

La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetas, clientes y violación de personas prostituidas

Sumario

-

La libertad sexual de las personas sometidas a prostitución coactiva aún es en la praxis objeto de una protección menos intensa que la de las demás personas. La conducta continuada de quien somete a una mujer, con violencia o intimidación, para que a lo largo del tiempo mantenga relaciones sexuales con numerosos clientes por lo general es calificada únicamente como un delito de proxenetismo coactivo (art. 187.1, 1º inciso, que prevé pena de prisión de 2 a 5 años y una multa), prescindiendo de los concretos actos de agresión sexual o violación sufridas por la víctima, que uno a uno tendrían pena similar (en el caso de la agresión sexual) o mayor (en el caso de la violación). Con otras palabras: ¿cómo es posible que la pena para quien agrede sexualmente a una persona con violencia o intimidación, penetrándola, sea prisión de 6 a 12 años, pero que la prevista para el proxeneta que fuerza con violencia o intimidación a su víctima a que sea penetrada por numerosos clientes sea prisión de 2 a 5 años?

En este trabajo se intenta dar respuesta al problema de forma no sólo más satisfactoria sino también más respetuosa con el texto legal, abordando dos cuestiones distintas. En primer lugar, cómo debe estructurarse la responsabilidad del proxeneta no ya por el delito de proxenetismo coactivo, sino también por las concretas agresiones sexuales cometidas contra la persona prostituida debido a su dominación violenta o intimidatoria. En segundo lugar, los presupuestos de la responsabilidad penal del cliente que mantiene relaciones sexuales con quien sabe que está siendo forzada a ello por un proxeneta. Todo ello exige analizar los argumentos que tradicionalmente se han aducido para impedir la atribución de responsabilidad penal por violación al proxeneta y al cliente en estos casos, y que hoy, aunque no sean expresamente defendidos por la mayor parte de la doctrina, parecen tener cierta vigencia inercial en la praxis judicial.

Abstract

-

The sexual autonomy of persons subjected to forced prostitution is in practice still less intensively protected than that of other persons. The continuous conduct of a person who forces a woman, with violence or intimidation, to have sexual intercourse for a period of time with numerous clients is generally considered only as a crime of coercive pimping (Art. 187.1, 1st paragraph, punished with imprisonment of 2 to 5 years and a fine), disregarding the concrete acts of sexual assault or rape suffered by the victim, which one by one would have a similar or even greater penalty than the one for coercive pimping. In other words, how is it possible that the penalty for somebody who violently rapes a person is imprisonment for 6 to 12 years, but that the penalty for a pimp who forces his victim with violence or intimidation to have sexual intercourse with numerous clients is imprisonment for 2 to 5 years?

This paper attempts to answer the problem in a way that is not only more satisfactory but also more respectful of the legal text, by addressing two different questions. Firstly, how the liability of the pimp should be structured, not only for the crime of coercive pimping, but also for the specific sexual aggressions committed against the prostituted person due to his violent or intimidating domination. Secondly, the possible criminal liability of the client who has sexual relations with someone who knows that he/she is being forced to do so by a pimp.

All of this requires an analysis of the arguments that have traditionally been adduced to avoid the attribution of criminal liability for rape or sexual assault to the pimp and the client in these cases; arguments which today, although not expressly defended by most of the doctrine, seem to have a certain inertial validity in judicial praxis.

Zusammenfassung

-
Die sexuelle Selbstbestimmung von zwangsprostituierten Menschen erfährt in der Praxis noch einen geringeren Schutz als diejenige der anderen Menschen. Das fortgesetzte Verhalten eines Täters, der eine Frau mit Gewalt oder Drohung dazu zwingt, über einen Zeitraum mit zahlreichen Kunden Geschlechtsverkehr zu haben, wird üblicherweise ausschließlich unter die Straftat der Zwangsprostitution (Art. 187.1 Abs. 1 des spanischen StGB, mit einem Strafraum von zwei bis fünf Jahren Freiheitsstrafe und Geldstrafe) subsumiert, ohne die konkreten Handlungen der sexuellen Nötigung (agresión sexual) oder der Vergewaltigung (violación), die das Opfer erleidet, zu berücksichtigen. Die für diese Straftaten vorgesehenen Strafen sind jeweils in jedem einzelnen Fall denen für die Zwangsprostitution angedrohten ähnlich (bei der sexuellen Nötigung) oder höher (bei der Vergewaltigung). Anders formuliert: wie ist es möglich, dass der Strafraum für denjenigen Täter, der ein einziges Opfer vergewaltigt, zwischen sechs und zwölf Jahren Freiheitsstrafe beträgt, aber für einen Täter, der sein Opfer mit Gewalt oder Drohung dazu zwingt, von zahlreichen Kunden Geschlechtsverkehr zu erleiden, nur zwei bis fünf Jahre umfasst?

In vorliegender Arbeit wird der Versuch unternommen, diese Problematik nicht nur auf eine materiell befriedigendere Weise, sondern auch unter Berücksichtigung des Gesetzeswortlautes anzugehen, wobei zwei Probleme zu lösen sind: Erstens, wie die Haftung des Zuhälters nicht nur auf der Grundlage der Straftat der Zwangsprostitution, sondern auch der konkreten sexuellen Handlungen, die das Opfer aufgrund seines nötigenden oder gewaltsamen Verhaltens erleidet, zu bestimmen ist. Zweitens, die Voraussetzungen strafrechtlicher Haftung für diejenigen Kunden, der Geschlechtsverkehr mit einer Person hat, von der er weiß, dass sie dazu vom Zuhälter gezwungen wird. Hierfür ist es notwendig, die Argumente zu untersuchen, die herkömmlicherweise gegen die Haftung von Zuhältern und Kunden für die Vergewaltigung in solchen Fällen angeführt werden, die gegenwärtig zwar nicht ausdrücklich in der herrschenden Lehre vertreten werden, aber in der gerichtlichen Praxis noch Geltung zu haben scheinen.

Title: *Sexual assault and indirect perpetration. Pimps, clients and rape of prostituted persons*

Titel: *Sexuelle Nötigung und Vergewaltigung in mittelbarer Täterschaft. Zuhälter, Kunden und Vergewaltigung von prostituierten Personen*

-
Palabras clave: *prostitución coactiva; agresión sexual; autoría mediata*

Keywords: *forced prostitution; rape; sexual assault; indirect perpetration*

Stichwörter: *Zwangsprostitution; sexuelle Nötigung; mittelbarer Täterschaft*

-
DOI: 10.31009/InDret.2022.i1.04

Recepción
20/10/2021

-

Aceptación
30/12/2021

-

Índice

-

1. Introducción

2. Los delitos sexuales no son delitos “de propia mano” y no requieren ningún elemento subjetivo específico, con lo que pueden ser cometidos en autoría mediata

2.1. Los delitos sexuales no son delitos de propia mano

2.2. Los delitos sexuales no exigen ningún elemento subjetivo específico

2.3. La posibilidad de cometer un delito contra la libertad e indemnidad sexuales en autoría mediata

3. El delito de prostitución coactiva y su relación con las agresiones sexuales

3.1. La aplicación jurisprudencial de la regla concursal del artículo 187.3 CP

3.2. La interpretación de la doctrina para delimitar entre los delitos de prostitución coactiva y los delitos de agresión sexual sancionables a través de la regla concursal del art. 187.3: de lo genérico a lo particular y de lo mediato a lo inmediato

3.3. Propuesta interpretativa

a. La violencia o intimidación continuada en el tiempo

b. El casi inexistente margen para apreciar un delito de prostitución coactiva que no implique agresiones sexuales

c. Las posibles relaciones concursales

3.4. La responsabilidad penal del proxeneta y del cliente

4. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

Cuando a una persona se la obliga con violencia o intimidación a ejercer la prostitución, se ataca su libertad o indemnidad sexual. Esta conducta está sancionada por el Código penal dentro de los delitos relativos a la prostitución. Sin embargo, el ataque a esos bienes jurídicos no termina ahí, con el simple determinar al ejercicio de la prostitución, pues la prostitución coactiva implica obligar a la víctima a soportar relaciones sexuales forzadas con clientes, (habitualmente con muchos) a lo largo de días, meses o incluso años. Ello supone que a lo largo de todo ese tiempo se siguen cometiendo nuevos ataques a su libertad o indemnidad sexual.

Sin embargo, y como se verá en este trabajo, en la práctica judicial suelen calificarse estas situaciones como un solo delito de prostitución coactiva, dejando sin calificar (y, por tanto, de sancionar), todas las agresiones sexuales que padecen quienes han sido obligadas a prostituirse; agresiones por las que deben responder tanto los proxenetas que someten a las víctimas a estas situaciones de prostitución forzada como, en su caso, los clientes que conocen que la persona con la que mantienen relaciones sexuales a cambio de precio está siendo obligada a hacerlo bajo violencia o intimidación.

El hecho de que todos estos ulteriores ataques a la libertad o indemnidad sexual queden en la impunidad responde a diferentes factores: por un lado, una regulación sin duda mejorable de los delitos relativos a la prostitución y su relación con otros delitos sexuales; por otro, la arcaica idea de que cuando una persona ejerce la prostitución deja de tener *plena* libertad sexual. Pero, junto a lo anterior, en la práctica judicial también han pesado algunas concepciones que todavía hoy siguen teniéndose en cuenta por parte de jueces y tribunales penales: que las agresiones sexuales son delitos de propia mano que, además, requieren la presencia de un elemento subjetivo específico nunca requerido por el legislador -el “ánimo lúbrico” o “ánimo libidinoso”-; concepciones que impiden entender que las agresiones sexuales pueden cometerse en autoría mediata. Y, como se abordará en este trabajo, es eso precisamente lo que permite dar una respuesta más adecuada respecto de la responsabilidad penal del proxeneta: este responderá siempre por el delito de prostitución coactiva y, además, por todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales cometidos contra la víctima de prostitución coactiva. En el caso de que cliente desconozca la situación en la que se encuentra la persona prostituida, el proxeneta responderá como autor mediato, y en caso de esa situación sí sea conocida por el cliente, como coautor junto a este.

2. Los delitos sexuales no son delitos “de propia mano” y no requieren ningún elemento subjetivo específico, con lo que pueden ser cometidos en autoría mediata

2.1. Los delitos sexuales no son delitos de propia mano

Los delitos de propia mano son aquellos que exigen de forma imprescindible un contacto físico entre autor y víctima, que, en el caso de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales se traduce en un contacto sexual de diferente naturaleza según el delito de que se trate. La principal consecuencia de esta concepción consiste en que sólo podría ser autor quien

* El trabajo está inscrito en el marco del Proyecto de Investigación *Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva* (DER2017-86139-P), de la Universidad Autónoma de Madrid, financiado por AEI-MINECO-FEDER

estableciera el contacto físico de carácter sexual con la víctima, lo que impide la posibilidad de cometer el delito en autoría mediata.

Lo erróneo de concebir los delitos sexuales como delitos de propia mano puede apreciarse a través del siguiente ejemplo: una persona amenaza a otra con dispararle a la cabeza y causarle la muerte si no realiza una penetración no consentida a una tercera persona -aunque no sea un acceso carnal sino, por ejemplo, la introducción de objetos por alguna de las dos vías previstas en el art. 179 CP-. Si la persona amenazada de muerte accede a realizar el acto sexual estaría actuando bajo estado de necesidad, por lo que no respondería penalmente. Quien realiza el acto sexual estaría actuando como un instrumento a manos de quien amenaza con la pistola, que sería el autor mediato de la violación. Una interpretación distinta conduciría al insatisfactorio, por no decir insoportable, resultado de que los hechos que se acaban de describir serían completamente impunes en lo relativo al ataque contra la libertad sexual, siendo tan solo punibles por un delito de coacciones o por una amenaza condicional de mal constitutivo de delito dirigida a la persona a quien se apuntaba con la pistola en la cabeza. En otras palabras, habría habido una persona violada pero la rígida estructura conceptual de los delitos de propia mano impediría concluir que ha existido un delito de violación.

Pese a que tradicionalmente los delitos sexuales fueron considerados delitos “de propia mano”¹, hoy por hoy puede considerarse mayoritaria en la doctrina la posición contraria², que admite de este modo la posibilidad de la autoría mediata en este tipo de infracciones³. Pero no

¹ ORTS BERENGUER, *El delito de violación*, 1981, p. 83; GONZÁLEZ RUS, *La violación en el Código penal español*, 1982, pp. 462-464; GÓMEZ TOMILLO, «Derecho penal sexual y reforma legal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (07-04), 2005, p. 15. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., 2015, pp. 203 y 215.

² CANCIO MELIÁ, «Delitos contra la libertad sexual», en RODRÍGUEZ MOURULLO/JORGE BARREIRO, *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 520; EL MISMO, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», *Memento 2021*, 2020, marginal 9287; GÓMEZ GONZÁLEZ, «Consideraciones sobre la coautoría y autoría mediata en los delitos de propia mano en el Código penal español», *Letras Jurídicas. Revista Electrónica de Derecho*, (1), 2005, p. 3; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, «Comentario introductorio al Título VIII - Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español*, 7ª ed. 2016; CARUSO FONTÁN, «La reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿Regreso de los delitos de propia mano?», *La Ley Penal*, (128), 2017, p. 3; CUGAT MAURI, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, p. 236; ORTS BERENGUER, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, p. 214; Díez RIPOLLÉS, «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (21-10), 2019, p. 17, n.p. 53; ROSO CAÑADILLAS «Los delitos polivalentes de autoría: entre el deber y el dominio», *InDret*, (3), 2019, p. 23; GONZÁLEZ AGUDELO, en TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, t. III, v. I, 2016, pp. 195-196; MONGE FERNÁNDEZ, «Delitos sexuales», en POLAINO NAVARRETE (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., t. I, 2019, pp. 250 y 255; RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.) *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., 2019, p. 131. En Alemania, como señala SATZGER, «Die eigenhändigen Delikte», *Juristische Ausbildung*, 2011, p. 108, el legislador alemán acabó con la controversia acerca de si estos delitos eran o no de propia mano al establecer en el tenor literal que para la existencia de un delito de agresión sexual es suficiente que el autor coaccionara el acto sexual. Autores como LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., 2016, Cap. 27, nm. 43 y ÁLVAREZ GARCÍA/DEL MOLINO ROMERA, «Agresión y abusos sexuales: evolución histórica, algunas cuestiones controvertidas y propuestas de reforma», en BRAVO BOSCH, *Feminización de la justicia*, 2020, pp. 244-245 consideran que las agresiones sexuales del art. 178 no son delitos de propia mano, pero sí el delito de violación tipificado en el art. 179.

³ CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos*, 1981, pp. 80 y 206-207; LA MISMA, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª ed., 2005, p. 265; GÓMEZ BENÍTEZ, «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (37), 1984, p. 119; Díez RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, 1985; pp. 101-107; EL MISMO, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», *Comentarios al Código penal. Parte especial II*, 2004, pp. 339-341; MAQUEDA ABREU, *Los delitos de propia mano*, 1992, p. 110; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado “delito de propia mano”. Respuesta a una situación jurisprudencial*, 2004, pp. 174-178; MONGE

ha sucedido lo mismo en la jurisprudencia, donde esta posición es minoritaria⁴, pudiendo destacarse como excepciones las siguientes sentencias:

En primer lugar, la STS 1903/1994, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:1994:7062), pionera en este sentido, considera que

“Si el ejercicio de la violencia es suficiente para coautoría, también debe serlo para la autoría mediata, dado que tanto la coautoría como la autoría mediata presuponen, según sus reglas, que el coautor o autor mediato ostenten los requisitos de la autoría del tipo concreto cuando éste exige alguna cualificación específica. Es obvio que si se admite la coautoría del que sólo aplica la violencia es porque la autoría no requiere una ejecución de propia mano; de lo contrario la coautoría se debería excluir”.

Admite entonces esta sentencia la autoría mediata en las agresiones sexuales

“dado que la estructura del tipo permite que la violencia sea ejercida por quien no realiza personalmente el acceso carnal, ni tampoco la imposibilidad de la autoría mediata, puesto que la lesión del bien jurídico se puede lograr aunque el acceso carnal no se realice personalmente, por medio de otro que obre sobre la base de un error o ignorancia.

Por lo demás, no se percibe razón alguna para hacer depender el merecimiento de pena de una realización del acceso carnal con el propio cuerpo, toda vez que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión del bien jurídico de la autodeterminación sexual, que resulta vulnerado, desde la perspectiva de la víctima, tanto cuando la acción se realiza con el propio cuerpo, como cuando se la realiza a través de otro que opera como mero instrumento”.

Por su parte, la STS 267/2008, de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:2957) señala que

FERNÁNDEZ, «¿Las agresiones sexuales cualificadas como delito de propia mano? Reflexiones en torno a las STS de 6 de junio de 2000, RJ 2000\5247», *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, (13), 2009, p. 192; LA MISMA, en POLAINO NAVARRETE (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., t. I, 2019, p. 255 admite expresamente la posibilidad de la autoría mediata; POZUELO PÉREZ, «Tráfico de personas y explotación sexual» en, BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal y política transnacional*, 2005, p. 429; ASÚA BATARRITA «El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales», LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coords.), *Género, violencia y Derecho*, 2008, p. 162; DÍAZ MORGADO, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, 2015, p. 655; CARUSO FONTÁN, *La Ley Penal*, (128), 2017, p. 8; GARCÍA RIVAS, «Agresión y abusos sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho penal español. Parte especial (I)*, 3ª ed., 2020, pp. 1028-1029; ORTS BERENGUER, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, p. 214; CANCIO MELIÁ, *Memento Penal 2021*, 2020, nm. 9287; GONZÁLEZ GASCÓN, «Aspectos jurídicos penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-10), 2020, p. 40. Otros autores consideran compatible la exigencia de un contacto corporal entre autor y víctima y la posibilidad de apreciar autoría mediata; así, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 22ª ed., 2019, p. 214; GÓMEZ RIVERO, «¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?», *Revista Penal*, (18), 2006, pp. 107, 110 y 116, para quien la clave consiste en que el autor domine la conducta, ya sea de forma inmediata o a través de instrumentos interpuestos.

⁴ Sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse las SAP Barcelona 850/2003, de 27 de octubre (ECLI:ES:APB:2003:5791); SAP Madrid 32/2004, de 31 de marzo (ECLI:ES:APM:2004:4724); STS 235/2012, de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2012:3458); SAP Huelva 715/2012, 18 de mayo de 2012 (ECLI:ES:APH:2012:715); SAP Barcelona 387/2012, de 18 de junio (ECLI:ES:APB:2012:8914); STS 290/2012, de 23 de abril (ECLI:ES:TS:2012:3018); SAP Barcelona 151/2013, de 6 de mayo (ECLI:ES:APB:2013:5509); SAP Ciudad Real 17/2014, de 9 de julio (ECLI:ES:APCR:2014:775); STS 493/2017, de 29 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2585); SAP Alicante 524/2019, de 18 de diciembre (ECLI:ES:APA:2019:2982).

“La jurisprudencia viene insistiendo en numerosos precedentes en que el delito de agresiones sexuales con acceso carnal no es un delito de propia mano y que admite, por lo tanto, tanto la coautoría como la autoría mediata”.

Más recientemente, la STS 462/2019, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3123) considera que

“se excluye claramente la consideración del delito de agresión sexual como de propia mano, de manera que serían autores -coautores materiales- todos aquellos que, actuando concertadamente en la ejecución del hecho e interviniendo directamente en su ejecución más inmediata, ostentan el dominio funcional de su desarrollo y realizan aportaciones esenciales para su consumación”⁵.

2.2. Los delitos sexuales no exigen ningún elemento subjetivo específico

El legislador penal nunca incluyó dentro de la regulación de los delitos sexuales ningún elemento subjetivo específico adicional al dolo, lo que hace inexplicable que tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia consideraran la existencia de un elemento subjetivo específico, habitualmente denominado como “ánimo lúbrico” o “ánimo libidinoso”, ya que si se exigía su concurrencia como un imprescindible elemento del tipo, además del dolo, quedarían impunes todos aquellos ataques contra la libertad e indemnidad sexuales que tuvieran otro tipo de motivación diferente a la de obtener satisfacción sexual, como pudieran ser, por ejemplo, la intención de hacer daño o de humillar a la víctima⁶.

También en este caso la doctrina mayoritaria ha abandonado hace tiempo esta concepción⁷, pero en la jurisprudencia, sin embargo, no se encuentra ese consenso. En el Tribunal Supremo

⁵ Véase también SAP Cáceres 442/2014, de 29 de octubre (ECLI:ES:APCC:2014:863); SAP Pamplona 19/2012, de 30 de enero (ECLI:ES:APNA:2012:2); SAP Huelva 139/2010, de 28 de mayo (ECLI:ES:APH:2010:1286); SAP Las Palmas de Gran Canaria 149/2007, de 26 de noviembre (ECLI:ES:APGC:2007:2768).

⁶ Así, CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos*, 1981, p. 169, señala que puede haber intenciones diferentes a la de la satisfacción sexual, como, por ejemplo, la de “injuriar, vengarse o burlarse de la víctima” (menciona también el posible móvil de venganza PÉREZ ALONSO, «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales», *InDret*, (3), 2019, p. 20); ASÚA BATARRITA, *Género, violencia y Derecho*, 2008, p. 161, habla de móviles como el de “castigo, de demostración de poder y desprecio o humillación”. Es de destacar que la Circular 2/1990 de la FGE señalaba, respecto de la modalidad agravada del antiguo art. 430 CP, referido a conductas especialmente brutales o degradantes para la víctima, que “Respecto a esta modalidad agravada es de resaltar que, integrándose la antijuricidad más en el atentado a la libertad sexual que en el ataque a la honestidad, no siempre será exigible un ánimo lúbrico en el sujeto activo -ánimo que sí estará presente en los atentados sádicos-, sino que puede ser sustituido por otros ánimos como el de venganza o el de menosprecio, siempre que se produzcan en el terreno sexual o en relación con él, esto es, aprovechando el significante sexual del acto ejecutado. Así, parece oportuna la aplicación de esa agravación a supuestos análogos al de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28-V-1989, de quien por celos y con ánimo de venganza introdujo una barra de metal ardiente en la vagina de una mujer causándole graves lesiones (lesiones que, lógicamente, deben entrar ahora en concurso con el delito de agresión sexual)”.

⁷ CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos*, 1981, p. 169; LA MISMA, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª ed., 2005, p. 250; CANCIO MELIÁ, *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 520; EL MISMO, *Memento Penal 2021*, 2020, nm. 9288; POZUELO PÉREZ, en BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal y política transnacional*, 2005, pp. 429-430; GÓMEZ MARTÍN, «Pertenencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (17), 2006, p. 20; GÓMEZ RIVERO, *Revista Penal*, (18), 2006, pp. 109-110; DÍAZ MORGADO, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG, *Comentarios al Código penal*, 2015, p. 655; GONZÁLEZ AGUDELO, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)», en TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, t. III, v. I, 2ª ed., 2016, p. 198; RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., 2019, p. 132; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 22ª ed., 2019, pp. 209-210; ORTS BERENGUER, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, p. 218; PÉREZ ALONSO, *InDret*, (3), 2019, pp. 20-22; GARCÍA RIVAS, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.) *Derecho penal español. Parte especial (I)*, 3ª ed., 2020, p. 1021. Por su parte, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (Dtor.), *Comentarios al Código penal español*, 7ª ed., 2016, señala que el ánimo libidinoso o lúbrico es un

nos encontramos, por un lado, con numerosas sentencias que sí exigen la presencia en los delitos sexuales del “ánimo lúbrico” o “ánimo libidinoso” como un ánimo subjetivo o tendencial⁸. Pero también cabe destacar otra línea jurisprudencial dentro de este Tribunal que alude a la “difícil justificación dogmática” de este elemento subjetivo, que carece “totalmente de razón de ser”⁹, o que considera que “no se percibe razón alguna para hacer depender el merecimiento de pena de una realización del acceso carnal con el propio cuerpo, **toda vez que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión del bien jurídico de la autodeterminación sexual**”¹⁰.

2.3. La posibilidad de cometer un delito contra la libertad e indemnidad sexuales en autoría mediata

El art. 28 CP permite sancionar como autor a quien realiza el hecho típico por medio de otro del que se sirve como instrumento, de modo que este no responde penalmente, recayendo la responsabilidad penal sobre aquel, el autor mediato. Lo habitual es que se trate de supuestos en los que el instrumento actúa bajo engaño o bien sin capacidad de responsabilidad penal, como cuando se utiliza a un niño para la comisión del delito. Pero son imaginables otros supuestos. Así, al comienzo de este epígrafe planteábamos una situación de este tipo: un sujeto que amenaza de muerte a otro para que agrede sexualmente a un tercero. Quien realiza la agresión sexual bajo amenaza está actuando amparado por un estado de necesidad, lo que determina que no responderá penalmente al ser un instrumento de quien ejerce la amenaza. Será este sujeto quien, como autor mediato, responderá penalmente por la agresión sexual.

Para ello, como se ha visto en los epígrafes anteriores, es necesario partir de que los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales no son delitos de propia mano ni exigen un específico ánimo de obtener satisfacción sexual con su comisión, lo que permite afirmar que puedan cometerse en autoría mediata, posición que, como se ha visto, resulta hoy por hoy mayoritaria en la doctrina penal. Es cierto que en la mayor parte de los casos suele haber un contacto sexual directo entre autor y víctima, y que lo más frecuente es que aquel pretenda una satisfacción sexual con el delito, pero no se trata de requisitos establecidos por el legislador y por ello no

“elemento subjetivo de lo injusto que hay que reputar implícitamente subsistente en estos tipos, como delitos que son de tendencia interna intensificada”; también habla de la “exigencia implícita” de este elemento subjetivo TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2000, p. 110. También afirman la exigencia del *animus* libidinoso SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)», en *Curso de Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., 2017, p. 156.

⁸ STS 928/1999, de 4 de junio (ECLI:ES:TS:1999:3942); STS 1302/2000, de 17 julio (ECLI:ES:TS:2000:5962); STS 281/2001, de 21 febrero (ECLI:ES:TS:2001:1253); STS 1196/2002, de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2002:4619); STS 1458/2002, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2002:5914); STS 620/2003, de 28 abril (ECLI:ES:TS:2003:2911); STS 956/2006, de 10 octubre (ECLI:ES:TS:2006:6128); STS 39/2009, de 29 de enero (ECLI:ES:TS:2009:421); STS 845/2012, de 10 octubre (ECLI:ES:TS:2012:7117); STS 219/2013, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2013:1393); STS 661/2015, de 28 octubre (ECLI:ES:TS:2015:4605); STS 612/2016, de 8 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3414); STS 92/2018, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:566). Una posición intermedia se encuentra en sentencias como las SSTS 994/2011, de 4 de octubre (ECLI:ES:TS:2011:6336) y 5/2019, de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2019:80), que no exige este especial elemento subjetivo para la consumación del delito contra la libertad o indemnidad sexuales, pero sí para el “agotamiento” del delito.

⁹ STS 806/2007 de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:2007:6953).

¹⁰ STS 1903/1994, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:1994:7062), la negrita es mía. También niegan la exigencia de este ánimo subjetivo específico las STS 982/2000, de 7 de junio (ECLI:ES:TS:2000:4668); STS 1525/2004, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TS:2004:8225); STS 132/2013, de 19 de febrero (ECLI:ES:TS:2013:1431); STS 411/2014, de 26 de mayo (ECLI:ES:TS:2014:2092); STS 433/2018, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3522); STS 432/2020, de 9 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2831); STS 99/2021, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:1019).

son imprescindibles para poder afirmar la existencia de agresiones o de abusos sexuales, que, por tanto, pueden ser cometidos en autoría única, en coautoría o en autoría mediata.

Sentadas estas bases podemos plantear, como se hará a continuación, la posibilidad de sancionar ciertas conductas que tienen lugar en el ámbito de la prostitución coactiva -esto es, cuando se obliga a una persona a ejercer la prostitución bajo violencia o intimidación- y que la realidad jurisprudencial nos muestra que suelen quedar impunes.

3. El delito de prostitución coactiva y su relación con las agresiones sexuales

En el Código penal la prostitución coactiva se sanciona en el artículo 187. 1.1º inciso, que establece:

El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses¹¹.

Esto significa que habrá prostitución coactiva cuando se obligue a la víctima, mediante violencia o intimidación, a empezar a ejercer la prostitución o a continuar con ella cuando deseaba dejarlo.

Uno de los contextos de prostitución coactiva es el que está vinculado con el tráfico de personas para explotación sexual¹²: la dinámica que tiene lugar desde hace décadas en muchas partes del

¹¹ En el apartado 2 del art. 187 CP se prevé la imposición de las penas previstas en los apartados anteriores cuando concurren las siguientes circunstancias agravantes: “a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años. b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades. c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima”. Los delitos relativos a la prostitución que tienen como víctimas a menores y discapacitados necesitados de especial protección tienen una regulación diferente que la de los adultos; sus particularidades se abordarán en el apartado 3.3.c) de este trabajo.

¹² Véase RECHEA ALBEROLA y GIMÉNEZ SALINAS-FRAMIS, «Una aproximación al tráfico de mujeres con fines de explotación sexual en España», *Cuadernos de Política Criminal*, (80), 2003, pp. 292 ss.; PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal. Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de integración social de extranjeros*, 2004, pp. 34-37; MAQUEDA ABREU, «Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual», *Diario La Ley*, (6430), 2006; LA MISMA, «A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a l@s inmigrantes con esclav@s», en CARBONELL MATEU (coord.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, t. II, 2009, pp. 1245-1260; LA MISMA, «Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos», en DE LA CUESTA AGUADO *et al.*, *Liber Amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. Hc. Juan M^o Terradillos Basoco*, 2018, pp. 1197 ss.; POZUELO PÉREZ, en BACIGALUPO/CANCIO, *Derecho penal y política transnacional*, 2005, pp. 418 ss.; ALONSO ÁLAMO, «¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual», *Revista penal*, (19), 2007, pp. 3 ss.; ANGUITA OLMEDO, «El tráfico ilegal de seres humanos para la explotación sexual y laboral: la esclavitud del Siglo XXI», en *Nómadas. Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, (15), 2007, pp. 1 ss.; SÁNCHEZ LINDE, «La trata ilegal de personas: principales aspectos criminológicos», *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, (16), 2012; pp. 21 ss.; LLOBET ANGLÍ, «¿Prostitución?: ni sí ni no, sino todo lo contrario. Sesgos empíricos, contradicciones de lege lata y desaciertos de lege ferenda», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-19), 2017, p. 26; LA MISMA, «Prostitución: ¿qué castigar? Trabajadoras, burdeles, rufianes y clientes», *Nuevo Foro Penal*, (92), 2019, p. 73; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, «Trata de seres humanos y criminalidad organizada transnacional: problemas de política criminal desde los Derechos humanos», *Estudios Penales y Criminológicos*, (38), 2018, pp. 361 ss.; FÁBREGA RUIZ, «La trata de seres humanos como esclavitud del Siglo XXI: aproximación desde la perspectiva de la víctima migrante», *Revista Crítica Penal y Poder*, (18), 2019, pp. 114 ss.; GUIASOLA LERMA, «Formas contemporáneas de

mundo y en España en particular es aquella por la cual muchas personas, esencialmente mujeres y niñas, son captadas en su país de origen por estructuras más o menos organizadas que las reclutan para que ejerzan la prostitución en España. Esa captación suele incluir la oferta de trabajo en España, así como de la documentación necesaria para entrar en el país, incluyendo en ocasiones los gastos de avión y de dinero para poder entrar como turista en España. Los captadores indican a las víctimas que podrán devolver el dinero con lo que obtengan trabajando en España. De este modo contraen una deuda que les ata durante mucho tiempo a los captadores y a quienes colaboran con ellos.

Dentro de esta dinámica podemos diferenciar dos grupos de casos: el de las mujeres que viajan a España sabiendo que van a dedicarse a la prostitución y el de las que viajan engañadas, a quienes se les ha dicho que se iban a dedicar, por ejemplo, al trabajo en el servicio doméstico o en la hostelería y cuando llegan a España se las obliga con violencia e intimidación a ejercer la prostitución. En el primero de estos casos no hay engaño en cuanto a la actividad a realizar, pero sí suele haberlo en cuanto a las condiciones: en muchas ocasiones no sólo se prostituyen en un régimen de cuasi esclavitud laboral¹³ sino que la deuda que inicialmente se les dijo que tendrían que saldar en España, cuando llegan aquí aumenta considerablemente o varían las condiciones de pago, que se convierten en draconianas. En el segundo de los casos se da esta misma situación respecto de la deuda, pero además se da desde un inicio una situación de prostitución coactiva, que, en ocasiones, y respecto de los dos casos planteados, puede acabar convirtiéndose en una verdadera esclavitud sexual.

La respuesta del Código penal a las situaciones que se acaban describir es sancionar, por un lado, a través del delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual tipificado en el art. 177 bis CP y, por otro, el ya señalado delito de prostitución coactiva al que se añadirán, como se analiza en este apartado, los de agresión sexual.

La primera pregunta que surge a partir de aquí es ¿cuándo se consideran consumados estos delitos? Lo habitual es que la prostitución coactiva conlleve el mantenimiento de relaciones sexuales forzadas -es cierto que también cabría imaginar, por ejemplo, que se obligara a la víctima a realizar bailes eróticos sin ningún contacto sexual con los clientes, pero lo más frecuente es que tal contacto de naturaleza sexual exista-, lo que supondría que el delito de prostitución coactiva quedaría consumado en el momento en el que la víctima mantuviera su primera relación sexual forzada con un cliente¹⁴. De ser así nos encontramos con el problema

esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género», *Estudios Penales y Criminológicos*, (39), 2019, pp. 175 ss.; LLORIA GARCÍA, «El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral», *Estudios Penales y Criminológicos*, (39), 2019, pp. 353 ss.; GONZÁLEZ GASCÓN, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-10), 2020, pp. 15 ss. y 31 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE/TORRES FERRER, «Aproximación institucional a la trata de seres humanos en España: valoración crítica», *Estudios Penales y Criminológicos*, (v. XLI), 2021, pp. 190 ss.

¹³ Según RECHEA ALBEROLA y GIMÉNEZ SALINAS-FRAMIS, *Cuadernos de Política Criminal*, (80), 2003, pp. 300-303, se las obliga a trabajar siete días a la semana, de 10 a 12 horas diarias, incluso estando enfermas; viven encerradas y permanentemente vigiladas, sin posibilidad de establecer un contacto libre con el exterior. Son objetos de amenaza, incluso de muerte, tanto para ellas mismas como para su familia, así como de actos de violencia física. Todo ello sin percibir prácticamente ningún dinero de los servicios prestados, puesto que no sólo están saldando la astronómica deuda contraída, sino que se les suele cobrar a precios muy altos el alojamiento y la comida. En ocasiones incluso se les imponen multas por llegar tarde al trabajo que pueden llegar a ser de 900 euros.

¹⁴ En este sentido señala ORTS BERENQUER, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, p. 257, que, para que el delito de prostitución coactiva quede consumado basta con que, tras haber determinado a la víctima a ejercer la prostitución, aquella mantenga relaciones sexuales con tan sólo un cliente. Por su parte, ZUGALDÍA ESPINAR, «Los delitos relativos a la prostitución como delitos de peligro abstracto contra la libertad sexual: consecuencias concursales para el proxeneta y el cliente», en ZUGALDÍA ESPINAR (coord.), *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. II, 2004, pp. 1270-1271, considera que el delito de prostitución coactiva es un delito de peligro, porque cuando se fuerza a una persona a ejercer la prostitución se está exponiendo su libertad sexual a un peligro de lesión, que se concretará cuando tenga que realizar actividades sexuales o involucrarse en el contexto sexual de los clientes. Con esa puesta en peligro se estaría

de que, como se ha visto en el primer epígrafe, obligar a una persona a mantener relaciones sexuales bajo violencia o intimidación con un tercero coincide a su vez con la definición típica de un delito de agresiones sexuales. Es decir, desde el momento en el que a la víctima se la obliga a ejercer la prostitución manteniendo esa primera relación sexual forzada se estaría cometiendo un delito de prostitución coactiva y, además, uno de agresiones sexuales. O varios, porque lo más frecuente es que la situación no se quede ahí, sino que haya más de un cliente. ¿Qué sucede entonces con la segunda y siguientes relaciones sexuales forzadas? Porque claramente el desvalor no es igual si la víctima ha tenido que soportar una sola relación sexual forzada o cientos de ellas.

¿Qué delito aplicamos entonces? ¿Solamente el de prostitución coactiva? ¿Sólo el de agresiones sexuales? ¿Los dos? Para tratar de responder a estos interrogantes podrían arrojar algo de luz la específica regla concursal prevista en el art. 187. 3 CP¹⁵:

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

Es decir, el legislador parece estar reconociendo que en el contexto de la prostitución coactiva pueden estar concurriendo los dos delitos y, por tanto, diferentes ataques contra el bien jurídico que ambos comparten: la libertad sexual. Ataques de diferente gravedad, como queda patente cuando se procede a una comparación penológica entre ellos: el máximo (sin entrar en juego las agravantes específicas) previsto de pena de prisión en el art. 187.1 es de 2 a 5 años, mientras que la máxima pena prevista en el delito de agresiones sexuales cuando es constitutivo de violación es de 6 a 12 años de prisión.

Veamos cómo se ha aplicado en la práctica esa regla concursal.

3.1. La aplicación jurisprudencial de la regla concursal del artículo 187.3 CP

En los no muy numerosos casos en los que llega a conocimiento de los tribunales un supuesto en el que se obliga a alguien a ejercer la prostitución bajo violencia e intimidación suele sancionarse solamente por un delito de prostitución coactiva¹⁶. Y cuando se aplica la regla

consumando el delito de prostitución coactiva, y el hecho de obligar a la persona prostituida a mantener relaciones sexuales forzadas se sancionaría aparte, a través de las reglas concursales incluidas dentro de los delitos relativos a la prostitución.

¹⁵ El art. 188.5 CP contiene una regla concursal prácticamente idéntica para los supuestos de prostitución de menores de edad o personas con discapacidad necesitada de especial protección. Debido a que la regulación penal de los delitos relativos a la prostitución de menores y discapacitados, por un lado, y la de los abusos y agresiones sexuales a menores de edad, por otro, tiene particularidades -y complejidades- propias, este trabajo se centra en los supuestos en los que las víctimas son adultas, sin perjuicio de que en el apartado 3.3. c) se haga un breve abordaje de aquellos supuestos.

¹⁶ No es infrecuente que, además, se aprecie un delito de detención ilegal, sobre todo en los supuestos en los que las víctimas sufren un encierro prácticamente absoluto (SAP Madrid 181/2003, de 14 de abril [ECLI:ES:APM:2003:4723]; SAP Madrid 218/2003, de 12 de mayo [ECLI:ES:APM:2003:5645]; SAP Córdoba 110/2005, de 3 de junio [ECLI:ES:APCO:2005:825]; SAP Barcelona 102/2006, de 30 de enero [ECLI:ES:APB:2006:1550]; SAP Barcelona 366/2006, de 27 de abril [ECLI:ES:APB:2006:4818]; STS 827/2015, de 15 de diciembre [ECLI:ES:TS:2015:5546]). Cuando la víctima tiene cierta libertad de movimiento nos encontramos con diferentes interpretaciones por parte de los tribunales: en algunas ocasiones se ha negado la concurrencia de un delito de detención ilegal en la medida en la que la víctima haya podido salir en alguna ocasión del lugar en el que está siendo forzada a prostituirse, porque consideran que su libertad no está realmente limitada (STS 1306/2003, de 6 de octubre [ECLI:ES:TS:2003:6047]; SAP Navarra 76/2006, de 6 de junio [ECLI:ES:APNA:2006:286]; STS 610/2013, de 15 de julio [ECLI:ES:TS:2013:3943]). Otras sentencias, sin embargo,

concurral sólo se hace en los casos en los que es el propio proxeneta quien viola directamente a la persona prostituida¹⁷.

Esto significa que en aquellos casos en los que alguien obliga a la víctima mediante violencia o intimidación a prostituirse y mantener relaciones sexuales con varios clientes, de las opciones planteadas en el epígrafe anterior -un solo delito de prostitución coactiva, uno o varios de agresiones sexuales o los dos en relación concurral-, los jueces y tribunales han optado por entender que en la práctica tan solo concurre un delito de prostitución coactiva.

Resulta muy llamativa esta interpretación pues, además de conceder un escaso ámbito de aplicación a la regla concurral del art. 187.3 CP, parece asumir que la lesión de la libertad o indemnidad sexuales de las personas forzadas a prostituirse se agota en los delitos relativos a la prostitución, lo que significa que, una vez la víctima ha sido obligada a ejercer la prostitución, su libertad o indemnidad sexual no merece ulterior protección¹⁸. Para esta posición parecería que el desvalor de injusto que se sanciona con la comisión de un delito del art. 187.1 CP es el mismo si se obliga a una persona a ejercer la prostitución con un solo cliente que si se la obliga a ejercerla con cien o con mil, y resulta también indiferente que la situación dure un día o dure años. ¿Acaso no se sigue lesionando la libertad e indemnidad sexual durante todo el tiempo en el que la víctima sigue estando obligada a mantener relaciones sexuales bajo violencia e

consideran que lo relevante no es que las víctimas tengan una escasa libertad ambulatoria, sino el hecho de que la mayor parte del tiempo se encuentran encerradas y, cuando salen, suelen estar vigiladas o controladas (SAP Madrid 181/2003, de 14 de abril [ECLI:ES:APM:2003:4723]; STS 1775/2003, de 19 de diciembre [ECLI:ES:TS:2003:8262]; SAP Tarragona 5/2004, de 15 de diciembre [ECLI:ES:APT:2004:1930]; SAP Valencia 22/2005, de 25 de enero [ECLI:ES:APV:2005:332]; STS 594/2006, de 16 de mayo [ECLI:ES:TS:2006:6163]). En los casos en los que previamente ha habido tráfico de personas para explotación sexual una parte de la jurisprudencia entiende que resulta clave la retirada del pasaporte, lo que, combinado con lo anterior y con el hecho de que se encuentran amenazadas y solas en un medio en el que no cuentan con recursos económicos ni personales, equivale a una más que suficiente limitación de la libertad ambulatoria como para poder apreciar un delito de detención ilegal (STS 314/1995, de 1 de marzo [ECLI:ES:TS:1995:1181]; SAP Navarra 11/2001, de 24 de enero [ECLI:ES:APNA:2001:102]; SAP Madrid 94/2002, de 25 de octubre [ECLI:ES:APM:2002:12408], SAP Asturias 180/2002, de 4 de noviembre [ECLI:ES:APO:2002:4076], que consideran suficiente “la provocación de un estado de indefensión ante la carencia de medios económicos y documentos administrativos en un mundo desconocido que impiden la libertad de movimientos y dejan a las víctimas en poder exclusivo del explotador”. Véase también SAP Madrid 163/2003, de 28 de marzo [ECLI:ES:APM:2003:3922]; SAP Córdoba 131/2004, de 10 de junio [ECLI:ES:APCO:2004:873]; STS 1301/2006, de 11 de diciembre [ECLI:ES:TS:2006:8457]).

¹⁷ Véase, por ejemplo, STS 1306/2003, de 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2003:6047); STS 1755/2003, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2003:8262); STS 1305/2004, de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2004:7875); STS 981/2005, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2005:4872); STS 1360/2005, de 9 de noviembre (ECLI:ES:TS:2005:6838); STS 463/2006, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2006:2389); STS 297/2007, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2007:2397); STS 605/2007, de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2007:5061); STS 326/2010, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2010:1971); SAP Navarra 11/2001, de 24 de enero (ECLI:ES:APNA:2001:102); SAP-Madrid 94/2002, de 25 de octubre (ECLI:ES:APM:2002:12408), SAP Madrid 181/2003, de 14 de abril (ECLI:ES:APM:2003:4723); SAP Madrid 218/2003, de 12 de mayo (ECLI:ES:APM:2003:5645); SAP Madrid 36/2004, de 2 de febrero (ECLI:ES:APM:2004:1365); SAP Navarra 22/2004, de 18 de febrero (ECLI:ES:APNA:2004:192); SAP Valencia 22/2005, de 25 de enero (ECLI:ES:APV:2005:332); SAP Córdoba 38/2005, de 18 de febrero (ECLI:ES:APCO:2005:256); SAP Madrid 95/2006, de 17 de julio (ECLI:ES:APM:2006:12247); SAP Madrid 677/2012, de 26 de diciembre (ECLI:ES:APM:2012:22227); SAP Valencia 157/2016, de 30 de marzo (ECLI:ES:APV:2016:1222), que castiga por delito continuado de violación; SAP Guipúzcoa 35/2016, de 23 de febrero (ECLI:ES:APSS:2016:105). La STS 1091/2005, de 22 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5433) contiene un caso algo diferente por el papel ejercido por una de las proxenetas: en una ocasión ordena la agresión sexual, en otras seis contribuye ejerciendo la violencia e intimidación bien presenciando la agresión, y en dos ocasiones llega a cometerlos ella misma con un consolador; por todo ello es condenada como inductora de un delito de agresión sexual, cómplice de otros seis y autora de dos.

¹⁸ Coinciden en lo inaceptable de esta interpretación ÁLVAREZ GARCÍA/DEL MOLINO ROMERA, «Agresión y abusos sexuales: evolución histórica, algunas cuestiones controvertidas y propuestas de reforma», en BRAVO BOSCH, *Feminización de la justicia*, Valencia, 2020, pp. 247-248.

intimidación con los clientes? ¿Cómo puede entonces sancionarse sólo por un delito de prostitución coactiva independientemente de la relación de sometimiento y del número de contactos sexuales que se fuerce a la víctima a mantener?

Resulta claro que la redacción legal de los tipos penales relativos a la prostitución genera un solapamiento de muy difícil solución porque, como hemos visto, desde el momento en el que se obliga con violencia o intimidación a la víctima a mantener una relación sexual forzada con el primer cliente, se está cometiendo un delito de prostitución coactiva y *también* un delito de agresión sexual, y a partir de ahí se irían añadiendo tantos delitos de agresión sexual como relaciones sexuales forzadas mantenga la víctima con los clientes. Pero la solución aportada por los tribunales no resulta en absoluto satisfactoria.

Veamos ahora qué soluciones aporta la doctrina penal.

3.2. La interpretación de la doctrina para delimitar entre los delitos de prostitución coactiva y los delitos de agresión sexual sancionables a través de la regla concursal del art. 187.3: de lo genérico a lo particular y de lo mediato a lo inmediato

En la doctrina se han propuesto dos criterios diferenciadores: por un lado, el carácter genérico o particular del ejercicio de la violencia e intimidación respecto del acto sexual al que se obliga a la víctima y, por otro, la mediatez o inmediatez entre esos medios utilizados, la violencia y la intimidación, y la conducta sexual no querida.

Conforme al primer criterio, autores como ORTS BERENGUER entienden que si la violencia e intimidación son genéricas para determinar a la víctima a prostituirse estaríamos solamente ante un delito relativo a la prostitución, pero si la violencia e intimidación se aplican de forma particularizada para que la víctima realice un acto sexual concreto con una persona determinada, entonces podría hablarse de agresión sexual¹⁹.

Los partidarios del segundo criterio diferenciador entienden que si la violencia e intimidación es ejercida de forma inmediata para que la víctima acceda a una conducta sexual estaremos ante una agresión sexual; es lo que sucedería en los casos en los que la persona prostituida se niega a mantener un determinado tipo de contacto sexual con un cliente y el proxeneta le obliga. Si no hay esa relación de inmediatez, según estos autores, se apreciará tan sólo un delito de prostitución coactiva²⁰.

¹⁹ ORTS BERENGUER, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, p. 258; ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, p. 236; TERRADILLOS BASOCO, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)», en TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., t. III, v. I, 2016, p. 237; GARCÍA PÉREZ, «De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores», en DíEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte especial II*, 2004, pp. 517-518. Por su parte, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, en COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal*, 1999, pp. 738 y 742, considera que en los arts. 173 y siguientes hay una voluntad ya formada respecto del comportamiento sexual que se va a realizar, mientras que en los delitos relativos a la prostitución el sujeto consiente en cuanto al concreto acto sexual a realizar; aunque señala que se trata de un consentimiento forzado por un tercero.

²⁰ MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, «De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 10ª ed., 2016. También así DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, 2003, pp. 381-382, quien afirma que “el hecho de coaccionar a una persona a mantener relaciones con un tercero indeterminado, no presenta un grado de afección al bien jurídico libertad sexual tan alto como si la coacción se dirige a concretar una determinada relación sexual”, entendiéndose además que los medios coactivos e intimidatorios del 188 son menos intensos que los de una agresión sexual; y BEGUÉ LEZAÚN, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 1999, p.

Ciertamente es muy complejo establecer una delimitación entre el delito de prostitución coactiva y los delitos de agresiones sexuales que se cometen contra la persona prostituida pues, como hemos visto, el solapamiento en ocasiones es casi total, pero los dos criterios recién expuestos no resultan, a mi entender, satisfactorios.

Conforme al criterio de lo genérico y lo particular, no se entiende bien cuál sería el contenido de los dos delitos que pretende delimitar: si ejercer violencia e intimidación de forma concreta o particular para un acto sexual con un cliente constituye un delito de agresiones sexuales, ¿cuándo habría entonces prostitución coactiva? Porque forzar a alguien a ejercer la prostitución implica en la práctica totalidad de los casos realizar contra su voluntad, bajo violencia e intimidación, actos sexuales con clientes. ¿Acaso si se tratase de un cliente concreto sería agresión sexual y si fuera un cliente indeterminado (por ejemplo, el primero que llegue ese día) sería sólo prostitución coactiva? Por otro lado, también cabría deducir que esta posición doctrinal estaría entendiendo que la violencia e intimidación, cuando son genéricas, no suponen forzar a la víctima a realizar actos sexuales, sino tan sólo forzarla para que ejerza la prostitución. Dicho de otro modo: parecería que el delito de prostitución coactiva se está entendiendo como el ejercicio de violencia e intimidación para forzar la decisión de la víctima de que se dedique a la prostitución como profesión, consintiendo entonces a partir de ahí en ejercerla sin oposición. Como señala ZUGALDÍA ESPINAR, quien determina a lo genérico determina también a lo específico, porque quien crea una situación de ausencia de libertad en el ejercicio de la prostitución de forma general no puede pretender, al mismo tiempo, defender que los concretos actos realizados en esa situación sean particularmente libres²¹.

Por lo que se refiere al segundo criterio, el de la relación mediata o inmediata de la violencia e intimidación con la conducta sexual, en mi opinión tampoco resuelve el problema, ya que no es una cuestión de tiempo lo que establece la diferencia de ataque a la libertad sexual que existe en estos preceptos: imaginemos que a una persona se la golpea o se la amenaza de muerte para que soporte una relación sexual no consentida con el siguiente cliente que aparezca, que puede venir a la hora, al día siguiente, o varios días después. Si atendiésemos al criterio de inmediatez, sólo habría una agresión sexual en el primer caso, lo cual es una solución insatisfactoria. En ambos casos concurren los elementos del delito de agresión sexual, y el bien jurídico resulta idénticamente lesionado.

3.3. Propuesta interpretativa

a. *La violencia o intimidación continuada en el tiempo*

Como ha podido verse a lo largo de los epígrafes anteriores, encontrar una solución satisfactoria resulta complejo en gran medida debido a que la regulación del delito de prostitución coactiva dificulta enormemente una aplicación práctica razonable. Por un lado, como ya se anticipó en la parte introductoria de este trabajo, da la impresión de que el legislador penal no ha conseguido liberarse de la vieja idea de que la protección penal, cuando va referida a una prostituta, es inferior: si cuando el bien jurídico a proteger era la honestidad la protección penal no existía, para la praxis actual parecería que goza de menor libertad sexual

196. En contra, TAMARIT SUMALLA, *La protección penal*, 2000, p. 97, quien considera, además, que las relaciones concursales entre el 188 CP y los delitos de agresiones y abusos sexuales sólo se darán en casos excepcionales.

²¹ ZUGALDÍA ESPINAR, en EL MISMO (coord.), *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. II, 2004, p. 1273.

que otras personas. Sólo así se explicaría que la pena prevista para el delito de prostitución coactiva sea inferior que la de otros delitos contra la libertad sexual. Pero, por otro lado, también la jurisprudencia parece estar dejando llevar por esta misma inercia de otros tiempos, ya que, incluso cuando puede hacer uso de la regla concursal del art. 187.3 CP para sancionar otros atentados contra la libertad sexual que padecen las personas prostituidas, lo hace en muy escasas ocasiones²².

Para tratar de dar una respuesta a los problemas planteados lo primero que ha de aclararse es que, en mi opinión, el delito de prostitución coactiva queda consumado desde el momento en el que se violenta o intimida a la víctima para que acceda contra su voluntad a ejercer la prostitución manteniendo relaciones sexuales forzadas con, al menos un cliente, pues desde ese momento queda dañada su libertad o indemnidad sexual. Pero, como ya se ha visto a lo largo de este trabajo, por cada acto sexual que tiene que realizar con cada cliente bajo violencia o intimidación también habrá una correspondiente agresión sexual.

Por otro lado, en cuanto al ejercicio de la violencia e intimidación, hay que precisar que no es necesario que se renueven constantemente, en la medida en la que estén suficientemente implícitas. Es decir, no hace falta que se ejerza violencia contra la víctima o que se amenace con ejercerla cada vez que tiene que realizar un acto sexual con un cliente²³. En definitiva, hablamos de una situación en la que la víctima de prostitución coactiva actúa constantemente bajo la violencia y el temor de sufrir ataques contra bienes propios o de personas cercanas, y eso lo que le hace mantener relaciones sexuales con los clientes.

La cuestión es si podemos imponer la sanción de ambos delitos y, en caso afirmativo, cómo, pues ya ha quedado claro que uno de los principales problemas es establecer una clara delimitación del ámbito de aplicación de cada uno de ellos. Intentemos hacer esa delimitación atendiendo a diferentes supuestos que se pueden dar en la práctica, de modo que intentemos situar los grupos de casos en los que los dos tipos de delitos se pueden aplicar separadamente y aquellos en los que hay verdadero solapamiento.

b. El casi inexistente margen para apreciar un delito de prostitución coactiva que no implique agresiones sexuales

La vigente regulación de los delitos relativos a la prostitución aboca en la mayor parte de los casos a la apreciación de un concurso de delitos con la agresión sexual, tal y como anuncia el art. 187.3 CP. Dado que hablamos de obligar mediante violencia o intimidación a ejercer la prostitución (es decir: a realizar actos de carácter sexual con otros), son muy pocos los casos en

²² En este punto es posible que influyan otras razones -seguramente no desvinculadas de las que se han señalado en el texto- como puede ser que las investigaciones penales sobre prostitución coactiva son menos exhaustivas de lo que debieran: una vez se ha detectado una red de prostitución coactiva se identifica y persigue por este delito al o los proxenetas, pero no se suele adentrar en la identificación de los clientes y si estos conocían o no la situación de la persona prostituida, o cuántos actos sexuales forzados padeció la víctima. Como señala GONZÁLEZ GASCÓN, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-10), 2020, p. 39, es “especialmente preocupante el hecho de que ni siquiera las partes procesales acostumbren a presentar acusación por cada uno de los delitos de abuso y agresión sexual que se corresponden con cada acto sexual realizado sin consentimiento jurídicamente válido”.

²³ En este sentido, POZUELO PÉREZ, en BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal y política transnacional*, 2005, p. 429 y DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, «Prostitución: la eventual responsabilidad penal de los clientes», en MUÑOZ CONDE (dir.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, 2008, p. 830, quien se refiere a la actualización genérica de la violencia o la intimidación a lo largo del tiempo que dura la prostitución coactiva.

los que sólo cabría apreciar un delito de prostitución coactiva, sin tener en cuenta además una agresión sexual.

Por ejemplo, cabría pensar en un delito de prostitución coactiva sin agresión sexual en el caso de que la víctima fuera forzada a realizar, por ejemplo, bailes de carácter sexual, pero sin contactos sexuales con la víctima. Pero en este caso el margen es asimismo muy estrecho, porque si se obligara a la víctima a tocarse a sí misma de forma sexual, o a masturbarse, ya entraríamos en una conducta que sería constitutiva de agresiones sexuales.

Más allá de supuestos como este, y especialmente a partir del momento en que la víctima *ya ha sido forzada a mantener relaciones sexuales con clientes*, es prácticamente imposible que pueda tener lugar únicamente un delito de prostitución coactiva. En la doctrina se han invocado supuestos como el de forzar a alguien con violencia e intimidación a ejercer la prostitución como *modus vivendi*²⁴, esto es, en los que se doblega su voluntad para que ejerza esa actividad, consintiendo a partir de este momento en mantener relaciones sexuales con terceros a cambio de precio. Se trata de un supuesto casi *de laboratorio*, en el que resulta difícil imaginar que se fuerce la voluntad de la víctima sin forzarla a la vez a mantener relaciones sexuales con el cliente -aunque fuera sólo con uno-, lo que impediría afirmar que sólo hay un delito de prostitución coactiva.

Del mismo modo, si se trata del caso de una persona que se dedica a la prostitución pero pretende dejarlo y se la obliga, con violencia o intimidación, a mantenerse en ella, en realidad con ello se la estaría obligando a mantener relaciones sexuales forzadas, con lo que, nuevamente, habría prostitución coactiva y agresión sexual²⁵.

Cabría pensar, partiendo también de un supuesto en el que la persona ejerza voluntariamente la prostitución pero se niegue, por ejemplo, a cambiar de local o a cambiar de horario: si se la obliga a aceptar esas condiciones, doblegando su voluntad, podrá suponer un mantenimiento en el ejercicio de la prostitución, tal y como establece el tipo penal y, con ello, un delito de prostitución coactiva. Pero lo más probable es que también se ejerza violencia o intimidación para que la víctima mantenga relaciones sexuales, en cuyo caso habría también un delito de agresiones sexuales²⁶.

En mi opinión resulta difícilmente imaginable que no acabe habiendo una agresión sexual -o muchas-, pues cuando se fuerza a alguien a dedicarse a la prostitución, a mantenerse en ella contra su voluntad o se la obliga a determinadas condiciones, en algún punto acaba ejerciéndose también esa violencia e intimidación para que soporte relaciones sexuales forzadas²⁷. Si la persona se niega, por ejemplo, a atender a un concreto cliente, o a mantener

²⁴ GARCÍA PÉREZ, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte especial II*, 2004, p. 484, se refiere a la distorsión de un proceso de deliberación para que la víctima decida ejercitar su sexualidad de una determinada manera, interiorizando una pauta de conducta para el futuro ejercicio de su sexualidad.

²⁵ La SAP Madrid 218/2003, de 12 de mayo (ECLI:ES:APM:2003:5645) juzgó el caso de una mujer que ejercía libremente la prostitución y que fue abordada por dos sujetos mientras estaba prestando un servicio y llevada contra su voluntad a un piso donde querían que dejara de ejercer la prostitución libremente y que lo hiciera para ellos. Durante las 16 horas en las que estuvo retenida uno de los sujetos la violó, sin que se le llegara a obligar a mantener relaciones sexuales con clientes. Por estos hechos la sentencia condena por un delito relativo a la prostitución y otro de violación.

²⁶ Véase POZUELO PÉREZ, en BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal y política transnacional*, 2005, pp. 428-429.

²⁷ Puede citarse como ejemplo los hechos juzgados por la SAP Madrid 637/2003, de 29 de julio (ECLI:ES:APM:2003:9297), en los que unas mujeres que habían sido traídas a España desde varios países de Europa

con él prácticas concretas, o a realizar más servicios de los que quiere, o a trabajar estando enferma, y se la obliga a cualquiera de esas cosas con violencia o intimidación, estaremos ante una agresión sexual²⁸.

Todo lo anterior pone de relieve que en muy pocos casos nos encontraremos solamente ante un delito de prostitución coactiva, siendo lo más habitual la concurrencia de este delito con el de agresiones sexuales; sin olvidar la posibilidad de que concurra, además, el delito de trata de personas para explotación sexual.

La cuestión a partir de aquí es cómo se relacionan ambos delitos y qué relaciones concursales serían aplicables.

c. *Las posibles relaciones concursales*

De los dos delitos que entran en juego, si sólo aplicáramos el de agresiones sexuales no se estaría contemplando el hecho que la víctima, además, ha sido forzada a ejercer la prostitución, dejando con ello vacíos de contenido los preceptos penales que sancionan esta conducta. Pero si sólo consideráramos que hay un delito de prostitución coactiva -como entienden los tribunales²⁹- no sólo estaríamos prescindiendo del desvalor de todos los ataques contra la libertad sexual que se cometan contra la víctima una vez se la ha forzado a prostituirse, sino que se estaría ignorando el mandato de la cláusula concursal del art. 187.3 CP. Porque, además, como ya se ha visto, en este punto el legislador no ha previsto para el delito de prostitución coactiva ninguna diferencia penológica en función de que la víctima esté siendo obligada a prostituirse durante poco o mucho tiempo. La sanción prevista en el art. 187.1 CP es la misma tanto si la víctima ha sido forzada a ejercer la prostitución un sólo día o con un solo cliente que si lo ha hecho durante años con cientos de clientes³⁰.

Claramente concurren los dos delitos³¹, y es el propio art. 187.3 CP el que disuelve cualquier duda al respecto, al prever un concurso de delitos. La cuestión es cómo debería articularse esa relación concursal. En la doctrina se ha defendido sobre todo la idea de que entre ambos existe

del Este reconocían abiertamente que venían a ejercer la prostitución, pero afirmaron que “sin embargo aquel trabajo querían desempeñarlo en su propio beneficio y como medio de vida, no bajo la obligación de devolución del dinero del pasaje y del que derivaba de su adquisición, con la obligación de permanecer, el tiempo que su dueño tuviera por conveniente, ni aceptando todos los servicios sin posibilidad de rechazar ninguno”. Por esos hechos la sentencia sólo condena, en mi opinión erróneamente, por un delito de determinación a la prostitución.

²⁸ Así lo admiten expresamente MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª ed., 2019, p. 240 y ALONSO PÉREZ, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (Perspectiva jurídica y criminológica)*, 2001, p. 124.

²⁹ Salvo, como hemos señalado, en los casos en los que es el propio proxeneta quien realiza directamente la agresión sexual.

³⁰ De hecho, es también muy llamativo que la pena prevista en el art. 187, 2 a 5 años de prisión y multa de 12 a 14 meses, sea la misma para la prostitución coactiva que para los supuestos en los que no concurre violencia e intimidación sino abuso de la situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, y de 2 a 4 años de prisión y multa de 12 a 24 meses cuando el proxeneta se lucra explotando a la víctima aun con su consentimiento, que se asemeja más a una explotación laboral, y se aleja de la mucho mayor gravedad que supone la prostitución coactiva.

³¹ Respecto a la posible crítica de que con esta opción pudiera incurrirse en un *bis in idem* por el hecho de que se esté ejerciendo violencia e intimidación en la víctima en ambos delitos habría que responder que ese ejercicio está vinculado de forma independiente con cada hecho: el de la prostitución, por un lado, y el de agresión sexual por otro; del mismo modo que debe acudir a un concurso real entre robo y violación si el sujeto activo hace uso de la misma intimidación primero para robar a una persona y después para violarla.

un concurso real³², y esa parece la solución, ya que ciertamente son dos conductas con dos resultados distintos.

Pero con esto no hemos resuelto aún todos los concursos que pueden tener lugar: en caso de que haya numerosas agresiones sexuales -tantas como clientes con los que la víctima ha tenido que mantener relaciones sexuales forzadas-, entre ellas cabría apreciar un concurso que en principio sería real, en cuyo caso la regla de acumulación prevista para este tipo de concurso conduciría a la suma de las penas correspondientes a todos los delitos de agresión sexual que se hubieran cometido contra la víctima, con los límites establecidos en el art. 76 CP. No obstante, el art. 74.3 CP permite excepcionalmente la apreciación de delito continuado en los supuestos de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales si afectan al mismo sujeto pasivo, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para apreciar o no la continuidad delictiva. La doctrina del TS al respecto queda resumida en la STS 17/2016, de 26 de enero (ECLI:ES:TS:2016:97), que indica que es “*aplicable el delito continuado en supuestos de agresiones sexuales realizadas bajo una misma presión intimidativa o de prevalimiento, en los casos en que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco de una relación sexual de cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito, o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del mismo sujeto activo*”. En la medida en la que en este trabajo se defiende que la violencia e intimidación se mantienen en el tiempo, y que no hace falta que se ejerzan de forma explícita para cada acto sexual que la víctima deba mantener con cada cliente, cabría entender que concurre “una misma presión intimidativa”. Asimismo, concurrirían los requisitos de que los ataques se dirijan contra el mismo sujeto pasivo, y el aprovechamiento de similares ocasiones -el contexto de prostitución- por parte del mismo sujeto activo -el proxeneta-.

Cuando las víctimas sean menores o personas discapacitadas necesitadas de especial protección los delitos relativos a la prostitución tienen una regulación diferente a la prevista para adultos. La primera de las diferencias esenciales radica en que la conducta se realiza *aunque no concurra violencia ni intimidación (ni “explotación” en los términos del art. 187 CP)*. La segunda deriva del hecho de que los contactos sexuales con personas de menos de 16 años son siempre delictivos aunque concurra la aquiescencia de estas (con la excepción de supuestos de proximidad de edad y madurez -art. 183 quater CP-): aquí la violencia y la intimidación determinan sólo la aplicación de tipos agravados. Estos dos factores alteran radicalmente las cuestiones relativas a la responsabilidad del proxeneta y del cliente, ya que a) si el cliente mantiene conscientemente relaciones sexuales con una persona de menos de 16 años *siempre y en todo caso* cometerá un delito contra la indemnidad sexual del art. 183 CP; b) el proxeneta, aunque no ejerza violencia o intimidación, tiene también responsabilidad en cada uno de esos delitos.

Analizando esto a la luz de la regla concursal del art. 188.5 CP, que también obliga a sancionar independientemente por un parte el delito de prostitución de menores y por otra los abusos y agresiones sexuales cometidos contra los menores víctimas de prostitución, surgen distintos problemas. En primer lugar, el delito de proxenetismo con menores parece inescindible de una

³² Es la postura defendida por ZUGALDÍA ESPINAR, en EL MISMO, *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. II, 2004, p. 1274, salvo en el supuesto de que los medios coactivos tengan una intensidad menor a la exigida en los delitos de agresión y abusos sexuales, en cuyo caso sólo se entiendo que sólo se debe apreciaría un delito de prostitución coactiva, y por GARCÍA PÉREZ, «Los delitos relativos a la prostitución. Un análisis de los artículos 187 y 188 del CP»; *Actualidad Penal*, (3), 2001, p. 1123, quien contempla también el supuesto de que se agrede sexualmente a la víctima con el fin de convencerla de que se dedique al ejercicio de la prostitución, logrando ese objetivo: en este caso entiende que habría concurso medial entre el delito de agresión sexual y el de prostitución coactiva, ya que el desvalor del primero no abarca la incidencia que dicho comportamiento tiene sobre el futuro ejercicio de la sexualidad de la víctima.

responsabilidad como coautor o partícipe en el delito de abuso o agresión de menores cometido por el cliente. De hecho, el art. 183.2 in fine CP considera que existe también agresión sexual en su modalidad básica contra un menor de 16 años cuando existe uso de violencia o intimidación para compeler a aquel a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero: en este punto el legislador está describiendo una conducta que parece idéntica a la sancionada en la prostitución coactiva, lo que podría estar abriendo la puerta a un concurso de leyes, y no de delitos.

Además, debe señalarse que en los delitos de prostitución de menores la conducta típica no se limita a *determinar* a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, como en el art. 187.1 CP; la regulación del art. 188 es más amplia y abarca más verbos típicos, incluyendo las conductas de inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de menores o discapacitados, comportamientos que pueden verse agravados si se cometen con violencia o intimidación.

En conclusión, la interpretación que se aporta en este trabajo sobre los delitos que entran en juego y las relaciones concursales que hay entre ellos da una respuesta más adecuada a la verdadera gravedad del problema: no se debe olvidar que en la prostitución coactiva se somete a la víctima a mantener relaciones sexuales de todo tipo con todo tipo de clientes durante mucho tiempo, llegando a constituir con frecuencia una verdadera esclavitud sexual. La víctima se ve sometida a agresiones sexuales -en la mayor parte de los casos violaciones- continuadas durante días, meses o años, con las condiciones de indignidad, de despersonalización y de deshumanización que ello conlleva, sin olvidar la afectación a la salud, tanto física como psíquica, que también supone³³. Una situación de estas características, conforme a los principios de tipicidad y proporcionalidad, no debe conllevar solamente la sanción de prostitución coactiva, pues supondría obviar todos los demás ataques a la libertad o indemnidad sexuales de que es objeto la víctima. Esta conclusión se torna ineludible desde la inclusión de la cláusula del art. 187.3 CP.

Con lo anterior se ha planteado qué tipo de solución ha de darse a la concurrencia de los delitos de prostitución coactiva y agresiones sexuales cometidas contra la persona prostituida, pero aún no se ha abordado con detalle quiénes son los sujetos responsables de esos delitos y cómo responden por ellos.

3.4. La responsabilidad penal del proxeneta y del cliente

Respecto del delito de prostitución coactiva no resulta problemático afirmar que el autor será el proxeneta. Pero ¿cómo responde de las agresiones sexuales cometidas contra la víctima de prostitución coactiva, al obligarle a mantener relaciones sexuales con clientes?³⁴.

La pregunta nos conduce a dos posibles escenarios: cuando el cliente sabe que la persona prostituida está siendo obligada con violencia o intimidación a realizar el acto sexual y cuando lo desconoce. En el primero de los supuestos responderían por un delito de agresiones sexuales tanto el cliente como el proxeneta, puesto que cada uno de ellos realiza una parte esencial de la conducta típica en división de funciones (el proxeneta, la violencia o la intimidación; el cliente,

³³ En este sentido, la STS 695/2021, de 15 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3458), habla de “gravísima cosificación” y de que los hechos que tuvo que sufrir la víctima “pretendieron deshumanizarla hasta extremos difícilmente descriptibles, privándole de la más mínima calidad de vida a la que toda persona tiene derecho”.

³⁴ Como hemos visto, diversas sentencias abordan también un caso más sencillo: el del proxeneta que, además de obligar a la víctima a prostituirse, le obliga con violencia o intimidación a mantener relaciones sexuales con él. En la práctica judicial son estos los casos en los que se aplica la cláusula concursal del art. 187.3 CP (véase supra el apartado 3.1 de este trabajo y las sentencias citadas en la nota a pie 17).

la relación sexual contra la voluntad de la víctima), pudiendo considerárseles coautores³⁵, con lo que se les impondría la misma pena.

En el caso de que el cliente desconozca que la persona prostituida está siendo obligada a mantener relaciones sexuales con él, esto es, piensa que ejerce voluntariamente la prostitución, no responderá por ningún delito, ya que bajo su perspectiva no hay falta de consentimiento, y no está tipificado en nuestro Código penal el mero hecho de contratar y mantener relaciones sexuales pagando un precio. Pero respecto del proxeneta la situación es diferente, ya que está atentando contra la libertad sexual de la persona prostituida utilizando un instrumento no doloso –el cliente, que desconoce que la persona prostituida no consiente libremente- y ejecutando directamente la violencia o la intimidación. Como hemos visto a lo largo de este trabajo no hay problema en afirmar que los delitos de agresiones sexuales se pueden cometer en autoría mediata, de modo que el proxeneta sería el autor mediato de las agresiones sexuales realizadas por el cliente que ignora la verdadera situación en la que se encuentra la víctima.

Esta posibilidad ha sido planteada por una parte minoritaria tanto de la doctrina³⁶ como de la jurisprudencia. Respecto de esta última cabe destacar la ya mencionada STS 1903/1994 de 2 de noviembre, que en un supuesto de determinación a la prostitución afirmó que “*si el ejercicio de la violencia es suficiente para coautoría, también debe serlo para la autoría mediata*”, figura que admite respecto de la violación al admitir que la acción se puede realizar “*a través de otro que opera como mero instrumento*”, ya que “*la lesión del bien jurídico se puede lograr aunque el acceso carnal no se realice personalmente, por medio de otro que obre sobre la base de un error o ignorancia*”.

No cabe negar que la puesta en práctica de lo que se propone en este trabajo presenta dificultades, especialmente de carácter probatorio en cuanto a la existencia de las agresiones sexuales que de forma continuada se cometen contra una víctima de prostitución coactiva por parte de clientes, ya sean estos responsables directamente, ya sea únicamente responsable de forma mediata el proxeneta. Muy probablemente el camino sería una reforma legal que evite los solapamientos existentes en la actualidad y, con ello, los enormes esfuerzos interpretativos a la hora de aplicar razonablemente estos preceptos. No obstante, desde el derecho actualmente vigente creo que se ha señalado el camino que hay que transitar si de verdad se quieren proteger todos los derechos de las víctimas de prostitución coactiva.

4. Bibliografía

ALONSO ÁLAMO, «¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual», *Revista penal*, (19), 2007, pp. 3 ss.

ALONSO PÉREZ, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (Perspectiva jurídica y criminológica)*, Dykinson, Madrid, 2001.

³⁵ En la jurisprudencia se ha aceptado tanto la coautoría como la cooperación necesaria cuando un sujeto sólo ejerce la violencia o intimidación para que otro realice materialmente el acto sexual; sobre la evolución jurisprudencial en esta materia véase STS 493/2017, de 29 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2585).

³⁶ Véase ZUGALDÍA ESPINAR, en EL MISMO, *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. II, 2004, pp. 1276-1277; POZUELO PÉREZ, en BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal y política transnacional*, 2005, pp. 430-431; ASÚA BATARRITA, *Género, violencia y Derecho*, 2008, p. 167; GONZÁLEZ GASCÓN, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-10), 2020 pp. 39-40.

ÁLVAREZ GARCIA/DEL MOLINO ROMERA, «Agresión y abusos sexuales: evolución histórica, algunas cuestiones controvertidas y propuestas de reforma», en BRAVO BOSCH (coord.), *Feminización y justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 223 ss.

ANGUITA OLMEDO, «El tráfico ilegal de seres humanos para la explotación sexual y laboral: la esclavitud del Siglo XXI», *Nómadas. Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, (15), 2007, pp. 1 ss.

ASÚA BATARRITA, «El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales», en LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coords.) *Género, violencia y Derecho*, Valencia, 2008, pp. 131 ss.

BEGUÉ LEZAÚN, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, J.M. Bosch, Barcelona, 1999.

CANCIO MELIÁ, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», *Memento Penal 2021*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, nm. 9210 ss.

————— «Delitos contra la libertad sexual», en RODRÍGUEZ MOURULLO/JORGE BARREIRO, *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 514 ss.

CARMONA SALGADO, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Cobo del Rosal (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005.

CARUSO FONTÁN, «La reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿Regreso de los delitos de propia mano?», *La Ley Penal*, (128), 2017, pp. 1ss.

CUGAT MAURI, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 225 ss.

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, «Prostitución: la eventual responsabilidad penal de los clientes», en MUÑOZ CONDE (dir.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 791 ss.

DÍAZ MORGADO, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 653 ss.

DÍEZ RIPOLLÉS, «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (21-10), 2019, pp. 1 ss.

————— «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», *Comentarios al Código penal. Parte especial II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 209 ss.

————— *La protección de la libertad sexual*, J.M. Bosch, Barcelona, 1985.

FÁBREGA RUIZ, «La trata de seres humanos como esclavitud del Siglo XXI: aproximación desde la perspectiva de la víctima migrante», *Revista Crítica Penal y Poder* (18), 2019, pp. 114 ss.

GARCÍA PÉREZ, «De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores», DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte especial II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 476 ss.

————— «Los delitos relativos a la prostitución. Un análisis de los artículos 187 y 188 del CP», *Actualidad Penal*, (3), 2001, pp. 1091 ss.

GARCÍA RIVAS, «Agresión y abusos sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho penal español. Parte especial (I)*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1117 ss.

GÓMEZ BENÍTEZ, «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (37), 1984, pp. 103 ss.

GÓMEZ GONZÁLEZ, «Consideraciones sobre la coautoría y autoría mediata en los delitos de propia mano en el Código penal español», *Letras Jurídicas. Revista Electrónica de Derecho*, (1), 2005, pp. 1 ss.

GÓMEZ MARTÍN, «Pertinencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (17), 2006, pp. 11 ss.

GÓMEZ RIVERO, «¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?», *Revista Penal*, (18), 2006, pp. 102 ss.

GÓMEZ TOMILLO, «Derecho penal sexual y reforma legal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (7-4), 2005, pp. 1 ss.

GONZÁLEZ AGUDELO, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)», en TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, t. III, v. I, Iustel, Madrid, 2016, pp. 175 ss.

GONZÁLEZ RUS, *La violación en el Código penal español*, Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1982.

GONZÁLEZ GASCÓN, «Aspectos jurídicopenales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-10), 2020, pp. 1 ss.

GUISASOLA LERMA, «Formas contemporáneas de esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género», *Estudios Penales y Criminológicos*, (39), 2019, pp. 175 ss.

DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

LLOBET ANGLÍ, «Prostitución: ¿qué castigar? Trabajadoras, burdeles, rufianes y clientes», *Nuevo Foro Penal*, (92), 2019, pp. 51 ss.

————— «¿Prostitución?: ni sí ni no, sino todo lo contrario. Sesgos empíricos, contradicciones de *lege lata* y desaciertos de *lege ferenda*», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-19), 2017, pp. 1 ss.

LLORIA GARCÍA, «El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral», *Estudios Penales y Criminológicos*, (39), 2019, pp. 353 ss.

MAQUEDA ABREU, «Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos», en DE LA CUESTA AGUADO *et al.* (coords.), *Liber Amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. Hc. Juan M^a Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1197 ss.

————— «A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a l@s inmigrantes con esclav@s», en CARBONELL MATEU *et al.* (coords.), *Constitución, Derechos*

Fundamentales y Sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1245 ss.

————— «Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual», *Diario La Ley*, (6430), 2006, pp. 1 ss.

————— *Los delitos de propia mano*, Tecnos, Madrid, 1992.

MONGE FERNÁNDEZ, «Delitos sexuales» en POLAINO NAVARRETE (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*”, 2ª ed., t. I, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 245 ss.

————— «¿Las agresiones sexuales cualificadas como delito de propia mano? Reflexiones en torno a las STS de 6 de junio de 2000, RJ 2000\5247», *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, (13), 2009, pp. 183 ss.

MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, «Comentario introductorio al Título VIII - Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español*, 7ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 1269 ss.

————— «De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 10ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ORTS BERENGUER, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 209 ss.

————— *El delito de violación*, Universitat de València, Valencia, 1981.

ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PÉREZ ALONSO, «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales», *InDret*, (3), 2019, pp. 1 ss.

PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal. Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de integración social de extranjeros*, Comares, Granada, 2004.

POZUELO PÉREZ, «Tráfico de personas y explotación sexual», en BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 417 ss.

QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 203 y 215.

ROSO CAÑADILLAS, «Los delitos polivalentes de autoría: entre el deber y el dominio», *InDret*, (3), 2019, pp. 1 ss.

RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2019, pp. 129 ss.

RECHEA ALBEROLA y GIMÉNEZ SALINAS-FRAMIS, «Una aproximación al tráfico de mujeres con fines de explotación sexual en España», *Cuadernos de Política Criminal*, (80), 2003, pp. 287 ss.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal*, Edersa, Madrid, 1999, pp. 721 ss.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado “delito de propia mano”. Respuesta a una situación jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ LINDE, «La trata ilegal de personas: principales aspectos criminológicos», en *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, (16), pp. 20 ss.

SATZGER, «Die eigenhändigen Delikte», *Juristische Ausbildung*, 2011, pp. 103 ss.

SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)», en SERRANO GÓMEZ *et al.*, *Curso de Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2017.

TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Aranzadi, Madrid, 2000.

TERRADILLOS BASOCO, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)», en TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., t. III, v. I, Iustel, Madrid, 2016.

VILLACAMPA ESTIARTE/TORRES FERRER, «Aproximación institucional a la trata de seres humanos en España: valoración crítica», *Estudios Penales y Criminológicos*, (XLI), 2021, pp. 189 ss.

ZUGALDÍA ESPINAR, «Los delitos relativos a la prostitución como delitos de peligro abstracto contra la libertad sexual: consecuencias concursales para el proxeneta y el cliente», *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 1267 ss.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, «Trata de seres humanos y criminalidad organizada transnacional: problemas de política criminal desde los Derechos humanos», *Estudios Penales y Criminológicos*, (38), 2018, pp. 361 ss.