnica de tipificación empleada iba a propiciar una grave inseguridad jurídica sobre la acción penalmente relevante, capaz de desalentar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos⁴⁷.

La tipificación de esta forma de proxenetismo a reglón seguido de la modalidad básica de la prostitución coactiva de las personas adultas (art. 188.1), unida a la invocación de principios básicos del Derecho penal como el principio de última *ratio*, el de lesividad, el principio de proporcionalidad de las penas o el principio de responsabilidad por el hecho, favorecerían una interpretación doctrinal y jurisprudencial restrictiva del nuevo delito ligada exclusivamente a la prostitución coactiva en aras de evitar la sanción penal de quien obtenía beneficio económico de la explotación de la actividad de quien libremente se prostituía, pero no la de quien conociendo que la persona era obligada por terceros a prostituirse obtenía lucro de ello; obviamente en aquellos casos en los que su conducta no pudiera ser calificada de coautoría o participación criminal en el delito de prostitución forzada en aplicación de las reglas generales sobre estos particulares⁴⁸. Esta línea interpretativa, que se impuso en la práctica, no dejaba de ser problemática en atención al tenor literal de la norma y a la voluntad del legislador⁴⁹; sin embargo, también resultaba adecuada desde una lectura de las normas internacionales más actuales sobre la lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Éstas asumen que la prostitución de personas adultas puede responder también a un ejercicio de libertad personal, desde el momento en que exigen para hablar de trata de personas adultas con fines de explotación sexual del empleo de medios coercitivos, fraudulentos o abusivos -los mismos sobre los que se construye el tipo penal de prostitución coactiva- y en el caso del traspaso del control sobre la víctima de la entrega o recepción de pagos o beneficios⁵⁰. De hecho, en esas normas se contiene también una disposición que refuerza lo dicho dado que al aludirse a que el consentimiento de una víctima de la trata de

⁴⁷ Aborda la casuística Llobet Anglís, M., «¿Prostitución?: ni sí ni no, sino todo lo contrario. Sesgos empíricos, contradicciones de *lege lata* y desaciertos de *lege ferenda*», en *RECPC*, 2017, n.º. 19, p. 9; García Vitoria, A., «Tratamiento jurisprudencial del proxenetismo no coercitivo en la prostitución voluntariamente ejercida (artículo 187.1, segundo párrafo, del Código penal)», en AA.VV. (dirs), *Estudios jurídico penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Vol. 2, Ed. Dykinson, Madrid, 2018, pp. 1089-112.

⁴⁸ Ampliamente Caruso Fontán, M. V., «Sobre la criminalización de las actividades relacionadas con la prostitución consentida», en *RDPP*, 2011, n.º. 25, pp. 31-44; o Daunis Rodríguez, A., «La nueva criminalización del proxenetismo», en *RP*, 2015, n.º. 36, pp. 109-113.

⁴⁹ De hecho, el origen del precepto se encuentra en la enmienda n.º. 147 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al proyecto de reforma, quien justificaba la introducción de este tipo penal en base a dos motivos: su conformidad con el citado Convenio de Lake Success, en el que, como ya dijimos, se entiende que toda explotación por terceros de la prostitución ajena merece el reproche y la sanción penal; y su consideración como un instrumento importante para erradicar el tráfico ilegal de personas con tal fin.

⁵⁰ Nos recuerda el enfrentamiento en este punto entre las ONG que intervinieron en las negociaciones del Protocolo de Palermo Villacampa Estiarte, C., «La trata de seres humanos para explotación sexual: relevancia penal y confluencia con la prostitución», en Villacampa Estiarte, C., (coord.), *Prostitución: ¿Hacia la legalización?*, cit., pp. 222-223; o Iglesias Skulj, A., *La trata de mujeres con fines de explotación sexual*, Ed. Didot, Argentina, 2013, pp. 95-104.

seres humanos para su explotación no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios de la trata se está reconociendo que la persona adulta puede tener libertad para decidir prostituirse (art. 3.b del Protocolo de Palermo, art. 4.b del Convenio de Varsovia y art. 2.4 de la Directiva 2011/36/UE).

En concreto esa doctrina jurisprudencial, fundamentada en los criterios recogidos en la STS nº. 445/2008, de 3 de julio, FJ. 4º, -Roj: STS 4017/2008-, a los que se sumarían posteriormente otros, según recuerda la STS nº. 552/2015, de 23 de septiembre, -Roj: STS 4123/2015- establecía lo sigue: “a) la obtención de algún beneficio económico de la prostitución de otra persona, que la ejerza en cada caso por propia voluntad, no es conducta que en sí misma constituya delito. b) En el inciso segundo del art. 188.1º CP, el término "explotación" no debe tomarse en el sentido meramente económico (de puesta en producción de algún recurso apto para generar en el mercado un valor de cambio), sino solo asociado a la obtención de un lucro de las prestaciones sexuales de otra persona, que hubiera sido determinada, en el sentido de forzada o constreñida a prostituirse de alguno de los modos relacionados en el primer inciso. c) La ganancia, ya sea fija o variable, tendrá, pues, como fuente, alguna acción del género de las que acaba de aludirse. d) El perceptor del beneficio obtenido por este medio ha de ser conocedor de la situación en que se halla la persona o personas que lo generan. e) Estas deberán hallarse identificadas”, (FJ. 6º).

Esta interpretación jurisprudencial impedía, según se expresa en el Preámbulo de la LO 1/2005 -XIII-, alcanzar el objetivo de perseguir con mayor eficacia a quien se lucraba de la explotación de la prostitución ajena, lo que llevó al legislador en la primera de las reformas del CP de 2015 a un nuevo pronunciamiento sobre la cuestión, que no convencería tampoco a la doctrina⁵¹. A raíz del mismo esa conducta quedaba desligada de la acción típica del delito de prostitución coactiva de adultos, al ser reconducido el tipo penal que la describe al párrafo 2º del artículo 187.1 y al asociarle al mismo un marco penal diferente, aunque sólo parcialmente dado que únicamente se incidió sobre el límite máximo de duración de la pena de prisión, que de cinco años descendió a cuatro⁵². La conducta típica, sin perjuicio de unas precisiones legales que luego comentaremos, continuó, sin embargo, redactada en los mismos términos; si bien el hecho de que la LO 1/2015 tipificase también una modalidad típica del delito de la prostitución de menores y personas con discapacidad necesitada

⁵¹ En esta línea Carmona Salgado, C., «Trata de seres humanos para su explotación sexual. Argumentos a favor de una regulación española que normalice el ejercicio por adultos de la prostitución voluntaria», en *LP*, 2015, nº. 113, pp. 2-4; Orts Berenguer, E., «Determinación a la prostitución (Arts. 187, 188, 189 y 192 CP)», en González Cussac, J. L., *Comentarios a la reforma del Código penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 638-641; Sáinz-Cantero Caparrós, J. E., «Capítulo 12. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II). Acoso sexual. Exhibicionismo y provocación sexual. Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores. Disposiciones comunes a los delitos anteriores», cit., p. 281.

⁵² La distinta gravedad de las conductas hacía necesario una pena mucho más leve. En esta línea Gómez Tomillo, M., «Capítulo V. De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores», cit., p. 571.

de especial protección expresada como el que “se lucre con” la prostitución de éstos (art. 188.1), pondría ya de manifiesto que en el caso de los adultos aún no se habría dado el paso de tipificar penalmente la simple obtención de lucro por parte de terceros de la prostitución libre. Y así lo confirma el propio Gobierno de España en su Plan integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual de 2015-2018, donde manifiesta que la nueva redacción garantiza la sanción al lucro de la prostitución cuando se lleve a cabo de determinadas conductas que evidencian una situación de explotación, quedando, por tanto, fuera otras hipótesis lucrativas.

Como vemos, el gerundio “explotando” sigue siendo de vital importancia para delimitar el ámbito de aplicación de este tipo penal. Y sobre esta cuestión ha incidido la reforma de 2015 al establecer una serie de circunstancias en las que se considera que hay siempre explotación; lo que no excluiría otras respecto de las que estas definiciones auténticas podrían servir de parámetro comparativo. Un intento legislativo alabable que, sin embargo, como indicaremos, no termina de satisfacer la exigencia de seguridad jurídica amparada por el mandato de taxatividad o certeza del principio de legalidad penal. Problema que se suma a uno aún mayor como es la dificultad de sostener en un modelo de estado social, democrático y de Derecho como es el nuestro la legitimidad del uso del Derecho penal frente a quien simplemente se lucra explotando una actividad que se desarrolla de forma libre, siendo entonces legal aunque carente de una regulación específica⁵³, o no, pero a la que el sujeto no ha contribuido causalmente de forma directa. En este sentido nótese que nuestro CP no castiga a los empleadores que simplemente se lucran explotando la actividad laboral de terceros reconocidos como trabajadores asalariados, exigiendo para que su conducta adquiriera trascendencia penal que se sirvan de engaño o abusen de una situación de necesidad. Tal parece que es el carácter deleznable que tradicionalmente se ha predicado de la prostitución y que ondea con fuerza en el discurso neoabolicionista lo que hace que en relación con ella y no con otras actividades económicas se construya un tipo penal como el que ahora comentamos. Y ello en perjuicio del principio de última *ratio* del Derecho penal desde el momento en que no hay certeza de que la mejor forma de acabar con la trata de seres humanos con fines de explotación sexual y con la explotación sexual misma sea la ampliación de las conductas punibles de terceros o la regulación de la actividad de prostitución en defensa de los derechos y protección de quien la ejerce. La intervención penal en relación con quien simplemente se lucra explotando la prostitución forzada de otro, por su parte, tendría más visos de encontrar su anclaje al amparo de la libertad sexual si se reconfigurasen en sus términos; así, por ejemplo, castigando a quien, a sabiendas de que una persona está siendo

⁵³ Hacemos este matiz porque la prostitución por cuenta propia es una actividad laboral que permite que el trabajador se dé de alta en el régimen de autónomos de la Seguridad Social, contrate con terceros los servicios que requiere para desarrollar su actividad y pague sus impuestos.

obligada a prostituirse por terceros, facilite, con ánimo de lucro, su mantenimiento en la prostitución.

La supervivencia de este delito de peligro abstracto nos retrotrae a una concepción amplia de la libertad sexual a la que ya se apelaba en sentencias del TS como la nº. 92/1995, de 27 enero, FJ. 2º, -Roj: 347/1995-, para fundamentar la condena por el delito de proxenetismo no coercitivo de otros momentos. Una concepción difícil de cohonestar con una sociedad más libre y plural en la que hemos asistido al reconocimiento por parte del propio TEDH de la distinción entre una prostitución libre y una prostitución forzosa que le ha llevado a observar sólo la incompatibilidad de la prostitución con los derechos y la dignidad humana cuando la persona es obligada a ejercerla (STEDH, Sección 2ª, de 11 de septiembre de 2007, Caso Trembley contra Francia, apartados 24 y 25). Enfoque presente también en la doctrina mencionada del TJUE, que ha afirmado que la prostitución, cuyo ejercicio esté regulado en un Estado miembro como actividad económica por cuenta propia, está sometida a las normas comunitarias sobre el desarrollo de las actividades económicas por cuenta propia. Y en la línea emprendida en alguna Comunidad Autónoma y Ayuntamiento, en el marco de sus competencias, relativa a la regulación de los espacios empresariales donde se realiza la actividad de prostitución.

La dificultad de explicar cómo la conducta de quien obtiene lucro explotando la prostitución ajena sin realizar ningún otro acto que contribuya a la prostitución va a poner en peligro la libertad de una persona que precisamente en ejercicio de esta libertad se prostituye va a seguir favoreciendo las interpretaciones restrictivas de este tipo penal, enfrentadas ahora a la necesidad de superar mayores dificultades, que posiblemente se salven en mayor medida, pero no plenamente, si se contemplase el tipo penal desde la perspectiva de la dignidad humana o de la integridad moral⁵⁴.

Adentrándonos en la delimitación del alcance del delito de obtención de lucro explotando la prostitución ajena, lo primero que procede indicar es que el mismo se vincula tanto a un contexto de prostitución coactiva como de prostitución libre; así se inferiría de la expresión “aún con el consentimiento de la víctima”⁵⁵. Ahora bien, dado que responde a una política de ampliación de las conductas punibles relacionadas con la prostitución, habría que observar que algunas conductas susceptibles de ser reconducidas en su tenor ya serían objeto de castigo al amparo del delito del artículo 187.1 párrafo 1º, pues normalmente quien realiza esta última acción lo hace para lucrarse de la prostitución no consentida, resultando en este caso esta conducta, normalmente posterior en el tiempo, un acto copenado⁵⁶. Consiguientemente el delito

⁵⁴ Reconducía la cuestión antes de la reforma de 2015 a la integridad moral Alonso Álamo, M., «¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual», cit., p. 13.

⁵⁵ Reducen su ámbito de aplicación a la prostitución forzada Rey Martínez, F./ Mata Martín, R./ Serrano Argüello, N., *Prostitución y Derecho*, cit., p. 102.

⁵⁶ Así, por ejemplo, la STS nº. 853/2015, de 18 de diciembre, FJ. 1º, -Roj: 5747/2015-, que expresamente menciona su solución con arreglo a la regla de consunción.

de proxenetismo no coercitivo desvaloraría la conducta de quien sabe que la prostitución de cuya explotación obtiene lucro es de una persona obligada a prostituirse por terceros con quienes ni se ha puesto de acuerdo para cometer conjuntamente el delito de prostitución coactiva ni para participar en él, sea a título de inductor, cooperador necesario o cómplice, y la acción de quien obtiene lucro de la explotación de la prostitución libremente decidida de un tercero.

El hecho de lucrarse de la explotación de la prostitución de otra persona, aún sin su consentimiento, exige obviamente la obtención por parte del sujeto activo de un provecho económico procedente de ésta; sólo entonces el delito se habrá consumado. Considerando que el tenor de la norma dice textualmente que se castiga “a quien se lucre explotando”, debemos aclarar que ese beneficio tiene que ser fruto directo de la explotación y percibido por quien la explota y, sin embargo, en ocasiones, como resaltaremos, la obtención de lucro de forma indirecta resulta también criminalizada⁵⁷. Consiguientemente, y sin perjuicio de lo que más adelante se explicará, no tendría relevancia penal el hecho de obtener el beneficio económico que se genere a partir de la realización de una prestación a la persona que se prostituye para facilitar el ejercicio de la prostitución, como sucede con acciones cotidianas como el alquiler de un sitio para que realice la actividad, la venta de vestimenta acorde con la actividad, la facilitación de medios de prevención de las enfermedades de transmisión sexual y embarazos no deseados, la contratación de un servicio de conductores para el traslado al lugar donde se preste el servicio, la facilitación de contactos, por ejemplo.

La identificación de las situaciones en las que se puede apreciar la existencia de una explotación de la prostitución, que como se ha apuntado condicionan la fuente de lucro, es más complicada en la medida en que el término explotación, a tenor del significado lingüístico del verbo explotar, ciertamente pudiera aludir tanto al hecho de sacar utilidad de esa actividad, sin calificar la misma, como a una utilización abusiva en provecho propio de esa actividad a cargo de terceros. De entre estas dos acepciones, en las que no se alude a la existencia de un negocio o industria, aspecto que podría ser en la actualidad aún de más utilidad para evitar la expansión del Derecho penal⁵⁸, nos parece más apropiada la última de ellas desde una concepción material del delito como puesta en peligro o lesión de un bien jurídico⁵⁹, si bien, como hemos dicho, difícilmente puede ser éste la libertad. Interpretación que entendemos reforzada, como apuntábamos, por la distinción que el mismo legislador hace entre obtención de “lucro explotando” y “lucrase” de la prostitución. Y que también podría respaldarse en el hecho de que el Convenio de Lake Success distinguía claramente la explotación de otras conductas, cuya criminalización, no obstante, también se

⁵⁷ En este sentido Gómez Tomillo, M., «Capítulo V. De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores», cit., p. 569, quien añade además que ha de ser significativo y habitual.

⁵⁸ Algunos autores han apelado a este requisito para limitar los hechos subsumibles en este tipo penal, así Rey Martínez, F./ Mata Martín, R./ Serrano Argüello, N., *Prostitución y Derecho*, cit., p. 102.

⁵⁹ Así Orts Berenguer, E., «Determinación a la prostitución (Arts. 187, 188, 189 y 192 CP)», cit., p. 641.

perseguía, en las que está presente la idea de obtención del lucro (“1. Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviese o participare en su financiación. 2. Diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro lugar o cualquier parte de los mismos para explotar la prostitución ajena”, art. 2). Distinción que se traslada a la configuración legal de los delitos relativos a la prostitución inmediatamente anterior a la aprobación del CP de 1995 mediante la tipificación en el artículo 452 bis d) de las conductas de menor gravedad objetiva, conocidas comúnmente con “tercería locativa”^{60 61}. Así las cosas, y tras su despenalización en 1995, podríamos concluir que serían atípicas las actividades vinculadas más directamente con la prostitución como la gestión de una casa o piso de prostitución o de un club de los llamados de alterne siempre y cuando no exista un abuso.

A pesar de lo dicho, a la luz de uno de los casos expresos de explotación recogidos en la ley, la idea de abuso que defendemos se diluye, como veremos. Pero antes quizás convenga incidir, al hilo de lo dicho, en el hecho de que no se castiga la obtención de un lucro abusivo, sino de cualquier lucro procedente de una utilización abusiva de la prostitución del tercero.

La redacción del tipo penal deja abierta su aplicación a hipótesis diversas de obtención de lucro mediante la explotación de la prostitución ajena, no obstante, como dijimos, el intento loable del legislador de proyectar una mayor certeza en la descripción del comportamiento punible que permita identificar el abuso. En concreto se enuncian como formas de explotación el hecho de que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica (letra a) y el hecho de que se imponga para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas y abusivas (letra b)⁶². Unas circunstancias a través de las cuales se vuelve a advertir que en realidad esta conducta de obtención de lucro vía de la explotación no representa una lesión de la libertad sexual de la persona. Estamos en realidad ante un cuerpo extraño entre los delitos sexuales desde el momento en que la acción de lucrarse explotando la prostitución ajena no es ni determinante de la prostitución libre ni contribuye causalmente a la prostitución coactiva. Se puede incluso suscitar la duda en relación con el primer caso de si en alguna de sus manifestaciones su tipificación no comportaría en realidad una intromisión en el derecho humano a la vida privada (art. 8 CEDHLP). Pensemos, por ejemplo, en el caso de terceros con quienes quien se prostituye mantiene vínculos

⁶⁰ En este precepto se castigaba al “dueño, gerente, administrador o encargado del local, abierto o no al público, en el que se ejerza la prostitución u otra forma de corrupción”, a “toda persona que a sabiendas participe en su financiamiento”, a “toda persona que, a sabiendas, sirviera a los mencionados fines en los referidos locales” y a “los que dieran o tornaren en arriendo un edificio, u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución o corrupción ajenas”.

⁶¹ Así lo apuntaban Morales Prats, F./ García Albero, R., «Capítulo V. De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores», cit., p. 1353.

⁶² En mayor detalle Marín de Espinosa Ceballos, E., «Lucrarse explotando la prostitución ajena, aún con el consentimiento: ¿Cabe el reconocimiento de la prostitución consentida como una relación laboral?», en Pérez Alonso, E., (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 713-717.

personales y afectivos consintiendo éste que vivan a expensas suya. No olvidemos que el derecho a la vida privada en su concepción amplia, defendida por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, comprende, entre otros, aspectos de la identidad física y social del individuo, incluido el derecho a la autonomía personal, al desarrollo personal y al establecimiento y desarrollo de relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior; la integridad física y psicológica, cuyo respeto efectivo tiene además que ser garantizado por lo estados (Tysiąg v. Polonia, STEDH, Sección 4ª, de 20 de marzo de 2007, p. 107), la identificación de género, la orientación sexual y la vida sexual (como se recuerda en A, B y C v. Irlanda, Gran Sala, 16 de diciembre de 2010, p. 212), etc⁶³.

La primera de las formas de explotación descritas nos lleva a situarnos ante un sujeto activo que se beneficia económicamente de los actos de prostitución libremente realizados por una persona que se prostituye en una situación de vulnerabilidad personal o económica. Así las cosas, cabría concluir que el facilitar, favorecer o proteger con ánimo de lucro, por ejemplo, la prostitución de una persona que ha decidido, ciertamente en una situación de vulnerabilidad, personal o económica, pero sin interferencia externa, optar por la vía de la prostitución ha devenido también sin discusión delito. En este sentido pensemos por ejemplo en quien alquila una habitación en un piso a una persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad personal o económica para que practique la prostitución allí a cambio de un precio que se abona mediante el dinero que ésta obtiene de su prostitución; si actúa dolosamente su conducta resultaría penalmente típica. Y lo mismo cabría afirmar de quienes gestionan los lugares dónde se ejerce la prostitución de estas concretas personas. Como decíamos, para aplicar este tipo penal no sería necesaria la realización de ningún acto más allá de lucrarse explotando la prostitución ajena, lo que lleva a plantearnos también si la voluntad legislativa abarca la sanción penal de la conducta de quien vive a expensas de quien se prostituye en una situación de vulnerabilidad personal o económica. A este respecto téngase presente primero que el otorgamiento de trascendencia penal a semejante conducta colisiona con el derecho humano a la vida privada. Y, segundo, que ese tipo de conducta recuerda la que realizaba el llamado rufián, cuya tipificación en el artículo 452 bis c del CP anterior al CP de 1995 se recogía bajo estos términos: “al que viviere en todo o en parte a expensas de la personas o personas, cuya prostitución ... explote”. Si nos fijamos, veremos cómo para la existencia del delito no bastaba con vivir a expensas de quien se prostituía, sino que tenía que explotar la prostitución, de forma que se exigía, por ejemplo, que el ejercicio de la prostitución se llevase a cabo por indicación del procesado (STS de

⁶³ Llobet Anglís, M., «Prostitución: ¿qué castigar? Trabajadoras, burdeles, rufianes y clientes», cit., pp. 84-86, no duda en calificar de inconstitucional la criminalización del rufianismo pasivo por vulneración de la autonomía de los sujetos vinculada al libre desarrollo de la personalidad.

14 de noviembre de 1988, FJ. 2º y 3º --Roj: 12402/1988-)⁶⁴. A tenor de la nueva norma, y siempre en referencia a la víctima en situación de vulnerabilidad personal o económica, parece que una determinada moralidad se vuelve a imponer a la lógica del Derecho penal, pues ni siquiera aquí se puede plantear un trato degradante de la persona que se prostituye. La delimitación de la situación de vulnerabilidad personal o económica relevante penalmente va a ser también una fuente de inseguridad jurídica difícil de salvar. Simplemente por referencia a la vulnerabilidad económica podíamos preguntarnos si se busca proteger a las personas en la indigencia, a quienes viven de una pensión no contributiva, a quienes cobrando el salario mínimo interprofesional recurren a la prostitución para mejorar su nivel de vida, por ejemplo. Asimismo, podría advertirse de la incongruencia resultante de la invocación de un concepto objetivo de dignidad humana para proscribir que la persona sea objeto de comercio por vía de la prostitución y la restricción de la intervención penal a los casos de vulnerabilidad personal y económica.

El segundo elenco de circunstancias mencionadas se relaciona fácilmente con las prácticas abusivas que al ejercicio de la prostitución libre en los escenarios empresariales se impone por quienes organizan la actividad económica; unas prácticas que venían siendo desvaloradas por el TS en el marco de los delitos contra los derechos de los trabajadores, a los que nos referiremos brevísimamente más adelante. A raíz del cambio normativo, no obstante, se ha ido más allá y los escenarios en que puede producirse esta explotación se difuminan, de forma que ya no es necesario identificar una relación de subordinación de la persona al sujeto activo del delito, manteniéndose eso sí el carácter impositivo por parte de éste de tales condiciones, que no de la prostitución.

A modo de llamada de atención sobre el terreno delictivo que ahora se identificaría podríamos incluso pensar en la conducta de la prostituta que con motivo de una estancia en el extranjero acuerda con otra prostituta cederle temporalmente su puesto en la calle a cambio de recibir el 50% de las ganancias por cada servicio que realice y el compromiso de estar en el puesto 16 horas al día, todos los días de la semana. Pero no cabe duda alguna que el ámbito por excelencia y de referencia de comisión de esta forma de obtención de lucro explotando la prostitución ajena es el de las actividades organizadas por terceros sea cual sea la forma que adopten (pisos, establecimientos de alterne, agencias de contactos, etc.), incluyendo también los casos en los que la persona ejerce un dominio sobre puntos o zonas de prostitución en la calle. Así las cosas, la determinación de conceptos tan indeterminados como los que califican las condiciones que se imponen al ejercicio de la prostitución como gravosas, desproporcionadas o abusivas corren el riesgo de ser definidos por referencia, paradójicamente, a una práctica económica que no se reconoce legalmente, pero se

⁶⁴ En los códigos del siglo XX hasta el Texto refundido de 1973 se castigaba a quien cooperaba o protegía la prostitución participando de los beneficios o haciendo de ello un modo de vivir.

tolera como es el ejercicio de la prostitución libre en el marco de una organización empresarial.

A la luz de lo dicho, está claro que el legislador ha desbordado el cauce por el que ha de transcurrir el Derecho penal extendiendo el castigo más allá incluso de la explotación directa y personal de la prostitución ajena, impidiendo con sus definiciones de la explotación que prosperen los intentos doctrinales de fundamentar una interpretación restrictiva del tipo penal. La reconfiguración de este tipo penal tendrá posiblemente ulteriores repercusiones jurídicas. Quizás sirva para contribuir al abandono del criterio jurisprudencial en el orden laboral consistente en no reconocer la relación laboral de la prostitución por cuenta ajena en base a su interpretación literal del originario tipo de proxenetismo no coercitivo⁶⁵, desde el momento en que este tipo no castiga cualquier forma de obtención de lucro con la explotación de la prostitución ajena. Un cambio de rumbo que, aunque en base en otros motivos, ya se apreciaba en la sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona nº. 50/2015, de 18 de febrero -Roj: SJSO 12/2015-, en la que se declara que no existe obstáculo legal o de constitucionalidad para el reconocimiento de laboralidad de la prestación de servicios de prostitución por cuenta de una empresaria. Quizás para todo lo contrario; pudiendo incluso poner fin al reconocimiento de la prostituta en la esfera penal como trabajadora por cuenta ajena, si se considera que el tipo penal del proxenetismo no coercitivo desplaza la aplicación de los delitos contra los derechos de los trabajadores, dado que una forma típica de explotación laboral es precisamente la imposición para el ejercicio de la actividad de condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.

Por otra parte, es evidente que el tipo penal sigue sin ofrecer seguridad jurídica a quienes están o pretenden involucrarse en actividades empresariales relacionadas con la prostitución; quienes asimismo pueden estar recibiendo información contradictoria a partir de la normativa administrativa de algunos territorios de nuestro país (tal es el caso de Bilbao y Cataluña) sobre los espacios cerrados en los que se puede practicar la actividad. Pero incluso puede sorpresivamente interferir en las relaciones humanas y llevar ante un juez de lo penal a los dos miembros de una pareja sentimental que optaron por prostituirse ambos en una situación de vulnerabilidad económica lucrándose mutuamente de su actividad⁶⁶.

⁶⁵ Al respecto Olarte Encabo, S., «La prostitución voluntaria: ¿Una forma de esclavitud o de ejercicio de libertad personal, de trabajo y de empresa?», en Pérez Alonso, E., (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, cit., pp. 517-667.

⁶⁶ Sobre estas figuras delictivas se proyectan una serie de circunstancias agravantes específicas recogidas en el artículo 187.2: el prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público; la pertenencia del culpable a una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades; y del hecho de que la conducta del culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

3. El delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual

El feminismo de primera ola había logrado introducir a finales del siglo XIX en la agenda política de los estados el objetivo de cooperar a nivel internacional al menos frente a una concreta manifestación del fenómeno de la prostitución, la que entonces se conocía como la “trata de blancas”, cuya importancia cuantitativa con el paso del tiempo sería cuestionada; denunciándose además que la adopción de medidas frente a la misma habría servido de cuartada para obstaculizar la ansiada autonomía de la mujer. Un siglo después la lucha contra la trata de mujeres con fines sexuales se articularía en el contexto de un fenómeno criminal más amplio como es la trata de seres humanos, del que, a la luz de los datos disponibles, sería la forma de trata que más afecta a las mujeres, colectivo que además en su conjunto es el más victimizado por la trata de seres humanos.

La erradicación de la trata de seres humanos devino a partir de finales del siglo XX una prioridad para la comunidad internacional, como lo refleja la existencia de toda una normativa supranacional específica al respecto formada, por lo que vincula jurídicamente a España, por el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños -Protocolo de Palermo-, complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 y la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. En estas normas, cuya lectura evidencia la progresiva adopción del enfoque victimocéntrico en el tratamiento de esta problemática, se define la trata de seres humanos, entre otras muchas cosas; pudiéndose tomar como referencia aquí, por ser el más antiguo, el concepto de trata de seres humanos que bajo la expresión trata de personas nos ofrece el Protocolo de Palermo. De conformidad con el mismo la trata de seres humanos sería “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación” (art. 3.1), no siendo necesaria la concurrencia de esos medios cuando la persona sea menor de edad -menor de 18 años- (art. 3 c y d) y estando siempre presente entre los fines de la trata la explotación sexual. Así las cosas, la criminalización de la trata de seres humanos desvalora la conducta encaminada a la explotación de la persona, pero no la explotación misma, aunque desde un punto de vista amplio y no normativo podríamos ver en ésta en realidad la última fase de la trata de seres humanos. Ahora bien, no se trataría de un mero adelanto de la protección penal de la libertad sexual a

una fase preparatoria de la explotación final, dado que en sí mismo se considera el proceso de trata un atentado contra la dignidad humana, que, según el caso, presenta distintos niveles de degradación, deshumanización y sufrimiento de las víctimas.

A pesar de las obligaciones supranacionales relativas a la criminalización de la trata de seres humanos, nuestro legislador, en el que costó que calase la diferenciación entre la trata de seres humanos y el tráfico ilegal de inmigrantes, no introdujo un delito autónomo de trata de seres humanos hasta la gran reforma del CP por la LO 5/2010; que incorporó a aquel un nuevo título, el título VII bis, rubricado precisamente “De la trata de seres humanos”, ubicado justo a continuación del título dedicado a las torturas y otros delitos contra la integridad moral. La naturaleza personal del bien jurídico merecedor de la protección penal afectado por la trata, identificado por muchos ya como la dignidad humana⁶⁷, se situaba finalmente en el primer plano de la regulación penal y así se reconocía en el Preámbulo de la Ley, donde el legislador se detiene en delimitar la trata de seres humanos del tráfico de inmigrantes, reconociendo algunos de los problemas de la hasta entonces regulación penal, que, obviamente, mermaron la eficacia de las medidas penales que hasta entonces se habían adoptado. No obstante, esa primera regulación del delito de trata de seres humanos incurrió en algún olvido o error de entidad que en parte se subsanaría con la LO 1/2015; ley en cuya tramitación tampoco se planteó la discusión sobre la necesidad de crear un delito de esclavitud que desvalorase adecuadamente aquellos casos en los que la trata determina la condición de esclavo y no sólo de explotado⁶⁸.

A tenor del artículo 177 bis el delito de trata de seres humanos es un delito mutilado en dos actos que se compone de tres elementos: el núcleo de la acción, los medios comisivos (trata forzada, trata fraudulenta y trata abusiva) y la finalidad de explotación⁶⁹; siendo la modalidad básica de este delito castigada con la pena de prisión de 5 a 8 años, una pena comparativamente superior a la prevista para el delito de prostitución forzada o un posible delito de coacciones, si pensamos en la utilización coactiva de la persona adulta en la pornografía, por ejemplo. La trata de seres humanos, en cuyos pormenores no nos podemos detener, se describe como la conducta de “el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o

⁶⁷ A nivel doctrinal se discute cuál es el bien jurídico protegido en este delito; habiendo recogido el estado de la cuestión detalladamente Díaz Morgado, C. V., *El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del Derecho Internacional y Comunitario*, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2014, pp. 101-135. A favor de la dignidad humana, por todos, Villacampa Estiarte, C., «El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 BIS CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación», en *AFDUC*, 2010, n.º. 14, pp. 835-839.

⁶⁸ Tal y como denuncia Villacampa Estiarte, C., «La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal», en *RDPCrUNED*, 2013, n.º. 10, p. 337, o Maqueda Abreu, M. L., «Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?», en AA.VV. (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, pp. 1256-1257.

⁶⁹ Este delito se castiga también en su forma de provocación, proposición y conspiración.

mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad. b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía. c) La explotación para realizar actividades delictivas. d) La extracción de sus órganos corporales. e) La celebración de matrimonios forzados”⁷⁰.

Como se habrá observado, una finalidad de la trata de seres humanos es la explotación sexual, que incluye obviamente la prostitución; mencionándose expresamente, por si hubiera alguna duda, la pornografía. Así las cosas, conviene detenernos, al menos, en precisar cómo se está entendiendo judicialmente la relación entre este delito y el delito de prostitución forzosa.

Ambos delitos presenta una relación muy intensa en la medida en que la trata de seres humanos con fines de explotación sexual no sólo constituye un atentado contra la dignidad de la persona tratada, al tratarla o reducirla a la condición de mero objeto, sino que también crea una situación de peligro para su libertad sexual, dándose la particularidad de que es ese peligro el que se intensifica o se termina materializando en la lesión de la libertad sexual a través de los actos de ejecución del delito de prostitución coactiva. Aspecto éste que nos situaría en un escenario de progresión delictiva en el que el delito de trata podría ser considerado como un acto preparatorio del delito de prostitución y asimismo ante un proceso delictivo en el que en algunos momentos la dinámica de ejecución se solapa al ser coincidente los medios comisivos violentos, fraudulentos y abusivos de uno y otro delito y la finalidad con la que se emplean. Sin embargo, la configuración autónoma del delito de trata con la mirada directamente puesta sobre la protección de la dignidad humana exige de un claro deslinde entre ambos delitos y, consiguientemente, la identificación de un concurso de delitos, y no de normas, entre ellos; en la medida en que ninguno de ellos por sí sólo absorbería todo el desvalor del hecho. La gravedad que se ha asignado a uno y otro delito también lo aconseja, dado que el concurso de normas podría, además de dejar sin desvalorar el atentado contra la dignidad de la persona, conducir en estos casos paradójicamente a una atenuación de la pena para quien logra a través de los citados medios que la persona realice la actividad de prostitución en comparación con quien no consigue satisfacer tal fin. La apreciación entre ellos de un concurso de delitos se encuentra además en la propia voluntad del legislador expresada en el artículo 177 bis 9, que señala que en todo caso las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan a los delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

⁷⁰ Los tipos agravados se tipifican en el artículo 177 bis 4, 5 y 6.

La clase concreta de concurso de delitos existente también originó cierta controversia, cuya importancia tras la LO 1/2015 se ha visto aumentada a raíz de la previsión de un régimen penológico propio para el concurso medial de delitos, distinto, por tanto, del que recibe el concurso ideal y el concurso real. La tesis que más acogida ha tenido sobre este particular, que se mantiene en el presente (STS nº. 77/2019, de 2 de febrero, FJ. 5º, -Roj: 550/2019), ha sido la relativa a la aplicación de un concurso medial de delitos, que fue asumida por el TS a partir de su sentencia nº. 53/2014, de 4 de febrero, FJ. 12º, -Roj: 487/2014-. Fundamenta su decisión en la ya mencionada disposición 9 del artículo 177 bis; en la imposibilidad de que el delito de trata puede absorber toda la gravedad de la conducta realizada cuando la finalidad de explotación sexual que le guía se consuma de forma efectiva; y en la percepción en cierto modo en la prostitución coactiva de un agotamiento de la conducta de trata, al constituir la trata una acción preparatoria de la prostitución coactiva posterior en la que se materializa la intencionalidad o finalidad del delito inicial. Todo ello le lleva a apreciar que existe una conexión lógica, temporal y espacial entre ambas conductas y a la identificación del delito de trata como un delito instrumento y de un delito fin en el delito de prostitución cuando en el caso concreto ha sido la trata lo que ha hecho posible la explotación de la prostitución de la persona tratada.

4. Los delitos contra los derechos de los trabajadores

A lo largo del tiempo el orden de lo social no ha reconocido a quienes ejercen la prostitución por cuenta ajena la condición de trabajadores asalariados. La negación de tal condición se fundamentaría en la consideración de que ni la causa del contrato ni su objeto es lícito al contravenir el artículo 1275 del Código civil (“Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”) y el artículo 1271 del citado Código (“Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”). A ello se suma la ausencia de dos notas características del contrato de trabajo, la ajenidad y la dependencia, que entiende incompatibles con el desarrollo de la actividad de prostitución de manera asalariada al afectar el ejercicio de las facultades del empleador a la dignidad de la persona, a los derechos que le son inherentes, como los derechos fundamentales de la libertad, la igualdad y la integridad física y moral. Una línea argumentativa de la que se ha apartado por primera vez la ya mencionada sentencia del Juzgado de lo Social nº. 33 de Barcelona nº. 50/2015, de 18 de febrero, -Roj: SJSO 12/2015-⁷¹, en la que se declara que no existe

⁷¹ El procedimiento fue iniciado por la Tesorería General de la Seguridad Social que a raíz de una inspección de trabajo constató la falta de afiliación y alta en la Seguridad Social de unas mujeres que trabajaban en un establecimiento de masajes eróticos, solicitando en consecuencia que se declarase que la prestación de servicios de las trabajadoras para la empresaria demandada era de naturaleza laboral. La empresaria sostenía que ella se limitaba a alquilar las habitaciones a las mujeres, que ejercían la prostitución por cuenta propia, sin

obstáculo legal o de constitucionalidad para el reconocimiento de laboralidad de la prestación de servicios de prostitución por cuenta de una empresaria, debiendo ser ésta reconocida, en tanto perviva el sistema prostitucional actual, para no agravar la situación de las trabajadoras sexuales desde una perspectiva de género⁷².

La percepción de la prostitución por cuenta ajena como una actividad contraria a la moral e incluso en algunos momentos como una actividad penalmente relevante al amparo de una determinada interpretación del delito de proxenetismo no coercitivo en su redacción por LO 11/2003, que habría llevado a concluir que toda forma de lucrarse explotando la prostitución ajena era delictiva, ha hecho que únicamente se dispense protección laboral a quien se prostituye en escenarios empresariales a través del reconocimiento como relación laboral por cuenta ajena de la denominada relación de "alterne". En este marco la obligación de la trabajadora se ciñe a alternar con la clientela del local y a estimular, mediante su atractivo sexual, el consumo de bebidas a cambio de la remuneración convenida por el titular del local donde se realiza la actividad⁷³. No obstante, este deslinde entre prostitución y alterne resulta en muchos casos artificioso pues como de forma notoria es conocido ese tipo de actividad frecuentemente es el instrumento para propiciar la relación sexual por precio y así se observa en la sentencia de la Sala de lo Penal del TS nº. 1428/2000, de 23 septiembre, FJ. 16º, -Roj: 6659/2000-, de la que por su expresividad reproducimos unos párrafos: "Un término «alterne», profundamente eufemista, capcioso y circunloquial porque el «alterne» no es más que la misma prostitución pero con aderezos, es decir, una de las formas que la prostitución puede revestir, nacida, sin duda, al abrigo del tejido social y en connivencia con él moviéndose, por lo tanto, al amparo de una versátil demanda que ora reclama un morbo añadido a la pura relación carnal, ora busca un encuadre social más nítido y menos problemático a la hora de la relación sexual; estamos pensando en la crudeza que supone la búsqueda en el barrio chino. En

embargo, el Juez declaró probado que la empresa era responsable de la página web a través de la cual se ofertaban los servicios sexuales, de la fijación de los horarios de trabajo, de la recepción de los clientes, de la concertación de los servicios y su cobro, de la liquidación del porcentaje que le correspondía a la mujer que prestaba el servicio al finalizar la jornada y de la facilitación de los medios de trabajo.

⁷² Entre los argumentos que se invocan hay algunos que se extraen de los pronunciamientos de la Sala de lo Penal del TS, así el reconocimiento por parte de esta Sala de la prostitución libre por cuenta propia o ajena como una actividad que no puede verse limitada por las concepciones morales o éticas-sociológicas ya que afecta a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho (STS nº. 425/2009, de 14 de abril, -Roj: 2891/2009-); la interpretación restrictiva del delito de proxenetismo no coercitivo que terminó imponiéndose en esa Sala; la interpretación de los delitos relativos a la explotación laboral de la prostitución ajena que exigen para su aplicación que se detecten condiciones abusivas de trabajo (STS nº. 651/2006, de 5 de junio, -Roj: 3794/2006-,) o que haya "grave riesgo para los derechos" (STS nº. 152/2008, de 8 de abril, -Roj: 1319/2008-).

⁷³ Vid., por ejemplo, las SSTS (Sala de lo Social), de 3 de marzo de 1981 -Roj: STS 2517/1981-; o de 4 de febrero de 1988 -Roj: STS 12880/1988-. En la STS, Sala de lo Social, Sección 1, nº. 1099/2016, de 21 de diciembre, FJ. 4º, -Roj: STS 5723/2016-, se resume el estado de la cuestión afirmando que la jurisdicción social se pronuncia en favor de la naturaleza jurídica laboral de la actividad de alterne, salvo en aquellos casos en los que esa actividad conlleva además el ejercicio de la prostitución en los locales de la empresa. Más recientemente la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, nº. 104/2019, de 18 de febrero, FJ. 1º, -Roj: STSJ M 11244/2019-.

definitiva, para levantar el velo a esta artificiosa locución basta del simple desarrollo de una operación intelectual que separe lo fundamental de lo accesorio, la verdad de la trápala para lo cual contamos, además, con la inestimable ayuda del sentido común. Así pues, el edificio de la prostitución en una de cuyas plantas se ubicaría el «alterne tejido con la exclusiva obra de la carne humana y no con un aséptico “copeo” se nos manifiesta como algo bipolar, polimorfo, cambiante en sus formas más aparentes y es que donde se mueve tanto interés, grande es también el grado de múltiples formas que una entidad como la prostitución es capaz de adoptar al hilo de la diversidad en la demanda social”.

El planteamiento de la justicia social, que también ha conocido de pretensiones de tercero asalariados que prestan su actividad al servicio del desarrollo de la prostitución⁷⁴, contrasta con el reconocimiento que desde hace tiempo se hace por parte de la Sala de lo Penal de la condición de trabajadores dependientes de quienes ejercer la prostitución por cuenta ajena al hilo principalmente de su interpretación de los tipos penales dirigidos a la protección de los derechos de los trabajadores; actualmente tipificados bajo la rúbrica “De los delitos contra los derechos de los trabajadores” del Título XV del Libro II del CP⁷⁵. En este sentido ya en su sentencia de 12 de abril de 1991, FJ. 6º, -Roj: 9711/1991- al analizar el delito del entonces artículo 499 bis 1, 2 y 3, llegó a la conclusión de que el hecho de que el contrato de prostitución fuese ilícito por su objeto no era impedimento para la apreciación del mencionado delito porque el mismo “no protege las consecuencias de un contrato de trabajo formalmente válido, sino la situación de personas que prestan servicios para otra. De lo contrario el más desprotegido debería cargar también con las consecuencias de su desprotección”. Una línea interpretativa claramente consolidada con el transcurrir del tiempo, de la que se hace eco la STS nº. 438/2004, de 29 marzo, FJ. 7º, -Roj: 347/2004-, que reproduce el siguiente extracto de la STS nº. 995/2000, de 30 de junio, en relación con la contratación de los inmigrantes ilegales: «que el abordaje del art. 499 bis del anterior CP, equivalente al actual art. 311 del vigente Código, debe efectuarse desde una perspectiva constitucional, (no olvidando la afirmación con que se inicia la Constitución, que en su art. 1 califica el Estado de «social») en la medida que el llamado derecho penal laboral, del que el tipo que se comenta es elemento

⁷⁴ Martínez Moreno, C., «¿Tiene el Derecho del Trabajo alguna respuesta ante la prostitución?», en *Labos*, 2020, vol. 1, nº. 2, p. 153, nos hace partícipes de otra incoherencia del sistema, que, no reconociendo a la prostituta la condición de trabajadora asalariada, sí reconoce la reclamación de cantidades que realiza la encargada de un local destinado a servicios de prostitución.

⁷⁵ Obsérvese que con motivo de la apreciación del delito de prostitución forzada en alguna sentencia reconoce que la mujer prostituida está realizando materialmente un trabajo y, por tanto, aquel en cuya organización lo realiza tiene que cumplir con los deberes propios de los empleadores; así señala la STS nº. 1428/2000, de 23 septiembre, FJ. 16º, -Roj: STS 6659/2000-, que “existiendo una relación de trabajo no puede evadirse el empresario de las obligaciones que ello comporta, como en el presente caso sería comprobar los requisitos de la legalidad para poder trabajar en España y no cerrar los ojos ante quien puede estar ilegalmente y además trabajando en contra de su voluntad, ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones para con sus trabajadores respecto a la Seguridad Social”.

central, sanciona fundamentalmente situaciones de explotación, que integran ilícitos laborales criminalizados, de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores”, independientemente de la legalidad o no de esta relación. Y que también se aplica en la STS nº. 208/2010, de 18 de marzo, FJ. 1º, -Roj: 1488/2010-, donde la Sala de lo Penal considera que el sistema de justicia penal no puede contribuir a la desigualdad social, lo que sucedería si los tipos penales destinados a proteger los derechos de los trabajadores estuviesen referidos sólo a contrataciones laborales dentro de la legalidad. Consiguientemente, la protección penal se extiende a las “contrataciones laborales con desprotección, a situaciones de contratos con causa ilícita, en concreto una relación laboral con una prostituta, por entender que el tipo penal protege la situación de la persona que presta servicios a otra, sea o no sea legal el contrato de trabajo, ya que de lo contrario el desprotegido debería cargar con las consecuencias de la desprotección”.

En concreto las conductas de terceros (empleadores) en relación con el ejercicio libre de la prostitución en escenarios empresariales en las que se aprecia que las condiciones de ejercicio de la prostitución son marcadas por el empresario vulnerando los derechos y las condiciones laborales de quienes prestan los servicios⁷⁶, conductas que se ven especialmente favorecidas ante la falta de regulación de la actividad, pueden ser subsumibles, según los casos, en el delito de imposición de condiciones laborales que lesionen los derechos de los trabajadores del artículo 311.1º -mediante el engaño o abuso de necesidad- o del artículo 311.4º -mediante violencia o intimidación- o el delito de empleo de extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que lesionen los derechos de los trabajadores del artículo 312.2, e incluso en el delito de infracción de las normas de prevención de riesgos laborales del artículo 316.

Un análisis brevísimo de la cuestión a través de algunas resoluciones del TS pondría de relieve que la persona que ejerce libremente la prostitución forma parte del colectivo de los trabajadores a estos efectos cuando los titulares del club donde ésta presta los servicios sexuales son los responsables de la organización y gestión de los mismos. Bajo este presupuesto, obviamente, la existencia de un delito contra los derechos de los trabajadores dependerá de la concurrencia del resto de elementos típicos; siendo común a los delitos tipificados en los artículos 311.1º y 4º y 312.2 el elemento relativo a la imposición de condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan sus derechos. En todo caso estaríamos hablando de condiciones laborales de explotación, esto es, de condiciones ligadas a las jornadas y horarios de trabajo, a las retribuciones, a las normas de comportamiento de los trabajadores, a la protección de seguridad laboral; no siendo necesario que la explotación laboral esté marcada por la denigración de la persona. Su concreción, por otra parte, se ve condicionada

⁷⁶ Así clubs de alterne, sala de fiestas y espectáculos, salones de masajes, etc.

por otros elementos esenciales de esos tipos. Así, por ejemplo, en la STS, nº. 270/2016, de 5 de abril, -Roj: 1553/2016-, donde se confirma la condena por el delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 311.1º en su modalidad de abuso de situación de necesidad⁷⁷, el tribunal señala que en ese caso existía explotación laboral dado que esa circunstancia impedía que las víctimas pudieran oponerse a una condiciones laborales sin contrato laboral, sin seguro médico, con un horario de 21 horas de la noche a 6 horas de la mañana, durante seis días a la semana y bajo un régimen disciplinario de sanciones del 50% de la ganancia del día si se incumplían las normas de comportamiento con los clientes y la policía. No se apreció explotación laboral en el caso analizado por la STS nº. 208/2010, de 18 de marzo, FJ. 1º, -Roj: 1488/2010-, que revocó una condena por el delito de empleo de súbditos extranjeros sin permiso de trabajo, al apreciar que las condiciones del contrato verbal de trabajo no suponían un perjuicio para los derechos de las trabajadoras -brasileñas en situación irregular en España- “más allá de las derivadas del hecho de su situación de ilegalidad” -inexistencia de un permiso de trabajo y, consiguientemente, ausencia de alta en la Seguridad Social-, dado que el club sólo obtenía un 50% de las copas que las mujeres lograba que consumiesen los clientes; 50 E por los gastos de alojamiento y comida; y 5 E por el cambio de sábanas y preservativos por cada relación sexual.

5. Reflexión final

En estos momentos en los que asistimos al avance de la posición neoabolicionista de la prostitución entre las instancias decisorias de las políticas públicas⁷⁸, el análisis del tratamiento penal de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas de terceros relacionadas con ésta puede servir al fin de insistir en que la visión monolítica del fenómeno de la prostitución que aquella defiende no sólo no se corresponde con la realidad sino que puede ser fuente de restricciones de derechos constitucionalmente reconocidos; desdibujando además los contornos del Derecho penal liberal.

La identificación de la trata con fines de explotación sexual y la prostitución, que aquella patrocina, así como su defensa de la extensión de la red penal para abarcar prácticamente a todo aquel que de alguna forma hace que el sistema prostitucional perviva, aglutina en un todo, seguramente con la mejor de las voluntades, problemas de distinta naturaleza, penales y de derechos civiles y sociales. Estas líneas se han

⁷⁷ Por abuso de situación de necesidad, entiende el TS en esa sentencia “cualquier clase de aprovechamiento, o de hacer uso indebido de la especial posición de fuerza en el ámbito de las relaciones laborales, imponiendo el empresario, en su propio beneficio, condiciones laborales ilegales”.

⁷⁸ Incluso este avance ha sido capaz de afecta a la autonomía y esencia de la Universidad, como nos recuerda Valvidares Suárez, M., «Trabajo sexual, constitución, derechos y feminismo(s)», cit., pp. 60 y 61, silenciando en foros académicos la voz pro derechos de los trabajadores sexuales. Censura frente a la que numerosas universidades públicas reaccionaron organizando, en defensa de la libertad de expresión, debates sobre prostitución a lo largo del curso 2019/2020.

centrado en los primeros; de ahí que nos gustaría concluir estas páginas recordando algunas cuestiones que consideramos merecedoras de una ulterior reflexión en aras de contribuir a mejorar el uso del instrumento penal frente a la explotación sexual de las personas adultas.

En este sentido, cabría resaltar que la regulación actual de los delitos de prostitución coercitiva de adultos construida desde el enfoque de la protección de la libertad contribuye, a nuestro juicio, a minusvalorar la situación de *facto* que se crea a partir de esa lesión permanente de la libertad. La confianza depositada en la aplicación de otros tipos penales para la completa desvaloración de un hecho que suele entrañar que la víctima se vea reducida a un mero medio de producción de riqueza, que tenga restringida su libertad de movimiento, que pueda tener anulado todo proceso de formación de voluntad o que sea objeto de revictimización cada vez que realiza los actos sexuales a los que se ve obligada, por ejemplo, no se ve respaldada a la luz de la *praxis* judicial. Ésta evidencia que el reconocimiento de la existencia en el escenario de la prostitución forzosa de concursos de delitos, más allá de en su caso su conexión con el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual y de la causación de delitos de lesiones físicas y de aborto, no está muy extendido; siendo especialmente preocupante el hecho de que ni siquiera las partes procesales acostumbren a presentar acusación por cada uno de los delitos de abuso y agresión sexual que se corresponden con cada acto sexual realizado sin consentimiento jurídicamente válido.

Este estado de cosas debería hacer que nos planteásemos la cuestión de si no sería más apropiado una reconstrucción de estos delitos que tuviese presente también el enfoque de la dignidad humana. Ello nos situaría ante el reto de superar la discusión doctrinal sobre la conceptualización de la dignidad humana como un bien jurídico susceptible por sí mismo de protección penal a tenor de la dificultad de su correcta aprehensión desvinculada de connotaciones éticas y morales propias de cada sociedad y momento histórico⁷⁹. Este camino, que en nuestro país puede resultar más complejo de andar, y que en todo caso habría que andar dentro del marco constitucional, está muy presente en la normativa supranacional dirigida a luchar contra trata de seres humanos con fines de explotación sexual; una actividad delictiva que en la actualidad de nuestro país suele aflorar frecuentemente en los contextos de prostitución forzosa.

Este replanteamiento de la cuestión produciría seguramente un efecto colateral positivo a su vez en el tratamiento del fenómeno criminal de la trata de seres humanos en la medida en que si legislativamente abordásemos como un todo esta realidad, inclusiva de la explotación de la persona tratada, evitaríamos posible incoherencias internas como la que se observa en la actualidad al castigar la modalidad básica de la trata de adultos con fines de explotación sexual con la pena de prisión de 5 a 8

⁷⁹ Un resumen de la cuestión en Alonso Álamo, M., «¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual», cit., pp. 1-8.

años y, en cambio, la explotación misma con la pena de prisión de 2 a 5 años y multa de 12 a 24 meses.

La intervención del Derecho penal más allá del castigo de la prostitución forzosa, muy controvertida desde el prisma de la libertad sexual, se vería igualmente favorecida si la red penal se tejiera a partir de una concepción de la dignidad humana respetuosa con la libertad de autodeterminación de las personas en la esfera sexual, en la medida en que en ella se podría encontrar un fundamento legítimo a la criminalización de determinadas conductas de terceros realizadas en contextos de prostitución libre, como podría ser el hecho de aprovecharse de forma abusiva de la prostitución libre.

La violencia sexual que provoca el delito de prostitución forzosa, por otra parte, hasta lo que yo he podido observar, no es objeto de sanción en la práctica de nuestros tribunales, a pesar de que el legislador de forma muy clara señala en el artículo 187.3 que las penas por los delitos relativos a la prostitución de adultos se impondrán sin perjuicio de la correspondiente a las agresiones y abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida, reconociendo lo que de por sí debería ser evidente por la diversa entidad de los ataques al bien jurídico. Se ve que sigue pesando la tradicional consideración de los delitos sexuales como delitos de propia mano entre los operadores jurídicos⁸⁰, lo que obstaculiza la apreciación de la autoría mediata en estos delitos⁸¹. Y, en consecuencia, pervive la impunidad de los ataques a la libertad sexual que se producen cada vez que la persona prostituida satisface sexualmente a otro por precio.

A la luz de lo dicho, sería muy recomendable que se ampliase el foco de atención legislativa de los delitos de explotación sexual de las personas adultas y de conductas de terceros relacionadas con la prostitución. La anunciada elaboración de una ley de protección integral frente a la trata de seres humanos y de una ley integral de garantía de la libertad sexual podría servir de vehículo a tal fin.

Bibliografía

- Alonso Álamo, M., «¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual», en *RP*, 2007, n.º. 19, pp. 3-20.
- Boza Moreno, E., *Sobre la prostitución. Un análisis desde la Política Criminal y la necesidad de su legalización*, Tesis doctoral, Universidad Pablo de Olavide, 2017.

⁸⁰ Vid. Maqueda Abreu, M. L., *Los delitos de propia mano*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, quien ya afirmaba hace unas décadas que en las categorías dogmáticas vigentes era necesaria su desaparición en la medida en que desde una concepción del injusto fundamentada en la puesta en peligro y lesión de bienes jurídicos es indiferente si esto acontece debido a la ejecución personal de la acción o a través de un tercero jurídicamente irresponsable.

⁸¹ Se ha apreciado la autoría mediata en estos delitos en la SAP de León, Sección 1ª, n.º. 24/2000, de 23 de mayo, -Roj: SAP LE 1152/2000-, en la que se condena como autor de un delito de abuso sexual continuado al padre de una mujer cuya capacidad intelectual era equiparable a un niño de cuatro años y medio por ser él quien la llevaba a casa de un tercero para que éste a cambio de dinero le realizase en sus zonas erógenas tocamientos.

- Cadoppi, A., «Dignità, prostituzione e diritto penale per una riaffermazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della Legge Merlin», en *Archivio Penale*, 2019, n.º 1, pp. 1-43.
- Carbonell Mateu, J. C., «Los delitos relativos a la prostitución en el Proyecto de Código Penal de 1994», en Latorre Latorre, V., (coord.), *Mujer y Derecho penal. Presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 83-97.
- Carmona Salgado, C., «Trata de seres humanos para su explotación sexual. Argumentos a favor de una regulación española que normalice el ejercicio por adultos de la prostitución voluntaria», en *LP*, 2015, n.º 113, pp. 1-18.
- Caruso Fontán, M. V., «Sobre la criminalización de las actividades relacionadas con la prostitución consentida», en *RDPP*, 2011, n.º 25, pp. 31-44.
- Cobo del Rosal, M./ Quintanar Díez, M., «Capítulo V: “De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”», en Cobo del Rosal, M., (dir.), *Comentarios al Código penal*, Tomo VI, Ed. EDERSA, Madrid, 1999, pp. 667-695.
- Corbalán Herrera, M. F., *Prostitutas de calle en Madrid en los inicios del nuevo milenio: discursos y realidades sobre prostitución en el marco de las perspectivas de género*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2012.
- Cugat Mauri, M., «Lección 20ª. Prostitución y corrupción de menores e incapaces», en Álvarez García, F. J., (dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial, I*, 2ª ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 667-715.
- Daunis Rodríguez, A., «La nueva criminalización del proxenetismo», en *RP*, 2015, n.º 36, pp. 105-121.
- Díaz Morgado, C. V., *El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del Derecho Internacional y Comunitario*, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2014.
- Díez Ripollés, J. L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Ed. Bosch, Barcelona, 1985.
- ESCODE, *Impacto de una posible normalización profesional de la prostitución en la viabilidad y sostenibilidad futura del sistema de pensiones de protección social*, 2006.
- Fernández Ollero, N. J., *Calidad de vida y salud de las mujeres que ejercen la prostitución*, Tesis doctoral, Universidad de Oviedo, 2011.
- García Arán, M., «Trata de personas y regulación de la prostitución», en Pérez Alonso, E., *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, en Pérez Alonso, E., (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 665-675.
- García Vitoria, A., «Tratamiento jurisprudencial del proxenetismo no coercitivo en la prostitución voluntariamente ejercida (artículo 187.1, segundo párrafo, del CP)», en AA.VV. (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Ed. Dykinson, Madrid, 2018, pp. 1089-1112.
- Gimeno, B., *La prostitución*, Ed. Bellaterra, Barcelona, 2012.
- Gómez Tomillo, M., «Capítulo V. De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores», en Gómez Tomillo, M., (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 567-612.
- Gómez Tomillo, M., «Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», en *RECPCR*, 2005, n.º 7, pp. 1-35.

- Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una nueva política criminal en materia de espacio y orden público*, Ed. Grupo de Estudios de Política Criminal y Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- Grupo de Estudios de Política Criminal, *Propuesta de regulación del ejercicio voluntario de la prostitución entre adultos*, Ed. Grupo de Estudios de Política Criminal, 2010.
- Iglesias Skulj, A., *La trata de mujeres con fines de explotación sexual*, Ed. Didot, Argentina, 2013.
- Juliano, D., *La prostitución: el espejo oscuro*, Ed. Icaria, Barcelona, 2002.
- Llobet Anglís, M., «Prostitución: ¿qué castigar? Trabajadoras, burdeles, rufianes y clientes», en *Nuevo Foro Penal*, 2019, n.º. 92, pp. 51-104.
- «¿Prostitución?: ni sí ni no, sino todo lo contrario. Sesgos empíricos, contradicciones de lege lata y desaciertos de lege ferenda», en *RECPC*, 2017, n.º. 19, pp. 1-34.
- Maqueda Abreu, M. L., «Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?», en AA.VV. (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Vol. 2, Ed. Dykinson, Madrid, 2018, pp. 1251-1264.
- Maqueda Abreu, M. L., *Prostitución, feminismos y Derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2009.
- Maqueda Abreu, M. L., *Los delitos de propia mano*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- Marín de Espinosa Ceballos, E., «Lucrarse explotando la prostitución ajena, aún con el consentimiento: ¿Cabe el reconocimiento de la prostitución consentida como una relación laboral?», en Pérez Alonso, E., (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 695-719.
- Martínez Moreno, C., «¿Tiene el Derecho del Trabajo alguna respuesta ante la prostitución?», en *Labos*, 2020, vol. 1, n.º. 2, pp. 147-158.
- Morales Prats, F./ García Alberó, R., «Capítulo V. De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores», en Quintero Olivares, G., (dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, 7ª ed. Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 1351-1400.
- Nicolás Lazo, G., *La reglamentación de la prostitución en el Estado español. Geneología jurídico-feminista de los discursos sobre prostitución y sexualidad*, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2007.
- Olarte Encabo, S., «La prostitución voluntaria: ¿Una forma de esclavitud o de ejercicio de libertad personal, de trabajo y de empresa?», en Pérez Alonso, E., (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 517-567.
- Orts Berenguer, E., «Determinación a la prostitución (Arts. 187, 188, 189 y 192 CP)», en González Cussac, J. L., *Comentarios a la reforma del Código penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 637-662.
- Pomares Cintas, E., «La prostitución, rehén histórico de la trata de personas: la conformación política de una nueva victimización de mujeres», en Carrasco Andriano, M. M., (dir.), *Víctimas de delitos: Modelos de actuación integral*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 103-132 (versión de pruebas).
- Quintero Olivares, G., «Antinomias y contradicciones de la intervención penal en la prostitución libre», en Villacampa Estiarte, C., (coord.), *Prostitución: ¿Hacia la legalización?*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 155-183.
- Rey Martínez, F./ Mata Martín, R./ Serrano Argüello, N., *Prostitución y Derecho*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2004.

- Rodríguez Ruiz, B., «Cuerpo y autonomía relacional. Perspectivas desde el aborto», en Rodríguez Ruiz, B., (ed.), *Autonomía, género y derecho. Debates en torno al cuerpo de las mujeres*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 19-41.
- Rodríguez Villoria, M. C. A., *Factores psicosociales asociados a la prostitución: la percepción social y de las trabajadoras sexuales*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2015.
- Sáinz-Cantero Caparrós, J. E., «Capítulo 12. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II). Acoso sexual. Exhibicionismo y provocación sexual. Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores. Disposiciones comunes a los delitos anteriores», en Morillas Cueva, L., (dir.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 267-292.
- Salmerón Sánchez, P., *Perfil psicosocial de los trabajadores masculinos del sexo*, Tesis doctoral, Universidad de Castellón de la Plana, 2011.
- Suárez Llanos, L., «Prostitución, dignidad y falacias argumentativas», en Suárez Llanos, L./ Valvidares Suárez, M., (coord.), *Libres, dignas e iguales. Las claves jurídico críticas de la prostitución y el trabajo sexual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 21-43 (versión de pruebas).
- Tamarit Sumalla, J., «Prostitución: regulación, prevención y desvictimización», en Villacampa Estiarte, C., (coord.), *Prostitución: ¿Hacia la legalización?*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 269-283.
- TRANSCRIME, *Study on national legislation on prostitution and the trafficking in women and children*, 2005.
- Valvidares Suárez, M., «Trabajo sexual, constitución, derechos y feminismo(s)», en Suárez Llanos, L./ Valvidares Suárez, M., (coord.), *Libres, dignas e iguales. Las claves jurídico críticas de la prostitución y el trabajo sexual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 59-83 (versión de pruebas).
- Villacampa Estiarte, C., «¿Es necesaria una ley integral contra la trata de seres humanos?», en *RGDP*, 2020, nº. 33, pp. 1-57.
- Villacampa Estiarte, C., «A vueltas con la prostitución callejera: ¿hemos abandonado definitivamente el prohibicionismo suave?», en *EPC*, 2015, vol. XXXV, pp. 413-455.
- Villacampa Estiarte, C., «El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 BIS CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación», en *AFDUC*, 2010, nº. 14, pp. 819-865.
- Villacampa Estiarte, C., «La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal», en *RDPCrUNED*, 2013, nº. 10, pp. 293-342.