

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal),
de 4 de noviembre de 2020
[ROJ: STS 3754/2020]**

EL FAVORECIMIENTO A LA PROSTITUCIÓN DE MENORES. ARTÍCULO 188.1 CP

1. INDUCCIÓN A LA PROSTITUCIÓN DE MENORES

Mediante la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2020 se estima el Recurso de Casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala Civil y Penal 1884/2018, de 8 de noviembre de 2018 [ROJ STSJ AR 1884/2018], que, bajo Recurso de Apelación, absolvía al acusado de un delito de inducción a la prostitución de un menor de edad por el que había sido condenado en la Audiencia Provincial de Zaragoza [ROJ SAP Z 1660/2018].

El Ministerio Fiscal alega, amparándose bajo el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que la decisión tomada por el Tribunal Superior de Justicia supone una indebida aplicación del artículo 188.1 del Código Penal, que recoge el castigo penal frente a quien, y cito textualmente, «induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines».

En los hechos probados y expuestos en la resolución de la Audiencia Provincial de Zaragoza se expone que el acusado, quien ya se dedicaba a la prostitución, y conocía la minoría de edad de la joven, la «orientó sobre la forma de ejercer la prostitución contactando a través de páginas web [...] con clientes para realizar servicios sexuales, y llegando a realizar un trío sexual con tercera persona por el que obtuvieron un pago de noventa euros que se repartieron entre los dos». La absolución del acusado se fundamentó esencialmente en considerar que la actividad sexual realizada por la menor fue libre y voluntaria, y en consecuencia el favorecimiento (u «orientación») del acusado no sirvió como vehículo para la prostitución de esta. Ahora bien, frente a tales declaraciones surge una primera pregunta, ¿es exigible la efectiva prostitución del menor o es suficiente con la puesta en peligro del bien jurídico protegido?

2. EL ARTÍCULO 188.1 DEL CÓDIGO PENAL. ¿CONSENTIMIENTO VICIADO O DERECHO PENAL MORALIZANTE?

El artículo 188.1 del Código Penal, protagonista de la presente resolución y ya mencionado con anterioridad, muestra la cuestionable intención del legislador de proteger la libertad o indemnidad sexual, así como de la correcta formación de la sexualidad de los menores. Una intención que se fundamenta en que los menores de edad, por esta propia circunstancia, disponen de limitada madurez para la autodeterminación y necesitan en consecuencia una mayor protección y control de ciertos ámbitos de sus vidas. En el caso abordado, la simple presencia del precio en los actos sexuales es motivo suficiente para anular la voluntad del menor y para producir un vicio en su consentimiento, independientemente de su madurez. Bajo este mismo afán proteccionista se incluyen en el artículo múltiples vías a través de las cuales se puede cometer el delito señalado: inducción, promoción, favorecimiento o facilitación. Tal variedad de verbos típicos ha sido analizada en múltiples ocasiones por la doctrina, quien ha defendido una posición crítica puesto que con tal redacción surgen determinados problemas al equiparar la autoría con actos que podrían encajar con supuestos de inducción o cooperación necesaria, conductas castigadas en menor medida por nuestra legislación (NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. 2015: «Prostitución de menores e incapaces y derecho penal: algunas cuestiones problemáticas de antes y después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma de Código Penal». *Teorder*, 2015, n.º 17: 57-77 <<https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/494>> [25 de enero de 2021]). Frente a ello, cabe señalar que ya son varias las sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado al respecto, considerando esas diversas formas de ejecución muchas veces como supuestos de autoría; véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 2342/1999, de 7 de abril de 1999 [ROJ STS 2342/1999] comentada en la sentencia que nos atañe.

En tal resolución, y bajo circunstancias muy similares a las que se analizan en el presente artículo, se resuelve el Recurso de Casación por infracción de ley interpuesto por la representación del acusado del delito de favorecimiento a la prostitución de menores de edad recogido actualmente en el artículo 188.1 (en tal sentencia, puesto que se resuelve con anterioridad a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal [BOE n.º 77, de 31 de marzo de 2015], se encontraba tipificado, con pequeñas distinciones, en el artículo 187.1 del CP). En la sentencia no solamente se estudia el delito bajo el término de autoría, sino que además se vuelve a poner en evidencia la conducta previa del menor prostituido como una circunstancia atípica. En ambas resoluciones la representación del acusado se escuda en que el menor de edad ya ejercía, con anterioridad a la comisión de los hechos, la prestación de servicios sexuales mediante precio y que, por lo tanto, las conductas de favorecimiento al no conducir a la prostitución no pueden ser objeto de castigo. A pesar de ello, la jurisprudencia ha dejado claro que el

delito del artículo 188.1 CP se plantea como un delito de peligro abstracto en el que no es necesaria la consumación de los actos sexuales para su apreciación, véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 3246/2000, de 17 de abril [ROJ STS 3246/2000].

En resumidas cuentas, y respondiendo a las preguntas antes planteadas, nos encontramos frente a un delito de peligro abstracto que no exige la efectiva prostitución del menor y que encaja una vez más al afán protector del legislador, que podría estar motivado más por la actitud moralizante del mismo que por la objetiva protección de los bienes jurídicos mencionados en la legislación, como así se señalan en diversos textos académicos (NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. 2015: «Prostitución de menores e incapaces y derecho penal: algunas cuestiones problemáticas de antes y después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma de Código Penal». *Teorder*, 2015, n.º 17: 57-77 <<https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/494>> [25 de enero de 2021]). Es justamente esta actitud moralizante lo que explicaría el que los abusos sexuales a mayores de 16 años y donde evidentemente no media el consentimiento se castigue más tenuemente (pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses) que el favorecer a la prostitución (pena de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses), acto que no necesariamente debe lesionar el bien jurídico y en el cual se podría llegar a valorar el consentimiento, especialmente en casos como el analizado donde la menor de 17 años ya contaba con edad para ello, y la influencia del precio en tal decisión (ibídem).

Luana Ailen PRESTI
Criminóloga
Máster en Cooperación Internacional para el Desarrollo (Universidad de Burgos)
Universidad de Salamanca
luanapresti@usal.es