

36

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

S PRAVIDE ET PRO

Revista

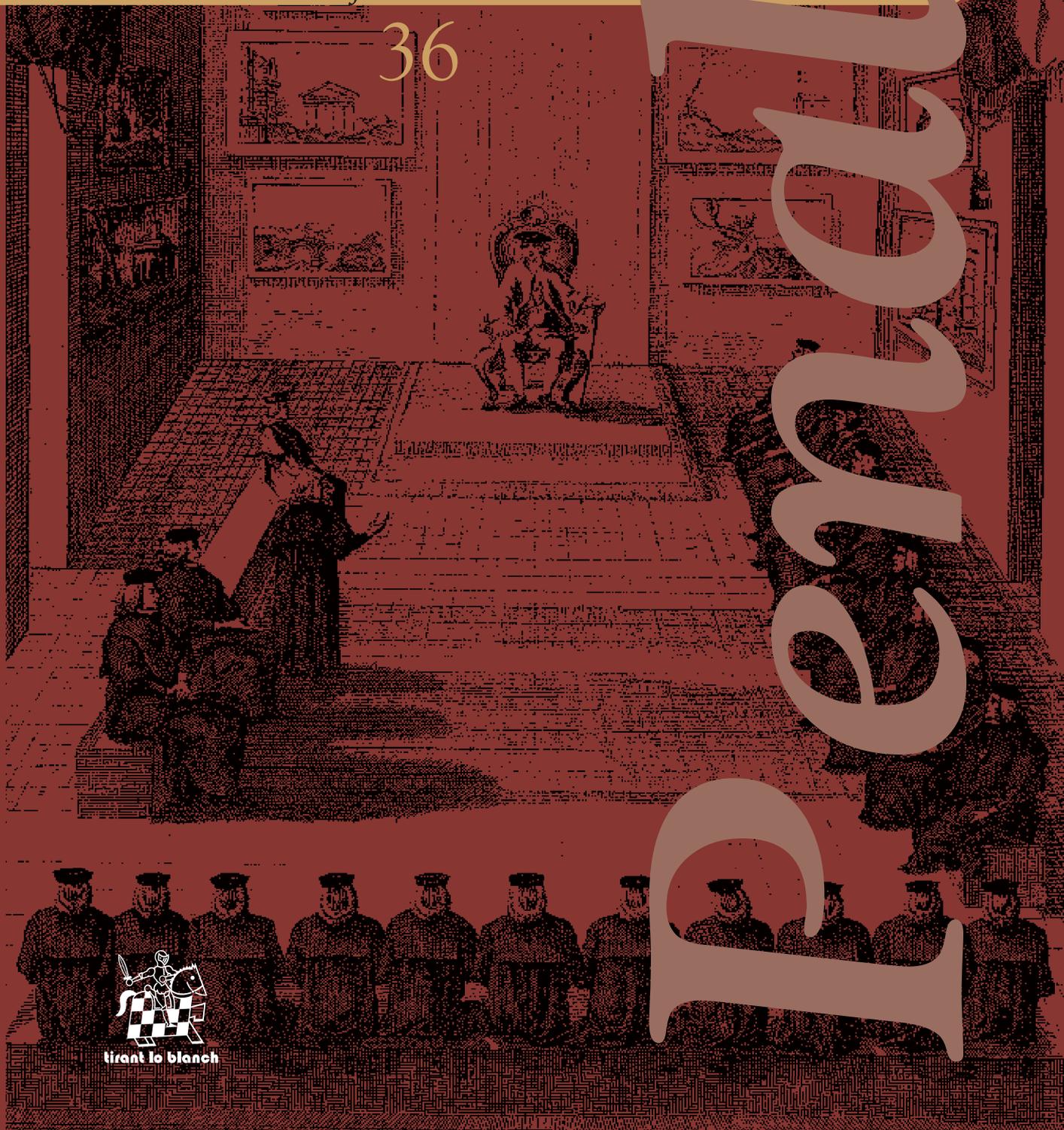
Julio 2015

36

Revista Penal

Penal

Julio 2015



Revista Penal

Número 36

Sumario

Doctrina:

– Política criminal sobre drogas en la era global y blanqueo de dinero, por <i>Miguel Abel Souto</i>	5
– Historia y perspectivas respecto de la corrupción en Brasil, por <i>Paulo César Busato</i>	14
– Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado, por <i>Viviana Caruso Fontán</i>	36
– Clasificación en tercer grado y régimen abierto en el sistema penitenciario español, por <i>Salvador Cutiño Raya</i>	61
– Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente, tras la reforma de 2015, por <i>José Luis de la Cuesta Arzamendi</i>	86
– La nueva criminalización del proxenetismo, por <i>Alberto Daunis Rodríguez</i>	105
– La culpa de la guerra en H. Arendt y K. Jaspers. Un comentario a la posición de A. Norrie sobre la imputación de responsabilidad y el Derecho penal internacional, por <i>Pablo Galain Palermo</i>	122
– Del orden público al terrorismo pasando por la seguridad ciudadana: análisis de las reformas de 2015, por <i>Victor Manuel Macías Caro</i>	133
– Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo, por <i>Joaquín Merino Herrera</i>	145
– Dogmática penal y Política criminal en la Historia moderna del Derecho penal y en la actualidad penal, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	172
– Medidas post-penitenciarias aplicables a los delincuentes sexuales: una visión desde el derecho norteamericano, por <i>Marc Salat Paisal</i>	182
– El Derecho penal nacionalsocialista, por <i>Thomas Vormbaum</i>	207
Sistemas penales comparados: Reformas en la legislación penal y procesal (2012-2015) “Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period (2012-2015)”	217
Notas bibliográficas, por <i>Francisco Muñoz Conde</i> y <i>Gema Varona Martínez</i>	296



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Victor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Complutense

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela) y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Yu Wang (China)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Ana Cecilia Morún Solano (República Dominicana)
Elena Núñez Castaño (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Ludovico Bin y Francesco Diamanti (Italia)	Pablo Galain Palermo y Sara Durán (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



La nueva criminalización del proxenetismo

Alberto Daunis Rodríguez

Revista Penal, n.º 36. - Julio 2015

Ficha Técnica

Autor: Alberto Daunis Rodríguez

Adscripción institucional: Universidad de Málaga

Sumario: I. Introducción. II. La inestable política criminal española en materia de prostitución. III. La reinstauración del abolicionismo de la prostitución en el año 2003. IV. El proyecto de reforma del código penal: la nueva criminalización del proxenetismo. 1. El nuevo contexto socioeconómico de la prostitución. 2. Análisis del art. 187.1 CP. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Resumen: Nuevamente, el legislador penal español aborda, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la figura del proxeneta, para criminalizar su intervención en la prostitución ejercida por otra persona cuando se realice en situación de explotación laboral o de dependencia. Con esta nueva versión del art.188.1 in fine del Código penal, trasladado con la nueva regulación al art. 187.1 in fine del Código penal se pretende solventar los profundos problemas de aplicación e interpretación que suscitaba la norma desde su incorporación al acervo punitivo en el año 2003 y responder a las nuevas formas de explotación sexual abusiva. En el presente trabajo abordamos la reforma de delito de explotación sexual contenido en el art. 187.1 in fine del Código penal desde una perspectiva crítica, analizando el sentido y alcance de su redacción típica y, al mismo tiempo, valorando el modelo de gestión de la prostitución diseñado por el legislador reformista.

Palabras clave: Prostitución, proxenetismo, consentimiento, explotación laboral, explotación sexual.

Abstract: With the recent reform of penal code, the Spanish Legislature addresses again the pimp in order to criminalize the intervention in prostitution when dependence or labor exploitation is involved. This new version of article 188.1 in fine is an attempt to correct the application and interpretation problems that the current law has. It also attempts to address the new types of abusive sexual exploitation. In this dissertation we'll analyse the new law from a critic point of view. We'll analyse it's sense and reach and we'll also evaluate the model of prostitution management designed by the legislator.

Key Words: Prostitution. Pimping. Will. Work exploitation. Sexual exploitation.

Observaciones: Trabajo desarrollado en el marco del Proyecto I+D+I "Colectivo en los márgenes. Su exclusión por el derecho en tiempo de crisis", Referencia DER2012-34320.

Rec: 24/09/2014 **Fav:** 06-03-2015

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda, la prostitución es uno de los temas sociales con mayor protagonismo en el debate público de las últimas décadas. Su gestión y tratamiento han generado posiciones enfrentadas donde resulta complejo encontrar un término medio o una solución pacífica a la cuestión. Posiblemente, son tan variados los elementos que configuran el fenómeno que se hace difícil llegar a un consenso entre las distintas formas de abordarlo. En efecto, la moral, la honestidad, la libertad, la libertad sexual, la economía, el género o la inmigración son, entre otros, factores que afectan de forma decisoria en la prostitución y su tratamiento¹.

Tradicionalmente, se distinguen tres modelos de gestión de la prostitución: el *prohibicionismo*, que criminaliza la actividad en sí misma, al entenderla contraria a la moral y a la ética, persiguiendo no solo a los proxenetas y clientes, sino también a las personas que la ejercen; el *abolicionismo*, que considera la actividad un ataque a la dignidad humana, pretendiendo su erradicación mediante la persecución de aquellos que promueven su ejercicio pero sin castigar a la persona prostituida, a la que consideran una víctima vulnerable y el *reglamentarismo*, que considera la prostitución como un hecho natural, un mal menor y necesario, aspirando a su control, mediante la implementación de medidas, reglas y controles que eviten problemas de orden público y sanitarios². En las últimas décadas, aparece el modelo *laboral* o *legalizador*, que aborda la prostitución libre y consentida como una actividad laboral que debe ser reconocida, no para imponerle controles policiales y sanitarios, sino para asignar derechos laborales y garantías sociales a las personas que la desarrollan, evitando los abusos de los clientes, proxenetas y la propia Administración³.

En España no se ha asumido de forma nítida y clara una posición frente a la prostitución, sino que se transita entre el abolicionismo estatal y el reglamentarismo local o municipal. En efecto, desde instancias estatales parece apostarse, al menos formalmente, por la erradi-

cación de la prostitución, al considerarla como una forma de violencia de género y un ataque a la dignidad humana, como pusieron de manifiesto tanto el Informe de la ponencia sobre la prostitución en nuestro país, adoptado por la Comisión Mixta de los derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades de marzo de 2007, como el Plan Integral de Lucha con la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual adoptado por el Gobierno para el período 2009-2011. Sin embargo, más allá de declaraciones formales, en la práctica el Estado español no ha propuesto ninguna iniciativa legislativa destinada a erradicar la prostitución, a excepción de la tentativa gubernativa de presentar una ley para prohibir la publicación en prensa de anuncios de servicios sexuales y de locales dedicados a la prostitución que ni siquiera llegó a entrar en el Parlamento⁴. En el ámbito municipal, la actividad normativa ha sido, en cambio, más prolífica y se han aprobado múltiples normas o reglamentos locales destinados a gestionar la actividad. Muchas de estas normas, a pesar de presentarse como frutos de una ideología abolicionista, en pureza, muestran importantes rasgos reglamentaristas. Así, con el objetivo de alejar la prostitución de los núcleos urbanos o, incluso, de cualquier espacio público, no solo se castigan a los clientes sino también a las personas que ejercen la actividad sin cumplir unas determinadas reglas. En efecto, no son pocos los Ayuntamientos que, mediante planes de prostitución enuncian ambiciosas medidas para proteger a las personas prostituidas pero que, de forma paralela, a través de ordenanzas en materia de convivencia y/o seguridad ciudadana, persiguen a tales supuestas víctimas mediante graves sanciones administrativas. Así viene actuando el Ayuntamiento de Málaga en los últimos años: a través del Plan de Prostitución (2011-2015) preveía una serie de iniciativas o medidas destinadas a proteger el colectivo de trabajadoras sexuales pero, al mismo tiempo, la Ordenanza para la Garantía de la Convivencia Ciudadana y la Protección del Espacio Urbano en la Ciudad de Málaga, de 30 de noviembre de 2010, sanciona con multas de hasta

1 Sobre los factores que informan el debate de la prostitución, nos hemos detenido con mayor profundidad en DAUNIS RODRÍGUEZ, A., Prostitución: un debate abierto, en *Revista Galega de Seguridade Pública*, nº 11, Xunta de Galicia, 2008, pp. 15 y ss.

2 Vid, TAMARIT SUMALLA, J.M., Problemática derivada de la liberalización de la prostitución voluntaria de adultos en el Código penal de 1995, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRAT, F. (COORD.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi Editorial, 2001, p. 1827.

3 Vid, más detenidamente, JULIANO, D., Sobre trabajo y degradaciones, en SOLANA, J.L./ACIÉN, E. (Ed.), *Los retos de la prostitución: estigmatización, derechos y respeto*, Comares, 2008, p. 14. *La misma*, Excluidas y marginales, Cátedra, 2004, pp. 118 y ss.

4 Vid, VILLACAMPA ESTIARTE, C. Análisis de las políticas de criminalización de la prostitución, en IGLESIAS SKULJ, A./PUENTE ABA, L. (COORDS.), *Sistema penal y perspectiva de género: trabajo sexual y trata de personas*, Comares, 2012, pp. 40-41.

1.500 euros a dicho colectivo, cuando las mismas ejerzan la actividad a menos de 200 metros de un núcleo urbano y/o comercial⁵.

En el ámbito penal, la política criminal española también ha ido oscilando entre el reglamentarismo y el abolicionismo. En el último periodo, la intervención del legislador penal en la materia resultó especialmente desconcertante, al pretender criminalizar cualquier forma de proxenetismo, rufianismo o tercería locativa. Obviamente, la ley no tuvo la repercusión práctica que se esperaba, al menos, desde posiciones abolicionistas, quedándose prácticamente en una norma penal simbólica o en una mera etiqueta. No en vano, la presencia de la prostitución en España supera posiblemente a la de cualquier país de la Unión Europa⁶.

En el presente trabajo abordamos la nueva penalización que propone el Legislador de la figura proxenetismo. No obstante, con carácter previo hacemos un breve repaso del tratamiento que el Código penal (en adelante, CP) ha otorgado a la materia desde la propia Codificación hasta la normativa actual vigente.

II. LA INESTABLE POLÍTICA CRIMINAL ESPAÑOLA EN MATERIA DE PROSTITUCIÓN

España no ha mantenido una política criminal unívoca en materia de prostitución a lo largo de su reciente Codificación penal. Así, puede afirmarse, *grosso modo*, que en una primera fase el legislador español adoptó el modelo reglamentista, al concebir la prostitución como una especie de “mal menor” que evitaba excesos mayores y servía para defender el orden social preestablecido. En consecuencia, partiendo de la necesaria existencia de la prostitución, se optó por una regulación administrativa de la actividad mediante un sistema de ficheros, controles sanitarios y aplicación de tasas⁷. En el ámbito penal, los arts. 535 y ss. —contenidos en

el Título VII “Delitos contra las buenas costumbres de la Parte Primera “Delitos contra la Sociedad”— del CP’1822, castigaban la prostitución con menores de edad y la actividad que se ejerciese en mancebías sin cumplir una serie de normas y autorizaciones. Con el CP’1848 desapareció cualquier criminalización de la prostitución de adultos y la regulación del fenómeno se redujo al art. 367 —contenido en el Capítulo III. Estupro y corrupción de menores del Título X. De los delitos contra la honestidad del Libro II. De los delitos y sus penas—, donde se castigaba la prostitución o corrupción de menores cuando se realizase habitualmente o con abuso de autoridad o confianza para satisfacer los deseos de una tercera persona. Por tanto, desaparece cualquier referencia a las mancebías y la prostitución entre personas mayores de edad queda impune. En cambio, se castiga como falta grave la inobservancia de las normas de policía relativas a las formas y condiciones de ejercicio de la actividad.

En definitiva, puede afirmarse que en el Siglo XIX no se criminalizó la prostitución de adultos sino que, únicamente, se persiguieron determinadas conductas que tuviesen como víctimas a menores de edad. De forma paralela, se produjo una regulación del ejercicio de la actividad, fundamentalmente, en lo referente a las condiciones de higiene y de salud de las personas que ejercían la actividad, así como a cuestiones relativas al orden público⁸.

Dicha regulación se mantuvo hasta inicios del Siglo XX cuando en el ámbito internacional surgió un importante asociacionismo feminista, así como, fuertes campañas contra el reglamentarismo que desembocaron en la celebración de la Conferencia Internacional de París de 1902 y el posterior Acuerdo Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, el 18 de mayo de 1904, que abogaba por un sistema abolicionista de la prostitución⁹. Con una importante carga moral y el

5 Sobre el discurso ambivalente de muchos gobiernos municipales que, de una parte, victimiza a un grupo de personas y, de otra, las persigue mediante multa y sanciones, nos hemos detenido con mayor profundidad en DAUNIS RODRÍGUEZ, A., El enfoque trafiquista y la perspectiva de género en la prostitución y la trata de seres humanos, en LAUREZO COPELLO, P./DURÁN MUÑOZ, R., *Diversidad cultural, género y derecho*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 631 y ss.

6 En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, G., Antinomias y contradicciones en la intervención penal en la prostitución libre, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (COORD.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch, 2012, p. 175

7 Más profundamente, GAVILÁN RUBIO, M., Los delitos relativos a la prostitución en la actual legislación penal, en *La ley penal*, n.º 109, julio-agosto, 2014, pp. 33 y ss.

8 Vid, NICOLÁS LAZO, G., *La reglamentación de la prostitución en el Estado español. Genealogía jurídico-feminista de los discursos sobre la prostitución y sexualidad*, Universidad de Barcelona, 2007, <http://www.tdx.cat/handle/10803/1413>, pp. 167 y ss. 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 *Revista penal*, n.º 19, enero de 2007, La Ley, 2007, p. 8.

9 Sobre las herramientas internacionales contra la trata de seres humanos y la prostitución, vid, más profundamente, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos. El art. 177 bis Cp*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 41 y ss.

patrón único de castidad que declaró la guerra a la sexualidad extraconyugal, el abolicionismo ganó terreno en el espacio público y oficial, llegándose a consolidar como un movimiento influyente¹⁰. Su ideología se centraba en las ideas de su fundadora, Josephine Butler, quien en 1869 inició su famosa campaña contra la leyes de enfermedades contagiosas y el hecho de que las medidas de higiene y profilaxis de las enfermedades de transmisión sexual fueran exclusivas para las prostitutas, abogando no solo por la erradicación de las mismas sino, también, de la prostitución en sí misma, al entenderla como un fenómeno fruto de la dominación masculina, de la feminización de la pobreza y de la falta de oportunidades de la mujer en su sistema patriarcal¹¹. España, que participó en ambos instrumentos jurídicos internacionales, pretendió defender una concepción abolicionista de la prostitución mediante la reforma, también en el año 1904, del delito de escándalo público contenido en el art. 456, para sancionar en el apartado 2º a “los que cooperen o protejan públicamente la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera del Reino, participando de los beneficios de este tráfico o haciendo de él modo de vivir”. De esta forma, se rompió con la tradición jurídica del Siglo XIX y se criminaliza, por primera vez, una conducta en el ámbito de la prostitución que tuviese como protagonistas a personas adultas. Paradójicamente, en la normativa administrativa continuaban rigiendo los mismos requisitos para el ejercicio de la actividad, siendo el propio Estado quien organizaba los controles y servicios sanitarios. Por tanto, en la práctica, seguía manteniéndose un sistema reglamentarista, pero los intereses de orden público y la

preocupación internacional por la trata de seres humanos forzaron la incorporación de esta norma de signo abolicionista al ordenamiento jurídico español¹².

Con la llegada al poder del dictador Primo de Rivera se reformó el Código penal en el año 1928, sin aportarse ninguna novedad al tratamiento penal de la prostitución, al mantenerse la criminalización del proxenetismo en los arts. 608-610 —del Capítulo III. Delitos relativos a la prostitución, del Libro II. De los delitos y las penas—. Por tanto, se continuó con la persecución del proxenetismo iniciada por el CP'1904, pero siguieron vigentes las normas relativas a organización e higiene.

Hubo que esperar hasta la instauración de la Segunda República para la transformación definitiva del Estado español en un sistema abolicionista: mediante el Decreto de 28 de junio de 1935 se suprimió toda forma de reglamentación de la prostitución, “el ejercicio de la cual no se reconoce en España a partir de este Decreto como medio lícito de vida” (art. 1)¹³. Sin embargo, el citado decreto duró escasos años, hasta que, en periodo franquista, en el año 1941, se restauró la reglamentación de la prostitución, continuándose con los controles médicos obligatorios, la vigilancia policial, la inscripción en los registros y el confinamiento de las mujeres en burdeles o locales destinados al ejercicio de la actividad. Dicha situación perdurará hasta la aprobación del Convenio para la Represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, firmado en Lake Success (New York) el 21 de marzo del año 1950, que trajo consigo la instauración oficial en España del sistema abolicionista¹⁴. En efecto, mediante Decreto-

10 Vid, MAQUEDA ABREU, M.L., *Prostitución, feminismos y derecho penal*, Comares, 2009, p. 8.

11 Vid, HEIM, D, La prostitución a debate: el abolicionismo desde la perspectiva de la defensa de los trabajadoras sexuales, en *Nueva Doctrina Penal*, n. 2, 2006, pp. 445 y ss.

12 Como recoge LUENGO LÓPEZ, J., Reglamentación de la prostitución en la España del primer tercio del Siglo XX, a partir del 1908 “el Ministerio de la Gobernación prohibía el ejercicio de la prostitución a las mujeres casadas y menores de 23 años, edad desde la cual se consideraba a una muchacha adulta. Las que pasaban de ésta, hasta la de veinticinco, necesitaban la licencia expresa de sus representantes legales, padres o tutores, estableciendo además que la inscripción en un registro especial de aquellas que hicieran o quisieran desempeñar este oficio era por voluntad propia. Todo ello se hacía de forma gratuita en cualquier sede del Gobierno civil por la Inspección provincial de Sanidad, en las capitales, y, en las poblaciones que no tenían dicho carácter, se hacía en la Alcaldía por la Inspección de Sanidad. Estas mujeres debían acreditar su identidad, edad, estado, oficio, causas que las impulsaban a prostituirse, etc., entregando su fotografía para unirla a la cartilla que se les daba”, *Congreso sobre Prostitución: comercio de personas sin fronteras*, Palma de Mallorca del 20 de septiembre al 10 de octubre, http://gepibbalears.files.wordpress.com/2012/03/07_luengoregl.pdf, p. 5

13 Sobre el tratamiento de la prostitución en la Segunda República, vid, RIVAS ARJONA, M., II República española y prostitución: el camino hacia la aprobación del Decreto Abolicionista de 1935, en *Arenal* 20, julio-diciembre 2013, pp. 345 y ss.

14 El Convenio de Lake Success de 1950 se convirtió en el emblema normativo del movimiento abolicionista, al suponer la criminalización del proxenetismo, la tercería locativa y el rufianismo, imprimiendo un importante giro de la política criminal internacional en materia de prostitución. Como afirma MAQUEDA ABREU, M.L., *Prostitución, feminismos y derecho penal*, op. cit., el modelo diseñado por este instrumento “se impuso en la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno, que tarde o temprano acabaron ratificándolo”, pudiéndose afirmar que “con él se inauguró oficialmente a nivel internacional el fin del reglamentarismo y el dominio de las políticas abolicionistas en materia de prostitución”, p. 13

Ley de 3 de marzo de 1956 se declara nuevamente la ilicitud de la prostitución y se prohíben las mancebías y las casas de tolerancia. El CP se reforma el 24 de enero de 1963 para castigar, a través del art. 452 bis —del Capítulo VII. Delitos relativos a la prostitución, bajo el Título XI. Delitos contra la honestidad—, distintos comportamientos relacionados con la prostitución, entre los que se encontraban el proxenetismo, el rufianismo y la tercería locativa.

Dicha situación se mantuvo presente hasta que el nuevo orden social exigió una regulación normativa que superase definitivamente la idea de honestidad y moralidad en el ámbito de la sexualidad para sustituirla por la necesidad de libertad, autonomía y voluntad propias. Ello supuso la despenalización de múltiples conductas, entre las que destacaron, muy especialmente, las relacionadas con la prostitución. Aunque con la reforma del año 1989 se experimentó una profunda transformación de los delitos sexuales, que pasaron al Título VII, bajo la denominación de Delitos contra la libertad sexual (ya que, como advertía el propio legislador, la denominación de honestidad escondía una intolerable situación de agravio para la mujer), no fue hasta 1995 cuando, a través del denominado Código penal de la democracia, se suprimió el sistema abolicionista, eliminándose el art. 452 bis Cp que castigaba la intervención y participación de un tercero en cualquier acto de prostitución; apareciendo, en su lugar, el art. 188 Cp que sancionaba únicamente la determinación forzada a la misma¹⁵.

III. LA REINSTITUCIÓN DEL ABOLICIONISMO DE LA PROSTITUCIÓN EN EL AÑO 2003

La adicción mediante la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, al 188.1 Cp —donde se castiga la determinación coactiva a la prostitución— de una cláusula final para sancionar también al proxeneta que obtenga algún beneficio de la prostitución de otra persona, con independencia de que el ejercicio de la actividad fuese voluntario o forzado, supuso una importante modificación de la política criminal en esta materia, al reincorporarse, al menos formalmente, la visión abolicionista de la prostitución en el acervo punitivo¹⁶.

Nuevamente, la importancia de la trata sexual y el empuje de determinados movimientos feministas demandaron una posición abolicionista frente al fenómeno de la prostitución. De esta forma, a la idea de dignidad de la mujer, se añade la *perspectiva de género* como principal argumento para sancionar la intermediación lucrativa en la prostitución de otra persona, al entenderse ésta como un acto de violencia de género¹⁷. Desde este momento la regulación penal de la prostitución se vuelve especialmente confusa: en el primer párrafo del art. 188.1 Cp se sigue castigando con penas de dos a cuatro años a quien “determine, empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o mantenerse en ella”; pero, además, se

15 Sobre la evolución de los delitos de proxenetismo, *vid.* también 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 *Revista penal*, n.º 19, *cit.*, pp. 9 y ss.

16 En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 15 ed., Tirant lo Blanch, 2004, p. 248. Entienden también que el art. 188.1 *in fine* CP supone la criminalización del proxenetismo, QUINTERO OLIVARES, G., Capítulo IV. Las normas penales españolas: cuestiones generales. 2. Prostitución, consentimiento e imagen, en GARCÍA ARÁN, M. (COORD.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, 2007, p. 190. *El mismo*, Antinomias y contradicciones en la intervención penal en la prostitución libre, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (COORD.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, *op. cit.*, p. 180. FERRÉ OLIVÉ, J.C., Trabajo sexual, crimen organizado y trata de personas, en MUÑOZ CONDE, F./LORENZO SALGADO, J.M./FERRÉ OLIVÉ, J.C., *Un derecho penal comprometido. Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 407. GALLEGU, J.I./HORTAL, J.C., Tema 7. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual, en CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, Tomo 1, Tirant lo Blanch, 2011.

17 Defienden una posición abolicionista frente a la prostitución, entre otros, BOLAÑOS NARANJO, A., La prostitución desde una perspectiva legal: diferentes enfoques, en BOLAÑOS A./PARRÓN N./ROYO, E./SANTANA, J.M., *Debate sobre prostitución y tráfico internacional de mujeres. Reflexiones desde un perspectiva de género*, Médicos del Mundo, mayo 2003, p. 4. REY MARTÍNEZ, F./MATA Y MARTÍN, R./SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución y Derecho*, Aranzadi, 2004, pp. 67 y ss. APRAMP, *La prostitución. Claves básicas para reflexionar sobre un problema*, APRAMP/Fundación Mujeres, http://www.mujeresenred.net/IMG/pdf/prostitucion-claves_basicas.pdf, pp. 17 y ss. CARRACEDO BULLIDO, R., Por un análisis feminista de la prostitución, en SUSINOS RADA, R./CALVO SALVADOR, A./GARCÍA LASTRA, M. (COORDS.), *Mujeres en la periferia: algunos debates sobre género y exclusión social*, Icaria, 2006, pp. 57 y ss. UGT, *La prostitución. Una cuestión de género*, UGT, www.ugte.es/informes/prostitucion.pdf, p. 9. 2006. REY MARTÍNEZ, F., La prostitución ante el Derecho: problemas y perspectivas, en *Nuevas políticas Públicas: Anuario multidisciplinar de las Administración Públicas*, núm. 2, 2006. Junta de Andalucía, 2006, pp. 112 y ss. PEMÁN GAVÍN, J., El debate sobre la legalización de la prostitución en España (A propósito del Informe de la Ponencia constituida al efecto en las Cortes Generales), en *Revista española de Derecho administrativo*, n.º 136, 2007, Civitas, 2007, pp. 716 y ss.

incluye un párrafo final donde se castiga con la misma pena al “que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”.

Con esta cláusula final incorporada al art. 188.1 Cp se pretende abordar la prostitución como una actividad que lesiona la dignidad humana, especialmente de la mujer. Desde esta perspectiva, resulta indiferente o superfluo que el ejercicio de la prostitución se realice de forma voluntaria o forzada. Así, lo explica ALONSO ÁLAMO, cuando expresa que “la abolición de la prostitución plantea las mismas cuestiones que la abolición de la esclavitud. La dignidad es siempre dignidad de la persona y se afirma objetivamente, es decir con independencia de la voluntad del titular, a cuya protección tienden los tipos. No se trata de adoptar una posición de paternalismo jurídico, ni tiene por qué producirse una huida hacia el Derecho penal, ni tiene por qué violentarse el principio de intervención mínima; se trata de acudir prudencialmente al Derecho penal si está presente un interés merecedor de protección (principio de necesidad de la intervención), un interés que no es patrimonio privativo de la moral: la dignidad secularizada, positivada en la historia, o, si se prefiere, la última concreción o positivación de la dignidad, la (acaso mal llamada) integridad moral”¹⁸. En definitiva, desde estas posiciones se identifica la explotación sexual con uno de los posibles significados lingüísticos del término (“sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio”. 2.º acepción DRAE) para castigar

la simple o mera obtención de un lucro a través del ejercicio de la prostitución de otra persona.

En términos generales, puede afirmarse que la vuelta del abolicionismo al CP, no fue bien recibida por la doctrina penal. La norma fue objeto de muchos ataques o críticas que se centraban no sólo en el retroceso que generaba a un pasado superado donde no se salvaguardaba la libertad sexual del individuo¹⁹, sino también en la posible incompatibilidad de la norma con importantes principios penales²⁰

Desde la anterior perspectiva crítica se realizaron importantes esfuerzos para evitar castigar la mera participación de un tercero en el ejercicio libre, voluntario y consentido de la prostitución, optándose por una aplicación restrictiva del art. 188.1 in fine Cp²¹. Aparecen distintas fórmulas interpretativas que exigen algo más que la mera intermediación en la prostitución de otra persona. Así, un sector doctrinal propone que la lesividad de la conducta resida en la fuerte relación de dependencia y subordinación entre la persona que ejerce la prostitución y el empresario que la gestiona, donde éste último controla y maneja todas las condiciones de la prestación²². Otro grupo de autores, ponen el acento en los derechos laborales vulnerados, destinando la norma a aquellos supuestos en los que se acepta voluntariamente desarrollar la actividad bajo unas condiciones claramente injustas —remuneración inadecuada, insuficiente o leonina, jornadas laborales interminables o ausencia de periodos de descanso, entre otras—²³. Fi-

18 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 *Revista Penal*, n.º 19, cit, pp. 18-19

19 Vid, por todos, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 14 ed., Tirant lo Blanch, 2004, p. 248.

20 En este sentido se mostró especialmente contundente, GÓMEZ TOMILLO, M., Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal, en *RECPC*, 07-04(2005), 2005, para quien “en ningún caso deberían haberse equiparado punitivamente el determinar a otra persona, por ejemplo violentamente, a ejercer la prostitución y el hecho de lucrarse con la prostitución ajena, pese a que esto último se haga conociendo el hecho violento, intimidatorio o abusivo”, p. 26. Para el citado autor, estamos ante una norma podría correr el “riesgo de un deslizamiento en un Derecho penal de autor” y vulnerar el principio de igualdad. Vid, también del mismo autor, El delito de lucrarse explotando la prostitución ajena, en *La Ley. Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 2-2007, 2007, p. 1593.

21 Nos hemos detenido más profundamente sobre esta cuestión en DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, op. cit, p. 128 y ss.

22 MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, Capítulo V. De los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores, en QUINTERO OLIVARES (COORD.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4.ª ed., 2005, pp. 997-998.

23 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. et. al., *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, 2007, p. 243. MAQUEDA ABREU, M.L., Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual, en *Diario La Ley*, núm. 6430, 27 de febrero de 2006, La Ley, p. 3. Profundiza más en este planteamiento en el posterior trabajo, La trata de mujeres para explotación sexual, en SERRA CRISTOBAL, R. (COORD.), *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 305. Presenta, aún, una interpretación más acabada y perfilada del art. 188.1 in fine CP, en *Prostitución, Feminismo y Derecho penal*, op. cit., donde concluye que “más allá de la legítima obtención de un lucro por el favorecimiento de una prostitución consentida o de la existencia de relaciones de dependencia lícitas, que son algunos de los significados que se asignan a la nueva regulación, el concepto que se propone de explotación sexual se aproxima a la idea de explotación laboral derivada de la imposición de condiciones abusivas de trabajo que, no obstante, son aceptadas por quien presta servicios sexuales —esto es por la prostituta—, de modo que su régimen de garantías, aquí

nalmente, destaca la posición que se fija en el abuso de la situación de vulnerabilidad, necesidad, coacción o amenaza provocado por un tercero diferente o ajeno al proxeneta que obtiene el beneficio del ejercicio de la prostitución²⁴.

Por su parte, la jurisprudencia parece recoger las anteriores posiciones doctrinales, para proponer una fórmula interpretativa especialmente confusa. Así, partiendo de la máxima de que “no toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito castigado con penas de dos a cuatro años de prisión”, el Tribunal Supremo viene exigiendo los siguientes requisitos para poder activar el delito:

- 1) Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad.
- 2) Quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución.
- 3) La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Solo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada

a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo.

- 4) La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad. Esa reiteración es exigible tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio. En realidad, de lo que se trata es de constatar la existencia de un consentimiento viciado en la medida en que el sujeto se aprovecha de las dificultades ajenas, lo que implica un vínculo de subordinación derivado de la situación de la víctima. De esta forma, cabe incluir en la tipicidad del segundo inciso, cuando se den estas condiciones, el llamado proxenetismo no coercitivo, pero en principio quedarían fuera de la misma la tercera locativa o el rufianismo cuando existe una situación de igualdad y consentimiento abierto²⁵.

Como adelantábamos, los criterios establecidos por el Tribunal Supremo no permiten una interpretación unívoca de la norma, sino que parece confundirse y mezclarse la determinación forzada a la prostitución con la simple intermediación en el trabajo sexual voluntario y libre.

Ciertamente, si analizamos por separado el primer criterio propuesto, en el que se exige verificar la existencia de algún medio comisivo destinado a doblegar la voluntad de la víctima —violencia, intimidación, engaño o abuso de superioridad o de su situación de

penales, se equiparan a las de cualquier trabajador@ por cuenta ajena, sin que ninguna —posible— circunstancia de ilegalidad le sustraiga a la tutela penal”, p. 119

24 GARCÍA PÉREZ, O., Arts. 187-188, en DIEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASABONA, C., *Comentarios al Código penal. Parte especial II*, Tirant lo Blanch, 2004, quien hace bascular su interpretación en la realidad criminológica, donde constata que puede diferenciarse las conductas que participan en la prostitución de otra persona. Así, en ocasiones, “la determinación al desempeño forzado de la prostitución y la explotación de ésta la realizan sujetos diferentes, de tal modo que aquellos que se lucran de ésta serán a lo sumo partícipes de los que se encargan de la primera. Pues bien, con este precepto se trataría de equipararlos debido al comportamiento de los que explotan esta actividad respecto de personas que saben que han sido forzadas a ello”. En consecuencia, la norma estaría destinada a responder a aquellos supuestos donde “la mujer que ha sido forzada a la prostitución consienta en que otro obtenga un lucro, pp. 497 y ss. De forma similar se expresa CARMONA SALGADO, C., La nueva regulación del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual según la LO 11/2003, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (COORD.), *El Derecho penal frente al fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, 2007, quien afirma que la finalidad criminal perseguida por la LO 11/2003, fue la de “equiparar a efectos punitivos las conductas de los dos grandes grupos de personas habitualmente implicadas en la organización y funcionamiento del fenómeno criminal de la prostitución forzada: de una parte, quienes obligan a los sujetos a prostituirse y, de otra, quienes se lucran a través de su explotación, conocedores de que no se prostituyen libremente, habida cuenta de la trascendencia de esta última actividad a efectos de un mejor funcionamiento y desarrollo de la primera”, p. 229. Mantienen también esta posición, GÓMEZ TOMILLO, M., Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal, en *RECPC, 07-04(2005)*, 2005, pp. 23 y ss. *El mismo*, La Ley. *Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2-2007, 2007, p. 1590 y ss. LLORA GARCÍA, P., en SERRA CRISTOBAL, R./LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, Ministerio de Justicia, 2007, p. 199. VILLACAMPA ESTIARTE, C., La trata de seres humanos para la explotación sexual: relevancia penal y confluencia con la prostitución, en *Hacia una justicia de los derechos: una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalidad de la prostitución*, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (COORD.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch, 2012, p. 258.

25 El primer pronunciamiento del Alto Tribunal que dispone estos cuatro criterios se recoge en la STS, nº 445, de 3 julio de 2008.

necesidad o vulnerabilidad—, puede llegarse a concluir que el Tribunal Supremo vacía de contenido el art. 188 bis *in fine* Cp, al interpretarse en los mismos términos que su apartado primero, donde se sanciona la prostitución forzada.

De igual forma, los criterios segundo y tercero tampoco aportan ningún elemento interpretativo novedoso que pueda coadyuvar a un mejor entendimiento o definición de la descripción típica del art. 188.1 *in fine* Cp.

En consecuencia, es el cuarto de los criterios expuestos el que establece nuevos parámetros para poder conceder una interpretación diferente a la polémica cláusula que nos ocupa. Una lectura aislada del citado criterio interpretativo podría sugerirnos que el Tribunal Supremo se ha decidido definitivamente por aplicar el art. 188.1 *in fine* Cp en toda su expresión; pasando, por tanto, de una norma penal simbólica al instrumento jurídico de la persecución penal y efectiva del proxenetismo, interiorizando el espíritu de la norma que respondería a las exigencias abolicionistas. Sin embargo, en la práctica forense, si nos centramos en los procesos judiciales que han abordado esta polémica cláusula no se produce dicha criminalización del proxenetismo, sino que se viene exigiendo que exista cierto abuso, aunque sea mínimo, de la situación que sufre la víctima para imponerle condiciones de ejercicio de la actividad claramente abusivas o injustas.

En el sentido anteriormente apuntado, destacamos la STS núm. 160/2011, de 15 de marzo, que aborda el caso de unas migrantes en situación de irregularidad administrativa que acordaron con los propietarios de un club desplazarse a España para ejercer la prostitución pero, una vez en el país, descubrieron que habían contraído una deuda que ascendía a 2.500 euros, que estaban sometidas a unas estrictas reglas de comportamiento, al control absoluto de las condiciones de ejercicio de la actividad y a una continua vigilancia de sus movimientos. El Tribunal aceptó como hechos probados que “ninguna de las mujeres recibiese amenaza alguna de los acusados hacia ellas o sus familias, ni que les produjeran ningún daño físico, ni que las encerraran en el local o sus dependencias, ni les retuvieran su pasaporte o documentación”²⁶. No obstante, sancionó la

conducta a través del art. 188.1 *in fine* Cp al entender que: “las víctimas se ven inevitablemente abocadas al ejercicio de esa labor en condiciones no queridas y por la presión que soportan: en un país diferente al suyo, sin conocimiento de otros lugares donde ir, en situación irregular, con la espada de Damocles de una deuda que los recurrentes enarbolan frente a ellas. El control efectivo sobre las mismas, las imposiciones de condiciones vejatorias y humillantes, la exigencia de multas con excusas a veces banales frente a las que no pueden recurrir, la vigilancia ejercida sobre ellas, suponen la explotación de las víctimas y el aprovechamiento de una provocada situación de vulnerabilidad. El status de subordinación y dependencia en lo personal y en lo económico que describe la sentencia pone de manifiesto ese control o predominio que justifica la intervención del derecho penal. Como bien explica la combatida en el fundamento de derecho 3º, la inequívoca atmósfera de coacción, engaño y abuso acarrearán un temor y una presión que impiden hablar de prostitución ejercida en condiciones de plena libertad y autonomía”.

Por su parte, la STS nº 450 de 22 de abril de 2009 juzga el caso en el que una mujer de nacionalidad rumaniana fue captada en su país para trabajar como camarera pero, una vez en el territorio español, descubrió que debía ejercer la prostitución. Aunque los propietarios del club no eran precisamente quienes determinaban a la prostitución a la víctima, sí eran conscientes de la situación en la que se encontraba la misma (los tratantes obligaban, a través de amenaza y violencia, a ejercer la prostitución, incluso, estando enferma). Ante esta situación, el Tribunal decidió sancionar mediante el art. 188.1 *in fine* Cp también a los propietarios del club al entender probado un abuso de la situación de necesidad de la víctima para obtener un beneficio económico a través de la imposición de condiciones abusivas en la prestación sexual. Sin restar validez a la solución apuntada, nos preguntamos si los hechos descritos no encajaban directamente en el tipo de determinación a la prostitución recogido en el primer párrafo del art. 188.1 Cp, al producirse un claro abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima, que mediante amenazas y violencia era determinada a ejercer la prostitu-

26 Concretamente, los hechos probados relatan que las mujeres no cobraban ninguna cantidad durante los primeros meses de ejercicio de la actividad; debían trabajar todos los días de la semana, desde las 18 horas hasta las 5 horas del día siguiente, sin posibilidad de descanso; vestían de una forma determinada, siempre utilizando zapatos de tacón; permanecían continuamente en pie, sin poder utilizar los asientos o sillones para descansar; cobraban todos los servicios a través de la recepción; y, finalmente, estaban obligadas a solicitar siempre autorización para salir del establecimiento. Cuando incumplían estas reglas, se les imponían multas que oscilaban entre los 10 hasta los 150 euros”.

ción; o, sin más, no podría castigarse a los propietarios del club como cooperadores necesarios de un delito de prostitución forzada cometida por un tercero.

En definitiva, el art. 188.1 *in fine* Cp no se está aplicando para castigar meros actos de proxenetismo. Los Tribunales españoles no han asumido una perspectiva abolicionista de la prostitución sino que vienen exigiendo algo más que la simple organización y planificación de la actividad y la consecuente obtención de un lucro por ello. No obstante, los requisitos necesarios para activar la norma no quedan claros, generándose una importante inseguridad jurídica.

IV. LA NUEVA CRIMINALIZACIÓN DEL PROXENETISMO

1. El nuevo contexto socioeconómico de la prostitución

No cabe duda de que la actual ideología neoliberal y las nuevas formas de consumo y producción determinan también un nuevo escenario en el ámbito de la prostitución, conformándose una nueva *relación laboral* caracterizada por la supremacía del empresario y la ausencia de garantías y derechos por parte del sujeto empleado. De esta forma, se exigen o imponen una serie de requisitos y condiciones a las personas que ejercen la prostitución que son muy similares a los que rigen el actual mercado laboral formal o informal: flexibilidad, precariedad, fragmentación y desregulación²⁷.

La *flexibilidad* laboral se configura como el elemento central o nuclear en la denominada industria del sexo: la movilidad y capacidad de adaptación a las necesidades del empresario suponen requisitos indispensables en las nuevas formas de ejercicio de la actividad. Así, una de sus principales características es el denominado *sistema intensivo de plazas*, que obliga a la persona que ejerce la prostitución durante un cierto tiempo (que va de los 21 días hasta los 3 meses) en un mismo establecimiento a abandonar el mismo. Para ello, se realizan alianzas entre los empresarios que permiten una diversificación continua de la oferta y, al mismo tiempo, evitan cualquier tipo de arraigo de la mujer en un determinado territorio.

Del mismo modo, se verifica una importante *precariedad* en las condiciones de ejercicio de la prostitución que pueden suponer una clara explotación: más allá de mitos y tópicos, el empresario puede imponer unas condiciones especialmente duras, que exigen la realización de largas jornadas de trabajo, con insuficientes períodos de descanso y salarios bajos, apareciendo la denominada prostitución acuartelada.

Evidentemente, existe una total *desregulación* de la actividad que se traduce en una ausencia de derechos y garantías de las personas que ejercen la prostitución frente a su empleador. Se trata de una relación laboral donde prima una absoluta situación de desigualdad: el trabajador se encuentra completamente desprotegido, sin derechos o garantías frente a un empresario que impone una multiplicidad de reglas, normas y multas sin ningún tipo de control o vigilancia jurídicos en su actividad empresarial.

Finalmente, la movilidad y desregulación facilitan y generan la *fragmentación* del colectivo de trabajadores que ejercen la prostitución. Porque, los continuos cambios y desplazamientos evitan el establecimiento y la unión del colectivo para ejercitar conjuntamente sus reivindicaciones y hacer una mayor presión para la mejora de sus derechos y condiciones de trabajo.

Estas nuevas formas de ejercicio de la prostitución más precarias y desequilibradas a favor del proxeneta, se ven claramente favorecidas por la situación de indefinición legal de la actividad que existen en España, que no castiga o criminaliza el simple proxenetismo pero que, tampoco normaliza la actividad dotando de derechos y garantías a las personas que la ejercen.

A ello debe añadirse que cada vez es mayor el porcentaje de mujeres migrantes que ejercen la actividad: su menor arraigo en el país, su mayor capacidad de movilidad, la inexistencia de una red familiar y sus mayores dificultades para acceder a un trabajo reglado y remunerado pueden ser algunos de los motivos que explican este mayor protagonismo del colectivo migrante en la prostitución²⁸. Evidentemente, cuando tales necesidades o circunstancias que sufren las mujeres migrantes son graves, puede suceder que el empresario se aproveche de las mismas para explotarlas injustamente

27 MALGESINI, G., Impacto de una posible normalización profesional de la prostitución en la viabilidad y sostenibilidad futura del sistema de pensiones de protección social, en *Estudios y cooperación para el desarrollo*, ESCODE, 2006

28 Como pone de manifiesto, IGLESIAS SKULJ, A., La prostitución y el trabajo sexual: las relaciones entre sexualidad y género, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (COORD.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, *op. cit.*, el trabajo sexual, junto con el servicio doméstico y las tareas de cuidado son fundamentalmente los trabajos disponibles para las mujeres migrantes. "Todos ellos están caracterizados por ser trabajos desregularizados, privatizados, feminizados, a los que solo se puede acceder a través de las redes más o menos informales de ayuda", pp. 57-58.

o, incluso, contra su voluntad. No obstante, no puede afirmarse, como regla general, que la mujer migrante sufra una situación de vulnerabilidad que le aboque al ejercicio de la prostitución sino, simplemente que, ante las actuales condiciones del mercado de trabajo de los países receptores, algunas han optado por dicha actividad como la mejor alternativa para iniciar o continuar su proyecto migratorio²⁹.

Por tanto, nos encontramos muchas *zonas grises*, en las que no resulta fácil esclarecer el grado de autonomía de la persona que ejerce la prostitución, su voluntad de ejercer la misma y la capacidad de consentir determinadas condiciones de la actividad. Una posición abolicionista y, en consecuencia, la criminalización de toda forma de proxenetismo, tercería locativa o rufianismo, supondría una intromisión en la libertad sexual de la mujer inadmisibles, ya que sancionando al tercero que intermedia en la actividad se estigmatiza también a la persona protagonista de la misma, como proveedor de servicios prohibidos o ilegales. Expresado de otra forma, no se puede criminalizar al proxeneta (o, incluso, al propio cliente) y esperar a que la Sociedad no etiquete como delincuente a quien presta u ofrece los servicios prohibidos.

2. Análisis del art. 187.1 in fine CP

El legislador reformista parece detectar la problemática situación en la que se encuentra la actual regulación penal de la prostitución. De esta forma, el nuevo CP dispone la modificación del art. 188.1 *in fine* Cp — que pasaría a ser el art. 187.1 *in fine*— para castigar al que se lucre de la prostitución ejercida por una persona aún con el consentimiento de la misma, siempre que ésta se encuentre en una situación de dependencia o se la explote laboralmente.

A continuación analizamos el significado y alcance de ambas condiciones que recoge la norma de forma alternativa o disyuntiva, bastando que concurra una de ellas para que se cometa el delito.

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

A nuestro entender, la nueva regulación no solventa la polémica que generaba el art. 188.1 *in fine* Cp, sino que viene a formalizarla, recogiendo expresamente en la norma. En efecto, el Legislador parece hacer referencia a aquellos supuestos, que hemos expuesto con anterioridad, en los que la víctima se encuentra muy próxima a un estado de necesidad o vulnerabilidad. En estos supuestos, el prototipo de víctima es la mujer migrante con problemas económicos, sin empleo, que se encuentra desarraigada familiar y socialmente, desconoce el idioma, no tiene acceso a recursos institucionales, ha asumido una importante deuda con un tercero y no puede regresar a su país de origen.

El legislador reformista parece insistir en reforzar la criminalización de esta modalidad o forma de prostitución, en la que la explotación sexual puede resultar más compleja de identificar y/o detectar. En efecto, en ocasiones se concede a las víctimas un mínimo grado de libertad y reconocimiento de derechos, enmascarándose el abuso de la situación de vulnerabilidad que sufren y complicando la labor del operador judicial y policial a la hora de perseguir tales actividades. Expresado de otra manera: en las nuevas formas de explotación sexual, se concede a las víctimas, a modo de liberalidades, una serie de *privilegios* que no existen en los supuestos tradicionales de prostitución forzada. Dichos privilegios —salidas controladas del establecimiento, períodos de descanso o asignación mínima de sueldos, entre otros— junto con el consentimiento expreso de la víctima a someterse a la prostitución pueden dificultar la criminalización de tales actividades a través del delito de determinación forzada a la prostitución que, tradicionalmente, se ha venido aplicando a aquellos supuestos en los que se ejercen fuertes dosis de violencia o intimidación para doblegar la voluntad de la víctima. Podríamos decir que el art. 187.1 *in fine* CP vendría a facilitar la respuesta penal ante aquellas formas de explotación especialmente sutiles y consentidas por la víctima, por encontrarse en una situación de dependencia personal o económica.

No puede obviarse el riesgo que conlleva esta forma de criminalización de la explotación sexual consentida abusiva: flexibilizar al máximo el concepto de vulne-

29 Porque, si seguimos el planteamiento según el cual toda persona que acepta un trabajo o empleo con especiales, duras e, incluso, injustas condiciones se encuentra necesariamente en una situación de vulnerabilidad de la que abusa el empresario, habría que castigar penalmente a la mayoría de empresarios de nuestro país. Hila más fino SOLANA RUIZ, J.L., Movimientos migratorios, trabajadores inmigrantes y empleo en la prostitución, en *Documentación social*, n° 144. *La prostitución: una realidad compleja*, Caritas, 2007, cuando afirma que: "Si admitiésemos el razonamiento, deberíamos en justicia victimizar también, por ejemplo, a trabajadoras/es, tanto inmigrantes como autóctonos, 'forzados' por sus circunstancias a desempeñar tareas, muy duras y peligrosas en algunos casos, que detestan (¿Y deberíamos, consiguientemente, en buena lógica abolicionista, abolir estas infames tareas?). Tendríamos, en definitiva, que concluir la no-libertad y el estatuto de la víctima para un importante número de trabajadores y trabajadoras del mundo", p. 53.

rabilidad para criminalizar cualquier tipo de intermediación a la prostitución. MAQUEDA nos advierte que el componente emocional de la vulnerabilidad ha demostrado tener una alarmante fuerza de convicción³⁰, convirtiéndose no sólo en la puerta de entrada de los discursos abolicionistas, sino también de las políticas de inmigración cero. Respecto a los primeros, entienden cualquier acto de prostitución como una forma de violencia de género y a la persona que consiente como un ser vulnerable, ya que, nadie en plenas condiciones consentiría su propia explotación; en cuanto a las segundas, utilizan la lucha contra la prostitución y la trata de seres humanos como coartadas para imponer medidas claramente inadmisibles frente a la inmigración irregular, que pueden llegar incluso a quebrantar importantes principios constitucionales, pero que se justifican atendiendo a la presunta situación de vulnerabilidad que sufren los migrantes irregulares que se encuentran a merced de los intereses de las bandas organizadas dedicadas a la explotación sexual o laboral³¹.

El legislador reformista, siguiendo la técnica utilizada en el delito de trata de seres humanos para valorar la situación de vulnerabilidad, incorpora una cláusula interpretativa para darle operatividad a la situación de dependencia económica y personal de la víctima: que no tenga “otra alternativa, real o aceptable, que el ejercicio de la prostitución”.

Por tanto, el Juez o Tribunal deberá verificar en cada supuesto que la víctima consintió su explotación sexual porque estaba abocada a ello, al no tener otra opción posible que someterse al abuso. No basta con aportar criterios generales o abstractos, sino que deberá corroborarse caso por caso que la víctima no tenía otra alternativa.

Debe advertirse que todas las opciones o decisiones están mediatizadas o condicionadas por muchos factores. Y, evidentemente, la persona que decide ejercer la prostitución por considerarla la mejor alternativa frente a trabajos aún más precarios y mucho menos

remunerados, decide bajo determinadas condiciones, pero sigue siendo libre y consciente³². La cuestión es verificar cuándo dicha decisión no ha sido seleccionada ante otras alternativas o posibilidades (más o menos aceptables) sino que, más bien, era la única alternativa viable.

En el sentido anteriormente apuntado, la condición de migrante en situación de irregularidad administrativa no puede por sí sola identificarse como una situación de dependencia personal. Obviamente, dicha situación de irregularidad administrativa puede ser un importante obstáculo para conseguir un trabajo y/o la plena integración social del extranjero en el país. Asimismo el desplazamiento hacia otro territorio suele llevar asociado un desarraigo del país de origen y la inexistencia de una red social y familiar en la sociedad de llegada que le ayude a afrontar su nueva situación de forma libre y consciente. Del mismo modo, la compleja situación legal y la continua amenaza de la expulsión pueden ser circunstancias que sitúen al extranjero en una situación de inferioridad que puede ser aprovechada por el proxeneta para imponerle condiciones abusivas o injustas. No obstante, más allá de un criterio o regla general que actúe como presunción *iruis et de iure*, dicha condición solo puede operar como un indicio que deberá ir acompañado de otros para verificar que la víctima se encontraba realmente en una situación de dependencia personal o económica.

Junto a la situación de irregularidad administrativa del extranjero, puede constituir otro indicio de la situación de dependencia de la persona que ejerce la prostitución el engaño inicial en las condiciones de ejercicio de la actividad. En efecto, puede suceder que las víctimas se desplacen a España para ejercer la prostitución bajo unas determinadas condiciones pero, una vez en el país, descubran que éstas han cambiado, resultando ser peores o más perjudiciales que las pactadas inicialmente. En estos casos, muchas víctimas pueden verse abocadas a consentir estas nuevas y peores condiciones

30 MAQUEDAABREU, M.L., *Prostitución, feminismo y derecho penal*, op. cit., realiza un completo y excelente análisis del recorrido de este medio de determinación de la voluntad de la víctima y como viene siendo utilizado para limitar la libertad sexual de la mujer y controlar los movimientos migratorios de los países empobrecidos a los países más industrializados, pp. 69-80 y 128-138. También aborda profundamente la identificación de la mujer migrante con ser vulnerable y uso interesado por las políticas de inmigración cero y las posiciones abolicionistas, IGLESIAS SKULJ, A., La protección de los derechos humanos en el ámbito de las políticas contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual, en *Nova et Vetera* 20 (64), 2011, para quien: “las mujeres son vistas como seres inherentemente vulnerables, supuestamente forzadas o atrapadas en la prostitución a causa de la falta de autonomía; esta perspectiva reaviva el mito de la trata de blancas que sirvió de paradigma para el control de las migraciones femeninas desde el Siglo XIX”, p. 127

31 Sobre esta cuestión, vid, más detenidamente, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, 2013, op. cit., pp. 32 y ss.

32 De forma parecida, TAMARIT SUMALLA, J.M., Prostitución: regulación, prevención y victimización, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (COORD.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, op. cit., p. 274

por no disponer de recursos económicos para subsistir en el país o regresar al suyo, no conocer el idioma, ni tener ningún familiar o amigo que le pueda facilitar el alojamiento, la manutención u otros recursos económicos para poder declinar la nueva oferta claramente abusiva.

Otro indicio que puede resultar muy valioso para poder demostrar que la víctima no consintió libremente su propia explotación sexual es la asunción de deudas con el explotador o el intermediario que facilitó su desplazamiento hacia el lugar de explotación. No en vano, con el nacimiento de la deuda el explotador adquiere una importante herramienta de presión para que la persona consienta su propia explotación en condiciones abusivas. Cuando la deuda es parcialmente *inducida*, es decir, se incrementa unilateralmente por el empresario, la posibilidad de que exista una situación de explotación sexual abusiva es mayor, al verificarse un claro interés o pretensión del empresario en que la víctima continúe en el ejercicio de la actividad. Para aumentar la deuda, suelen imponerse multas de forma arbitraria y desproporcionada.

Igualmente, los operadores jurídico y policial deben estar atento a la relación personal entre el proxeneta y la víctima, ya que, en ocasiones, el primero facilita el alojamiento y manutención a la segunda, para evitar su contacto con el exterior y la formación de redes sociales en el lugar de residencia. Dicha relación de dependencia puede incluso conllevar la imposición de medidas de control y vigilancia sobre la víctima que, sin llegar a estar privada de libertad, tiene muy limitados sus movimientos, estando obligada a comunicar todas sus salidas del establecimiento.

A estos indicios podríamos añadirles otros medios comisivos con mayor fuerza probatoria pero que, en realidad, pertenecen más al ámbito de la determinación coactiva a la prostitución, como son la retirada del pasaporte, la privación de libertad, el empleo de la violencia física o sexual, la coacción e intimidación a través de técnicas de vudú o las amenazas con causar daño a un familiar o tercero, entre otros.

b. Que se impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.

El legislador reformista pretende criminalizar mediante esta cláusula del art. 187.1 in fine CP las con-

ductas de explotación laboral que se producen en el ámbito de la prostitución y que actualmente vienen castigándose mediante los delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 311 Cp y 312.2 Cp).

A pesar de la inexistencia de una regulación normativa de la prostitución en nuestro país, los Tribunales españoles suelen considerar la prostitución y el alterne ejercidos por cuenta ajena como relaciones laborales. En efecto, la STS del 12 de abril de 1991, entendió aplicable el art. 499 bis Cp (antecesor del vigente art. 311 Cp) a una relación laboral basada en el ejercicio de la prostitución y alterne, por entender que el tipo penal protegía “la situación de personas que prestan servicios a otra, sea o no sea legal el contrato de trabajo, ya que, de lo contrario el más desprotegido debería cargar también con las consecuencias de su desprotección”. En el mismo sentido, la STS 1390 de 22 de noviembre de 2004 advierte que “el hecho de concertar entre las partes una actividad consistente en prestar servicios, mediante la permanencia en un determinado periodo de tiempo en el local, sometida a horario para la captación de clientes, al objeto de consumir bebidas, evidencia una actividad en la que concurren las notas tipificadoras de toda relación laboral, cuales son la prestación de servicios por cuenta ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y jornada; llegando a precisar que la relación que mantienen las señoritas *de alterne* con el titular del establecimiento donde desempeñan su cometido es de naturaleza laboral”. Más recientemente, la STS del 14 de abril de 2009, al cuestionarse la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre las mujeres que alternan y prestan servicios sexuales en un club y sus empleadores, acaba concluyendo que estamos ante “una relación de trabajo que, analizando caso por caso, puede ser englobada en el Estatuto de los Trabajadores”³³.

No solo la Sala Penal del Tribunal Supremo ha considerado la prostitución y el alterne como actividades objeto de protección del art. 312.2 Cp, que salvaguarda la indemnidad de la relación laboral y los derechos laborales de los trabajadores³⁴, sino que, en relación con el alterne, la Sala Social del mismo Tribunal viene admitiendo que la actividad se “puede realizar por cuenta ajena y de forma retribuida y dependiente”³⁵. De esta forma, recuerda que “la relación contractual que regula

33 En el mismo sentido existe una importante jurisprudencia menor. *Vid.*, entre otras, SAP Albacete de 21 de marzo de 2002, SAP Burgos de 28 de junio de 2002.

34 SSTS 2005/2002, 1045/2003, de 18 de julio, 1092/2004, de 1 de octubre, 1471/2005 de 12 de diciembre.

35 STSS de 27 de noviembre de 2004 y de 17 de noviembre de 2004.

los servicios de agrado de los clientes, remunerada con el 50% de las consumiciones, con un horario determinado, tiene naturaleza laboral y no puede ser calificada como arrendamiento de servicios. Se trata de un verdadero contrato de trabajo, tal como se describe en el artículo 1.1º del Estatuto de los Trabajadores”³⁶.

En consecuencia, tanto el alterne como la prostitución por cuenta ajena pueden considerarse actividades de las que nace una relación laboral al amparo de la protección del Estatuto de los Trabajadores y del Código penal³⁷. Ahora, resta saber qué tipo de conductas pretende castigar el legislador reformista a través del art. 187.1 in fine Cp.

Debido a que la actividad no está reglada y, en consecuencia, no existen convenios colectivos del sector, el legislador reformista parece evitar cualquier tipo de polémica o problemática a la hora de identificar la prostitución con una actividad laboral legal, utilizando una terminología diversa a la recogida en los arts. 311.1 y 312.2 Cp, donde se sancionan la imposición o el empleo de condiciones que “perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”. No obstante, parece obvio que las conductas que lesionan ambos preceptos penales, quedan dentro de la órbita de aplicación del art. 187.1 in fine CP, donde se sanciona “imponer condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas”.

A nuestro entender, la norma viene a proteger los extremos más importante de la relación laboral: el salario (art. 26 ET), las gratificaciones extraordinarias (art. 31 ET), la jornada de trabajo (art. 34 ET), el ritmo de trabajo (art. 36 ET) o las vacaciones anuales (art. 38 ET), entre otras. En este sentido, se viene utilizando el art 312.2 Cp para sancionar o castigar como una lesión de los derechos de los trabajadores, la imposición de

condiciones perjudiciales en la prestación de servicios de prostitución o alterne, tales como, las jornadas de doce a quince horas diarias³⁸; la retención de salarios o salarios insuficientes³⁹; la ausencia o deficiencia de los periodos de descansos⁴⁰; la realización de servicios extraordinarios o especiales⁴¹; los impedimentos o las negativas a la solicitud de bajas médicas o a los permisos para asistir a consultas médicas⁴², entre otros.

Como viene sucediendo con el art. 312.2 Cp, en los casos de extranjeros en situación de irregularidad administrativa, el hecho de que el empresario o proxeneta no contrate a la persona que ejerce la prostitución, ni le practique el alta en la Seguridad Social no podrá significar, por sí sola, condición suficiente para poder activar el art. 187.1 in fine CP, ya que, el empresario no puede contratar a tales personas ni gestionarles su alta en la Seguridad social, al carecer de las autorizaciones necesarias para residir en el país. En puridad, es la propia Administración quien impide el ejercicio de los mismos, por lo que, la “responsable” de la no afiliación del extranjero en situación de irregularidad administrativa, sería la propia Administración⁴³. En el mismo sentido se expresa la ya citada STS núm. 425 de 14 de abril de 2009, al entender que “lo valorable a efectos punitivos son las condiciones laborales impuestas a los trabajadores, independientemente de que sean legales o ilegales. La sentencia aborda el supuesto de unas mujeres extranjeras que carecían de permiso de trabajo y de residencia, por lo que, no formalizaron por el escrito de contrato de trabajo, ni se las dio de alta en la Seguridad Social. Las mujeres cobraban el 100% de los servicios sexuales que practicaban, el 50% de las copas que consumían los clientes; mientras que, de otra parte, pagaban al proxeneta o empresario 5 euros por las sábanas y preservativos de cada servicio y 50 euros diarios por el alojamiento y manutención. Fren-

36 No obstante, no puede obviarse que también existen pronunciamientos que niegan para la existencia de una relación laboral que pueda formalizarse mediante un contrato laboral o que diferencian las actividades alterne y prostitución. A este respecto, *vid.* más profundamente, VIVAS LARRUY, A., ¿Hacia la legalización?, en *Hacia una justicia de los derechos: una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalidad de la prostitución*, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (COORD.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, *op. cit.*, pp. 207 y ss.

37 MAQUEDA ABREU, M.L., *Hacia una justicia de los derechos: una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalidad de la prostitución*, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (COORD.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, *op. cit.*, pp. 188 y ss.

38 SAP Burgos de 29 de octubre de 2001, SAP Ciudad Real de 11 de abril de 2005, STS 1106, de 10 de noviembre de 2009.

39 SAP Burgos de 29 de octubre de 2001, SAP Ciudad Real de 11 de abril de 2005, STS 1047, de 8 de octubre de 2006, STS 1106, de 10 de noviembre de 2009, STS 1360, de 22 de diciembre de 2009.

40 STS 1106, de 10 de noviembre de 2009, STS nº 503, de 24 de mayo de 2010.

41 STS 1045/2003, de 18 de julio.

42 STS 1045, de 18 de julio de 2003.

43 *Vid.* más detenidamente, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, 2009, pp. 217-219.

te a esta situación el Tribunal entendió que el trabajo no se produjo en condiciones de las que se derive un claro perjuicio, supresión o limitación de sus derechos, absolvió a los acusados, con el siguiente fundamento: “no consta que las condiciones del contrato verbal de trabajo supusieran un perjuicio para sus derechos laborales, más allá de los derivados del hecho de su situación de ilegalidad, la cual tenía como consecuencia la inexistencia de permiso de trabajo y la ausencia de alta en la seguridad social. No consta acción alguna en relación al alojamiento ni al porcentaje de las consumiciones, por lo que falta por determinar la existencia de elementos adicionales imprescindibles para considerar existente la explotación requerida (STS núm. 1390 de 22 de noviembre de 2004), no se aprecia la existencia del tipo objetivo consistente en que el empleo se haga en condiciones perjudiciales para su derechos laborales (STS 1471 de 12 de diciembre de 2005)”.

Debe advertirse que el legislador reformista utiliza el verbo típico “imponer” —en lugar de “emplear”— condiciones gravosas, abusivas o perjudiciales. Esta opción legislativa implica que el proxeneta obliga a quien voluntariamente se prostituye a ejercer la actividad bajo condiciones laborales contrarias a su voluntad. Expresado en sentido contrario, cuando el tercero haya aceptado libremente las condiciones de trabajo abusivas o desproporcionadas, en principio, no podrá activarse el delito, ya que, no se produce dicha imposición⁴⁴. Se ha optado por seguir la técnica legislativa usada para describir el art. 311.1 Cp, que exige que las condiciones abusivas se *impongan* a los españoles o extranjeros con contrato de trabajo mediante engaño o abuso de situación de necesidad, en lugar de utilizar la fórmula descrita en el art. 312.2 Cp donde se castiga únicamente *emplear* bajo tales condiciones a los extranjeros sin contrato de trabajo, sin necesidad de verificar que se doblegó su voluntad⁴⁵. En consecuencia, a pesar de que el art. 187.1 in fine CP utiliza una forma alternativa y el delito puede activarse cuando concurra solo una de las dos condiciones —situación de dependencia o explotación laboral— previstas en la norma,

en la práctica forense, el delito se apreciará mayoritariamente cuando el proxeneta se aproveche la situación de dependencia personal o económica de la persona que ejerce la prostitución para imponerle condiciones de trabajo abusivas o desproporcionadas.

Sea como fuere, el art. 187.1 in fine CP parece que supera definitivamente la identificación de explotación sexual con la mera obtención de un lucro del ejercicio de la prostitución de otra persona para castigar la explotación sexual abusiva, centrándose en el significado de explotación que refiere “utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera (3ª acepción DRAE)”⁴⁶. Dicho abuso podrá consistir en aprovechar la situación de la víctima para determinarla a ejercer la prostitución, para que acepte unas condiciones de trabajo abusivas o perjudiciales o para ambas cosas; es decir, para determinarla al ejercicio de la prostitución bajo unas condiciones especialmente gravosas. De esta forma, se vienen a equiparar tres comportamientos con un alcance claramente diverso, lo que, indudablemente, constituye un ataque al principio de proporcionalidad.

V. CONCLUSIONES

Una nueva intervención punitiva del legislador en materia de prostitución sin previamente abordar la verdadera problemática existente en este ámbito —que es la falta de regulación laboral de la actividad— convierte la reforma en una especie de *huida hacia adelante* donde la persona que ejerce la prostitución sigue en una situación de desprotección frente a los posibles abusos del empresario. De esta forma, se crea una especie de figura híbrida que se sitúa *a caballo* entre el delito de prostitución forzada y la mera criminalización del proxenetismo que poco o nada modificará la situación actual. En realidad, el art. 188.1 in fine Cp vigente se viene interpretando en el mismo sentido que otorga el legislador reformista al art. 187 in fine CP.

44 Como sucede para los supuestos de trata de seres humanos. *Vid.*, más profundamente, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos. El art. 177 bis Cp, op. cit.*, pp. 118 y ss.

45 Estas diferencias en la descripción típica que configura ambas prohibiciones de explotación laboral, otorgando una mayor protección a los extranjeros en situación de irregularidad administrativa responde, según la doctrina, a la situación de necesidad que sufren, al encontrarse en una posición de desamparo jurídico frente al empresario que impone condiciones laborales abusivas. *Vid.*, con mayor profundidad, en DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria, op. cit.*, pp. 215-216.

46 Resulta más adecuado este significado del término explotación que el que se identifica con la mera obtención de un beneficio, como advierte QUINTERO OLIVARES, G., Antinomias y contradicciones en la intervención penal en la prostitución libre, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (COORD.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, *op. cit.*, p. 180.

En última instancia, la norma proyectada exige para su activación que la persona que ejerce la actividad no haya consentido libremente la misma o sus condiciones de ejercicio. Los problemas se presentan a la hora de verificar o probar esta situación de dependencia que sufre la persona que ejerce la prostitución en contra de su voluntad o bajo unas condiciones no queridas por ella. Su situación de exclusión y marginalidad social y, sobre todo, legal, suponen un importante obstáculo para que denuncien su explotación y/o colaboren con las autoridades policiales para condenar al culpable. El miedo a una expulsión del país (en el caso de las extranjeras en situación de irregularidad administrativa) o simplemente a perder su trabajo supone una importante barrera a la actual persecución de la explotación sexual abusiva, que el legislador reformista no solventa adecuadamente. En efecto, los cuerpos policiales deben realizar una ingente labor para recoger una serie de indicios o pruebas que demuestren que el consentimiento que prestó la víctima a desempeñar la prostitución o a ejercerla bajo unas condiciones abusivas estaba en realidad viciado. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones dicho esfuerzo no es suficiente para obtener una sentencia condenatoria, ya que falta una de las principales piezas del proceso: la acusación de la propia víctima. De esta forma, se aumenta la frustración e impotencia de los operadores policiales que desemboca finalmente en desidia y oposición a iniciar cualquier investigación o enjuiciamiento de acto de prostitución en el que aparentemente exista un consentimiento otorgado por la víctima, sin llegar a valorar los indicios existentes sobre la posible situación de dependencia y/o vulnerabilidad de ésta.

La solución a esta grave situación no puede ser la criminalización de cualquier forma de proxenetismo, ya que supondría una regresión al pasado inadmisibles al coartar o limitar la libertad sexual de la persona que ejerce la prostitución libremente.

A nuestro entender, un correcto abordaje de la prostitución pasa necesariamente por debe empoderarse a la persona que ejerce la prostitución para evitar los abusos de los empresarios y/o proxenetas que se aprovechan de la actual situación de vacío legal y desregulación

de la actividad para imponer condiciones abusivas⁴⁷. Se debe otorgar los mismos derechos y garantías laborales a la persona que ejerce la prostitución que al resto de trabajadores. Resulta urgente y necesario que los/las trabajadores/trabajadoras sexuales tengan una protección adecuada por parte del Derecho laboral y su actividad se regule legalmente. Por su parte, el Derecho penal solo debería intervenir cuando se demuestre que se atentó contra la libertad sexual de la víctima por determinarla al ejercicio de la prostitución, aplicando el art. 188.1 Cp; o, bien, cuando se detecte la imposición de condiciones laborales abusivas, mediante los delitos contra los derechos de los trabajadores de los arts. 311 y 312.2 Cp.

La propuesta de reforma que nos ocupa resulta, en última instancia poco reveladora, ya que, el nuevo art. 187.1 *in fine* CP no aporta solución alguna a la compleja situación actual de inseguridad jurídica e indefensión de las personas que ejercen el trabajo sexual. En realidad, la norma otorga una mayor seguridad jurídica a los proxenetas o empresarios de la prostitución, al establecerse legalmente los requisitos o condiciones para su persecución penal. Sin embargo, la persona que ejerce el trabajo sexual sigue sin saber cuáles son sus derechos y garantías, encontrándose en una clara desprotección jurídica. Es el propio sistema quien, marginando y excluyendo a estas personas de una legalización de la actividad, las coloca en una situación de vulnerabilidad o de dependencia personal o económica. Y, ante esta situación el Derecho penal no puede hacer nada.

En definitiva, proponemos que el legislador salde la deuda histórica que tiene con los/las trabajadores/as sexuales y atribuya un status jurídico a la actividad, dotándoles de los derechos y garantías necesarios para su ejercicio. Con dicha *laboralización* de la prostitución, el nuevo art. 187.1 *in fine* PRCP carecería de sentido: una vez salvaguardadas o garantizados sus derechos como trabajadores/as del sexo, la protección penal de su libertad sexual y sus derechos laborales quedaría asegurada a través del art. 188.1 CP y de los arts. 311 y 312 CP, respectivamente.

47 Como expresa MAQUEDA ABREU, M.L., Hacia una justicia de los derechos: una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalidad de la prostitución, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (COORD.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, op. cit., los empresarios de la prostitución se aprovechan de la desregulación de la actividad, ya que, las personas que ejercen la actividad "quedan a su merced y ellos se benefician del vacío legal existente y de sus déficits de tutela. Es significativo que una de las asociaciones de empresarios del sexo más representativas del Estado español —ANELA— reivindique hoy relaciones laborales en que la prostitución se ejerza por cuenta propia, liberándose así de numerosas obligaciones (cotización de la seguridad social) y de controles fiscales, administrativos y hoy, especialmente, penales", p. 188.

VI. 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 *Revista penal*, n° 19, enero de 2007, La Ley, 2007.
- APRAMP, *La prostitución. Claves básicas para reflexionar sobre un problema*, APRAMP/Fundación Mujeres, versión electrónica disponible en: http://www.mujeresenred.net/IMG/pdf/prostitucion-claves_basicas.pdf, 2005.
- BOLAÑOS NARANJO, A., La prostitución desde una perspectiva legal: diferentes enfoques, en BOLAÑOS A./PARRÓN N./ROYO, E./SANTANA, J.M., *Debate sobre prostitución y tráfico internacional de mujeres. Reflexiones desde una perspectiva de género*, Médicos del Mundo, mayo 2003.
- CARMONA SALGADO, C., La nueva regulación del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual según la LO 11/2003, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (COORD.), *El Derecho penal frente al fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, 2007.
- CARRACEDO BULLIDO, R., Por un análisis feminista de la prostitución, en SUSINOS RADA, R./CALVO SALVADOR, A./GARCÍA LASTRA, M. (COORDS.), *Mujeres en la periferia: algunos debates sobre género y exclusión social*, Icaria, 2006.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A., Prostitución: un debate abierto, en *Revista Galega de Seguridade Publica*, n° II, Xunta de Galicia, 2008.
- *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, 2009.
 - *El delito de trata de seres humanos. El art. 177 bis Cp*, Tirant lo Blanch, 2013.
 - El enfoque trafiquista y la perspectiva de género en la prostitución y la trata de seres humanos, en LAUREZO COPELLO, P./DURÁN MUÑOZ, R., *Diversidad cultural, género y derecho*, Tirant lo Blanch, 2014.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. et. al., *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, 2007.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C., Trabajo sexual, crimen organizado y trata de personas, en MUÑOZ CONDE, F./LORENZO SALGADO, J.M./FERRÉ OLIVÉ, J.C., *Un derecho penal comprometido. Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, 2011.
- GALLEGO, J.I./HORTAL, J.C., Tema 7. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual, en CORCOY BAIASOLO, M. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial, Tomo I*, Tirant lo Blanch, 2011.
- GARCÍA PÉREZ, O., Arts. 187-188, en DIEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASABONA, C., *Comentarios al Código penal. Parte especial II*, Tirant lo Blanch, 2004.
- GAVILÁN RUBIO, M., Los delitos relativos a la prostitución en la actual legislación penal, en *La ley penal*, n° 109, julio-agosto, 2014, 2014.
- GÓMEZ TOMILLO, M., Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal, en *RECPC*, 07-04(2005), 2005.
- *La Ley. Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n° 2-2007, 2007
- HEIM, D., La prostitución a debate: el abolicionismo desde la perspectiva de la defensa de los derechos de las trabajadoras sexuales, en *Nueva Doctrina Penal*, n. 2, 2006.
- IGLESIAS SKULJ, A., La protección de los derechos humanos en el ámbito de las políticas contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual, en *Nova et Vetera* 20 (64), 2011.
- La prostitución y el trabajo sexual: las relaciones entre sexualidad y género, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (COORD.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch, 2012.
- JULIANO, D., Sobre trabajo y degradaciones, en SOLANA, J.L./ACIÉN, E. (Ed.), *Los retos de la prostitución: estigmatización, derechos y respeto*, Comares, 2008.
- *Excluidas y marginales*, Cátedra, 2004.
- LUENGO LÓPEZ, J., Reglamentación de la prostitución en la España del primer tercio del Siglo XX, *Congreso sobre Prostitución: comercio de personas sin fronteras*, Palma de Mallorca del 20 de septiembre al 10 de octubre, versión electrónica disponible http://gepibbalears.files.wordpress.com/2012/03/07_luengoregl.pdf
- LLORIA GARCÍA, P., en SERRA CRISTÓBAL, R./LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, Ministerio de Justicia, 2007.
- MALGESINI, G., Impacto de una posible normalización profesional de la prostitución en la viabilidad y sostenibilidad futura del sistema de pensiones de protección social, en *Estudios y cooperación para el desarrollo*, ESCODE, 2006.
- MAQUEDA ABREU, M.L., Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual, en *Diario La Ley*, núm. 6430, 27 de febrero de 2006, La Ley, 2006.

- La trata de mujeres para explotación sexual, en SERRA CRISTOBAL, R. (COORD.), *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Tirant lo Blanch, 2007.
 - *Prostitución, feminismos y derecho penal*, Comares, 2009
 - Hacia una justicia de los derechos: una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalidad de la prostitución, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (COORD.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch, 2012.
- MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, Capítulo V. De los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores, en QUINTERO OLIVARES (COORD.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4ª ed., 2005.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 15 ed., Tirant lo Blanch, 2004.
- NICOLÁS LAZO, G., *La reglamentación de la prostitución en el Estado español. Genealogía jurídico-feminista de los discursos sobre la prostitución y sexualidad*, Universidad de Barcelona, 2007, <http://www.tdx.cat/handle/10803/1413>
- PEMÁN GAVÍN, J., El debate sobre la legalización de la prostitución en España (A propósito del Informe de la Ponencia constituida al efecto en las Cortes Generales), en *Revista española de Derecho administrativo*, n.º 136, 2007, Civitas, 2007.
- QUINTERO OLIVARES, G., Capítulo IV. Las normas penales españolas: cuestiones generales. 2. Prostitución, consentimiento e imagen, en GARCÍA ARÁN, M. (COORD.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, 2007.
- Antinomias y contradicciones en la intervención penal en la prostitución libre, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (COORD.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch, 2012.
- REY MARTÍNEZ, F., La prostitución ante el Derecho: problemas y perspectivas, en *Nuevas políticas Públicas: Anuario multidisciplinar de las Administraciones Públicas*, núm. 2, 2006, Junta de Andalucía, 2006.
- REY MARTÍNEZ, F./MATA Y MARTÍN, R./SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución y Derecho*, Aranzadi, 2004.
- RIVAS ARJONA, M., II República española y prostitución: el camino hacia la aprobación del Decreto Abolicionista de 1935, en *Arenal* 20, julio-diciembre 2013.
- SOLANA RUIZ, J.L., Movimientos migratorios, trabajadores inmigrantes y empleo en la prostitución, en *Documentación social*, n.º 144. *La prostitución: una realidad compleja*, Caritas, 2007.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., Problemática derivada de la liberalización de la prostitución voluntaria de adultos en el Código penal de 1995, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRAT, F. (COORD.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi Editorial, 2001.
- Prostitución: regulación, prevención y desvictimización, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (COORD.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch, 2012.
- UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, *La prostitución. Una cuestión de género*, UGT, www.ugte.es/informes/prostitucion.pdf, 2006.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. Análisis de las políticas de criminalización de la prostitución, en IGLESIAS SKULJ, A./PUENTE ABA, L. (COORDS.), *Sistema penal y perspectiva de género: trabajo sexual y trata de personas*, Comares, 2012.
- La trata de seres humanos para la explotación sexual: relevancia penal y confluencia con la prostitución, en Hacia una justicia de los derechos: una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalidad de la prostitución, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (COORD.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch, 2012.
- VIVAS LARRUY, A., ¿Hacia la legalización?, en Hacia una justicia de los derechos: una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalidad de la prostitución, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (COORD.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch, 2012.