

JOSE MARIA LIDON

CONDUCTAS
RELATIVAS A LA
PROSTITUCION
PERIODO DE
TOLERANCIA Y
REGLAMENTACION

(DE PRINCIPIOS
DEL S. XIX A 1956)

I

U N I V E R S I D A D D E D E U S T O

LA REGULACION DE LAS CONDUCTAS RELATIVAS A
LA PROSTITUCION EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL
Y LA REGLAMENTACION ADMINISTRATIVA DE LA
MISMA, DESDE PRINCIPIOS DEL s.XIX HASTA EL
D-L. ABOLICIONISTA DE 3 DE MARZO DE 1956.

(Período de tolerancia y reglamentación)

Tesis presentada para obtener el
grado de Doctor en Derecho por
JOSE MARIA LIDON CORBI.

Director: Prof. Dr. CARLOS MARIA
LANDECHO VELASCO.

Deusto-Bilbao, Diciembre de 1981.

LA REGULACION DE LAS...

LA PROSTITUCION EN EL...

LA REGLAMENTACION ADMINISTRATIVA...

LA ABOLICIONISTA DE...

LA REGULACION DE LAS...

Indice de...

Abreviaturas...

Bibliografía...

Introducción...

I. OBJETO DE...

II. FUENTES...

III. METODOS...

IV. DIVISION...

INDICE DE MATERIAS

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

3.2 El concepto de corrupción en la jurisprudencia del TS.....	33
3.3 El concepto de corrupción que proponemos.....	39
4. EL DELITO DE LENOCINIO Y EL DE CORRUPCION DE MENORES.....	41
5. RESUMEN.....	50

PRIMERA PARTE: LA REGULACION DE LAS CONDUCTAS RELATIVAS A LA PROSTITUCION Y A LA CORRUPCION EN LAS PRIMERAS CODIFICACIONES.

Capítulo Primero: LAS CONDUCTAS RELACIONADAS CON LA PROSTITUCION O LA CORRUPCION EN EL CODIGO PENAL DE 1822.

1. GENERALIDADES.....	54
2. REGULACION LEGAL.....	58
3. SUPUESTOS RELACIONADOS CON MENORES DE EDAD.....	62
3.1 Bien jurídico.....	62
3.2 El delito de cooperación a la prostitución o corrupción.....	64
3.21 La conducta básica.....	65
3.211 Supuestos de promoción o fomento.....	65
3.212 Supuestos de mero auxilio.....	67
3.22 Medios comisivos excluidos.....	68
3.23 Sujeto activo, sujeto pasivo y objeto de la acción.....	70
3.24 La cuestión de la tercería.....	72
3.25 La consumación.....	76
3.26 La pena.....	77
3.27 Agravaciones específicas.....	78
3.271 Derivada de la habitualidad.....	79
3.272 Derivadas de relaciones interpersonales...	83

	<u>Págs.</u>
3.273 Derivadas de concurrencia de robo o raptó.	86
3.3 El delito de incumplimiento de deberes asistenciales.....	89
3.31 La conducta básica.....	90
3.32 Sujeto activo, sujeto pasivo y objeto de la acción.....	91
3.33 La consumación.....	92
3.34 La pena.....	92
4. SUPUESTO RELATIVO A MAYORES DE EDAD.....	94
4.1 Bien jurídico.....	96
4.2 La conducta básica.....	97
4.3 Sujeto activo, sujeto pasivo y objeto de la acción.....	99
4.4 La consumación.....	100
4.5 La pena.....	101
4.6 Agravación específica derivada de la habitualidad.....	101
5. OTROS SUPUESTOS DE TERCERIA.....	102
5.1 Bien jurídico.....	106
5.2 La conducta básica.....	108
5.3 Sujeto activo, sujeto pasivo y objeto de la acción.....	109
5.4 La consumación.....	110
5.5 La pena.....	110
5.6 El supuesto agravado y la excusa absolutoria..	112
6. RESUMEN.....	113

Capítulo Segundo: LAS CONDUCTAS RELACIONADAS CON LA PROSTITUCION O LA CORRUPCION EN LOS CC.PP. DE 1848, 1850 Y 1870.

1. GENERALIDADES.....	116
-----------------------	-----

	<u>Págs.</u>
2. REGULACION LEGAL.....	120
3. EL SUPUESTO RELACIONADO CON MENORES DE EDAD.....	122
3.1 Bien jurídico.....	122
3.2 La conducta básica.....	128
3.21 Promover.....	132
3.22 Facilitar.....	134
3.3 Modalidades descritas en el código.....	138
3.31 Supuestos de habitualidad.....	139
3.32 Supuestos de abuso de confianza.....	155
3.33 Supuestos de abuso de autoridad.....	162
3.4 Sujeto activo, sujeto pasivo y objeto de la acción.....	164
3.5 La cuestión de la tercería.....	169
3.6 La consumación.....	172
3.7 La pena.....	174
3.8 Agravaciones específicas derivadas de relaciones interpersonales.....	179
4. LA FALTA: INCUMPLIMIENTO DE NORMAS REGLAMENTARIAS SOBRE PROSTITUCION.....	181
5. RESUMEN.....	182

SEGUNDA PARTE: LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DE PARIS DE 1902 Y SU INFLUENCIA EN LA REGULACION PENAL DE LAS CONDUCTAS RELATIVAS A LA PROSTITUCION Y A LA CORRUPCION EN LOS CC.PP. DE LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX.

Capítulo Tercero: LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DE PARIS Y EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CODIGO PENAL EN MATERIA DE PROSTITUCION O CORRUPCION.

1. GENERALIDADES.....	187
-----------------------	-----

2. LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DE PARIS.....	189
2.1 Actividades y movimientos internacionales que la posibilitan.....	190
2.11 La Federación Abolicionista Internacional....	193
2.12 La Asociación Internacional para la represión de la Trata de Blancas.....	200
2.13 El vº Congreso Penitenciario Internacional..	203
2.2 Organización, contenido y alcance de la Conferencia.....	208
3. LA PROSTITUCION EN ESPAÑA ANTES DE LA CONFERENCIA DE PARIS.....	219
4. REPERCUSIONES DE LA CONFERENCIA.....	222
4.1 De orden administrativo.....	223
4.2 De orden penal.....	240
5. EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CODIGO PENAL.	
5.1 Antecedentes: La Conferencia Internacional de París y la ley francesa de 1903.....	240
5.2 Evolución del Proyecto de ley de reforma.....	246
5.21 El proyecto del Gobierno.....	246
5.22 El proyecto del Senado.....	252
5.23 El proyexto del Congreso de Diputados.....	259
5.24 El Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado.....	265
6. RESUMEN.....	266
Capítulo Cuarto: <u>LA REGULACION DE LAS CONDUCTAS RELATIVAS A LA PROSTITUCION O CORRUPCION AJENAS EN EL CODIGO PENAL DE 1870 REFORMADO POR LEY DE 21 DE JULIO DE 1904.</u>	
1. GENERALIDADES.....	271
2. REGULACION LEGAL.....	275

	<u>Págs.</u>
3. SUPUESTOS RELACIONADOS CON MENORES DE VEINTITRES AÑOS.....	278
3.1 Bien jurídico.....	279
3.2 El delito de cooperación a la prostitución o corrupción.....	294
3.21 La conducta básica.....	294
3.22 Modalidades descritas en el Código.....	296
3.221 Supuestos de cooperación habitual.....	296
3.2211 Habitualidad.....	300
3.2212 Promover.....	304
3.2213 Facilitar.....	305
3.2214 Favorecer.....	308
3.222 Supuestos de cooperación no habitual.....	310
3.2221 Facilitar medios.....	313
3.2222 Inducir.....	315
3.223 Supuestos de recluta y trata.....	317
3.224 Supuestos de mantenimiento en prostitución o corrupción.....	321
3.23 Sujeto activo, sujeto pasivo y objeto de la acción.....	333
3.24 La consumación.....	343
3.25 La pena.....	349
3.26 La agravación específica para los supuestos de cooperación no habitual, y los de recluta y trata.....	355
3.3 El delito de cooperación pasiva al mantenimiento en prostitución o corrupción.....	360
3.31 La conducta básica.....	368
3.32 Sujeto activo, sujeto pasivo y objeto de la acción.....	370
3.33 La consumación.....	372
3.34 La pena.....	373
3.4 Medidas para la guarda y preservación de la juventud.....	375

	<u>Págs.</u>
4. EL DELITO RELACIONADO CON LA PROSTITUCION DE MA- YORES DE 23 AÑOS DE EDAD.....	381
4.1 Bien jurídico.....	381
4.2 La conducta básica.....	390
4.3 Modalidades descritas en el Código.....	393
4.31 Supuestos de cooperación lucrativa.....	393
4.32 Supuestos de proxenetismo violento, astuto o de prevalimiento.....	404
4.33 Supuestos de retención violenta, astuta o con prevalimiento.....	410
4.4 Sujeto activo, sujeto pasivo y objeto de la ac- ción.....	418
4.5 La consumación.....	420
4.6 La pena.....	423
4.7 Agravación específica común a los tres supues- tos.....	426
5. DISPOSICIONES COMUNES: AGRAVACION POR RAZON DE LA PERSONA.....	429
6. PERSEGUIBILIDAD INTERNACIONAL DE ESTOS DELITOS..	432
7. LA FALTA: INCUMPLIMIENTO DE NORMAS REGLAMENTA - RIAS SOBRE PROSTITUCION.....	435
8. VARIACIONES INTRODUCIDAS POR LOS CC.PP. DE 1928, 1932 y 1944.....	436
8.1 Modificaciones de carácter general.....	437
8.2 Modificaciones operadas en los supuestos rela- tivos a mayores.....	439
8.3 Modificaciones operadas en los supuestos rela- tivos a menores.....	442
8.4 Modificaciones operadas en las disposiciones comunes.....	445
9. RESUMEN.....	447

TERCERA PARTE: LA REGLAMENTACION ADMINISTRATIVA DE LA PROSTITUCION.

Capítulo Quinto: LA REGLAMENTACION DE LA PROSTITUCION EN ESPAÑA DURANTE LOS SIGLOS XIX Y XX.

1. GENERALIDADES.....	453
2. LA REGLAMENTACION DE LA PROSTITUCION EN EL SIGLO XIX.....	454
2.1 El intento reglamentarista de 1822.....	454
2.2 Los primeros reglamentos provinciales o locales.....	459
2.3 Los primeros intentos de organización oficial.....	468
3. LA REGLAMENTACION EN EL SIGLO XX.....	472
3.1 Las previsiones de la Instrucción General de Sanidad de 1904 y el reglamento de 1907.....	472
3.2 El reglamento de 1 de Marzo de 1908.....	477
3.3 El reglamento de 28 de Septiembre de 1910.....	497
3.4 El sistema de Bases para la organización de los Servicios de Higiene de la prostitución.....	511
3.5 El decreto de abolición de la reglamentación de 28 de Junio de 1935.....	533
3.6 El retorno al régimen reglamentarista.....	546
3.7 El decreto-ley abolicionista de 3 de Marzo de 1956.....	556
4. RESUMEN.....	571

Conclusiones

I. CUESTIONES TERMINOLOGICAS PREVIAS.....	577
II. LA REGULACION LEGAL EN EL CODIGO PENAL DE 1822.....	579
III. LA REGULACION LEGAL EN LOS CODIGOS PENALES DE 1848-50 y 1870.....	582

IV. ACTIVIDAD INTERNACIONAL EN TORNO AL TEMA DE LA PROSTITUCION Y SU REPERCUSION EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL.....	584
V. LA REGULACION LEGAL EN LOS CODIGOS PENALES TRAS LA CONFERENCIA DE PARIS Y LA LEY DE REFORMA DE 21 DE JULIO DE 1904.....	588
VI. LA REGLAMENTACION ADMINISTRATIVA DE LA PROSTITUCION.....	592
VII. CONSIDERACIONES FINALES.....	595

Apéndices

1º INDICE CRONOLOGICO DE DISPOSICIONES RELACIONADAS CON LA PROSTITUCION.....	2"
2º INDICE CRONOLOGICO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RELACIONADA CON LA PROSTITUCION O CORRUPCION.....	16"
3º INDICE ANALITICO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RELACIONADA CON LA PROSTITUCION O CORRUPCION.....	82"
4º PROTOCOLO FINAL DE LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DE PARIS DE 1902.....	127"
.- PROYECTO DE CONVENIO INTERNACIONAL.....	128"
.- PROYECTO DE ARREGLO ADMINISTRATIVO.....	130"
5º. DISPOSICIONES GENERALES RELACIONADAS CON EL PATRONATO REAL PARA LA REPRESION DE LA TRATA DE BLANCAS NO APARECIDAS EN LA GACETA DE MADRID..	134"
6º. REGLAMENTO ESPECIAL DE LA SECCION DE HIGIENE DE LA PROSTITUCION (MADRID, 31 de Julio de 1877).	148"

Págs.

7º. REGLAMENTO DE HIGIENE DE LA PROSTITUCION DE I DE MARZO DE 1908 (primero con carácter gene - ral para toda España).....	157"
8º. BASES PROVISIONALES DE LOS SERVICIOS DE HIGIENE DE LA PROSTITUCION.....	166"
9º. RESUMEN DE LOS INFORMES PROCEDENTES DE LAS PRO VINCIAS RELATIVOS A SUS RESPECTIVAS POSICIO - NES SOBRE LA REGLAMENTACION DE LA PROSTITUCION	170"
10º PROYECTO DE LEY (ABOLICIONISTA) PARA LA LUCHA CONTRA LAS ENFERMEDADES VENEREAS DE 1932.....	173"

A B R E V I A T U R A S

Al citar, tanto en el texto como en la bibliografía, las revistas, enciclopedias y colecciones cuyas siglas se explicitan a continuación, se indica, en primer lugar, el número del fascículo (o tomo) correspondiente; a continuación, y entre paréntesis, el año de publicación; por último la página o páginas que ocupa el artículo o cita reseñada.

A. Der. Pen.	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
Aranz.	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
Bol. Patro	Boletín del Patronato Real para la represión de la Trata de Blancas.
Congreso	Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados.
Cuad. Pol. Cri	Cuadernos de Política Criminal.
Ecclesia	Ecclesia. Organo de la Acción Católica Española.
El. Crimi.	El Criminalista.
El. Der. Mo.	El Derecho Moderno. Revista de Jurisprudencia y Legislación.
Enc. Dir.	Enciclopedia del Diritto.
Enc. Dir. Pen. It.	Enciclopedia del Diritto Penale Italiano.

Enc. Giu. It.	Enciclopedia Giuridica Italiana.
Enc. Jur.	Enciclopedia Jurídica Seix.
Es. Deus.	Estudios Deusto.
Gius. Pen.	La giustizia Penale
He. Di.	Hechos y Dichos.
Incunable	Incunable periódico sacerdotal.
Jur. Cri.	Jurisprudencia Criminal.
Mun. So.	Mundo Social.
Nov. Dig. It.	Novissimo Digesto Italiano.
Nuev. Enc. Jur.	Nueva Enciclopedia Jurídica Seis.
Nuo. Dig. It.	Nuovo Digesto Italiano.
Pol. Es.	Policía Española.
Rev. Es.	Revista de España.
Rev. Esc. Es. Pen.	Revista de la Escuela de Estudios Peni - tenciarios.
Rev. Es. Pen.	Revista de Estudios Penitenciarios. Es la continuación de la Revista anterior - mente citada. Adopta este nombre a par - tir del año
Rev. Gen. Dr. In. Pub.	Revue Général de Droit International Pu - blic.
Rev. Gen. Leg. Jur.	Revista General de Legislación y Juris - prudencia.
Rev. In. Pol. Cri.	Revista Internacional de Política Crimi - nal.

Rev. In. Dr. Pen.	Revue Internationale de Droit Pénal.
Rev. Jur. Cat.	Revista Jurídica de Cataluña.
Riv. Dif. Soc.	Rivista di Difesa Sociale.
Riv. It. Dir. Pro. Pen.	Rivista Italian di Diritto e Procedura Penale.
senado	Diario de las Sesiones de Cortes. Senado.

Otras abreviaturas de uso común:

CP.	Código Penal.
CC.PP.	Códigos Penales.
TS.	Tribunal Supremo.
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo.
D.	Decreto.
O.	Orden.
RD.	Real decreto.
RD-1	Real decreto-ley.
RO.	Real orden.

BIBLIOGRAFIA

ANTON ONECA
RODRIGUEZ

B I B L I O G R A F I A

Recogemos a continuación la lista bibliográfica de las obras citadas a lo largo de nuestro trabajo. En el título de las mismas aparece subrayada la palabra o palabras que hemos utilizado como referencia al citarlas.

ACOSTA PATIÑO, Rafael	Criminología de la <u>prostitución</u> . Realidad actual. MADRID 1979.
ALONSO Y ALONSO, José M.	De la vigencia y <u>aplicación</u> del Código Penal de 1822. Rev.Esc. Es.Pen. 11(1946) 2-15
ALONSO MUÑOYERRO, Luis	Por la dignidad de la mujer y la moralidad pública. Ecclesia 814 (1957) 181-2
ALVAREZ CID, José y Teófilo	El <u>código</u> penal de 1870. I y II. CORDOBA 1908.
ALVAREZ GARCIA, Fco. Javier	Contribución al estudio sobre la <u>aplicación</u> del Código Penal de 1822 Cuad.Pol.Cri. 5(1978) 229-35.
ALVAREZ MARTINEZ, Cirilo	Vid. VIZMANOS, Tomás de
ANTOLISEI, Francesco	Manuale de Diritto <u>Penale</u> . Parte Speciale. Terza Edizione Invariata. MILANO 1957.
ANTON ONECA, José	<u>Historia</u> del Código Penal de 1822 An.Der.Pen. (1965) 263-78. El <u>Código</u> Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco. An.Der.Pen. (1965) 473-95. El <u>Código</u> Penal de 1870. An.Der. Pen. (1970) 229-51.

ANTON ONECA, José y
RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A.

Derecho penal. I Parte general
por ANTON ONECA. MADRID 1949.

Derecho penal II. Parte Especial
por RODRIGUEZ MUÑOZ, JASO ROLDAN
y RODRIGUEZ DEVESA. MADRID 1949.

ARCHIVO HISTORICO NACIONAL

Gobernación. Serie A. Legajo 52,
Expedientes 12 y 13. Legajo 54,
Expediente 12. Legajo 51, Expe -
diente 12.

ASUA BATARRITA, Adela

La reincidencia en los Códigos
Penales españoles del s.XIX. Te -
sis Doctoral, Bilbao 1980, (iné -
dita.)

ATENEO ESPAÑOL

Observaciones del Ateneo Español
sobre el proyecto de Código Pe -
nal presentado a las Cortes por
la comisión especial del seno de
las mismas. MADRID 1821.

AURIOLES MONTERO, Ildefonso

Instituciones de Derecho Penal en
España. MADRID 1849.

BENITO RUANO E.

El problema de la prostitución en
Madrid. Revista Investigación 268
(1950) 69-70; 269(1950) 71-3;
271(1950) 81-2; 274(1950) 69-75;
276(1951) 62-6.

BENTHAM, Jeremías

Cartas al Sr. Conde de Toreno so -
bre el proyecto de Código Penal
presentado a las Cortes. MADRID
1821.

BERGER, Alberto Federico

Trattato di Diritto Penale. Traduc -
to e annotato dell'avv. e Eduar -
do Bartola con prefazione del Prof.
Luigi Lucchini sulla decimaterza
edizione tedesca. Seconda edizione
italiana. MILANO 1892.

BERNALDO DE QUIROS, C.

Prostitución. Enc. Jur.

BERNOCCHI, Franco

Prostituzione e rieducazione. PA -
DOVA 1966.

- BUENO ARUS, Francisco
La reforma del Código Penal Español de 1963 (Exposición y anotaciones) Rev.Es.Pen. 162(1963)511.
- CANDIL JIMENEZ, Francisco
Observaciones sobre la intervención de D. Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código Penal de 1848. An.Der.Pen. (1975) 405-41.
- CANEPA, Giacomo
Contributo allo studio della prostituzione. Riv.Dif.Soc. 4(1950) 161-82.
- CARBONERES, Manuel
Picaronas y alcahuetes ó la Mancebia de Valencia. VALENCIA 1876.
- CARDENAS, Francisco de
Examen crítico del nuevo Código Penal. El.der.Mo. i(1848) 109-25 y 193-226.
- CARRARA, Francesco
Programma del Corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa. Parte Speciale ossia esposizione dei delitti in specie. vol VI. 4ª Ed. PRATO 1883.
- CASABO RUIZ, José Ramón
La aplicación del Código Penal de 1822. An.Der.Pen.(1979) 333-44. Vid. CORDOBA RODA. Comentarios al Código Penal.
- CASTEJON Y MARTINEZ DE ARIZALA, Federico
Apuntes de Historia política y legislativa del Código Penal de 1848 Rev.Gen.Leg.Jur. (1953) 105-13.
- CASTRO OROZCO, José
ORTIZ DE ZUÑIGA, Manuel
Código Penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones. GRANADA 1848.
- CERELLI VITTORI, Antonio
Corruzione di minorenni e lenocinio. En.Giu.It. 3.3.2(1902) 686-717.
- CEREZO MIR, José
Curso de Derecho Penal Español. Parte General I Introducción. MADRID. 1976.

- COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID Observaciones del Colegio de Abogados de Madrid sobre el Proyecto de Código Penal presentado a las Cortes por la Comisión nombrada al efecto. MADRID. 1821.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido La presunción de «Habitualidad en la Receptación» de la Ley de 9 de Mayo de 1950. An.Der.Pen. (1953) 275-93.
- CONFÉRENCE PARIS (1902) Ministère des Affaires Étrangères Documents Diplomatiques. Conférence Internationale pour la répression de la Traite des Blanches. PARIS 1902.
- CONFÉRENCE PARIS (1910) Ministère des Affaires Étrangères Documents Diplomatiques. Deuxième Conférence Internationale pour la répression de la Traite des Blanches (18 Avril-4 Mai 1910). PARIS 1910.
- CONGRÈS GENEVE (1877) Fédération Britannique, Continentale et Générale. Actes du Congrès de Genève. 17-23 Septembre 1877. T.I Mémoires historiques et Assemblées Générales. NEUCHÂTEL 1878. T.II Travaux des sections. NEUCHÂTEL 1880.
- CONGRÈS PARIS (1895) Vème Congrès Pénitentiaire International. PARIS 1895. 5 T. MELUN 1897. NEUDELN/LIECHTSTEIN 1979.
- CONGRÈS DRESDE (1904) Fédération Abolitioniste Internationale. Compte rendu des travaux du Congrès de Dresde. 21-24 de Septembre 1904. GENEVE. 1905.
- CONGRÈS MADRID (1910) La répression de la Traite des Blanches. Compte rendu du IVème Congrès International tenu à Madrid, les 24-28 Octobre 1910 sous le haut patronage de S.M. le Roi d'Espagne. Actes et documents. MADRID. 1912.

- CORDOBA RODA, Juan
INTERNACIONAL
Evolución jurídica y ciencia pe -
nal. An.Der.Pen. (1978) 13-34.
- CORDOBA RODA, Juan
RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo
TORO MARZAL, Alejandro del
CASABO RUIZ, José Ramón.
INTERNACIONAL
Comentarios al Código Penal. T.I
por CORDOBA y RODRIGUEZ MOURULLO,
T.II por los cuatro. T.III por
CORDOBA. BARCELONA 1972, 1972,
1978.
- COSSIO Y GOMEZ DE ACEBO,
Manuel
GARCIA FIGUEROA
GARCIA FIGUEROA
La trata de Blancas en España.
Ventajas de las instituciones re-
presoras y sus resultados. Bol.
Patro. 40-1(1911) 17-22; 42-3
(1911) 38-47; 44-5(1911) 64-70;
46-9(1911) 88-103; 50-1(1911)
125-34.
- CUELLO CALON, Eugenio
GARCIA FIGUEROA
GARCIA FIGUEROA
Derecho Penal conforme al "Código
Penal, texto refundido de 1944".
T.II (parte especial) 8ª Edición
BARCELONA. 1952.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín
GARCIA FIGUEROA
GARCIA FIGUEROA
Derecho Penal. Revisado y puesto
al día por César Camargo Hernán -
dez. Tomo II (parte especial) vo-
lumen segundo. 14 Edición (reim -
presión) BARCELONA. 1980.
- DALLOZ, Edouard
VERGE, Charles
Análisis de un informe anónimo apa-
recido en Sevilla sobre el Proyec -
to de Código Penal de 1822. An.
Der.Pen. (1977) 83-160.
- DIEZ PICAZO, Luis.
GARCIA FIGUEROA
Le Code pénal annoté et expliqué
d'après la Jurisprudence et la
doctrine. PARIS. 1881.
- DONDINA, Mario
GARCIA FIGUEROA
Lecciones de Derecho Civil. I Par-
te. General. MADRID. 1967.
- ECCLESIA
GARCIA FIGUEROA
Corruzione di minorenni
Nov.Dig.It. 6(1957) 905-8.
GARCIA FIGUEROA
Prostituzione (Diritto penale)
Nov.Dig.It.
Editorial: ¿Prostitución tolerada?
Ecclesia 743(1955) 395-6.

FÉDÉRATION ABOLITIONISTE
INTERNATIONAL

FIAUX, Louis

La fédération dans le monde en
Annexe H DRESDE (1904) 27-63.

L'intégrité intersexuelle des peuples et les Gouvernements. PARIS. 1910.

La prostitution réglementée et les pouvoirs publics dans les principaux Etats des Deux-Mondes PARIS 1902.

GARCIA FIGAR O.P., Antonio

La mujer caída y su redención MADRID. 1952.

GARCIA GOYENA, Florencio

Código Criminal español según las leyes y práctica vigente comentado y comparado con el Penal de 1822 el francés y el inglés. T.I y II. MADRID 1943.

GARCIA Y GARCIA DE CASTRO, Rafael

Se impone el abolicionismo. Carta pastoral de 29-1-56. Boletín Oficial del Arzobispado de Granada de Febrero de 1956.
Fragmentariamente recogida en Ecclesia 762(1956) 175-6

GARÇON, Emile

Code pénal annoté. Nouvelle édition refondu et mise au jour par Marcel ROUSSELET, Maurice PATIN, Marc ANGEL. T.II (art. 295-401) PARIS 1956.

GARRAUD, R.

Traité théorique et pratique du Droit Pénal Français. T.V. 2ème Edition. PARIS 1901.

GIANNITI, Francesco

L'oggetto materiale del reato. MILANO 1966.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique

La mujer y el Código Penal Español. en Estudios de Derecho Penal 31-42. MADRID 1967.

GOBIERNO ESPAÑOL.

Informe Rev.In.Pol.Cri. 13(1958) 123-33.

GOMEZ DE LA SERNA, Pedro
MONTALBAN, Juan Manuel

Elementos de Derecho Civil y Penal de España precedidos de una reseña histórica de la legislación española. 11ª Edición. MADRID 1874.

GONZALEZ Y SERRANO, José

Apéndice a los Comentarios del Código Penal de D. Joaquin Francisco Pacheco, o sea, El Nuevo Código, comentadas las adiciones que contiene. 2ª Edición. MADRID 1876.

GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, Alejandro

El Código Penal de 1870 concordado y comentado.

T.I 3ª Edición MADRID 1923
T.II 2ª Edición MADRID 1903
T.III 2ª Edición MADRID 1911
T.IV 2ª Edición MADRID 1912
T.V 2ª Edición MADRID 1913
T.VI 2ª Edición MADRID 1914
T.VII 2ª Edición MADRID 1914

HAECHT, Anne van

La prostituée. Statut et image
BRUXELLES. 1975.

HEREDIA-SPINOLA, A. conde de

Reglamento de la inspección de la salubridad pública en sus secciones de Higiene de las nodrizas y de la prostitución con las instrucciones del cuerpo facultativo y el de vigilancia de la misma. Aprobado por el Excmo. Sr. Gobernador Civil de la provincia en 31 de Julio de 1877. MADRID. 1977.

HERNANDEZ DE LA RUA, Vicente

Lecciones de Derecho Español
T. II MADRID. 1838.

INCUNABLE

Eso lo entendemos (comentario de la redacción) Incunable Febrero (1955) 87.

Abolicionismo de la prostitución (carta anónima) Incunable Marzo (1955) 98.

Contra la prostitución "oficial"
Incunable Junio (1955) 135.

JARAMILLO GARCIA, A.

Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870. Volumen II, Libros II y III arts. 215 a 858. SALAMANCA 1929.

JASO ROLDAN, Tomás

Vid. ANTON ONECA-RODRIGUEZ MUÑOZ

JIMENEZ ASENJO, Enrique

Prostitución, abolicionismo y redención. Pol.Es 2(1962) II.

Abolicionismo y Prostitución (justificación y defensa del D-L. de 3 de Marzo de 1956). MADRID. 1963.

JIMENEZ DE ASUA, Luis

Código Penal reformado de 21 de Octubre de 1932 y disposiciones penales de la República. MADRID. 1934.

Por la justicia: Abolicionismo "La Libertad" Diario de Madrid 31 de Julio de 1935. 1-2.

Prostitución y Delito. El.Crimi. 1(1941) 17-174.

Libertad de amar y derecho a morir. Ensayos de un criminalista sobre EUGENESIA y EUTANASIA. Edición enteramente rehecha y considerablemente aumentada y puesta al día. BUENOS AIRES. 1942.

La protección penal del pudor público. El.Crimi. (2ª serie) 5(1961) 127-47.

Tratado de Derecho Penal. T.I 3ª Edición. BUENOS AIRES. 1964.

JUDERIAS, Julián

La reglamentación de la prostitución y la trata de blancas. Rev.Gen.Leg.Jur. 113(1908) 239-49 y 388-401 114(1909) 100-22.

La represión de la trata de blancas y el próximo Congreso Internacional de Paris. Rev.Gen.Leg.Jur. 117(1910) 55.

MISI, P.

LALIGA Y ALFARO, Mariano

LANGLE RUBIO, Emilio

LARDIZABAL Y URIBE, Manuel

LEONE, Francesco

LISTE, Franz von

LLANOS S.J. José María de

Recueil des lois et ordenances en vigueur pour la Repression de la Traite des Blanches dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique. MADRID. 1913.

La trata de blancas. Estudio de este problema social en España y en el extranjero. Bol.Patro 62 (1913) 26-32; 63(1913) 54-6; 64 (1913) 76-80; 65(1914) 13-6; 66 (1914) 34-46; 67(1914) 72-80; 68 (1914) 103-12; 69(1914)

Los delitos contra la honestidad ante los Tribunales. Bol.Patro 67(1914) 49-52.

La prostitución en las calles Bol.Patro. 68(1914) 81-3.

La Memoria del fiscal del Tribunal Supremo. Bol.Patro 73(1915) 45-51

La mujer en el Derecho Penal Rev.Gen.Leg.Jur. 117(1910) 365-

Discurso sobre las penas contraídas a las leyes criminales de España para facilitar su reforma. 2ª Edición. MADRID 1828.

Delitti di prossenetismo ed adescamento. MILANO. 1964.

Tratado de Derecho Penal. Traducido de la 18ª edición alemana y adicionado con la "Historia del Derecho Penal en España" por Quintiliano Saldaña. MADRID. 1914.

Cartas cristianas. Sobre la "trata de blancas" Diario Arriba. 24 de Abril de 1955. 22

Cartas cristianas. Con respeto a personas de conciencia. Diario Arriba de 12 de Junio de 1955. 24

- Cartas cristianas. Más sobre la campaña abolicionista. Diario Arriba de 14 de Agosto de 1955. 25.
- LUISI, Paulina
- Bases y propósitos de la Federación Abolicionista Internacional (palabras pronunciadas en la 1ª asamblea de la sección argentina verificada el 27 de Febrero de 1919. BUENOS AIRES. 1919.
- La trata de blancas y el problema de la reglamentación. Conferencia leída en el Círculo de Médicos y Estudiantes de Medicina de Buenos Aires bajo los auspicios de la Universidad Libre el 21 de Mayo de 1918. BUENOS AIRES. 1919.
- MANFREDINI, Mario
- Trattato di Diritto Penale. Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie. T. IX 2ª Edizione. MILANO. 1921
- MANZINI, Vincenzo
- Trattato di Diritto Penale Italiano. Cuarta Edizione aggiornata dai professori P. NUVOLONE e G.D. PISAPIA. Vol. 7ª (a cura del prof. Gian Domenico PISAPIA) TORINO. 1963.
- MARCOS GUTIERREZ, José
- Discurso sobre los delitos y las penas.
En su Práctica Criminal T. III. 5ª Edición MADRID. 1828.
- Práctica Criminal de España. T. III 5ª Edición. MADRID. 1828.
- MARCOS SANTOS, Antonio
- La psicología criminal y el estudio de la prostitución. Pol.Es. 120(1971) 19-22.
- MARTINEZ ALCUBILLA, Marcelo
- Diccionario de la Administración Española. T.VII. 4ª Edición. MADRID. 1887.

- Códigos Antiguos de España. Colección completa de todos los Códigos de España desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación. 2º volumen. La Novísima Recopilación. MADRID. 1885.
- MAZZANTI, Manlio
Considerazioni sul delitto di corruzione di minorenni. Gius.Pen. 6(1957) 905-8.
- MEMBOLA, Attilio
Corruzione (Delitti di) Enc.Dir. 10(1962) 766-70.
- MERGEN, Armand
La prostitución
En Sexualidad y crimen. Versión de la 3ª edición alemana por Enrique Gimbernat. 169-80. MADRID. 1969.
- MERKEL, A
Derecho Penal. Parte Especial
Traducción del alemán por P. Dora - do. T.II. MADRID s/f.
- MEURON, Alfred de
La traite des blanches. Rapport présenté a la Conférence de la Fédération abolitionniste internationale à Berne le 16 Septembre 1896. GENEVE 1896.
- MEZGER, Edmund
Tratado de Derecho Penal. Nueva edición revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz. MADRID. 1955.
- Derecho Penal. Parte Especial. Libro de estudio. Traducción de la 4ª Edición alemana (1954) por el Dr. Conrado Finzi. BUENOS AIRES 1959.
- MINOD, Henri
Origines et developpement de l'œuvre. LES PRINCIPES exposé historique. GENEVE. 1905.
- MIR PUIG, Santiago
La «Habitualidad criminal» del art. 4º de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. Rev.Jur.Cat. 2 (1974) 355-99.

- MOMMSEN, Th. Römisches Strafrecht GRAZ. 1955
Unveränderter photomechanischer
Nachdruck der 1899.
- MONTALBAN, Juan Manuel Vid. GOMEZ DE LA SERNA.
- MONTERO HIDALGO, Carlos Informe-contestación a las 46 pre-
guntas que comprende el Interroga-
torio sobre el Código Penal, cir-
culado con la RO. de 20 de Abril
de 1851. SEVILLA, 1852.
- MONTE, P. Jerónimo O.S.A. Derecho Penal Español. vol.
Introducción al Derecho Penal.
2ª Edición. SAN LORENZO DEL ESCO -
RIAL. 1929.
- MORAL Y PEREZ DE ALCE, Joaquín del El Estado y la prostitución.
MADRID. 1913.
- MUÑOZ CONDE, Francisco Derecho Penal. Parte Especial
2ª Edición. SEVILLA. 1976.
- NUVOLONE, Pietro Sul concetto di prostituzione
Riv.It.Dir.Proc.Pen. (1960) 246-8
- O.N.U. Estudio sobre la trata de personas
y la prostitución. (Represión de
la trata de personas y de la explo-
tación de la prostitución ajena).
NUEVA YORK. 1959.
- ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel Vid. CASTRO OROZCO.
- PACHECO, Joaquín Francisco El Código Penal concordado y comen-
tado T.I, II y III. 1ª Edición.
MADRID. 1848-9
- PATRONATO REAL PARA LA RE- Disposiciones generales.
PRESION DE LA TRATA DE BLAN-
CAS. MADRID, 1903.
- Informe de la Delegación del Patro-
nato de Barcelona. Bol.Patro.
20(1909) 36-8.
- Informe de la Delegación del Patro-
nato de Granada. Bol.Patro.40-1
(1911) 7-10.

PATRONATO DE PROTECCION A
LA MUJER.

Memoria correspondiente al año
1942. Informe sobre la moralidad
pública en España (Edición reser-
vada destinada exclusivamente a
las Autoridades) MADRID. 1943

REAL ACADEMIA DE LA

Memoria correspondiente a los
años 1942 y 1952. Redactada por
la Secretaría Técnica de la Jun-
ta Nacional. MADRID. 1954.

PAVISSICH, P. Antonio

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA
LENGUA

Un cáncer de la civilización. Es-
tudio sobre la prostitución mo-
derna. (Con un prólogo de JUDE -
RIAS) MADRID. s/f.

PAZ, Abdón de

Los burdeles. Rev.Es. 120(1888)
534-46.

PEREZ DE LA SALA, Pedro

RICCIO, Stefano

Costumbres españolas del s.XVII.
Apuntes sobre los usos y costum-
bres de los españoles en el ci-
tado siglo. Rev.Es. 125(1890)
31ss. y 176ss.; 131(1890) 6-28,
195-225 y 355-68; 132(1891) 62-
-79 y 212-26; 134(1891) 425-42
y 524-43; 135(1891) 192-208 y 331
-42. (falta el final del artículo).

RODRIGUEZ DE VEGA, J.

PERRIS, Corrado

Menocinio
Nuo.Dig.It. 7(1938) 767-70.

PHILIPPON, Odette

La esclavitud de la mujer moderna
(la prostitución sin máscara) Tra-
ducción de D. Antonio Alvarez de
Linera. MADRID. 1956

POLAINO NAVARRETE, Miguel

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo

Introducción a los delitos contra
la honestidad. Anales de la Uni-
versidad Hipalense. Serie Derecho
nº 25. SEVILLA. 1975

PUIG PEÑA, Federico

Derecho Penal t. IV. Parte Espe-
cial. 4ª Edición ampliada, corre-
gida y puesta al día. MADRID.1955.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio

REAL ACADEMIA DE LA
LENGUA

Comentarios al Código Penal. Volu-
men II. MADRID 1946.

- RODRIGUEZ-SOLIS, F.
Compendio de Derecho Penal. Volumen II. Parte Especial. MADRID. 1958
- REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA
Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio. Cotejadas con varios Códices antiguos por la REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA. T.I Partida Primera. T.II Partidas Segunda y Tercera. T.III Partidas Cuarta, Quinta, Sexta y Séptima. MADRID. 1807.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA
Diccionario de la Lengua Española. 19ª Edición. MADRID 1970
- RENAULT, Louis
La traite des blanches et la Conférence de Paris au point de vue du Droit International. Rev.Gen.Dr.In.Pub. 9(1902)497-530.
- RICCIO, Stefano
Recidiva (Abitualità, professionalità, tendenza a delinquere) Nuo.Dig.It. 9(1939) 5-48.
- RODRIGUEZ DEVESA, José Ma
Derecho Penal Español. Parte General. 8ª Edición. MADRID 1981
Derecho Penal Español. Parte Especial (II) 8ª Edición. MADRID 1980.
Corrupción de menores Nuev.En.Jur. 5(1953) 817-26
Vid. ANTON ONECA-RODRIGUEZ MUÑOZ T.II. Parte Especial.
- RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo
Derecho Penal. Parte General. 1ª Edición. MADRID 1977.
Vid. CORDOBA RODA (y otros) Comentarios al Código Penal.
- RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A.
Vid. ANTON ONECA-RODRIGUEZ MUÑOZ
- RODRIGUEZ DE LA PRESA, Alberto
Delitos que no se penan MADRID. 1916.

RODRIGUEZ-SOLIS, R

Historia de la prostitución en España y América. MADRID s/a. (podría ser la 3ª Edición 1921 ya que habla de la 1ª Ed. de 1892, la 2ª de 1893 y finaliza el libro con un epílogo fechado en Marzo de 1921).

SANTALO, José

ROGRON, J.A.

Code pénal expliqué par des motifs, par des exemples et par la Jurisprudence. 7ª Edition. PARIS. 1865.

SERRANO, Alfonso

ROSAL, Juan del

Principios de Derecho Penal Español (Lecciones). T. I. VALLADOLID 1945.

Derecho Penal Español (Lecciones) 3ª Edición corregida y aumentada. MADRID. 1960.

ROVIRA CARRERO, Isaac

Curso de Derecho Penal SANTIAGO DE COMPOSTELA, 1912.

SAGRA, Ramón de la

Notas para la historia de la prostitución en España. Un tomo de Vº MADRID. 1850.

PERUEL CARRALERO,

SAINZ CANTERO, José A.

El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dió lugar al Código Penal de 1822. An.Der.Pen. (1967) 509-38

SIMS

TOMÁS Y VALIENTES, Francisco

El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas. Rev.Es.Pen. 176-7 (1967) 13-60.

SALILLAS, Rafael

Evolución penitenciaria en España T. I y II (Biblioteca Criminológica y penitenciaria IV) MADRID, 1918.

TONI RUIZ, Teodoro

TORO MARZAL, Alejandro

Discurso el 10 de Diciembre de 1902 en el Ateneo científico, literario y artístico de Madrid con motivo de la apertura de sus cátedras. MADRID. 1902.

- SANCHEZ TEJERINA, Isaias Derecho Penal Español. T. II. Parte Especial. 5ª Edición. MADRID 1950.
- SANTALO, José La trata de blancas ante los principios fundamentales del derecho. Rev.Gen.Leg.Jur. 122(1913) 423-
- SANTORO Prostituzione. Diritto vigente. Nov.Dig.It. 14(1967) 231-8.
- SERRANC GOMEZ, Alfonso La habitualidad como agravante Rev.In.Dr.Pen. (1978) 325-45.
- SCHLUMBERGER, Margarita de VIADA Y LOPEZ-PULCERVELLA, Carlos Una mujer a las mujeres. Porque deben estudiar las mujeres el problema de la prostitución. Bol.Patro. 18(1909) 1-4; 19(1909) 17-20; 20(1909) 33-5; 23-4(1909) 71-4; 25-6(1909) 85-8; 27-9(1909) 109-13.
- TATAY TATAY, Ramón El derecho natural y la prostitución reglamentada. Es.Deus. (1956) 387-406.
- TERUEL CARRALERO, El Código Penal de 1848 en su centenario. Rev.Es.Pen. 40(1948) 8-13.
- TIME The Wall of Flesh Time 24 de Octubre de 1955. 29
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco El derecho penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII) MADRID. 1969.
- Manual de Historia del Derecho Español. 3ª Edición. MADRID. 1981.
- TONI RUIZ, Teodoro ¿Puede ser laudable la prostitución? He.Di. (1943) 43-6.
- TORO MARZAL, Alejandro del Vid. CORDOBA RODA (y otros) Comentarios al Código Penal.

TUOZZI, Pasquale

I delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie. Corruzione di minorenni. En.Dir.Pen.It. 9(1909) 237-50.

I delitti contro il buon costume e l'ordine della famiglia. Lenocinio. En.Dir.Pen.It. 9(1909) 286-320.

VENTOSA, Juan A.

Contra la esclavitud de la mujer. Ecclesia 784(1955) 547-9

VERGE, Charles

Vid. DALLOZ.

VIADA Y LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos

Doctrina Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo. Comprende la doctrina sentada en las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo desde la del año 1883 hasta la de 1955. MADRID. 1961

VIADA Y VILASECA, Salvador

Código Penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de Julio de 1876. Concordado y comentado.

T. I a IV. 4ª Edición. MADRID 1890.

Suplementos:

Suplemento 2º MADRID 1894

" 3º MADRID 1904

" 4º MADRID 1906

" 5º MADRID 1911

" 6º MADRID 1915

VICENTE Y CARAVANTES, José

Código Penal reformado comentado novísimamente.

MADRID-SANTIAGO 1851

VIDONI, Giuseppe

Prostitutas y Prostitución. Con una introducción del Dr. Enrico MORSELLI Director de la clínica neuropsiquiátrica de la Real Universidad de Génova. MADRID. 1931

VIZMANOS, Tomás Mª
ALVAREZ, Cirilo

Comentarios al Código Penal. 2 T. 2ª Edición. MADRID. 1853.

ZALBA S.J., Marcelino

La prostitución ante la Moral y el Derecho. Política del nuevo Estado Español. MADRID. 1943.

¿Reglamentación o aboliciónismo?
Ecclesia 745(1955) 465-6.

Los testimonios reclaman el aboliciónismo contra la tolerancia de la prostitución.
Mun.So. 10(1955) 290-9.

Por el aboliciónismo y contra la tolerancia. He.Di. 244(1955) 837-44.

1. OBJETO DE NUESTRO ESTUDIO.

El tema objeto de nuestro estudio va a ser la regulación de las conductas relativas a la prostitución en el Código Penal y la reglamentación administrativa de esta última, bien que contraído -por las razones que expondremos más adelante- al período de tiempo que se extiende desde principios del siglo XIX hasta la promulgación del Decreto-ley abolicionista de 1956.

El interés de este estudio radica en el hecho de que a través de él vamos a tratar de desentrañar y aclarar la complejidad de los tipos que regulan actualmente las conductas relativas a la prostitución ajena. Complejidad que se manifiesta principalmente, en múltiples defectos de técnica legislativa⁽¹⁾ que dan lugar a supuestos fácticos de difícil diferenciación, e

(1).- Así RODRIGUEZ DEVESA señala: "La reforma, sin embargo, no se ajustó a la Ley de Bases. Se alteraron tipos anteriores que simplemente debían ser objeto de una reagrupación. Los defectos se multiplican a lo largo de las innovaciones, y no es posible dejar de subrayar que, contra todas las tradiciones y reglas de una sana política criminal, se castiga con menos pena el cooperar a la prostitución de menores que a la de mayores de veintitrés años. La reforma debió ser más profunda y mejor instrumentada técnicamente" penal II, 199; en análogo sentido MUÑOZ CONDE indica: "Por otra parte, el criterio de criminalización que se ha seguido respecto a las conductas relativas a la prostitución es técnicamente defectuosa y desacertada desde el punto de vista político-criminal" penal, 346. Por su parte el TS. en la S. de 10 de Octubre de 1973 dice: "Esta tipología que en cierto modo provoca confusión y da lugar a supuestos fácticos de difícil diferenciación, a parte de algún anómalo contrasentido en la extensión de la pena" JurCri 1156 (1973).

incluso, a problemas de deslinde entre estos delitos y otros pertenecientes también al Título IX que trata, como es sabido, De los delitos contra la honestidad.⁽²⁾

Con esta finalidad, y teniendo en cuenta que la regulación que establece el Código Penal actual como bien señala CORDOBA, descansa sobre las paredes maestras y las directrices elaboradas hace más de siglo y medio, y las reformas realizadas desde entonces no han supuesto más que la introducción de cuerpos extraños en el sistema primitivo que han dado lugar a numerosas incongruencias y contradicciones,⁽³⁾ hemos procurado

(2).- Esta dificultad aparece reconocida expresamente, entre otras, en las STS de 18 de Enero de 1978 JurCri 23(1978); de 22 de Diciembre de 1978 Aranz. 4291(1978); de 12 de Marzo de 1979 Aranz.1117(1979); y ha provocado la necesidad de que el Alto Tribunal se manifieste en reiteradas ocasiones distinguiendo estos supuestos de los de escándalo público -vid. entre otras, STS de 22 de Enero de 1969 JurCri 83(1969), de 18 de Octubre de 1974 JurCri 1351(1974), de 22 de Octubre de 1975 JurCri 59(1975)- de los de abusos deshonestos -vid., entre otras, STS de 5 de Marzo de 1956 Aranz 1054(1956), de 20 de Abril de 1976 JurCri 562(1976), de 10 de Febrero de 1977 JurCri 176(1977), de 4 de Abril de 1977 JurCri 503(1977), de los de estupro -vid., entre otras, STS de 1 de Marzo de 1977 JurCri 292(1977), de 13 de Diciembre de 1977 JurCri 1229(1977), de 18 de Junio de 1979 Aranz 2690(1979)- etc.

(3).- Dice CORDOBA: "Las directrices y paredes maestras de las leyes hoy vigentes se remontan, pues, a leyes elaboradas hace más de siglo y medio (...) Las reformas que, desde su origen hasta ahora, ha experimentado nuestra legislación, han supuesto, pues, la incorporación de cuerpos extraños al sistema primitivo. Resultado de ello es la existencia en los Códigos vigentes de numerosas incongruencias y contradicciones internas (...) Además, las reformas de los referidos cuerpos legales no han respondido, frecuentemente, sino al propósito de ampliar el ámbito de las acciones previstas como delito a

remontarnos en el tiempo hasta tratar de determinar cuales son esas paredes maestras primitivas, y cuales los cuerpos extraños que han venido a perturbar el sistema original en el tema que nos ocupa y han dado lugar a la regulación actual.

Ello nos ha llevado, además a realizar un análisis de la génesis y desarrollo de este tipo de delitos que consideramos totalmente imprescindible para una correcta intelección e interpretación de los mismos, pues como indica TOMAS Y VALIENTE, las normas en que el Derecho consiste han de examinarse no sólo estáticamente, sino también de un modo dinámico, atendiendo a la acogida, también dinámica, que la Sociedad hace de las normas que de su seno surgen, aceptándolas, rechazándolas, ampliando su sentido o restringiéndolo, etc.,⁽⁴⁾ y precisamente en el caso que nos ocupa el influjo y el peso del ambiente y de la realidad social va a resultar, en muchos casos, determi -

(3).- cont.) conductas cuya comisión se ha tratado de evitar a través de la intimidación de la pena! evolución, 15-6.

(4).- En esta línea TOMAS Y VALIENTE manifiesta: "Las normas en las que el Derecho consiste no agotan su realidad en el momento lógico de su aparición, sino que cobran vida, o la prolongan o enriquecen, al ser interpretadas o aplicadas. La sociedad en cuyo seno han surgido unas normas jurídicas no acoge a estas pasivamente, sino que las corrige, amplía su significado o lo restringe, adopta ante ellas una actitud favorable o, por el contrario, tiende a rechazarlas, las entiende de un modo o de otro. Por ello, el Derecho no consiste sólo en las normas estáticamente consideradas, sino que extiende su realidad a la eficacia de tales normas, a su aplicación e interpretación en el seno de la misma sociedad en que las normas aparecieron!" historia, 25.

nante en orden a la aplicabilidad de estos preceptos.⁽⁵⁾

Fruto de este análisis es la delimitación de dos épocas claramente diferenciadas, una primera época en la que van a coexistir una realidad social y legislativa de claro talante tolerante e incluso reglamentarista respecto a la prostitución con una legislación penal que, si bien en un principio se mantenía bastante neutral, pronto va a adoptar una línea más beligerante de índole abolicionista, y una segunda época en la que se va a producir el triunfo -cuando menos formal- del abolicionismo y en la que toda la legislación se va a adaptar a este principio.

La primera época cubre el espacio de tiempo que se extiende desde la Codificación hasta el Decreto-ley abolicionista de 1956, y en ella encontramos, como fecha clave, en el tema que nos ocupa, la de 21 de Julio de 1904, en que se reforma el Código Penal y que determina su orientación de corte abolicionista. La segunda época se extiende desde el citado decreto-ley

(5).- El caso más patente de lo que en el texto se afirma es el relativo a la punición de las conductas relacionadas con la prostitución de mayores de veintitrés años, que pese a estar tipificadas (por lo menos en alguna de sus formas) es el Código Penal desde la Ley de reforma de 21 de Julio de 1904, van a quedar prácticamente impunes -por inaplicación de los preceptos penales- hasta la promulgación del Decreto-ley abolicionista de 1956, debido, fundamentalmente, a que el ambiente social de la época era claramente tolerante -sino reglamentarista- al respecto, y a la existencia -en ese período- de un régimen de reglamentación de la prostitución. (vid. infra pag. 272, 402, 417, etc)

hasta nuestros días, y en ella podemos destacar como fecha clave la de 28 de Marzo de 1963 en que se aprueba el Texto Revisado del Código Penal que contiene una reforma y reagrupación de los tipos que nos ocupan, orientada ya de un modo total e inequívoco en la línea abolicionista.

El propósito inicial de este trabajo fué el de estudiar ambas épocas y concluir con el análisis de la regulación de esta materia en el Código Penal hoy vigente y en el Proyecto de 1980, y en este sentido se desarrolló nuestra actividad.

Al darle cuerpo definitivo a nuestro trabajo, ante el volumen que iba adquiriendo la obra, hemos optado por separar ambas épocas -lo que no plantea ningún problema dado que cada una de ellas tiene una entidad y un peso específico propio-, y dar a la luz, en primer lugar, la parte correspondiente a la primera época que, amén de su prelación cronológica es quizás la más interesante ya que contiene las claves que nos permiten una correcta interpretación de la regulación penal del tema que nos ocupa, dejando para una posterior publicación los materiales, ya recogidos y prácticamente elaborados, que corresponden a la segunda época.

II. FUENTES.

Las fuentes que hemos manejado para nuestro trabajo las podemos agrupar básicamente en dos grandes bloques: nacionales y extranjeras.

Entre las primeras, una de las fuentes esenciales del mismo son los propios preceptos legales que -dado que el objeto de nuestro trabajo es el estudio de la génesis y evolución de los preceptos relativos a la prostitución ajena y de los que regulan y reglamentan el ejercicio mismo de la prostitución- comprenden tanto los textos de los distintos Códigos Penales en vigor, desde principios de la Codificación hasta 1956,⁽⁶⁾ como las múltiples disposiciones que -con muy diverso rango- vienen a regular el ejercicio de la prostitución, o a incidir -de una u otra forma- en el tema que nos ocupa.⁽⁷⁾

Respecto a estas últimas disposiciones debemos reseñar que en ocasiones, ha resultado dificultosa su localización, pues muchas de ellas -por distintos motivos⁽⁸⁾ no aparecieron

(6).- Como es sabido, estos Códigos son: el CP. de 1822, los de 1848-50, el de 1870, el de 1870 reformado por L. de 21 de Julio de 1904, el de 1928, el de 1932 y el de 1944.

(7).- Una relación sucinta y ordenada de todas estas disposiciones puede verse, amén de en el texto del trabajo, en el Apéndice 1º del mismo.

(8).- En ocasiones la razón de la no publicación es el escaso rango de la disposición en cuestión, en otras es un mal entendido sentido del pudor que impide la publicación de la disposición en la Gaceta. En este último sentido puede verse la RO. de 1 de Marzo de 1908, publicada en la Gaceta el día 2 del mismo mes, en la que se da noticia de otra RO. de misma fecha que contiene el reglamento de la prostitución que con tal fecha se dicta: "y que recibirá V.S. por el correo inmediato; no publicándose en la Gaceta de Madrid por la índole especial del asunto de que trata..." (el subrayado es nuestro).

publicadas en la Gaceta de Madrid,⁽⁹⁾ lo que nos ha obligado a un trabajo suplementario de investigación en distintos Archivos y Bibliotecas.⁽¹⁰⁾

Dentro de este grupo ha sido también objeto de preferente atención por nuestra parte la literatura penal producida en torno a estos delitos, si bien debemos destacar el escaso tratamiento y atención que el tema ha tenido en la doctrina penal española, que en muchos casos se limita a realizar ligeros comentarios al texto articulado de los distintos Códigos.⁽¹¹⁾

(9).- Que, como es sabido, pasará posteriormente a denominarse Boletín Oficial del Estado, nombre que conserva actualmente.

(10).- Los principales Archivos y Bibliotecas que hemos consultado han sido entre otros: El Archivo de la Comisión General de Codificación, el del Ministerio del Interior, el del Ministerio de Asuntos Exteriores, el Archivo General de la Administración Central, los fondos del Consejo Nacional de Sanidad, los del Patronato de Protección a la Mujer, el Archivo Histórico Nacional, la Biblioteca Nacional, la Biblioteca de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, la Biblioteca del Instituto de Estudios Jurídicos, la Biblioteca del Congreso de Diputados, la Biblioteca Nacional de París, la Hemeroteca Nacional, etc.

(11).- En este sentido se manifestaba ya JUDERIAS en 1908 cuando señalaba: "Por virtud de estos prejuicios y de las consecuencias que traen consigo, el problema de la prostitución, uno de los más importantes de nuestra época, de los que más deben interesar a la sociedad contemporánea y de los que en más grave riesgo ponen sus intereses presentes y venideros, no se ha estudiado nunca ó se ha estudiado muy poco, y se ha dejado en manos de aquellos que por razón del cargo que desempeñan mantienen relaciones directas con la prostitución" reglamentación, 241. Posteriormente a esa fecha, la situación sigue prácticamente igual, pues aunque aparece algo más de literatura al respecto, no tiene carácter jurídico, sino preferentemente sociológico, moralizante, polémico,

Para finalizar este bloque destaquemos la importancia que, en orden a la interpretación y aplicación de estos delitos, ha tenido para nosotros el estudio de la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo sobre los mismos, importancia que se ve realizada por la escasez de fuentes dogmáticas ya reseñada.

El segundo gran bloque de fuentes está constituido, fundamentalmente, por las distintas Conferencias y Congresos Internacionales que han incidido en el tema de la prostitución, y que han contribuido a un cambio en los planteamientos generales sobre el tema, que han pasado de unas posiciones reglamentaristas -o cuando menos tolerantes- a posiciones abolicionistas.

Aquí debemos destacar por su importancia y relevancia la Conferencia Internacional para la represión de la Trata de Blancas celebrada en París del 15 al 25 de Julio de 1902 bajo los auspicios del Gobierno francés.⁽¹²⁾ A esta Conferencia

(11).- cont.) etc. siendo por tanto muy escasas las aportaciones de carácter jurídico-dogmático al tema como puede comprobarse con un somero examen de la bibliografía que acompaña este trabajo.

(12).- La localización de las Actas correspondientes a esta Conferencia nos ha planteado bastantes dificultades, pues, paradójicamente -ya que España tomó en la misma a nivel de Ministro Plenipotenciario, y la firmó-, no hemos podido localizarla en los distintos Archivos españoles en que lógicamente debería hallarse -Archivo del Ministerio de Asuntos Exteriores, Biblioteca del Congreso de Diputados, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, etc.- y sólo tras

le hemos dedicado una especial atención ya que se va a consti -
tuir en la clave de arco de toda la regulación penal posterior
sobre esta materia, tanto en España como en la mayor parte de
Europa.

Por último indiquemos que dado que el objeto de nues -
tro trabajo se centra en el análisis de la génesis y desarrollo
de la regulación jurídica española de los temas relacionados
con la prostitución, y que los influjos que ésta ha sufrido han
venido dados, básicamente, a través de Conferencias y Congresos
internacionales o, a lo sumo, por la influencia directa de al -
guna disposición legal extranjera concreta,⁽¹³⁾ el interés de
la doctrina foránea es, para nosotros, solo relativo, ya que
no podemos olvidar que por regla general las posiciones doctri -
nales corresponden, en cada caso, a su respectiva legislación
positiva.

(12).-cont.) laboriosas gestiones, y múltiples insistencias
(que agradecemos especialmente al personal de la Bibliote -
ca de la Universidad de Deusto) nos fué remitido un ejemplar
de las mismas desde la Biblioteca Nacional de París.

(13).- Tal sucedió con la ley francesa de 3 de Abril de 1963
dictada, en aplicación de las conclusiones de la Conferen -
cia de París de 1902, para ña reforma del Código Penal fran -
cés. Esta disposición tuvo influencia directa en ley de re -
forma de 21 de Julio de 1904, pero este influjo fué direc -
to -esto es, el legislador español se inspiró directamente
en esa ley para redactar la española- de ley a ley, sin in -
tervención de la doctrina.

Ello no es óbice para que hayamos recurrido a ella en aquellos casos en los que, por tratarse del análisis de conceptos de tipo general que tienen un contenido que trasciende de las legislaciones concretas, estas doctrinas adquieren una especial relevancia.

III.- METODO.

El método que hemos utilizado ha sido, esencialmente, el análisis de las fuentes a que acabamos de hacer referencia y la elaboración sistemática de las mismas.

Esto ha supuesto, en primer lugar, la necesidad de fijar una terminología o vocabulario mínimo con carácter básico que nos permite precisar y concretar el sentido de determinados conceptos de utilización permanente y continua en nuestro trabajo. Estos conceptos han sido los de: corrupción, prostitución, delito de lenocinio y delito de corrupción de menores.

Posteriormente hemos pasado al análisis de la regulación legal del tema que nos ocupa; análisis que no solo ha sido de la ley o norma concreta, sino que se ha extendido a sus fuentes y antecedentes -incluidas las discusiones parlamentarias cuando han existido- y a las posiciones y comentarios doctrinales y jurisprudenciales que en su torno se han producido.

En aquellos casos en los que la influencia procede de Congresos y Conferencias de carácter internacional, hemos

procurado estudiar cuidadosamente no solo éstos, sino también los antecedentes principales de los mismos, de forma que resultasen inteligibles no solo las resoluciones dimanantes de los mismos, sino también las líneas directrices que las han inspirado.

Por último reseñemos que al realizar el análisis exegético de estas disposiciones, y en particular de las contenidas en los distintos Códigos Penales, hemos tenido presente no sólo la realidad jurídica que les sirve de marco, sino también la realidad social que les sirve de base y sobre la que van a incidir. Este dato es fundamental en un tema como el que nos ocupa, ya que la incidencia de la realidad social subyace tiene tanta importancia que llega incluso a provocar, en determinadas épocas, la inaplicación de determinados preceptos del Código Penal. (14)

IV. DIVISION DEL TRABAJO.

La necesidad ya expuesta de contar con unos conceptos de contenido y alcance previamente determinados, nos ha obligado a introducir en nuestro trabajo un capítulo preliminar en el que hemos realizado esta delimitación terminológica. Este capítulo queda, ciertamente extramuros de lo que constituye el

(14).- Vid al respecto infra pags. 272, 402, 417, etc.

objeto de nuestro estudio, pero lo hemos considerado imprescindible a los efectos de una correcta intelección de una serie de conceptos de uso continuo a lo largo del mismo.

Nuestro trabajo vamos a dividirlo en tres grandes bloques que denominaremos convencionalmente Partes. A este respecto queremos hacer constar que este punto nos ha planteado alguna duda, ya que de una parte parecía que la división más correcta era en dos bloques correspondientes respectivamente a legislación de carácter penal y legislación de carácter no penal, pero de otra, la especial relevancia de la Conferencia Internacional de París de 1902 exigía otro tipo de división en el que quedara de algún modo patente la trascendencia de la misma y la diferencia existente entre la legislación penal española de antes y de después de la Conferencia.

Con el fin de solucionar esta, por lo menos aparente dificultad, hemos optado por una división tripartita que, en principio concilia ambas posiciones. El contenido de estas tres Partes es el siguiente: una primera dedicada al estudio de la legislación penal en las primeras codificaciones, una segunda en la que se estudia la Conferencia de París y su repercusión en la legislación penal y el desarrollo de la misma hasta 1956, y una tercera que analiza la reglamentación administrativa de la prostitución durante todo el período que cubren las dos primeras partes.

Como puede verse, esta solución resuelve los proble -

mas a que hacíamos referencia, ya que agrupa la parte correspondiente a la regulación penal en las dos primeras partes de nuestro trabajo, haciendo hincapié en la trascendencia de la Conferencia de París, y deja para una tercera el análisis de la regulación de carácter no penal que es objeto de nuestro estudio.

Viniendo a un examen sucinto de las tres partes, indicaremos que en la Primera se analizan, en dos capítulos separados la regulación correspondiente al Código Penal de 1822 y la dimanante de los CC.PP. de 1848-50 y 1870. La razón de esta separación radica en la especialidad del Código Penal de 1822, lo que unido a su condición de primer Código español y a su dudosa vigencia, nos ha aconsejado su análisis independiente. Por lo que se refiere al Capítulo Segundo, la agrupación y análisis conjunto de los CC.PP. de 1848-50 y de 1870 se justifica por el hecho de que la regulación legal que hacen sobre el tema que nos ocupa es prácticamente idéntica.

La Segunda Parte se compone, asimismo, de dos Capítulos (los Capítulos III y IV del trabajo). El primero de ellos está dedicado al análisis de la Conferencia Internacional de París de 1902, de sus antecedentes, de los Movimientos Internacionales que la posibilitan, y de sus repercusiones en el derecho español, tanto las de orden administrativo como las de orden penal. El segundo recoge el análisis de la regulación penal

de estos delitos tras la reforma de 1904, provocada -como es sabido- por la Conferencia de Paris, y de las escasas variaciones que en la misma introducen los CC.PP. de 1928, 1932 y 1944.

La Parte Tercera, que recoge legislación no penal, está dedicada al análisis de las diversas reglamentaciones que de la prostitución se han realizado durante los siglos XIX y XX, y de las diversas posiciones adaptadas por el legislador al respecto durante este mismo período. Esta Tercera Parte, que se compone de un único capítulo (el Quinto del trabajo), resulta particularmente interesante ya que es fiel reflejo de la realidad social, que, como hemos indicado en varias ocasiones, va a desempeñar un papel muy importante en orden a la aplicabilidad de los preceptos penales recogidos en el Código.

Por último reseñemos que en los Capítulos en los que se analiza la regulación legal derivada del Código Penal, el esquema expositivo es, básicamente el siguiente: un comentario de carácter general sobre las peculiaridades del Código o Códigos objeto de estudio, regulación legal, análisis de los supuestos relativos a la prostitución o corrupción de menores de edad y análisis de los correspondientes a mayores de edad.

Capítulo preliminar: CUESTIONES

BASES DEL CAPÍTULO

En el desarrollo
los que se contienen el
de investigación, además
de los de procedimiento, el
lito de corrección de errores
etc.

Todos estos conceptos
para cualquier persona versada

Capítulo Preliminar.

Al respecto de la
que los libros le corresponden

CUESTIONES TERMINOLOGICAS PREVIAS.

Los términos de los
de los libros de la biblioteca
que los libros de la biblioteca

El término "libro" se refiere al soporte físico que contiene la información. En el presente documento se han utilizado los términos "libro" y "obra" indistintamente, refiriéndonos a los diversos tipos de publicaciones, desde los libros tradicionales hasta los documentos electrónicos. Asimismo, se han utilizado los términos "autor" y "responsable" para referirse a las personas que han creado o editado las obras, dependiendo del contexto. En caso de dudas, se aplicará la definición de "libro" tal como se establece en la legislación nacional y el término "autor" tal como se define en la Ley de Propiedad Intelectual.

Así mismo se señalan que

Capítulo preliminar: CUESTIONES TERMINOLOGICAS PREVIAS.

1. RAZON DE SER DEL CAPITULO.

En el desarrollo de los capítulos siguientes, en los que se contiene el núcleo fundamental de nuestro trabajo de investigación, encontraremos con frecuencia conceptos como los de prostitución, corrupción, delito de lenocinio, delito de corrupción de menores, rufianismo, trata de blancas etc.

Todos estos conceptos son familiares y conocidos para cualquier persona versada en temas penales, pero para su correcta intelección precisan de una serie de acotaciones pues, al depender en gran parte de las distintas legislaciones que les sirven de soporte, su significado y alcance distan de ser uniformes y unívocos.⁽¹⁾ Esta necesidad de precisión se hace más patente si consideramos que incluso dentro del marco de una legislación concreta las interpretaciones doctrinales de estos conceptos tampoco son unánimes.⁽²⁾

(1).- En este sentido, y refiriéndose al concepto de prostitución se manifiesta RODRIGUEZ DEVESA al señalar: "El concepto de prostitución a que se refiere el capítulo dista mucho de estar unívocamente determinado" (penal, II, 201). En igual sentido, pero referido al lenocinio, se manifiesta BUENO al decir: "Insistimos aquí en la dificultad de distinguir en puridad los diversos conceptos que se emplean para referirse a los delitos relativos a la prostitución, pues, todos encajan en el término amplio de proxenetismo" (prostitución, 15)

(2).- Así NUVOLONE señala que en Italia, tras la ley de 1958

La finalidad de este capítulo es, por consiguiente, la de precisar el sentido, contenido y alcance de aquellos conceptos que presentan una mayor complejidad. En este sentido, los términos que vamos a estudiar son los de: prostitución, corrupción, delito de lenocinio y delito de corrupción de menores.

No vamos, por lo tanto, a detenernos aquí en otra serie de términos que también vamos a utilizar en nuestro estudio, ya que, por una parte son de más fácil interpretación, y por otra quedarán suficientemente claros y delimitados al estudiarlos en su lugar oportuno a medida que vayan surgiendo.

2. CONCEPTO DEL TERMINO PROSTITUCION.

De los cuatro conceptos que vamos a examinar, quizás sea éste el que resulte más familiar, ya que la palabra que lo designa es de uso común, no técnico, y por lo tanto,

(2).- (cont.) denominada ley MERLIN, el concepto de prostitución que era admitido comunmente por la jurisprudencia y la doctrina ha sufrido una variación (conchetto, 247). MEZGER, por su parte, señala que en la época de la Codificación se estableció una diferenciación clara entre los que denomina derechos románicos y los germánicos, y que denominándose en ambos tipos de derecho a ciertas conductas delitos de lenocinio, o de proxenetismo, el alcance de los mismos es diverso, pues, mientras los derechos románicos se limitan a castigar los ataques contra la debilidad de ciertas personas, el derecho alemán admite amplias disposiciones para castigar el fenómeno de la impudicia (penal, 127). Por otra parte basta con comparar el alcance del denominado delito de corrupción de menores en el Código Penal español, con su homónimo en el Código Penal italiano para comprobar que bajo el mismo nombre subyacen conceptos claramente diferenciados.

todo el mundo conoce lo que significa y a lo que hace referencia.⁽³⁾

Pese a esto, o quizás precisamente por ello, para poder hacer uso de la misma en el campo jurídico con un mínimo de precisión, es imprescindible hacerle una serie de acotaciones, pues, como veremos a continuación, el concepto de prostitución, y por ende su alcance, dista de ser pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia.

Por ello, vamos a dedicar los siguientes epígrafes a examinar los distintos conceptos que se han dado de este término con el fin de delimitar su contenido más preciso.

2.1 EL CONCEPTO DE PROSTITUCION EN LA DOCTRINA.

Algunos autores, tanto españoles como extranjeros gustan iniciar la exposición de este punto señalando que la palabra prostitución viene del latín prosto que significa "sobresalir", "estar saliente", indicando con éllo, de manera gráfica, la actitud de la mujer ofreciéndose a la pública concupiscencia.⁽⁴⁾

(3).- JIMENEZ ASENJO, prostitución, 11

(4).- Vid JIMENEZ ASUA, libertad, 79 s.; id. prostitución, 43; SANCHEZ, penal, II, 306; ACOSTA, prostitución, 23; BERNALDO, prostitución, 259; en sentido similar ya que lo hace derivar de pro y statuir, pero dándole un alcance pa recido: VIDONI, prostitutas, 73; van HAECHT, prostituée, 25; LEONE, prossenetismo, 30; etc.

Este modo de iniciar la exposición tiene la ventaja de que además de aportar un dato etimológico de interés, pone de relieve un primer elemento susceptible de caracterizar el concepto que nos ocupa. Este primer elemento es el carácter público, o por lo menos plural, del ofrecimiento de la mujer, pero por sí solo este elemento no es suficiente.

Esencial y tradicionalmente, el concepto de prostitución se ha movido en torno a dos criterios fundamentales: el de venalidad y el de pluralidad, entendiéndose este último en el sentido de pluralidad de personas que tienen acceso sexual con la que se prostituye. Ahora bien, como apunta CARRARA, cada uno de estos criterios considerado por sí solo y con independencia del otro no basta para caracterizar la prostitución⁽⁵⁾ ni, por ende, a la prostituta.

Algún autor, como GROIZARD⁽⁶⁾ y el propio CARRARA en otro lugar de su Programma⁽⁷⁾ señala que los criterios sobre los que ha girado el concepto son en realidad tres: venalidad, libre acceso y número de actos.

(5).- "Aggiungrò a questo luogo che i due criterii fra i quali si agita la definizione della prostituzione, quello cioè della venalità e della molteplicità di uomini accolti, se ambedue si considerino disgiuntamente sono insufficienti a dare una esatta nozione de la prostituta." CARRARA, programma, 6, 95.

(6).- GROIZARD, código, V, 212.

(7).- CARRARA, programma, 6, nota 2, 88 - 9.

Sin entrar en la discusión de si esa afirmación es totalmente cierta, o si es discutible, entendemos que el último de los criterios reseñados -considerado independientemente de los otros dos o de alguno de ellos por lo menos- carece de virtualidad para caracterizar la prostitución, por lo que preferimos seguir la posición de CARRARA que reduce a dos los criterios caracterizadores.

De hecho, las posiciones doctrinales actuales siguen polarizadas en torno a estos dos criterios: el de venalidad y el de pluralidad -libre acceso, cesión indiscriminada de las cualidades sexuales, o en palabras de CARRARA: "libertà dell'accesso promiscuo".⁽⁸⁾ Esto nos permite establecer una clasificación de las distintas posiciones doctrinales según hagan recaer el acento del concepto en el primer criterio, en el segundo o en un criterio mixto que participe en ambos. En cualquier caso debemos tener presente que por regla general todas las posiciones participan de ambas ideas variando únicamente la importancia relativa que dan a una u otra.

2.11 CONCEPTOS CARACTERIZADOS POR LA VENALIDAD.

De entre los que mantienen un concepto de prostitución caracterizado fundamentalmente por un criterio de venalidad podemos destacar como representativas las definiciones que

(8).- CARRARA, programma 6, 96, (El subrayado corresponde al texto que, en el original aparecía en bastardilla).

dan MERGEN, DONDINA y entre nosotros MUÑOZ CONDE. Para el primero:

"Por prostitución se entiende, por lo general, la entrega profesional del cuerpo, a cambio de un precio para la actividad sexual"(9).

Como podemos apreciar, no se trata de un concepto caracterizado únicamente por el elemento precio, pues, la referencia que hace al carácter profesional de la entrega apunta también al criterio que hemos denominado de libre acceso o de pluralidad.

No ocurre lo mismo con la definición de MUÑOZ CONDE que podríamos considerar dentro de la línea más estricta de este grupo. Dice así:

"Por prostitución debe entenderse al trato sexual por precio" (10)

Considerada esta definición en su estricto tenor literal debemos concluir que cualquier tipo de entrega o relación sexual remunerada debe considerarse como un acto de prostitución. Esto supone incluir dentro del concepto, situaciones que a nuestro entender no son de prostitución, tales como la relación habitual de una mujer con un solo hombre que la mantiene (supuesto de amancebamiento), la relación esporádica, o incluso accidental de una mujer con un único hombre que le hace ob-

(9).- MERGEN, prostitución, 169.

(10).- MUÑOZ CONDE, penal, 346.

jeto de regalos o entregas dinerarias por éllo, o la certeramente descrita por el ilustre maestro de Pisa al señalar que si el ánimo de lucro fuese el elemento esencial de la prostitución, habría que considerar incursos en tales supuestos los casos en que una mujer se entrega antes del matrimonio como modo de llegar a éste, siendo la razón última de ese matrimonio el lucro, el afán de ascenso en la escala social, y no el amor o el afecto. (11)

DONDINA, por su parte, presenta la originalidad de hacer recaer el acento de la acción, no ya en el hecho concreto de la relación sexual por precio, sino en la oferta de esa relación. Eso supone introducir en el alcance del concepto de prostitución una serie de supuestos, teóricamente por lo menos posibles, en los que a la oferta por parte de la persona que quiere prostituirse no sigue una aceptación de la misma y por consiguiente no tiene lugar el trato sexual venal, necesario según los otros autores para calificar el acto de prostitución.

El tenor de la definición es el siguiente:

"Prostituzione è l'offerta del proprio corpo per uso sessuale a fine di lucro. La prestazione sessuale che si

(11).- CARRARA: "Non basta la sola venalità, perchè la donna non diviene prostituta col darsi ad un solo uomo, ancorchè lo faccia per guadagnare una somma di denaro da questo pro ferta: e d'altronde se si accettua il caso di una spinta puramente erótica la venalità è in fin dei conti il movente che determina i più delle giovani a dare copia di sè; anche la giovine povera che aderisce alle voglie del ricco signore (cui forse non porta affetto) nella veduta di farsene un marito e mutare condizione ha nel fondo dell'anima una veduta di lucro nel senso giuridico di questa parola." Programma 6, 95.

offre può essere normale o anormale (e quindi anche omo sessuale)".(12)

La introducción de esa variación nos parece oportuna, y aunque no se nos oculta que puede plantear algunos problemas particularmente en el terreno de la prueba, consideramos que tan acto de prostitución es la oferta del propio cuerpo para uso sexual ajeno cuando va seguida de aceptación de la misma, y por consiguiente, de relación de tipo sexual, como si tal oferta no es aceptada, y consecuentemente no se produce relación alguna. Por lo demás, cabría hacerle a DONDINA, las mismas precisiones y críticas que las hechas a la definición de MUÑOZ CONDE, y en general a todos los que ponen el acento particularmente en el tema venal.

Por último, dentro de este grupo, pero ya en la frontera con lo que vamos a denominar grupo mixto, esto es, el grupo de autores que van a considerar que la prostitución debe participar, para ser considerada como tal, de ambos criterios el de venalidad y el de libre acceso, podemos situar a BERNOCCHI que define la prostitución como:

"Prestazione sessuale concessa più o meno abitualmente e più o meno indiscriminatamente per compenso" (13)

Como podemos comprobar, sigue haciendo recaer el acento en la exigencia de que tales conductas se realicen de modo venal, pero introduce otros dos elementos, tales como la habi-

(12).- DONDINA, prostituzione, 787.

(13).- BERNOCCHI, prostituzione, 14.

tualidad, más o menos acusada, en el tráfico, y el carácter indiscriminado del mismo. La principal crítica que puede hacerse es que al exigir necesariamente el ánimo de lucro, deja fuera supuestos, quizás no muy frecuentes, pero reales, en los que se realizan auténticos actos de prostitución sin ánimo de lucro y que por esta carencia, no podríamos, según este autor, y todos los de su línea, calificar como tales.

2.12 CONCEPTOS CARACTERIZADOS POR EL LIBRE ACCESO.

Si el grupo anterior quedaba constituido por aquellos que caracterizaban la prostitución fundamentalmente en el criterio de la venalidad, el presente está formado por los que lo hacen dando el predominio casi absoluto al criterio de libre acceso.

El primer representante, por lo menos en los tiempos modernos, de esta línea, es CARRARA, hasta el punto que en la actualidad son muchos los autores que se limitan a dar la definición, o construir una más o menos nueva, pero siguiendo las líneas que él expuso.⁽¹⁴⁾ El concepto que da es el siguiente:

"Ma il più vero concetto di quella parola bisogna ravvisarlo nella libertà dell'accesso promiscuo. E prostituta, nel vero e stretto senso, quella che si arrende a

(14).- Así p.e. CERELLI se adhiere a la línea de CARRARA (corruzione, 708), TUOZZI cita la definición del mismo haciendo hincapié en el concepto carrariano de "libertà dell'accesso promiscuo" (lenocinio, 295), etc.

chiunque la richiede dei suoi favori, quantunque a lei sia nuovo e sconosciuto. E data siffatta libertà di accesso può ancora preterirsi dalla venalità!" (15)

El último párrafo de esta definición contiene lo que va a ser una característica de las definiciones de este grupo.

En ellas, aunque se admite de modo más o menos expreso que normalmente la conducta descrita se realiza por precio, se destaca que no es este último un elemento de indispensable concurrencia. (16)

Entre nosotros el primer autor del que tenemos conocimiento, que sigue las tesis carrarianas en este punto, es GROIZARD que define la prostitución diciendo:

"Se prostituye la que se pone en estado y en condiciones que permitan el libre acceso carnal con ella a toda clase de personas!" (17)

Y anteriormente, en otro lugar, señala:

"Lo que caracteriza la prostitución, según este estudio, es la pública exposición a todo género de torpezas y sensualidades!" (18)

(15).- CARRARA, programma 6, 96.

(16).- Así el propio CARRARA en la definición transcrita; ANTONISEI: "...abitudine che, se d'ordinario è dovuta a scopo venale, può anche derivare de mero vizio" penale, 389 ; MANZINI: "Non é necessario che tali prestazioni siano pure venali, ben potendo sussistere anche una prostituzione pero mero vizio" trattato VII, 494 ; MANFREDINI: "Non occorre che a tale vita il soggetto pasivo si appresti per scopo di lucro;" trattato IX, 314 .

(17).- GROIZARD, código V, 212.

(18).- ib., 211.

Concepto este último que coincide con la definición que de este mismo término da la Real Academia de la Lengua en su diccionario. (19)

Estamos de acuerdo con la definición de CARRARA, ya que consideramos que lo que caracteriza esencialmente a la prostitución es la libertad del acceso sexual. Ahora bien; estimamos que la precisión que hace MANFREDINI viene a contribuir a la concreción del concepto. Dice así:

"e ricordiamo che basta la accessibilità alla persona che vuol prostituirsi, cioè la possibilità che tutti accedano alle sue prestazioni carnali perchè si abbia realtà di prostituzione. Non occorre che a tale vita il soggetto passivo si appresti per scopo di lucro; se una tara orgánica o comunque una perversione dell'istinto conduca una femmina alla promiscuità dei rapporti carnali senza fine di venalità, non per ciò è meno lesa l'interesse sociale relativo alla normalità della vita sessuale.

E non importa nemmeno per aversi prostituzione che si sia realizzata la pluralità dei rapporti promiscui, bastando anche la, diciamo così, offerta in vendita"(20).

Esto es, basta con la posibilidad de ese acceso promiscuo y libre se produzca para que el hecho de la prostitución se realice, sin tener que esperar a que se concrete en actos materiales. Se trata, como puede observarse, de la misma precisión que señalábamos en la definición de DONDINA. (21)

(19).- El diccionario de la Real Academia define la prostitución: "acción y efecto de prostituir"; y a su vez, el término prostituir lo define como: "exponer públicamente a todo género de torpeza o sensualidad"

(20).- MANFREDINI, trattato IX, 314.

(21).- Vid supra pag. 9

En consecuencia, entendemos que el concepto de libre acceso, debe entenderse desde una doble posición, esto es, como situación real de libre acceso asexual con una persona, y como posibilidad, también real, aunque aún no realizada de dicho acceso, o, dicho de otro modo, como oferta indiscriminada de acceso realizada por la persona que desea prostituirse, aun que tal oferta no haya tenido aún quién la acepte.

2.13 CONCEPTOS CARACTERIZADOS POR LA DOBLE EXIGENCIA.

Hasta ahora hemos visto las posiciones de los que se inclinaban por la preponderancia de uno u otro elemento a la hora de definir la prostitución, relegando el otro a un segundo término o incluso prescindiendo de él en algún caso. Vamos a examinar ahora aquellas posiciones doctrinales que colocan a ambos elementos en un plano de igualdad y consideran que solo se dará la prostitución en aquellos casos en los que están presentes ambos elementos.

Entre los defensores de esta línea encontramos a MEZGER, que la define diciendo:

"La mujer ejerce profesionalmente la impudicia solo si se entrega a cualquier hombre mediante remuneración; quedan excluidos, por lo tanto, los casos en que existe una relación estable"(22).

CANEPA, en lugar de darnos una definición de prostitución nos la da de prostituta diciendo:

(22).- MEZGER, penal, 134. El subrayado corresponde al texto original que venía entrecomillado.

"è prostituta la donna che accetta di avere rapporti sessuali con qualsiasi persona, conosciuta o sconosciuta, la quale paga e il pagamento avviene in denaro piuttosto che in natura o mediante altre prestazioni" (23).

LEONE, para quien el concepto de prostitución:

"debba essere inteso nel suo significato tecnico usuale di abituale dazione indiscriminata del proprio corpo per fine di lucro" (24).

y entre nuestros autores JIMENEZ de ASUA, RODRIGUEZ DEVESA, y otros.⁽²⁵⁾ Para el primero de ellos la prostitución es:

"el ejercicio público de la entrega carnal promiscua por precio como medio de vivir una persona" (26);

para el segundo, solo hay que comprender en la prostitución las formas más graves y degradantes del tráfico sexual, o sea:

"los casos en que una persona se entrega por precio a cualquiera que la solicite" (27).

La utilización conjunta de ambos criterios a la hora de delimitar el concepto de prostitución, presenta el problema

(23).- CANEPA, prostituzione, 167. No queda claro del tenor del texto si la definición es suya, o la toma de otro. La duda se nos plantea ya que en el texto nos la presenta entrecomillada, pero sin que la acompañe ninguna nota.

(24).- LEONE, prossenetismo, 34; en el mismo sentido, SANTORO, prostituzione 233.

(25).- Entre ellos: JIMENEZ ASENJO, abolicionismo, 29; POLAINO, introducción, 104, que sigue y cita a RODRIGUEZ DEVESA, MORAL, estado, V; MARCOS, prostitución, 20; etc.

(26).- JIMENEZ ASUA, libertad, 80.

(27).- RODRIGUEZ DEVESA, corrupción, 821.

ya indicado al hablar de las definiciones caracterizadas por la venalidad.⁽²⁸⁾ de dejar fuera del concepto los supuestos llamados de prostitución viciosa que a nuestro entender deben incluirse en él.

Por otra parte, la doble exigencia de promiscuidad y ánimo de lucro, hace que algunos autores en sus definiciones traigan a colación conceptos como profesionalismo (MEZGER), medio de vida (JIMENEZ de ASUA) que necesariamente no tienen por qué darse, pues, podemos encontrar supuestos de prostitución real, en los que la persona que se prostituye ni es profesional de este triste oficio, ni hace de él un medio de vida.

De lo expuesto, debemos concluir que la caracterización de la prostitución en base a la exigencia de la doble concurrencia de libre acceso y precio no nos parece adecuada, pues si bien es cierto que normalmente en la prostitución van a concurrir ambos elementos, la importancia relativa de uno y otro no es la misma y al equipararlos, lo que se hace es desequilibrar el concepto del lado de la venalidad.

2.2 EL CONCEPTO DE PROSTITUCION EN LA JURISPRUDENCIA DEL T.S.

El concepto de prostitución no aparece formulado en forma expresa, por lo menos que nosotros sepamos, hasta la

(28).- vid supra pag. 10

sentencia nº 1.056 de 25-6-68 en la que además, y por vez primera y única, ha admitido el concepto de prostitución viciosa, esto es; la situación en que:

"una mujer repite indefinidamente los actos sexuales con una serie de hombres distintos, para satisfacción de su perversión sexual"(29).

Hasta esa fecha, la jurisprudencia se limita a hablar de la prostitución y de la corrupción pero sin definir las ni establecer contornos muy precisos que delimiten ambas figuras,⁽³⁰⁾ a lo sumo encontramos alguna sentencia como la de 19 de abril de 1.911⁽³¹⁾ en las que se establece una jerarquía

(29).- JurCri, 1.056 (1.968).

(30).- Vid en ese sentido STS: de 30-11-877: "... promoviendo o facilitando la prostitución o corrupción de la menor..." JurCri 516(1877); de 26-11-889: "promovió y estimuló con tales actos su corrupción y su prostitución" JurCri 324 (1889); de 29-10-02: JurCri 87(1902); de 19-4-11 que señala que la prostitución es la forma más grave de corrupción JurCri 153(1911); en la misma línea de considerar la prostitución como una forma de corrupción están las STS. de 8-5-12: "... porque la procesada facilitó la corrupción de la menor teniéndola en su casa de lenocinio..." (en tal casa consta en los hechos que la menor se dedicó a la prostitución) JurCri 243(1912); de 11-10-15, recibir menores en una casa de lenocinio en la que ejercen la prostitución: "... por cuanto se dan los requisitos que expresan los referidos preceptos legales, o sea, el de facilitar la corrupción..." JurCri 63(1915); en similar sentido a las ya citadas las STS.: de 5-12-23 JurCri 110(1923); de 11-11-24 JurCri 285(1924); de 9-10-26 JurCri 47(1926); de 6-5-27 JurCri 241(1927); de 14-2-28 JurCri 70(1928); de 24-1-29 JurCri 64(1929); de 13-11-51 JurCri 522 (1951); de 10-6-57 JurCri 560(1957); de 1-3-61: "... quedaría sin sanción la facilitación mediante precio de medios para prostituir o prostituirse, a la ocasional, que es el aspecto más digno de tutela y represión, o sea, el de corrupción inicial" JurCri 244(1961); etc.

(31).- JurCri 153(1911).

entre ambos conceptos considerando la prostitución como la forma más grave de corrupción. Dice así:

"...que no solo pervirtió a la joven...sabiendo que tenía 18 años, sino que además la llevó a una casa de prostitución, realizando de un modo directo y voluntario, y en su más alto grado, la corrupción de la misma..." (32)

A partir de la citada sentencia de 26-6-68, empezamos a encontrar definiciones de prostitución y si bien su número no es excesivo, si es suficientemente significativo para permitirnos extraer algunas consecuencias.

Como era de esperar, encontramos en las distintas definiciones de la jurisprudencia, muestras de todas y cada una de las líneas doctrinales que hemos reseñado anteriormente, (33) aunque en realidad, esté mayoritariamente inclinada ha-

(32).- En sentido similar la STS. de 8-5-12 JurCri 243 (1912).

(33).- Así en la línea caracterizada por la preeminencia del libre acceso, encontramos una única sentencia, la ya citada STS. de 25-6-68, que señala: "...en verdadero libre acceso que para general la prostitución no exige y requiere siempre la entrega por precio..." JurCri 1056(1968). De la línea doctrinal que otorga preeminencia a la venalidad encontramos alguna sentencia más, pero tampoco son excesivamente numerosas, así la STS. de 3-2-69 dice: "...el comercio que hace una mujer de su cuerpo por dinero..." JurCri 172(1969), (quizás pudiera discutirse si el concepto comercio empleado no supondría la libertad de acceso, y, por con siguiente, estaríamos ante una sentencia perteneciente al tercer grupo, pero entendemos que esto no es así, ya que aunque el concepto comercio puede, y de hecho implicará normalmente pluralidad, este último concepto es en principio distinto al de libre acceso o acceso indiscriminado); también la de 20-11-71 que la define como: "la entrega en acto carnal del cuerpo a otra persona de sexo diferente mediante el pago del precio convenido" JurCri 1426(1971);

(34).- JurCri 1056

cia la línea doctrinal que exigía el doble requisito de venalidad y libre acceso, como claramente expresa la ya citada STS de 2-7-71 al definir la prostitución como:"...

"...libre acceso sexual mediante precio..."⁽³⁴⁾

Junto a las sentencias que se adhieren o siguen cualquiera de las tres corrientes caracterizadoras ya reseñadas, encontramos algunas que añaden algún elemento más. Así tenemos la de 17-11-72 que añase al doble criterio la necesidad de ausencia de ligamen emocional con la pareja,⁽³⁵⁾ elemento que en este caso, nos parece fuera de lugar, pues, la exigencia del libre acceso o del acceso indiscriminado, lo hacen totalmente superfluo. Lo mismo ocurre en la de 3-4-74 que hace el mismo planteamiento.⁽³⁶⁾ Si puede resultar útil en el supuesto recogido en la STS de 5-10-73, en la que este elemento se añade al simple criterio de venalidad.⁽³⁷⁾ Ahora bien, tanto en estos su-

(33).- (cont.) en el mismo o similar sentido vid. también las de 5-10-73 JurCri 101(1973) y la de 24-5-78 Aranz 2036 (1978). En la línea doctrinal que exige la presencia de ambos criterios están la mayoría de las definiciones del TS. Así las STS de 2-7-71:"...libre acceso sexual mediante precio..." JurCri 998(1971); de 17-11-72 JurCri 1593(1972); de 23-11-72 JurCri 1641(1972); de 10-11-73 JurCri 1331 (1973); de 3-4-74 JurCri 572(1974); de 13-2-76 Aranz 423 (1976); de 14-5-76 JurCri 678(1976); de 21-12-76 Aranz 5454(1976); de 27-11-78 Aranz 3811(1978).

(34).- JurCri 998(1971).

(35).- JurCri 1593(1972).

(36).- JurCri 572(1974).

(37).- JurCri 101(1973).

puestos, como en los que recogen las STS de 14-5-74 que requiere en la mujer un carácter de profesionalidad⁽³⁸⁾ y en la de 28-3-79 que habla de personas que se prostituyen comerciendo con sus cuerpos,⁽³⁹⁾ entendemos que estos elementos añadidos, normalmente tienen más efectos perturbadores que clarificadores, por lo que en principio nos manifestamos contrarios a su consideración.

Resulta interesante reseñar que en la mayor parte de las definiciones que el TS. da de prostitución, hace referencia a la denominada prostitución femenina, con expresa mención del carácter femenino de la persona que se prostituye; así la STS. de 25-6-68 señala: "...cabe la prostitución viciosa en que una mujer.⁽⁴⁰⁾" o la de 17-11-72: "...seres humanos femeninos co-sificados, que intercambian promiscuamente favores sexuales por dinero.⁽⁴¹⁾" o la rotunda de 24-5-78: "...la prostitución se refiere indudablemente a mujeres..."⁽⁴²⁾

(38).- Aranz 2283(1974)

(39).- Aranz 1425(1979)

(40).- JurCri 1056(1968)

(41).- JurCri 1593(1972)

(42).- Aranz 2036(1978). En el mismo sentido que las citadas pueden verse las STS. de 3-2-69: "...estimándose únicamente como tal el comercio que hace una mujer..." JurCri 172 (1969) de 23-11-72: "...es la entrega íntima de la mujer..." JurCri 1641(1972); de 3-4-74: JurCri 572(1974); de 14-5-74: "...se describe como actividad de la mujer..." Aranz 2283 (1974); de 13-2-76 Aranz 423(1976); de 4-3-77: "...comercio carnal de mujeres con..." JurCri 327(1977); de 5-2-79 Aranz 325(1979)

Junto a este grupo mayoritario de sentencias, encontramos también algunas que hacen una referencia genérica a personas.⁽⁴³⁾ Ahora bien, lo que no hemos encontrado ha sido ninguna que haga referencia a prostitución masculina. Esto nos hace llegar a la conclusión de que nuestros tribunales, si bien admiten la posibilidad teórica de una prostitución masculina al lado de la femenina, o bien no han tenido ocasión de manifestarse sobre ella, o no le dan de hecho la misma relevancia que a la prostitución femenina.

Por último, y ya para terminar la panorámica de la posición jurisprudencial sobre el concepto de prostitución, señalemos que es también mayoritaria la posición del TS. que exige que la prostitución sea heterosexual, así en STS. de 25-6-68 se dice: "...en que una mujer repite indefinidamente los actos sexuales con una serie de hombres..."⁽⁴⁴⁾, o más explícitamente la de 20-11-71 que señala como concepto de prostitución: "...la entrega en acto carnal del cuerpo a otra persona de sexo diferente..."⁽⁴⁵⁾ etc.⁽⁴⁶⁾ Los supuestos de prostitución

(43).- En sentido amplio de personas se manifiestan las STS. de 20-11-71: "...por ser la entrega en acto carnal del cuerpo a otra persona de sexo diferente..." JurCri 1426(1971); de 5-10-73: JurCri 101(1973); de 6-11-73: "...entrega sexual de una persona mediante precio..." JurCri 1331(1973); de 14-5-76 JurCri 678(1976); de 28-3-79 Aranz 1425(1979).

(44).- JurCri 1056(1968).

(45).- JurCri 1426(1971).

(46).- En el mismo sentido: STS: de 5-10-73 JurCri 101(1973);

homosexual, no los hemos visto recogidos como tales, aunque es posible que una parte de ellos, los reconduzcan sin más, al concepto de corrupción que examinaremos a continuación.

2.3 EL CONCEPTO DE PROSTITUCION QUE PROPONEMOS.

A nuestro entender, una de las dificultades en orden a dar una definición de la prostitución y a delimitar su alcance, radica de una parte en que la palabra prostitución se utiliza en dos acepciones distintas, y de otra en que en ocasiones aparece mezclada e incluso confundida con el concepto derivado: prostituta.

Nuestra primera tarea va a consistir en delimitar los conceptos, para poder así distinguirlos y definirlos, y a continuación vamos a tratar de indicar a qué concepto o conceptos ha hecho, y hace todavía, referencia el legislador cuando habla de delitos relativos a la prostitución.

Una primera acepción vulgar de la palabra prostitución es la que se refiere a la acción o actividad de la persona que se prostituye, acepción que va unida en el sentir popular al concepto de prostitución. Una segunda acepción de ese término, es la que hace referencia no a la actividad individual sino al fenómeno social que sobre esa actividad se orga-

(46).- (cont.) de 3-4-74 JurCri 572(1974); de 14-5-74 Aranz 2283(1974); de 13-2-76 Aranz 423(1976); de 4-3-77 JurCri 327(1977); de 5-2-79 Aranz 325(1979).

niza: rufianismo, proxenetismo, casas de citas, etc., y así se habla del fenómeno de la prostitución y del problema de la prostitución haciendo referencia no tanto al hecho individual de que una persona se prostituya sino al submundo que se crea alrededor de ese hecho individual.

Si ésto es así, no podemos enfrentar el estudio del tema de los delitos relativos a la prostitución sin saber a qué tipo de prostitución nos estamos refiriendo, y por consiguiente, se impone definir todos y cada uno de los conceptos.

A estos efectos nosotros propugnamos los siguientes conceptos:

La prostitución, como fenómeno social, debemos entenderla como el conjunto de actividades, relaciones, y ambiente que se crea y gravita sobre y en torno al hecho de la prostitución considerada como actividad personal.

Este fenómeno social surge, por consiguiente, sobre esa base y consiste en la organización, explotación, protección, intermediación, etc., de la prostitución ajena. Es por consiguiente, una actividad que si bien gravita sobre la prostitución personal, es, cuando menos conceptualmente, distinta y perfectamente diferenciable de la actividad que le sirve de base.

Por otra parte, la prostitución como actividad personal, debemos entenderla como la oferta indiscriminada, o la cesión a cualquier persona que lo solicite, del propio cuerpo

para fines sexuales, sin que sea indispensable la concurrencia de ánimo de lucro.

Este concepto, se alinea decididamente junto a los que propugnan el criterio del libre acceso-o la indeterminación de la persona a la que se hace la oferta o la cesión- como caracterizador de las conductas de prostitución. Respecto a la venalidad estimamos que, si bien es cierto que se dará en la mayor parte de los casos, no tiene el mismo rango que el libre acceso por lo que no lo consideramos indispensable para caracterizar una conducta como de prostitución, ni para considerar a una persona como prostituta.

Por último, entendemos que solo debe considerarse "prostituta" a la persona que de modo habitual ofrece de manera indiscriminada -o cede a cualquiera que lo solicite- su cuerpo para fines sexuales, sin que sea indispensable el ánimo de lucro.

Los fines sexuales para los que se ofrece o cede el propio cuerpo, pueden ser normales o anormales, e incluso, bajo nuestro punto de vista, podrían ser homosexuales,⁽⁴⁷⁾ aunque nuestro TS. suele reconducir este último supuesto, como veremos en su lugar oportuno,⁽⁴⁸⁾ a delitos de corrupción o de escándalo público.⁽⁴⁹⁾

(47).- En el mismo sentido DONDINA, prostituzione, 787.

(48).- vid. infra pag. 35

(49).- El TS. suele reconducir a corrupción los supuestos en

2.4 POSICION DEL LEGISLADOR ESPAÑOL.

Hecha esta delimitación y definición de conceptos, tratemos ahora de interpretar la posición del legislador ante este tema.

El legislador español, como se verá en los capítulos siguientes, desde el comienzo de la Codificación hasta nuestros días, lo que ha pretendido atacar no ha sido la prostitución entendida como actividad individual o personal, sino lo que hemos denominado prostitución entendida como fenómeno social. Ha dejado impune -salvo que esa conducta incida en otro delito del Código- la prostitución personal, y ha tratado de sancionar, en mayor o menor medida, según las épocas y los distintos Códigos que han estado en vigor, las conductas periféricas a esa actividad personal, pero no en tanto en cuanto suponían coparticipación en una actividad impune, sino en tanto en cuanto suponían una actividad distinta integradora de lo que hemos denominado prostitución en su aspecto de fenómeno social.

Por lo tanto, y a la vista de lo expuesto, debemos entender que siempre que el Código hable de promover, facilitar o inducir a la prostitución, o de dueños, gerentes, etc., de locales en los que se ejerce la misma, lo que está pretendiendo castigar es el fenómeno social de la prostitución en

(49).- (cont.) los que intervienen menores. Si ambos sujetos son mayores a lo sumo lo reconduce al delito de escándalo público.

el sentido en que lo hemos definido, y lo que tendrá realmente relevancia en esos casos a efectos punitivos, será el que de hecho se promuevan, se faciliten, etc. actos de prostitución, o bien el que en los locales de las personas a las que se refiere el Código se realicen tales actos, con independencia que sean o no prostitutas las personas que los realizan.

En consecuencia debemos concluir que lo que pretende el legislador es sancionar un tipo de conducta - las relativas a la prostitución, entendiendo ésta como fenómeno social - que se construyen sobre, o en torno, a la prostitución - entendida esta vez como actividad individual - que es en principio impune, y que no tiene otra relevancia con respecto a la primera que la de servirle de base. Se trata, por tanto, de dos hechos distintos e independientes y que además tienen tratamiento penal. Por consiguiente, es fundamental a la hora de hablar de prostitución saber a cuál de los dos conceptos estamos haciendo referencia.

3. CONCEPTO DEL TERMINO CORRUPCION.

El término corrupción no tiene, como el de prostitución que hemos examinado, un sentido vulgar que le haga inteligible sin necesidad de mayores precisiones. Incluso si recurrimos a la Real Academia, veremos que el concepto que da es un tanto vago y difuso: "Corromper es alterar y trastocar la forma de una cosa. Echar a perder, depravar, dañar, viciar, per -

vertir".⁽⁵⁰⁾ Esto supone la necesidad de delimitar y definirlo como paso previo a cualquier otra consideración.

Otro punto a tener en cuenta es que en la regulación penal moderna el término corrupción está muy vinculado a las personas menores de edad. En concreto surge en relación con las actividades lascivas realizadas sobre menores de edad.

Esto va a provocar que muchos autores se ocupen, no del concepto del término corrupción en sí mismo considerado, sino de dicho concepto vinculado a menores. Aparece entonces el término corrupción de menores que conlleva, como veremos posteriormente⁽⁵¹⁾ una carga valorativa penal concreta.

Nuestra labor en este epígrafe va a consistir en delimitar y definir el término corrupción desvinculándolo, en la medida de lo posible, de cualquier otro tipo de connotación. Una vez realizada esta tarea, estudiaremos los dos tipos delictivos con los que está profundamente relacionado, el de lenocinio y el de corrupción de menores.

3.1 EL CONCEPTO DE CORRUPCION EN LA DOCTRINA.

Como una primera aproximación, podemos señalar que el concepto de corrupción es en principio perfectamente aplicable a todas aquellas actuaciones humanas susceptibles de

(50).- DICCIONARIO voz Corrupción.

(51).- vid infra pag. 41ss. y 51

una valoración de orden ético o moral. En todos estos supuestos podremos afirmar que una actuación o conducta está corrompida si no se ajusta a las normas éticas o morales.

Aunque lo antedicho es cierto, la experiencia nos indica que tradicionalmente la doctrina y la práctica de los distintos países ha venido refiriendo -en el tema que nos ocupa- el concepto de corrupción únicamente al campo sexual⁽⁵²⁾ reduciendo su ámbito a la corrupción sexual.⁽⁵³⁾

Esta primera delimitación es admitida pacíficamente por la doctrina, -aunque no han faltado voces como la de CARRARA, que han precisado que la moralidad no es solo la sexual, por lo que sería deseable que se tomaran en consideración también otros supuestos-⁽⁵⁴⁾ y supone una concreción notable del tema, reduciéndolo al estudio y definición de que debe entenderse por corrupción sexual.

Junto a esta primera delimitación señalemos otra de la que simplemente vamos a hacer mención; se trata de deter -

(52).- en ese sentido CARRARA, programma V, § 2928,17

(53).- así MAGGIORE, señalará que corrompido es el que ha salido del estado de inocencia y que es experto en los secretos del amor, penal, 118 ; QUINTANO: "...pudiendo integrar el delito de corrupción cualquier comportamiento de inmoralidad sexual..." compendio, 250 ; TUOZZI: "La corruzione, adunque nel lenocinio, deve sempre consistere in atti di libidine..." lenocinio, 295 ; POLAINO habla del intempestivo despertar anormal de los instintos sexuales introducción 105 ; etc.

(54).- programma V. § 2928,18.

minar si la corrupción sexual relevante a los efectos del tema que estudiamos basta con que sea moral⁽⁵⁵⁾ o necesariamente ha de ser física.⁽⁵⁶⁾

Se suele entender por corrupción moral la pérdida de la castidad o el pudor pero en la mera esfera de los sentimientos⁽⁵⁷⁾ o, como dice RODRIGUEZ DEVESA, "perversión interna no trascendente a las costumbres del menor que aun corrompido sigue aparentando los mismos hábitos anteriores a la corrupción",⁽⁵⁸⁾ Por corrupción física entendemos, según CARRARA, "perdita materiale della sua pudizia"⁽⁵⁹⁾ o como dice CERELLI: "perdita de la castità corporea".⁽⁶⁰⁾

No vamos a entrar en la discusión de este punto ya que no va a aportarnos nada a los efectos del concepto de corrupción.

(55).- en ese sentido MANZINI: "La corruzione, de qui si tratta, non consiste in una modificazione organica, bensì in una alterazione psichica degradante..." trattato VII, 495 ; TUOZZI: "La corruzione, perciò, può essere soltanto morale, e non occorre che sia divenuta anche fisica" corruzione, 244 ; etc.

(56).- en ese sentido CARRARA: "Io penso dunque che la voce corruzione nel presente reato debba strettamente riferirsi alla corruzione corporea" programma V, § 2978, 94 ; DONDINA: "è lo stato de depravazione fisica e morale..." prostituzione, 787 ; MANFREDINI, trattato IX, 315.

(57).- CERELLI, corruzione, 704

(58).- RODRIGUEZ DEVESA, corrupción, 821.

(59).- CARRARA, programma V, § 2978, 93.

(60).- CERELLI, corruzione, 704.

Per otra parte, la exigencia de que la corrupción sea física o baste con que sea moral va a depender de a qué delito estemos haciendo referencia, si al de lenocinio o al de corrupción de menores, y aún dentro de esos delitos la doctrina tampoco es pacífica.

Hechas estas consideraciones, pasemos a señalar alguno de los conceptos que dá la doctrina. DONDINA señala que en el lenguaje vulgar, por corrupción sexual se entiende el abuso de los placeres sexuales,⁽⁶¹⁾ pero, el propio autor señala que ese concepto que puede ser válido para la corrupción considerada dentro del delito de lenocinio, no lo es para el de corrupción de menores, y por éello prefiere dar otro concepto:

"è lo stato fisiopsichico in cui viene a trovarai una persona minore a causa dell'intempestivo o anormale risveglio degli istinti sessuali e del conseguente bisogno di soddisfarli"(62)

esta definición, bastante interesante y completa, es seguida por bastantes autores, entre otros MAZANTI⁽⁶³⁾ en Italia, y entre nosotros, POLAINO.⁽⁶⁴⁾

Más completa, a nuestro entender, es la definición

(61).- DONDINA, nota 2 pag. 906 corruzione

(62).- ib. 906.

(63).- MAZANTI, corruzione, 1017

(64).- POLAINO, introducción, 105

que dá MANZINI al señalar que por corrupción se entiende:

"l'effetto, conseguente all'altrui istigazione, per qui rimanga contaminata la psiche del soggetto passivo, non ancora consapevole dei piaceri carnali, o gli vengano apprese pratiche inmorale o abitudine lascive, in modo de suscitare intempestivamente o de determinare viziosamente la sua sensibilità erotica.

Perciò la corruzione si ha tanto nella iniziazione prematura ai piaceri venerei, quanto nel fornire nozioni pratiche atte a determinare una maggiore esperienza viziosa nella persona già corrotta!" (65)

Entre la doctrina española, aparte de POLAINO ya citado, que se limita a traducir y a adoptar la definición de DONDINA, se han manifestado al respecto GROIZARD, que sigue prácticamente la definición de la Real Academia;⁽⁶⁶⁾ CUELLO, que no dá una definición de corrupción, pero que la equipara a vida inmoral comprendiendo dentro del concepto tanto la prostitución como la corrupción;⁽⁶⁷⁾ RODRIGUEZ DEVESA que tras señalar que el concepto de prostitución debe reservarse a las formas más degradantes y graves del tráfico sexual, indica que los restantes casos de impudicia corresponden al concepto de corrupción.⁽⁶⁸⁾

(65).- MANZINI, trattato VII, 495.

(66).- GROIZARD: "corrupción es la acción de corromper, y corromper es alterar y trastocar la forma de alguna cosa, echar a perder, depravar, y en sentido figurado pervertir o seducir a una mujer..." código V, 211.

(67).- CUELLO, penal II (1980), 669.

(68).- RODRIGUEZ DEVESA, corrupción, 821.

En conjunto y en resumen, podemos señalar que por regla general, la doctrina -partiendo de la base ya conocida de hacer recaer el acento del concepto de corrupción en la de tipo sexual- considera como tales actos de corrupción aquellos que suponen un adelantamiento prematuro de las experiencias sexuales, sean del tipo que sean en un momento en que la persona sujeto pasivo de la acción corruptora, no es capaz de asimilarlas, o bien, aquellos que suponen la enseñanza o puesta en práctica de conductas sexuales anormales o desviadas que provoquen o puedan provocar en la persona que las sufre alteraciones psíquicas degradantes o hábitos viciosos.

Quede bien claro que en todos estos supuestos los límites de lo normal, lo correcto o lo oportuno, vienen dados por las normas sociales reconocidas como correctas por cada grupo social concreto. Por consiguiente, lo que en un lugar o en una área cultural se considera como corrupción, puede no tener ese carácter en el país o área cultural vecino.

Si establecemos ahora una relación entre este concepto y el de prostitución que hemos comentado en páginas precedentes, podremos extraer las siguientes características diferenciales entre ambos:

.- La prostitución supone, por regla general, la realización del acto sexual, por el contrario, la corrupción supone, también por regla general, la realización de actos libidinosos distintos del acto

sexual. (Lo que no excluye la posibilidad de que la prostitución no implique la realización del acto sexual "demi-vierges" o por el contrario que la corrupción derive precisamente de una desordenada reiteración de actos sexuales).

.- La prostitución requiere la realización de actos necesariamente físicos, mientras que la corrupción admite junto con éstos las enseñanzas o ejemplos corruptores.

.- Como consecuencia de lo anterior, en la prostitución los actos libidinosos se realizan necesariamente sobre la persona que se prostituye; en los supuestos de corrupción, junto a estos actos, caben también los actos libidinosos realizados ante la persona a quien se corrompe, o los actos realizados, a instancias de otra, por la propia persona que se corrompe sobre sí misma, sobre quien la induce o sobre tercero.

.- Por último la prostitución requiere como requisito esencial que una pluralidad de personas tengan acceso carnal con la que se prostituye, o por lo menos que tengan esa posibilidad, por el contrario, en la corrupción, esa pluralidad no es exigida, es más, por regla general, la labor de corrupción suele realizarse una sola persona.

De lo expuesto en párrafos anteriores, podemos deducir que los conceptos de corrupción y de prostitución vienen a ser dos especies de un género común si bien, en cierto modo podemos considerar a la prostitución como una forma -quizás la más grave por lo degradante que es- de corrupción.

3.2 EL CONCEPTO DE CORRUPCION EN LA JURISPRUDENCIA DEL TS.

Antes de entrar en el examen del concepto que de corrupción dá el TS., debemos hacer unas precisiones.

La más importante consiste en lo siguiente: A partir del Código Penal de 1848, los delitos que estamos estudiando cuando se refieren a menores, quedan englobados bajo el epígrafe de "delitos de corrupción de menores".

Sin entrar ahora en la bondad o inconveniencia de tal expresión, que será objeto de un estudio posterior, es imprescindible tener ese dato en cuenta en orden a una correcta interpretación del término que nos ocupa, pues, en ocasiones el TS. va a utilizar la expresión corrupción refiriéndola al epígrafe, y en otras ocasiones va a utilizarla refiriéndose al concepto de corrupción propiamente dicho.

Por otra parte, prácticamente no vamos a encontrar una definición concreta de corrupción hasta principios de la década de 1970, y para esa fecha ya ha surgido el problema de delimitación de campos a que haremos referencia posteriormen -

te,⁽⁶⁹⁾ por lo que hay que tener también ese factor presente.

Con anterioridad a 1971, año en el que encontramos la primera definición jurisprudencial del término corrupción, no tenemos un concepto jurisprudencial concreto de qué debe entenderse por tal. Pese a éllo, del estudio de la jurisprudencia podemos deducir, si no un concepto, sí por lo menos qué conductas se entendían como corruptoras o de corrupción.

En sentido amplio, la jurisprudencia ha considerado la prostitución como una forma de corrupción y así en la S nº 153 de 19-4-11 se dice:

"que no solo pervirtió a la joven... sabiendo que tenía 18 años, sino que además la llevó a una casa de prostitución, realizando de un modo directo y voluntario, y en su más alto grado, la corrupción de la misma!" (70)

y en consecuencia ha considerado también que el admitir menores en casas de lenocinio para que allí ejercieran la prostitución era un acto que facilitaba la corrupción.⁽⁷¹⁾

(69).- vid infra pag. 44ss.

(70).- JurCri 153(1911). En el mismo sentido vid STS: de 8-5-12 JurCri 243(1912); 25-2-13 JurCri 106(1913); de 11-10-15 JurCri 63(1915); de 9-20-26: "...fueron también dos los actos realizados por élla para prostituir a las jóvenes, no siendo preciso que se hiciera constar la fecha exacta en que tuvieron lugar cada uno de los actos de corrupción!" JurCri 47(1926); de 24-1-29 JurCri 64(1929) de 10-5-57 JurCri 560(1957); de 1-3-61: "...quedaría sin sanción la facilitación mediante precio de medios para prostituirse, a la ocasional, que es el aspecto más digno de tutela y represión, o sea, el de corrupción inicial!" JurCri 244(1961).

(71).- En ese sentido vid STS: de 21-11-04 JurCri 163(1904):

En un sentido más estricto, son varias las conductas que los tribunales han considerado como corruptoras o de corrupción, así: el convencer, o por lo menos intentarlo, con halagos y promesas a una mujer menor para que concurra a una casa de lenocinio, aunque esto último no llegue a realizarse,⁽⁷²⁾ los actos inmorales (masturbación u otros) realizados por una menor a hombres,⁽⁷³⁾ consentir que en la propia casa yazcan una menor con otra persona,⁽⁷⁴⁾ sea o no su novio.

En este último supuesto, quedan excluidos los casos en que la mujer sea prostituta, ya que a pesar de que como hemos indicado podrían incluirse en el concepto amplio de corrupción, tiene una más correcta ubicación en otra figura.

Se han considerado también los actos de homosexualidad⁽⁷⁵⁾ si bien a este respecto, debemos señalar que estos supuestos entran tardíamente en la consideración de la jurisprudencia.

(71).-(cont.) de 6-4-10 JurCri 143(1910);de 3-1-11 JurCri 2(1911);de 8-5-12 JurCri 243(1912);de 11-10-15 JurCri 63(1915);de 5-12-23 JurCri 110(1923);de 11-11-24 JurCri 285(1924);de 5-2-26 JurCri 38(1926);de 14-2-28 JurCri 70(1928);de 11-12-62 JurCri 1332(1962).

(72).- STS de 8-5-888 JurCri 383(1888);de 5-2-09 JurCri 59(1909).

(73).- STS de 29-10-02 JurCri 87(1902);de 5-1-10 JurCri 2(1910).

(74).- STS de 7-12-17 JurCri 28(1917);de 5-2-26 JurCri 38(1926);de 10-6-57 JurCri 560(1957).

(75).- STS de 13-3-51 JurCri 126(1951);de 30-9-63 JurCri 1113(1963);de 17-5-65 JurCri 861(1965);etc.

dencia y constituyen uno de los pilares del problema de delimitación que hemos citado varias veces entre el delito de corrupción de menores propiamente dicho y el de lenocinio que estudiaremos en su lugar oportuno. Por último reseñemos un supuesto que sólo en rarísimas ocasiones ha aparecido recogido en la jurisprudencia española, esto es, considerar como supuesto de corrupción el hecho de que sean menores los varones clientes de una casa de lenocinio.⁽⁷⁶⁾

Como ya hemos indicado más arriba, las primeras definiciones jurisprudenciales del concepto que nos ocupa no aparecen hasta principios de la década de 1970. En cualquier caso no encontramos una definición unitaria, pero si podemos deducir de las distintas definiciones del TS. una serie de elementos a los que va haciendo continua y reiterada referencia.

El primero de ellos y uno de los más importantes viene a poner como elemento desencadenante de la corrupción la realización de actos impúdicos, concupiscentes, obscenos o aberrantes con o sobre la persona objeto de corrupción.⁽⁷⁷⁾

(76).- STS de 21-3-51 JurCri 148(1951).

(77).- En ese sentido pueden verse las STS: de 2-7-71 JurCri 998(1971); 20-11-71 JurCri 1426(1971); 7-12-72 JurCri 1730(1972); 3-4-74 JurCri 572(1974); de 25-10-74 JurCri 1406(1974); de 26-5-75 JurCri 833(1975); de 23-12-75 JurCri 1767(1975); de 20-2-76 JurCri 241(1976); de 27-3-76 JurCri 471(1976); de 18-6-76 JurCri 837(1976); de 30-11-76 JurCri 1400(1976); de 10-2-77 JurCri 176 bis (1977); de 18-1-78 JurCri 23(1978); de 19-4-78 Aranz 1468(1978); de 27-11-78 Aranz 3811(1978).

A este respecto se ha planteado si el acto sexual normal debe extenderse comprendido dentro de este concepto o no. La solución de la jurisprudencia ha sido señalar que excepto los supuestos en los que el yacimiento se realice por precio⁽⁷⁸⁾ cabe dentro del concepto de corrupción la actividad sexual normal siempre que por su repetición (con varones diferentes) o por sus características impliquen una degradación de la mujer o una iniciación en el camino del vicio.⁽⁷⁹⁾

En mucho menor número, pero importantes por ser alguna de ellas bastante reciente, encontramos posiciones jurisprudenciales que junto a los actos impúdicos materiales, admiten como desencadenantes de corrupción las enseñanzas de tipo sexual, bien sean depravadas o aberrantes, bien sean simplemente prematuras o extemporáneas.⁽⁸⁰⁾

En cualquier caso, sean actos lascivos o enseñanzas, es posición común de la jurisprudencia del TS. el exigir que éstos produzcan o sean susceptibles de producir efectos depravantes o estragadores capaces de alterar o desviar el recto instinto sexual o la correcta formación de tipo moral de la

(78).- STS de 30-11-76: "...salvo la entrega íntima carnal por precio que supondría dar vida al otro supuesto del tipo..." JurCri 1400(1976).

(79).- Así por vía afirmativa la STS de 7-12-72 JurCri 1730 (1972), y por vía negativa la de 6-11-73 JurCri 1221 (1973).

(80).- En ese sentido las STS: de 20-11-71: "...por lo que encajan en dicho delito tanto las actividades de corrupción

persona que los sufre.⁽⁸¹⁾

A los efectos antes reseñados, un sector de la doctrina jurisprudencial exige que los actos impúdicos tengan cierta continuidad o denoten un arraigo o permanencia susceptibles de producirlos.⁽⁸²⁾

Para finalizar, y a título de ejemplo vamos a transcribir una de las definiciones dadas por el TS. recordando que no existe una definición unitaria. Viene recogida en la S. de 19-3-79 y señala:

"debe reputarse como constitutivo de corrupción toda práctica o enseñanza sexual repugnadas por la ética por ser susceptibles de desviar el recto y normal instinto sexual!"⁽⁸³⁾

(80).- (cont.) materialmente ejercitadas como las idealmente enseñadas..."JurCri 1426(1971);de 17-2-76:"...constituye tal delito en tanto en cuanto se hayan enseñado al sujeto pasivo prácticas perversas o desviadas...o simplemente prematuras o extemporáneas..."JurCri 222(1976);de 19-3-79:"... debe reputarse como constitutivo de corrupción toda práctica o enseñanza..."Aranz 1297(1979).

(81).- En ese sentido pueden verse las STS:de 7-12-72 JurCri 1730(1972);de 18-1-74 JurCri 71(1974);de 3-4-74 JurCri 572(1974);de 25-10-74 JurCri 1406(1974);de 26-5-75 JurCri 833(1975);de 23-12-75 JurCri 1767(1975);de 17-2-76 JurCri 221(1976);de 20-2-76 JurCri 241(1976);de 30-11-76 JurCri 1400(1976);de 10-2-77 JurCri 176 bis(1977);de 9-12-77 JurCri 1212(1977);de 13-12-77 JurCri 1229(1977);de 18-1-78 JurCri 23(1978);de 19-4-78 Aranz 1468(1978);de 27-11-78 Aranz 3811(1978);de 19-3-79 Aranz 1297(1979).

(82).- En el sentido del texto vid.STS:de 2-7-71 JurCri 998 (1971);de 18-7-74 JurCri 71(1974);de 25-10-74 JurCri 1406 (1974);de 9-12-77 JurCri 1212(1977);de 19-4-78 Aranz 1468 (1978).

(83).- Aranz 1297(1979).

3.3 EL CONCEPTO DE CORRUPCION QUE PROPONEMOS.

Tal y como hemos señalado al iniciar el tema del concepto de corrupción, vamos aquí a tratar de dar una definición de ese término desvinculada de cualquier tipo de connotación, de modo que pueda resultarnos útil y aplicable a los diferentes casos que puedan presentarse.

Señalemos en primer lugar que el término corrupción puede tomarse en una doble acepción claramente diferenciada, ésto es, en un sentido de acción que iría aparejada al verbo corromper, y en un sentido de estado, de situación, y en este supuesto iría unida al adjetivo corrompido/a.

En el primer supuesto, ésto es, por corrupción en el sentido de acción, debemos entender la puesta en marcha de actos o acciones corruptoras encaminadas a conseguir la corrupción (en el sentido de estado) de una o varias personas.

Por otra parte, por corrupción, en el sentido de estado, debemos entender el efecto resultante del ejercicio de esas acciones corruptoras, ésto es: el estado fisiopsíquico en que se encuentra una persona a la que se ha desviado o alterado su anteriormente recto instinto o moral sexual.

Lo anteriormente expuesto, nos lleva a un último punto, a nuestro entender clave para una correcta comprensión de lo dicho, y en general, del concepto de corrupción, ésto es, qué debemos entender, o qué actuaciones debemos incluir en lo que hemos denominado acciones o actos corruptores.

Dentro del concepto de acciones o actos corruptores debemos incluir: toda enseñanza o toda práctica de tipo sexual contraria a la ética sexual social, realizada ante, sobre o por una persona, susceptible de desviar o alterar su recto instinto o su correcta moral sexual.

Consideramos que debe incluirse en el concepto de acciones corruptoras las enseñanzas, puesto que si bien es cierto que en este caso de no llevarse a la práctica las mismas, dicha conducta dará lugar a lo sumo a una corrupción de tipo moral, que no suele bastar a los legisladores para imponer sanciones penales, no es menos cierto que aunque moral, la corrupción se produce; y lo que aquí pretendemos, es dar un concepto general que luego podamos acomodar a los distintos supuestos.

Hablamos de "realizada ante, sobre o por persona" para recoger las tres formas posibles de realización de la conducta, esto es: acciones lascivas o depravantes realizadas por persona o personas ante otra a la que con tales ejemplos o visiones se corrompe; esos mismos actos realizados directamente sobre la persona, y por último el supuesto en que es la propia persona que va a resultar corrompida la que impulsada, aconsejada o convencida por otra, realiza esos actos sobre sí misma, sobre el que la induce o sobre un tercero.

Por último señalemos que basta con que las conductas de que tratamos tengan potencialidad suficiente para pro-

ducir los efectos corruptores.

Entendemos que el concepto estricto de corrupción debe quedar reducido a lo dicho, pues, los restantes elementos que se le pueden añadir corresponden ya, como indicaremos a continuación a conceptos o tipos delictivos concretos.

4. EL DELITO DE LENOCINIO Y EL DE CORRUPCION DE MENORES.

El delito de lenocinio, y el de corrupción de menores, van a constituir, en las legislaciones penales modernas, las dos figuras delictivas en las que se van a plasmar las conductas relativas a la prostitución, y aquellas relativas a la corrupción que el legislador ha considerado merecedoras de una sanción penal.

La aparición de ambas figuras no ha sido simultánea. Como veremos a continuación, cada una de ellas responde a unas necesidades concretas y trata de cubrir un espacio determinado. Por otra parte, el alcance de las mismas no es el mismo en todas las legislaciones e incluso, no siempre el mismo nombre corresponde al mismo contenido.

Nuestra labor, a lo largo de este epígrafe, va a consistir en indicar sumariamente la génesis, contenido y alcance de estos preceptos, así como tratar de establecer las diferencias entre ellos.

Antes de iniciar la exposición del tema, tenemos que hacer una advertencia importante. En este epígrafe, a diferen-

cia con los anteriores, no vamos a tratar, como puntos diferenciados, la doctrina y la jurisprudencia referidas a nuestro derecho. La razón es sencilla y obvia. El núcleo esencial de nuestro trabajo de investigación va a consistir en el estudio de la evolución legislativa de estos temas en nuestro derecho. A medida que vayamos estudiando esa evolución, examinaremos la doctrina y la jurisprudencia de un modo amplio y detallado. En consecuencia, en este epígrafe nos vamos a limitar a dar los conceptos y a delimitar los delitos de lenocinio y de corrupción de menores, sentando las bases que nos permitan luego, en el desarrollo de nuestro estudio, determinar a cuál de las dos figuras pertenece el supuesto concreto que estamos examinando.

Dado que el concepto general de lenocinio -que no su alcance- es pacífico en la doctrina de los distintos países vamos a partir de él para desarrollar este epígrafe.

El lenocinio, en sentido jurídico, podemos definirlo siguiendo a CARRARA como:

"tutti i modi coi quali un terzo s'intromette fra due persone ordinariamente di sesso diverso onde fare che l'una acceda al desiderio carnale dell'altra; oppure che siano agevolati i reciproci desiderii già in loro formati di conoscersi carnalmente!"(84)

(84).- CARRARA, programma, § 2958, 65; en el mismo sentido TUOZZI, lenocinio, 290; CERELLI, corruzione, 697; PERRIS, lenocinio, 768; DONDINA, prostituzione, 787; el Código penal alemán § 180 lo define, diciendo: "Wer gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz durch seine Vermittelung oder durch

El lenocinio, por consiguiente, consiste en una conducta de tercería en una relación de tipo sexual. Esta conducta ha recibido en la doctrina distintos apelativos, que podemos considerar como sinónimos: alcahuetería, proxenetismo, tercería,⁽⁸⁵⁾ y su punición, a partir de la Codificación, es muy irregular, dependiendo en gran medida de las legislaciones concretas y del sistema legislativo al que pertenezcan.

En ese sentido, podemos establecer una diferencia -ción esencial entre los llamados derechos románicos y los denominados derechos germánicos. En los primeros, por regla general, el alcance de la tercería punible queda limitado a casos muy concretos, en particular a menores de edad, mientras que los segundos admiten una más amplia punición de tales conductas⁽⁸⁶⁾

(84).- (cont.) *Gewahrung oder Verschaffung von Gelegenheit der Unzucht Vorschub leistet, wird wegen Kuppelei...*"; en el mismo sentido de señalar como característico del lenocinio la tercería sexual BERGER, *trattato*, 371; MERKEL, *penal*, 124; MEZGER, *penal*, 127 ss.

(85).- así en las Partidas se dice: "Leno en latín tanto quiere decir en romance como alcahuete" Part. VII, Tit. XXII, L.I, MOMMSEN sostiene que el término proxenetismo (*Kuppelei*) aparece ya en la Lex Iulia aplicado al más grave de los lenocinios. *Strafrecht*, 699; VIADA equipara los términos al señalar: "El hecho que constituye el delito que aquí se prevé y castiga es conocido en castellano con el nombre de lenocinio o con el más vulgar de alcahuete, y también con el apelativo más gráfico (no admitido aun por la Academia) de proxenetismo derivado de la voz griega , que significa negociador;" *código* 137.

(86).- En el mismo sentido MEZGER, *penal*, 127.

CARRARA, tratándose de establecer una clasificación de las posibles modalidades de lenocinio punible, distinguía tres supuestos:

- .- Supuestos en los que se castiga la simple tercería sexual sin más requisitos.⁽⁸⁷⁾
- .- Supuestos en los que sólo se castiga la tercería cuando se realiza habitualmente o por lucro.⁽⁸⁸⁾
- .- Supuestos en los que sólo se castiga la tercería cuando recae sobre menores.⁽⁸⁹⁾

indicando a continuación que para él la única cierta y correcta era la tercera- que a su vez coincidía con la prevista en el Código francés y con la prevista en el Código sardo-a la que debía darse como nombre más propio el de corrupción de menores.⁽⁹⁰⁾

El origen de la mezcla de conceptos -lenocinio corrupción de menores- que encontramos en CARRARA, hemos de buscarlo en el tenor literal del artículo 334 de Código francés y en la interpretación que del mismo hicieron la doctrina y la jurisprudencia. Decía así el artículo 334:

(87).- CARRARA, programma, § 2960, 67s.
 (88).- ib. § 2961, 69ss.
 (89).- ib. § 2962, 71-4.
 (90).- ib. § 2971, 85.

"Quiconque aura attenté aux mœurs, en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jéneusse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt et un ans, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de cinquante francs à cinq cents francs.- Si la prostitution ou la corruption a été excitée, favorisée ou facilitée par leurs pères, mères, tuteurs ou autres personnes chargées de leur surveillance, la peine sera de deux ans à cinq ans d'emprisonnement, et de trois cents francs à mille francs d'amende!"

Como podemos deducir del estricto tenor del mismo, no queda claro, si el contenido del precepto hace referencia únicamente a lo que hemos denominado conductas de lenocinio o de tercería, o si cabe también incluir dentro del mismo las conductas realizadas por un sujeto para satisfacer sus propias pasiones.

Atendiendo a los antecedentes inmediatos del Código francés-el Código de policía municipal y correccional de la Revolución, con la interpretación que del mismo en este punto hizo el mensaje dirigido por el Directorio al Consejo de los Quinientos el 17 de NIVOSE año IV- y a las palabras de MONSEIGNAT al comentar este texto en la presentación del proyecto de Código a la Cámara Legislativa,⁽⁹¹⁾ podríamos deducir que este precepto nació pensado para las conductas de lenocinio o tercería. Ahora bien, en torno a este precepto se levantó una dura discusión, pues, si bien es cierto lo que acabamos de decir respecto a que los antecedentes apuntan a que

(91).- vid en GARÇON, penal, 221s.; en GARRAUD, traité V, § 1850, 104.

se pretendía tipificar un delito de lenocinio, no lo es menos que en el tenor del Código, y sin forzarlo, cabe también la figura del que trata de satisfacer sus propias pasiones. Esto dió lugar a que la jurisprudencia se mostrase irregular e irresoluta, pudiendo encontrar sentencias en uno u otro sentido.⁽⁹²⁾

A nuestro entender, la razón fundamental que movió a la doctrina y a la jurisprudencia a ampliar el alcance del precepto que comentamos, fué la indefensión en que quedaban los menores frente a las conductas de los que les corrompían para satisfacer sus propias pasiones,⁽⁹³⁾ pues, tales conductas no resultaban punibles según el Código penal, más que en casos muy concretos.⁽⁹⁴⁾

Esta confusión de conceptos que pasa a varios de los Códigos sobre los que ejerció su influjo al francés, entre ellos el sardo, es la que detectábamos en CARRARA, si bien hay que señalar que el ilustre maestro de Pisa intuyó la solución del problema aunque no llegase a plasmarla.

(92).- Vid en ese sentido con cita de abundante jurisprudencia: ROGRON, penal, 825-8; DALLOZ, penal, 519; GARRAUD, traité V, § 1849, 1850 y 1851.

(93).- Vid a este respecto la interesantísima exposición de la evolución de la jurisprudencia francesa y los motivos de esa evolución en DALLOZ, penal, 519-21.

(94).- Vid en esta línea GARRAUD, traité V, 111 que señala que admitir esa extensión sería resucitar los delitos de estupro y rapto borrados del catálogo de delitos por el derecho francés moderno.

Para solucionar el problema de la confusión ZANARDELLI crea en el Código Penal italiano de 30 de Junio de 1889 el denominado delito de corrupción de menores, que pretende recoger los supuestos de actuación de un sujeto sobre un menor con el fin de satisfacer sus propios deseos lascivos, que no estuvieran recogidos en otro lugar del Código.⁽⁹⁵⁾ Con éllo, el delito de lenocinio recupera su sentido propio de conducta de tercería o de mediación, y surge una nueva (?) forma delictiva que es la de corrupción de menores, que a partir de ese momento, adquiere un concepto y un contenido propio.

El posible problema de delimitación vuelve a plantearse, dado que la conducta de lenocinio puede recaer tanto sobre actos de prostitución como sobre actos de corrupción. Esto supone establecer unos criterios diferenciadores que nos permitan, ante un supuesto de corrupción, saber si el delito cometido es el de lenocinio o el de corrupción de menores. Estos criterios son los que pasamos a exponer.

El principal elemento diferenciador entre el delito de lenocinio en cualquiera de sus formas y el de corrupción de menores, radica en que la conducta del primero debe realizarse necesariamente para satisfacer deseos de tercero, mientras que la del segundo se actúa siempre para satisfacer propias pasiones.⁽⁹⁶⁾

(95).- En ese sentido TUOZZI, corruzione, 238; CERELLI, corruzione, 699.

(96).- En el mismo sentido: TUOZZI, lenocinio, 293; DONDINA,

Como consecuencia de lo dicho, una conducta de tercería o lenocinio puede recaer lo mismo sobre prostitución que sobre corrupción, mientras que la de corrupción de menores no puede recaer en ningún caso sobre supuestos de prostitución, puesto que supondría una contradicción conceptual y daría lugar a un delito de lenocinio.

Por otra parte, la corrupción posible en el delito de tercería ha de estar constituida por actos libidinosos y ha de ser necesariamente física,⁽⁹⁷⁾ si bien dado que lo penalmente relevante es el hecho de la mediación o tercería, para la consumación del delito bastará con que se realicen los actos de mediación sin que tengan que realizarse materialmente los actos de corrupción.⁽⁹⁸⁾ Por el contrario, la corrupción, dentro del delito de corrupción de menores, puede consistir lo mismo en actos libidinosos que en enseñanzas y puede, por consiguiente, ser física o moral.⁽⁹⁹⁾ Los actos de corrupción de - ben necesariamente realizarse para que la conducta sea consumada.⁽¹⁰⁰⁾

(96).- (cont.) prostituzione, 787; MANFREDINI, trattato IX, 311; la misma conclusión parece desprenderse de PERRIS, lenocinio, 768.

(97).- En el sentido del texto TUOZZI, lenocinio, 295.

(98).- MANFREDINI, trattato IX, 312.

(99).- *ib.* 315.

(100)- *ib.*, 197; en el mismo sentido MAGGIORE, penal, 115.

Señalemos, además, que dentro del delito de lenocinio, la doble consideración de prostitución o corrupción no tiene más relevancia que la de establecer un crescendo⁽¹⁰¹⁾ en el que la prostitución vendría a constituir la forma más grave y degradante de la corrupción, sin que tenga mayor sentido el distinguir entre ambos conceptos ya que lo relevante es la conducta de tercería.⁽¹⁰²⁾

Por último reseñemos que en el delito de lenocinio, al ser lo relevante la conducta de tercería carece de importancia que la persona que la sufra, esté o no corrompida con anterioridad,⁽¹⁰³⁾ mientras que en el de corrupción de menores es condición indispensable que no lo esté.⁽¹⁰⁴⁾

(101).- TUOZZI, lenocinio, 297.

(102).- en sentido similar ib., 296; MANZINI, trattato VII, 492.

(103).- en ese sentido MANZINI, trattato VII, 491-2

(104).- CERELLI, corruzione, 700; MEMBOLA, corruzione, 489, si bien señala este último que al ser la corrupción susceptible de gradación podría darse el delito sobre persona parcialmente corrompida siempre que con esa conducta se le corrompa aun más.

5. RESUMEN

En este epígrafe vamos a recoger, en rápida y breve síntesis, los elementos esenciales de los distintos términos estudiados en los epígrafes anteriores.

Corrupción: La corrupción, en el tema que nos ocupa, está referida única y exclusivamente al aspecto sexual. Suele consistir en actos libidinosos -por regla general distintos al coito- o en enseñanzas o ejemplos corruptores. Por último los actos corruptores pueden ser realizados por un único sujeto.

Prostitución: Generalmente implica la realización del acto sexual, si bien no es imprescindible. Requiere como requisito ineludible la libertad de acceso promiscuo, esto es, que una pluralidad de personas tenga -o pueda tener- acceso carnal indiscriminado con la persona que se prostituye.

Delito de lenocinio: Consiste esencialmente en una labor de mediación o tercería encaminada a satisfacer deseos libidinosos de un tercero, si bien, no es imprescindible que ese tercero esté ya determinado. La conducta promovida o favorecida con eaa labor de tercería puede ser lo mismo de prostitución que de corrupción. Al ser relevante la conducta de tercería y no otra cosa, a efectos de la consumación es indiferente que la consucta promovida o facilitada se haya realizado o no. Por último, y por la misma razón antes expuesta,

es irrelevante que la persona cuya prostitución o corrupción se promueve o facilita esté o no previamente prostituida o corrompida.

Delito de corrupción de menores: En estos delitos, la conducta del sujeto activo debe recaer necesariamente sobre un menor y debe realizarse para satisfacer los propios deseos. Sólo son admisibles conductas que conlleven o provoquen corrupción, no los que lleven a la prostitución. Para la consumación del delito se requiere que se produzca la corrupción del menor. Por último, a diferencia del delito antes comentado, en el de corrupción de menores es indispensable que el menor en cuestión no esté previamente corrompido.

Con lo expuesto en este epígrafe y en los anteriores, consideramos que quedan suficientemente delimitados los conceptos que hemos examinado. Esto nos va a permitir estudiar con más facilidad la evolución de la legislación española sobre estos temas, tarea ésta que desarrollaremos en los capítulos posteriores, ya que hemos establecido un lenguaje y una terminología común.

PRIMERA PARTE:

LA REGULACION DE LAS CONDUCTAS RELATIVAS A LA PROS-
TITUCION Y A LA CORRUPCION EN LAS PRIMERAS CODIFICACIONES.

Capítulo de las CONDUCTAS
CORRUPTAS

1. SEÑALACIONES

1822, para
rel.

señalare
en cas
sino,

Capítulo Primero:

LAS CONDUCTAS RELACIONADAS CON LA PROSTITUCION O LA
CORRUPCION EN EL CODIGO PENAL DE 1822.

Capítulo I: LAS CONDUCTAS RELACIONADAS CON LA PROSTITUCION O LA CORRUPCION EN EL CODIGO PENAL DE 1822.

1. GENERALIDADES.

Antes de iniciar el estudio del Código Penal de 1822, permítasenos hacer unas consideraciones de índole general.

En pocas materias, como en la que nos ocupa, puede señalarse unas fechas, unos momentos concretos que supongan un cambio trascendental, ya sea en la regulación legal de la misma, ya sea en sus principios inspiradores.

En el caso de las conductas relacionadas con la prostitución o la corrupción, esos hitos son muy claros, y los encontramos en la ley de reforma de determinados artículos del Código Penal de 1870 dictada el 21 de Julio de 1904⁽¹⁾ y en la promulgación del Código Penal, Texto Revisado de 1963.⁽²⁾

(1).- Esta ley fué dictada como consecuencia de la Conferencia Internacional de París de 1902. En élla se establecieron por primera vez, con carácter imperativo, los principios internacionales de lucha contra la corrupción de menores, ciertos supuestos de prostitución de mayores de edad y la trata de blancas. La importancia que tiene para nosotros la citada Conferencia, radica, como queda dicho, en que dió lugar a la ley que comentamos, en la que se estableció una regulación del tema de la prostitución en el ámbito penal que constituye la base de la regulación actual del tema. Para el desarrollo de estos puntos Vid. infra pag. 240ss.

(2).- La regulación de estas conductas en el Código Penal,

Entre estas dos fechas hay que destacar otra que resulta básica, la del D-l. de 3 de marzo de 1956, ya que a partir de ella se pasa de un régimen tolerante o reglamentarista, a otro abolicionista. Esto supone distinguir dos etapas, la anterior a 1956, y la posterior a tal fecha, y, dentro de la primera todavía otras dos, la anterior a la L. de 21 de Julio de 1904, y la posterior a la misma y anterior a 1956.

Los Códigos que estudiaremos en este capítulo y en el siguiente, son los correspondientes al primer período de referencia que incluye los de los años 1822, 1848-50⁽³⁾ y 1870.

No vamos a entrar en el estudio de la gestación y génesis de este Código, por más que resulte un tema sugerente, ya que es una tarea que excede con mucho el marco del trabajo que nos hemos impuesto. Por otra parte, sobre ese tema se han

(2).- (cont.). Texto Revisado 1963, es el resultado del influjo del Convenio Internacional de Lake Succes de 1950, influjo que se tornó determinante en el momento en que España se adhirió al citado Convenio en 1962 (el instrumento de ratificación lleva fecha de 18 de Septiembre de ese año y apareció en el BOE. nº 230 de 25 del mismo mes) ya que en virtud de lo previsto en el mismo se comprometía a adecuar su legislación interna, en la medida de lo posible, a lo acordado en el mismo, lo que le obligó a modificar algunos preceptos que no estaban conformes con el tenor del Convenio.

(3).- Utilizamos la notación Código Penal 1848-50 porque, como ya es por todos sabido, el llamado Código Penal de 1850 no constituye un Código nuevo en realidad, sino que es simplemente una Edición Oficial Reformada del Código Penal de 1848 que no revistió especial importancia (en el similar sentido RODRIGUEZ DEVESA, penal I, 100-3).

manifestado ya eminentes autores, y a lo dicho por ellos nos remitimos.⁽⁴⁾

Otro tema de interés, pero en el que tampoco vamos a entrar por las razones antedichas, es el de la vigencia o no de este Código, punto éste muy debatido por la doctrina.⁽⁵⁾

Nosotros con independencia de si estuvo o no en vigor, vamos a estudiarlo detenidamente ya que, en cualquier caso, constituye, cuando menos, un importante antecedente, pues, en él se recoge el primer intento, en el Derecho Penal Español, de regulación moderna de los temas relacionados con la prostitución o corrupción.

(4).- Para un estudio detallado del tema véanse: Diario de las Sesiones de Cortes: Legislatura de 1821, Legislatura extraordinaria de 1821-22, Legislatura de 1822 y Legislatura extraordinaria de 1822-23. ALONSO y ALONSO, vigencia. 2-15; ALVAREZ GARCIA, aplicación. 229-35; ANTON ONECA, historia, 263-78; BENTHAM, cartas; CASABO, aplicación. 333-44; COLEGIO, observaciones; CUELLO CONTRERAS, análisis. 83-110; JIMENEZ DE ASUA, tratado, I. 756ss; SAINZ CANTERO, informe. 509-38; SALILLAS, evolución. 243ss.

(5).- Así JIMENEZ DE ASUA afirma: "Como hemos dicho, la vida de este Código -que Silvela niega- fué harto breve" tratado I, 758. Luego para él el Código sí tuvo vigencia real; Por su parte PACHECO señala: "La proscripción general contra todo lo que había hecho el liberalismo, no podía eximir de sus rudas, bárbaras condenaciones al nuevo y adelantado Código" y más adelante señala: "Mirado como hijo de la Constitución, compartió aquel Código el terrible anatema que pesaba contra su madre;" y anteriormente indicaba: "Sanccionado por el Rey, publicóse y comenzó a regir como ley del Estado" código I, LIVs. Luego para este tratadista también estuvo en vigor. ALONSO y ALONSO, vigencia. defien - de por su parte la negativa, afirmando que no llegó a en -

En cualquier caso, su escasa o nula vigencia, tiene como consecuencia la inexistencia de comentarios al Código,⁽⁶⁾ con lo que la literatura jurídica sobre el tema queda reducida a los estudios que, sobre su génesis o vigencia,- y a lo sumo, como en el caso de SALILLAS,⁽⁷⁾ sobre puntos concretos de Parte General,- han realizado a posteriori, algunos autores.

La consecuencia de todo ello, es que las tareas de investigación y exégesis, de los delitos concretos se ven seriamente dificultados, ya que el único material realmente valioso en orden a una correcta interpretación de los distintos preceptos queda reducido a las discusiones habidas en el seno de las Cortes sobre el proyecto de Código. Este material, en lo que se refiere a nuestro tema, es por desgracia sumamente escaso, ya que se reduce, por regla general, a un resumen por parte de CALATRAVA de los trabajos previos, y una ligera de -

(5).- (cont.) trar en vigor. ANTON ONECA: "Dada la vigencia oficial sólo por unos meses; el hábito de los Tribunales al arbitrio judicial del antiguo régimen y la natural resistencia a aprender y aplicar ley tan complicada y distinta, junto con los azares de la guerra que mantuvo simultáneamente autoridades de uno y otro bando en los diferentes lugares de España, se puede pensar que la aplicación del Código debió ser, a lo más, breve, imperfecta y desigual" Historia, 275. Ultimamente, ALVAREZ GARCIA, aplicación. y CASABO, aplicación, defienden la real aplicación de este Código, si bien este último admite que en su caso lo que puede resultar dudoso es la uniformidad de esa vigencia.

(6).- En el mismo sentido se manifiesta SALILLAS, evolución. II.243.

(7).- SALILLAS, ib.

fensa del precepto en cuestión, aprobándose después el mismo sin más discusión.⁽⁸⁾ En lo que respecta al tipo recogido en el artículo 676, no tenemos ni siquiera éso, pues dado que no se presentaron enmiendas al mismo en el Proyecto, se aprobó sin comentarios.⁽⁹⁾

2. REGULACION LEGAL.

En el Código Penal de 1822, las conductas relacionadas con la prostitución o la corrupción, están recogidas en la Parte Primera "de los delitos contra la sociedad", Título VII: "de los delitos contra las buenas costumbres", Capítulo II: "de los que promueven o fomentan la prostitución, y corrompen a los jóvenes, o contribuyen a cualquiera de estas cosas", en los artículos 535 a 542.

Junto a estas figuras, vamos a estudiar también otra, que si bien no hace referencia directa a supuestos de prostitución o corrupción, sí tiene que ver con el delito que denominábamos de lenocinio en el capítulo preliminar.⁽¹⁰⁾ Esta figura, que viene recogida en la Parte Segunda: "de los deli-

(8).- Vid Diario de las Sesiones de Cortes nº 119 de 22 de Enero de 1822. 1960ss.

(9).- Vid ib. nº 126 de 29 de Enero de 1822. 2059/b.

(10)- Vid supra pag. 41 y 50

tos contra los particulares;" Título I: "de los delitos contra las personaas;" Capítulo IV: "de los raptos, fuerzas y violencias contra las personas, y de la violación de los enterramientos;" en el artículo 676, recoge una de las formas de alcahuetería clásica en nuestro derecho histórico⁽¹¹⁾ y es citada por la doctrina como uno de los antecedentes a tener en cuenta a la hora de interpretar la legislación posterior sobre este tema.⁽¹²⁾

Para facilitar la comprensión de los epígrafes siguientes, transcribimos a continuación el tenor literal de los artículos a que hemos hecho referencia, y que serán objeto de nuestro estudio posterior.

(11).- Es ya clásica la cita de la Partida VII, Título XXI, Leyes 1ª y 11ª. En la Ley 1ª se define la palabra alcahuete equiparándola a la latina leno: "Leno en latín tanto quiere decir en romance como alcahuete que engaña a las mujeres sonsacándolas et faciéndolas facer maldat de sus cuerpos..." y posteriormente, al dar cuenta de las cinco maneras de ser alcahuete, en la segunda señala: "La segunda es de los que andan por trujamanes alcohutando las mujeres que están en sus casas para los varones por algo que dellos reciben!" Posteriormente, al señalar las penas que corresponden a tales conductas la Ley II señala la de muerte para el que: "alcohotease a otra mujer casada, [que no sea la suya, ya que en el párrafo anterior hace referencia al marido que alcahuetea a su propia mujer] o virgen, o religiosa o viuda de buena fama por algo que le diesen o le prometiesen dar!"

(12).- Así PACHECO lo cita como antecedente en sus concordancias al artículo 357 del Código Penal de 1848 código III, 146s y lo mismo hace GROIZARD en sus concordancias al artículo 459 del Código Penal de 1870 código V, 188

PARTE PRIMERA: DE LOS DELITOS CONTRA LA SOCIEDAD.

TITULO VII: De los delitos contra las buenas costumbres.

Capítulo II: De los que promueven o fomentan la prostitución, y corrompen a los jóvenes, o contribuyen a cualquiera de estas cosas.

Art. 535: Toda persona que sin estar competentemente autorizada, o faltando a los requisitos que la policía establezca, mantuviere o acogiere o recibiere en su casa a sabiendas mujeres públicas, para que allí abusen de sus personas sufrirá una reclusión de uno a dos años, y pagará una multa de quince a cincuenta duros. La que en iguales términos se ejercitara habitualmente en este vergonzoso tráfico, sufrirá el aumento del duplo al triple de las referidas penas.

Art. 536: Toda persona que contribuyere a la prostitución o corrupción de jóvenes de uno y otro sexo, menores de veinte años cumplidos, ya por medio de dádivas, ofrecimientos, consejos, engaños o seducción, ya proporcionándoles a sabiendas casa u otro auxilio para ello, sufrirá la misma pena expresada en la primera parte del artículo anterior. Los que incurrieren en el propio delito con respecto a niño o niña que no haya llegado a la pubertad, y los que para corromper a una persona la robaren, o emplearen alguna bebida, fuerza o ficción, serán castigados con arreglo al título primero de la segunda parte.

Art. 537: Si los que a sabiendas contribuyen a la prostitución o corrupción de los jóvenes menores de veinte años, fuesen personas que habitualmente se ocupen en este criminal ejercicio, o sirvientes domésticos de las casas de los mismos jóvenes, o de los establecimientos de enseñanza, corrección o beneficencia en que éstos se hallaren, sufrirán las penas de tres a seis años de obras públicas. Esta pena será doble mayor, si a la prostitución o corrupción de los jóvenes se añadiese la circunstancia de extraerlos al intento de cualquiera de dichas casas en que se hallen.

Art. 538: La ocupación habitual en los casos de los tres precedentes artículos se probará por dos actos o más cometidos en esta materia y en distintas ocasiones.

Art. 539: Si a sabiendas contribuyere a la prostitución o corrupción de algún joven menor de veinte años, su ayo, maestro, capellán, director, jefe o encargado del estableci-

miento de enseñanza, caridad, corrección o beneficencia en que el joven se hallare, sufrirá el reo la pena de cuatro a ocho años de obras públicas con inhabilitación perpetua para volver a ejercer semejantes destinos.

Art. 540: Las mismas penas en igual caso tendrán los tutores, curadores o parientes a cuyo cuidado estuvieren los jóvenes.

Art. 541: Si los autores, cómplices o auxiliadores de la prostitución o corrupción del joven menor de veinte años, fueren sus padres, madres o abuelos, perderán éstos toda la autoridad que las leyes les conceden sobre las personas y bienes de los hijos y nietos, serán declarados infames, y sufrirán una reclusión de cuatro a ocho años.

Art. 542: Cuando la prostitución o corrupción del joven dimanare de abandono o negligencia de los padres, madres o abuelos, perderán éstos la autoridad que las leyes les conceden sobre las personas y bienes de los hijos y nietos, y sufrirán el arresto de seis meses a dos años, con apercibimiento. Si el abandono o negligencia fuese de parte de los tutores, curadores, parientes, maestros, directores o jefes del establecimiento, a cuyo cuidado estuviesen los jóvenes, sufrirán aquéllos la pena de inhabilitación perpetua para volver a ejercer sus cargos respectivos, y serán multados en quince a noventa duros, o arrestados de uno a seis meses, con apercibimiento.

PARTE SEGUNDA: DE LOS DELITOS CONTRA LOS PARTICULARES.

TITULO PRIMERO: De los delitos contra las personas.

Capítulo IV: De los raptos, fuerzas y violencias contra las personas, y de la violación de los enterramientos.

Art. 676: El que solicitare a mujer casada o a menor de edad para que se deje robar, o huya con el solicitador, aunque nada de esto se llegue a verificar, sufrirá un arresto de quince días a tres meses, y se le podrá además obligar a petición del marido, padre o encargado de la persona cuyo robo o fuga se hubiese solicitado, y al prudente arbitrio de los jueces, si se considerase necesario, a que de fiador de que observara una conducta arreglada, o a que si no lo diera, salga desterrado por uno a tres años del pueblo respectivo y veinte leguas en contorno. Si además de la sollicitación, hi -

ciere su autor alguna otra tentativa para consumar el delito, sufrirá una reclusión de cuatro a diez y ocho meses, con igual obligación de dar fianza, o salir desterrado en los propios términos. En ambos casos se eximirá al solicitador de toda pena, si hubiere procedido de voluntario desistimiento suyo el no haberse verificado la fuga o el robo antes de ser descubiertos.

3. SUPUESTOS RELACIONADOS CON MENORES DE EDAD.

3.1 BIEN JURIDICO.

A diferencia de lo que va a ocurrir en los Códigos posteriores, en el que ahora examinamos, la determinación del bien jurídico -en este tipo de delitos- no presenta, en principio, mayores problemas.

Como acabamos de señalar en el epígrafe anterior, estos delitos están situados entre los delitos contra la Sociedad, y en concreto entre los delitos contra las buenas costumbres. Esta colocación sistemática, apunta claramente a un bien jurídico de naturaleza social.⁽¹³⁾

La hipótesis de que se tratara de un bien jurídico de naturaleza individual, hay que rechazarla fundamentalmente

(13).- En el mismo sentido se manifiesta RODRIGUEZ DEVESA, corrupción, 818. Más concretamente en su nota nº 4 señala que el Código que nos ocupa se pronuncia explícitamente en este sentido.

por el tenor mismo de los preceptos de referencia.⁽¹⁴⁾ Abona también este punto de vista la respuesta dada por CALATRAVA a una observación hecha por la Audiencia de Pamplona al artículo 538 del Proyecto de Código Penal,⁽¹⁵⁾ de la que nos ocuparemos posteriormente.⁽¹⁶⁾

Tratando de concretar el bien jurídico de orden social, que se estima lesionado, podemos señalar, como una primera aproximación que son las buenas costumbres y precisando más, la moral sexual colectiva, entendiendo como tal el conjunto de normas que rigen la vida sexual dentro de un grupo social determinado, tanto en lo que se refiere a las manifestaciones externas de la misma, como a aspectos más internos, tales como la formación y la educación de los menores en este campo.

(14).- El Código en todos los preceptos relativos a menores, con excepción del contenido en el artículo 542, hace referencia a menores en plural. Lo que castiga, en estos preceptos, no es prostituir o corromper a un menor, sino contribuir a la prostitución o corrupción de menores, lo que parece apuntar a un modo de vida, a un modo más o menos habitual o frecuente, de obrar. En estos artículos lo relevante deja de ser que un menor resulte prostituido o corrompido para pasar a ser lo que una persona se dedique a contribuir a prostituir o corromper jóvenes.

(15).- Este artículo pasaría en el texto definitivo a ser el número 536.

(16).- Vid infra pag. 73ss.

El interés social se manifiesta de una parte, en orden a salvaguardar esos valores, y de otra, en orden a que tales valores sean asumidos y transmitidos. Desde este punto de vista, lo relevante para estos artículos no es que uno o varios menores estén prostituidos o corrompidos, sino que existan personas que contribuyen a esa corrupción o a esa prostitución.

Lo que realmente vulnera ese bien jurídico, no es el hecho de que existan menores prostituidos o corrompidos, pues, razones de política criminal, o simplemente la existencia de una costumbre o de una tolerancia al respecto, pueden hacer que la sociedad cierre los ojos ante ese fenómeno mientras se mantenga en un plano estrictamente individual; lo que vulnera ese bien jurídico, es que un sujeto se entrometa en la formación o educación sexual de un menor o en las manifestaciones de esa índole que el mismo menor realice. La sociedad, que puede tolerar, e incluso consentir la existencia de menores prostituidos o corrompidos, no tolera ni permite que nadie se entrometa o contribuya a que un menor se prostituya o corrompa.

3.2 EL DELITO DE COOPERACION A LA PROSTITUCION O CORRUPCION.

Bajo este epígrafe vamos a recoger la forma intencional de cooperación a la prostitución o corrupción de menores, reservando el estudio de los supuestos derivados de abandono o negligencia para otro epígrafe.

3.21 LA CONDUCTA BASICA.

Viene recogida en la primera parte del artículo 536 que dice lo siguiente:

"Toda persona que contribuyere a la prostitución o corrupción de jóvenes de uno u otra sexo, menores de veinte años cumplidos, ya por medio de dádivas, ofrecimientos, consejos, engaño o seducción, ya proporcionándoles a sabiendas casa u otro auxilio para éllo, sufrirá la pena expresada en la primera parte del artículo anterior."(17)

Esta conducta básica está constituida por dos supuestos claramente diferenciados que vamos a pasar a examinar a continuación.

3.211. SUPUESTOS DE PROMOCION O FOMENTO.

Son los recogidos en el Código cuando habla de los que contribuyen a la prostitución o corrupción de menores de veinte años por medio de dádivas, ofrecimientos, consejos, engaños o seducción.

La ausencia de comentaristas al Código, nos va a dificultar el determinar exactamente el alcance concreto que el legislador quiso dar a este primer supuesto. Pese a ello y dado que de una parte el tenor parece bastante claro, y de otra, que conocemos la situación social del momento y la evolución

(17).- En la primera parte del artículo 535 se señala una pena de uno a dos años de reclusión y multa de 15 a 50 duros.

posterior de la misma y de la legislación, vamos a señalar la que nos parece la interpretación correcta del alcance del mismo.

La conducta en él sancionada es la del sujeto que, con alguno de los medios descritos, determina a un menor a prostituirse o le lleva a la corrupción.

En este sentido, son sumamente gráficos los términos que emplea el legislador para describir la conducta. Así, aconsejar, engañar o seducir son medios totalmente idóneos para inclinar la voluntad de un menor hacia la prostitución o la corrupción. Del mismo modo, los ofrecimientos y las dádivas pueden ser el último factor que acabe de doblegar la voluntad del menor en el mismo sentido.

En estos supuestos, la labor del sujeto activo es la determinante del posterior estado de prostitución o corrupción del menor, bien sea por haberle inducido directamente desde el principio, bien sea fomentando una inclinación ya existente en él.

Los distintos medios comisivos descritos por el legislador son suficientemente amplios y no presentan particulares problemas interpretativos. La única dificultad se nos va a plantear con respecto al término engaño cuando lo pongamos en relación con alguno de los medios comisivos excluidos como veremos en su lugar oportuno.⁽¹⁸⁾

(18).- Vid infra pag.69s.

3.212 SUPUESTOS DE MERO AUXILIO.

Son los recogidos en el Código cuando tipifica la conducta del que contribuye a la prostitución o corrupción de menores, proporcionándoles a sabiendas casa u otro auxilio.

El mismo comentario que hemos realizado en el epígrafe anterior respecto a los problemas que planteaba la falta de comentaristas al Código que estudiamos podemos reproducirlo aquí.

A nuestro entender, la conducta que aquí se tipifica es la del mero auxiliador, necesario o no. El sujeto en cuestión no ha tenido influencia ni ha participado, por lo menos de modo relevante, en la toma de decisión del menor en orden a su prostitución, sino que se limita, una vez el menor ha tomado una decisión, a facilitarle el camino.

En este sentido, entendemos que si esas facilidades otorgadas han tenido un valor decisorio en el ánimo del menor, la conducta en cuestión deberíamos reconducirla al primer supuesto. En otro sentido, si la decisión del menor ya está tomada, aunque la conducta de facilitación o auxilio tenga entidad suficiente para considerarla incluso auxilio necesario, no por é ello dejará de tener su ubicación en este supuesto.

Por último, señalemos que del propio texto literal del Código se deduce que este auxilio debe prestarse a sabienda

das de los fines que persigue el menor en cuestión.⁽¹⁹⁾

3.22 MEDIOS COMISIVOS EXCLUIDOS.

Las conductas examinadas en los epígrafes anteriores no pueden ser realizadas de cualquier manera, ya que el propio Código excluye una serie de medios en el segundo inciso del párrafo segundo del artículo 536, Dice así:

"y los que para corromper a una persona la robaren o emplearen alguna bebida, fuerza o ficción, serán castigados con arreglo al título I de la segunda parte."

Aunque en principio, el tenor de este párrafo es claro, dos de los términos empleados por el legislador precisan de alguna concreción.

La primera cuestión que se nos presenta es precisar qué debe entenderse por robo de una persona. Del contenido de los artículos del Código en que aparece regulada esta figura⁽²⁰⁾ y particularmente de la respuesta dada por CALATRAVA⁽²¹⁾

(19).- Podría plantearse la cuestión de si la locución a sabiendas se refiere a que el sujeto que presta la casa u otro auxilio debe conocer que con éllo contribuye a la prostitución o corrupción de un menor, o si basta con que sepa que la intención que mueve al menor a tomar esa habitación, es dedicarse a la prostitución o realizar actos de corrupción. Entendemos que basta con que se dé este último supuesto.

(20).- Vid los art. 664, 665, 667, 674, 675.

(21).- A José M^a CALATRAVA, podemos considerarlo sin ningún género de dudas como el autor principal del Código tal y

al diputado CARRASCO al hilo de una intervención de este último respecto al artículo 664, en la que el primero definía el robo de persona diciendo:

"Entre nosotros el robo de una mujer no es lo mismo que el rapto. Hay robo y no rapto, cuando se la lleva estando casada o no siendo su derecho, pero consintiendo ella, y cuando de cualquier clase que sea la mujer se la conduce con algún engaño sin causarle coacción alguna física ni moral!"(22)

podemos deducir que una de las formas del robo de persona está caracterizada por el engaño.

El segundo término empleado por el Código y que precisa de interpretación es ficción. Según el Diccionario de la Real Academia por ficción debe entenderse: "Acción y efecto de fingir." A su vez, fingir es: "Dar a entender lo que no es. simular, aparentar." Dicho en otras palabras, el término ficción es equivalente a engaño.

Retomando la idea inicial, resulta que el Código señala, que cuando mediare robo o ficción, no será aplicable el artículo 536, sino que lo serán los contenidos en el título I de la segunda parte. Por otra parte, una de las modalidades

(21).- cont.) como puede deducirse de los debates. En palabras de ANTON ONECA; "Estos parecen un diálogo entre CALATRAVA y los otros diputados que intervienen", historia, 269. En sentido similar se manifiesta SALILLAS: "En la obra legislativa de discusión del Código, la actuación predominante es la de CALATRAVA. Está casi en todo. Es el expositor, el compilador, el razonador; lleva casi siempre la voz de la Comisión" evolución, II, 280.

(22).- Diario de las Sesiones de Cortes. El 29 de Enero de 1822, nº 126, pag. 2059/B.

de la conducta básica consiste, como hemos visto, en contribuir a corromper o a prostituir a un menor por medio de engaño. ¿Cómo puede entenderse esa contradicción?

Con respecto a la idea de robo es relativamente sencillo, pues, aunque el engaño es en él una de las formas comisivas, no es la única, pero respecto a la de ficción, debemos confesar que no hemos encontrado una explicación plausible al problema.⁽²³⁾ Por consiguiente, y a menos que la expresión ficción tuviera en aquel momento una significación y alcance que no hemos sido capaces de descubrir, creemos que estamos ante una contradicción pura y simple que habrá que resolver en cada caso concreto atendiendo el espíritu del precepto.

3.23 SUJETO ACTIVO, SUJETO PASIVO Y OBJETO DE LA ACCION.

Sujeto activo de este tipo de delitos puede ser en principio cualquier persona, ya que el Código no establece limitación alguna al respecto. Sólo señalemos en el supuesto que sean sujeto activo determinadas personas unidas al menor

(23).- Cabría quizás pensar que entre engaño y ficción exista una gradación de modo que el engaño vicie la voluntad y la ficción la anule, con lo que el conjunto empleado por el legislador: "bebida, fuerza o ficción" resultaría homogéneo. Ahora bien, esta es una hipótesis para la que carecemos de cualquier tipo de apoyo. En cualquier caso queda apuntada pues de ser cierta resolvería los problemas y el conjunto de los modos comisivos excluidos resultaría bastante homogéneos.

por lazos familiares, domésticos, de educación o enseñanza, etc., tales personas tienen una agravación específica tal y como señalaremos oportunamente.⁽²⁴⁾

Por lo que se refiere al sujeto pasivo, este viene determinado en base al bien jurídico, ya que es el titular del mismo.⁽²⁵⁾ En nuestro caso, al ser el bien jurídico de naturaleza social, el sujeto pasivo del delito que nos ocupa es la Sociedad misma.

Objeto de la acción⁽²⁶⁾ es el menor de veinte años cuya corrupción o prostitución se promueve o auxilia, ya que es la persona sobre la que incide la acción descrita en el ti-

(24).- Vid infra pag. 83s.

(25).- por ser doctrina pacífica véase por todos RODRIGUEZ DEVESA, penal, I, 380.

(26).- La doctrina no es unánime en los que respecta a la terminología y en ese sentido se manifiestan entre otros GIANNITI: "L'incertezza del concetto in esame sorge con il problema stesso della sua nomenclatura, che in passato ha dato luogo ad equivoci e a dispute, e che attualmente, pur e sendo risolto in sede legislativa con l'adozione della locuzione oggetto dell'azione e in sede dottrinale con l'uso quasi costante dell'altra locuzione oggetto materiale del reato, non manca di suscitare critiche e riserva circa l'esattezza sia dell'una che dell'altra espressione" oggetto, 2; MEZGER, tratado, I, 384 y nota 9; del ROSAL, penal, 216ss. Nosotros preferimos la expresión objeto de la acción simplemente porque al recaer sobre una persona nos parece que la expresión dominante "objeto material" resulta un tanto chocante, y por otra parte denominarle "objeto material personal" (RODRIGUEZ MOURULLO, penal, 275) nos resulta más chocante todavía. Utilizaremos por consiguiente la expresión objeto de la acción.

po. (27) Ahora bien; no todo menor de veinte años puede ser objeto de la acción de este delito, pues, el primer inciso del segundo párrafo del artículo 536 excluye los supuestos, en los que los menores no han llegado aún a la pubertad, remitiéndolos a lo previsto en el Título Primero de la Segunda Parte.

La razón de esta exclusión es a nuestro entender clara, y radica en que en ese lugar el legislador tipifica, con pena mucho más grave, toda una serie de conductas relacionadas con menores que no hayan llegado a la pubertad,⁽²⁸⁾ y de no haber hecho esa salvedad, se nos habrían planteado graves problemas concursales.

3.24 LA CUESTION DE LA TERCERIA.

El tema de la terceria podemos reducirlo a la siguiente cuestión: ¿Las conductas que tipifican estos precep-

(27).- Esta definición de objeto de la acción (objeto material según otras posiciones doctrinales) como persona o cosa sobre la que incide la acción descrita en el tipo es pacífica en la doctrina. Por é ello véase por todos RODRIGUEZ DEVESA, penal, I, 381.

(28).- Así, el artículo 664 al hablar de quien debe reputarse como raptor dice: "Entiéndese en la pena de este artículo como raptor con violencia, el que roba niño o niña que no hubiese llegado a la edad de la pubertad..."; El art. 671 prevé: "El que abusare deshonestamente de niño o niña que no haya llegado a la edad de la pubertad, será tenido por forzador en cualquier caso y sufrirá pena de 10 a 20 años de obras públicas, con destierro perpetuo del pueblo en que mora el ofendido y veinte leguas en contorno..." etc.

tos se refieren sólo a supuestos de tercería, o hay que incluir en ellos los supuestos en los que el sujeto activo obra para satisfacer sus propias pasiones?

Del texto estricto del Código, debemos deducir que en principio caben dentro de su articulado -en el tema que estudiamos- ambas conductas sin necesidad de forzar el sentido del mismo. En cualquier caso, en este punto como en otros, la ausencia de comentaristas a este Código y su escasa e irregular vigencia, nos impiden un mínimo de seguridad en la interpretación de sus preceptos.

Pese a esta dificultad, podemos descubrir dos datos que parecen apuntar en una dirección determinada. El primero de ellos, lo encontramos en las mismas discusiones que se plantearon en el seno de las Cortes al resumir y contestar CALATRAVA a las objeciones puestas por la Audiencia de Pamplona a este artículo cuando se estudiaba el proyecto de Código. Señalaba el dictamen de la Audiencia que no debía quedar impune la conducta de los que contribuyesen a la prostitución de jóvenes menores de veinte años.⁽²⁹⁾ A esto replicó CALATRAVA diciendo que;

"Más adelante, en los capítulos de raptos y estupro, hay otras disposiciones que comprenden estos casos en cuanto cree la Comisión que debe comprenderle el Código Penal!" (30)

(29).- No podemos dar el texto concreto y literal de la objeción pues nos ha sido imposible localizar las observaciones de la Audiencia de Pamplona al Código de 1822. Por ello nos limitamos a dar el resumen que da el propio CALATRAVA.

(30).- Diario de las Sesiones de Cortes. 22 de Enero de 1822, pag. 1960/B.

La argumentación de la Audiencia de Pamplona parece a primera vista absurda, y lo mismo ocurre con la respuesta que da CALATRAVA, ya que el artículo que estamos examinando castiga precisamente esas conductas.

La explicación de este aparente absurdo, es, a nuestro entender, sencillo, si partimos del supuesto de que el artículo 536 está pensado para castigar supuestos de tercería.

Sobre esta base resulta que lo que la Audiencia de Pamplona pretende incriminar es la conducta del cliente de ese tercero, o la conducta de la persona que corrompe a un menor para satisfacer sus propios deseos.

Siguiendo en ese mismo supuesto, la respuesta de CALATRAVA, como representante de la Comisión, se limita a reconducir la posibilidad de punibilidad de esa conducta a los preceptos genéricos que en la Parte Segunda Título I, Capítulos III y IV, tipifican las conductas atentatorias contra la honestidad individual.

El segundo dato lo encontramos en la obra de GARCIA GOYENA Código Criminal Español. En ésta, el autor ubica el artículo que estamos comentando en el capítulo que dedica a la prostitución y a la alcahuetería,⁽³¹⁾ señalando explícitamente con respecto a lo que denomina pecado nefando:

(31):- GARCIA GOYENA, código, I, 260-9.

"Nuestras leyes guardan silencio sobre la alcahuetería para el pecado nefando; el Código Penal de 1822, art. 536, previó no obstante este caso..."(32)

y en otro lugar:

"El Código Penal de 1822 calló sobre el pecado o delito de bestialidad; y aunque en su part. 2, tit. I, cap. 4, reconoció y castigó el de sodomía, hizolo como de paso envolviéndolo con el de fuerza real o presunta..." (33)

de donde parece deducirse que cuando se realizaban conductas de tercería en actos de sodomía, éstas debían ser tipificadas en el 536, mientras que si se trataba de actos directos de sodomía corruptores por su propia naturaleza para satisfacer las propias pasiones, tal conducta debía reconducirse, en su caso, a otro lugar del Código. De lo dicho parece deducirse que el artículo que nos ocupa castiga conductas de tercería.

Por último, puede servirnos también de indicio el hecho de que en los Códigos posteriores se va a exigir que las conductas se realicen para satisfacer deseos de tercero, ésto es, van a tipificar conductas claras de tercería.⁽³⁴⁾

(32).- ib. 268.

(33).- ib. 269. Pese a la coincidencia material de páginas pertenece a otro capítulo, el relativo al que llama pecado nefando o contra naturaleza, no al capítulo antes citado sobre prostitución y alcahuetería.

(34).- Vid. art. 357 del Código penal de 1848; y el art. 459 del Código Penal de 1870; los arts. 456-2º y 459-2º y 3º del mismo Código de 1870 reformado por L. de 21 de Julio de 1904.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, entendemos que pese a que según el tenor literal del precepto, caben tanto las conductas realizadas para satisfacer las propias pasiones, como las de tercería, el sentido del precepto, su ubicación y su génesis pide que sólo se incluyan en él estas últimas, ésto es, las realizadas para satisfacer los deseos de otra persona.

3.25 LA CONSUMACION.

Partiendo de la base de lo que hemos expuesto en el epígrafe precedente, en el cual considerábamos que lo que tipifica el Código de 1822, en el artículo 536, es la conducta de tercería, o dicho de otro modo, el delito de lenocinio, debemos señalar que lo realmente relevante en este artículo es la conducta misma de tercería.

El Código no tipifica el prostituir o corromper menores, sino el contribuir a esa prostitución o corrupción. Lo trascendente no es por tanto la conducta del menor, sino la del sujeto activo. Lo que importa al legislador no es que hayan menores prostituidos o corrompidos (por supuesto nos referimos a este artículo en concreto), sino que existan personas que contribuyen a esa prostitución o corrupción, y lo que trata de castigar es precisamente esa conducta de contribución, bien sea en su aspecto de promoción o fomento de la misma, bien sea en el aspecto de mero auxilio.

La consumación se producirá, por lo tanto, cuando el sujeto haya puesto su conducta de contribución, ésto es, su actividad de tercería o mediación, con independencia de que la prostitución o corrupción del menor se haya producido o no.

3.26 LA_PENA.

La pena señalada por el legislador para la conducta básica que estamos estudiando es la misma señalada para el supuesto recogido en el artículo anterior relativo a mayores de edad.⁽³⁵⁾ Esto provocó en su momento algunas críticas.⁽³⁶⁾ La pena prevista es la de reclusión de uno a dos años y multa de 10 a 50 duros.

Aparentemente al menos, resulta curioso que se señale la misma pena a supuestos relativos a menores, que a los supuestos en los que la conducta típica consiste en acoger a prostitutas facilitándoles medios para que ejerzan su tráfico. Del mismo modo, resulta chocante que se señale la misma pena a conductas en principio tan dispares como las de promover o fomentar la prostitución o corrupción de menores y la de simplemente facilitarles medios para eso mismo.

(35).- Este supuesto, por razones sistemáticas, lo estudiaremos posteriormente. Vid infra pag. 94ss.

(36).- Así CALATRAVA al comentar el artículo que nos ocupa en la discusión habida en las Cortes del Proyecto de Código

A nuestro entender, esta paradoja es más aparente que real, pues todas las conductas descritas tienen un elemento común, que es el que en realidad interesa al legislador, cual es el que se trata en los tres casos de conductas de tercerías. Por esta razón, no estimamos tan desacertado el imponer la misma pena a los tres supuestos, aunque consideramos que hubiera sido deseable una pena más grave para los supuestos de tercería sobre menores aún no prostituidos o corrompidos, si bien no se nos oculta la dificultad de prueba de tal circunstancia.

3.27 AGRAVACIONES ESPECIFICAS.

Junto a la conducta básica prevé el Código unas agravaciones específicas que podríamos clasificar fundamentalmente en dos grandes grupos:

.- Una agravación derivada de la repetición, por parte del sujeto activo, de hechos o conductas delictivas:
(38).- la habitualidad.⁽³⁷⁾

(39).- Otra derivada de una especial relación interpersonal entre el sujeto activo y el menor: agravación de
(40).-

(36).- Penal(Diario de las Sesiones de Cortes. 22 de Enero de 1822.pag. 1960/B) recoge la crítica presentada por D.Felipe MARTIN IGUAL en el sentido de que no debe ser la misma la pena de quien corrompe a menores que la de quien acoge a las prostitutas.

(37).- Vid art.537.

la conducta de ascendientes,⁽³⁸⁾ sirvientes domésticos,⁽³⁹⁾ ayos, capellanes, maestros,⁽⁴⁰⁾ etc.

Vamos a dedicar los dos epígrafes siguientes a examinar detenidamente estos dos grupos de agravaciones.

3.271 DERIVADA DE LA HABITUALIDAD.

La agravación de la responsabilidad criminal en base a la repetición de conductas delictivas, si bien en un principio sólo se aplicaba a delitos concretos, tiene rancio abolengo y fué progresivamente extendiéndose y generalizándose en el Derecho Común.⁽⁴¹⁾

Esta tendencia generalizadora tiene su plena plasmación en lo que se refiere al derecho español, ya en la obra de los Prácticos, que recogen en sus escritos la necesidad de una agravación de la pena, en los supuestos en que el sujeto

(38).- Vid art. 541.

(39).- Vid art. 537.

(40).- Vid art. 539.

(41).- Vid. von LISZT, tratado, III, 341. Referido a nuestro derecho durante los siglos XVI, XVII y XVIII, vid. TOMAS y VALIENTE, derecho, 343ss donde señala que durante esta época la insistencia en delinquir (en el mismo delito), era considerada como causa suficiente para aumentar la pena, pero que al estar este punto considerado como un problema práctico y no teórico, no fué apenas objeto de estudio.

persiste en su actuar delictivo tras haber sido penados con anterioridad.⁽⁴²⁾

No vamos a realizar aquí un estudio en profundidad de la habitualidad como circunstancia, ni de la vinculación de ésta con la reincidencia o la multirreincidencia por ser éste un tema que supera con mucho el objeto de nuestro estudio,⁽⁴³⁾ sino que nos vamos a limitar, en este Código y en los siguientes, a realizar un estudio de esta circunstancia en relación con el delito concreto que nos ocupa. Lo que antecede no implica que prescindamos de la problemática general que plantea la habitualidad, sino que estos puntos sólo los trataremos en tanto en cuanto nos resulten necesarios o útiles para nuestro trabajo.

Entrando ya en concreto a estudiar la regulación que de esta circunstancia se hace en este tema en el Código Penal de 1822, nos encontramos con que en su artículo 537 se prevé lo siguiente:

"Si los que a sabiendas contribuyen a la prostitución o corrupción de los jóvenes menores de veinte años, fueran personas que habitualmente se ocupan en este criminal ejercicio....sufrirán la pena de tres a seis años de obras públicas!"

(42).- Vid MARCOS, discurso, 59; LARDIZABAL, discurso, 143s.

(43).- Sobre el tema de la habitualidad pueden verse: MIR, habitualidad, 103-47; CONDE-PUMPIDO, habitualidad, 275-93; SERRANO, habitualidad, 325-45; RICCIO, abitualità, 5-48; Todos ellos con abundante bibliografía. Sobre el tema de la reincidencia en esta época y sus interrelaciones con la habitualidad vid. ASUA, reincidencia, 17-65 y 160-190. (con abundante bibliografía).

Uno de los principales problemas que suelen plantearse a la hora de pretender incriminar la habitualidad, es el de determinar cuando debe entenderse que una conducta tiene esa cualidad.

Dos son las posibilidades que se le ofrecen fundamentalmente al legislador para resolver esta cuestión:

- .- Señalar taxativa y explícitamente en un precepto las condiciones que determinarán que una conducta se reputa habitual.
- .- Dejar al arbitrio judicial la determinación de esta circunstancia.

Ambas posturas suelen presentar múltiples problemas y suscitar abundantes críticas: La primera plantea problemas por su excesiva concreción, ya que difícilmente se ponen de acuerdo los autores en el número de repeticiones que constituyen hábito. La segunda, precisamente por todo lo contrario, por su excesivo arbitrio.

En el Código que comentamos, el legislador tomó partido por la primera de las soluciones, y así en el artículo 538 señala:

"La ocupación habitual en los casos de los tres precedentes artículos se probará por dos actos o más cometidos en esta materia y en distintas ocasiones!"

Esta disposición suscitó críticas ya antes de su aprobación por el Congreso. Así, el Colegio de Abogados de Madrid, censuró, por considerarlo injusto, el que bastasen dos

actos para que se considerara habitual esa conducta.⁽⁴⁴⁾ A esto replicó CALATRAVA, diciendo:

"Nadie ha determinado hasta ahora el número de actos que deben constituir hábito; pero aquí no se dice precisamente que lo constituyan dos, sino que se prueba por dos o más, contándose con que dos actos probados legalmente en estos casos, suponen por lo común, otros muchos más cometidos!"⁽⁴⁵⁾

No vamos a entrar a discutir el argumento de CALATRAVA, pues, como hemos indicado, las opiniones al respecto son muy variadas. Sólo vamos a apuntar, que habría sido deseable una precisión en lo que se refiere al ámbito temporal, pues, no es lo mismo, que se le prueben a una persona dos actos separados entre sí unos días, que unas semanas, o incluso que unos pocos meses, que se le prueben, dos actos, pero separados entre sí algunos años. En el primer caso, podríamos admitir la presunción de CALATRAVA como válida, pero en el segundo, la cuestión sería más dudosa.

En cualquier caso, debemos reseñar que esta solución

(44).- "...pero no nos parece justa la decisión del 540 (existe una diferencia de dos números entre el articulado del proyecto de Código y el texto definitivo) en cuanto declara que la ocupación habitual en estos casos y en los contenidos en los artículos 537 y 538 se probará por dos actos. El hábito es el resultado de un acto muchas veces repetido y no se puede decir que dos actos únicos la formen a no abusar extraordinariamente de la lengua..." COLEGIO, observaciones, 56.

(45).- Diario de las Sesiones de Cortes. 22 de Enero 1822. Pág. 1961/A.

-señalar un concepto legal de habitualidad- es prácticamente exclusiva del Código que examinamos, pues, en los Códigos posteriores el legislador va a optar por dejar la determinación o no de la existencia de esta circunstancia al arbitrio de los Tribunales.⁽⁴⁶⁾

La agravación de la pena que supone el concurso de esta circunstancia es notoria. Como hemos visto, la pena señalada a la conducta básica en el art. 536 era de uno a dos años de reclusión. La concurrencia de esta circunstancia va a suponer una pena de tres a seis años de obras públicas. La agravación, por consiguiente, no se limita a modificar, aumentándola, la duración de la pena, sino que aumenta su duración y, además, modifica su naturaleza, sustituyéndola de reclusión por otra de mayor gravedad como es la de obras públicas.⁽⁴⁷⁾

3.272 DERIVADAS DE RELACIONES INTERPERSONALES.

Estas agravaciones hacen referencia a los supuestos en que la persona que contribuye a prostituir o corromper al

(46).- Debemos hacer la salvedad de que en los CC.PP. de 1848-50, el concepto de habitualidad quedó legalmente definido de una manera indirecta por aplicación del RD. de 22 de Septiembre de 1848 dictado para una mejor interpretación y aplicación del Código Penal. (Vid infra.

(47).- Dentro de la escala de penas corporales del artículo 28, la de reclusión ocupa el número siete, mientras que la de obras públicas ocupa el quinto lugar.

menor, está relacionado con él por algún vínculo especial, que implica en el que ejecuta la acción punible una especial reprochabilidad, ya que su conducta supone un abuso de autoridad o de confianza.

El legislador de 1822, en vez de caracterizar esta agravación por el abuso de autoridad o confianza mencionados se limitó a indicar qué personas serían objeto de agravación. Son las siguientes:

.- Sirvientes domésticos de las casas de los mismos jóvenes o de los establecimientos de enseñanza, caridad, corrección o beneficencia en que éstos se hallaren. (art.537).

.- Ayo, maestro, capellán, jefe o encargado del establecimiento de enseñanza, caridad, corrección o beneficencia en que el joven se hallare. (art.539).

.- Tutores, curadores o parientes a cuyo cuidado estuvieren los jóvenes. (art.540).

.- Padres, madres o abuelos. (art.541).

Como podemos comprobar, en todos estos supuestos se da una especial relación interpersonal entre el sujeto activo y el menor. En ocasiones, ésta consiste en una relación familiar o de convivencia: padres, madres, abuelos, parientes encargados del cuidado de los jóvenes, ayos, sirvientes domésticos; en otros, en lo que podríamos denominar relaciones de tipo profesional: maestros, capellán, directores, jefes o encar-

gados de determinados establecimientos, etc.

Por lo que se refiere al efecto que en la pena produce esta agravación, debemos señalar que, excepto en los casos en que el sujeto activo es el padre, madre o abuelos, en que se mantiene la misma pena privativa de libertad -si bien incrementada en su duración que pasa a ser de cuatro a ocho años- añadiéndoseles la pena de infamia y pérdida de la autoridad sobre la persona y bienes de sus hijos y nietos, en los restantes supuestos de agravación, la pena varía, pasando de reclusión a obras públicas con una duración, que oscila entre tres a seis años en el supuesto de sirvientes, y de cuatro a ocho años con inhabilitación perpetua para ejercer destinos semejantes en los restantes casos.

Las penas a que acabamos de hacer referencia, fueron contestadas en diversos comentarios y observaciones al Proyecto de Código Penal. Así, el ATENEO⁽⁴⁸⁾ considera que la pena del artículo 539 (en el texto articulado definitivo pasaría a ser el 537) es muy leve, que la del 541 y 542 (639 y 540 en el texto definitivo) no guardan proporción con las anteriores.⁽⁴⁹⁾ que para los padres debería fijarse la pena de traba-

(48).- ATENEO, observaciones, 86.

(49).- Dice así: "La pena que se establece en el artículo 541 no guarda proporción con las anteriores: el reo en cuestión comete una de las más graves felonías, y uno de los delitos más trascendentales para la sociedad; no es compa-

jos públicos.⁽⁵⁰⁾ Felipe MARTIN IGUAL por su parte señala que los padres merecerían mayor pena que la prevista para maes - tros, tutores, etc., y que la infamia y la pérdida de la au - toridad no es suficiente,⁽⁵¹⁾ etc. Sin embargo esas críticas fueron desestimadas en la discusión parlamentaria.

Por último, señalemos que las agravaciones aquí re - cogidas tienen una pena de duración superior, salvo el supues - to contenido en el artículo 537, a la que corresponde a la agravación derivada de la habitualidad.

3.273 DERIVADA DE CONCURRENCIA DE ROBO O RAPTO.

La agravación a que vamos a hacer referencia ahora, dista bastante de estar clara, pues, entendemos que el legis - lador en realidad lo que resuelve aquí no es una agravación, sino un concurso de delitos, pero vayamos por partes.

(49).- cont.) rable su caso con el del rústico sirviente, o una mujercilla pobre o miserable; y sin embargo, podrá se - gún estas leyes sufrir éste seis años y el otro solo cua - tro de obras públicas! ATENEO, ib. A parte de la considera - ción de la desproporción en sí que es un tema opinable, en - tendemos que el argumento esgrimido es demagógico, pues lo ~~que dice~~ la ley es que en el supuesto de sirvientes, por ejemplo, la pena será de tres a seis años, y en los otros casos será de cuatro a ocho, por consiguiente, la posición del Ateneo comparando el máximo de la primera con el míni - mo de la segunda sin hacer constar este dato es cuando me - nos censurable.

(50).- Se refiere a los padres en sentido estricto, pues, esti - ma que para las madres resulta adecuada la reclusión.

(51).- Recogido por CALATRAVA. Diario de Sesiones de Cortes. 22 de Enero de 1822. pag. 1961/A.

Está prevista en el párrafo segundo del artículo 537 que señala:

"Esta pena será doble mayor, si a la prostitución o corrupción de los jóvenes se añadiese la circunstancia de extraerlos al intento de cualquiera de dichas casas en que se hallaren!"

La primera dificultad de interpretación que presenta, es la de determinar a qué personas es aplicable esta previsión. Conforme a su posición sistemática, será aplicable a las personas y supuestos previstos en el párrafo anterior, esto es, a los supuestos en los que el sujeto activo sea habitual en este tipo de conductas, y a los sirvientes domésticos de las casas o establecimientos en que habiten los menores.

Si ésto es así, podemos hacer una severa crítica a las previsiones del legislador, pues, no alcanzamos a comprender por qué esta agravación alcanza a los sirvientes domésticos y no a los ayos, maestros, capellanes y en especial por qué no alcanza a los directores, jefes o encargados de los establecimientos de enseñanza, caridad, corrección o beneficencia en que se halla ese menor.⁽⁵²⁾

(52).- Podría alegarse que tales personas tienen ya una pena más grave y que la que les correspondería por la agravación coincide en parte con la que ya les impone el Código. Esto es cierto, pues la pena agravada que prevé el artículo 537 en su párrafo segundo es de seis a doce años de obras públicas, y la que se prevé en el Código para castigar la conducta de tales personas es de cuatro a ocho años de la misma pena. Ahora bien; ésto con ser cierto no soluciona el problema de fondo que planteamos y que no es otro que tratar de saber qué razones llevaron al legislador a agravar la conducta de los habituales y de los servidores y no la de esas otras personas.

Un segundo problema surge al poner en relación este segundo párrafo con las modalidades comisivas excluidas que recoge el último inciso del párrafo segundo del artículo 536.

Allí se señala que en los supuestos en que para prostituir o corromper a un menor se le "robara", esa conducta había que castigarla de acuerdo con las previsiones del Título Primero de la Segunda Parte.

Pues bien; la conducta que recoge este supuesto es un clarísimo caso de "robo de persona" -si no de rapto- en el sentido en que lo entiende el Código,⁽⁵³⁾ lo que supone, en principio, una contradicción.

La única interpretación capaz a nuestro entender de solventar esta, por lo menos, aparente contradicción, es la de considerar que en el último inciso del artículo 536, se considera el robo de la persona como medio para conseguir su prostitución o corrupción, mientras que en el supuesto que nos ocupa, este robo (o rapto en su caso), se da, además del delito de contribución a la prostitución o corrupción, con lo que el legislador, en este caso concreto, lo que estaría haciendo sería resolver un concurso de delitos.

Por lo que hace referencia al efecto que produce en la pena, señalemos sólo que pasa a ser de seis a doce años de obras públicas.

(53).- Vid. arts. 664ss; en particular los arts. 665 y 675. Vid también infra pag. 103ss. y 108s.

3.3 EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE DEBERES ASISTENCIALES.

El Código que estamos examinando, recoge en su artículo 542 dos supuestos en los que se tipifican los casos en que la prostitución o corrupción de los menores viene originada por el abandono o negligencia de los ascendientes, tutores, maestros, etc. El texto literal del precepto dice así:

"Cuando la prostitución o corrupción del joven dimanare de abandono o negligencia de los padres, madres o abuelos, perderán éstos la autoridad que las leyes les conceden sobre las personas y bienes de los hijos y nietos, y sufrirán el arresto de seis meses a dos años con apercibimiento. Si el abandono o negligencia fuere de parte de los tutores, curadores, parientes, maestros directores o jefes del establecimiento a cuyo cuidado estuvieren los jóvenes, sufrirán aquéllos la pena de inhabilitación perpetua para volver a ejercer sus cargos respectivos, y serán multados en 15 a 90 duros, o arrestados de uno a seis meses con apercibimiento!"

Antes de entrar en el examen detallado del precepto, señalemos que este supuesto va a desaparecer con el Código que lo contiene, y en los Códigos posteriores de 1848-50 y de 1870 no encontraremos ningún precepto similar. Con la reforma de 21 de Julio de 1904, sin embargo, se introduce en el artículo 459 -que como veremos era el que regulaba los supuestos relativos a la prostitución o corrupción de menores- un párrafo que viene a regular supuestos semejantes al que nos ocupa,⁽⁵⁴⁾

(54).- Ese párrafo dice así: "La persona bajo cuya potestad legal estuviese un menor y que con noticia de la prostitución o corrupción de éste por su permanencia o asistencia frecuente a casas o lugares de vicio, no lo recoja para impedir su continuación en tal estado y sitio, y no lo ponga en su guarda o a disposición de la Autoridad si careciera de medios para su custodia, incurrirá en..."

que, tras diversas vicisitudes, llega a nuestros días.⁽⁵⁵⁾

3.31 LA CONDUCTA BASICA.

La conducta tipificada en este supuesto, consiste en un incumplimiento de los deberes hacia el menor, que puede derivar, bien de un abandono material del mismo, o bien, de simple negligencia.

En principio, nos parece oportuno sancionar esta conducta con una pena, pues, si bien sería mucho más deseable la adopción de medidas previsoras que impidieran llegar a este extremo, como bien señaló el ATENEO⁽⁵⁶⁾ en su momento, no es menos cierto, que como señaló CALATRAVA, para el caso en que estas medidas sean insuficientes es conveniente la previsión de una pena.⁽⁵⁷⁾

Con lo que no estamos conformes, es con la relación de causa a efectos que se establece por ministerio de la ley, entre el abandono o la negligencia y el hecho de la prostitu -

(55).- Vid. art. 452 bis e).

(56).- Dice así en ATENEO: "En cuanto al 544 (542 del texto definitivo) opina el Ateneo por los apercibimientos a tiempo por una policía previsoras y gran discreción en el arresto..."observaciones, 86.

(57).- CALATRAVA, en Diario de las Sesiones de Cortes. 22 de Enero de 1822. Pag. 1961/A.

ción o corrupción del menor, pues si en el plano teórico es correcta, en el práctico puede plantear insolubles problemas de prueba, que dejen al precepto inaplicado e inaplicable. Piénsese al respecto, la dificultad real de atribuir la prostitución o corrupción de un menor, sólo, al abandono o negligencia de sus guardadores; y si concurren otras causas, que será lo ordinario, ¿qué tanto ha de corresponder a la conducta de éstos, para que podamos establecer la relación de causa a efecto que el legislador exige?

Por consiguiente, aunque estamos de acuerdo con el espíritu del precepto y consideramos que la situación que regula es digna de consideración, estimamos que la forma no está conseguida.

3.32 SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO Y OBJETO DE LA ACCION.

A diferencia de lo que ocurría en el supuesto delictivo anteriormente estudiado, aquí no puede ser sujeto activo cualquiera, sino que estamos ante un supuesto en que el sujeto activo viene legalmente determinado. Según esto, sólo podrán serlo los ascendientes, tutores y curadores, determinados parientes, maestros, directores o jefes de establecimientos en los que estén los menores. En una palabra, solo podrán ser sujetos activos de este delito, las personas que tengan potestad, guardaduría o encargo sobre el menor.

Sujeto pasivo, por su parte, sigue siendo la sociedad como titular del bien jurídico lesionado.⁽⁵⁸⁾

Por último, el objeto de la acción (del abandono o de la negligencia) es el menor de veinte años unido a la persona del sujeto activo por los lazos de parentesco ya citados o por los de dependencia a que hemos hecho referencia.

3.33 LA CONSUMACION.

Pese a que en este delito lo relevante no es la prostitución o corrupción de los menores en sí mismo considerada, sino la actuación del sujeto, que con su abandono o negligencia da lugar a la misma, por la estructura del tipo y por su tenor estricto, debemos concluir que el delito que nos ocupa sólo se consuma cuando se da de hecho la prostitución o la corrupción del menor.

3.34 LA PENA.

La pena señalada por el legislador a este delito es distinta según sean los sujetos activos del mismo. Así en el supuesto de ascendientes: padres, madres o abuelos, la

(58).- Si en el supuesto recogido en epígrafes anteriores decíamos que lo relevante no era que un menor estuviera prostituido o corrompido, sino que lo relevante era que alguien se dedicara a contribuir a esa prostitución o corrupción, aquí debemos señalar que lo relevante no es que un menor resulte prostituido o corrompido, sino que alguien, que tiene potestad, guardaduría o encargo sobre el menor dé lugar con su abandono o negligencia a que éste se prostituya o corrompa.

pena consiste en la pérdida de la autoridad sobre la persona y los bienes del menor y un arresto de seis meses a dos años con apercibimiento; en el supuesto de que sean tutores, curadores, maestros, etc., la pena señalada es la de inhabilitación perpetua para volver a ejercer sus cargos y multa de quince a noventa duros o arresto de uno a seis meses con apercibimiento.

Las penas señaladas por el legislador para este delito, nos parecen en conjunto proporcionadas, atendiendo a las prescritas para las otras infracciones delictivas recogidas en el mismo capítulo,⁽⁵⁹⁾ si bien la pena de inhabilitación perpetua para ejercer los cargos respectivos, prevista para el segundo supuesto, no nos parece adecuada por ser susceptible de originar desigualdades desde el punto de vista del alcance de la sanción impuesta.⁽⁶⁰⁾

(59).- Así en el artículo 535 -tercerías no autorizadas sobre mujeres públicas- la pena es de uno a dos años de reclusión y multa de quince a noventa duros, y la misma pena se prevé para el supuesto básico relativo a menores del artículo 536. En las modalidades agravadas del artículo 537 la pena prevista es de tres a seis años de obras públicas (el doble en el supuesto especial de su segundo párrafo), y en las del artículo 539 la misma pena pero con una duración de cuatro a ocho años, etc.

(60).- Téngase en cuenta que en el supuesto de ser el tutor el autor del hecho punible, se le va a inhabilitar para ejercer cargos de tutela, actividad ésta en cierto modo marginal ya que afecta poco a su vida futura, pero si el autor es un maestro se le inhabilita para el ejercicio de su profesión, con lo que en realidad se le priva de su medio de vida. La desproporción entre ambos supuestos es evidente.

4. SUPUESTO RELATIVO A MAYORES DE EDAD.

Este supuesto está recogido básicamente en el artículo 535 que es precisamente el que abre el Capítulo. Pese a su colocación sistemática, hemos estimado preferible reservar el estudio de este tema para el final, ya que entendemos que su interpretación resulta más sencilla, una vez examinados los restantes tipos contenidos en el Capítulo.

Antes de pasar al examen de su contenido y alcance, - y en orden a una más correcta interpretación de los mismos - es preciso hacer una referencia a la situación social de la época.

En el período que comentamos, la prostitución no contaba con ningún tipo de reconocimiento o reglamentación oficial.⁽⁶¹⁾ A pesar de éllo, como señala el ATENEO,⁽⁶²⁾ era una realidad muy extendida, hasta el punto de que empezaban a levantarse voces de protesta como la del Conde de CABARRUS, que en carta dirigida a Gaspar Melchor de JOVELLANOS reclamaba la reglamentación de la prostitución y el restablecimiento de

(61).- En ese mismo sentido Vid. COLEGIO, observaciones, 56: "...pero como en España no se hallan establecidas casas de prostitución..."; ATENEO, observaciones, 85: "Se supone en él el permiso de lupanarse y su regularización desconocida legalmente hoy día entre nosotros..."

(62).- ATENEO: Señala que pese a que la prostitución no está reconocida ni reglamentada existen: "aunque disimuladas ciertas casas, cuyo objeto no es desconocido" *ibid.*

las mancebías allá donde fueran precisas.⁽⁶³⁾

Es también importante tener en cuenta que simultáneamente a la redacción y discusión del Código Penal, estaban en estudio un Reglamento de Policía y unos Proyectos de Sanidad, que entre otros temas, trataba de remediar, en la medida de lo posible, los graves problemas que planteaba la existencia de la abundante prostitución clandestina,⁽⁶⁴⁾ con la adopción de medidas de control de la misma, una de las cuales era precisamente la autorización e incluso la reglamentación de la prostitución.⁽⁶⁵⁾

La regulación que el Código hace de los supuestos

(63).- Cita tomada de RODRIGUEZ - SOLIS, historia, 216.

(64).- Diario de las Sesiones de Cortes. 22 de Enero de 1822. Pag. 1960/B.

(65).- Aunque no hemos logrado localizar el texto de tales proyectos, que no llegarían a aprobarse por las razones de tipo político de todos conocidas, son sumamente reveladoras las palabras de CALATRAVA en la discusión del artículo que comentamos, cuando al referirse y admitir la sugerencia de la Audiencia de Valladolid que solicitaba se sustituyera la palabra "estalece" dentro de la frase: "...o faltando a los requisitos que la policía establece..." por la expresión establezca ya que en el momento de la discusión de esta norma no existía precepto alguno que autorizase tales casas, señala: "La Audiencia de Valladolid propone, con respecto al artículo según está en el proyecto, que diga establezca en lugar de establece. Así lo ha hecho la Comisión porque aun no se ha presentado otro proyecto de ley o de reglamento con que contaba" ibid. (Los subrayados son nuestros).

relativos a la prostitución de mayores, (66) deben, por consiguiente, inscribirse en estas coordenadas si queremos interpretarlos correctamente.

El tenor literal del precepto que vamos a examinar a continuación, es el siguiente:

"Toda persona que sin estar competentemente autorizada, o faltando a los requisitos que la policía establezca, mantuviere o acogiere o recibiere en su casa a sabiendas mujeres públicas, para que allí abusen de sus personas, sufrirá una reclusión de uno a dos años y pagará una multa de quince a cincuenta duros. La que en iguales términos se ejercitare habitualmente en este vergonzoso tráfico, sufrirá el aumento del duplo al triplo de las referidas penas!"

4.1 BIEN JURIDICO.

A nuestro entender, el bien jurídico en este precepto es bastante claro. Se trata de un bien jurídico de naturaleza social, que podríamos concretar en el interés que tiene la sociedad en que la función sexual se realice conforme a las normas que ella misma reconoce como válidas.

Por lo tanto, si la sociedad admite el hecho de que bajo ciertas condiciones, pueden existir casas de prostitución, el hecho de que un sujeto se dedique a tener casas de ese tipo, no es delictivo por falta de bien jurídico lesionado.

(66).- Es un dato digno de reseñar, puesto que va a constituir una constante hasta nuestros días, es que el legislador, cuando se refiera a menores va a incriminar las conductas con ellos relacionadas en el doble aspecto de prostitución y corrupción, mientras que tratándose de mayores solo va a hacer referencia a los supuestos de prostitución.

mientras que si la sociedad no admite tales supuestos, o el sujeto en cuestión no los cumple, la conducta en cuestión pasa a ser típica, pues lesiona ese bien jurídico.

4.2 LA CONDUCTA BASICA.

Consiste esencialmente en el hecho de recibir, acoger o mantener en la propia casa mujeres públicas para que allí ejerzan. La conducta descrita se corresponde con la de los dueños de casas de toletancia en su doble vertiente de casas de paso o de citas -en las que las mujeres sólo acuden a realizar el acto sexual con el cliente- y mancebías o casas de lenocinio -en las que las mujeres viven como pupilas bajo el cuidado de un ama y son los hombres los que concurren a ellas.

Ahora bien; por expresa disposición del legislador esa conducta solo será típica cuando se realice sin la debida autorización o infringiendo las normas de policía.

Este artículo fué por lo general mal recibido y provocó numerosas críticas. Así, la Audiencia de Cataluña señala que serán mal recibidas este tipo de casas y en consecuencia, solicita que sea suprimido el artículo;⁽⁶⁷⁾ el ATENEO señala que la existencia de tales casas no la consienten las buenas

(67).- Diario de las Sesiones de Cortes. 22 de Enero 1822.
Pag. 1960/B;

costumbres, por lo que solicita que se suprima la parte del artículo comprendida entre la palabra sin y establece,⁽⁶⁸⁾ En el mismo sentido de estimarlas contrarias a nuestras costumbres, se manifiestan el Colegio de Abogados de Madrid⁽⁶⁹⁾ y la Audiencia de Pamplona.⁽⁷⁰⁾

En conjunto, lo que sentó mal y provocó críticas, es la idea, también recogida por GARCIA GOYENA,⁽⁷¹⁾ de que este precepto suponía la autorización o establecimiento de casas de prostitución.

Esta impresión trató de borrarla CALATRAVA al señalar que el artículo de referencia no suponía la autorización de este tipo de casas, sino que dado que en el momento de redacción del mismo, la Comisión tenía conocimiento de que el tema de la reglamentación -y en consecuencia de la autorización de tales casas- estaba ya en estudio, y contando con que tal autorización precedería, o en su caso seguiría, a la aprobación del Código, decidió dar entrada al artículo que comen-

(68).- ATENEO, observaciones, 85-6. La frase completa a la que hacemos referencia es la que textualmente dice: "sin estar competentemente autorizado, o faltando a los requisitos que la policía establece".

(69).- COLEGIO, observaciones, 56.

(70).- Diario de las Sesiones de Cortes. 22 de Enero 1822. Pag. 1960/B.

(71).- GARCIA GOYENA, código, 262.

tamos, para evitar que en un próximo futuro pudiesen producirse contradicciones.⁽⁷²⁾

En cualquier caso, señalemos que en el breve espacio de tiempo que estuvo en vigor el Código Penal de 1822, esas leyes y reglamentos a que hacía referencia CALATRAVA no llegaron a ver la luz.

4.3 SUJETO ACTIVO, SUJETO PASIVO Y OBJETO DE LA ACCION.

A pesar de lo que hemos señalado en el epígrafe anterior en el sentido de que la conducta descrita en el tipo se correspondía casi exactamente con la de los dueños de casas de prostitución, debemos señalar aquí, que para ser sujeto activo de este delito no es preciso este carácter, pues, del tenor literal del Código, no se deduce la exigencia de tal requisito,⁽⁷³⁾ bastando con recibir, acoger o mantener mujeres públicas⁽⁷⁴⁾ para incurrir en la sanción prevista en el mismo (supuesta siempre la falta de autorización o el incum-

(72).- Diario de las Sesiones de Cortes. 22 de Enero de 1822.
Pag. 1960/B.

(73).- Dice el Código: "Toda persona..."

(74).- El empleo del plural "mujeres públicas" nos hace pensar en que no bastaría con recibir, mantener o acoger a una sola de estas mujeres, sino que para incurrir en el tipo previsto sería necesario que fuesen varias las mujeres acogidas, mantenidas o recibidas, con lo que de hecho difícilmente podría evitar la persona que se dedicase a tales menesteres el calificativo de dueña de cada de prostitución, bien que esta dedicación fuese clandestina o incluso esporádica.

plimiento de requisitos). Por consiguiente, sujeto activo puede ser toda persona, sin distinción de edad o sexo.

Sujeto pasivo, por su parte, es la Sociedad como titular del bien jurídico vulnerado con esa conducta.

Por último, objeto de la acción, son las mujeres públicas,⁽⁷⁵⁾ ya que sobre ellas recae la acción descrita en el tipo de recibirlas, acogerlas o mantenerlas en la propia casa para que allí abusen de sus cuerpos.

4.4 LA CONSUMACION.

La conducta que se tipifica en este artículo es, como hemos reseñado ya, la de acoger, mantener, o recibir mujeres públicas en la propia casa para que allí abusen de sus cuerpos. Lo relevante, por consiguiente, es el hecho de recibir, acoger o mantener a tales mujeres con la dicha finalidad.

En consecuencia, estimamos que la consumación se da con el mero hecho de recibir, acoger o mantener en la propia casa a mujeres públicas, con independencia de que las citadas mujeres lleguen a ejercer su triste oficio.

No se nos oculta que en la mayor parte de los casos ese ejercicio de la prostitución se dará. Es más, lo más fre-

(75).- El término "mujeres públicas" debemos entenderlo como sinónimo de "prostitutas", por lo que a los efectos de su interpretación y alcance nos remitimos a lo expuesto en el capítulo preliminar. Vid supra pag. 21ss.

cuenta, es que sea ese ejercicio el que descubre la existencia de una tal casa. No obstante, insistimos en estimar que en orden a la consumación, es innecesario que se llegue a dar un ejercicio real de la prostitución por parte de las mujeres acogidas, mantenidas o recibidas en una casa para tales fines.

4.5 LA PENA.

La sanción que el Código señala a esta conducta es la de reclusión de uno a dos años y multa de quince a cincuenta duros.

Esta pena es la misma que la señalada por el legislador a lo que hemos denominado conducta básica dentro del supuesto de cooperación a la prostitución de menores de veinte años y que hemos comentado en su lugar correspondiente.⁽⁷⁶⁾ Por consiguiente, a lo allí dicho nos remitimos.

4.6 AGRAVACION ESPECIFICA DERIVADA DE LA HABITUALIDAD.

La agravación derivada de la habitualidad está recogida en el segundo párrafo del artículo 535 que dice:

"La que en iguales términos se ejercitare habitualmente en este vergonzoso tráfico sufrirá el aumento del duplo al triplo de las referidas penas!"

(76).- Vid supra pag. 77s.

El texto de la agravación es claro y su interpretación no plantea particulares problemas; por consiguiente, sólo vamos a señalar que cuando el legislador dice: "La que en iguales términos..." hay que entender que se refiere a "toda persona que sin estar competentemente autorizada o faltando a los requisitos que la policía establece..."; de otra parte, respecto a la habitualidad que requiere y caracteriza a esta agravante, nos remitimos a los comentarios que sobre esta circunstancia hemos realizado anteriormente al hablar de los supuestos relativos a menores de veinte años.⁽⁷⁷⁾

5. OTROS SUPUESTOS DE TERCERIA.

Antes de iniciar su análisis, es imprescindible hacer unas precisiones a los efectos de delimitar el objeto de nuestro estudio.

El precepto que vamos a examinar es el contenido en el artículo 676 y está ubicado en el Capítulo IV del Título I de la Parte Segunda relativa a los delitos contra los particulares. Esto supone una primera diferencia esencial a tener presente, ya que los preceptos anteriormente examinados estaban incluidos en la Parte Primera concerniente a delitos contra

(77).- Vid. supra pag. 79ss.

la Sociedad.

El tenor literal de dicho artículo es el que sigue;

"el que solicitare a mujer casada o menor de edad para que se deje robar, o huya con el solicitador, aun que nada de ésto se llegue a verificar, sufrirá un arresto de quince días a tres meses y se le podrá, además, obligar a petición del marido, padre o encargado de la persona cuyo robo o fuga se hubiese solicitado, y al prudente arbitrio de los jueces, si se considerase necesario, a que de fiador de que observará una conducta arreglada, o a que si no lo diera, salga desterrado por uno a tres años del pueblo respectivo y veinte leguas en contorno. Si, además, de la solicitud, hiciere su autor alguna otra tentativa para consumar el delito, sufrirá una reclusión de cuatro a diez y ocho meses, con igual obligación de dar fianza, o salir desterrado en los propios términos. En ambos casos se eximirá al solicitador de toda pena, si hubiera procedido de voluntario desistimiento suyo el no haberse verificado la fuga o el robo antes de ser descubierto!"

Una lectura atenta del mismo, nos permite descubrir en él la presencia de dos figuras claramente diferenciadas. La primera, es la del que solicita a una mujer para que se deje robar por él mismo, o para que huya también con él. La segunda, es la que responde con la figura del tercero o mediador que solicita a una mujer para otro.

El estudio de la primera de estas figuras, referida como está al delito de robo de persona,⁽⁷⁸⁾ excede con mucho el marco de nuestro estudio, por lo que respecto a élla, sólo vamos a señalar que, a nuestro entender, recoge una tipificación especial de la tentativa que constituye una excepción

(78).- Sobre el concepto de robo de persona vid supra pag. 69.

a la regla general prevista en el artículo 7 del mismo Código.⁽⁷⁹⁾ Excepción, que quizás halle su justificación en el hecho de que el legislador estimara que la pena que sancionaba esta conducta, derivada de la aplicación estricta de las reglas generales sobre la tentativa, resultaba excesiva.⁽⁸⁰⁾

La segunda figura constituye una de los supuestos que nuestro derecho histórico incluía dentro de los delitos

(79).- El artículo 7 dice: "Por regla general, y excepto en los casos en que la ley determine expresamente otra cosa, la tentativa de un delito, cuando la ejecución de éste no haya sido suspendida, o no haya dejado de tener efecto sino por alguna casualidad o por otra causa independiente de la voluntad de su autor, será castigada con la cuarta parte a la mitad de la pena que la ley prescriba contra el delito que se intentó cometer; y si el acto que efectivamente se haya cometido para preparar o comenzar la ejecución de este delito tuviere señalada alguna pena especial, se aplicará también ésta al delincuente!" (el subrayado es nuestro.)

(80).- En la discusión en las Cortes de los artículos relativos a la tentativa (vid. Diario de las Sesiones de Cortes. Dias 28, 29 y 30 de Noviembre de 1821. pags. 1012-3, 1026-32 y 1044-47) se criticó por algunos Diputados, por por poco adecuada, la pena general señalada a la tentativa puesto que estimaban algunos que la punibilidad de la misma dependía de cada delito y que por tanto lo que debía hacerse era señalar en cada delito concreto la sanción correspondiente a su tentativa (vid. las intervenciones de GIL de LINARES pag. 1026ss, de GARELI pag. 1029, de DOLAREA pag. 1029 s. etc.). La comisión manifestó, por boca de CALATRAVA y de REY que no pretendía disputar sobre cuantías y que si las Cortes estimaban que la penalidad era excesiva podía reducirse. En cualquier caso el Código en el artículo transcrito dice "por regla general" y según palabras de CALATRAVA: "Esto lo considera la Comisión muy importante, porque quiere que sepan los jueces que por regla general la tentativa no ha de merecer más pena que la mitad de la que se señale al delito que se quería ejecutar, excepto en los casos en que la ley determine expresamente otra cosa!" (pag. 1027).

de lenocinio o alcahuetería.⁽⁸¹⁾ Es por esta razón, y porque tanto PACHECO⁽⁸²⁾ como GROIZARD⁽⁸³⁾ la citan como antecedente del delito de lenocinio regulado en los Códigos posteriores -y que estudiaremos en su lugar oportuno⁽⁸⁴⁾ por lo que vamos a detenernos, si quiera sea someramente en su análisis, aunque este precepto va a desaparecer con el Código que lo contiene sin que vuelva a surgir posteriormente en ninguna ocasión.

En cualquier caso, el análisis de este precepto presenta una especial dificultad, pues, a la habitual falta de comentaristas se une, en este caso, la carencia incluso de los comentarios de CALATRAVA.⁽⁸⁵⁾

(81).- Así, en las Partidas, en la L.IV del Tit.VI de la VII Partida se lee: "Leno en latín tanto quiere decir en romance como alcahuete, et tal home como este quier tenga sus siervas ó otras mujeres libres en su casa mandándolas fazer maldat de sus cuerpos por dineros, quier ande por trujamania alcohutando o sonsacando mujeres para otri por algo que le den". Y posteriormente, en la L.I del Tit.XXII -que trata "De los alcahuetes"- de la misma Partida, dice: "Et son cinco maneras de alcahuete:... la segunda es de los que andan por trujamanes alcohutando a las mujeres que están en sus casas para los varones por algo que ellos reciben" (el subrayado discontinuo es nuestro).

(82).- PACHECO, codigo, III, 146-7.

(83).- GROIZARD, código V, 188.

(84).- Vid infra pag. 128ss.

(85).- La razón de la ausencia de los comentarios de CALATRAVA, hay que buscarla en el hecho de que a este precepto

5.1 BIEN JURIDICO.

Tal y como hemos señalado en el epígrafe anterior, el precepto que examinamos queda incluido entre los delitos contra los particulares, lo que supone una diferencia fundamental respecto a los que hemos estudiado en los anteriores epígrafes, que estaban comprendidos entre los delitos contra la sociedad.

Esto, en principio, podría hacernos pensar en un bien jurídico de naturaleza individual del que fuese titular la mujer solicitada, su marido, su padre o la persona encargada de su guarda. Esta idea, parece quedar reforzada, en lo que respecta a estos últimos sujetos, por la facultad que les concede el Código de instar ante los jueces competentes la adopción de medidas especiales con respecto al autor de la conducta típica.⁽⁸⁶⁾

No es éste, a nuestro entender, el bien que trata de

(85).- cont.) no se le presentaron ni enmiendas ni críticas, por lo que se aprobó automáticamente sin ningún comentario. (vid. Diario de las Sesiones de Cortes. 22 de Enero de 1822 nº 126. pag. 2060/B.

(86).- Dice así el Código en el precepto que comentamos: "... y se le podrá obligar a petición del marido, padre o encargado de la persona cuyo robo o fuga se hubiese solicitado, y al prudente arbitrio de los jueces, si se considera necesario, a que de fiador de que observará una conducta arreglada, o a que si no lo diera, salga desterrado por uno a tres años del pueblo respectivo y veinte leguas en contorno..."

proteger al Código. A nuestro juicio, lo que pretende el legislador con este precepto, es un adelantamiento de las barreras de protección penal, de modo que queden bajo sanción legal conductas que, por lo menos en los supuestos de tercería que estamos examinando, de otro modo quedarían impunes o serían de difícil punición, de no concretarse en vía de hecho el robo de la persona objeto de la solicitud.

Desde nuestro punto de vista, lo relevante para el legislador, no es el hecho de la solicitud en sí, sino la conducta del sujeto que actúa como intermediario de ajenas concupiscencias. Lo que altera la moral sexual colectiva no es el hecho de que un sujeto solicite de una mujer que se deje robar por él, pues, ésto a lo sumo, atenderá contra la honestidad de la propia mujer o sobre los derechos de patria potestad, autoridad marital o guardaduría que sobre la mujer existan, sino que altera dicha moral sexual colectiva, es el hecho de que un sujeto actúe de tercero solicitando a una mujer para otro. El caso, como puede verse, es paralelo a los que señalábamos al tratar de los supuestos relativos a menores y a mayores,⁽⁸⁷⁾ en lo que lo relevante no era el que una persona mayor o menor se prostituyera, sino que lo relevante era que una tercera interfiriera o participara de algún modo

(87).- Vid supra pag. 62ss., 96s.

en esa prostitución.

El bien jurídico es, en lo que a la tercera se refiere, de naturaleza social, y podríamos concretarlo en la moral sexual colectiva, que se ve vulnerada por las actividades de tercera del sujeto en cuestión.

5.2 LA CONDUCTA BASICA.

La conducta básica en lo que a la tercera se refiere, -que es la figura objeto de nuestro estudio- es muy concreta y consiste única y exclusivamente en solicitar a una mujer para otro, bien sea para que se deje robar por éste, bien sea para que huya con él.

La conducta descrita se corresponde a una de las figuras clásicas de lenocinio, alcahuetería o celestinaje y ha tenido cumplido reflejo en la literatura.⁽⁸⁸⁾ El concepto no es estrictamente jurídico, sino que éste coincide con el vulgar. Más aun, algún autor como GROIZARD afirma que el concepto que vulgarmente se tiene de celestinas y rufianes, es incluso más correcto que el jurídico.⁽⁸⁹⁾

(88).- La más conocida, que es a la vez quizás la más significativa y una de las que más claramente describe la figura es La Celestina de Fernando de ROJAS.

(89).- GROIZARD: "La opinión pública tiene de las Celestinas y de los rufianes un concepto claro y justo, superior sin duda a la noción jurídica del delito de lenocinio, oscurecida muchas veces con las distinciones y disputas de los

Dado que esta conducta no presenta ningún problema de orden interpretativo, no vamos a extendernos más en la exposición de la misma.

5.3 SUJETO ACTIVO, SUJETO PASIVO y OBJETO DE LA ACCION.

La determinación de quién o quiénes sean los sujetos activo, pasivo, y el objeto de la acción, no plantea a nuestro entender excesivos problemas, por lo que vamos a detenernos muy brevemente en los mismos.

Sujeto activo puede ser cualquier persona, sin que sea necesario ningún tipo de dedicación especial a este tráfico, ya que la ley no exige este requisito. Por consiguiente, puede ser lo mismo sujeto activo la persona que habitualmente se dedica a estas labores de tercería, que aquella que sólo en esa ocasión concreta ha actuado en calidad de tal.

Sujeto pasivo es la Sociedad, ya que élla es la titular del bien jurídico vulnerado.

Por último, objeto de la acción, son la mujer casada y la menor de edad, pues, sobre éllas recae la conducta del sujeto activo.

(89).- cont.) doctores...Por repugnante alcahueta es tenida la vieja que anda de casa en casa sonsacando doncellas para vencer honestas resistencias, y la que está al frente o dirige una casa de pupilas, y también la que tiene consigo una sola menor cuya belleza o juventud explota!" (código V, 217).

5.4 LA CONSUMACION.

El delito que nos ocupa es de los que podríamos denominar, utilizando terminología actual, delito de tendencia, y dentro de ellos, de resultado cortado. En efecto, en este precepto no es necesario que se produzca el resultado material del robo de la persona solicitada para que la conducta resulte consumada.

A este respecto el propio legislador señala en el precepto:

"El que solicitare a (...) aunque nada de esto se llegue a verificar, sufrirá un arresto..."

Por consiguiente, el delito queda consumado en el momento mismo en que se realiza la solicitud por parte del tercero, con independencia de que el robo, o la fuga, lleguen a concretarse. Salvo siempre lo previsto en el último inciso del artículo que comentamos y que será objeto de un análisis posterior.

5.5 LA PENA.

La pena señalada en este artículo a la conducta básica es de arresto de quince días a tres meses. Esta pena se puede ver complementada, a petición del marido, padre o guardador de la mujer solicitada, y si los jueces competentes lo consideran necesario, con la obligación de presentar fiador

de que observará una conducta arreglada, o, en caso contrario, sufrir un destierro de uno a tres años del pueblo respectivo y veinte leguas en contorno.

Esta pena es notoriamente inferior a la que le correspondería aplicando las reglas generales de la tentativa al delito de robo de personas,⁽⁹⁰⁾ sin embargo, resulta razonablemente proporcionada con la que le correspondería por una tentativa de delito relativo a la prostitución o corrupción.⁽⁹¹⁾ Este es un dato más que nos lleva a la conclusión que la conducta que estamos examinando es una de las formas posibles de lenocinio que tendría una ubicación más adecuada en el título correspondiente a los delitos contra las buenas costumbres junto a los delitos que hemos examinado en epígrafes anteriores.

(90).- Conforme a lo previsto en el artículo 8, la pena a imponer por tentativa es de la cuarta parte a la mitad de la pena correspondiente al delito consumado. La pena prevista en el artículo 665 para la forma básica del delito de robo es la de dos a seis años de obras públicas. La tentativa de este delito, por consiguiente, debería castigarse con una pena de seis meses a tres años de obras públicas.

(91).- La pena que corresponde a la modalidad básica de este tipo de delitos es, como hemos señalado ya anteriormente, la de reclusión de uno a dos años. La tentativa de este delito se vería castigada con una pena de tres meses a un año de reclusión.

5.6 EL SUPUESTO AGRAVADO Y LA EXCUSA ABSOLUTORIA.

Dado que no presentan ningún tipo de problemas, nos vamos a limitar a dar somera noticia de los mismos.

El supuesto agravado, se da cuando el sujeto en cuestión, además de la solicitud, hace alguna otra tentativa para consumar el delito. Entendemos que este supuesto está pensado más para el caso en que la solicitud se realice por el propio sujeto que pretende robar a la mujer, que para el supuesto del tercero o intermediario. Ahora bien; dado que -por lo menos teóricamente- también podría darse el supuesto de un tercero o intermediario que no limitase su actuación a la mera solicitud, incluimos aquí este supuesto. La pena prescrita para estos casos es la de reclusión de cuatro a diez y ocho meses con la misma obligación de dar fianza o salir desterrado en los propios términos antes transcritos.

La denominada excusa absolutoria viene recogida en el último inciso del propio artículo que señala:

"En ambos casos se eximirá al solicitador de toda pena, si hubiera procedido de voluntario desistimiento suyo el no haberse verificado la fuga o el robo antes de ser descubierto!"

Esta previsión resulta aparentemente superflua, pues, el propio Código al hablar de la tentativa, señala la impunidad de aquellas conductas cuando mediere arrepentimiento o voluntario desistimiento, y por esa razón hubieran deja-

do de consumarse.⁽⁹²⁾ Ahora bien, dado que en el mismo artículo se prevé que si la conducta ya realizada tuviera asignada una pena especial será esta aplicable, nos encontramos con que en el caso que nos ocupa, de no darse la expresa previsión que estamos comentando, la conducta realizada, no sería punible como tentativa del delito de robo de persona, pero sí lo sería en virtud de la pena específica que la ley señalaba a este supuesto.

Por lo demás, el tenor del precepto es claro y no precisa de mayores comentarios.

6. RESUMEN.

La regulación que el Código Penal de 1822 hace de los delitos relativos a la prostitución o corrupción, podemos reconducirla al siguiente esquema:

- .- Una figura básica relativa a menores de veinte años.
- .- Un grupo de figuras agravadas relativas también a menores.

(92).- Dice el artículo 8: "La tentativa de un delito en el caso que la ejecución de éste, aunque ya empezada o preparada, se haya suspendido o dejado de consumar por arrepentimiento o voluntario desistimiento del autor, no será castigada sino cuando el acto que efectivamente se haya cometido para preparar o empezar la ejecución del delito principal tenga señalada alguna pena, en cuyo caso será ésta la que se aplique; salvas las disposiciones particulares de la ley cuando determine otra cosa!"

- Agravadas por la habitualidad.
- Agravadas por relaciones interpersonales.
- Agravadas por la concurrencia con robo de personas o rapto.
- Una figura caracterizada por el incumplimiento de deberes asistenciales.
- .- Una figura que recoge determinados supuestos relativos a la prostitución de mayores de veinte años.
- .- Una figura de tercería o alcahuetería sobre mujeres casadas o menores de edad.

Este Código que acabamos de comentar, pese a sus defectos, a su acendrado casuismo propio de la época y a su dudosa vigencia, tiene para nosotros un indudable interés, ya que recoge la primera resolución penal moderna que sobre el tema de prostitución o corrupción se hace en España.

Por otra parte, entre el fárrago de su articulado, podemos descubrir las líneas sobre las que va a pivotar la regulación de este tema en los Códigos posteriores. Esto es: predominio casi absoluto de los tipos relativos a conductas referidas a supuestos de prostitución o corrupción de menores de edad; duplicidad de base incriminatoria - se hace referencia tanto a supuestos de prostitución como de corrupción- y, por último, escasa relevancia a los mismos supuestos pero referidos a mayores.

Capítulo Segundo:

LAS CONDUCTAS RELACIONADAS CON LA PROSTITUCION O LA
CORRUPCION EN LOS CC.PP. DE 1848, 1850 Y 1870.

Capítulo Segundo: LAS CONDUCTAS RELACIONADAS CON LA PROSTITUCION O LA CORRUPCION EN LOS CC. PP. DE 1848, 1850 y 1870.

1. GENERALIDADES.

Una vez examinado el Código Penal de 1822, en la parte relativa al tema que nos ocupa, vamos a proceder ahora al estudio de los dos Códigos siguientes que son: el de 1848-50⁽¹⁾ y el de 1870.

Estos dos Códigos -que desde un punto de vista general no presentan entre sí grandes variaciones-⁽²⁾ en el tema que estamos estudiando, tienen la peculiaridad de ser prácticamente idénticos,⁽³⁾ salvo en lo que se refiere a las penas. Por esto, y a los efectos de nuestro estudio, vamos a examinarlos conjuntamente.

(1).- Como es de todos sabido, con fecha de 30 de Junio de 1850 se dictó un RD. que contenía la "Edición Oficial reformada" del Código de 1848, reforma ésta que no alteró sustancialmente el contenido del mismo. Por esta razón y sin que éllo sea óbice para que reseñemos en su lugar oportuno las posibles modificaciones que afecten a nuestro tema, cuando hagamos referencia genérica al Código lo notaremos CP. de 1848-50.

(2).- En sentido similar: del ROSAL, lecciones, 398s ; ROVIRA, curso, 171; MONTES, penal, I, 381; RODRIGUEZ DEVESA, penal I, 103; CUELLO, penal I, 152.

(3).- De hecho el legislador de 1870, en lo que se refiere al delito que nos ocupa, se limitó a copiar el Código de 1848-50. En el mismo sentido GONZALEZ y SERRANO, apéndice, 298.

El 19 de marzo de 1848, y tras múltiples vicisitudes, se promulga un RD. que contiene el que se conoce como Código Penal de 1848⁽⁴⁾ que entraría en vigor el 1 de Julio del mismo año. Este Código sufriría una serie de reformas que dieron lugar a que el 30 de Junio de 1850 se publicara un RD. que contenía la "Edición Oficial Reformada del Código Penal de 1848"

En conjunto, ni el Código en sí, ni las reformas, satisficieron a nadie, por lo que se nombró una nueva Comisión para que elaborase un proyecto de Código Penal.⁽⁵⁾ Tras diversas alternativas -causadas fundamentalmente por el momento político que atravesaba España- que dieron lugar, entre otras cosas, a múltiples cambios entre los miembros de la Comisión, el 30 de Mayo de 1870, MONTERO RIOS -en aquel momento Ministro de Gracia y Justicia, presentó a las Cortes un proyecto de Código Penal que fué aprobado de modo provisional

(4).- No vamos a entrar en el estudio de la génesis de este Código por ser ésta una tarea que queda fuera del ámbito del trabajo que pretendemos llevar a cabo. Para un estudio detallado del tema, véanse, entre otros: ANTON, código, 473-95; AURIOLES, instituciones, ; CANDIL, observaciones, 405-41; CARDENAS, código, 109-25 y 193-226; CASTRO y ORTIZ, código; CASTEJON, historia; JIMENEZ de ASUA, centenario, 13-33; PACHECO, código; RODRIGUEZ DEVESA, penal I, 89ss; del ROSAL, lecciones, 390ss; TERUEL, código, 8-13; VIZMANOS y ALVAREZ, comentarios.

(5).- Tampoco vamos a entrar en el estudio de la génesis de este Código por las mismas razones expuestas en la nota anterior. Para el estudio de ese extremo, véanse otros: ANTON, código, 229-51; GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, elementos; DEL ROSAL, lecciones, 397ss; RODRIGUEZ DEVESA, penal I, 94ss; CUELLO, penal I, 152ss.

tras sólo dos sesiones de discusión.

Este Código "provisional" promulgado por D. de 30 de Agosto de 1870, va a convertirse en el cuerpo legal, de carácter penal, más tiempo en vigor desde el Código de 1822 hasta nuestros días, y va a constituir el Código Penal conocido como el Código de 1870.

Otro punto que no podemos olvidar, si pretendemos estudiar la regulación legal que el Código hace del tema de la prostitución, es la situación social de la época. En efecto, al comentar el Código Penal de 1822, y en concreto su artículo 535, señalábamos que parecía resurgir en España una corriente no sólo de signo tolerante con respecto a la prostitución, sino incluso, de un claro carácter reglamentarista.⁽⁶⁾

Este hecho no era nuevo, pues, ya en épocas históricas anteriores, se había dado el fenómeno de sucesivas etapas de reglamentación-prohibición-tolerancia-reglamentación.⁽⁷⁾

En este mismo sentido se manifiesta JUDERIAS cuando señala:

"las mancebías, toleradas por Felipe II y hasta reglamentadas por este rey, quedaron suprimidas en tiempos de Felipe IV, volviendo a permitirse en la época de Carlos II hasta que Fernando VI las vuelve a cerrar en el siglo XVIII"⁽⁸⁾

(6).- Vid supra pag. 94s.

(7).- Es interesante ver sobre este punto los estudios que realizan RODRIGUEZ-SOLIS, historia y JIMENEZ ASENJO, abolicionismo.

(8).- JUDERIAS, reglamentación, 393.

Esta prohibición formal, llega hasta la época de la Codificación, si bien, ya en el reinado de Fernando VII -e incluso antes- la prostitución clandestina cobra un gran auge.⁽⁹⁾

Este incremento de la prostitución clandestina, con los múltiples problemas que suele conllevar, propició una corriente, progresivamente creciente, de intervencionismo del Estado en este tema⁽¹⁰⁾ y una corriente de opinión, que solicitaba una clarificación de la situación⁽¹¹⁾ que finalizó por dar lugar a una nueva época reglamentarista.⁽¹²⁾

Por último señalemos, que la coexistencia de un régimen de reglamentación con una legislación penal dirigida a

(9).- A este respecto señala JIMENEZ ASENJO: "Desde los tiempos de Fernando VII, aún prohibida, la prostitución se refugió en la clandestinidad de las posadas secretas o lugares semejantes, favorecida por su clientela!" abolicionismo, 75;

(10).- Vid a este respecto el capítulo de este trabajo dedicado a la reglamentación infra pag. 453-571

(11).- En esa línea se manifestaron VIZMANOS y ALVAREZ al comentar el Código de 1848 cuando dicen: "Es necesario decidirse; nada es peor que el desorden existente en la actualidad; pero no corresponde al nuevo Código el resolver una cuestión más bien administrativa que de derecho penal y por lo tanto, omitida por los modernos Códigos, aunque casi generalmente se encuentran reglamentadas en todas partes las casas públicas de prostitución. Es hipocresía el prohibirlas y tolerarlas al mismo tiempo con todas sus perniciosas consecuencias!" comentarios, II, 384.

(12).- En el mismo sentido MARTINEZ ALCUBILLA señala que es para poner coto a la situación social del momento por lo que el legislador opta de nuevo por la reglamentación. Vid su diccionario voz Mancebías, 95.

luchar -si bien parcialmente- contra la prostitución o corrupción, va a dar lugar a numerosas críticas por parte de la doctrina, de las que daremos noticia en su lugar oportuno.⁽¹³⁾

2. REGULACION LEGAL.

A diferencia de lo que ocurría en el Código Penal de 1822, que se caracterizaba por un acendrado casuismo, los que ahora nos ocupan, se van a caracterizar por una gran simplicidad.

Como ya hemos indicado, vamos a examinar conjuntamente los Códigos de 1848, 1850 y 1870 que no presentan entre sí mayores novedades.⁽¹⁴⁾ El texto que vamos a transcribir, corresponde al tenor del Código de 1870, y en nota indicaremos las diferencias con los otros dos códigos.

TITULO IX: Delitos contra la honestidad.

Capítulo IV: Estupro y corrupción de menores.

Art.459: El que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer

(13).- Vid infra pag. 395

(14).- La cita de los preceptos la haremos citando el precepto correspondiente al Código Penal de 1870, y, a continuación, entre paréntesis, y separados por una barra indicaremos los números correspondientes a los Códigos de 1848 y 1850. Así art. 459(357/367) significa que el artículo citado es el 459 del Código de 1870 que a su vez

los deseos de otro, será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio e inhabilitación temporal absoluta, si fuese autoridad.(15)

Capítulo VI: Disposiciones comunes a los capítulos anteriores.

Art. 465: Los ascendientes, tutores, curadores, maestros y cualesquiera personas que con abuso de autoridad o encargo cooperaren como cómplices a la perpetración de los delitos comprendidos en los cuatro capítulos precedentes, serán penadas como autores.(16)

Los maestros o encargados en cualquier manera de la educación o dirección de la juventud, serán además condenados a la inhabilitación temporal especial en su grado máximo a inhabilitación perpetua especial.(17)

Art. 466: Los comprendidos en el artículo precedente, y cualesquiera otros reos de corrupción de menores en interés de tercero, serán condenados en las penas de interdicción del derecho de ejercer la tutela y ser miembro del Consejo de Familia.(18)

(14).- cont.) era el 357 en la redacción de 1848 y ocupó el número 367 en la Edición de 1850.

(15).- En el Código de 1848-50 (arts. 357/367), la pena prescrita a la conducta era únicamente la prisión correccional sin más precisiones.

(16).- El artículo 363/373 del Código de 1848-50 decía en lugar de "en los cuatro capítulos precedentes" "en los tres capítulos precedentes"

(17).- La sanción de este segundo párrafo en el Código de 1848-50 (art.363/373) era de inhabilitación perpetua especial.

(18).- El art. 364/374 del Código Penal de 1848-50 añadía a esto: "y de sujeción a la vigilancia de la Autoridad por el tiempo que los Tribunales determinen"

LIBRO TERCERO: DE LAS FALTAS Y SUS PENAS.

TITULO SEGUNDO: De las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones.⁽¹⁹⁾

Art. 596: Serán castigados con la multa de 5 a 25 ptas. y represión:

2.- Los que infringieren las disposiciones sanitarias de policía sobre prostitución.⁽²⁰⁾

3. EL SUPUESTO RELACIONADO CON MENORES DE EDAD.

3.1 BIEN JURIDICO.

La tarea de determinar cual sea el bien jurídico tanto en el Código Penal de 1848-50, como en el de 1870, no es tarea fácil, particularmente desde el momento en que no se tipifica todos los supuestos relativos a la prostitución o corrupción de menores, sino solamente aquéllos en los que se dan determinadas circunstancias.

De otra parte, de entre los autores de la época, sólo GROIZARD toca y estudia el tema que ahora nos ocupa.⁽²¹⁾

(19).- En el Código de 1848 la falta que nos interesa estaba recogida en el Título I: De las faltas graves, y en el Código de 1850 seguía en el mismo Título, si bien dejó de tener nombre propio.

(20).- La falta presenta más variaciones. Así en el artículo 471-9º/485-8º, la pena señalada es de arresto de cinco a quince días, o multa de 5 a 15 duros: y el tenor de la falta es: "Los que infringieren los reglamentos de policía en lo concerniente a mujeres públicas"

(21).- GROIZARD, código, V, 199s., 206, 217.

Los restantes autores de la época: PACHECO, VIADA, VICENTE Y CARAVANTES, VIZMANOS y ALVAREZ, etc., no se ocupan directamente del tema del bien jurídico en sus comentarios a estos artículos, si bien podemos encontrar algunos datos de interés en los comentarios que realizan como introducción al Título relativo a Delitos contra la honestidad.⁽²²⁾

Es factor común en todos los autores citados, la consideración de que el legislador no debe confundir el delito con el pecado, y que, por consiguiente, no debe castigar todas las inmoralidades, sino sólo aquéllas que tengan cierta relevancia.⁽²³⁾

Con base en esta premisa, el legislador tipifica una serie de conductas como el adulterio, la violación, los abusos deshonestos, el escándalo público, etc. que, en palabras de VIADA:

"...a la vez que atentan a la moral y las buenas costumbres, tienden a perturbar el orden social, relajando los vínculos de familia ù ofendiendo el pudor con actos de grave escándalo y trascendencia!"⁽²⁴⁾

En consecuencia, no toda conducta inmoral va a ser

(22).- Vid. PACHECO, código, III, 103 y 164; VIADA, código, III, 139; VIZMANOS y ALVAREZ, comentarios, II, 365; VICENTE Y CARAVANTES, código, 399.

(23).- GROIZARD, código, V, 5; en el mismo sentido PACHECO, código, III, 103; también VICENTE Y CARAVANTES, código, 339 nota 1.

(24).- VIADA, código, III, 105.

delictiva, ni siquiera toda aquélla que atente contra la moral o las buenas costumbres, sino sólo la que revista una especial trascendencia.⁽²⁵⁾

De otra parte, hay que señalar que una de las cuestiones que más ha contribuido a complicar este tema es la expresión "corrupción de menores", que el legislador utilizó, junto con la de estupro, en el epígrafe que encabeza el capítulo. Esta expresión, que como hemos señalado en el Capítulo Preliminar,⁽²⁶⁾ tiene un sentido y un significado específico que no se corresponde en absoluto con el contenido de los artículos que estamos examinando, que, como veremos a continuación, hacen referencia al delito de lenocinio,⁽²⁷⁾ y la utilización de la misma, ha llevado a confusión en torno al bien jurídico que se protege en este precepto.

(25).- Esta idea de no confusión de las respectivas esferas de la moral y del derecho -extensible por otra parte a la totalidad del ordenamiento penal- sigue siendo mantenida por la doctrina moderna. En ese sentido véanse entre otros: CERESO, penal, 12-17; RODRIGUEZ MOURULLO, penal, 18-24.

(26).- Vid supra pag. 51

(27).- El elemento diferenciador más gráfico y característico es el de la tercería, ya que en el delito de corrupción de menores el sujeto activo actúa para satisfacer sus propios deseos, mientras que en el delito de lenocinio la actuación es siempre para satisfacer los deseos ajenos. En este sentido vid supra pag. : De otra parte, la doctrina de la época coincide en calificar este delito como de lenocinio si bien considerare que no es un supuesto de lenocinio simple sino de lenocinio cualificado o con circunstancias agravantes. Así, PACHECO, código, III, 147; VIZMANOS y ALVAREZ, comentarios, II, 382; VICENTE Y CARAVANTES, código, 404.

A nuestro entender dado que nos encontramos ante un delito de lenocinio, debemos concluir que el bien jurídico en este tipo de infracciones es de naturaleza social o colectiva, (28) y podríamos concretarlo en el interés que la sociedad tiene en que las manifestaciones de la sexualidad se realicen en condiciones de normalidad. Esto es; conforme a las normas y usos sociales, en materia sexual, reconocidos por el grupo social. Desde este punto de vista, lo relevante en este delito no es que una persona promueva o facilite la prostitución o corrupción de un menor, sino que realice esta labor para satisfacer los deseos de tercero, ésto es, que su conducta constituya un supuesto de tercería que, además, para ser punible, debe realizarse con habitualidad, o con abuso de autoridad o confianza.

En esta línea argumental señala GROIZARD:

"La opinión pública tiene de las Celestinas y de los rufianes un concepto claro y justo...Para ella, el fundamento del castigo es la vindicación de la moral pública y de las buenas costumbres generales escarnecidas por el lenocinio!"(29).

En efecto, de tratarse de un bien jurídico de orden preferentemente individual, no alcanzamos a entender por qué

(28).--en el mismo sentido RODRIGUEZ DEVESA, corrupción, 818s. en contra CARRARA, programma, VI, 72.

(29).- GROIZARD, código, V, 217.

sólo es punible la conducta del sujeto activo cuando éste es habitual,⁽³⁰⁾ o cuando obra con abuso de autoridad o confianza, ya que el bien jurídico de naturaleza individual -que deberíamos referirlo a la moralidad del menor o a su derecho a una correcta formación de tipo moral o sexual- se vería igualmente vulnerado, aunque el sujeto en cuestión no reuniese los requisitos antedichos.

De otra parte, el legislador protege los bienes individuales relativos a la honestidad con mayor sanción penal en los delitos de violación, estupro, rapto, abusos deshonestos, etc., y establece -aunque sin nombrarlo- un principio de especialidad de carácter atrayente respecto de estos delitos, dada la mayor pena que prescriben. Esto supone que de entrar en conflicto la norma que comentamos con alguna de las que protegen la honestidad individual, debe decaer la primera en favor de la segunda, o dicho de otro modo, prevalece la protección del bien jurídico individual de mayor rango, frente al bien jurídico social o colectivo que detenta un rango inferior.

(30).- Con respecto a la habitualidad, dice GROIZARD: "Si el hábito exigido tuviere por razón un fin relacionado con la persona ofendida, no se comprendería el motivo que la ley pudiera tener para proteger contra las seducciones de los rufianes a tres menores y no a dos; a dos menores y no a uno" ib. 216-7.

En este mismo sentido, GROIZARD señala que en los supuestos en que una conducta es susceptible de tipificarse simultáneamente como autoría de lenocinio o coautoría o cómplicitad de alguno de los delitos contra la honestidad individual, la tipificación deberá hacerse siempre por estos últimos y no por el delito que nos ocupa.⁽³¹⁾ Abundando en el tema, es postura pacífica en la doctrina de la época, el considerar que los supuestos en que un sujeto realiza los actos previstos en este artículo para satisfacer sus propios deseos, responderá criminalmente, no por este concepto, sino en su caso por alguno de los delitos ya indicados.⁽³²⁾ Esto viene a confirmarnos en la idea de que lo relevante a los efectos de este artículo, no es el hecho de que se promueva o facilite la prostitución o corrupción de menores con las condiciones prescritas en el Código,⁽³³⁾ sino que lo que realmente tiene impor-

(31).- GROIZARD: "Ninguna acción que a la prostitución o corrupción de una menor pueda conducir, debe ser castigada como lenocinio, si el propósito a que el intermediario ayudaba, una vez consumado, constituye un delito del cual debe responder como autor la persona a que el tercero prestaba su interesado servicio. En tal caso, como cómplice de ese delito especial y no como autor directo de lenocinio debe el intermediario ser castigado." código, V, 223.

(32).- En ese sentido vid: VIZMANOS y ALVAREZ, comentarios, II, 382; GROIZARD, código, V, 222; VIADA, código, III, 138; PACHECO, código, III, 147.

(33).- Esa conducta tendrá trascendencia, en su caso para otros tipos penales también previstos por el legislador

tancia, es que tal conducta se realice para satisfacer ajenas concupiscencias. Dicho de otro modo, lo que vulnera el bien jurídico, es el ejercicio de una tercería de tipo sexual en determinadas condiciones; y si ésto es así, el bien jurídico debe ser predominantemente de naturaleza social o colectiva tal y como estamos manteniendo.

3.2 LA CONDUCTA BASICA.

La conducta básica viene caracterizada por los dos verbos típicos: promover y facilitar que a su vez hacen referencia a la prostitución o corrupción de menores. Quede bien entendido que no todos los supuestos de promoción o facilitación son punibles, sino sólo aquellas modalidades descritas en el Código y a las que haremos referencia posteriormente.⁽³⁴⁾

Las expresiones que designan los verbos típicos no son nuevas en nuestro derecho, pues, ya en la rúbrica correspondiente al Capítulo II, Título VII de la Primera Parte del Código Penal de 1822, encontrábamos unas expresiones similares: "De los que promueven o fomentan...o contribuyen..."; no obstante, la punición de estas conductas levantó numerosas críticas entre los autores de la época, que consideraban una

(33).- cont.) como son el de violación, estupro, abusos deshonestos, escándalo público, etc., pero no en el delito de lenocinio.

(34).- Vid infra pag. 138-164

incongruencia legislativa el reglamentar por una parte la prostitución⁽³⁵⁾ y castigar por otra a las que la promueven o la facilitan. En ese sentido se manifestó, en su momento, CARRARA,⁽³⁶⁾ y, respecto al derecho español lo hicieron CASTRO OROZCO,⁽³⁷⁾ GROIZARD,⁽³⁸⁾ etc.

(35).- Tras el abortado intento de 1822, la reglamentación de la prostitución comenzó a ser una realidad -como veremos en el Capítulo V, destinado al estudio de este tema- en el primer tercio del siglo XIX. Inicialmente (en los alrededores de 1830) se adoptaban medidas de contención de la misma o de confinamiento de las prostitutas en barrios determinados. Posteriormente, a partir de 1854 se inicia ya la redacción de reglamentos específicos en materia de prostitución. (Vid. el estudio detallado de estos puntos en el capítulo de referencia).

(36).- CARRARA, programma, IV, 77ss.

(37).- CASTRO y ORTIZ: Señalan la inconsecuencia de penar a los habituales de este tráfico y simultáneamente tolerar e incluso reglamentar la prostitución. Dice así: "¿Cómo puede castigarse a los alcahuetes habituales, cuyo auxilio suele ser tan preciso para la existencia de la misma prostitución?" Y contestando a la alegación que él mismo se hace en el sentido de que basta con que se dediquen a las mayores para quedar libres de pena, señala que la historia de la prostitución demuestra que las mujeres que se dedican a la misma envejecen prematuramente y que por ello los reglamentos suelen permitir la presencia en las casas de prostitución de personas de 16 a 18 años según los climas. código, 333.

(38).- GROIZARD señala: "Tolerar las casas de mujeres públicas, todavía más, reglamentarlas en nombre de los intereses de la higiene, y después perseguir a los que están al frente de ellas, a los que las sostienen, a los que excitan a las gentes a frecuentarlas y hasta a los criados que prestan en las mismas sus servicios, es absurdo a la vez que una irritante injusticia." código, V, 208. Evidentemente GROIZARD está suponiendo la presencia en tales casas de menores, pues, en otro caso esa conducta es impune.

Esta crítica es discutible y sólo parcialmente podemos estimarla correcta, pues, si bien en abstracto resulta una incongruencia legislativa el reglamentar por un lado la prostitución y sancionar por el otro penalmente aquellas conductas periféricas a la misma sin las cuales la propia prostitución se vería dificultada, atendiendo a la realidad concreta, a los reglamentos concretos y a las disposiciones penales sancionadoras, puede resultar que no exista tal incongruencia.⁽³⁹⁾

Viniendo, pues, a la realidad social española de la época, nos encontramos con que durante la misma, la prostitución está tolerada, e incluso, avanzando el tiempo, reglamentada. Simultáneamente, el legislador dictó una serie de normas de tipo penal encaminadas a reprimir una serie de conductas periféricas al hecho mismo de la prostitución. Ahora bien; tales normas no se refieren a todos los supuestos de prostitución, sino únicamente a ciertas conductas relacionadas con la prostitución o corrupción de menores de edad.

En base a lo expuesto, la incongruencia legislativa sólo se dará en el supuesto en que los reglamentos sobre prostitución autoricen el ejercicio de la misma a menores de edad.

(39).- Basta con pensar en la existencia de una reglamentación que fije la edad mínima para la permanencia o la concurrencia de mujeres como prostitutas a las casas de leno-

Examinemos, por consiguiente, el tenor de los reglamentos con el fin de detectar la existencia o no de la incongruencia criticada.

En el primer reglamento completo de la época que hemos podido localizar -el de 31 de Julio de 1877 promulgado por el Gobernador de Madrid, Conde de HEREDIA-SPINOLA- no se hace referencia expresa a la edad. Ahora bien; examinando su articulado podemos extraer interesantes conclusiones. Así, en su artículo 4º dispone:

"Serán consideradas mujeres públicas para los efectos de este Reglamento, todas aquéllas que habitualmente se dediquen a la prostitución!"(40)

Por otra parte, en el artículo 8º se lee:

"Antes de ultimar la inscripción, el Negociado dará parte con la mayor reserva a la familia o tutores de la interesada de la resolución de ésta por si estiman oportuno reclamar a la misma y cuidar de su ulterior conducta!"(41)

Del texto de ambos artículos, podemos deducir lo que sigue: si bien no se dice expresamente que las menores de edad pueden dedicarse a la prostitución, hay que tener en cuenta que a los efectos de ese reglamento tendrá la conside-

(39).- cont.) cinio, y una regulación legal que sancione la conducta de los que cooperen a la prostitución de mujeres por debajo de esa edad mínima. En este supuesto no existiría incongruencia de ningún tipo.

(40).- HEREDIA-SPINOLA, reglamento, 3.

(41).- HEREDIA-SPINOLA, reglamento, 4.

ración de mujer pública y quedará, por consiguiente, sometida al mismo cualquier menor que se dedique habitualmente a la prostitución. De otra parte, si el propio legislador prevé en el reglamento la obligatoriedad de dar conocimiento a la familia o al tutor de la interesada "por si estiman oportuno reclamar a la misma y cuidar de su ulterior conducta" es que está admitiendo la inscripción, y consiguientemente el ejercicio de la prostitución de menores de edad.⁽⁴²⁾

De lo expuesto, se deduce sin ninguna dificultad que la incongruencia legislativa se da, pero sólo en la medida en que el legislador tolera o permite la prostitución de menores de edad.

Examinado este tema, vamos a pasar ahora al estudio propiamente dicho de los verbos típicos.

3.21 PROMOVER.

El sentido que la Real Academia de la Lengua da a este verbo es el siguiente:

(42).- Corrobora la realidad de la presencia de menores en casas de prostitución de una manera legalizada la R.O. Circular del Ministerio de Gobernación de 31 de Enero de 1903 (Gaceta de 3 de Febrero del mismo año) dictada como consecuencia de una denuncia del Patronato Real para la represión de la Trata de Blancas, que tuvo su origen en el hecho de que los bandos de los Gobernadores Civiles señalaban como edades límites para consentir la presencia de menores en casas de prostitución cifras que oscilaban entre los 15 y los 21 años. Edades éstas, en cualquier caso, inferiores a los 23 años que es la que determina la mayoría de edad y por debajo de la cual el Código Penal sanciona las conductas de cooperación a la prostitución de estas personas.

(43)

"Iniciar o adelantar una cosa procurando su logro"

GROIZARD, por su parte, lo define de la siguiente

manera:

"La idea de promover implica la de mover, la de impeler una cosa procurando su logro. Promover la prostitución es, a nuestro modo de ver, impulsar a una persona a que se prostituya, seducirla para que el fin de la prostitución a que se aspira se alcance!"(44)

Promover, por consiguiente, implica acción, implica en el sujeto agente una actividad encaminada a conseguir algo a través de la propia actuación. Supone, por consiguiente, un hacer encaminado a conseguir un determinado objetivo.

Desde este punto de vista, cualquier medio que implique una actividad por parte de un sujeto encaminada a conseguir la prostitución o corrupción de un menor, es, y debe considerarse, como constitutivo de "promover" en el sentido del artículo 459 (357/367).

En esta misma línea debemos considerar la STS. de 8 de Mayo de 1888 cuando señala:

"Considerando que la recurrente al excitar a la menor...con estímulo de ganancias e indecorosas instrucciones a concurrir en ocasión determinada a una casa

(43).- Academia, diccionario, voz Promover.

(44).- GROIZARD, código, V, 210. Otros autores de la época como PACHECO, VIADA, VICENTE Y CARAVANTES, AURIOLAS MONTERO, etc. no se detienen a estudiar este extremo,

de prostitución para satisfacer los deseos de otra persona que allí debía esperar y prepararla con cambios de ropa promovió directamente su corrupción!"(45)

Por otra parte, promover -según la definición que da la Real Academia- supone procurar el logro de algo. En este sentido hay que destacar que para que podamos hablar con precisión de promover la prostitución o corrupción de un menor, es necesario que éste no esté previamente prostituido o corrompido.(46)

En resumen, podemos decir que promover la prostitución o la corrupción de un menor supone la realización de una conducta encaminada a conseguir la prostitución o corrupción de una persona que aun no está prostituida o corrompida.

3.22 FACILITAR.

El alcance que la Real Academia da a este término es el siguiente:

"Hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin"(47)

GROIZARD, al manifestarse sobre este concepto, señala que dentro del sentido de la palabra facilitar:

(45).- vid JurCri 383(1888)

(46).- En el mismo sentido GROIZARD, código, V, 210.

(47).- ACADEMIA, diccionario, voz Facilitar.

"...cabe el ayudar, el contribuir a que la prostitución se realice mediante otro impulso y otras fuerzas morales diversas, y por esta clase de cooperaciones cabe exigir responsabilidad a aquél que contribuye con su intervención a que una mujer prostituida de antemano, continúe en su mal oficio mediante las agencias que la presta para conseguir su unión carnal con una o varias personas!"(48)

Como puede deducirse de la definición -más bien descripción- que GROIZARD hace del verbo facilitar, y de la definición que del mismo concepto de la Real Academia, la diferencia esencial entre la conducta regida por este verbo y la que regula el verbo promover, radica en que en el segundo caso, la actividad del sujeto en cuestión, ha de recaer necesariamente en una persona que no esté ya prostituida o corrompida, mientras que la conducta regida por el verbo facilitar, puede recaer indistintamente en persona que esté ya prostituida o corrompida, o que no lo esté.

En este último caso será necesario, para que venga en aplicación este supuesto, que la conducta del sujeto activo sea independiente de la adopción, por parte del menor, de la decisión de prostituirse o corromperse, pues, en caso contrario, entendemos que la ubicación correcta de tal conducta

(48).- GROIZARD, código, V, 211. Sobre este tema tampoco se manifiestan los restantes autores.

debería hacerse dentro del concepto de promover.⁽⁴⁹⁾

Una de las conductas más significativas que viene a incidir en el tema que comentamos, lo constituye el hecho de facilitar cama o habitación a una menor con fines de prostitución o corrupción,⁽⁵⁰⁾ o, más simplemente, admitir a una menor en una casa de lenocinio para que allí ejerza.⁽⁵¹⁾ Estas conductas, como tendremos ocasión de comprobar, han sido las que han dado lugar a un mayor número de sentencias.

En torno a este tema, es de destacar la Circular de la Fiscalía del TS. de 18 de Julio de 1903, dictada -como

(49).- La distinción es de orden puramente doctrinal, pues, dada la estructura del tipo la sanción es idéntica en los casos de promoción que en los de mera facilitación; pero entendemos que a los efectos de establecer una más precisa delimitación de conceptos era preciso hacerla.

(50).- Así la STS. de 29 de Octubre de 1895 dice: "...puesto que para satisfacer los torpes deseos de otro la procesada facilitó la corrupción de niñas menores de edad, presentando a este objeto, mediante estipendio, su casa y servicios..." JurCri 90(1895). En esta misma línea que va a constituir en adelante una constante en la jurisprudencia española, véanse: las SS del TS de 23 de Noviembre de 1910 JurCri 175(1910); 17 de Febrero de 1922 JurCri 30(1922); 5 de Diciembre de 1923 JurCri 110(1923); etc.

(51).- Así en STS de 6 de Abril de 1910 se dice: "Que el hecho de admitir en una casa de lenocinio a una joven menor de 23 años está evidentemente comprendido en el artículo 459, puesto que con éllo, aunque no se promueva, se favorece o facilita la prostitución..." JurCri 143(1910). En este mismo sentido y en jurisprudencia constante se manifiesta en sentencias posteriores el TS. A título de ejemplo, pues, las iremos citando más adelante en su lugar oportuno véanse: las de 19 de Abril de 1911 JurCri 153(1911); 8 de Mayo de 1912 JurCri(243(1912); de 11 de Octubre de 1915 JurCri 63(1915); etc.

consta en su preámbulo- para " fijar un criterio para la rec-
ta inteligencia de los textos legales vigentes". En élla se
recoge lo siguiente:

"Entienden algunos que tal prescripción [la del ar-
tículo 459] ampara solo a las jóvenes a quienes se
corrompe o prostituye, pero no a las que, ya prostitui-
das o corrompidas, viven a su gusto en el vicio y hacen
profesión de él; de donde infieren que las personas que
en tales condiciones las albergan en casas destinadas
al tráfico no delinquen, ni la sociedad tiene, en ri-
gor, misión alguna que realizar con menores que aman
o profesan libremente tal modo de vivir.

No es ése, a mi juicio, y no obstante el respeto
que merece la opinión indicada, la inteligencia del
texto aludido. En él se comprende no solo el hecho de
promover la corrupción o prostitución, sino el de faci-
litar una u otra; así descompuestas las oraciones que
la integran se ve que no puede darse el caso de la exis-
tencia de una menor de veintitrés años en casas desti-
nadas a "facilitar"(52) la prostitución, que son todas
aquéllas en que el vicio habitualmente se consuma, sin
la delincuencia de las personas que como dueñas o en-
cargadas, se hallan a su frente!"(53)

El tenor del texto transcrito es claro y no precisa
de ulteriores comentarios. Sólo señalemos aquí -pues el tema
lo estudiaremos posteriormente con mucho detenimiento⁽⁵⁴⁾ que
en este texto, se establece una presunción de culpabilidad
respecto a las personas dueñas o encargadas de casas de leno-
cinio cuando en tales casas se encuentren menores de edad.

(52).- El subrayado es del propio texto original.

(53).- Publicada en la Gaceta de 21 de Julio del mismo año.

(54).- Vid infra pag. 148ss.

En resumen, podemos afirmar que en la regulación que realiza el Código de este tema, se recogen dos supuestos a modo de doble barrera de protección penal; por el primero, se sanciona la conducta de la persona que promueve la prostitución o corrupción de un menor que no se encuentra en tal estado, mientras que por el segundo, se pena la del que facilita la continuación en tal estado de un menor que ya ha caído en la prostitución o corrupción, o, la del que facilita medios para el ingreso en ese mismo estado del menor que, voluntariamente, o impulsado por persona distinta del que facilita, desea hacerlo.

3.3 MODALIDADES DESCRITAS EN EL CODIGO.

Como hemos apuntado en varias ocasiones, el legislador, en los Códigos que ahora comentamos, no pretende sancionar todas las conductas relativas a la prostitución o corrupción, sino que limita su actuación a las conductas encaminadas a promover o facilitar la prostitución o corrupción de menores de edad; e incluso dentro de éstas, sólo sanciona determinadas modalidades de la misma.⁽⁵⁵⁾

(55).- En el mismo sentido se manifiestan los autores de la época. Así: GROIZARD, código, V, 214; PACHECO, código, III, 142; VIADA, código, III, 138; VIZMANOS y ALVAREZ, comentarios, II, 382.

Estas modalidades vienen recogidas en el propio artículo 459(357/367) y son las siguientes:

- .- Habitualidad.
- .- Abuso de autoridad.
- .- Abuso de confianza.

La existencia de estas tres modalidades, nos plantea la cuestión de si son alternativas o no. Esto es, si para que se dé el delito basta con que concorra alguna de esas circunstancias, o es preciso que sean varias.

A este respecto el tenor del Código es claro, y la opinión de la doctrina⁽⁵⁶⁾ y de la jurisprudencia⁽⁵⁷⁾ son concordes a la hora de señalar que basta con que se dé una sola de las circunstancias para que la conducta sea punible.

3.31 SUPUESTOS DE HABITUALIDAD.

Como ya hemos visto al realizar el estudio correspondiente al Código Penal de 1822,⁽⁵⁸⁾ la idea de habitualidad

(56).- En ese sentido vid. GROIZARD, código, V, 210; VIADA, código, III, 138.

(57).- Así en la STS. de 13 de Febrero de 1903 se dice: "...siendo indispensable la concurrencia de cualquiera de los tres requisitos..." JurCri 41(1903); y en la de 22 de Abril de 1905: "...bastando la concurrencia de cualquiera de los tres requisitos para la integración del delito" JurCri 225(1905).

(58).- Vid supra pag. 79-83

aparecía en su articulado, si bien, a diferencia de lo que va a ocurrir con los Códigos que nos ocupan, estaba recogida como causa de agravación⁽⁵⁹⁾ y no como supuesto típico.

Por otra parte, y ésta va a ser una segunda diferencia, el Código de 1822 contenía, en su artículo 538, un concepto legal de habitualidad directamente aplicable a los delitos que comentamos, mientras que en los Códigos que estamos examinando, no vamos a encontrar ningún precepto paralelo o similar al precitado del Código de 1822, que nos fije directamente el contenido o el alcance de la misma.

Pese a esta carencia, el concepto de habitualidad va a quedar, aunque de un modo indirecto, legalmente determinado por la aplicación del RD. de 22 de Septiembre de 1848.

Este RD. dictado por el entonces Ministro de Gracia y Justicia D. Lorenzo ARRAZOLA, está encaminado a una correcta interpretación y aplicación del Código Penal.⁽⁶⁰⁾ En su artículo 6º señala:

"Definido una vez en el Código un delito, cualidad o circunstancia, siempre que el mismo Código hablare de aquél o de éstas, se entenderán definidas en los propios términos. Por lo tanto, definida la cualidad de «habitual» en el artículo 428 refiriéndose al hurto se entiende que lo está para todos los casos en que

(59).- Vid en este sentido los arts. 535 y 537 del CP de 1822.

(60).- Ver en este sentido la Exposición de Motivos del Real Decreto.

sea preciso apreciar la condición de habitual."⁽⁶¹⁾

Por su parte, el artículo 428 establecía en el segundo párrafo del número segundo, el siguiente concepto de habitualidad:

"Es reo de hurto habitual el que comete tres o más con intervalo a lo menos de veinticuatro horas entre cada uno de ellos!"

Esta definición del concepto de habitualidad no es especialmente afortunada, pues, como señala PACHECO:

"Pugna, por una parte, con la idea natural de la palabra definida; y produce, por otra, consecuencias que no se pueden admitir!"⁽⁶²⁾

Pero, en cualquier caso, su existencia supone que por aplicación del artículo 6º del RD. antes citado ya en el Código de 1848, en su primera redacción, vamos a tener un concepto legal de habitualidad aplicable a los delitos que nos ocupan.⁽⁶³⁾

(61).- Cole Leg. (1848)

(62).- PACHECO, código, III, 331. Una de las circunstancias más chocantes que pueden producirse con la aplicación de este concepto de habitualidad es que según su tenor estricto y literal deberá reputarse habitual la conducta de un sujeto que haya cometido tres o más actos aunque de hecho hayan mediado entre uno y otro años de distancia, ya que el legislador establece un plazo mínimo entre los actos, pero no un plazo máximo. En el sentido de esta última observación vid. MONTERO HIDALGO, que al final de su exposición concluye: "De lo contrario habrá que caer en el absurdo de considerar reo habitual en promover o facilitar la prostitución o corrupción de menores al que ejecute un acto de esa clase en 1850, otro en 1860 y otro en 1870" (contestación, 279)

(63).- GROIZARD, al comentar este tema no tiene esto en cuenta, y señala que el concepto legal de habitualidad aparece en el CP de 1850 con motivo del párrafo que se le adiciona al nº 6 del artículo 9. (código, V, 214)

Al realizarse la reforma de 1850, desaparece del capítulo de los hurtos la definición de habitualidad que antes citábamos pero, sin embargo, ésta añade al número 6º del artículo 9º, que trata de la embriaguez como atenuante, el párrafo siguiente:

"Se reputa habitual un hecho cuando se ejecuta tres veces o más, con intervalo a lo menos de veinticuatro horas entre uno y otro acto."

Como podemos observar, la definición es idéntica que la que se establecía en el párrafo segundo del número 2 del artículo 428, sólo que aquí se formula con carácter general y no referida únicamente a los supuestos de hurto.

Este concepto, en virtud de lo previsto en el artículo 6º del RD. tantas veces señalado, va a ser aplicable, automáticamente al delito que nos ocupa.⁽⁶⁴⁾

En consecuencia, podemos afirmar, que pese a que en el Código no se dé una definición legal específica para los delitos que nos ocupan, por aplicación de las normas interpretativas complementarias dictadas por el propio legislador, existe en los Códigos de referencia, un concepto de habitualidad aplicable al delito previsto en el artículo 459 (357/367).

(64).- En el mismo sentido GROIZARD, ib.

Concepto éste, que pese a su diversa ubicación en el Código de 1848 y en el de 1850, tiene un único sentido y contenido.

Si comparamos el concepto de habitualidad recogido en el artículo 538 del Código Penal de 1822 con el nuevo, resulta más amplio que éste, pues en él se exige, para que pueda reputarse habitual una conducta, que se ejecute tres veces o más, con un intervalo de veinticuatro horas al menos, mientras que en el artículo 538, basta con que se prueben dos veces en distintas ocasiones, pero sin tiempo determinado.

Con el advenimiento del Código Penal de 1870, vuelve a variar el panorama en lo que a habitualidad se refiere, ya que nuevamente se reforma el número 6º del artículo 9º, que queda con la siguiente redacción:

"Los tribunales resolverán, con vista de las circunstancias de las personas, cuando haya de considerarse habitual la embriaguez!"

Esto supone la desaparición del concepto legal de habitualidad y el paso a una situación en que serán los tribunales los que determinarán a su libre arbitrio cuándo una conducta es o no habitual.⁽⁶⁵⁾

Ahora bien; si la existencia de un concepto legal que interprete y delimite el alcance de un requisito o de un

(65).- En el mismo sentido GROIZARD, ib.

concepto contenido en el código suele provocar abundantes críticas entre la doctrina según consideren que es excesivamente amplio o excesivamente restringido, la no existencia del mismo, y por consiguiente, el hecho de que quede al libre arbitrio e interpretación de los Tribunales, suele ocasionar profundas divisiones entre esa misma doctrina.⁽⁶⁶⁾

Esto último ocurre tras la publicación y entrada en vigor del Código Penal de 1870, en el que no se da ningún concepto legal de habitualidad.

La doctrina se divide en dos corrientes fundamentales, encabezadas la una por VIADA y la otra por GROIZARD.

Según el primero, para poder apreciar el requisito de habitualidad en el agente de este tipo de delitos, es preciso que éste reúna dos condiciones:

- .- Que haya realizado una pluralidad de actos encaminados a promover o facilitar la prostitución o corrupción de menores de edad.
- .- Que esta pluralidad de actos hayan recaído sobre una pluralidad de personas.

En consecuencia, y dada la doble exigencia de pluralidad de actos y pluralidad de personas, para VIADA no constituye habitualidad el hecho de que un sujeto realice reiterados

(66).- En el mismo sentido CARRARA, programma, V, 97.

intentos sobre un único menor, ya que al no darse la pluralidad requerida para él ésto no es más que un único acto -si bien fraccionado- encaminado a conseguir un único resultado.⁽⁶⁷⁾

Para apoyar su tesis se basa en reiterada jurisprudencia del Tribunal de Casación francés sobre este tema, dada la similitud de la regulación legal entre ambos Códigos.⁽⁶⁸⁾

En sentido contrario se manifiesta GROIZARD. Para él la razón por la que el legislador recoge entre los requisitos la habitualidad no es de orden objetivo sino subjetivo. Lo que pretende es apreciar la condición del sujeto activo para proteger de él a los menores.⁽⁶⁹⁾

Por lo tanto la habitualidad no dimana del número de personas prostituidas o corrompidas sino del número de actos encaminados a ese fin, siendo indiferente que recaigan en una o varias personas.⁽⁷⁰⁾

La tesis de GROIZARD muy similar a la que sustenta

(67).- VIADA, código, III, 138s.

(68).- La doctrina y la jurisprudencia francesas de la época no eran tan unánimes como parece deducirse de la argumentación de VIADA, pues, en Francia existía el mismo problema interpretativo. Sobre estos extremos vid. DALLOZ, penal, 523; ROGRON, penal, 828-32; GARRAUD, traité, V, § 1855, 115-8.

(69).- GROIZARD, código, V, 216.

(70).- GROIZARD, ib, 217.

— CARRARA en este punto⁽¹⁷¹⁾ resulta en extremo sugestiva, ya que coloca el acento de la habitualidad más en el propio sujeto que en una mera serie de circunstancias objetivas.

La doctrina jurisprudencial del TS. presenta en este tema dos posiciones claramente determinadas. En términos generales parece inclinarse por la tesis de VIADA, y así en la importante sentencia de 13 de Febrero de 1903 señala:

"... para la estimación de esa circunstancia esencial es necesario, y así lo indica el significado gramatical del adverbio que la caracteriza, que la persona a quien se aplique tenga por costumbre dedicarse a ocupación tan inmoral, lo que no cabe deducir, sea cual fuere el número de los practicados, de actos que tendieron todos al mismo fin, que no consta que tuvieran otros precedentes, ni que sirvieran para prostituir a más de una persona!"(72)

(71).- En ese sentido vid CARRARA, programma, V, 97-106. La única diferencia que encontramos entre las tesis del maestro de Pisa y nuestro ilustre jurista, es que el primero admite como necesaria, junto a una pluralidad de actos una pluralidad de personas, si bien esta última no tiene que ser necesariamente una pluralidad de menores sino que, en sus palabras: "...e mi basta che siano i più fornicatori che per opera del lenone hanno profittato anche dell'única vittima" (ib. 104-5). En consecuencia, para CARRARA, hay que considerar habitual al sujeto que explota a una única menor a la que pone a disposición de una "pluralidad" de clientes, y por el contrario no lo sería el individuo que tiene en casa a una menor que pone repetidamente a disposición de una única persona. (ib. 105)

(72).- JurCri 41(1903). No resulta tan clara sin embargo, la alineación de la jurisprudencia del TS. con las tesis de VIADA en la STS. de 22 de Abril de 1905 en la que se habla únicamente de pluralidad de actos sin hacer para nada referencia a la pluralidad de personas: "...si bien no es de estimar en el presente caso el requisito de la habitualidad, por haber negado el Tribunal de hecho la pluralidad

Por lo tanto, según el Tribunal Supremo, es necesario una pluralidad de actos y una pluralidad de personas prostituidas o corrompidas.

La segunda posición hace referencia a los supuestos en que el sujeto activo es dueño o encargado de una casa de prostitución.

En efecto, la existencia de casas de tolerancia, admitidas y reglamentadas por el legislador, plantea un problema de indudable interés: ¿en qué situación quedan los dueños o encargados de estas casas si son ellos los sujetos activos de este tipo de delitos?

Para VIADA, a menos que estas personas realicen actos directos de seducción, engaño, incitación, etc., no hay que considerarlos incursos en este precepto. En consecuencia, para él no es punible la conducta de estas personas si se limitan a admitir en su casa a menores de edad.⁽⁷³⁾

(72).- cont.) de actos necesaria para formarla, y hasta que fuese casa de lenocinio la de la procesada! JurCri 225 (1905).

(73).-VIADA, código, III, 138. En sentido similar parece manifestarse PACHECO cuando señala: "¿Qué diremos de los dueños de las casas de prostitución cuando se limitan a lo vulgar de su tráfico, y ni corrompen menores, ni cometen abuso de autoridad, sino que reciben solamente a personas que de su voluntad propia quieren allí juntarse? El artículo calla sobre este caso, y no hay otro en el código que se ocupe de él. No hay, pues, delito; no hay pena propiamente tal. Lo que puede, lo que debe haber en este punto, son reglas de policía, que no puede dejar de ocuparse en tomar sus precauciones y dictar sus preceptos para esta triste necesidad de las sociedades humanas como las hemos

No es ésa la tesis del Tribunal Supremo. Para nuestro más alto tribunal, no solo son punibles los supuestos indicados por VIADA, sino que también es delictivo el simple acto de admitir a un menor de edad en una casa de prostitución, y éllo, por entender que se trata de actos de favorecimiento incluidos en el núcleo del tipo, añadiéndose, además, la circunstancia de la habitualidad, "que es de suponer en quien como ... se encuentra al frente de una casa de prostitución."⁽⁷⁴⁾

(73).- cont.) alcanzado en los tiempos en que vivimos" código, III, 147.

Decimos que parece manifestarse, pues, cabría interpretar también de sus palabras que lo que excluye de sanción son las conductas de cooperación respecto a mayores de edad. Ahora bien; entendemos que de la utilización de la fórmula genérica "personas", y de la expresión "ni corrompen menores" que parece referirse a una conducta activa, podría igualmente deducirse que resultarían también impunes los supuestos en que el dueño de una casa de prostitución recibiere en la misma a una menor que voluntariamente allí acude, siempre que no ponga ninguna conducta activa encaminada a su prostitución o corrupción, que es la tesis que sostiene VIADA.

(74).- STS. de 17 de Diciembre de 1883 JurCri 7517/640(1883). Esta presunción de habitualidad respecto de los dueños de casas de lenocinio, con su consecuencia inmediata de punibilidad de cualquier conducta de cooperación de éstos a la prostitución o corrupción de menores, va a convertirse en una línea jurisprudencial constante de nuestro TS. En este sentido vid. STS. de 29 de Octubre de 1895 JurCri 90(1895); de 21 de Noviembre de 1904 JurCri 163(1904); de 30 de Enero de 1905 JurCri 58(1905); de 8 de Mayo de 1912 JurCri 43(1912); de 20 de Abril de 1942 Aranz. 575; de 4 de Mayo de 1954 JurCri 404(1954).

En sentido similar se manifiesta la Circular de la
Fiscalía del Tribunal Supremo de 18 de Julio de 1903⁽⁷⁵⁾ cuan-
do señala:

"...se ve que no puede darse el caso de la existen-
cia de una menor de veintitrés años en casas destina-
das a «facilitar» la prostitución, que son todas aqué-
llas en que el vicio habitualmente se consuma, sin la
delincuencia de las personas que, como dueñas o encar-
gadas, se hallan a su frente, ya que en éstas no puede
desconocerse la condición de dedicarse habitualmente a
este ilícito fin!" (76)

La jurisprudencia del Tribunal Supremo crea, y la
Fiscalía recoge, una presunción de habitualidad respecto a
las personas que están, sea por el título que sea, al frente
de una casa de prostitución.

A la vista de la presente presunción, cabe cuestio-
narse sobre la razón de la misma. En una primera aproximación
podría pensarse que la razón que mueve al legislador a esta-
blecerla, parte del hecho de que si se recibe a una menor en
una casa de prostitución para que allí ejerza, necesariamente
va a estar con una pluralidad de hombres, va a prostituirse
con tantos cuantos hombres la soliciten. Esa pluralidad de ac-
tos sería la que originaría la habitualidad.⁽⁷⁷⁾

(75).- Publicada en la Gaceta de 21 de Julio del mismo año.

(76).- El subrayado es nuestro.

(77).- Esta interpretación vendría a coincidir con la posición
mantenida por CARRARA en su programma, V, 104-5, y a la

Esta teoría presenta dos dificultades. Una de ellas radica en el hecho ya reseñado⁽⁷⁸⁾ de que el Tribunal Supremo suele requerir para apreciar la habitualidad pluralidad de actos y pluralidad de personas, y en el caso que comentamos, ciertamente podría darse pluralidad de actos, pero sobre una única persona.

Con todo no es ésa la mayor dificultad, pues, podríamos entender que en el caso especial de los dueños o encargados de las casas de prostitución, el Tribunal Supremo estima más conveniente, por la índole especial del trabajo que desarrollan, seguir la tesis de GROIZARD respecto a la habitualidad, y limitarse a exigir una pluralidad de actos para construirla -aunque recaigan sobre una misma menor-, o incluso seguir la aún más simple teoría de CARRARA ya expuesta.

Otra dificultad, y tal vez la mayor, radica en lo siguiente: Si la teoría en los párrafos anteriores es correcta, no debería presumirse la habitualidad en los supuestos en que una menor concurre a una casa de prostitución en compañía de un solo varón a los efectos de realizar actos de prostitución⁽⁷⁹⁾ o de corrupción, ya que en estos casos no puede ha -

(77).- cont.) que hemos hecho referencia antes (vid supra pag. y nota 71) de que bastan para la habitualidad una pluralidad de "clientes" aunque la menor sea una sola.

(78).- Vid supra pag. 146-7

(79).- Conforme al concepto que de prostitución hemos propues

blarse ni siquiera de pluralidad de actos. No obstante, también en estos casos aplica el TS. la presunción.⁽⁸⁰⁾

Lo expuesto nos obliga a plantearnos la cuestión desde otro punto de vista. El delito que regula el legislador en el artículo que comentamos es un delito de tercería sexual o lenocinio, aunque limitado a ciertas personas y ciertas circunstancias, hecho éste que ha llevado a los autores a denominarlo lenocinio cualificado⁽⁸¹⁾ o lenocinio con circunstancias agravantes.⁽⁸²⁾ Es innegable que las dueñas o encargadas de casas de lenocinio son habituales de tercería sexual o lenocinio -bien que esta conducta sea impune en tanto en cuanto no se realice con respecto a menores-. En consecuencia, lo

(79).- cont.) to en el capítulo preliminar (vid supra pag.) difícilmente podríamos hablar de actos de prostitución cuando se trata de una persona con un único varón, no obstante aquí apuntamos la idea pues para los seguidores del criterio de venalidad si se trataría de supuestos de prostitución si tal relación era por precio.

(80).- Así la STS. de 17 de Diciembre de 1883 recoge el caso de una menor llevada a una casa de lenocinio donde tiene un único contacto carnal con un hombre. Pese a ello el TS. establece con respecto a la dueña de tal casa una presunción de habitualidad JurCri 640(1883). Similar situación es la que recoge la STS de 6 de Abril de 1910, con la única diferencia que en este caso la menor permaneció varios días en la casa de lenocinio si bien solo tenía relación con un único varón JurCri 143(1910).

(81).- PACHECO, código, III, 147.

(82).- VIZMANOS y ALVAREZ, comentarios, II, 382; VICENTE Y CARAVANTES, código, 404.

que realiza la jurisprudencia al establecer esta presunción, es atraer sobre los supuestos en que se realiza el lenocinio sobre menores, la habitualidad que de hecho se da pero en un campo irrelevante desde el punto de vista penal como es el del lenocinio sobre mayores.

Parecen abonar esta tesis los siguientes datos: La ya citada Circular de la FTS de 18 de Julio de 1903 dice en el párrafo que antes hemos transcrito:

"...ya que en éstas no puede desconocerse la condición de dedicarse habitualmente a este ilícito fin!"

Entendemos que el fin a que se refiere es de lenocinio en general. Por otra parte la STS de 3 de Enero de 1911 señala:

"Considerando que esta Sala tiene repetidamente declarado que el mero hecho de que la persona que se halle al frente de una casa de lenocinio recibe en la misma a menores de edad para fines deshonestos, implica, por la índole del tráfico inmoral a que aquélla se dedica la habitualidad..." (83)

Y la de 8 de Mayo de 1912 explícitamente indica:

"...la habitualidad requerida por aquella prescripción del derecho se integra con los hechos de venir la casa dedicada al vicio inmoral de lenocinio y estar a cargo del recurrente..." (84)

(83).- JurCri 2(1911). El subrayado es nuestro.

(84).- JurCri 243(1912). El subrayado es nuestro. En el mismo sentido la de 11 de Octubre de 1915 que señala: "...con la habitualidad que supone su condición de dueñas de casas dedicadas al lenocinio JurCri 63(1915); la de 18 de Marzo de 1921 JurCri 67(1921); la de 5 de Diciembre de 1923 JurCri 110(1923); de 6 de Junio de 1924 JurCri 197(1924); etc.

En cualquier caso, y sea por la razón que sea, el hecho es que nos encontramos ante una presunción, automáticamente aplicable por el hecho de ser la persona que coopera a la prostitución o corrupción de la -o las- menores, dueña o encargada de una casa de prostitución.

A nuestro modo de ver, y fundamentaciones jurídicas aparte, la razón de fondo de esta presunción entendemos que es la siguiente: El legislador se había visto empujado por la presión de la realidad social, y para tratar de evitar en la medida de lo posible, una serie de males, a admitir y reglamentar las casas de prostitución, lo que no quiere decir que estuviera de acuerdo con ellas; en consecuencia, trata de ponerles el mayor número de trabas posibles. Por otra parte, el plus de riesgo que para las menores supone la existencia de dichas casas, hace que establezca, si bien por vía jurisprudencial, la presunción que acabamos de reseñar.

Con ello trata de conseguir el legislador un doble objetivo: primero, tratar de disuadir a las personas que están al frente de una de esas casas de que admitan en ellas a menores, y segundo, convertir a las dueñas de las mismas en vigilantes, por su propio interés, encargadas de evitar la presencia de tales menores en dichos lugares.

Resumen: la habitualidad en los CCPP. de 1848-50 y de 1870, queda como sigue:

- .- En una primera etapa, que corresponde a la vigencia del primitivo texto del CP de 1848, el concepto de habitualidad viene determinado, de manera indirecta, por aplicación del artículo 6º del RD. de 22 de Septiembre de 1848, en relación con el párrafo segundo del número segundo del artículo 428.
- .- En una segunda etapa, que cubre el espacio de tiempo comprendido entre la reforma de 1850 y la promulgación y puesta en vigor del CP. de 1870, el concepto de habitualidad nos viene determinado por la aplicación del mismo RD. pero en esta ocasión en relación al párrafo segundo del número 6º del artículo 9º.
- .- En la tercera etapa, que recoge el Código de 1870, la determinación de cuando una conducta debe estimarse habitual, queda al arbitrio de los Tribunales que a este respecto mantienen una doble postura.
 - .- Como regla general exigen para apreciarla, la existencia de pluralidad de actos y pluralidad de menores objeto de la acción.
 - .- En los supuestos en los que se trata de dueños o encargados de casas de prostitución, establece una presunción de habitualidad aplicable en cualquier caso.

3.32 SUPUESTOS DE ABUSO DE CONFIANZA.

Es éste un requisito que no encontrábamos como tal en el Código Penal de 1822. Lo único que encontrábamos relacionado con éllo, era una agravación específica para el caso de que fueran determinadas personas las que cometieran este delito.⁽⁸⁵⁾

La razón de ser de esta agravación, radica, según indicábamos allí ⁽⁸⁶⁾ en que en esa situación y por parte de esas personas, se da de hecho un abuso de autoridad o un abuso de confianza lo que unido a la especial situación de indefensión en que se encuentra un menor precisamente ante las personas encargadas de su educación, formación o cuidado, la justifica.

Pues bien, al igual que ha ocurrido con la habitualidad, el abuso de confianza, que era en el Código de 1822 causa de agravación, pasa a ser aquí una de las modalidades de la conducta delictiva, sin que ello sea óbice para que, como estudiaremos oportunamente, siga existiendo en estos Códigos una agravación específica para los supuestos en que sean

(85).- Así encontramos: sirvientes domésticos (art. 537); ayos, maestros, capellanes (art. 539); y padre, madre y abuelos (art.541).

(86).- Vid supra pag. 84-5

ciertas personas concretas las que incurren en este delito.⁽⁸⁷⁾

El principal problema que nos plantea este requisito es el de la interpretación del concepto de abuso de confianza, que ya, la idea de confianza y consiguientemente la de abuso de confianza, puede interpretarse en un doble sentido: amplio y estricto.

En sentido amplio, se dará abuso de confianza cuando de hecho se haya vulnerado la confianza depositada en una persona, aunque no medie una especial relación entre el ofendido y el ofensor. Esto supone que no es precisa la existencia de una previa relación entre ambos, de la que pudiera deducirse esa confianza que posteriormente se va a ver burlada sino que el hecho de la confianza puede surgir de una situación o un momento concreto.

Se trataría, según esta concepción, de sancionar el abuso de confianza siempre que, razonablemente pudiéramos deducir su existencia, con independencia de anteriores relaciones o vínculos que pudieran servirle de antecedente o fundamento.

En sentido restringido, el abuso de confianza sólo podrá darse, cuando exista una previa relación interpersonal

(87).- Vid infra pags. 179 los comentarios a los artículos 465 (363/373), y 466 (364/374) que las recogen.

de cierta entidad que pueda servir de base, primero a la confianza, y con posterioridad al abuso de la misma.

La doctrina de la época, e incluso la propia jurisprudencia, se reparte entre las dos posiciones reseñadas, así mientras PACHECO⁽⁸⁸⁾ y VICENTE Y CARAVANTES⁽⁸⁹⁾ se manifiestan de manera más o menos clara en la línea de la interpretación amplia, GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN,⁽⁹⁰⁾ y, VIZMANOS Y ALVAREZ⁽⁹¹⁾

(88).- PACHECO, señala: "Los sentimientos caballerosos de la edad media han dejado en nuestra sociedad hondos y permanentes vestigios... Los afectos de la honra, esa poesía del corazón, no se han extinguido en el mundo.

A sus inspiraciones y a sus preceptos corresponde el número que nos ocupa. Ella es la que nos ha dicho que es una mengua y una ignominia valerse de la superioridad, abusar de la confianza, para causar daño a quien puede menos, o a quien fía de nuestra honradez" (código, I, 227) Aunque quizás del tenor estricto no resulte tan evidente el alineamiento de PACHECO en lo que hemos denominado concepto amplio, entendemos que su referencia a la caballerosidad, a la honradez, etc., nos permite adscribirlo a esta línea.

(89).- VICENTE Y CARAVANTES dice: "El abuso de confianza consiste en prevalerse para la perpetración del delito de la circunstancia en que nos ha puesto, o de los medios que nos ha procurado la misma persona a quien se causa el daño" (código, 89-90). Como podemos comprobar no exige en absoluto una previa relación entre ofensor y ofendido que justifique la confianza que el segundo deposita en el primero.

(90).- GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, sin embargo señalan explícitamente: "porque el que se prevale de la amistad, o de la introducción que tiene en una casa, o del secreto que en él se depositó, o del conocimiento de los negocios de un amigo, para cometer un delito, es más inmoral y puede más fácilmente ejecutar el hecho criminal..." (elementos, III, 60-1)

(91).- VIZMANOS y ALVAREZ se inclinan de un modo implícito por

GROIZARD⁽⁹²⁾ y VIADA⁽⁹³⁾ lo hacen en favor de una interpretación restringida del sentido de confianza, ALVAREZ CID⁽⁹⁴⁾ se limita a recoger la jurisprudencia de la época sin definirse en ningún sentido y CASTRO y ORTIZ⁽⁹⁵⁾ no hacen ningún comentario al respecto.

(91).- cont.) la interpretación estricta, pues si bien señalan: "Este precepto legal no es más que el homenaje a un principio moral, siempre aceptado por la legislación" comentarios, I, 139 . Posteriormente señala: "En esto se funda la severidad con que en todos los tiempos ha sido tratado por nuestras leyes el depositario que ha distraído las cosas fiadas a su custodia, el criado doméstico que ha robado a sus amos, el mandatario que ha vendido los secretos de su principal, el empleado que se rebela contra el gobierno" Luego dados los ejemplos que indica parece que exige la presencia de una especial relación entre ambos.

(92).- GROIZARD, aunque a nuestro entender dentro de la línea de interpretación estricta, sigue un criterio más amplio, y así señala: "Para su existencia es indispensable que se tenga cierta confianza en una persona y que ésta falte a ella abusando de cualquiera de los infinitos modos en que esto puede tener lugar. Sin dicho requisito no cabe apreciarse esta circunstancia porque le falta razón de ser. No es posible abusar de una confianza que no se concede ni se da" código, I, 410.

(93).- En la misma línea de GROIZARD, pero a nuestro entender con una exigencia mayor se manifiesta VIADA cuando comenta: "Para que exista esta circunstancia de agravación es preciso que se tenga cierta confianza en una persona, y que ésta falte a ella de cualquier modo que constituya delito" código, I, 288 .

(94).- ALVAREZ CID, código, I, 258-61.

(95).- CASTRO y ORTIZ, código, I.

Entre la jurisprudencia que estudia el abuso de confianza como circunstancia genérica del artículo 10, encontramos también sentencias en las dos líneas citadas. Así, una de las más claramente representativa de la línea estricta podría ser la STS. de 23 de Mayo de 1885 que señala:

"Considerando que hay abuso de confianza....cuando el agente hace mal uso y se prevale de aquélla para cometer el crimen, lo que no aparece demostrado en el robo... porque si bien el ofendido... era amigo íntimo de éstos, comía muchos días en su casa y en el último día de su vida debió estar acompañado por el dicho Oliva, quien le vió hacer algunos cambios de dinero, no se dice que les revelara la suma que poseía ni aparece que cuando le mataran la cantidad de que se apoderaran o la misma persona del López estuviera a su cuidado!"(96)

Como podemos comprobar, en esta STS. se exige no sólo la existencia de una confianza previa, sino la existencia de una confianza expresa para el caso o supuesto concreto, que al no resultar probada, hace que el tribunal no la tome en consideración.

En una línea de interpretación mucho más amplia, encontramos la STS de 2 de Julio de 1891 que señala:

"Considerando que el abuso de confianza como circunstancia que consigna el Código existe siempre que el delincente comete el delito prevalido de la situación favorable en que para su perpetración se encuentra colocado con relación al perjudicado por voluntad de éste, por revelar, como revela, mayor perversidad del que así deja de corresponder a la conducta confiada de aquél!"(97)

(96).- JurCri 61(1885).

(97).- JurCri 2(1891).

Según parece deducirse de la misma, la confianza deriva de la voluntad de la persona que confía en otra, con independencia de la existencia o no de previas relaciones que sirvan de base a la misma.

En cualquier caso, y ciñéndonos en concreto al tema que nos ocupa, debemos señalar que la mayoría de los autores de la época no se manifiestan en torno a este requisito aplicable al delito de lenocinio. Unicamente GROIZARD de modo expreso, y VIADA de modo tácito, tocan el problema. El primero de ellos señala explícitamente:

"Por abusar de confianza deben ser castigados los hermanos que corrompen o prostituyen a sus hermanas, los maestros y las institutrices encargadas de educar a los menores, y los directores y directoras de colegios donde reciban la enseñanza las personas que bajo su inmediata custodia se encuentran!"(98)

Con lo que se alinea decididamente entre los que propugnan una interpretación estricta de la idea de abuso de confianza al exigir una especial relación interpersonal. En distinto sentido, y aunque de modo tácito, ya que personalmente no manifiesta su opinión, sino que se limita a recoger la solución de la jurisprudencia, VIADA se inclina por la interpretación amplia.⁽⁹⁹⁾

(98).- GROIZARD, código, V, 219.

(99).- VIADA, código, III, 141. En su CUESTION V, se plantea si basta para constituir abuso de confianza las ofertas,

Por su parte la jurisprudencia, aunque en algún supuesto no resulte tan claro,⁽¹⁰⁰⁾ se manifiesta, en lo que respecta a nuestro tema, en la línea de interpretar el abuso de confianza en sentido amplio, llegando incluso a afirmar en la STS de 18 de Junio de 1903 que el abuso de confianza no constituye un concepto jurídico, sino la apreciación de un elemento moral determinante de la influencia que una persona ejerce sobre otra.⁽¹⁰¹⁾ En esa línea, ha considerado constitutivo de abuso de confianza el hecho de seducir a una mujer con ofertas de buenos vestidos y todo cuanto quisiere, si aceptaba ser entregada a una casa de prostitución a la que se le condu-

(99).- cont.) las promesas o los halagos con que se corrompe a un menor y de la mano del TS. resuelve la afirmativa, con lo que de modo indirecto está manifestándose en pro de una interpretación lata del término que es la que propugna el TS.

(100).- Así la STS. de 17 de Diciembre de 1883: "habiendo concurrido además el abuso de confianza que necesariamente se establece entre amos y sirvientes," JurCri 640(1883); de 8 de Mayo de 1888"...promovió su corrupción abusando para éllo de la natural e implícita confianza con que los padres de la joven se la recomendaron, y supuesta la cual asistía al taller de la primera" JurCri 383(1888); de 22 de Abril de 1905: "...prevaleándose de su carácter de dueña de la casa y quebrantando los vínculos creados entre ambas por su vida en común bajo el mismo techo..."JurCri 225(1905).

(101).- Literalmente transcrita dice así: "puesto que la afirmación contenida en la segunda pregunta del veredicto, relativa a la existencia de abuso de confianza, no constituye un concepto jurídico extraño a la competencia del

jo,⁽¹⁰²⁾ procurar inspirar confianza a una niña de quince años dándole un mantecado, acariciándola, etc., con los mismos fines;⁽¹⁰³⁾ conducir engañada a una joven a una casa de prostitución, diciéndole que era una casa en la que iba a servir como criada;⁽¹⁰⁴⁾ persuadir a una joven a la que se tiene provisionalmente acogida en casa por estar ésta sin trabajo, de que se dedique a la prostitución reiteradamente con un hombre⁽¹⁰⁵⁾ etc.

3.33 SUPUESTOS DE ABUSO DE AUTORIDAD.

En lo que respecta a la relación de esta modalidad con la regulación que hacía el Código Penal de 1822, nos remitimos a lo dicho al tratar del abuso de confianza, dándolo aquí por reproducido.⁽¹⁰⁶⁾

(101).- cont.) Jurado, como se pretende en el recurso, sino la apreciación de un elemento moral determinante de la influencia que aquél ejerciera sobre la joven y que no puede menos que surtir los efectos legales como requisito fundamental del delito imputado! JurCri 235(1903)

(102).-STS. de 30 de Noviembre de 1877 JurCri 516(1877).

(103).-^{STS}STS. de 5 de Diciembre de 1877 JurCri 527(1877).

(104).-STS. de 18 de Octubre de 1894 JurCri 182(1894).

(105).-STS. de 1 de Julio de 1904 JurCri 235(1904).

(106).- Vid supra pag. 155

Desde el punto de vista de la interpretación que del concepto de abuso de autoridad hacen la doctrina y la jurisprudencia del TS. no hay gran cosa que reseñar, pues, si bien al hablar del abuso de confianza nos planteábamos la cuestión de su interpretación en sentido amplio o estricto, esta cuestión no tiene aquí cabida.

Del mismo tenor de la expresión "abuso de autoridad" se desprende su interpretación. Sólo podrá abusar de autoridad, en el sentido del Código, el que de hecho, y por una u otra razón o título detente esa autoridad. Ahora bien, dado que la conducta general que estamos comentando es la de cooperar a la prostitución o corrupción de menores, lógicamente la idea de autoridad debemos reducirla a sus justos límites, pues no se trata de una autoridad en abstracto, sino de una autoridad que recae de un modo u otro sobre el menor. Concretando, sólo podrá abusar de autoridad el que detentando por la razón que sea una autoridad con respecto o sobre un menor, abusa de la misma en orden a cooperar a su prostitución o corrupción.

Un sentido similar puede deducirse de las palabras de GROIZARD cuando dice:

"Por abusar de autoridad deben considerarse comprendidos en los términos de la ley los ascendientes, los tutores, los curadores, los funcionarios públicos de establecimientos penales que, respectivamente, corrompan o prostituyan a sus descendientes, pupilos y personas bajo su vigilancia y custodia!"(107)

(107).- GROIZARD, código, V, 219.

Por su parte el TS. en las únicas sentencias que sobre el tema -y de esta época- hemos conseguido localizar, no establece doctrina general sobre el tema, limitándose a afirmar la existencia de tal abuso.⁽¹⁰⁸⁾ En cualquier caso es de destacar que todas ellas recogen supuestos de ascendientes.

3.4 SUJETO ACTIVO, SUJETO PASIVO Y OBJETO DE LA ACCION.

Sujeto activo del delito de lenocinio que comentamos no puede ser, por disposición de ley, cualquiera, ya que los Códigos objeto de nuestro estudio no tipifican -como hemos indicado⁽¹⁰⁹⁾- todos los supuestos de lenocinio, sino sólo los relativos a menores, y aun dentro de ellos, únicamente ciertas modalidades caracterizadas por la habitualidad, o por el abuso de autoridad o confianza.

En consecuencia, sólo podrá ser sujeto activo del delito que nos ocupa quien colabore a la prostitución o

(108).- Las sentencias en cuestión son las siguientes: STS de 29 de Marzo de 1887 relativa a un supuesto en que una madre abusando de su autoridad materna consigue la prostitución de una hija suya de 14 años JurCri 247(1887); la STS de 26 de Noviembre de 1889 -en aplicación del CP de Cuba- referente a un supuesto en que el padre ofreció reiteradamente a diversas personas a su hija con fines de prostitución, JurCri 324(1889); y la STS de 29 de Octubre de 1902 que de modo similar a la primera se refiere a un supuesto de abuso de autoridad materna, JurCri 87(1902).

(109).- Vid supra pag. 128

corrupción de menores de una manera habitual,⁽¹¹⁰⁾ o quien con el fin de prostituir o corromper a un menor abuse de la confianza en él depositada, o de la autoridad que sobre tal menor tenga.

La determinación de quién sea el sujeto pasivo de este delito, no presenta particulares dificultades. Establecido que el bien jurídico de este delito es de carácter eminentemente social o colectivo,⁽¹¹¹⁾ no queda sino concluir que el sujeto pasivo es necesariamente esa misma colectividad cuya moral sexual pretende proteger este precepto, dado que sujeto pasivo es siempre el titular del bien protegido.

Mayores problemas nos va a plantear, sin embargo, la determinación de cuál sea el objeto de la acción, y ello va a ser debido, fundamentalmente, al hecho de que los Códigos que nos ocupan, a diferencia del anteriormente estudiado

(110).- Sobre este punto recordemos únicamente la presunción de habitualidad que pende sobre los dueños o encargados de casas de prostitución que recibieren menores, aunque los dichos menores hayan concurrido a las mismas por su propia voluntad. En este sentido podríamos decir que es siempre sujeto activo de este delito el dueño o encargado de casa de lenocinio que reciba a un menor en la misma para que allí realice actos de prostitución o corrupción, aunque su conducta se limite a éso.

(111).- Vid supra epígrafe 3.1 pags. 125-8

de 1822,⁽¹¹²⁾ no señalan una edad determinada, sino que se limitan a indicar menores de edad. Esto nos plantea el problema de determinar en qué momento o a qué edad se estimaba que una persona llegaba a la mayoría de edad.⁽¹¹³⁾

En el momento de la promulgación, tanto del Código de 1848-50, como del Código de 1870, y hasta el 1 de Mayo de 1889, fecha en que entró en vigor el Código Civil, la mayoría de edad estaba señalada en los veinticinco años en la casi mayoría del territorio nacional. La única excepción era Aragón que la tenía fijada en los veinte años. Tras la entrada en vigor del Código Civil, pasó a ser la mayoría de edad, en las regiones españolas en las que regía el derecho común, a los veintitrés años, mientras que en Cataluña y Navarra continuó siendo a los veinticinco años y en Aragón a los veinte.⁽¹¹⁴⁾

(112).- Vid el art. 536 del CP. de 1822 que hablaba expresamente de menores de veinte años.

(113).- En sentido similar, el mismo problema se plantean GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, cuando señalan: "La otra parte del capítulo se refiere a la corrupción de menores de edad: expresión que da motivo a dudar si se ha de llamar así a los que no pasen de 23 años, o los que todavía no hayan cumplido los 25, aunque por las reglas de la analogía parece que se debe estar por el primer extremo!" elementos, III, 385. No olvidemos que estos autores escriben su obra en 1874, cuando aún no ha entrado en vigor el Código Civil. La analogía entendemos que la hacen con respecto a los preceptos que regulan el estupro que si señalaban, como tope máximo de edad la de 23 años.

(114).- DIEZ PICAZO, lecciones, 103 ss.

Si ponemos en relación lo antedicho, con el hecho de que el Código Penal señala como objeto de la acción del delito que comentamos a los menores de edad, veremos que supone una ampliación notoria del margen de protección si lo comparamos con el anterior Código de 1822. Ahora bien; la cuestión que se plantea es si tal ampliación fué intencionadamente buscada por el legislador, o por el contrario, es fruto de la casualidad o incluso del error.

Si atendemos a lo reseñado por VIZMANOS y ALVAREZ, debemos concluir que tal ampliación no es fruto del deseo consciente del legislador, sino por el contrario es el resultado de un defecto de técnica legislativa. En efecto, según estos autores, el legislador al redactar este precepto tenía presente el proyecto de Código Civil que en ese momento estaba en estudio -y que no llegaría a ver la luz- en el que se señalaba la mayoría de edad en los veinte años.⁽¹¹⁵⁾ Según esto, el legislador cuando hizo constar la expresión menores de edad, en realidad estaba pensando en menores de veinte años,

(115).- VIZMANOS y ALVAREZ, comentarios, II, 382. Añaden estos mismos autores: "...no habiéndose publicado antes o al mismo tiempo el nuevo Código Civil, debió excusarse hacer en el Penal una referencia indirecta a aquél. ¿Y podrá ésta enmendarse por la Jurisprudencia? Opinamos que no, porque el tenor o contexto de las leyes solo por el legislador puede ser alterado. Ha sido indudablemente una inadvertencia; pero ya es necesario pasar por sus consecuencias!" ib. 382-3.

exactamente igual que en el Código anterior y por consiguiente tal ampliación del margen de protección no fué, por lo menos expresamente, planeado.

Otra cuestión distinta es la que plantea GROIZARD.⁽¹¹⁶⁾ Según él, los márgenes de la menor de edad no deben entenderse desde el nacimiento hasta los 23 años,⁽¹¹⁷⁾ sino de los doce a los veintitrés. Lo razona diciendo que toda cópula con una menor de doce años, constituye siempre violación,⁽¹¹⁸⁾ y que cualquier acto impúdico sobre la misma, abusos deshonestos.⁽¹¹⁹⁾ Esto supuesto, el intermediario, el lenón, en estos casos deberá ser considerado como copartícipe en tales delitos y no como autor del que nos ocupa.

(116).- GROIZARD, código, V, 222.

(117).- Téngase presente a los efectos de una mejor inteligencia de este párrafo que cuando GROIZARD lo escribe ya está en vigor el Código Civil.

(118).- El artículo 453 (354/363) dice: "La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión temporal. Se comete violación yaciendo con la mujer en cualquiera de los casos siguientes:

3º.- cuando fuere menor de 12 años cumplidos..."

(119).- El artículo 454 (355/364) a su vez señala: "El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior..."

La tesis de GROIZARD de establecer un límite inferior en la edad para evitar con éllo hipotéticos problemas concursales, es la solución más simple que puede adoptarse, dado que en los Códigos que estamos examinando no existe norma alguna que regule el concurso de leyes.⁽¹²⁰⁾

En resumen: objeto de la acción van a ser los menores de edad hasta los 25 años, como regla general hasta la promulgación del Código Civil, o hasta los 23, también como regla general, tras la promulgación del mismo. Si se quiere, puede admitirse sin mayores problemas, que esta edad tiene un límite inferior que se cifra en los doce años a los efectos de evitar posibles problemas concursales.

3.5 LA CUESTION DE LA TERCERIA.

Al tratar de este mismo punto en el Código Penal de 1822, nos encontrábamos con que el tenor del Código nos planteaba el problema de si era necesario o no que la conducta punible fuera en interés de tercero, o si bastaba con que

(120).- De todos es sabido que el artículo 68 del Código Penal actual (Texto Refundido de 1971) que regula los concursos de leyes no aparece en nuestra legislación penal hasta el Código de 1944. Con anterioridad no existía norma concreta sobre el tema exceptuados los principios generales de especialidad, subsidiariedad, etc. Para una más detallada información sobre este tema puede verse por todos CORDOBA (y otros), comentarios, II, 326-35.

fuera para el propio goce.⁽¹²¹⁾

Este problema desaparece en los Códigos, que estamos examinando, pues, el artículo 459(357/367), señala explícitamente que la conducta, para ser punible, ha de realizarse: "para satisfacer los deseos de otro". La regulación de estos Códigos sobre este punto, apunta, por consiguiente, a la punición de conductas de tercería.⁽¹²²⁾

Esto supuesto, el problema que se nos plantea es el contrario, ésto es, en qué situación queda el que promueve o facilita la prostitución o corrupción de un menor para satisfacer sus propios deseos.

Evisentemente, por propio tenor del Código, no queda esa conducta incurso en la tipicidad del 459 (357/367).

¿Resulta impune por consiguiente?

Los autores mantienen tesis contrapuestas. Para VIADA el sujeto que así actúa, comete un acto contrario a la religión y a la moral, pero irrelevante a efectos penales.⁽¹²³⁾

(121).- Vid supra pags. 72-6

(122).- Sobre este punto, dada la claridad meridiana del Código la doctrina es plenamente concorde. Así pues, y en el mismo sentido del texto se manifiestan entre otros: VIZMANOS y ALVAREZ, comentarios, II, 382; GROIZARD, código, V, 222; PACHECO, código, III, 142; VIADA, código, III, 138; Memoria de la FTS. de 1899. Consulta nº 59; etc.

(123).- VIADA: "el que facilita o promueve para satisfacer sus propias pasiones comete, es cierto, un acto contrario a la religión y a la moral, pero no sujeto a la

Por el contrario, para VIZMANOS y ALVAREZ, si no se da ese requisito, no por é ello queda impune el sujeto en cuestión, sino que queda sometido a la posible sanción de los artículos 354 a 356⁽¹²⁴⁾ que recogen las figuras de violación, abusos deshonestos y estupro.⁽¹²⁵⁾ GROIZARD, por su parte, se limita a indicar que esa conducta no es incriminable en el artículo que comentamos, sin entrar a discutir si lo es o no por otro artículo.⁽¹²⁶⁾

La jurisprudencia del TS. se manifiesta en la línea señalada por VIZMANOS y ALVAREZ, y así en la STS. de 23 de Febrero de 1929 se señala que la finalidad del precepto es sancionar a los intermediarios, por lo que no estarán sujetos a la sanción del mismo, los simples actos ilícitos con menores, que, en su caso, estarán sometidos a otro género de res-

(123).- cont.) sanción del Código" código, III, 138.

(124).- Recordemos que estos autores comentan el Código Penal de 1848, por consiguiente, las referencias que hacen hay que entenderlas referidas a ese Código.

(125).- VIZMANOS y ALVAREZ: "añádese además la circunstancia de ser con objeto de satisfacer los deseos de otro, y oportunamente, porque no interviniendo esta circunstancia será un delito de los comprendidos en los artículos 354 al 356 ya comentados" comentarios, II, 382.

(126).- GROIZARD: "La prostitución y la corrupción, que tienen por fin desfogar pasiones propias, no son objeto de sus incriminaciones, al menos en el presente artículo" código, V, 222.

ponsabilidad.⁽¹²⁷⁾

A nuestro entender, el precepto que estudiamos castiga conductas de lenocinio o tercería, de modo que toda aquella conducta de cooperación a la prostitución o corrupción de menores de edad que tenga como finalidad satisfacer las propias pasiones, es impune por el concepto que comentamos, lo que a su vez no es óbice, para que, en su caso, tal conducta pueda ser sancionada en virtud de otro precepto penal, si cumple las previsiones de este último.

3.6 LA CONSUMACION.

A los efectos de determinar cuándo debe reputarse consumado el delito que estamos comentando, es imprescindible recordar que lo que el legislador pretende sancionar en él, es una forma especial de lenocinio, ésto es, aquel lenocinio

(127).- Dice así la STS citada en su tenor literal: "Creó en su artículo 459 el Código Penal de 1870 una nueva forma de delincuencia castigando por élla a los que promovieren o facilitaren la corrupción de una menor, siendo el espíritu de tal precepto el poner coto al repugnante comercio que gentes, que carecían de toda solvencia moral, venían dedicándose, traficando con la honra de las jóvenes, a las que explotaban, empujándolas por el camino de la perdición y del vicio, consiguiendo de tal modo grandes ganancias, es decir, para sancionar con saludable rigor a los intermediarios en ese género de impúdicos negocios, pero no a las personas que realizaban los actos ilícitos con dichas menores, pues, a éllas les pudiera alcanzar en todo caso otro género de responsabilidades distintas de las antes indicadas. JurCri.159(1929). El subrayado es nuestro.

que se realiza sobre menores de edad por parte de personas que a ello se dedican habitualmente, o que inciden al realizarlo en abuso de autoridad o confianza. Esto supone que lo relevante, para este precepto, no es el hecho de la prostitución o corrupción de los menores, sino que lo que adquiere trascendencia a los efectos de la consumación del delito, es que el hecho de la mediación se haya realizado, con independencia de que se hayan efectuado o no, los actos de prostitución o corrupción por parte del menor.⁽¹²⁸⁾ El propio tenor literal del Código apunta en este sentido cuando dice:

"El que (. . .) promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro . . ."

Por consiguiente, lo que consuma la conducta punible es promover o facilitar la prostitución o corrupción de un menor para otro. A estos efectos es sumamente gráfica la Circular de la FTS. de 18 de Julio de 1903⁽¹²⁹⁾ cuando señala:

"También han de fijarse los Sres. Fiscales en que el delito que analizo se integra y consuma con el mero intento de la corrupción o prostitución por los medios adecuados, sin necesidad que aquéllas se consumen . . ."

(128).- En el mismo sentido VIADA: "puesto que el delito no consiste en los actos deshonestos que verifiquen dichos menores a consecuencia de la corrupción que en ellos se ha ejercido, sino los actos de lenocinio que tiendan a promover o facilitar la prostitución o corrupción de aquéllos" código III, 139.

(129).- Publicada en la Gaceta de 21 de Julio del mismo año.

La jurisprudencia del TS. se manifiesta también de modo unánime en el mismo sentido. Por todas valga la STS de 8 de Mayo de 1888 que dice:

"Considerando que la responsabilidad exigida en este artículo es íntegramente exigible, según ha declarado esta Sala, desde el momento en que se ejecute algún acto encaminado a conseguir la prostitución o la corrupción de un menor, realícese o no, puesto que la ley no requiere el logro del fin como condición del delito indicado, sino que se procure, o sea, que se intente expresamente..." (130)

3.7 LA PENA.

Dado que en este punto hay ciertas diferencias entre el Código Penal de 1848-1850 y el correspondiente a 1870, vamos a señalar previamente, y en un esquema, las penas previstas en uno y otro, para pasar a continuación a realizar unos comentarios sobre las mismas.

La pena viene recogida en tres artículos diferentes: en el 459(357/367) se señala el correspondiente a la conducta típica, en el 465(363/367) párrafo primero, la correspondiente agravación específica por razón de la persona y en el segundo párrafo de este mismo artículo y en el artículo 466 (364/374) se señalan otras agravaciones por razón de la persona. Las penas en concreto son las siguientes:

(130).- JurCri 383(1888). En el mismo sentido: STS. de 5 de Diciembre de 1877 JurCri 527(1877); de 29 de Marzo de 1887 JurCri 247(1887); de 18 de Octubre de 1894 JurCri 102(1894); de 29 de Octubre de 1902 JurCri 87(1902); etc.

- Art. 357 (367)
 - Prisión correccional (de 6 meses y un día a 6 años).
- Art. 363 pfo. 1º (373 pfo. 1º)
 - Remite a la pena señalada en el art. 357 (367).
- Art. 363 pfo. 2º (373 pfo. 2º)
 - Inhabilitación perpetua especial.
- Art. 364 (374).
 - Interdicción del derecho de ejercer la tutela
 - Id. de ser miembro del Consejo de Familia.
 - Sujeción a la vigilancia de la autoridad.

- Art. 459.
 - Prisión correccional en sus grados mínimo y medio (de 6 meses y 1 día a 4 años y 2 meses).
 - Inhabilitación temporal absoluta si es Autoridad.
- Art. 465 pfo. 1º.
 - Remite a la pena señalada en el art. 459.
- Art. 465 pfo. 2º.
 - De inhabilitación temporal especial en grado máximo a inhabilitación perpetua especial.
- Art. 466.
 - Interdicción del derecho de ejercer la tutela.
 - Id. de ser miembro del Consejo de Familia.

Como fácilmente puede comprobarse, en el Código Penal de 1870, por regla general, y en los delitos que nos ocupan, se opera una dulcificación de las penas con respecto a las previstas para los mismo delitos en el Código de 1848-50, y en ambos, respecto a las señaladas en el Código Penal de

(131).- Así la pena de prisión correccional que en el Código de 1848 podía llegar hasta los seis años, en el de 1870 sólo puede llegar hasta 4 años y 2 meses. Por lo que hace referencia a la inhabilitación, en los CC.PP. de 1848-50, se señala la de inhabilitación perpetua especial, mientras que en el de 1870 se señala la de inhabilitación temporal especial en grado máximo a inhabilitación perpetua especial, por lo que pese a ser el grado máximo coincidente en ambos casos, al ser el grado mínimo inferior en el CP. de 1870, debemos estimar la de éste como más leve. La única excepción es la señalada por VIADA respecto a la pena prescrita en el art. 459 (357/367), pues, mientras en las CC.PP. de 1848-50 era únicamente de prisión correccional, en el de 1870 a esa pena privativa de libertad -aunque dulcificada como queda dicha- va a añadirse la de inhabilitación temporal absoluta si el sujeto activo es Autoridad. código III, 138.

1822. (132)

Las penas privativas de libertad, no suelen provocar otra discusión por lo general que la derivada de su duración en el sentido de si resulta proporcionada o por el contrario es excesiva. Sobre este punto debemos señalar que, en estos supuestos la pena resulta equiparable a la prevista por el legislador en estos mismos Códigos para delitos afines, como pueden ser los de abusos deshonestos,⁽¹³³⁾ estupro,⁽¹³⁴⁾ etc. Esto nos lleva a considerar con GROIZARD que la pena prevista por el legislador considerada en general y como pena ordinaria para este tipo de delitos, nos parece adecuada.⁽¹³⁵⁾

(132).- Vid supra pag. 92s., 101. 110.

(133).- CP. 1848- abusos deshonestos violentos, art. 355: prisión menor a prisión correccional. En el CP. de 1850 se señala idéntica pena, con la sola variación del número del artículo que pasa a ser en nº 364. En el CP. de 1870, en el artículo 454, se señala para este delito la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo.

Por su parte los abusos deshonestos no violentos están penados en el CP. de 1848, en su artículo 356 pfo. últ. con prisión correccional. Con idéntica pena en el CP. de 1850 en su artículo 366 pfo. últ. y en el CP. de 1870 con la de arresto mayor.

(134).- Las penas previstas para el delito de estupro oscilan en el CP. de 1888, en el artículo 356, entre prisión menor y prisión correccional según los supuestos. Lo mismo ocurre en el CP. de 1850 en su artículo 366. En el CP. de 1870, por su parte, y en el artículo 458, lo hace entre prisión correccional en sus grados mínimo y medio y arresto mayor.

(135).- En el mismo sentido GROIZARD, código, V, 225.

Problema distinto nos plantea la pena de interdicción del derecho de pertenecer al Consejo de Familia, ya que en el momento de entrar en vigor estos Códigos, tal institución no existía en la legislación española,⁽¹³⁶⁾ y no apareció hasta la promulgación del Código Civil.⁽¹³⁷⁾

Este defecto de técnica legislativa, al igual que el que señalábamos con respecto a la minoría de edad, fué debido a que la Comisión de Códigos, que tenía previsto el Consejo de Familia como institución civil, no tuvo inconveniente en mencionarla en el Código Penal, aunque el Código Civil no estuviese aún publicado.⁽¹³⁸⁾

Esto provocó críticas por parte de la doctrina, des-

(136).- La única referencia -si bien indirecta- que tenemos de algo similar al Consejo de Familia antes de la promulgación del Código Civil, la encontramos en la L. de 20 de Junio de 1862 que al regular la necesidad de obtención de consentimiento por parte de un menor en orden a contraer matrimonio, y quien puede otorgarlo, habla de una Junta de parientes para el caso en que falten los padres del mismo. Cole Leg. 87(1862)741-3. GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN entienden que la interdicción que señala el Código en los delitos que comentamos, de pertenecer al Consejo de Familia, sería aplicable en estos casos. elementos, III, 390.

(137).- En este sentido, por todos, GROIZARD; código, V, 225.

(138).- En este sentido, por todos, CASTRO y ORTIZ, código, II, 345.

tacando entre ellas las de PACHECO⁽¹³⁹⁾ y las de VIZMANOS y ALVAREZ.⁽¹⁴⁰⁾

Para salvar esa laguna, el RD. de 22 de Septiembre de 1848 señaló en su art. 7º:

"Cuando el Código señale una pena consistente en la pérdida de un derecho no concedido aún por la ley, tal como el de pertenecer al Consejo de Familia, los Tribunales, en los casos en que ocurran, la impondrán según el Código la señala, en consideración a que cuando el derecho se conceda, no deberán disfrutar de él los que, sabedores de la penalidad cometieren el delito a que se impone la pena."

Como podemos fácilmente apreciar, este artículo salva la materialidad de la laguna, pero deja subsistente el defecto apuntado.

Por último, reseñemos sólo, que la desaparición de la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad que se señalaba en el artículo 364(374) del Código de 1848-50, y que no encontramos en el art. 466 del Código de 1870, no obedece a otra razón que a la desaparición de tal pena del catálogo que se establece en el artículo 26 del citado Código.⁽¹⁴¹⁾

(139).- PACHECO señala: "...y el Gobierno, que debía haber evitado una irregularidad de esta especie no cuidó seguramente de éllo, convencido de que más tarde o más temprano llegaríamos a tener tales Consejos entre nosotros!" código, III, 165.

(140).- VIZMANOS y ALVAREZ dicen: "...pero mientras el civil no exista tal y como estaba por ella formulado, hubiera hecho bien en quitar una pena que hasta entonces ni aún significación tiene!" comentarios, II, 398.

(141).- Compárese el catálogo de penas establecido en el artículo 26 del CP. de 1870 con el establecido en el artículo 24 en los CC.PP. de 1848-50.

3.8 AGRAVACIONES ESPECIFICAS DERIVADAS DE RELACIONES INTERPERSONALES.

Esta agravación específica viene recogida en estos Códigos -junto con otra serie de agravaciones- en el Capítulo relativo a disposiciones comunes. En concreto, está ubicada en el párrafo primero del artículo 465(363/373) que dice lo siguiente:

"Los ascendientes, tutores, curadores, maestros y cualesquiera personas que con abuso de autoridad o encargo cooperasen como cómplices a la perpetración de los delitos comprendidos en los cuatro capítulos precedentes (142), serán penados como autores!"

La razón de ser de esta agravación, en principio, aparece clara. El legislador, que ha considerado el abuso de autoridad o el de confianza con suficiente relevancia como para integrar alguna de las modalidades típicas, se encuentra ante unos supuestos en los que claramente ha mediado un abuso de autoridad o confianza, si bien, la persona que ha incurrido en tales abusos no ha tenido una actuación con relevancia como para integrar una autoría desde el punto de vista penal.

(142).- Los cuatro capítulos a que se refiere el artículo son los de violación, escándalo público, estupro, corrupción de menores y rapto.

En el Código de 1848-50 se señalaba "en los tres capítulos precedentes" ya que el capítulo correspondiente al escándalo público aparece en el CP. de 1870.

Ante esta situación, el legislador decide hacer recaer el acento en el abuso de autoridad o confianza y eleva la sanción de esta conducta, que penalmente no obtendría más que una calificación de complicidad, al grado que le correspondería como autor.⁽¹⁴³⁾

Esta agravación es plausible, pues, como hemos indicado en otras ocasiones, la especial relación interpersonal que une al menor con estas personas hace, paradójicamente, que frente a ellas, el grado de indefensión del menor sea mayor que frente al resto. Por otra parte, en no pocas ocasio-

(143).- En el mismo sentido se manifiestan los autores de la época. Así VIZMANOS y ALVAREZ señalan: "Si un padre, un tutor o maestro, que deben ser custodios de las buenas costumbres de la juventud, abusan de la autoridad que la naturaleza o las leyes les confieren para pervertir a las personas colocadas bajo su dirección o custodia, no puede menos que considerárseles como autores" comentarios, II, 396 s.; GROIZARD, por su parte, dice: "El abuso de autoridad, la deslealtad en el ejercicio de tales cargos, tratándose de delitos contra la honestidad en que figuran como víctimas personas que bajo la protección, la dirección y el cuidado de los que aquella autoridad y funciones ejercen reviste extraordinaria importancia y pueden determinar por sí solos, en algunos casos, y ser causa sumamente influyente en muchos, de la consumación del delito" código, V, 311. PACHECO incide sobre lo mismo, pero precisa: "No son descuidos solos los que han reclamado y contra los que se dicta tal determinación: han de ser actos positivos, consejos formales, facilitaciones notorias, que sin llegar a los varios casos del artículo 12, pues, entonces no habría necesidad de éste, entren bien de lleno en el espíritu y la letra del 13, que es el que define la complicidad en todo género de delitos" código, III, 188-9; VICENTE Y CARAVANTES, justifica esta agravación por el grave abuso que hacen de su autoridad y de la confianza en ellos depositada, código; 408; VIADA se manifiesta también en la línea expuesta, código, III, 160s.

nes, la actuación de estas personas será determinante, aunque quizás no hasta el punto de poder considerarlos como auxiliares necesarios del delito.⁽¹⁴⁴⁾

4. LA FALTA: INCUMPLIMIENTO DE NORMAS REGLAMENTARIAS SOBRE PROSTITUCION.

No podemos acabar la regulación de los delitos relativos a la prostitución en los Códigos de 1848 y de 1870, sin hacer referencia a los artículos 474-8º (485-8º) del Código de 1848-1850 y 596-2º del de 1870.

En ellos se recoge a título de falta la conducta de los que:

"... infringieren los reglamentos de policía en lo concerniente a mujeres públicas" Art. 474-8º(485-8º) CC.PP. de 1848-1850.

"... infringieren las disposiciones sanitarias de policía sobre prostitución" Art. 596-2º C.P. 1870.

La pena es de arresto de cinco a quince días y multa de cinco a quince duros en el primer caso, y de cinco a veinticinco pesetas y represión en el segundo.

Son estas las normas residuales de la que constituía en el Código de 1822 la figura delictiva recogida en el artículo 535.

(144).- VIZMANOS Y ALVAREZ apuntan que dadas las características requeridas por el abuso de autoridad o encargo, será difícil que esa conducta no incida directamente en autoría. Por ello consideran que tal vez pudo haberse omitido este precepto, no por injusto, sino por innecesario, comentarios II, 397.

Respecto al Código de 1848, cabe reseñar que en este caso, como en otros que ya hemos señalado, vuelve a incidir el legislador en un defecto de técnica legislativa, pues, en el momento de su promulgación no existía reglamento alguno sobre prostitución. (145)

No sucede lo mismo con el Código de 1870, pues, en el momento de su promulgación, ya existían una serie de reglamentaciones, si bien a nivel local o provincial. (146)

5. RESUMEN.

En los Códigos que acabamos de examinar se tipifica, como hemos visto, la conducta del tercero, del intermediario. Ahora bien; este lenocinio no se tipifica en cualquier caso, sino que el legislador se limita a los supuestos en los que esta labor se realiza sobre menores, e incluso tampoco hace referencia a todos los supuestos relativos a menores, sino sólo a aquellos en los que ha mediado un abuso de confianza, un abuso de autoridad o en los que el sujeto activo del delito es un habitual del mismo.

(145).- En el mismo sentido MARTINEZ ALCUBILLAS; Diccionario, voz Mancebías, pag. 95.

(146).- Así señala RODRIGUEZ-SOLIS historia, 246 que encontramos reglamentos a partir de 1858 en Madrid, 1867 en Vigo, 1869 en Gerona, 1870 en Sevilla y Cádiz, etc.

Junto a este tipo el legislador establece una agravación específica para los supuestos en los que sean determinadas personas, que tienen una especial relación con el menor, los que realicen o cooperen a este delito.

Por último recoge, en una falta, la sanción de las conductas que suponen una infracción a las normas administrativas sobre prostitución.

Este conjunto de normas dibujan coherentemente la realidad social y los planteamientos del legislador al respecto. En efecto, la realidad social de la época nos da que la prostitución es un hecho, y un hecho admitido, reconocido, e incluso para algunos necesario, que el legislador -en evitación de mayores males- opta por reglamentar. Congruente con este hecho, no puede sancionar toda conducta relacionada con la prostitución, sino que debe limitarse a reprimir aquellas que le parecen socialmente más reprobables, como son las relativas a la prostitución o corrupción de menores que implican un abuso de autoridad o confianza, o una habitualidad por parte del sujeto activo.

Un segundo punto a destacar en estos Códigos es la utilización, en el epígrafe del capítulo de la expresión "corrupción de menores", expresión, a nuestro entender incorrecta ya que los delitos a que se refieren no son tales delitos de corrupción de menores sino delitos de lenocinio, que ha induci-

do a error sobre el bien jurídico protegido en estos delitos.

Por último, y en relación con lo que antecede, debemos señalar que, a nuestro entender la vía de interpretación de los preceptos que hemos examinado pasa, necesariamente, por la consideración primera e ineludible de que el legislador con estos preceptos, no pretende tanto proteger los derechos individuales del menor, como derechos colectivos concretados en este caso en el que todo grupo social tiene a defender que las manifestaciones de tipo sexual respeten los valores reconocidos por ese grupo. Partir del punto de vista contrario, éstos es, del punto de vista de que aquí el legislador pretende proteger bienes jurídicos de naturaleza individual, lleva, a nuestro entender, a desvirtuar totalmente el sentido de estos preceptos y a hacerlos incongruentes.

SEGUNDA PARTE:

LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DE PARIS DE 1902 Y SU
INFLUENCIA EN LA REGULACION PENAL DE LAS CONDUCTAS RELA -
TIVAS A LA PROSTITUCION Y A LA CORRUPCION EN LOS CC.PP.
DE LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX.

Capítulo Tercero:

LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DE PARIS Y EL PROYEC -
TO DE LEY DE REFORMA DEL CODIGO PENAL EN MATERIA DE PROS-
TITUCION O CORRUPCION.

Capítulo III: LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DE PARIS Y EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CODIGO PENAL EN MATERIA DE PROSTITUCION O CORRUPCION.

I. GENERALIDADES.

Al iniciar el capítulo primero de este trabajo, hemos señalado que uno de los hitos fundamentales en el estudio del tema que nos ocupa, viene constituido por la ley de reforma de determinados artículos del Código Penal en materia de prostitución y corrupción, dictada el 21 de Julio de 1904.⁽¹⁾

La importancia de esta ley radica en que en ella, y a partir de ella, el legislador español va a variar su postura frente al fenómeno de la prostitución, pasando de una actitud pasiva, tolerante, o, a lo sumo, reglamentarista, en la que únicamente sancionaba determinados casos de proxenetismo sobre menores,⁽²⁾ a una actitud más beligerante, si bien esta beligerancia no va a ir dirigida directamente contra la prostitución en sí misma, sino contra cualquier forma de proxenetismo referido a menores y contra determinados supuestos de proxenetismo

(1).- Esta ley apareció publicada en la Gaceta de 24 de Julio del mismo año y reformó, como veremos, los artículos 456, 459 y 466 del Código Penal de 1870.

(2).- Esa, es la posición que según hemos señalado en los capítulos precedentes ha mantenido el legislador español en los Códigos de 1822, 1848-50 y 1870, si bien, la punición de las conductas relativas a menores en el Código de 1822 era algo más amplia.

sobre mayores.⁽³⁾

La razón de ser del cambio experimentado por nuestro legislador hemos de buscarlo en gran parte fuera de nuestras fronteras; en ideas que procedentes del exterior llegaron a España en esa época. Estas ideas son, fundamentalmente las de abolicionismo y la de lucha contra la trata de blancas.⁽⁴⁾

Esto supone, que no puede entenderse e interpretarse correctamente la ley ya citada, ni toda la regulación posterior del Código -que de ella arranca- sin hacer un alto para examinar el panorama internacional de la época y trabar conocimiento con una serie de movimientos que son los que van a propiciar e impulsar el desarrollo de estas ideas.

El origen de estas ideas hemos de buscarlo, como hemos apuntado, en su mayor parte fuera de nuestras fronteras. Esto es así porque, por una parte, aunque en España no siempre ha regido el régimen reglamentarista -ni siquiera el de tolerancia-, desde las Partidas, y salvo algunos intervalos,⁽⁵⁾ la

(3).- A grandes rasgos, pues ésto va a ser objeto de un posterior y detallado estudio, señalemos que con respecto a mayores de edad va a tipificar supuestos de proxenetismo violento o astuto y determinados casos de trata.

(4).- Como tendremos ocasión de reseñar posteriormente, el movimiento abolicionista llega a España de la mano de Rafael M^a de LABRA en 1883, aunque con anterioridad, y a título individual, algunos eminentes personajes de la vida política española hubiesen participado en congresos abolicionistas. De otra parte, las ideas de lucha contra la trata de blancas entran a raíz de la Conferencia de París.

(5).- Así JUDERIAS, señala que con Felipe II la prostitución

tónica dominante va a ser la tolerancia o la reglamentación,⁽⁶⁾ correspondiendo precisamente a la época que nos ocupa una fase de reglamentación en la que si bien todavía no existe un reglamento general para toda España, sí existe una organización general del sistema,⁽⁷⁾ por otra parte, las ideas de abolicionismo y de lucha contra la trata de blancas son de formulación moderna, y al haber tenido su génesis y primer desarrollo fuera de nuestras fronteras, exigen para su correcta comprensión acudir a los orígenes.

2. LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DE PARÍS.

La Conferencia Internacional de París es el punto de inevitable referencia para entender en su justo alcance la reforma del Código Penal en la materia que nos ocupa, y para entender, en general, el movimiento de reforma que en esta ma-

(5).- cont.) estaba reglamentada, con Felipe IV prohibida, con los Carlos de nuevo reglamentada, y con Fernando VII otra vez (siquiera formalmente) prohibida. reglamentación, 393; en el mismo sentido JIMENEZ ASENSIO señala que a partir de Felipe IV se da una prohibición de la prostitución -y por ende de la reglamentación- que de un modo más o menos teórico -pues la prostitución se hace clandestina y sigue campando por sus fueros- se extiende por los s. XVII y XVIII abolicionismo, 72-75.

(6).- En ese sentido se manifiestan entre otros JUDERIAS, reglamentación, 392-4; JIMENEZ ASENSIO, abolicionismo, 67-77; de la SAGRA, historia, 6-12; BERNALDO DE QUIROS, prostitución, 261; etc.

(7).- En este sentido vid. infra Cap. V pag. 459-72

teria se produce en la legislación europea de la época.⁽⁸⁾

Ahora bien, como es lógico, esta Conferencia no surge de un modo sorpresivo e inopinado, sino que es fruto y plasmación de un estado de opinión propiciado e impulsado por una serie de Movimientos y Congresos a los que vamos, a continuación, a hacer referencia.

2.1 ACTIVIDADES Y MOVIMIENTOS INTERNACIONALES QUE LA POSIBILITAN.

Antes de entrar a estudiar en concreto los distintos Movimientos y Congresos Internacionales que posibilitan esta conferencia permítasenos una pequeña digresión para situar el tema.

Los distintos movimientos que vamos a estudiar, tienen su origen de un modo directo en Gran Bretaña. En efecto, por una parte, en 1864 se promulga en ese país una ley -que sufrirá varias vicisitudes en 1866 y en 1869- encaminadas a la lucha contra las enfermedades contagiosas, fundamentalmente las de tipo venéreo. Se trata de The contagious diseases pre-

(8).- Como tendremos ocasión de ver en los epígrafes posteriores (vid infra pag. 214), el artículo 3º del Proyecto de Convenio firmado en la Conferencia de París, comprometía a las Partes firmantes del mismo a reformar su legislación penal en la medida en que ésta no estuviera conforme con lo acordado en los artículos 1º y 2º.

vention Act. de 29 de Junio de 1864. (9)

Esta ley, totalmente extraña según MINOD (10) al sistema y modo de actuación británicas, va a actuar como revulsi - vo y va a ser además el elemento que aglutine a distintos mo - vimientos, generalmente de defensa y protección de la mujer, y los encamine a la lucha contra la reglamentación de la prosti - tución, por un lado, y a la lucha contra la trata de blancas por otro. (11)

La primera concreción de lo que antecede, aparece en un manifiesto que las damas de la Ladies' National Association hicieron público en el mes de Diciembre de 1869 y que fué reco - gido por el Dail News el 1 de Enero de 1870 cuando reunía ya 250 firmas. (12)

Los principales motivos por los que declaraban pro - testar contra el Act. son los siguientes:

(9).- Esta Act. fué aprobada en circunstancias, por lo menos irregulares según señala FIAUX, intersexuelle, 10; y según denunciaron, en su momento, los Comités Abolicionistas de Gran Bretaña en el Manifiesto dirigido al cuerpo electoral antes de las elecciones a la Cámara de los Comunes de 1885 (Vid este manifiesto recogido en FIAUX, prostitution, XV, nota I). Para un estudio más detallado del tema vid. mé - moires, GENÈVE (1877), I, 8-101.

(10).- MINOD, principes, 19

(11).- Vid. en ese sentido, entre otros, fédération DRESDE (1904)-H, 28.

(12).- Lamentablemente nos ha resultado imposible conseguir el texto original publicado en dicho periódico. De modo parcial aunque a nuestro modo de ver suficiente, puede verse en mé - moires GENÈVE (1877) I, 14-6.

.- Porque alteran las garantías legales para la mujer, dejando su reputación, su libertad, e incluso su persona bajo el poder arbitrario de la policía.

.- Porque en un país en el que reina la libertad, toda ley debe definir expresamente el delito que persigue, lo que no sucede en las Act.

.- Porque solo grava a una parte, a la mujer, que además es la víctima de ese tráfico, asegurando a la otra parte, no sólo la impunidad, sino también tratando de asegurarle la inexistencia de cualquier tipo de riesgos.

.- Porque el Estado al reglamentar la prostitución, la reconoce y la protege, proclamando en consecuencia su necesidad, y facilitando por lo tanto el camino del vicio.

.- Porque las medidas que prevee son degradantes e infamantes para las mujeres que las sufren.

.- Porque la reglamentación, no frena el avance de las enfermedades venéreas, ni tampoco contribuye a mejorar la moralidad pública, según experiencia que puede deducirse de otros países.

Este manifiesto tiene un especial interés, ya que en él encontramos todos los datos que posteriormente darán lugar a la Federación Abolicionista Internacional, en especial el de la lucha contra la reglamentación, que va a constituir su objetivo fundamental.

Por otra parte, y simultáneamente con estos movimientos encaminados a luchar contra la reglamentación, encabezados por Josefina-E. BUTLER, se daban en Inglaterra otros, encaminados a velar por la protección de las jóvenes, entre los cuales destacaremos la National Vigilance Association, que va a ser el germen de la Asociación Internacional para la represión de la Trata de Blancas.

Por último⁽¹³⁾ reseñemos que el tema de la trata de blancas fué también objeto de estudio en el V Congreso Penitenciario Internacional.

2.11 LA FEDERACION ABOLICIONISTA INTERNACIONAL.

Antes de entrar propiamente en el examen de la génesis y posterior desarrollo de esta Federación, es imprescindible hacer una aclaración. Como ya hemos apuntado -y tendremos ocasión de desarrollar posteriormente- la finalidad fundamental de esta Federación, es la abolición del régimen de reglamentación de la prostitución en los distintos países. Aparentemente, esta finalidad no tiene una especial relación con la lucha

(13).- Al decir aquí último, hacemos referencia únicamente a su posición relativa en la exposición en este epígrafe, pues, como veremos, el V Congreso Penitenciario Internacional tuvo lugar antes que el primer Congreso de la Asociación Internacional para la Represión de la Trata de Blancas.

contra la trata de blancas, que es el punto que va a ser el eje de la Conferencia Internacional de París, con lo que el estudio de esta Federación en este capítulo quedaría fuera de lugar, sin embargo, nada más lejos de la realidad.

En efecto, aunque la Federación no lucha directamente contra la trata de blancas, en su planteamiento, este objetivo está presente si bien condicionado a la previa abolición de la reglamentación, pues, entienden -no sin razón- que la lucha contra la trata de blancas, y la normativa legal a ese fin dirigida, es totalmente inútil mientras el Estado siga reglamentando el ejercicio de la prostitución, ya que esta reglamentación supone la autorización de las casas de tolerancia, y la existencia de tales casas es una de los principales motivos de trata⁽¹⁴⁾ De otra parte, el tema de la trata de blancas tampoco está ausente de los trabajos de la Federación, ya que aparece tratado en varios Congresos y Conferencias,⁽¹⁵⁾ y, además, varios eminentes miembros de la Federación presentaron informes y participaron en los trabajos del V Congreso Penitencia-

(14).- En ese sentido vid. entre otros: LUISI, trata, 18-9; MEURON, traite, 3;

(15).- Así el tema aparece tratado en el Congreso de Londres de 1886, en la Conferencia de Lausanne de 1887, en el Congreso de Ginebra de 1889, en la Conferencia de Berna de 1896, etc.

rio Internacional que como veremos se ocupó también del tema de la trata.⁽¹⁶⁾

Visto esto, pasemos a examinar brevemente la génesis y posterior desarrollo de esta Federación. Tras una primera etapa en la que lo único que existe es una coordinación de una serie de movimientos en torno a la lucha para la abolición de las Act. que hemos hecho referencia, el 19 de Marzo de 1875 nace la Federación propiamente dicha,⁽¹⁷⁾ siendo figura principalísima y relevante Josefina-E. BUTLER. Esta Federación, tras una serie de trabajos previos, celebró su primer Congreso Internacional en Ginebra del 17 al 22 de Septiembre de 1877.⁽¹⁸⁾

A propuesta de cada una de las cinco secciones -de Higiene, de Moral, de Economía, de Beneficencia y la Legislativa- se votaron y aprobaron una serie de resoluciones,⁽¹⁹⁾ de

(16).- Entre ellos cabe destacar a Yves GUYOT de la rama francesa y Alfred de MEURON, y Henri MINOD de la suiza.

(17).- Para un estudio más detallado del nacimiento y desarrollo de la Federación Abolicionista Internacional, pueden verse: MINOD, principes; mémoires, GENEVE (1877) I, 102-271; LUISI, bases;

(18).- Los temas tratados en este Congreso fueron múltiples y variados como puede verse en los dos tomos que contienen las Actas del mismo. El primero, recoge memorias históricas y Asambleas generales, mientras que el segundo, recoge los trabajos de las secciones.

(19).- Estas resoluciones pueden verse en: actas GENEVE (1877), II, 776-83.

las cuales las correspondientes a la sección legislativa, serían elevadas el 25 de Septiembre de 1878 al rango de Bases constitutivas de la Federación.⁽²⁰⁾ De ellas vamos a destacar las que presentan más interés para nosotros puesto que atañen a la esfera penal, son las siguientes: Dentro de la 2ª resolución se dice:

.- "En outre, par la réglementation du vice, l'Etat viole directement sa propre loi pénale, puisque celle-ci défend l'excitation à la débauche, et que l'Etat se fait au moins le complice de cette excitation, en tant qu'elle est pratiquée par les établissements ou par les femmes qu'il autorise!"

De gran interés es también la resolución V que señala:

.- "L'Etat doit continuer à punir l'excitation à la débauche commise sur des mineurs de l'un ou de l'autre sexe, et particulièrement le proxénétisme.

Il devra punir l'embauchage des mineurs en vue de la débauche.

Il devra interdire toute organisation collective de la prostitution, c'est-à-dire punir le fait de tenir une maison de débauche ouverte au public, et celui de louer un immeuble pour un pareil usage. On peut alléguer ici l'analogie des maisons de jeu, qui sont interdites par presque toutes les législations pénales.

Nous réservons, sans y rien changer, les dispositions pénales touchant les outrages à la morale publique, et en particulier la provocation publique à la débauche, les attentats aux mœurs contre les individus, les détournements des mineurs et les séquestrations illégales!"

Con posterioridad a ésto, el 22 de Agosto de 1879, se dicta un reglamento interpretativo, que, a la vez, organiza la

(20).- En ese sentido MINOD, principes, 17 nota 1.

Asamblea General.⁽²¹⁾ El año 1880 tiene lugar en Génova el 2º Congreso Internacional. En él se vuelve, más o menos, sobre los mismos puntos, tratando de profundizar y clarificar sus ideas.

"Sus discusiones -dice MINOD- testimoniaron un gran progreso sobre todo en el terreno jurídico, lo que dió lugar a trabajos más importantes y a una discusión más profunda que la que se había podido hacer en Ginebra."⁽²²⁾

Dos años más tarde, tuvo lugar la Conferencia de Neuchatel, y el 22 de Septiembre de 1883, como resultado del 3º Congreso celebrado en La Haya, se promulgaron los estatutos de la Federación.⁽²³⁾

(21).- MINOD, ib.

(22).- MINOD, ib. 12.

(23).- El contenido de estos Estatutos puede verse en cualquiera de las múltiples publicaciones de la Federación Abolicionista Internacional. Por nuestra parte, vamos sólo a destacar aquellos artículos que estimamos más interesantes en orden al tema que estamos comentando. Así el art. 1º que recoge la finalidad específica de la Federación señala: "La Fédération abolitionniste internationale poursuit l'abolition de la prostitution spécialement envisagée comme institution légale ou tolérée."

Considérant l'organisation administrative de la prostitution comme une erreur hygiénique, une injustice sociale, une monstruosité morale et un crime juridique, la Fédération s'efforce de soulever une réprobation générale contre ce régime!"

Por otra parte dentro de los artículos dedicados a desarrollar los Principios de la misma, cabe destacar el art. 4º que dice: "La Fédération revendique, dans le domaine spécial de la législation en matière de mœurs, l'autonomie de la personne humaine, qui a son corollaire dans la responsabilité individuelle."

D'une part, elle condamne toute mesure d'exception appliquée sous prétexte de mœurs;

Mayor interés para nosotros tiene el Congreso de Ginebra de 1889, ya que en él se discutió el tema de la trata de blancas y se votó la resolución siguiente:

"I. Le Congrès émet le vœu

1^o.- Que dans toutes les législations des dispositions pénales soient prises pour réprimer le fait de tirer un profit direct de la prostitution d'autrui.

2^o.- Que des traités internationaux interviennent entre les divers pays pour le repatriement des filles mineures se livrant habituellement à la débauche.

(23).- cont.) D'autre part, elle affirme qu'en instituant une réglementation qui veut procurer à l'homme sécurité et irresponsabilité dans le vice, l'Etat bouleverse la notion même de responsabilité, base de toute morale.

En faisant peser sur la femme seule les conséquences légales d'un acte commun, l'Etat propage cette idée funeste qu'il y aurait une morale différente pour chaque sexe!"

Y el art. 5^o indica: "Considérant que le simple fait de prostitution personnelle et privée ne relève que de la conscience et ne constitue pas un délit, la Fédération déclare que l'intervention de l'Etat en matière de mœurs doit se limiter aux points suivants:

Punition de tout attentat à la pudeur, commis ou tenté contre des mineurs ou des personnes de l'un ou de l'autre sexe assimilées aux mineurs. Chaque législation particulière doit déterminer exactement la limite et les conditions de cette minorité spéciale.

Punition de tout attentat à la pudeur accompli ou tenté par des moyens violents ou frauduleux contre des personnes de tout âge et de tout sexe.

Punition de l'outrage public à la pudeur.

Punition de la provocation publique à la débauche et du proxénétisme, dans celles de leurs manifestations délictueuses qui peuvent être constatées sans prêter à l'arbitraire et sans ramener, sous une autre forme, le régime spécial de la police des mœurs.

Les mesures prises à cet égard doivent s'appliquer aux hommes comme aux femmes.

Toutes les fois que le proxénétisme tombe sous le coup de la loi, ceux qui paient les proxénètes et profitent de leur industrie, doivent être considérés comme complices.

32.- Que des traités internationaux soient passés dans le but de supprimer la traite des blanches, sans égard aux pays dans lesquels le crime a été comis ou à la nationalité du criminel! (24)

Como vemos, aquí se aborda directamente el tema de la trata de blancas y se propone como posibilidad la adopción de un tratado que permita la persecución internacional de estas conductas. (25)

Este movimiento internacional, llegó a España de la mano de Rafael M^a de LABRA, que en 1883 constituyó la Sociedad Española de Abolicionismo, y debido a las circunstancias políticas del momento, duró poco. (26)

(23).- cont.) La Fédération déclare donc que l'Etat ne doit ni imposer à une femme quelconque la visite obligatoire sous prétexte de mœurs, ni soumettre la personne des prostituées à un régime d'exception quelconque!

(24).- Recogido por MEURON, traite, 5.

(25).- Este deseo sería recogido posteriormente por el V Congreso Penitenciario Internacional, y posteriormente por el Congreso Internacional para la represión de la Trata de Blancas tenido en Londres en 1899, y acabaría plasmándose en la Conferencia de París de 1902.

(26).- Los contactos de España con la Federación datan del Congreso de Ginebra, aunque siempre se habían mantenido en el campo estrictamente individual, esto es, personalidades que a título particular participaban en los trabajos de la misma, entre ellas podemos destacar: Manuel ZORRILLA, Concepción ARENAL, EMPAYTAZ, CASTELAR, MARTOS, SALMERON, PI Y MARGALL, José de CARVAJAL, Estanislao FIGUERAS, etc. fédération, DRESDE (1904)-H, 50-1; También hace referencia a esto de forma muy sucinta JIMENEZ ASENJO, abolicionista, 80.

Como podemos deducir de lo expuesto, la importancia de la Federación Abolicionista Internacional, y su repercusión en la Conferencia Internacional de París, es evidente, pues de una parte, con su lucha contra la reglamentación, contribuye a crear el ambiente adecuado que facilita la celebración de la Conferencia, y por otra, es en parte motor mismo de la Conferencia, pues de sus Congresos parte la idea de una colaboración internacional en orden a luchar contra la trata de blancas.

2.12 LA ASOCIACION INTERNACIONAL PARA LA REPRESION DE LA TRATA DE BLANCAS.

Casi coetánea en el tiempo con la Federación Abolicionista Internacional de la que acabamos de hacer reseña, se desarrolló esta Asociación Internacional, que va a ejercer un influjo muy considerable en la Conferencia Internacional de París.

Esta Asociación tuvo su origen también en Inglaterra, siendo su núcleo originario la National Vigilance Association, entidad creada en principio para la protección de las jóvenes inglesas, y se desarrolló gracias a la infatigable labor de su secretario William Alexander COOTE.

En 1898, inició éste una gira por Europa con el fin de llamar la atención de los Gobiernos y de los pueblos sobre el problema de la prostitución, y en concreto, sobre el proble

ma a ella coaligado de la trata de blancas. Su viaje constituyó un éxito y dió origen a la constitución de Comités Nacioles para la represión de la trata de blancas en diversos países.⁽²⁷⁾

Del 21 al 23 de Junio de 1899 tuvo lugar en Londres el primer Congreso Internacional de esta Asociación. Este Congreso fué, simultáneamente fundacional de la misma y su primer congreso de trabajo. Por consiguiente, en las conclusiones del mismo, encontramos reflejado este doble aspecto.

Por lo que a nosotros respecta, de este Congreso vamos a destacar precisamente el aspecto, que no fué de organización de la Asociación, sino aquellos puntos que son resultado de sus discusiones sobre el tema de la trata de blancas, ya que constituyen uno de los antecedentes más valiosos de la Conferencia Internacional de París. Son los siguientes:⁽²⁸⁾

(27).- Para un mejor conocimiento de la obra, génesis y desarrollo de la Asociación Internacional para la represión de la Trata de Blancas, véase el Rapport presentado por el Bureau International al Congreso de dicha Asociación tenido en París del 22 al 25 de Octubre de 1906. Un extracto del mismo puede verse en JUDERIAS, recueil, 54-67. También puede consultarse para tener conocimiento del desarrollo posterior al Congreso de París de 1906, el Rapport presentado por el Bureau International al IV Congreso tenido en Madrid del 24 al 28 de Octubre de 1918 pags. 1 a 7.

(28).- Pueden verse las resoluciones completas de este Congreso en JUDERIAS, recueil, 72-4.

"Le Congrès décide:

I. Emettre le vœu qu'un accord s'établisse entre les Gouvernements:

1º.- Pour punir de peines, autant que possible du même degré, le fait de racoler des femmes ou des filles par violence, fraude, abus d'autorité ou par tout autre moyen de contrainte, pour les livrer à la débauche et celui de les y maintenir contre leur gré par les mêmes moyens;

2º.- Pour que la recherche simultanée du délit, lorsque les circonstances que le caractérisent se produisent dans des pays différents, ait lieu par un accord concerté dans chacun de ces pays.

3º.- Pour que la détermination du lieu où doit avoir lieu le jugement coupe court à toute éventualité de conflit;

4º.- Pour que des Traités internationaux interviennent afin de permettre l'extradition des inculpés!"

Con el fin de que todo no quedase en una mera declaración de intenciones, el Congreso encargó a la Comisión Internacional, que había sido creada en el transcurso del mismo, que buscara entre los países que se habían adherido a éste, aquel al que habría de dirigirse para solicitar de él, que tomase la iniciativa y convocase una Conferencia Internacional. (29)

La designación recayó sobre Francia, y fruto de sus gestiones

(29).- En ese sentido, puede verse la carta dirigida por el Ministro de Asuntos Exteriores M. DELCASSE a los Embajadores de la República Francesa en Alemania, Austria-Hungría, Bélgica, Dinamarca, Estados Unidos, Gran Bretaña, Italia, Holanda, Portugal, Rusia, Suecia, Noruega y Suiza, el 7 de Marzo de 1902 en la que les rogaba transmitieran la invitación del Gobierno Francés a los respectivos Ministros de Asuntos Exteriores de dichos países, a los efectos de celebrar una Conferencia Internacional sobre el tema de la Re- presión de la Teata de Blancas PARIS (1902) II-14; también lo recoge JUDERIAS, récueil, 1-3; RENAULT, trata, 498-9. En sentido similar los comentarios de FIAUX en intersexuelle XXIs.

fué la celebración de la Conferencia Internacional de París.

2.13 EL Vº CONGRESO PENITENCIARIO INTERNACIONAL.

Antes de entrar propiamente en lo que es materia de este Congreso, permítasenos hacer una consideración de orden sistemático. La ubicación cronológicamente correcta para la exposición del mismo, debería situarlo entre el desarrollo del epígrafe correspondiente a la Federación Abolicionista Internacional, y el correspondiente a la Asociación para la Represión de la Trata de Blancas.⁽³⁰⁾ Pese a éello, hemos estimado preferible, colocarlo en el lugar que ocupa, ya que así se mantiene la unidad sistemática mejor: en primer lugar, exponer lo que son movimientos internacionales de índole redentorista o reivindicativo, y en segundo lugar, exponer lo que podríamos denominar movimientos procedentes de la doctrina científica.

Este Congreso tuvo lugar en París del 1 al 9 de Julio de 1895, celebrándose la sesión inaugural el 30 de Junio.⁽³¹⁾

(30).- En efecto, la Federación Abolicionista Internacional nace, como hemos visto en 1875, y ya en 1889 estudian en el Congreso de La Haya el tema de la prostitución de menores y de la trata de blancas. El Vº Congreso Penitenxiario se celebra como veremos en 1895, mientras que el primer Congreso de la Asociación Internacional, que es como hemos visto fundacional, no tiene lugar hasta 1899.

(31).- De este Congreso, el Ministerio del Interior de la República francesa publicó en seis volúmenes la totalidad de

Sus trabajos se desarrollaron agrupados en cuatro Secciones, cada una de las cuales tenía su propio programa.⁽³²⁾ El de la Sección primera dedicado a Legislación penal, recogía un total de 8 cuestiones, el de la Sección segunda -Cuestiones penitenciarias- 9 cuestiones, la Sección tercera -medios preventivos- 5 cuestiones, y la Sección cuarta, referida a cuestiones relativas a la infancia y a los menores, un total de 8 cuestiones.

Del conjunto de cuestiones que se estudiaron por las cuatro secciones, sólo vamos a reseñar dos de ellas, que son las únicas que atañen al tema que examinamos: la 7ª de la Primera Sección y la 8ª de la Cuarta. El tenor de las mismas es el que sigue:

(31).- cont.) sus trabajos, siendo la fecha de publicación de los cuatro tomos correspondientes a los distintos informes presentados ante las cuatro secciones la de 1896, y la de los otros dos tomos correspondientes a las Actas de las Sesiones de las distintas Secciones, y a la información general sobre la mesa del Congreso, la de las Secciones, el Programa etc. la de 1897. En el año 1979 se procedió a una reimpresión de estos seis tomos agrupando el correspondiente a información general y el correspondiente a los informes presentados a la primera Sección en un solo tomo, el segundo, si bien conservando paginación independiente, con lo que el total de la obra aparece en cinco volúmenes. Las citas las haremos de esta reimpresión del siguiente modo: PARIS(1895), nº de volumen, número de página.

(32).- Los programas de las cuatro secciones pueden verse en PARIS(1895), II-1º, XIV a XIX.

-Primera Sección, Legislación penal, 7ª Cuestión:

"Quels seraient les moyens répressifs à adopter contre ceux qui, à l'aide de manœuvres fallacieuses, déterminent des jeunes filles à s'expatrier dans le but de les livrer à la prostitution?"

-Cuarta Sección, Cuestiones relativas a la infancia y a los menores, 8ª Cuestión:

"Quels seraient les moyens de prévenir et de réprimer la prostitution des mineures (selon la loi pénale)? Ne serait-il pas désirable qu'une entente intervint entre les différents Etats dans le but de réprimer la prostitution des jeunes filles placées à l'étranger, et trop souvent livrées au vice par les manœuvres de certaines personnes ou de certaines agences?"

Como podemos comprobar, de la simple lectura de estas cuestiones, los temas objeto de discusión, fueron esencialmente el referente a la prostitución de menores en general y el tema de la trata de blancas, si bien reducido a los supuestos en que sean menores las víctimas de la misma.

Las posturas que se adoptaron ante estos problemas fueron variadas y en ocasiones contradictorias, así mientras unos sostenían que la trata de blancas era una realidad española contra la que había que luchar,⁽³³⁾ otros mantenían que la trata aunque existente, había descendido y estaba en período de regresión.⁽³⁴⁾ Esto no impide que encontremos un acuerdo bas-

(33).- CUYOT, PARIS(1895), II-2, 494.

(34).- LORATELLI, PARIS(1895), V, 714.

tante generalizado en temas tales como la influencia que sobre la trata ejerce el hecho de que existan casas de tolerancia,⁽³⁵⁾ la indefensión e incapacidad de lucha de los Estados contra el fenómeno por falta de legislación adecuada,⁽³⁶⁾ la necesidad de establecer un acuerdo internacional que facilite la lucha contra la misma.⁽³⁷⁾

(35).- En ese sentido vid entre otros GUYOT, PARIS (1895), II-2, 541; MINOD y MEURON: "Nous croyons que l'on peut affirmer que, sans ces maisons, la traite n'existera pas" PARIS (1895), II-2, 584; ROBIQUET señala que la necesidad constante de reaprovisionamiento de estas casas es fuente inmediata de trata PARIS (1895), II-2, 594-5; STOOS: "Supprimez les maisons et vous couperez net les débouchés de la traite" PARIS (1895), V, 765; etc.

(36).- Así: IELLATCHITCH manifiesta que aunque en muchos países existen normas penales que sancionan en mayor o menor medida conductas relativas a la prostitución, en particular conductas de mediación o tercería, por regla general estas normas no son aplicables a la trata: "Toutes ces considérations donnent lieu à la conclusion générale, que la forme d'entraînement vers la prostitution, accompagnée de manœuvres fallacieuses, pour déterminer les jeunes filles à s'expatrier en vue de les livrer à la dépravation, n'est prévue par aucun des Codes pénaux de l'Europe" PARIS (1895), II-2, 540; PAULIAN, PARIS (1895), I, 753-5; etc. En contra, si bien con matizaciones, LECOUR que señala que en lo que se refiere a proxenetismo la ley penal está suficientemente armada y que en lo que se refiere a los reclutadores para las casas de tolerancia sería difícil redactar una ley que recogiera todas las restricciones que merece el tema PARIS (1895), II-2, 547.

(37).- En ese sentido vid. MINOD y MEURON, PARIS (1895), II-2, 590, STOOS, PARIS (1895), II-2, 599-01; PAULIAN, PARIS (1895), V, 761; PETTORELLI, ib. 763.

Estos puntos de acuerdo se van a plasmar en una serie de resoluciones, que serán votadas por el Vº Congreso que comentamos. De éllas, vamos a destacar por su interés para el tema que examinamos, las dos primeras.⁽³⁸⁾

.- "L'embauchage par violence ou par fraude pour la prostitution, l'emploi des memes moyens pour contraindre une personne meme majeure, à se livrer à la prostitution, doivent etre sévérement réprimés, avec aggravation de la peine en cas de récidive.

.- II y a lieu de provoquer une conférence des délégués des Gouvernements pour prendre des mesures internationales contre la traite de blanches!"

La relevancia de estas conclusiones, en particular de la primera, radica en el hecho de que por primera vez se plantea la punibilidad del reclutamiento para la prostitución de mayores de edad, si bien, reducido a los supuestos en que hayan mediado fraude o violencia. Este hecho tendrá su plasmación definitiva, a nivel internacional en la Conferencia Internacional de París.⁽³⁹⁾ De otra parte, encontramos también en élla la formulación del deseo de una Conferencia Internacional que enfrente el problema de la trata de blancas. Este de -

(38).- En conjunto, las resoluciones votadas en el Vº Congreso Penitenciario pueden verse en PARIS(1895), II-1, 255-71. Las correspondientes a las dos cuestiones a que hemos hecho referencia, y que se reunieren por la afinidad del tema planteado en una y otra, están en ib. 270-1.

(39).- Vid infra pag. 213s.

seo manifestado por la doctrina científica, se va a unir a los votos formulados por los distintos Movimientos Internacionales de signo reivindicativo o redentorista y va a crear el ambiente propicio para que la Conferencia Internacional de París de 1902 se lleve a cabo.

2.2 ORGANIZACION, CONTENIDO Y ALCANCE DE LA CONFERENCIA.

La Conferencia Internacional de París, que vamos a pasar a estudiar, tiene una especial relevancia para nosotros, pues la regulación penal moderna de las conductas relativas a la prostitución, tanto en España como en la mayor parte de los países más avanzados, va a pivotar sobre sus conclusiones⁽⁴⁰⁾.

En lo que se refiere a España, como tendremos ocasión de ver posteriormente con detalle,⁽⁴¹⁾ las conclusiones de la Conferencia van a dar lugar a la reforma del Código Penal.

(40).- El influjo de la Conferencia de París, en las distintas legislaciones se va a producir por una doble vía. Una primera vía, directa, de influjo directo de las conclusiones de la Conferencia en la legislación de los distintos países que les va a llevar a modificar su legislación interna para adecuarla a dichas conclusiones (este va a ser el caso de Francia y España), y una segunda vía indirecta, en la que el influjo se va a derivar no ya de las conclusiones de la citada Conferencia, sino de acuerdos o tratados internacionales pactados con posterioridad a la Conferencia Internacional de París, pero que tienen sus principios inspiradores en la misma.

(41).- Vid infra pag. 240-65

de fecha 21 de Julio de 1904.⁽⁴²⁾ Esta reforma va a marcar unas líneas directrices, que se van a mantener prácticamente inamovibles hasta la reforma del Código Penal de 1963 y que van a seguir constituyendo la base de la regulación posterior.⁽⁴³⁾

Expuestas las ideas precedentes, vamos a pasar a examinar ya en concreto el desarrollo de la Conferencia.⁽⁴⁴⁾

El 7 de Marzo de 1902, M. DELCASSÉ -Ministro de Asuntos Exteriores de la República Francesa - cursó, a través de los Embajadores de Francia en: Alemania, Austria-Hungría, Bélgica, Estados Unidos, Gran Bretaña, Italia, Países Bajos, Portugal, Rusia, Suecia, Noruega y Suiza, una invitación a sus

(42).- El propio legislador reconoce esto en la Exposición de Motivos del Proyecto de ley que presenta ante el Senado. En este sentido vid. senado, Apéndice 5º al nº 70 de 10 de Noviembre de 1903, 1/b.

(43).- Como tendremos ocasión de comprobar, en la reforma del Código Penal de 1963, en lo que se refiere a conductas relativas a la prostitución, tuvo mucha influencia el Convenio Internacional de Lake Succes de 1950. Siguiendo las directrices de este Convenio se ampliaron los tipos penales que sancionaban conductas relativas a la prostitución. Pese a ello algunas de las ideas nacidas bajo el impulso de esta Conferencia van a seguir vigentes. Es más, la redacción de algunos tipos va a permanecer invariable

(44).- De esta Conferencia se publicó un libro llamado comúnmente "Livre jaune" por los autores y cuyo título correcto es, Documents Diplomatiques. Conference Internationale pour la repression de la Traite des Blanches. Publicado por el Ministère des Affaires Etrangères, que tras laboriosas indagaciones hemos localizado en la Biblioteca Nacional de París y que citaremos PARIS (1902). seguido de la página correspondiente.

respectivos Gobiernos a una Conferencia Internacional a celebrar en París en el mes de Julio, en la que se estudiarían (45) problemas relativos a la trata de blancas y a la prostitución.

A la Conferencia, que se celebró del 15 al 25 de Julio, asistieron delegados de quince países. De los convocados no acudió Estados Unidos, sin embargo, sí lo hicieron Brasil, Dinamarca y España. Los delegados españoles fueron el Sr. Octavio CUARTERO, y el Marqués de NOVALLES.

Dos tipos de cuestiones se sometieron a la Conferencia, de orden penal y de orden administrativo. Las cuestiones de orden penal, pretendían fundamentalmente introducir en la legislación de los países cuyas leyes resultaren insuficientes al respecto, los delitos siguientes:

A.- Respecto a menores. (46)

1. Contratación o recluta de menores para la prostitución y admisión o retención en casas o lugares de corrupción.

(45).- El texto completo de la convocatoria puede verse en PARIS (1902) 11-41.

(46).- La traducción es nuestra. La versión original francesa tiene el tenor siguiente:

"1º.- Embauchage ou racolage de mineurs en vue de la prostitution, admission ou rétention dans les maisons ou lieux de débauche.

2º.- Aggravation de la peine si le délit a été commis à l'aide de violences, menaces, fraude, abus d'autorité ou tout autre moyen de contrainte"

2. Agravación de la pena, si el delito se comete por medio de violencia, amenaza, fraude, abuso de autoridad o cualquier otro medio coactivo.

B.- Respecto a mayores. (47)

Contratación o recluta para la prostitución, admisión o retención en casas de corrupción o de prostitución, cuando los hechos hayan sido realizados por medio de violencia, amenaza, fraude, abuso de autoridad o cualquier otro medio coactivo.

De otra parte, las cuestiones de tipo administrativo se orientaban en orden a establecer un Convenio Internacional que regulara los siguientes extremos: (48)

.- Competencia en lo que se refiere a la persecución de estos delitos.

.- Extradición de los autores y cómplices.

(47).- La traducción es nuestra. La versión original francesa es del siguiente tenor:

"Embauchage ou racolage en vue de la prostitution, admission ou rétention dans les maisons de débauche ou de prostitution lorsque ces faits auront été commis à l'aide de violences, menaces, fraude, abus d'autorité ou tout autre moyen de contrainte"

(48).- La traducción es nuestra. La versión original francesa no la transcribimos ya que este tema, solo nos interesa de un modo relativo, esto es, en tanto en cuanto va a tener repercusión en la legislación interna española, y a este punto haremos posterior referencia (vid infra pag.). Puede verse en PARIS (1902) 15.

.- Ejecución lo más rápida posible de las órdenes de detención y de las Comisiones Rogatorias.

.- Vigilancia de las salidas y llegadas de personas sospechosas de dedicarse a las prácticas incriminadas y de las víctimas de tales prácticas, y también las notificaciones que haya de transmitir a los Gobiernos del domicilio de estas últimas y el tema de su repatriación.

.- Instrucciones a impartir a los Agentes Diplomáticos o Consulares.

Estas cuestiones, tras haber sido estudiadas por la Conferencia, se concretaron en dos instrumentos distintos^(48 bis) un Proyecto de Convenio Internacional⁽⁴⁹⁾ y un Proyecto de Arreglo Internacional Administrativo.⁽⁵⁰⁾

No vamos a detenernos a examinar detalladamente estos proyectos,⁽⁵¹⁾ pero sí vamos a destacar sus contenido principa-

(48 bis).- Esto se hizo para facilitar la aplicación de las medidas administrativas, que al no estar sujetas a la sanción de cada parlamento, podrían aplicarse antes si aparecían en un instrumento separado. RENAULT, traite, 507.

(49).- Este Proyecto tendría su plasmación definitiva en el Convenio Internacional relativo a la Trata de Blancas de 4 de Mayo de 1910, que sería ratificado por España el 8 de Agosto de 1912, apareciendo publicado en la Gaceta de 18 de Septiembre del mismo año.

(50).- Este Proyecto se concretaría en el Arreglo Internacional Administrativo de 18 de Mayo de 1904 que España ratificaría el 18 de Enero de 1905, apareciendo publicado en la Gaceta de 3 de Marzo del mismo año.

(51).- El tenor literal completo de estos Proyectos puede ver-

les.

El objetivo principal de estos Proyectos, según se hace constar en la Exposición de Motivos del Protocolo final, es el de dar la mayor eficacia posible a la represión de la Trata de Blancas.⁽⁵²⁾ A estos efectos, y en el ámbito penal, convienen en los siguientes artículos:

"Art. 1º.- Deber ser castigado cualquiera que, para satisfacer las pasiones de otro, reclute, arrastre o corrompa^(52 bis), incluso con su consentimiento, a una mujer menor de edad con el fin de prostituirla, aunque los distintos actos que constituyen los elementos de la infracción hayan sido cometidos en distintos países!"

(51).- (cont) se transcrito en el Apéndice 4º de este trabajo.

(52).- "...Dans le but d'arriver à une entente sur la répression la plus efficace du trafic criminel connu sous le nom de traite des blanches." (Vid. Apéndice 4º pag.128")

(52 bis).- La traducción de este artículo es nuestra, y si bien en principio no plantea particulares problemas, la de estos tres verbos -reclute, arrastre o corrompa- no es sencilla ni resulta pacífica. El texto original francés emplea los verbos: embaucher, entraîner y détourner.

DREYFUS, en el rapport que presenta a la Asamblea, en nombre de la Comisión Legislativa de la Conferencia, al referirse a estos verbos señala:

"Embaucher, c'est engager ou attirer la femme ou fille vers la prostitution; l'entraîner, c'est l'emmener avec soi ou après soi; la détourner, c'est l'enlever illicitement à son milieu" PARIS(1902), 122.

SALILLAS, por su parte, lo traduce como: "engañe, arrastre o extravíe" discurso, 33.

De otra parte, la traducción que aparece en la Gaceta de Madrid del correspondiente artículo del Convenio Internacional de París de 1910 que tiene el mismo tenor es: "reclute, induzca o desencamine" (Gaceta de 18 de Septiembre 1912)

Por nuestra parte hemos preferido la traducción que figura en el texto por estimarla la más acorde con el espíritu de lo previsto en la Conferencia.

La versión original completa del artículo es la que sigue: "Doit être puni quiconque, pour satisfaire les pas-

"Art. 2º.- Debe asimismo ser castigado cualquiera que, para satisfacer las pasiones de otro, por medio de fraude, violencia, amenazas, abuso de autoridad, o cualquier otro medio coactivo, reclute, arrastre o corrompa a una mujer mayor de edad con el fin de prostituirla, aunque los diversos actos que constituyen este delito se hayan realizado en diferentes países!"(53)

De otra parte, en virtud del artículo 3º, los países cuya legislación no fuera suficiente para reprimir estos delitos, se comprometían a modificar su legislación para adecuarla a este convenio.(54)

Complementariamente, el artículo 5º declara estos delitos entre los que dan lugar a extradición, el artículo 6º regulaba la transmisión de Comisiones Rogatorias, el 7º la obligatoriedad de comunicación entre los signatarios de las sentencias condenatorias en este tema, en determinadas circuns

(52 bis).- cont.) sions d'autrui, a embauché, entraîné ou détourné, meme avec son consentement, una femme ou fille mineurs en vue de la débauche, alors meme que les divers actes qui sont les éléments constitutifs de l'infraction auraient été accomplis dans des pays différents!"

(53).- La traducción es nuestra. La versión original es como sigue:"Doit etre aussi puni quiconque, pour satisfaire les passions d'autrui, a, par fraude, ou à l'aide de violences, abus d'autorité, ou tout autre moyen de contrainte, embauché, entraîné ou détourné une femme ou fille majeure en vue de la débauche, alors meme que les divers actes qui sont les éléments constitutifs de l'infraction auraient été accomplis dans des pays différents!"

(54).- El tenor del artículo puede verse en el Apéndice 4º pag.129. En aplicación de este artículo Francia modifica su legislación el 4 de Abril de 1903 y España hace lo propio -según queda dicho con anterioridad- el 21 de Julio de 1904.

tancias, y el artículo 8º la posibilidad de adhesión al Convenio de Estados no signatarios.⁽⁵⁵⁾

De sumo interés, dado su carácter interpretativo,⁽⁵⁶⁾ es el Anexo que se añade al Proyecto de Convenio. En él, se destaca el carácter de mínimo que tienen esos pactos, esto es, que las Partes contratantes se comprometen como mínimo a castigar esas conductas, quedando por consiguiente en libertad de castigar ese tipo de conductas con mayor amplitud; también se señala, que la determinación de la mayoría de edad corresponde a la ley civil de cada país; por último se especifica que la sanción a imponer a esas conductas será en cualquier caso una pena privativa de libertad.⁽⁵⁷⁾

El Proyecto de Arreglo Administrativo, por su parte, estaba concebido para asegurar, tanto a las mujeres mayores

(55).- El tenor literal de estos artículos puede verse en el Apéndice 4º pag. 130"

(56).- Así se deduce del propio texto que dice: "Au moment de procéder à la signature de la Convention de ce jour, les Plénipotentiaires soussignés jugent utile d'indiquer l'esprit dans le quel il faut entendre les articles 1, 2 et 3 de cette Convention, et suivant lequel il est désirable que, dans l'exercice de leur souveraineté législative, les États contractans pourvoient à l'exécution des stipulations arrêtées ou à leur complément!"

(57).- El texto de los apartados A, B y C del Anexo, aquí citados, así como el del apartado D, al que haremos posterior referencia, pueden verse en el Apéndice 4º pa. 130"s.

de edad, engañadas o coaccionadas, como a las menores, una protección eficaz contra la trata de blancas.⁽⁵⁸⁾

A estos efectos, preveía la creación o designación en todos los países, de una autoridad encargada de centralizar todas las informaciones sobre la trata; el ejercicio de vigilancia en estaciones, puertos de embarque o escala, etc.; control de mujeres y jóvenes extranjeras dedicadas a la prostitución, depósito de las mismas en instituciones adecuadas y, en su caso, repatriación de las mismas; control y vigilancia sobre las agencias de colocación de mujeres en el extranjero, etc.⁽⁵⁹⁾

Como podemos comprobar, si bien la Conferencia de París fué convocada en principio para luchar contra la trata de blancas, el alcance de sus conclusiones superó ampliamente sus iniciales objetivos.

En efecto, en el ámbito penal, supuso una unificación de criterios a nivel internacional en lo que se refiere a los delitos relativos a la prostitución,⁽⁶⁰⁾ unificación que se produjo a niveles de mínimos punibles como no podía ser de

(58).- En ese sentido se manifiesta la Exposición de Motivos del Proyecto de Arreglo. Vid Apéndice 4º pag. 131"

(59).- En este sentido pueden verse los artículos 1º, 2º, 3º y 6º en el Apéndice 4º pag. 131"s.

(60).- Esta unificación, que permite una lucha internacional conjunta contra el problema de la trata, había venido sien

otra manera, y que ha servido de base a todos los acuerdos internacionales posteriores.⁽⁶¹⁾

Estos criterios mínimos unificados que derivan de la Conferencia son los siguientes:

- .- La prostitución, en si misma considerada es un mal pero no un delito. Lo delictivo son las conductas de tercería que en torno a la prostitución ajena se realizan.
- .- Cualquier conducta de tercería encaminada a la prostitución o corrupción de una mujer menor de edad es siempre delictiva.
- .- Las conductas de tercería encaminadas a la prostitución o corrupción de una mujer mayor de edad, sólo serán punibles si se realizan con medios violentos o fraudulentos.

(60).- cont.) do deseada y solicitada -como hemos visto anteriormente (vid pags 198, 202) por los distintos movimientos internacionales a los que hemos hecho referencia, y por el vº Congreso Penitenciario Internacional.

(61).- Todos los acuerdos internacionales posteriores en materia de conductas relativas a la prostitución, desde el Arreglo Internacional Administrativo de 18 de Mayo de 1904 y el Convenio Internacional de Paris de 1910 que hunden sus raíces en la Conferencia Internacional que comentamos hasta el más moderno de Lake Success de 21 de Marzo de 1950 parten de los principios establecidos en esta Conferencia. A este respecto, basta comparar los textos de los Proyectos que se pactan en esta Conferencia, con los del Arreglo Internacional de 1904 y del Convenio Internacional de 1910.

La diferencia de trato entre las tercerías con respecto a mayores de edad, y las realizadas sobre menores, hemos de buscarlo en la distinta capacidad de unas y otras. En este sentido se manifestaba DREYFUS al señalar:

"S'agit-il d'une mineure, le délit existe meme avec son consentement; s'agit-il d'une majeure, le délit n'existe que si la majeure a été violentée, menacée ou trompée. La mineure n'a pas l'exercice complet de son libre arbitre: elle est res sacra; la loi doit la défendre meme contre sa faiblesse. La majeure peut résister, au moins dans une certaine mesure: c'est seulement si son consentement a été surpris, arraché ou vicié que la loi, moins rigoureuse que la morale, intervint pour réprimer l'embauchage" (62)

Esta diferencia de trato que se consagra en la Conferencia de París, va a permanecer prácticamente inmutada en el campo internacional hasta el ya citado Convenio de Lake Success de 1950, (63) y en lo que se refiere a la legislación interna española, hasta la reforma del Código Penal de 1963 en el

(62).- DREYFUS, rapport de la Comisión legislativa, PARIS (1902) 123. En el mismo sentido RENAULT, traite, 510.

(63).- Decimos que permanece casi inmutada, porque el Convenio Internacional de Ginebra de 11 de Octubre de 1933 relativo a la represión de la trata de mujeres mayores, castiga estas labores de tercería en cualquier caso, aunque se realicen sobre mayores, siempre que vayan encaminadas a conseguir que se dediquen a la prostitución en otro país. Con ello quedan equiparados -en cuanto a sancionabilidad de la conducta- los supuestos de trata de mayores y menores de edad, pero permanece la diferenciación cuando la trata se realiza dentro del mismo país, (trata interior), o cuando se trata de simples actos de tercería sin ulteriores fines de trata.

que pese a mantenerse formalmente la distinción entre tercerías realizadas con respecto a mayores, y respecto a menores, no encontramos ya esa diversidad de trato.⁽⁶⁴⁾

En lo que respecta al ámbito administrativo de esta Conferencia, su repercusión, en particular en lo que se refiere a medidas de lucha contra la trata de tipo no penal, es notable, ya que es origen entre otras cosas, del nacimiento de una serie de comités nacionales que van a tomar sobre sí la responsabilidad de mantener el espíritu de lucha contra la misma, actuando como acicates de sus respectivos Gobiernos.⁽⁶⁵⁾

3. LA PROSTITUCION EN ESPAÑA ANTES DE LA CONFERENCIA DE PARIS.

Como hemos señalado anteriormente,⁽⁶⁶⁾ el Código Penal de 1848-50, castigaba, en su artículo 485-8º, con la pena de cinco a quince días y la multa de cinco a quince duros,

(64).- Pueden verse a estos efectos los artículos 452 bis a y 452 bis b) del Código Penal vigente.

(65).- En concreto en España dió lugar, entre otras muchas cosas que reseñaremos en los epígrafes siguientes, al nacimiento del Real Patronato para la Represión de la Trata de Blancas, antecedente del actual Patronato de Protección de la Mujer, que mantuvo una posición muy beligerante en estos temas, y que fué origen -como también veremos- de numerosas disposiciones e intervenciones, tanto del Gobierno como de los Tribunales de Justicia.

(66).- Vid supra pag. 181

como responsables de una falta a:

"Los que infringieren los reglamentos de policía en lo concerniente a mujeres públicas!"

Y lo mismo se establecía en el CP de 1870. De este precepto, parece deducirse la existencia, en el momento de promulgación del Código de una reglamentación sobre el particular aplicable con carácter general, pero como ya hemos indicado en su lugar oportuno al comentar esta falta, esto no es así.⁽⁶⁷⁾

La inexistencia de un reglamento con carácter general, no fué obstáculo, para que en distintas provincias se dictasen normas regulando la prostitución, como tendremos ocasión de ver en el capítulo dedicado a la reglamentación.⁽⁶⁸⁾

Estas reglamentaciones, sin embargo, no obedecían a ninguna norma legal, y en ese sentido se manifiesta la RO. de Ministerio de Gobernación de 4 de Enero de 1889⁽⁶⁹⁾ cuando señala en su preámbulo:

"Según noticias llegadas a este ministerio, son varios los Gobiernos de provincia en que más bien por una

(67).- En el mismo sentido, se manifiesta MARTINEZ ALCUBILLA, diccionario, voz mancebías, 95. Esta afirmación la encontramos también en la Exposición de Motivos de la RO. de 1 de Marzo de 1908 cuando señala: "A falta de una reglamentación general que han rehuido siempre en España todos los Gobiernos..."

(68).- Vid infra Cap. V pags. 459-68

(69).- Publicada en la Gaceta del 5 de Enero del mismo año.

costumbre hasta ahora no autorizada, que por observancia de disposición alguna legal, se hallan organizados con más o menos formalidades, pero sin unidad alguna, servicios higiénicos..."(70).

La situación era, por consiguiente, de lo que podríamos llamar una tolerancia reglamentada, ya que a pesar de que las leyes no recogían ninguna previsión al respecto, los distintos Gobernadores Civiles procuraban solventar sus problemas a base de reglamentaciones provinciales.

Esta situación se acaba con la RO. a la que acabamos de hacer referencia, pues, por élla se suprimen en los Gobiernos de provincias en que exista, los servicios higiénicos sobre las casas de prostitución, ordenando que todos los antecedentes, libros, registros, etc., pasen a los Ayuntamientos, para que sean éstos, asociados a las Juntas Municipales de Sanidad, los que se hagan cargo del servicio.

Este estado de cosas se mantiene, aunque con escaso éxito, según se deduce del preámbulo de la RO. de 6 de Diciembre de 1892,⁽⁷¹⁾ hasta que esta última disposición devuelve la

(70).- Se deduce del resto de la RO. que se refiere a unos servicios higiénicos organizados para las casas de prostitución. A este respecto, es conveniente señalar, para evitar confusiones, que a los primeros reglamentos sobre prostitución se les suele denominar Servicios de Higiene de la prostitución.

(71).- Publicada en la Gaceta de 8 de Diciembre del mismo año, señala en su preámbulo: "Las repetidas quejas llegadas a este Ministerio, así oficiales como de origen particular

competencia en esta materia a los Gobiernos Civiles.

De lo expuesto en párrafos anteriores, podemos fácilmente deducir que la situación de la prostitución en España durante este período es claramente reglamentarista, pues, aunque no se dicte un reglamento con carácter general, sí se autoriza, e incluso se impulsa, la promulgación de reglamentos municipales o provinciales.

De otra parte, en el campo puramente penal, como ya hemos tenido ocasión de ver,⁽⁷²⁾ sólo son punibles los supuestos de tercería sobre menores de edad, cuando concurre alguna de las tres modalidades descritas en el Código, esto es, habitualidad, abuso da autoridad o abuso de confianza.

En esta situación es cuando tiene lugar en París la Conferencia Internacional que hemos comentado.

4. REPERCUSIONES DE LA CONFERENCIA.

Dado que la Conferencia de París enfrentó el tema

(71).- cont.) desde que por RO. de 4 de Enero de 1889 se encargó a los Ayuntamientos de la Higiene de las casas de lenocinio, el relativo abandono en que dicho servicio se encuentra, unas veces por defectos de vigilancia y otras por insuficiencia de las atribuciones que la ley Municipal concede a los alcaldes, resultando por éllo ineficaces los buenos propósitos de dichas Corporaciones, y, por último, el xracimiento que por tales deficiencias han tenido cierto tipo de enfermedades contagiosas..."

(72).- Vid supra Cap. II pags. 138ss

de la trata de blancas en el doble aspecto, penal y administrativo, las posibles repercusiones de la misma en España, hemos de buscarlas también en ese doble campo.

4.1 DE ORDEN ADMINISTRATIVO.

Las repercusiones en el campo administrativo, orientadas fundamentalmente a un mejor cumplimiento de lo acordado en la Conferencia, fueron muchas y se manifestaron en varios aspectos.

La primera de ellas, y una de las de mayor trascendencia, fué la creación, por RR.DD. de 11 de Julio de 1902,⁽⁷³⁾ del Real Patronato para la Represión de la Trata de Blancas.

Dado la fecha de estos Reales Decretos, podría pensarse que no son consecuencia de la Conferencia de París,⁽⁷⁴⁾ sino que obedecen a otras motivaciones. Nada más lejos de la realidad, pues, como se señala en la Exposición de Motivos del más importante de ellos:

"Próxima la fecha en que ha de celebrarse una Conferencia en París, que tiene por objeto acordar las Bases

(73).- Publicada en la Gaceta de 13 de Julio del mismo año.

(74).- Recordemos que dicha Conferencia tuvo lugar del 15 al 25 de Julio de ese mismo año, por lo que los RR.DD. que comentamos son anteriores al inicio de la misma.

de una legislación internacional que prevenga y reprima la trata de blancas, el Gobierno de V.M., dando a este asunto la importancia que merece, estima que a su representación en aquel Congreso debe preceder la constitución en España de un Patronato encargado de secundar la acción del Estado y de estimular el interés social en favor de esta obra redentora y cristiana!"

Estos dos RR.DD. son simplemente constitutivos del Real Patronato y no tienen mayor interés. Sólo vamos a señalar que en virtud del segundo de ellos, fué nombrado Secretario del mismo, en unión con D. Manuel de URIARTE y BADIA, Don Octavio CUARTERO CIFUENTES que, fué uno de los representantes españoles ante la citada Conferencia. (75)

Estos RR.DD. de Constitución fueron completados con toda una serie de disposiciones de las que vamos a dar una cincuenta referencia, deteniéndonos únicamente en aquellas que puedan presentar un interés particular, ya en orden a la regulación de este tema, ya por ser un claro espejo de la realidad social de la época. Con este objeto, y para una mayor simplicidad, vamos a seguir un criterio puramente cronológico en la exposición de las mismas.

Con fecha 23 de Agosto de 1902, la Fiscalía del Tribunal Supremo, dirigió una Circular a todos los fiscales de las Audiencias, dando traslado de una R.O. Comunicada del Ministerio de Gracia y Justicia de 19 del mismo mes.

(75).- El otro representante debía ser el diputado José Ignacio SABATER, pero ante su imposibilidad de asistencia fué sustituido por el Marqués de NOVALLAS primer Secretario de la Embajada española en Paris. PARIS (1902) 50.

En élla se previene a los Fiscales para:

"que ejerciten la acción penal oportuna en cuanto lleguen a su noticia hechos que tengan relación con la Trata de Blancas y se muestren parte con la mayor energía en cuantas causas de esta índole hayan instruido de oficio los Juzgados y Tribunales!"(76)

Así mismo se ordena que se ponga en conocimiento del Patronato el fallo que racaiga en cada caso.

El 5 de Septiembre de 1902, el Ministerio de Agricultura, Industria, Comercio y Obras Públicas, dirigió una Orden Circular a los Ingenieros Jefes de las Divisiones de Ferrocarriles, encargándoles que presten todo el auxilio posible al Patronato.(77)

La R.O. Comunicada del Ministerio de Gobernación de 9 de Septiembre de 1902(78) dirigida a los Gobernadores Civiles, preve que en cumplimiento de uno de los acuerdos de la Conferencia de París,(79) se facilitase el acceso a los andenes

(76).- PATRONATO, disposiciones, nº 2 (Apéndice 5)

(77).- PATRONATO, disposiciones, nº 3 (Apéndice 5). Aunque la finalidad última de esa Circular no quede clara, podemos deducir que ese auxilio iba encaminado a la vigilancia, asistencia y control de los viajeros para tratar de evitar la trata de blancas por ferrocarril.

(78).- PATRONATO, disposiciones, nº 4. (Apéndice 5).

(79).- El acuerdo en cuestión es el recogido en el artículo 2º del Proyecto de Arreglo Administrativo Internacional, que contiene el compromiso de las Partes a ejercer una vigilancia sobre los medios de transporte, en particular en estaciones, puertos de embarque, etc. Puede verse el texto completo del artículo en el Apéndice 4 pag.130".

a las damas del Comité español de Señoras de Acción Católica Internacional, para que puedan ejercer su labor de protección de las jóvenes.

Otra R.O. Comunicada de misma fecha, origen y destino, insta a los Gobernadores Civiles a que colaboren estrechamente con el Patronato, facilitándoles todos aquellos datos que consideren de interés.⁽⁸⁰⁾

Mayor interés ofrece para nosotros una tercera R.O. Comunicada de idéntica fecha, origen y destino en la que se dan una serie de disposiciones respecto de las casas de prostitución⁽⁸¹⁾ ya que aporta indirectamente, un conjunto de datos de gran importancia respecto a la realidad de la situación en esas casas. En élla se ordena:

.- La supresión de puertas o cancelas que puedan impedir la salida de las mujeres que se hospedan en las casas de mal vivir.

.- Fijar en dichas casas carteles expresando la completa libertad en que las expresadas mujeres se encuentran de poder abandonar la casa a pesar de los pretendidos derechos de las amas de éllas.

(80).- PATRONATO, disposiciones, nº 5 (Apéndice 5)

(81).- PATRONATO, disposiciones, nº 6 (Apéndice 5)

De estas previsiones podemos deducir dos cosas interesantes: la primera, que la existencia de casas de prostitución era un medio, y la segunda, que los supuestos de retención de mujeres públicas en esas casas, fundamentalmente bajo el pretexto de deudas contraídas con el ama, es asimismo una realidad⁽⁸²⁾ con entidad suficiente como para que el legislador se decida a intervenir.

Esta norma, viene además a plasmar en el campo legislativo español, si bien parcialmente,⁽⁸³⁾ el deseo expresado por la Conferencia de Paris de que se castigasen los supuestos de retención en casas de prostitución, y que no pudo ser recogido en el Proyecto de Convención, por entender las Partes Contratantes que se trataba de un problema de legislación interior.⁽⁸⁴⁾

El 30 de Septiembre de 1902, el Ministerio de Estado dirigió a los Embajadores, Ministros Plenipotenciarios, y Cónsules de España en el extranjero, una R.O. Circular en la que les encargaba diesen cuenta al Real Patronato, de todos aquellos hechos relativos a la Trata de Blancas de los que

(82).- En el mismo sentido JUDERIAS, MADRID (1910), 195ss.

(83).- La plasmación definitiva se producirá con la ley de 21 de Julio de 1904, que reformará el artículo 456 del Código Penal añadiéndole un párrafo en el que se tipificarán estos supuestos de retención en casas de prostitución.

(84).- Vid Anexo al Proyecto de Protocolo de clausura Letra D en el Apéndice 4 pag. 130".

tengan noticia, instándoles así mismo, a colaborar con él.⁽⁸⁵⁾

Por su parte, el Ministerio de la Gobernación dictó el 7 de Octubre de 1902 una R.O. Circular dando normas sobre el control de la emigración con el fin de evitar en lo posible la Trata de Blancas que se producía por esa vía.⁽⁸⁶⁾ Para aclarar y fijar su recto sentido dictó otra complementaria con fecha 8 de Abril de 1903.⁽⁸⁷⁾

Si con fecha 9 de Septiembre de 1902, el Ministerio de Gobernación remitió una R.O. a los Gobernadores Civiles indicando que se facilitase el acceso a los andenes a las damas de Acción Católica, con fecha 30 de Octubre de 1902 el Ministerio de Agricultura, Industria, Comercio y Obras Públicas, dirigió una R.O. al Director General de Obras Públicas con el fin de que se cursasen las órdenes pertinentes a los empleados de las Compañías de ferrocarriles con el mismo fin.⁽⁸⁸⁾

La R.O. Comunicada del Ministerio de Gracia y Justi-

(85).- PATRONATO, disposiciones, nº 7 (Apéndice 5).

(86).- Publicada en la Gaceta de 8 de Octubre del mismo año.

(87).- Publicada en la Gaceta de 11 de Abril del mismo año.

(88).- PATRONATO, disposiciones, nº 9 (Apéndice 5)

cia de 1 de Diciembre de 1902, creó la Comisión Ejecutiva de la Junta Directiva del Real Patronato con el fin de que ésta:

"estudie, prepare y disponga la acertada ejecución de los acuerdos de la Junta Directiva!"(89)

Cobra gran importancia por lo reveladora que es de la situación real del momento la R.D. Circular del Ministerio de Gobernación de 31 de Enero de 1903 dirigida a los Gobernadores Civiles.

En élla se recoge una denuncia del Real Patronato que dice lo siguiente:

"vistos los recientes bandos de los Gobernadores, no-
nota y comunica a ese Ministerio que varían entre los
quince y los veintitrés años las edades que se seña-
lan como límite para hacer tolerable la presencia de
jóvenes desgraciadas en casas de mal vivir..."(90)

De aquí podemos extraer una serie de datos de gran interés:

.- Pese a las previsiones de los CC.PP. de 1848 y 1870 respecto al delito de corrupción de menores, la existencia de menores de 23 años, incluso con edades muy inferiores a ésta, en las casas de prostitución, es cuando menos notable.

(89).- PATRONATO, disposiciones, nº 10 (Apéndice 5)

(90).- Publicada en la Gaceta de 3 de Febrero del mismo año.

.- Que la aplicación de los preceptos legales al respecto deja bastante que desear, pues, como apunta la misma Circular:

"Lo que no se concierta con la efectiva observancia de las leyes, dicho sea en desagravio honroso para ellas, es presenciar pasivamente y consentir la corrupción habitual, o la presencia en casas de mala vida, de jóvenes menores de edad!"

.- Que las mismas autoridades civiles, relajaban por vía administrativa, los preceptos del Código Penal, pues, no hemos de olvidar que lo que motiva la denuncia del Real Patronato es la existencia de los bandos de los Gobernadores a los que hemos hecho referencia.

Esto, es consecuencia lógica del divorcio existente entre las pretensiones del legislador y la mentalidad, que sobre estos temas, existe a nivel popular. Habrá que esperar el transcurso del tiempo para que ambas posturas vayan acercándose y en consecuencia, la efectividad de las previsiones legales alcance unos límites de normalidad.

En esta línea, la pretensión de esta R.O. Circular es poner coto a esta situación, indicando a los Gobernadores Civiles la necesidad de adoptar las providencias gubernativas que sean menester para impedir la continuación de tal abuso.

Con el fin de completar la regulación legal del Real Patronato, el 10 de Febrero de 1903 se dictaron dos

RR.00.⁽⁹¹⁾ Por la primera de ellas se otorga al Real Patronato personalidad jurídica suficiente para:

"ejercer, dentro de los medios y con los recursos legales necesarios, las funciones de vigilancia, reintegración y tutela, a fin de reprimir en sus diferentes manifestaciones la trata de mujeres..."⁽⁹²⁾

Señala asimismo entre sus facultades, la de establecer delegaciones en las capitales de Provincia y en otras localidades.⁽⁹³⁾ La otra R.O. es únicamente expresiva de satisfacción y apoyo ante la labor desarrollada por el Real Patronato.

Por su parte, la Dirección General de Contribuciones, con fecha 12 de Febrero de 1903 remitió una Circular a los Delegados de Hacienda dando normas para evitar en lo posible la expedición de cédulas de identidad falsas, ya que se habían detectado algunos casos de trata de blancas en los que las menores iban provistas de dichas cédulas falsas.⁽⁹⁴⁾

(91).- Publicadas ambas en la Gaceta de 22 de Febrero de ese año.

(92).- Vid el artículo 1º de esa R.O.

(93).- Vid el art. 2º de esa R.O.

(94).- PATRONATO, disposiciones, 14 (Apéndice 5). La utilización de cédulas de identidad falsas, junto con la utilización de otros documentos, asimismo falsos -en especial partidas de nacimiento o Fés de Bautismo- va a ser uno de los medios más utilizados por parte de las menores de edad, y de las dueñas de casas de tolerancia para tratar de evitar la prohibición de ejercicio de la prostitución

Del 23 de Febrero al 31 de Mayo de 1903, se dictaron seis disposiciones de las que vamos a dar una sucinta referencia ya que su interés es sólo relativo.

.- R.O del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes de 23 de Febrero de 1903 disponiendo que las autoridades académicas presten su concurso al Real Patronato.⁽⁹⁵⁾

.- R.O Circular del Ministerio de Gobernación de 26 de Febrero de 1903. Reitera a los Gobernadores Civiles la necesidad de colaborar con el Real Patronato.⁽⁹⁶⁾

.- R.O Circular del Ministerio de Estado de 26 de Febrero de 1903 dando a los Representantes diplomáticos de España en el extranjero conocimiento de las medidas dictadas por el Gobierno, particularmente en materia de emigración, para impedir la trata de blancas.⁽⁹⁷⁾

(94).- cont.) a menores de edad. Así por ejemplo, la STS de 21 de Noviembre de 1939, recoge un supuesto en que una menor utilizaba una patente sanitaria en la que habia hecho constar una edad muy superior a la real (JurCri 162(1939) . El mismo supuesto en la STS de 1 de Diciembre de 1939 Aranz 172(1939), de 24 de Mayo de 1940 Aranz 237(1940), etc

(95).- Publicada en la Gaceta de 28 de Febrero del mismo año.

(96).- Publicada en la Gaceta de 26 de Febrero del mismo año.

(97).- PATRONATO, disposiciones, nº 17 (Apéndice 5)

.- Varias fechas de Febrero y Marzo de 1903. carta del Ministro de Gracia y Justicia a los Reverendos Prelados para que presten su concurso a las Delegaciones del Real Patronato.⁽⁹⁸⁾

.- R.O. del Ministerio de Marina de 17 de Marzo de 1903 poniendo en conocimiento de la Excm.a Sra. Vicepresidenta del Real Patronato que se han dictado por ese Ministerio las órdenes oportunas a los Capitanes Generales de los Departamentos marítimos para que éstos encarguen a Comandantes, Navieros y armadores que vigilen y den conocimiento de los hechos relacionados con la trata.⁽⁹⁹⁾

.- R.O. del Ministerio de Gobernación de 8 de Abril de 1903 ya citada, aclarando y fijando el sentido de la de 7 de Octubre de 1902.⁽¹⁰⁰⁾

Vamos ahora a detenernos un poco en la importante Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, dirigida a los Fiscales de las Audiencias el 18 de Julio de 1903,⁽¹⁰¹⁾ siendo

(98).- PATRONATO, disposiciones, nº 18 (Apéndice 5)

(99).- PATRONATO, disposiciones, nº 19 (Apéndice 5)

(100)- Publicada en la Gaceta de 11 de Abril del mismo año.

(101)- Publicada en la Gaceta de 21 de Julio del mismo año.

titular de dicha Fiscalía Gabino BUGALLAL. La finalidad de la Circular según en élla se expresa, es la de:

"fijar un criterio para la recta inteligencia y conveniente aplicación de los textos legales vigentes!"

Señala en primer lugar, que si bien el mero hecho de la corrupción de una mujer por sí sólo puede no caer bajo el imperio de la ley, existen dos grandes supuestos en que tal conducta si es punible:

- .- Cuando intervienen terceras personas.
- .- Cuando adopte formas que ofendan al pudor, la moral o las buenas costumbres.

Tras hacer una breve disquisición respecto al rapto, que para nosotros no tiene mayor interés, pasa a estudiar el artículo 459. De este estudio cabe destacar:

- .- Contra los que afirman que este precepto sólo protege a jóvenes no prostitutas, señala que en el artículo 459 se comprende:

"no sólo el hecho de promover la corrupción o prostitución, sino el de facilitar una u otra; y así descompuertas las oraciones que la integran, se ve que no puede darse el caso de la existencia de una menor de veintitrés años en casas destinadas a facilitar la prostitución que son todas aquellas en que el vicio habitualmente se consuma!"(102)

- .- Afirma asimismo, que salvo muy raras excepciones,

(102).- Los subrayados corresponden a palabras que en la Circular aparecen en cursiva.

siempre que un tercero intervenga en la corrupción o prostitución de una menor, cabrá la aplicación del 459, pues sería excepcional que no concurriera ninguno de los requisitos en él previstos.

.- Insiste, respecto a la consumación, que ésta se da con el mero hecho de promover o facilitar sin que sea necesario que materialmente se produzca el hecho de la prostitución o la corrupción.

.- Respecto a las mayores de edad, tras afirmar que nada hay en la ley que coarte su libertad para prostituirse, señala una serie de puntos que pueden permitir la actuación del Ministerio Fiscal. Tales puntos son:

- uso de nombre supuesto.
- falsificación de documentos. (103)
- amenazas o coacciones sobre ellas para llevarlas o mantenerlas en la prostitución.
- escándalo público, ya sea de entidad suficiente para constituir delito del artículo 456, o simplemente constituye falta del artículo 568-2º.

(103).- Como ya hemos comentado la falsificación de documentos para salvar el inconveniente de la menor edad era relativamente frecuente. Entendemos que la referencia de la Circular a falsificación de documentos debe entenderse referida fundamentalmente a estos supuestos.

En resumen, nos encontramos ante una Circular que en la línea de la Conferencia de París, y en espera de una reforma del Código Penal, pretende, valiéndose de las normas en vigor, cubrir el máximo posible de los supuestos pactados en la conferencia. Así, encontramos en élla la referencia a los supuestos en que una mayor de edad sea llevada a la prostitución por medios violentos u otras coacciones, la afirmación de que salvo en rarísimos supuestos las conductas de tercera respecto a menores será siempre punible, la afirmación también, de que la mayor de edad tiene plena libertad para prostituirse si esa es su voluntad, y apunta por fin, la posibilidad de castigar los hechos relativos a la prostitución de mayores por vía del escándalo público, lo que constituye un precedente de la solución que adoptará el legislador en la reforma del Código.⁽¹⁰⁴⁾

Aun se dictarían, en lo que hace referencia a nuestro tema, dos disposiciones más en 1903, una R.O. de 16 de Septiembre que ampliaba el párrafo 4º de la de 10 de Febrero del mismo año, incluyendo entre los Vocales natos de las Delegaciones del Patronato a los Presidentes de las Diputaciones Provinciales,⁽¹⁰⁵⁾ otra R.O. de 22 de Septiembre en la que se

(104).- En este sentido vid infra pág. 274.

(105).- Publicada en la Gaceta de 19 de Septiembre del mismo año.

recomendaba a los Gobernadores Civiles la mayor puntualidad en el cumplimiento de los servicios relacionados con la represión de la trata de blancas.⁽¹⁰⁶⁾

Esta R.O. hacía particular hincapié en que se girasen visitas de inspección a las casas de lenocinio con el fin de impedir la existencia de puertas, cancelas u otros medios que coartasen la libertad de las mujeres que allí habitan. Esto nos permite deducir que pese a que el 9 de Septiembre de 1902 ya se había dictado una R.O. al respecto, la aplicación de la misma dejaba bastante que desear.

Señalemos por último el R.D. de 30 de Mayo de 1904⁽¹⁰⁷⁾ que modificó el artículo 3º del R.D. de 11 de Julio de 1902, que hace referencia a la constitución de la Junta Directiva del Patronato. Asimismo, modificó la R.O. de 10 de Febrero de 1903 que señalaba quiénes debían considerarse Vocales natos de las Delegaciones Provinciales. Por último, dictaba otra serie de disposiciones tales como la facultad de ejercer la tutela sobre las menores que la autoridad les confíe, autorización para recibir donativos, abrir suscripciones, alquilar, adquirir o poseer locales y fincas destinadas al albergue de ni-

(106).- Publicada en la Gaceta de 23 de Septiembre del mismo año.

(107).- Publicada en la Gaceta de 31 de Mayo del mismo año.

ñas y mujeres, etc.⁽¹⁰⁸⁾

Todo lo visto hasta ahora nos permite afirmar sin ningún género de dudas que la influencia de la Conferencia de París en la legislación española de tipo administrativo fué francamente notable, y marcó un cambio de rumbo en el conjunto de la misma.

En cualquier caso, esto va a suponer la coexistencia durante un período de tiempo bastante considerable, de una duplicidad de normas legislativas, hasta cierto punto contradictorias, ya que por una parte, el legislador, fiel a los pactos de la Conferencia de París, va a promulgar todo un conjunto de normas encaminado a reprimir, en la medida de lo posible, la trata de blancas, pero por otra parte, las necesidades del momento, no olvidemos que la mentalidad social sigue siendo claramente tolerante, le obligarán a dictar una serie de normas y reglamentos encaminados a regular el ejercicio de la prostitución.

Esto va a ser origen de que se recrudezcan las críticas por parte de una serie de autores -entre los españoles JUDERIAS⁽¹⁰⁹⁾ que estiman una incongruencia esta coexistencia de normas.

(108).- Vid en particular los artículos 3º y 4º del R.D.

(109).- En este sentido, JUDERIAS señala: "¿no era realmente ab

Entendemos que en cierto modo sí resulta un poco absurdo esta coexistencia de normas, pero a nadie puede ocultársele que para que cambie la mentalidad de la Sociedad sobre un punto concreto y más si se trata de una mentalidad anclada por una costumbre multiseccular, hace falta por una parte mucho tiempo, y por otra un conjunto de estímulos, normas, etc., que constantemente le lleven a ese cambio. Ello supondrá en muchas ocasiones, y la que estudiamos es una de ellas, la existencia de un período intermedio en el que sin cortar totalmente con la tradición anterior, se vayan introduciendo elementos que faciliten y propicien el cambio.

En este sentido, entendemos que la época que estamos estudiando, constituye el principio de ese período intermedio

(109).- cont.) surdo preocuparse de suprimir la trata de blancas y hacer caso omiso de la prostitución reglamentada? ¿acaso era ni es un misterio para nadie que la trata de blancas se debe casi exclusivamente al deseo de completar o renovar el personal de las casas de prostitución?" reglamentación, 109. En el mismo sentido GUYOT: "Tant que la police de mœurs, administrative ou legale, instituera una prostitution officielle, s'occupant de livrer de femmes de bonne qualité aux consommateurs, intervenant dans des pratiques en contradiction avec tous les principes de notre société civile, puisqu'elles ont pour but de condamner des femmes à la polyandrie et de faciliter la polygamie aux hommes, il ne peut y avoir de repression efficace contre les pratiques connues sous le nom de traite de blanches" PARIS(1895), II, 532s; MINOD y DE MEURON: "Nous croyons que l'on peut affirmer que sans ces maisons, la traite n'existera pas" PARIS(1895), II, 584

al que hacíamos referencia y que por consiguiente es lógico que coexistan normas en principio contradictorias.

4.2 DE ORDEN PENAL.

La influencia de la Conferencia Internacional de París en el orden penal, se concretó en la ley de reforma del Código Penal de la que fué principal impulsora.⁽¹¹⁰⁾

Dada la importancia del tema, vamos a dedicarle todo un capítulo, el cuarto, en el que examinaremos detalladamente el contenido de la reforma, y un epígrafe completo, el 5º de este capítulo en el que examinaremos los antecedentes del Proyecto de reforma y la evolución del mismo.

5. EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CODIGO PENAL.

5.1 ANTECEDENTES: La Conferencia Internacional de París y la ley francesa de 1903.

Como acabamos de indicar, la Conferencia de París constituye la causa de la reforma del Código Penal español en

(110).- El propio legislador reconoce esto al señalar: en el Preámbulo del Proyecto de ley de reforma de determinados artículos del Código Penal que presenta al Senado: "El protocolo de la Conferencia Internacional celebrada en París, firmado el 25 de Julio de 1902 por los delegados españoles, y ratificado posteriormente para la represión del proxenetismo, obliga al Gobierno a desenvolver las refor-

la materia que nos ocupa,⁽¹¹¹⁾ y viceversa, el Proyecto de ley de reforma del Código, y la posterior ley de reforma constituyen la plasmación en la legislación penal española de las previsiones contenidas en los artículos 1º y 2º del Proyecto de Convenio, y del desideratum recogido en la letra D del Anexo al Proyecto de Protocolo de clausura.⁽¹¹²⁾

Ahora bien, el influjo de esta Conferencia se recibe en España por una doble vía: de una parte, por vía directa de las conclusiones de la Conferencia propiamente dicha, y de otra, por el influjo que ejerció la ley francesa de 3 de Abril de 1903⁽¹¹³⁾ en nuestro legislador a la hora de redactar el

(110).- cont.) mas legislativas en aquél acordadas.

Lo que se establece en el artículo 3º de la Convención internacional es lo que se cumple en el adjunto proyecto de ley "Senado, apéndice 5º al nº 70. 10 de noviembre de 1903. I/A.

(111).- Recordemos a este respecto, que en virtud del artículo 3º del Proyecto de Convenio, las Partes Contratantes, cu ya legislación no castigase las conductas previstas en los dos primeros artículos del mismo, se comprometían a modificar su legislación en ese sentido. (El tenor de ese artículo puede verse en el Apéndice nº 4.)

(112).- A los artículos 1º y 2º del Proyecto de Convención ya hemos hecho referencia (vid supra pag.213s). Por lo que respecta a la letra D del Anexo, su tenor es el siguiente: "El caso de retención de una mujer en una casa de prostitución, no ha podido figurar en la presente Convención, pese a su gravedad, ya que depende exclusivamente de la legislación interna de cada país" (la traducción es nuestra. El texto original de este apartado, así como el de los artículos 1º y 2º citados, puede verse en el Apéndice nº 4.)

(113).- Publicada en el Journal Officiel de la Republique Fran-

Proyecto de ley de reforma del Código Penal.⁽¹¹⁴⁾

Dado que el tenor y contenido de la Conferencia ya lo hemos comentado, vamos aquí a detenernos, someramente, únicamente en la ley francesa de 1903.

Esta ley se dictó en aplicación de las conclusiones de la tantas veces citada Conferencia de París,⁽¹¹⁵⁾ y modificó los artículos 334 y 335 del Código penal, el artículo 4 de la ley de 27 de Mayo de 1885 y los artículos 5 y 7 de la ley de Procedimiento Criminal. Por obvias razones de brevedad y oportunidad, vamos solo a destacar algunos puntos que tienen para nosotros un particular interés.

(113).- cont.) caise de 4 de Abril del mismo año.

(114).- Así, en la Exposición de Motivos del Proyecto de ley que el Ministro de Gracia y Justicia presenta, en nombre del Gobierno ante el Senado, puede leerse: "Con el fin de llevar a efecto esta modificación legislativa, dándole el alcance convenido en la antes citada Convención internacional, que es ya efectiva en la legislación francesa, limitase el adjunto proyecto de ley a reproducir, con las indispensables adaptaciones, los textos de dicha legislación que traduce fielmente lo establecido en la repetida Convención..." senado, Apéndice 5º al nº 70. 10 de Noviembre de 1903. 1/A.

(115).- En ese sentido puede verse GARRAUD, traité, V, 515: "...dès 1903, su lendemain de la première conférence de Paris, la loi du 3 avril 1903 avait modifié l'article 334 du Code pénal et y avait introduit des dispositions qui reproduisaient les articles 1 et 2 du projet de convention de 1902..."

El artículo 1º recoge la nueva redacción del 334 y 335. El primero queda como sigue:

Art. 334: "Sera puni d'un emprisonnement de six mois a trois ans et d'une amende de cinquante francs (50 fr.) à cinq mille francs (5.000 fr.):

1º.- Quiconque aura attenté aux mœurs en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt et un ans; (116)

2º.- Quiconque, pour satisfaire les passions d'autrui aura embauché, entraîné, ou détourné, même avec son consentement, une femme ou fille mineure en vue de la débauche; (117)

3º.- Quiconque, pour satisfaire les passions d'autrui, aura, par fraude ou à l'aide de violences, menaces, abus d'autorité ou tout autre moyen de contrainte, embauché ou détourné une femme ou une fille majeure en vue de la débauche; (118)

4º.- Quiconque aura, pour les mêmes moyens, retenu contre son gré, même pour cause de dettes contractées, une personne, même majeure, dans une maison de débauche, ou l'aura contrainte a se livrer à la prostitution; (119)

Si les délits ci-dessus on été excités, favorisés ou facilités par les père, mère, tuteur ou les autres personnes énumérées en l'article 333, la peine d'emprisonnement sera de trois a cinq ans.

Ces peines seront prononcées alors même que les divers actes qui sont les élément constitutifs des infractions auraient été accomplis dans des pays différents!"

El artículo 335, por su parte, prevé la privación

(116).- Como podemos comprobar el tenor del número primero recoge íntegro y literalmente el tenor del primitivo 334.

(117).- Corresponde a la previsión del artículo 1º del Convenio.

(118).- Corresponde al artículo 2º del Proyecto de convenio.

(119).- Recoge el desideratum expresado en la letra D del Anexo al Proyecto de Protocolo de clausura.

de los derechos civiles de tutela, curatela, patria potestad, etc., a los culpables de estos delitos, así como la posibilidad de condenarlos, además a una pena de destierro.

Por su parte el artículo segundo modifica el primer párrafo del artículo 4º de la ley de 27 de mayo de 1885, y entre otras cosas, el texto modificado, recoge la figura del rufián, entendiendo por tal:

"Sonts considérés comme souteners ceux qui aident, assistent ou protègent la prostitution d'autrui sur la voie publique et en partagent sciemment les profits!"

Por último, los artículos 4º y 5º de esta ley modifican los artículos 5º y 7º de la ley de Procedimiento Criminal con el fin de evitar una doble sanción penal de una misma conducta dada la previsión del párrafo último del artículo 334.⁽¹²⁰⁾

En este sentido, vienen a señalar que no podrá en -
tablarse procedimiento criminal, ni imponerse pena alguna por un delito cometido en Francia, si el sujeto justifica haber sido juzgado ya por esos hechos en el extranjero, y en su caso haber cumplido la pena, o haber obtenido su remisión o indulto, o pruebe que la pena impuesta ha prescrito.

Resumiendo, podemos señalar que la finalidad primor-

(120).--El párrafo último del artículo 334 en su nueva redacción consagra el principio de perseguibilidad internacional de estos delitos, que aparece ya acordado en los artículos 1º y 2º del Proyecto de Convención.

dial de esta ley es la de dar entrada en el Código Penal a una forma especial de proxenetismo denominada trata de blancas,⁽¹²¹⁾ en la que distingúe tres supuestos:

- .- Supuestos de tercería⁽¹²²⁾ sobre personas menores de edad con fines de prostitución.⁽¹²³⁾
- .- Supuestos de tercería, violenta o astuta, sobre personas mayores de edad con los mismos fines.
- .- Supuestos de retención, contra su voluntad, de una persona, de cualquier edad, en prostitución o en una casa de prostitución.

Ciertamente, podría discutirse si la primera figura no estaba ya recogida en el primer párrafo del primitivo 334⁽¹²⁴⁾

(121).- En ese sentido GARRAUD, traité, V, 513.

(122).- El tenor del artículo no admite discusión, ya que señala expresamente: "pour satisfaire les passions d'autrui" De otra parte GARRAUD señala: "La loi de 1903 n'a voulu punir que le proxénète, l'entremetteur, non le séducteur" ib. 545-6.

(123).- La expresión francesa es en vue de la débauche. Podría discutirse si la traducción que damos "con fines de prostitución" es totalmente correcta o si cabría darle un sentido más amplio. Entendemos que la expresión empleada es, cuando menos satisfactoria, ya que no podemos olvidar que los supuestos que estamos comentando se introducen en el Código para luchar contra la trata de blancas, y la finalidad de la trata es precisamente llevar a mujeres a la prostitución.

(124).- El texto del primitivo 334 era el siguiente: "Quiconque aura attenté aux mœurs, en excitant, favorisant ou facili-

que pasó a integrar, sin sufrir modificación alguna, el número 1º del mismo artículo reformado, pero por razones puramente prácticas de oportunidad y espacio, no vamos a entrar en ese problema.

Señalemos, por último, que el legislador francés para dar entrada a estas nuevas figuras, se atuvo prácticamente al pie de la letra, a lo pactado en la Conferencia de París,⁽¹²⁵⁾ lo que no hizo, por desgracia y como veremos posteriormente el legislador español.

5.2 EVOLUCION DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA.

5.21 EL PROYECTO DEL GOBIERNO.

El 9 de Noviembre de 1903, el entonces Ministro de Gracia y Justicia, Francisco de los SANTOS GUZMAN, presentó ante el Senado -en nombre del Gobierno- un proyecto de ley de modificación de los artículos 456, 459 y 466 del Código Penal, con el fin de adecuarlos a lo previsto en el Protocolo de la

(124).- cont.) tant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt et un ans, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de 50 francs à 500 francs. Si la prostitution ou la corruption a été excitée, favorisée ou facilitée par leurs pères, mères, tuteurs ou autres personnes chargées de leur surveillance, la peine sera de deux ans à cinq ans d'emprisonnement, et de 300 à 1.000 francs d'amende.

(125).- En el mismo sentido GARRAUD, traité, V, 515.

Conferencia de París.⁽¹²⁶⁾

Dicho Proyecto de Ley, según consta en su Exposición de Motivos:

"...límitase a reproducir, con las indispensables adaptaciones, los textos de dicha legislación⁽¹²⁷⁾ que traduce fielmente lo establecido en la repetida Convención, variando tan solo lo que respecta a cierta forma de proxenetismo que en Francia ha sido comprendido en una ley especial⁽¹²⁸⁾..."

Pese a que este Proyecto va a sufrir importantísimas modificaciones, consideramos de sumo interés detenernos, siquiera sea en un somero examen, en el estudio de sus previsiones. Según el contenido del mismo, los artículos ya citados quedan del siguiente tenor:

Art. 459.- Incurrirán en la pena de arresto mayor en su grado máximo, a prisión correccional en su grado medio y multa de 50 a 2500 pesetas:

1º.- El que habitualmente faltare a la moral y a las buenas costumbres, excitando, favoreciendo o facilitando la prostitución o la corrupción de toda persona menor de veintitrés años.⁽¹²⁹⁾

(126).- Puede verse el texto de ese Proyecto de Ley, y la Exposición de Motivos que lo precede en Senado, Apéndice 5º al nº 70. 10 de Noviembre de 1903.

(127).- Hace referencia a la anteriormente comentada ley francesa de 3 de Abril de 1903.

(128).- Se refiere a la también citada ley francesa de 27 de Mayo de 1885.

(129).- Como puede comprobarse comparando este número con el primero del artículo 334 del CP. francés (vid supra

2º.- El que para satisfacer los deseos de un tercero, con propósitos deshonestos, facilitare medios o ejerciera cualquier género de inducción en el ánimo de menores de edad, aún contando con su voluntad, y el que mediante promesas o pactos, le indujere a dedicarse a la prostitución, tanto en territorio español como para conducirlo con el mismo fin al extranjero(130).

3º.- El que valiéndose de engaños, violencias, amenazas, abuso de autoridad o cualquier otro medio coercitivo, indujere a una persona mayor de edad a satisfacer los deseos de un tercero con propósitos deshonestos(131).

(129).- cont) pag.243) ambos son prácticamente paralelos.

(130).- Este párrafo, a nuestro entender, debe estimarse paralelo al nº 2 de 334 del Código francés, y por consiguiente la plasmación de lo previsto en el artículo 1º del Proyecto de Convención, aunque la redacción que le da el legislador español no parece corresponderse excesivamente con ellos. Creemos que este párrafo, debe entenderse partiendo de la siguiente premisa: el legislador español, al plantearse la tipificación de las conductas de tercera sobre menores, para satisfacer los deseos ajenos se encontró con que en los supuestos en los que se enrola a una menor en la prostitución, pero no a favor de persona determinada, sino en plano general (p.e. cuando un sujeto convence a una menor para que ingrese como pupila en una casa de prostitución), sólo idealmente puede hablarse que lo hace para satisfacer los deseos de un tercero, en cuyo caso podrían haber problemas para castigar tales conductas, por ello prefiere tipificar expresamente ambos supuestos, los de tercera sobre una menor para satisfacer deseos deshonestos ajenos, y los de enrolamiento en la prostitución de un modo genérico.

(131).- Este supuesto, si bien es prácticamente igual al del nº 3º del artículo 334, resulta de un alcance mucho más amplio, ya que en él, no se indica que la conducta citada debe realizarse "con el fin de prostituirla" (en vue de la débauche), con lo que el precepto resulta un tanto vago.

4º.- El que por los medios indicados en el número anterior, retuviere contra su voluntad en prostitución a una persona, obligándola a cualquier clase de tráfico inmoral, sin que pueda excusarse la coacción alegando el pago de deudas contraídas(132).

Si en la perpetración de los delitos que se enuncian en este artículo fueran excitadores o favorecedores cualquiera de las personas que se determinan en el artículo 465, la pena será de prisión correccional en sus grados mínimo y medio.

Estos delitos, aun cuando se hubieran cometido en todo o en parte, en el extranjero, quedarán sujetos a las sanciones penales establecidas en este Código(133).

Al artículo 456, se le adiciona un párrafo para dar cabida en él a la figura del rufián. Dicho párrafo dice así:

"Se conceptúa como hecho de grave escándalo y trascendencia el cooperar o proteger públicamente un hombre la prostitución de una o varias personas, participando de los beneficios de semejante tráfico, o haciendo de él modo de vivir. Los reos de este delito serán castigados con la pena de arresto mayor en su grado máximo, o prisión correccional en su grado mínimo y multa de 100 a 1000 pesetas"(134).

(132).- Este número, paralelo al nº 4 del artículo 334, recoge el desideratum, tantas veces comentado, de la Conferencia expresado en la letra D del Anexo.

(133).- Estos dos últimos párrafos son paralelos a los dos últimos del art. 334, y recoge una agravación por razón de la persona y la plasmación del principio de perseguibilidad internacional de estos delitos.

(134).- No vamos a comentar ahora este precepto, ya que la redacción definitiva del mismo va a diferir bastante del mismo. Solo vamos a apuntar aquí una idea que consideramos importante. En la ley francesa de 3 de Abril de 1903 se recogía una definición de souteneur (vid supra pag. 244) Ahora bien, como ya apuntó GUYOT en la definición se incluyó la expresión sur la voie publique para evitar que

Por lo que respecta a la regulación que se señala para el artículo 466, apenas merece una mención, ya que es -con alguna corrección de estilo- análoga a la que recogía el mismo artículo en su redacción original de 1870,⁽¹³⁵⁾ excepto en lo que se refiere a ascendientes para los que prevé la pérdida de la patria potestad.

Como puede comprobarse, el legislador español, al igual que el francés, trata de dar cabida en el Código Penal a las figuras pactadas en la Conferencia de París. Ahora bien, ya en este primer proyecto podemos detectar, de una parte, las

(134).- cont.) los dueños de casas de prostitución toleradas o reglamentadas quedasen incluidos en la ley (PARIS (1895), II, 531) (-hay que precisar que GUYOT se refiere al contenido primitivo del artículo 4 de la ley de 27 de Mayo de 1885, pero como la reforma operada por la ley de 1903 respeta esa idea, sus palabras son perfectamente trasladables-) Al no hacer el legislador español una previsión semejante, nos vamos a encontrar con un contrasentido flagrante cual es que el legislador, de una parte, reglamente las casas de prostitución, mientras que de otra, el tenor del Código sanciona penalmente el hecho de vivir en todo o en parte de la prostitución ajena, conducta ésta en la que evidentemente incurren los dueños o regentes de tales casas.

(135).- Señalaba el primitivo 466: "Los comprendidos en el artículo precedente, y cualesquiera otros reos de corrupción de menores en interés de tercero, serán condenados en las penas de interdicción del derecho de ejercer la tutela y ser miembros del consejo de familia"

La nueva redacción, según el Proyecto, es: "Las personas comprendidas en el artículo precedente y en el 459, además de las penas en ellos señaladas, incurrirán el padre o la madre, en la pérdida de la patria potestad, a

líneas directrices de lo que va a ser la regulación posterior del tema hasta 1963,⁽¹³⁶⁾ y de otra, los defectos que desgraciadamente van a perdurar, unos hasta la reforma de 1963,⁽¹³⁷⁾ y otros hasta nuestros días.⁽¹³⁸⁾

Por lo que respecta a las líneas directrices, son fundamentalmente tres: punición de toda conducta relacionada con la prostitución o corrupción de menores a favor de tercero, punición de las conductas de tercería violenta o astuta con respecto a mayores de edad, y punición de las conductas

(135).- cont.) tenor de lo que dispone el art. 169 del Código Civil, y las restantes, en la interdicción del derecho de ejercer la tutela y ser miembros del consejo de familia!"

(136).- Como tendremos ocasión de exponer en los Capítulos sucesivos, la legislación penal española, en punto a conductas relativas a la prostitución, va a permanecer prácticamente invariable hasta 1963, en que va a sufrir una importante variación por influencia de la Conferencia Internacional de Lake Success.

(137).- Entre los defectos que van a perdurar hasta la reforma de 1963, debemos destacar el de la ruptura de la unidad entre estas conductas, pues, mientras las conductas relativas a menores se van a castigar dentro del capítulo referido al estupro y corrupción de menores, las relativas a mayores van a estar incluidas dentro del delito de escándalo público. La doctrina acusa unánimemente este defecto, Por todos CUELLO, penal II (8ª Ed.), 547-8.

(138).- El defecto fundamental, entre éstos, es la deficientísima delimitación de los tipos, lo que hace que una misma conducta sea susceptible de encuadrarse en varios números. Este defecto queda solventado en Proyectos de Código Penal de 1980 (Arts. 211-216).

de retención de cualquier persona, sea mayor o menor de edad prostitución. Estas líneas se corresponden, como no podía ser menos, con las expresadas en la Conferencia de París.

En cuanto a los defectos, vamos a apuntar fundamentalmente dos: la no creación de un capítulo específico de delitos relacionados con la prostitución, y la incorrecta redacción de los tipos, que da lugar a supuestos de duplicidad.

5.22 EL PROYECTO DEL SENADO.

El proyecto del Gobierno al que acabamos de hacer referencia, pasó al estudio del Senado, el cual, el 29 de Febrero de 1904 dió traslado de sus trabajos al Congreso de Diputados.⁽¹³⁹⁾

El resultado de las discusiones del Senado, difería notablemente del proyecto original del Gobierno, dado que este Cuerpo Legislativo adoptó, frente al fenómeno de la prostitución y la trata, una postura más beligerante que la adoptada por el Gobierno.⁽¹⁴⁰⁾

(139).- Vid. Congreso, Apéndice 8º al nº 132, 29 de Febrero de 1904.

(140).- En efecto, como podremos comprobar a continuación, el Senado presenta un proyecto en la línea propugnada por diversos autores en múltiples ocasiones, de suprimir las casas de tolerancia y abolir la prostitución como único medio real de luchar contra la trata de blancas. En ese

Pese a que los buenos propósitos del Senado quedarían, en gran parte, sólo en eso, vamos a detenernos brevemente en el estudio de este Proyecto.

El artículo 456, al que el proyecto del Gobierno se limitaba a adicionar un párrafo para dar en él cabida a la figura del rufián, sufre una reforma mucho más profunda. Así, el párrafo único de que constaba en su redacción de 1870, pasa a constituir el nº 1º del mismo artículo, y el Senado, prescindiendo del párrafo que pretendía adicionar el Gobierno, crea otros dos párrafos nuevos, los nº 2 y 3, cuyo tenor es el siguiente:

Art.456-2º: "Los que con propósito de lucro contribuyan manifiesta o encubiertamente al reclutamiento, traslación y destino de persona a lugares o casas de corrupción deshonesta dentro o fuera del Reino, con tal que alguno de los hechos, aunque no todos, se realicen en España. Estos hechos no se castigarán cuando el culpable acredite haber sido penado por ellos mismos en el extranjero y cumplido la condena.

Se impondrá la pena superior en grado cuando la persona objeto del reclutamiento, de la traslación y del destino, haya sido inducida mediante ocultación del fin licenciosa o sea menor de edad.

3º: Los que retengan ilegítimamente en lugar o casa de deshonestidad a personas que en ellas no quisiere permanecer, a no ser que al hecho sea aplicable lo dispuesto en los artículos 495 y 496!"

(140).- cont.) sentido pueden verse, entre otros: MINOD y DE MEURON, PARIS(1895), II, 584; ROBIQUET, PARIS(1895), II, 594-5; STOOS, PARIS(1895), V, 765; etc.

Aunque no vamos a entrar en un examen detallado de estos supuestos, sí vamos a destacar unas notas. En primer lugar, cabe reseñar que el tenor del nº 2º supone la punición de todas las conductas de trata, tanto la exterior como la interior,⁽¹⁴¹⁾ con lo que de una parte, el Senado se adhiere a las tesis de un sector de la doctrina, que propugna que no debe distinguirse entre ambos tipos de trata y que ambos son igualmente punibles,⁽¹⁴²⁾ y de otra, asesta un durísimo golpe a las casas de tolerancia, que viene a suponer casi la supresión de las mismas, ya que le va a resultar difícilísimo a una persona regentar una de tales casas, sin incurrir en el delito previsto en este número 2º.⁽¹⁴³⁾

Una segunda cuestión a hacer notar, es que hace recaer el acento en el ánimo de lucro, con lo que deja fuera

(141).- Se entiende por trata exterior, la que tiene lugar entre distintos países, mientras que la expresión trata interior, se reserva a los supuestos en que ésta se realiza dentro de un mismo país entre distintas zonas, o localidades. En ese mismo sentido, entre otros JUDERIAS, prólogo, 47-8, en PAVISSICH, prostitución.

(142).- Vid entre otros STOOS, PARIS(1895), II, 600.

(143).- En efecto, a menos que la persona que regente tales casas se limite pura y simplemente a recibir en ellas a las mujeres que a la misma quieran concurrir (y aún en este caso sería discutible que no contribuya al destino de persona a lugares o casas de corrupción deshonestas), cualquier otra conducta incide en el tipo que comentamos.

aquellos supuestos, raros pero no inviables, en los que el sujeto no actúe por móvil de lucro, sino por otra causa.

Por último, indicar que no se nos alcanza que pueda existir un supuesto de retención legítima en un lugar o casa de deshonestidad, cuando la persona no quiera permanecer en élla, por lo que estimamos que la expresión utilizada por el legislador en el nº 3: "Los que retengan ilegítimamente;"⁽¹⁴⁴⁾ es superflua cuando no perturbadora.

Por lo que se refiere al artículo 459, el Senado tampoco respetó el Proyecto remitido por el Gobierno, sino que elaboró uno propio, en el que mantuvo como número primero con ciertas variaciones, el hasta entonces párrafo único del art.459, y adicionó dos nuevos supuestos, uno relativo a los casos de retención de menores de edad en estado de corrupción o en casas o lugares de vicio, y otro, que tipifica el incumplimiento de deberes asistenciales por parte de persona que ejerza potestad legal sobre un menor prostituido o corrompido.⁽¹⁴⁵⁾ El tenor literal de este artículo queda como sigue:

(144).- El subrayado es nuestro.

(145).- Recordemos que en el artículo 542 del Código de 1822 habíamos encontrado un supuesto de incumplimiento de deberes asistenciales que no tuvo continuidad en los Códigos posteriores.

Art. 459.- "El que habitualmente, o con abuso de confianza o de autoridad pública o de otro orden, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menor de edad para satisfacer deseos deshonestos de otro (146), y el que, con el mismo objeto, ayudare o sostuviere con cualquier motivo o pretexto la continuación de la corrupción o la estancia de menores en casas o lugares de vicio, (147) será castigado con la pena de prisión correccional en su grado mínimo y medio, e inhabilitación temporal absoluta si fuere autoridad pública o agente de ésta.

La persona bajo cuya potestad legal estuviese un menor, y que, con noticia de la prostitución o corrupción de éste, por su permanencia o asistencia frecuente a casas o lugares de vicio, no lo recoja para impedir su continuación en tal estado y sitio, y no lo ponga en su guarda o a disposición de la autoridad, si careciese de medios para su custodia, incurrirá en las de arresto mayor e inhabilitación para el ejercicio de cargos de tutela, y perderá la patria potestad o la autoridad marital, si las tuviere, sobre el menor que diere ocasión a su responsabilidad!"(148)

(146).- Hasta aquí la redacción es similar a la del primitivo 459, con la diferencia de su alcance es más amplio, pues mientras aquél, sólo castigaba los supuestos en los que hubiera mediado habitualidad, abuso de autoridad o de confianza, éste, admite la posibilidad de castigar la conducta siempre que hubiera mediado lo antedicho y además abuso de otro orden, cláusula ésta que amplía notablemente el ámbito de aplicación del tipo.

(147).- Este párrafo es la plasmación que realiza el Senado del desideratum tantas veces comentado ya de la Conferencia de París de que se castigaran los supuestos de retención en prostitución y que no pudo introducirse en el texto del Convenio por entender las Partes que era un tema que correspondía a la legislación interna de cada país.

(148).- Esta figura, con leves modificaciones, sigue en vigor en el Código Penal actual (vid. art. 452 bis e.) y se mantiene en el proyecto de Código Penal de 1980 (vid. art. 215).

Tampoco vamos a comentar detalladamente este artículo, ya que el primer párrafo va a sufrir nuevas modificaciones, con lo que su redacción definitiva va a variar bastante, y por otra parte, el segundo párrafo va a pasar sin modificaciones al texto definitivo, por lo que lo comentaremos en su lugar oportuno.⁽¹⁴⁹⁾ Sólo vamos a apuntar una idea con respecto al primer párrafo.

Al mantener prácticamente invariable el texto que recogía el primitivo 459, como primera parte del párrafo primero, éste va a adolecer en principio de los mismos defectos y limitaciones que se observaban en los CC.PP. de 1848-50 y 1870.⁽¹⁵⁰⁾ Estos defectos y limitaciones se ven parcialmente compensados por la latitud del supuesto tipificado en el 456-2º,^(150 bis) ya que en él se sanciona, a los que con ánimo

(149).- Vid infra pag. 360-5

(150).- En esta misma línea irá en parte la crítica posterior de la comisión del Congreso de Diputados congreso, Apéndice 5º al nº 150, 22 de Marzo 1904, 3/A. En lo que respecta a los defectos y limitaciones de este precepto puede verse la Circular de la FTS. de 18 de Julio de 1903 (Gaceta del 21 de Julio) y nuestros comentarios a dicho artículo en el capítulo anterior (vid supra pag.128).

(150 bis).- La comisión del Congreso encargada de estudiar el Proyecto del Senado señala, en la Exposición de Motivos de su propio Proyecto que de admitirse la redacción del Senado se produciría una contradicción entre lo previsto en el 456-2º y lo señalado en el 459: "...no puede negarse que, o los Tribunales tendrían que aplicar únicamente

de lucro cooperen a la recluta, traslación o destino de persona (luego incluye tanto a mayores como a menores de edad) a lugares o casas de corrupción deshonestas. En cualquier caso la deficiencia, siquiera parcialmente subsiste.

Por lo que se refiere al segundo inciso del párrafo que comentamos, no vamos a detenernos en él ya que va a pasar sin modificaciones al texto definitivo, y allí lo comentaremos. (151)

Por último, el texto del artículo 466 queda también notablemente modificado por el Senado, que presenta un nuevo

(150 bis).- cont.) al delito de corrupción de menores el artículo 459, por referirse el nº 2º del 456 al caso concreto de que la menor fuera trasladada o destinada a casa o lugar deshonesto, o se verían ante una contradicción de la ley si ésta dijera en un artículo que todo acto de reclutamiento o inducción de una menor es punible, y en otro exigiera los requisitos de habitualidad o abuso "Congreso, Apéndice 5º al núm. 150. 22 de Marzo de 1904. 3/A. Entendemos que tal contradicción no existe, ya que lo que prevé el 456-2º son supuestos de trata por lucro, mientras que lo previsto en el 459 son supuestos de tercera que no implican trata, con lo que ambos supuestos actúan sobre bases distintas.

(151).- Respecto a este segundo inciso queremos hacer notar que pese a no variar su tenor literal, el alcance del mismo, en la regulación que hace el Senado, y en la regulación definitiva, es distinto, pues al hacerle depender del párrafo anterior - no olvidemos que el legislador emplea la expresión el que, con el mismo objeto- en el primer caso debe entenderse el que para satisfacer deseos deshonestos de otro, mientras que en el segundo debe entenderse el que para inducir a una menor a dedicarse a la prostitución.

texto, en el que el párrafo primero queda constituido por la primitiva redacción del mismo artículo en el CP de 1870 y los párrafos siguientes se refieren, respectivamente, el segundo y cuarto, a la posibilidad de depositar en un albergue especial, y en determinados supuestos, a un menor que se halla re en estado de prostitución o corrupción deshonestas, y el párrafo tercero, prevé la suspensión - a petición del Ministerio fiscal- de la patria potestad, y el nombramiento de un protector del menor, en los casos previstos en el párrafo segundo.

Dado que este artículo va a pasar sin discusión ni modificación al texto definitivo de la ley, lo comentaremos en su lugar oportuno.⁽¹⁵²⁾

5.23 EL PROYECTO DEL CONGRESO DE DIPUTADOS.

Como ya hemos indicado en el apígrafe anterior, el proyecto de ley redactado por el Senado, pasó el 29 de Febrero de 1904 al Congreso de Diputados. La Comisión encargada de su estudio quedó constituida por las siguientes personalidades: Eduardo DATO (presidente), Juan Gualberto PEMAÑ Y MAESTRE, José JORRA Y MIRANDA, Gumersindo de AZCARATE, Juan ALVARADO y el Vizconde de EZA (secretario).

(152).- Vid infra pag. 375-80

Esta Comisión dictaminó el proyecto citado, y, el 22 de Marzo de 1904 presentó el resultado de sus trabajos ante el Pleno de la Cámara.⁽¹⁵³⁾

El Proyecto viene precedido de una amplia Exposición de Motivos, que consideramos de sumo interés, a los efectos de una correcta interpretación del mismo. Este interés se acrecienta ante el hecho de que la Comisión Mixta, que se reunió posteriormente para conciliar la postura de ambas Cámaras, admitió prácticamente, sin más que algunos retoques,⁽¹⁵⁴⁾ algunos puramente de estilo, el dictamen de la Comisión del Congreso, con lo que este Proyecto va a convertirse, de hecho,

(153).- El texto del Proyecto, junto con la Exposición de Motivos que lo precede, pueden verse en: Congreso, Apéndice 5º al num. 150. 22 de Marzo de 1904.

(154).- Alguno de estos retoques, como el operado en el que era párrafo segundo del número primero del artículo 456 del Proyecto del Congreso que decía: "Se conceptúa como hecho de grave escándalo y trascendencia el cooperar o proteger públicamente un hombre la prostitución de una o varias personas, participando de los beneficios de semejante tráfico o haciendo de ellos modo de vivir", y que pasó a ocupar el nº 2 del mismo artículo con el siguiente contenido: "Los que cooperen o protejan públicamente la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera del Reino, participando de los beneficios de este tráfico o haciendo de él modo de vivir", suponen bastante más que una simple corrección gramatical, pero con el fin de evitar innecesarias repeticiones, este punto, como algún otro que se presenta, los estudiaremos al comentar el texto definitivo de la ley.

en el texto definitivo de la ley de reforma de determinados artículos del Código Penal de 21 de Julio de 1904.

A los efectos de tratar de establecer las líneas maestras del Proyecto del Congreso, y por ende, las del texto definitivo, vamos a detenernos brevemente en la Exposición de Motivos que le precede.

El objetivo básico del proyecto, según la Comisión, es el siguiente:

"El delito cuya represión se persigue en el proyecto pendiente del Congreso es el de reclutamiento e inducción a la prostitución para satisfacer las pasiones de un tercero, bien por medio de engaños o violencias que oculten a la mujer el objeto a que se destina, o la fuercen a consentir en él, bien corrompiendo su juventud y prevaleciéndose de la ignorancia aneja a ella." (155)

Concretando más la distinta posición que adopta ante los supuestos que se refieren a menores de edad y los que se refieren a mayores, respecto a las primeras señala:

"De prevalecer, como es de esperar, la reforma propuesta, no solo quedará penado, como hasta ahora, el hecho de dedicarse habitualmente a excitar, favorecer o facilitar la prostitución o corrupción de menores, sino el verificarlo en cualquier vez u ocasión, sea por la persona que sea, y aunque la menor consienta en ello, pues, la ley, que niega al menor de edad el derecho a contratar y a disponer de sus bienes, no puede reconocérselo para disponer de su persona y prostituir-

(155).- Congreso, Apéndice 5º al núm. 150. 22 de Marzo de 1904. 2/A in fine.

se" (156)

Por lo que se refiere a las mayores de edad señala que la regulación que respecto a ellas se hace:

"...se ajusta a la opinión que atribuye a la mujer mayor de edad el derecho de disponer de su persona, y solo castiga cualquier acto que suprima, extravíe o coarte ese consentimiento" (157)

Esto supone que el legislador sólo va a intervenir en los casos que cita. Pero va más allá. Una de las razones que le llevan a rechazar el texto propuesto por el Senado, es que una tal regulación supondría la prohibición de la reglamentación y:

"siendo así, no se nos puede ocultar las dificultades enormes con que su cumplimiento tropezaría en la práctica..." (158)

Esto supone que el legislador español, admite, o como

(156).- ib. 2/8 in fine. El legislador español, en este punto, no hace sino recoger un estado de opinión muy extendido entre la doctrina y expresado repetidamente en el V Congreso Penitenciario Internacional (MINOD y DE MEURON, PARIS (1895), V, 733; PAULIAN, ib. 758; etc.) y en la Conferencia de París (DREYFUS, rapport, PARIS (1902) 123.

(157).- Congreso, Apéndice 5º al número 150. 22 de Marzo 1904. 3/8.

(158).- Se refiere a la disposición del Senado, el artículo 456-2º, que supone la prohibición de la reglamentación. ibidem.

mínimo ve necesaria o inevitable, la existencia de una reglamentación de la prostitución. Este es un dato que hay que tener muy presente ya que posteriormente puede sernos útil.

De lo expuesto, podemos deducir las líneas maestras que el legislador pretende sean las ordenadoras y guías de la reforma:

.- El delito que se pretende perseguir y reprimir es el de reclutar o inducir a la prostitución, pero con ciertas limitaciones:

.- Si se trata de menores de edad, se castigará en cualquier caso.

.- Si se trata de mayores de edad, sólo cuando su consentimiento esté viciado, ya por engaño, ya por violencias o coacciones.

.- Admite la existencia, e incluso la necesidad de la reglamentación de la prostitución de mayores de edad dadas las dificultades prácticas que se producirían en el caso de querer suprimirla.

Como ya hemos indicado, el texto del Proyecto del Congreso va a pasar con algunas modificaciones a constituir el tenor definitivo de la ley de reforma. Por é ello, y para evitar innecesarias repeticiones, vamos a limitarnos aquí a dar una somera noticia de cómo quedan estructuradas los distintos tipos, y los comentarios, los remitimos al capítulo si-

guiente, en el que comentaremos la ley de reforma con detalle.

El tenor del artículo 456 del Proyecto del Congreso es un híbrido entre la propuesta del Gobierno y la del Senado. Del primero, toma la adición que hizo al párrafo primero para dar cabida a la figura del rufián, y del segundo, toma la idea de que los delitos relativos a la prostitución de mayores de edad, o relativos a la prostitución en general, deben ubicarse en el capítulo del escándalo público, con lo que consolidada la idea, que ya aparecía en el Proyecto del Senado, de una ruptura de la unidad y la homogeneidad de los delitos relativos a la prostitución, ruptura ésta, que como de todos es sabido, se va a prolongar hasta la reforma del CP. de 1963.

Coherente con esta idea, incluye también en este artículo, los supuestos de tercería violenta o astuta sobre mujer mayor de edad (artículo 456-2º)⁽¹⁵⁹⁾ y el supuesto de retención, contra su voluntad, de una persona en prostitución.⁽¹⁶⁰⁾

El artículo 459, queda, por su parte, del siguiente modo:

(159).- Recordemos que esta figura constituía el nº 3 del artículo 459 del Proyecto del Gobierno.

(160).- Esta figura estaba recogida en el nº 4 del art. 459 del Proyecto del Gobierno.

.- Los números 1 y 2, no sufren variación alguna con respecto a la redacción que les daba el Proyecto del Gobierno.

.- El número 3 recoge los supuestos de retención de menores de edad en casas o lugares de vicio.⁽¹⁶¹⁾

.- El número 4, por último recoge el supuesto de incumplimiento de deberes asistenciales que el Senado introdujo como segundo párrafo del artículo 459.

Por último, y con éllo finalizamos este epígrafe, reseñemos que el artículo 466, tercero objeto de reforma, mantienen la redacción que le dió el Senado.

5.24 EL DICTAMEN DE LA COMISION MIXTA CONGRESO-SENADO.

Dadas las discrepancias existentes entre los Proyectos de ambos Cuerpos Colegisladores, se constituyó una Comisión Mixta encargada de llegar a un texto conjunto.

Integraron esta Comisión las siguientes personalidades: Cayetano SANCHEZ BUSTILLO (presidente), Fermín CALBETON, Juan ALVARADO, Juan Alberto PEMA Y MAESTRE, Gumersindo de AZCARATE, José JORRO MIRANDA, el Conde DE BERNAR, José DIEZ Y

(161).- Esta figura corresponde, por consiguiente, si bien reducida únicamente al supuesto de menores de edad, con el nº 4 del mismo artículo del Proyecto del Gobierno.

MACUSO, el Conde de VIA MANUEL, E. MARTINEZ DEL CAMPO, Eduardo DATO y el Vizconde de EZA (secretario).

Esta Comisión presentaba el 24 de Junio de 1904 a la aprobación de ambas Cámaras el texto que iba a convertirse en el definitivo y que iba a constituir la Ley de reforma de determinados artículos del Código Penal de 1904,⁽¹⁶²⁾ que estudiaremos en el capítulo siguiente.

6. RESUMEN.

La época que acabamos de examinar, constituye, a nuestro entender, una clave fundamental e imprescindible en orden a interpretar correctamente el contenido y alcance de la regulación penal, que sobre las conductas relativas a la prostitución y corrupción, arranca de la ley de 21 de Julio de 1904, se extiende hasta la reforma del Código Penal de 1963 con ligeras modificaciones, y llega en gran parte hasta nuestros días.⁽¹⁶³⁾

(162).- Senado, Apéndice 3º al núm. 174, 24 de Junio de 1904.

(163).- Como ya hemos indicado, la reforma de 1963 va a suponer una variación esencial con respecto a las conductas relativas a la prostitución de mayores de edad, pero no va a modificar sustancialmente la regulación referida a menores de edad, que va a mantener con ligeras modificaciones el mismo tenor ya prescrito en la ley de 21 de Julio de 1904.

De otra parte, no podemos olvidar que las conclusiones de la Conferencia Internacional de París, que tendrían su plasmación definitiva en el Arreglo Internacional Administrativo de 18 de Mayo de 1904⁽¹⁶⁴⁾ y el Convenio Internacional relativo a la Represión de la Trata de Blancas de 4 de Mayo de 1910,⁽¹⁶⁵⁾ van a constituir la base sobre la que va a gravitar toda la acción internacional sobre el tema.⁽¹⁶⁶⁾

Resumiendo todo lo que hemos expuesto en epígrafes anteriores, podríamos indicar que existe una primera época, en la que el tema de las conductas relativas a la prostitución, y más en concreto, el tema de la trata, sólo es objeto de atención por parte de movimientos que podríamos denominar genéricamente como de tipo redentorista, tales como la Ladies' National Association, la National Vigilance Association, etc. que, impulsados por personas preocupadas por el problema funcionaban de un modo espontáneo y sin una mayor organización. El segundo paso, se da en el momento en que estos movimientos se organizan y toman rango internacional. Así surgen la Fede-

(164).- Ratificado por España el 18 de Enero de 1905 y publicado en la Gaceta del 3 de Marzo del mismo año.

(165).- Ratificado por España el 8 de Agosto de 1912 y publicado en la Gaceta el 18 de Septiembre del mismo año.

(166).- Vid ONU, trata, 1.

ración Abolicionista Internacional, y la Asociación Internacional para la represión de la trata de blancas.

Estas asociaciones, de rango internacional, comienzan una labor de sensibilización a todos los niveles que, partiendo de los distintos congresos que realizan, tratan de provocar un cambio en la legislación de sus respectivos países, bien sea la abolición de la reglamentación, en el caso de la primera de las nombradas, bien sea en el campo de la lucha contra la trata de blancas, en el caso de la segunda.

Esta serie de movimientos, tiene su reflejo también en el campo que podríamos denominar doctrinal, y así, el V Congreso Penitenciario Internacional incluye en su programa el tema de la prostitución de menores, y el tema de la trata.

Toda esta serie de circunstancias y movimientos, son los que posibilitan la celebración de la Conferencia Internacional de París, que va a ser la primera que va a reunir a delegados oficiales de diversos gobiernos en una Conferencia encaminada directa y exclusivamente a adoptar medidas para luchar contra la trata, si bien, como queda dicho, las conclusiones de la Conferencia superaron las previsiones iniciales.

Uno de los compromisos que adquirieron los firmantes de los Proyectos de Arreglo Internacional Administrativo, y de Convenio Internacional, fué el de modificar sus respectivas legislaciones en la medida en que en ellas no se reco -

gieran y penaran todos los supuestos objeto de pacto.

El primer país que lo realizó fué Francia, por ley de 3 de Abril de 1903. Esta ley francesa, junto con las conclusiones de la Conferencia de París, van a ser las fuentes en las que va a beber el legislador español a la hora de adecuar su propia legislación a lo pactado en la Conferencia, lo que hizo, como queda dicho, por ley de 21 de Julio de 1904.

Capítulo Cuarto:

LA REGULACION DE LAS CONDUCTAS RELATIVAS A LA PROS -
TITUCION O CORRUPCION AJENAS EN EL CODIGO PENAL DE 1870
REFORMADO POR LEY DE 21 DE JULIO DE 1904.

(1). - Vid supra pág. 187.

(2). - En efecto, hasta el momento de la

Capítulo IV: LA REGULACION DE LAS CONDUCTAS RELATIVAS A LA PROSTITUCION O A LA CORRUPCION AJENA EN EL CODIGO PENAL DE 1870 REFORMADO POR LEY DE 21 DE JULIO DE 1904.

11. GENERALIDADES.

Como queda dicho en el capítulo precedente, la ley de reforma de 1904 constituye un hito fundamental en la regulación moderna de las conductas relativas a la prostitución o a la corrupción ajenas en el Código Penal Español,⁽¹⁾ hasta el punto de que los tipos penales que de ella dimanaban, llegan, con ligeras variaciones de contenido y sistemática, hasta nuestros días.⁽²⁾

Con todo, hay que destacar una segunda fecha que tiene gran importancia en el tema que nos ocupa, y es la del DL. de 3 de Marzo de 1956 de abolición -hasta el día de hoy definitiva-⁽³⁾ del régimen de reglamentación de la prostitución. La importancia de esa fecha radica en que sólo a partir de ella,

(1).- Vid supra pág. 187.

(2).- En efecto, basta comparar los arts. 452 bis a), bis b), y bis e) del Código Penal actual con los n.ºs. 2, 3 y 4 del art. 456 y con el art. 459, ambos del CP de 1870 reformado por la ley citada, para comprobar la bondad del aserto.

(3).- Nos vemos obligados a hacer esta precisión ya que este decreto abolicionista, como señalaremos en su lugar oportu -

adquieren plena virtualidad las normas relativas a conductas relacionadas con la prostitución de mayores de veintitrés años.

En efecto, estas normas, que venían siendo objeto de una prácticamente nula aplicación, dada la realidad social en que se desarrollaban,⁽⁴⁾ a partir del citado DL., van a pasar a tener una real aplicación.⁽⁵⁾ Ello supone que este DL. si

(3).-(cont.)no (vid infra pag. 556) es el segundo que se da en España, ya que el primero lo promulgó el Gobierno de la República el 28 de Junio de 1935 (Gaceta del 30 de Junio), derogado el 27 de Marzo de 1941.

(4).- En efecto, pese a que el art. 456-2º, va a sancionar, desde el mismo momento de la promulgación de la ley de reforma de 1904, la conducta de: "Los que cooperen o protejan públicamente la prostitución... participando de los beneficios de este tráfico..." conducta esta típica de los dueños o encargados de casas de prostitución (en el mismo sentido QUINTANO, comentarios II (1946), 277), hasta la promulgación del DL. de 1956 no hemos encontrado ninguna sentencia del TS. en la que se castigue a un dueño de tales casas por tal concepto, siendo apreciado únicamente ese carácter de dueño o encargado a los efectos de la presunción de habitualidad cuando se trataba de supuestos relativos a menores de veintitrés años. en este último sentido pueden verse, entre otras, las STS de: 6 de Abril de 1910 JurCri 143 (1910); de 19 de Abril de 1911 JurCri 153 (1911); de 8 de Mayo de 1912 JurCri 243 (1912); de 5 de Diciembre de 1923 JurCri 110(1923); de 5 de Abril de 1926 JurCri 137 (1926); de 27 de Abril de 1929 JurCri 90(1929); de 20 de Octubre de 1931 JurCri 63 (1931); etc.

(5).- Tras la promulgación del citado DL., empezamos a encontrar abundantes sentencias del TS. en que se sanciona, como conducta de cooperación lucrativa a la prostitución de mayores de veintitrés años, el hecho de ser dueño o encargado de una casa de lenocinio. En ese sentido pueden verse las STS de: 27 de Septiembre de 1958 JurCri 791(1958); de 17 de Diciembre de 1958 JurCri 1159(1958); de 24 de Enero de 1959

bien no modifica formalmente el tenor del Código, si viene a constituirse en un elemento indispensable para una real aplicación de las previsiones contenidas en el mismo.⁽⁶⁾

Visto lo que antecede, y antes de entrar en el examen concreto de la regulación penal que esta ley de reforma establece, vamos a hacer una precisión de orden sistemático.

Como queda dicho, esta regulación llega, con algunas variaciones hasta nuestros días. Pues bien; si nos limitamos al período comprendido entre la ley de reforma tantas veces citada, y la promulgación del DL. de 1956, observaremos que las modificaciones que se operan son mínimas.⁽⁷⁾ Por é ello, y con

(5).-(cont.)JurCri 69 (1959); de 12 de Febrero de 1959 JurCri 155(1959); etc., situación ésta que va a constituir una constante a partir de este momento. Así, entre muchas otras pueden verse las STS de: 18 de Enero de 1961 JurCri 50 (1961); de 11 de Noviembre de 1961 JurCri 1062 (1961); de 12 de Febrero de 1962 JurCri 169(1962); etc.

(6).- En ese mismo sentido se manifestaba QUINTANO al señalar: "La disposición ((art. 431-2º)) no es más que una romántica concesión a los anhelos abolicionistas proclamados en los convenios internacionales de París, de 1902, 1904 y 1910, y en Ginebra, en Diciembre de 1923; pero sin una abolición efectiva y a fondo, estas medidas están llamadas a quedar forzosamente en letra muerta, al menos en la inmensa mayoría de los casos" comentarios II (1946), 277.

(7).- Para ser exactos, no hay variaciones destacables hasta la promulgación del Código Penal Texto Revisado de 1963, si excluimos el CP de 1928, que constituye una excepción, si quiera parcial, de lo que decimos dado el carácter especial que tiene este Código como es de todos conocido. No obstante, las variaciones que introduce este Código, de una parte

el fin de evitar repeticiones innecesarias vamos a examinar en este capítulo que ahora iniciamos, toda la doctrina y la jurisprudencia correspondiente a los CC.PP de 1870 (reformado por ley de 1904), 1928, 1932 y 1944, y dejaremos para el último epígrafe del mismo únicamente la reseña de las variaciones, que con respecto al texto recogido en la ley de 21 de Julio de 1904, pueden encontrarse en los tres últimos Códigos citados.

En otro orden de cosas, recordemos aquí que, a partir de esta ley de reforma, se va a consagrar en el Código Penal la ruptura de la homogeneidad en cuanto al título de imputación de estas conductas, según se refieren a mayores o a menores de veintitrés años, pues, mientras la sanción de las primeras el legislador la va a reconducir al capítulo del Escándalo Público, la de las segundas, las va a tipificar en el capítulo del Estupro y Corrupción de menores. Esta ruptura va a perdurar hasta la reforma de 1963^(7 bis) y va a plantear algunos problemas interpretativos a los que haremos oportuna referencia.

(7).- cont.) no resultan esenciales, y de otra no tienen continuidad en Códigos posteriores, por lo que nos limitaremos a dejar constancia de ellas en su lugar oportuno.

(7 bis).- Debemos reseñar que el CP de 1928 va a constituir de nuevo una excepción, aunque parcial, de lo que decimos, ya que en él las conductas relativas a la prostitución van a verse agrupadas en un capítulo, el II del Título X, que va a recoger los: Delitos relativos a la prostitución. Ahora bien; esta agrupación tampoco es total en este Código, ya que las conductas relativas a la prostitución o corrupción de menores de 18 años los lleva al Capítulo IV del Título XV

2. REGULACION LEGAL.

Como queda reiteradamente indicado, la ley de reforma de 1904 distingue entre conductas relativas a la prostitución de mayores de veintitrés años, y conductas relativas a la prostitución o corrupción de menores de esa edad. Las primeras las reconduce -en la medida en que las considera delictivas- al capítulo III del Título IX, que se corresponden, como de todos es sabido, respectivamente, con Delitos de escándalo público y Delitos contra la Honestidad; las segundas, las reconduce al capítulo IV del mismo Título referente a Estupro y corrupción de menores.

De otra parte modificó también el tenor del artículo 466, incluido dentro del capítulo VI que contiene las disposiciones comunes.

Estos artículos ya reseñados, junto con el artículo 465, que no sufre variación alguna, y la falta prevista en el nº 2 del artículo 596, que tampoco se modifica, constituyen la regulación penal del tema que nos ocupa y que pasamos a recoger a continuación.

(7 bis).-(cont.) que tratan, respectivamente, de los Delitos contra la honestidad y la moralidad de los menores, y de los Delitos cometidos contra los menores.

TITULO IX: Delitos contra la honestidad.

Capítulo III: Delitos de escándalo público.

Art. 456.- Incurrirán en la pena de arresto mayor, reprensión pública, multa de 500 a 5000 ptas. e inhabilitación temporal para cargos públicos:

1º.- Los que de cualquier modo ofendan al pudor o a las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código.

2º.- Los que cooperen o protejan públicamente la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera del Reino, participando de los beneficios de este tráfico o haciendo de él modo de vivir.

3º.- Los que, por medio de engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio coactivo determinen a persona mayor de edad a satisfacer deseos deshonestos de otra, a no ser que al hecho corresponda sanción más grave con arreglo a este Código.

4º.- Los que, por los delitos indicados en el número anterior, retuvieren contra su voluntad en prostitución a una persona, obligándola a cualquier clase de tráfico inmoral, sin que pueda excusarse la coacción alegando el pago de deudas contraídas, a no ser que sea aplicable al hecho lo dispuesto en los artículos 495 y 496.

Los responsables criminalmente de los delitos comprendidos en los tres números anteriores, que fueran de las personas señaladas en el artículo 465, incurrirán en la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio, en vez de la de arresto mayor.

Serán aplicables totalmente las sanciones de este artículo a los delitos por él previstos, aun cuando alguno de los hechos que les constituyan se ejecuten en país extranjero.

Pero en este caso no se castigará en España cuando el culpable acredite haber sido penado por los ejecutados en el Reino y cumplida condena.

Capítulo IV: Estupro y corrupción de menores.

Art. 459.- Incurrirán en la pena de prisión correc-

cional en sus grados mínimo y medio, inhabilitación temporal absoluta para el que fuere autoridad pública o agente de ésta y multa de 500 a 5000 pesetas.

1º.- El que habitualmente promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona menor de veintitrés años.

2º.- El que para satisfacer los deseos de un tercero, con propósitos deshonestos, facilitare medios o ejerciera cualquier género de inducción en el ánimo de menores de edad, aun contando con su voluntad, y el que mediante promesas o pactos, le indujere a dedicarse a la prostitución, tanto en territorio español como para conducirla con el mismo fin al extranjero.

Se impondrá la pena inmediatamente superior en grado a los culpables señalados en el artículo 465.

3º.- El que con el mismo objeto ayude o sostenga con cualquier motivo o pretexto la continuación de la corrupción o la estancia de menores en casas o lugares de vicio.

A los delitos previstos en este artículo será aplicable, en su caso, lo dispuesto en los dos últimos párrafos del segundo del nº 4 del art. 456.

La persona bajo cuya potestad legal estuviere un menor, y que, con noticia de la prostitución o corrupción de éste, por su permanencia o asistencia frecuente a casas o lugares de vicio, no le recoja para impedir su continuación en tal estado y sitio, y no lo ponga en su guarda, o a disposición de la autoridad si careciese de medios para su custodia, incurrirá en las de arresto mayor e inhabilitación para el ejercicio de cargos de tutela, y perderá la patria potestad o la autoridad marital, si las tuviere, sobre el menor que diere ocasión a su responsabilidad.

Capítulo VI: Disposiciones comunes a los capítulos anteriores.

Art. 465.- Los ascendientes, tutores, curadores, maestros y cualesquiera personas que con abuso de autoridad o encargo cooperaren como cómplices a la perpetración de los delitos comprendidos en los cuatro capítulos precedentes, serán penados como autores.

Los maestros o encargados en cualquier manera de la educación o dirección de la juventud, serán además condenados a la inhabilitación temporal especial en su gra-

do máximo a inhabilitación perpetua especial.

Art. 466.- Los comprendidos en el artículo precedente y cualesquiera otros reos de corrupción de menores en interés de tercero, serán condenados también a la interdicción del derecho de tutela y del de pertenecer a consejo de familia.

La Autoridad gubernativa podrá depositar en albergue especial o en otro lugar adecuado al menor de edad que hallare en estado de prostitución o corrupción deshonestas, si se encontrare en él, sea o no por su voluntad, con anuencia de sus padres, tutor o marido, careciese de ellos o éstos le tuvieran en abandono y no se encargaren de su custodia.

La Autoridad que acuerde el depósito dará conocimiento de él a la judicial en el término de veinticuatro horas, para lo que a sus atribuciones corresponda.

El Ministerio Fiscal solicitará, y la Autoridad judicial acordará, en los casos expresados en el párrafo anterior, la suspensión de la potestad paterna, materna o tutelar y el nombramiento de un protector del menor, que recaerá en persona, individual o colectiva, que inspire confianza de ejercer funciones tutelares, de procurar la enmienda del menor y de apartarle del peligro de la liviandad o perversión de costumbres, aunque para ello ello se requiera su permanencia en establecimiento destinado a tales fines.

El depósito y el protector cesarán cuando el protegido llegue a la mayor edad o sea provisto de tutor por los medios ordinarios.

LIBRO TERCERO: DE LAS FALTAS Y SUS PENAS.

TITULO II: De las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones.

Art. 596.- Serán castigados con multa de 5 a 25 pesetas y reprensión:

2º.- Los que infringieren las disposiciones sanitarias de policía sobre prostitución.

3. SUPUESTOS RELACIONADOS CON MENORES DE VEINTITRES AÑOS.

3.1 BIEN JURIDICO.

No resulta sencillo determinar cuál es el bien jurídico en estos delitos, ya que su ubicación sistemática -dentro del capítulo correspondiente al Estupro y corrupción de menores- de una parte, y la duplicidad de base inculpativa -prostitución corrupción- por otra, nos dificulta precisar el alcance de los mismos.

Por otra parte, en el artículo 459 se encuentran dos figuras en principio distintas, la contenida en el conjunto del artículo -si exceptuamos el último párrafo-, que denominaremos de cooperación a la prostitución o corrupción de menores y la contenida en el último párrafo, relativa a determinadas formas de cooperación pasiva a esa prostitución o corrupción.⁽⁸⁾ Dada la aparente diversidad existente entre ellas, en principio, el estudio del bien jurídico de la segunda, lo realizaremos con posterioridad e independencia del correspondiente a la primera.

En orden a la determinación de estos bienes jurídicos, vamos a proceder, aunque ello suponga adelantar algunos

(8).- Al hablar de cooperación pasiva, nos estamos refiriendo a aquellos supuestos en que tal cooperación no es intencional, sino que es el resultado de la actitud meramente pasiva del que no ha provocado la situación, pero que tampoco hace nada (pudiendo hacerlo) para evitar que tal situación se prolongue.

extremos que tendrán un mejor, más extenso y más adecuado tratamiento en epígrafes posteriores, a la delimitación del alcance ambos supuestos.

Como queda dicho,⁽⁹⁾ y el propio legislador expresamente reconoce, la reforma de estos artículos se produce al no acomodarse el texto del antiguo art. 459, a lo acordado en la Conferencia Internacional de París, y con el fin de darle a este y a otros artículos el alcance previsto en la misma.⁽¹⁰⁾

La Conferencia, por su parte, señala que debe ser castigado cualquiera que para satisfacer las pasiones de otro...⁽¹¹⁾ Esto es, está haciendo referencia a la punición de conductas de tercería. Coherente con esto, el legislador español, en la Exposición de Motivos del Proyecto del Congreso, señala:

"El delito cuya represión se persigue en el proyecto pendiente del Congreso es el de reclutamiento e inducción a la prostitución para satisfacer las pasiones de un tercero, bien por medio de engaños o violencias que oculten a la mujer el objeto a que se la destina, o la fuercen a consentir en él, bien corrompiendo su juventud y prevaleciéndose de la ignorancia aneja a ella!"⁽¹²⁾

(9).- Vid supra pag. 240

(10).- senado, Apéndice 5º al nº 70. 10 de Noviembre de 1903.
1/A.

(11).- Vid el art. 1º del Proyecto de Convenio en Apéndice nº4.

(12).- congreso, Apéndice 5º al nº 150. 22 de Marzo de 1904.
2/A. (el subrayado es nuestro).

Esto supone que, cuando menos intencionalmente, lo que el legislador pretende es tipificar conductas de tercería, o, dicho de otro modo, lo que trata de tipificar es lo que denominábamos delito de lenocinio:⁽¹³⁾ en todo caso -cuando recae sobre menores de veintitrés años-, o solo cuando la voluntad resulte viciada -si se trata de mayores de esa edad.

Supuesto lo que antecede, la cuestión se reduce, en principio, a determinar si, en el texto definitivo de la ley de reforma, la voluntad legis resulta coincidente con la voluntas legislatoris, ya que en caso afirmativo nuestro problema queda resuelto, ya que el bien jurídico protegido, en ese tipo de delitos es de naturaleza social.^(13 bis)

Como tendremos ocasión de ver en su lugar correspondiente, de los tres supuestos que contiene el que hemos denominado delito de cooperación a la prostitución o corrupción

(13).- Sobre el concepto y características del delito de lenocinio vid. en el capítulo preliminar los epígrafes correspondientes.

(13 bis).- En efecto, como hemos señalado en el capítulo preliminar, en el delito de lenocinio, la conducta que resulta relevante es la que realiza el sujeto activo, con independencia de su repercusión real en el sujeto sobre el que recae. El bien jurídico protegido en este delito es la moral sexual colectiva que se ve lesionada por el hecho de que un sujeto se dedique a tales labores.

de menores, únicamente el contenido en el nº 1º no hace referencia expresa al hecho de que la conducta en cuestión deba realizarse para satisfacer los deseos ajenos.⁽¹⁴⁾ Es más, si lo analizamos detalladamente, veremos que nada se opone a que con base en él puedan sancionarse conductas realizadas para satisfacer los propios deseos,⁽¹⁵⁾ siempre supuesto que se dé la

(14).- En efecto, el número 1 del art. 459 solo habla del que habitualmente promueve, favorezca o facilite..., mientras que el número 2 habla del que para satisfacer los deseos de un tercero..., y el que indujere a dedicarse a la prostitución.., idea ésta que por el mismo carácter de la prostitución implica una tercería, si bien a favor de tercero indeterminado, y por fin el nº 3 señala el que con el mismo objeto ayude o sostenga... la continuación de la corrupción y como veremos posteriormente, con el mismo objeto debemos entenderlo para satisfacer deseos de tercero.

(15).- En sentido similar CUELLO, dice: "podrán también constituir este delito todos los actos de facilitación o de promoción de la corrupción encaminados a satisfacer la propia sensualidad" penal II, (8ª Ed.), 570. Entendemos que este autor, al hacer este comentario, da por supuesto la existencia de la habitualidad ya que caso contrario, su interpretación iría contra la literalidad del precepto que la exige. PUIG PEÑA, afirma, como cuestión resuelta por el TS. que tal conducta puede ser en orden a satisfacer los deseos de un tercero, o para satisfacer la propia sexualidad, penal IV, (4ª Ed.), 57. Discrepamos de tal opinión, pues si bien compartimos la idea de que nada hay en el Código que impida aplicar este primer número al que satisface sus propios deseos, la jurisprudencia del TS, en la época que comentamos, y a la que él hace referencia, sostiene de forma mayoritaria lo contrario. Vid entre otras: STS. de 29 de Marzo de 1887 JurCri 247(1887); de 17 de Febrero de 1917 JurCri 34(1917); 29 de Octubre de 1926 JurCri 75(1926); de 10 de Enero de 1951 JurCri 12(1951); etc. En sentido contrario STS de 25 de Enero de 1908 JurCri 49(1908) señala que el único requisito que señala el 459 es el de la habitualidad (el recurso fué porque el jurado no había afir-

habitualidad que el número citado exige. Esto supone que, por lo menos en lo que respecta a este número, la coincidencia de voluntades que buscábamos, no se dá. Ahora bien; pese a lo que acabamos de indicar, la interpretación que se va a hacer, de modo mayoritario, del alcance del mismo, va a considerarlo referido únicamente a supuestos de tercería habitual,⁽¹⁶⁾ lo que implica que en la práctica, la coincidencia de voluntades sí se produce.

De lo expuesto, podemos deducir que la conducta que básicamente tipifica el legislador en el precepto que nos ocupa, es la de tercería o lenocinio, y que, aún admitiendo que el número primero puede utilizarse para sancionar la conducta

(15).-(cont.) mado que fuese para satisfacer deseos ajenos) y también la STS de 26 de Mayo de 1956, que reviste mayor interés, ya que recoge el supuesto de un sujeto que para satisfacer sus propios deseos, captaba en la calle, con obsequios, a mujeres menores de edad, a las que conducía a su domicilio y con las que realizaba actos libidinosos. El TS. señala que es punible en el art. 438-1º: "Toda vez que de modo habitual y con prácticas de aquellas, contribuía o promovía esencialmente la corrupción moral y honesta de estas mujeres!" JurCri 490 (1956).

(16).- En este sentido, son sumamente gráficas las palabras de QUINTANO cuando dice: "Es cierto que, en el nº 1º del artículo 438, ((está haciendo referencia al CP. de 1944 de idéntico contenido)) la condición de tercería no se exige en la letra del precepto, pero el espíritu es ese, a no dudar, y si no lo es el de la ley, lo es el de los tiempos y el ambiente social, omnipotentes en la materia, como ya se dijo al comentar el artículo 431. La condición de habitualidad que se requiere implica, por otra parte, una especie de profesionalismo, que ahuyenta todas las dudas que pudieran haber" comentarios II, (1946), 288-9.

del que corrompe menores para satisfacer sus propios deseos, tal comportamiento sólo será punible en el caso de que se trate de una conducta habitual.

Si a lo dicho añadimos que lo relevante no es el prostituir o corromper, sino el promover, facilitar, inducir, etc., la prostitución o corrupción de un menor,⁽¹⁷⁾ que la conducta típica, para su consumación, no requiere la real prostitución o corrupción del menor,⁽¹⁸⁾ que el cliente -cooperador básico en la prostitución o corrupción- va a quedar impune,⁽¹⁹⁾ que resulta indiferente -a los efectos de este delito- que el menor esté o no previamente prostituido o corrompido,⁽²⁰⁾ etc., debemos concluir que el supuesto que comentamos no es un autén

(17).- En ese sentido CUELLO, penal II, (8ª Ed.), 570-1; Circular de la FTS. de 18 de Julio de 1903; y, entre muchas otras las STS. de 31 de Enero de 1906 JurCri 60(1906); de 7 de Diciembre de 1917 JurCri 132(1917); de 18 de Marzo de 1925 JurCri 76(1925); de 25 de Junio de 1934 JurCri 283 (1934); de 15 de Junio de 1953 JurCri 414(1953); etc.

(18).- En ese sentido: STS de 25 de Noviembre de 1910 JurCri 175(1910); 1 de Julio de 1918 JurCri 2(1918); de 31 de Enero de 1929 JurCri 96(1929); etc. SANCHEZ TEJERINA, penal II, 317.

(19).- En el mismo sentido QUINTANO, comentarios II, (1946), 288; PUIG PEÑA, penal IV, (4ª Ed.), 56. En sentido contrario, RODRIGUEZ DEVESA, que reconoce, no obstante sostener una posición minoritaria, corrupción 823-4.

(20).- En ese sentido CUELLO, penal II, (8ª Ed.), 570; QUINTANO, comentarios II, (1946), 289; SANCHEZ TEJERINA, penal II, 317; etc.

tico delito de corrupción de menores⁽²¹⁾ por más que el título del capítulo, y un amplísimo sector de la doctrina,⁽²²⁾ así lo denominen, sino que estamos, básica y fundamentalmente, ante un delito de lenocinio que recae, en estos supuestos, sobre menores, y que puede referirse lo mismo a casos de prostitución que a casos de corrupción. La diferencia entre las conductas tipificadas en la ley de reforma que comentamos, y las previstas en los códigos anteriores, queda reducida, por consiguiente, al hecho de que mientras en aquellas se sancionaban únicamente los que PACHECO, y un amplio sector de la doctrina, denominaban lenocinios cualificados,^(22 bis) en éstas se castigan todos los supuestos de lenocinio ejecutados sobre menores de edad.

Supuesto lo que antecede, debemos concluir que el bien jurídico, en este tipo de delitos, es de naturaleza emi-

(21).- Sobre el concepto y características del delito de corrupción de menores vid supra pag.47s.en el Capítulo Preliminar de este trabajo.

(22).- Por ser prácticamente una constante en nuestros autores vid por todos: QUINTANO, compendio II, 250; id. comentarios II, (1946), 288; CUELLO, penal II, (8ª Ed.), 569; SANCHEZ TEJERINA, penal II, 316, etc.

(22 bis).- PACHECO, código III; en el mismo sentido: VIZMANOS y ALVAREZ, comentarios, II, 382; VICENTE Y CARAVANTES, código, 404.

nentamente social,⁽²³⁾ en primer lugar, porque, como ya hemos indicado anteriormente, el bien jurídico del delito de lenocinio, ostenta esa naturaleza, y en segundo, porque de ser de

(23).- En el mismo sentido RODRIGUEZ DEVESA en ANTON ONECA-RODRIGUEZ MUÑOZ, penal II, 269; el mismo en corrupción, 818; CUELLO, al comentar los delitos de proxenetismo referido a mayores que estás recogidas en el capítulo del Escándalo público señala: "No se encuentran aquí en el capítulo de los Delitos de escándalo público todos los delitos relativos a la prostitución, una parte de ellos se ha agrupado, sin que nada justifique semejante separación, en lugar aparte en el capítulo..." penal II, (8ª Ed.), 547-8, (el subrayado es nuestro) de donde parece deducirse que el bien jurídico en ambos es el mismo, por lo que siendo en el delito de Escándalo público de naturaleza social, y no manifestándose expresamente en relación con el supuesto que nos ocupa habría que entender que lo estima también social. SANTALO, señala un doble bien jurídico en los delitos de trata, el derecho de dignidad personal y el derecho de la sociedad a que se mantenga la moralidad pública, trata, 241-2. La STS. de 7 de Diciembre de 1917 habla de ataques a los respetos a la familia y a las consideraciones sociales. Tajantemente la de 27 de Febrero de 1941: "Que la defensa de la moralidad pública, objeto de la tutela penal en el delito de corrupción de menores..." JurCri 278 (1941). La de 19 de Marzo de 1964: "...tanto en el delito de escándalo como en los de prostitución, en los textos legales que los tipifican sobre presupuestos de pluralidad, el bien jurídico protegido es un sentimiento social de honestidad y no el privado de cada persona, que salvo en casos de inducción o corrupción ab initio, no puedan concebirse como sujetos pasivos en el sentido que lo son los de otros delitos individualizables, cual los de violación... valiendo en los de escándalo o prostitución como efectivo sujeto pasivo la comunidad herida en sus valores morales colectivos" JurCri 974(1964). En contra: PUIG PEÑA: "El delito de corrupción de menores se integra por todos aquellos actos que tienden a quebrantar la moral de los menores de edad" penal IV, (4ª Ed.), 54. También STS, de 10 de Febrero de 1943: "...fue lesionada en su personalísimo derecho de honestidad..." Aranz. 177(1943); de 2 de Diciembre de 1944: "...tienden a velar por la moralidad de los jóvenes" Aranz. 1311(1943); de 6 de Marzo de 1946: "... cada

naturaleza individual -la honestidad personal, la moralidad individual, etc.- no se entiende que el cliente quede impune, ni que la conducta sólo sea punible si se realiza con habitualidad o para satisfacer deseos de tercero, ni que resulte indiferente el hecho de que el menor esté ya prostituido o corrompido.

Podría argumentarse que el legislador no ha pretendido sancionar todas las conductas que atentan contra la honestidad individual, sino las más graves, sobre todo teniendo en cuenta que, en ciertos casos, cabe recurrir siempre a los delitos de violación, estupro, abusos deshonestos, etc. Pero a nuestro entender, ésto solo obviaría alguna de las dificultades que hemos señalado,⁽²⁴⁾ pero dejaría subsistentes otras,⁽²⁵⁾

(23).- (cont.) una de las víctimas sufre lesión independiente de las otras en su personal honestidad! Aranz. 372(1946); etc., entre otras.

(24).- Así podríamos considerar que solo sanciona los supuestos de habitualidad o tercería por estimarlos los más graves, y que la impunidad del cliente se basa en que él no realiza actos directos, sino que se limita a recoger el fruto de un trabajo, el del intermediario, que él no ha provocado.

(25).- Resultaría contradictorio que por un lado pretenda castigar solo las conductas más graves, y por otro amplíe los tipos considerando que el delito se consuma con la realización de los meros actos de promoción favorecimiento, etc. sin necesidad de una real lesión del bien jurídico, ya que no es preciso en orden a la consumación que la prostitución o corrupción se haya consumado.

fundamentalmente la de determinar qué bien jurídico individual, pretende proteger el legislador al sancionar a la persona que para satisfacer deseos deshonestos de un tercero, facilita medios a un menor ya prostituido o corrompido.

Por el contrario, si admitimos que estamos ante un bien jurídico de carácter social, desaparecen las dificultades que reseñábamos, pues, entonces, lo que vulnera ese bien jurídico, no es el hecho de que los menores estén prostituidos o corrompidos, ya que ese dato es indiferente a los efectos de estos supuestos, sino la existencia de sujetos que habitual u ocasionalmente realizan labores de tercería, conducta en la que por otra parte no incide el mero cliente, que por lo tanto queda impune.

Lo que antecede, no impide que en determinados casos, en particular en aquellos en los que se trata de menores aún no prostituidos o corrompidos, estos supuestos cumplan una misión de protección indirecta de un bien jurídico de orden individual, pero entendemos que no es esa su finalidad primaria.

En resumen, podríamos fijar el bien jurídico protegido en estos supuestos, en el interés que tiene la Sociedad en que las relaciones sexuales y las manifestaciones de la sexualidad se realicen en condiciones que no vulneren la moral sexual colectiva, esto es, conforme a las normas y usos sociales, en materia sexual, reconocidos por un determinado grupo

social. (25 bis)

Desde este punto de vista, conculca este bien jurídico, el que una persona coopere a la prostitución o corrupción de otra, menor de veintitrés años, bien sea promoviendo, favoreciendo o facilitando habitualmente la misma, o bien sea haciéndolo en cualquier vez u ocasión, en favor de un tercero cuyos deseos deshonestos pretende satisfacer, incluso en el caso en que se trate de un tercero indeterminado. (26)

(25 bis).- Desde este punto de vista, es importante reseñar aquí que, como el legislador español en la nueva regulación que hace del tema que nos ocupa se adelanta a las normas y usos sociales en materia sexual imperantes en su grupo social (no olvidemos que la sociedad española de la época es totalmente reglamentarista y que admite con facilidad incluso la presencia de menores en casas de prostitución) la aplicación real de estas normas va a sufrir bastantes impedimentos. En este sentido pueden verse los editoriales publicados en BolePatro 52-52(1912)1-2; BolePatro 78(1916) 61-3; los comentarios de LALIGA Y ALFARO en honestidad, 49-52; prostitución, 81-3; memoria, 45-51; los de RODRÍGUEZ DE LA PRESA que llega a afirmar: "pero el mal estriba en que esa ley solo se tiene incluida en el Código al mismo efecto que la espada guarnecida de pedrería que se regala a un militar, para ostentarla y no usarla, ya que los hechos demuestran, en este como en otros muchos casos, que existen preceptos redactados, al parecer, con el único propósito de dar trabajo a las imprentas" delitos, 67; COSSIO, por su parte, denuncia, como otros muchos, la lenidad de los Jurados para castigar esta clase de delitos. trata, 124; etc.

(26).- Nos referimos aquí a los supuestos en los que se lleva a un menor a una casa de prostitución o se le retiene en la misma, pues, aunque en estos casos no se trate de satisfacer los deseos de un tercero determinado, evidentemente se trata de satisfacer los deseos del primero que a la casa concurra y solicite a esa menor.

La segunda figura a que hacíamos referencia, la recogida en el último párrafo del artículo 459, va a plantear - nos algún problema más. GROIZARD lo califica como un borrón dejado caer en nuestro Código por la ley de 21 de Julio de 1904,⁽²⁷⁾ y añade:

"Tal conglomerado de ideas no es susceptible de producir una imputación penal... Sin violación de un derecho no hay delito!" (28)

Ciertamente, resulta difícil la delimitación del bien jurídicamente protegido, ya que lo que sanciona el legislador en este supuesto, no son conductas activas, sino omisivas o pasivas.⁽²⁹⁾ Es más, ha de tratarse de una conducta pasiva que no tenga como finalidad promover o facilitar la prosti-

(27).- GROIZARD, código V, 228.

(28).- ib. 229.

(29).- Así PUIG PEÑA habla de: "la omisión del cumplimiento del deber que tienen estas personas de impedir la continuación de la corrupción del menor" penal IV, (4ª Ed.), 59; RODRIGUEZ DEVESA señala que es: "El deber omitido es el de asistencia moral que incumbe a las personas mencionadas" en ANTON ONECA-RODRIGUEZ MUÑOZ, penal II, 270; SANCHEZ TEJERINA indica que se trata de: "la omisión de la obligación que tienen las personas patria potestad o autoridad marital para impedir la continuación de la prostitución del menor o la asietencia frecuente a casas o lugares de vicio" penal II, 318; CUELLO precisa que lo que se pena es: "meramente la actitud pasiva de no recogerles... y la de no ponerles en su guarda o a disposición de la autoridad" penal II, (8ª Ed.), 576, etc.

tución o corrupción del menor, o su permanencia en tal estado, ya que en este caso su tipificación no tendría lugar en este precepto, sino en alguna de las figuras antes citadas.⁽³⁰⁾

El tema se complica ya que el legislador no castiga, en este supuesto, todos los casos en los que la persona con potestad legal sobre el menor, y que sabe de su estado de prostitución o corrupción, se abstiene de intervenir, sino sólo aquellos en los que la prostitución o corrupción del menor, deriva, precisamente, de su asistencia o permanencia en casas o lugares de vicio.

Con el fin de aclarar este punto, y aunque como hemos dicho antes, ello supone adelantar algunas ideas que tendrán su desarrollo posteriormente,⁽³¹⁾ debemos señalar que la explicación de esta, por lo menos aparente dificultad, radica, a nuestro entender en lo siguiente: El legislador español se debate, en el momento de la reforma, en dos frentes, de una parte, fiel a lo convenido en la Conferencia de Paris, trata de castigar todas las conductas relativas a la promoción o

(30).- En el mismo sentido QUINTANO, compendio II, 251-2; sentido similar puede deducirse de las palabras de CUELLO cuando señala: "Pénase aquí no el hecho de cooperar o sostener de cualquier manera el estado de corrupción o la estancia de menores en casas de prostitución, sino meramente la actitud pasiva de no recogerles para impedir..." penal II, (8ª Ed.), 576. En la misma línea puede verse la STS de 31 de Diciembre de 1909 JurCri 222(1909).

(31).- Vid infra pag. 360-75.

favorecimiento de la prostitución o corrupción de menores, (32) y de otra, la realidad social del momento le lleva a reglamentar la prostitución. (33)

Con el fin de limitar al máximo las consecuencias de esta reglamentación, y coherente con sus planteamientos, el legislador español va a considerar inadmisibile la presencia de menores en casas de prostitución o en lugares en los que ésta -o la corrupción- se llevan a cabo y por ella va a tratar de sancionar todas aquellas conductas que supongan una cooperación a la concurrencia o permanencia de menores en tales sitios. Así, sanciona la conducta de los que admiten menores en

(32).- Así en el artículo 1º del Proyecto de Convenio se establece que debe ser castigado cualquiera que para satisfacer deseos de un tercero, reclute, arrastre o corrompa, incluso con su consentimiento a menores. (vid el texto completo en Apéndice 4º), y el propio DREYFUS, en su rapport como representante de la comisión legislativa de la Conferencia, señala que la menor es res sacra, que la ley debe defender incluso contra su propia debilidad (DREYFUS, rapport PARIS (1902), 123, ideas éstas que hace suyas el legislador español que señala: "De prevalecer, como es de esperar la reforma propuesta, no solo quedará penado, como hasta aquí, el hecho de dedicarse habitualmente a excitar, favorecer o facilitar la prostitución o corrupción de menores, sino el verificarlo en cualquier vez u ocasión, sea por la persona que sea, y aunque la menor consienta en ello, pues la ley, que niega al menor de edad el derecho a contratar y a disponer de sus bienes, no puede reconocérselo para disponer de su persona y prostituirse" congreso Apéndice 5º al nº 150. 22 de Marzo de 1904. 2/8.

(33).- vid infra pag. 472-7.

casas de prostitución, de los que les inducen a concurrir a ellas, y de los que meramente, y con cualquier excusa, mantienen la estancia de los mismos en tales casas. (33 bis)

Esto supuesto, entendemos que es en esta línea en la que hay que interpretar el precepto que nos ocupa. En efecto, el legislador, que en los preceptos anteriores ha sancionado ya los casos de cooperación intencional, activa u omisiva -esto es, aquellos supuestos en que el sujeto activo con su acción o con su omisión coopera de un modo consciente- a la prostitución o corrupción de menores, incrimina en éste la conducta de aquellas personas que, sin haber intervenido -ni intervenir- para nada en el estado de prostitución o corrupción de un menor sobre el que ajercen potestad legal, sabiendo que el mismo concurre, o permanece, en casas de prostitución o lugares de vicio -lo que ha provocado su estado de prostitución o corrupción-, no interviene para sacarlo de tal lugar y sitio.

Lo relevante, para este supuesto, es, por consiguiente, el no sacar al menor de dichas casas o lugares de corrupción, con lo que el precepto que comentamos viene a cerrar el círculo establecido por el legislador con el fin de evitar la presencia de menores en tales sitios.

Si ésto es así, como entendemos que lo es, el bien

(33 bis).- Vid los n.ºs. 1º y 3º del art. 459.

jurídicamente protegido en este precepto, es primordialmente de carácter social o colectivo, y podríamos fijarlo en la moral sexual colectiva, que resulta vulnerada con la presencia de menores en casas de prostitución o lugares de vicio.^(33 ter.)

De lo dicho, se deduce, que pese a la aparente disparidad que al principio señalábamos, entre el supuesto que nos ocupa, y los recogidos anteriormente, el bien jurídico que se protege en todos ellos es básicamente el mismo.

3.2 EL DELITO DE COOPEACION A LA PROSTITUCION O CORRUPCION.

3.21 LA CONDUCTA BASICA.

La Conferencia Internacional de Paris señaló, como queda dicho,⁽³⁴⁾ la necesidad de castigar a todo el que coope- rase a la corrupción o prostitución de otra persona para satisfacer los deseos ajenos, si bien distinguía entre mayores y menores, limitando los supuestos de punición en el primer caso y por el contrario, señalando la necesidad de sancionar en to -

(33 terc.).- Al igual que hemos señalado en la nota (25 bis), la disparidad existente entre lo que pretende el legislador y la realidad social de la época, va a llevar a que la aplicación de este precepto -por lo menos en lo que muestra su reflejo en la jurisprudencia del TS.- va a ser muy escasa. (Como puede verse en el Apéndice 3º, no hemos localizado más que cinco sentencias del TS en las que se haga referencia a este tema, en un período de más de 50 años.)

(34).- Vid supra cap. III epígrafe 2.2. pags. 208-19.

do caso tal conducta en el segundo. (35)

El legislador español sigue estrictamente esa línea, y así, castiga los supuestos relativos a la prostitución o corrupción de menores en favor de tercero en cualquier caso. En ese sentido se manifiesta al decir:

"De prevalecer, como es de esperar, la reforma propuesta, no sólo quedará penado, como hasta aquí, el hecho de dedicarse habitualmente a excitar, favorecer o facilitar la prostitución o corrupción de menores, sino el de verificar en cualquier vez u ocasión, sea por la persona que sea, y aunque la menor consienta en ello, pues la ley, que niega al menor de edad el derecho a contratar y a disponer de sus bienes, no puede reconocerlo para disponer de su persona y prostituirse!" (36)

Ahora bien; a la hora de articular la reforma, en lugar de crear un tipo de nuevo cuño en el que se recoja la totalidad de la conducta punible relativa a manores, al estilo de la Conferencia de París, (37) o de la ley de reforma del Código Penal francés, (38) opta por añadir al tipo ya existente,

(35).- La sanción debe imponerse incluso en el caso de que la persona menor consienta, pues como señala DREYFUS: "La mineure n'a pas l'exercice complet de son libre arbitre: elle est res sacra; la loi doit la défendre meme contre sa faiblesse" rapport, PARIS (1902) 123.

(36).- congreso, Apéndice 5º al nº 150. 22 de Marzo de 1904.2/B.

(37).- Vid art. 1 del Proyecto de Convención Apéndice 4º.

(38).- Vid art. 334-2º transcrito ut supra pag. 243.

en párrafos sucesivos, aquellas conductas que considera que -pactadas y convenidas en Paris- no se encuentran recogidas en el Código Penal español.⁽³⁹⁾

Esto supone que el artículo 459 debemos considerarlo encaminado, en su conjunto, a sancionar cualquier conducta de cooperación a la prostitución o corrupción de menores para satisfacer deseos de tercero, siendo los distintos números que lo componen modalidades concretas de esa conducta básica. O, dicho de otro modo, el legislador, en lugar de formular un tipo con carácter general lo que hace es tipificar las distintas modalidades en que puede plasmar esa conducta básica.

3.22 MODALIDADES DESCRITAS EN EL CODIGO.

3.221 SUPUESTOS DE COOPERACION HABITUAL.

Son los que prevé el número primero del artículo 459 que dice:

(39).- Tal vez el motivo de utilizar esta técnica, a nuestro entender defectuosa, radica en dos razones fundamentales, la primera la de perturbar lo mínimo posible la jurisprudencia de la época, que al no variar la totalidad del texto, seguía siendo aplicable en su mayor parte, la segunda es asegurarse, por medio de la creación de tipos bastante casuísticos, la punición de unas conductas que, dado el carácter tolerante de la época, quizás hubiesen quedado impunes en el supuesto de haberse limitado el legislador a formular un tipo de carácter general.

"El que habitualmente promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona menor de veintitrés años!"

Esta primera modalidad recoge, a nuestro entender, lo que podríamos denominar casos de profesionalismo, esto es, el supuesto de sujetos que han hecho de las tareas de tercería su forma habitual de vida.⁽⁴⁰⁾

Podría señalársenos que si bien lo que antecede es cierto, no lo es menos que cabe también en este supuesto, sin forzar en absoluto su sentido, la figura del que habitualmente realiza la conducta tipificada pero para satisfacer sus propios deseos.⁽⁴¹⁾

Admitiendo la bondad de la observación, debemos señalar, de una parte, que los requisitos que se van a exigir para la apreciación de la habitualidad:⁽⁴²⁾ pluralidad de actos y pluralidad de personas, o estar al frente de una casa de prostitución, van a hacer que resulte problemática el encua -

(40).- En sentido similar CUELLO, penal II, (8ª Ed.), 570; SANCHEZ TEJERINA, penal II, 517; QUINTANO: "La condición de habitualidad que requiere implica, por otra parte, una especie de profesionalismo" comentarios II, (1946), 288-9; LANGLE, mujer, 484.

(41).- En el mismo sentido QUINTANO, compendio II, 251; CUELLO, penal II, (8ª Ed.) 570.

(42).- El estudio detallado de esta circunstancia lo realizaremos en el epígrafe siguiente. A él nos remitimos.

dramiento, en el tipo que nos ocupa, de esta conducta cuando está encaminada a satisfacer los propios deseos, y de otra, que aunque el Código explícitamente no lo señala, los antecedentes, la realidad social, etc., van a requerir que para que esa conducta sea punible, deba realizarse para satisfacer de deseos ajenos.⁽⁴³⁾ De hecho, la jurisprudencia del TS va a señalar en línea prácticamente constante hasta la reforma de 1963, que la conducta recogida en el nº 1 del artículo 459 ha de realizarse para satisfacer deseos de tercero.⁽⁴⁴⁾

(43).- En el mismo sentido QUINTANO dice: "Es cierto que, en el nº 1º del artículo 438, ((está haciendo referencia al Código Penal de 1944)) la condición de tercería no se exige en la letra del precepto, pero el espíritu es ese, a no dudarlo, y si no lo es el de la ley, lo es el de los tiempos y el ambiente social, omnipotentes en la materia" comentarios II, (1946), 288.

(44).- En ese sentido las ya citadas de 29 de Marzo de 1887 JurCri 247 de 1887; de 17 de Febrero de 1917 que señala: "...y si por una parte es evidente que no dedicándose... de modo habitual a este género de tercerías no puede considerársela comprendida en el nº 1 del expresado artículo..." JurCri 34(1917); de 29 de Octubre de 1926 JurCri 75(1926); de 10 de Enero de 1951 que taxativamente indica: "...que las pasiones sean ajenas y no propias..." JurCri 12(1951); etc. En sentido contrario la de 25 de Enero de 1908 que señala que el requisito de habitualidad es el único que requiere el nº 1 del 459 JurCri 49(1908). El valor de esta Sentencia es relativo, pues se trataba de un supuesto en el que el Jurado declaró como hechos probados que una mujer había promovido y favorecido habitualmente la prostitución de una menor en su casa de lenocinio. El recurso se interpuso porque el Jurado no había afirmado que fuese para satisfacer deseos ajenos. El TS afirma que al haber afirmado la habitualidad, como éste es el único requisito.... Entendemos que en este caso, aunque no fuera declarado ex-

En cualquier caso, la admisión de que tales conductas puedan realizarse para satisfacer los propios deseos, no reviste, a los efectos de la clasificación que hemos realizado ninguna importancia, pues sólo será punible, en el número que comentamos, si se realiza habitualmente, con lo que nos encontraríamos simplemente con que junto a la sanción de la tercería habitual, habría una sanción para el que habitualmente promueve, favorece o facilita la corrupción⁽⁴⁵⁾ de menores de veintitrés años para satisfacer sus propios deseos, figura ésta un

(44).- (cont.) presamente que se trataba de satisfacer deseos de tercero, este elemento quedaba claro, de una parte por ser la prostitución de esa menor lo que se promovía, y de otro por tratarse de una casa de lenocinio. Mucha mayor importancia reviste la STS de 26 de Mayo de 1956 en la que se sanciona la conducta de un sujeto que, para satisfacer sus propios deseos: "se dedicaba a realizar actos libidinosos en su domicilio con mujeres menores de edad, a las que captaba con obsequios en la calle" considerándola comprendida en el 438-1º del CP. ((CP. de 1944)): "toda vez que de modo habitual y con prácticas de aquellas contribuía o promovía esencialmente la corrupción moral y honesta de estas mujeres" JurCri 490(1956). El sentido del texto se manifiesta también QUINTANO al decir: "Otra característica que lo emparenta íntimamente con el proxenetismo es la de que el acto implique tercería, aunque, en rigor, la modalidad del nº 1 del 438 ((CP. 1944)), referido a la corrupción propiamente dicha y no a la prostitución, no obligue a tan restrictiva interpretación, que es, a pesar de todo, la prevalente" compendio II, 250-1.

(45).- Entendemos que no cabría hablar del que promueve, favorece o facilita la prostitución de menor de veintitrés años para satisfacer sus propios deseos ya que la libertad de acceso promiscuo que caracteriza la prostitución lo impide.

tanto chocante dado el conjunto de la regulación, pero que no la perturba excesivamente ya que, en cualquier caso, tampoco se trata de un delito de corrupción de menores, por lo menos en el sentido estricto que consideramos debe tener esa expresión.⁽⁴⁶⁾

Visto esto, vamos a proceder a examinar los distintos elementos que constituyen la conducta recogida en este supuesto.

3.22II HABITUALIDAD.

Poco tenemos que añadir aquí a lo ya dicho sobre este elemento al hacer su comentario en el artículo 459 del Código Penal de 1848-70,⁽⁴⁷⁾ ya que las posiciones, argumentos, e interpretaciones que allí recogíamos no sufren variación alguna en este período. Por consiguiente, vamos a limitarnos aquí a recordar y reiterar las principales características del mismo.

La habitualidad puede deducirse: de una pluralidad o repetición de actos⁽⁴⁸⁾ que deben recaer sobre distintos me-

(46).- A este respecto vid. el concepto del delito de corrupción que exponemos en el capítulo preliminar.

(47).- Vid. supra pag. 139-55.

(48).- En ese sentido STS de 30 de Junio de 1914 JurCri 195 (1914); de 18 de Marzo de 1921 JurCri 67(1921); de 14 de

nores,⁽⁴⁹⁾ o mucho más simplemente del hecho de estar la persona que promueve, favorece o facilita la prostitución del menor al frente de una casa de prostitución,⁽⁵⁰⁾ sin que quepa distinguir entre casas de tolerancia o casas de citas, entre

(48).- (cont.) Abril de 1930 JurCri 164(1930); de 27 de Febrero de 1941 Aranz. 297(1941); de 6 de Octubre de 1944 Aranz. 1115(1944); de 28 de Mayo de 1953 JurCri 362(1953); de 30 de Junio de 1955 JurCri 723(1955); de 15 de Febrero de 1956 JurCri 160(1956); de 1 de Marzo de 1960 JurCri 194(1960); de 14 de Mayo de 1960 JurCri 430(1960); de 16 de Marzo de 1966 Aranz. 1279(1966); etc.

(49).- En ese sentido, y entre otras, STS de 12 de Mayo de 1947 JurCri 277(1947); de 10 de Enero de 1951 JurCri 12 (1951); de 15 de Febrero de 1956 JurCri 167(1956); de 26 de Mayo de 1956 JurCri 490(1956); de 25 de Junio de 1956 JurCri 602(1956); de 1 de Marzo de 1960 JurCri 194(1960); de 14 de Mayo de 1962 JurCri 547(1962); etc. En contra se manifiesta CUELLO: "pues la pluralidad de actos que integran la habitualidad debe apreciarse en relación con el autor y no con relación a las víctimas" penal II, (8ª Ed.), 571, que en este punto sigue la línea que ya indicaran CARRARA, programma V, 97-106 y entre nosotros GROIZARD, código V, 216-17, y de la que hemos dado referencia en el cap. II al tratar de este mismo tema vid. pag.

(50).- En ese sentido, y entre otras vid. STS de 3 de Enero de 1911 JurCri 2(1911); de 19 de Abril de 1911 JurCri 153 (1911); de 20 de Noviembre de 1911 JurCri 108(1911); de 8 de Mayo de 1912 JurCri 243(1912); de 11 de Octubre de 1915 JurCri 63(1915); de 11 de Abril de 1924 JurCri 133(1924); de 6 de Junio de 1924 JurCri 197(1924); de 18 de Marzo de 1925 JurCri 72(1925); de 29 de Octubre de 1926 JurCri 75 (1926); de 14 de Febrero de 1928 JurCri 70(1928); de 22 de Marzo de 1929 JurCri 239(1929); de 20 de Octubre de 1931 JurCri 63(1931); de 20 de Abril de 1942 Aranz. 525(1942); de 28 de Mayo de 1943 Aranz. 630(1943); etc.

casas legales y casas clandestinas,⁽⁵¹⁾ ni siquiera entre dueña y encargada de tales casas,⁽⁵²⁾ ya que basta con que esté, sea por el título que sea, al frente de una casa de lenocinio, no impidiendo su responsabilidad el hecho de que sea otra persona la que reciba a la menor en la casa que ella regenta.⁽⁵³⁾

Como ya hemos comentado en el Capítulo II al tratar esta misma circunstancia, resulta un tanto chocante la dureza

(51).- En ese sentido pueden verse, entre otras, las STS de 20 de Noviembre de 1911 JurCri 108(1911); de 11 de Octubre de 1912 JurCri 58(1912); de 10 de Mayo de 1917 JurCri 113(1917); de 5 de Diciembre de 1923 JurCri 110(1923); de 5 de Febrero de 1926 JurCri 38(1926); de 21 de Marzo de 1930 JurCri 124(1930); de 20 de Enero de 1942 Aranz. 85(1942); de 4 de Octubre de 1947 JurCri 352(1947); de 22 de Abril de 1948 JurCri 185(1948); de 6 de Julio de 1948 JurCri 336(1948); de 7 de Diciembre de 1951 JurCri 584(1951); etc.

(52).- En el mismo sentido, y entre otras, vid. STS de 6 de Abril de 1910 JurCri 143(1910); de 8 de Mayo de 1912 JurCri 243(1912); de 4 de Abril de 1924 JurCri 118(1924); de 27 de Abril de 1929 JurCri 90(1929); de 10 de Abril de 1935 JurCri 24(1935); de 14 de Junio de 1945 Aranz. 793(1945); de 22 de Abril de 1948 JurCri 185(1948); de 10 de Diciembre de 1951 JurCri 590(1951); de 9 de Diciembre de 1957 JurCri 1003(1957); etc.

(53).- Así la STS de 5 de Abril de 1926 señala: "...y es responsable criminalmente del mismo en concepto de autor, por haber facilitado la corrupción de aquella, no obstante que la encargada o sirvienta de la misma fuera quien la recibió y le dió habitación, porque como tal dueña, ha debido hallarse constantemente al frente de la casa, sin consentir que en ella se promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de menores" JurCri 137(1926).

que emplea el legislador para con los dueños o encargados de casas de prostitución, cuando por otra parte está reglamentando, y por tanto dando reconocimiento oficial, el ejercicio de la prostitución y las actividades realizadas por los dueños de tales casas. A los argumentos que allí exponíamos tratando de averiguar la razón de la misma, podemos ahora añadir otro dato extraído de la Exposición de Motivos de la RO de 1 de Marzo de 1908 que contiene, como de todos es sabido el primer reglamento de la prostitución con carácter general para todo el Reino. Dice así:

"Descartado como irrealizable propósito, la posibilidad de desterrar una plaga social tan arraigada como antigua... se ha reconocido por todos los pueblos civilizados la necesidad de tolerar y tratar la prostitución como se trataría una industria dañina o un comercio peligroso!"(54)

Esto supone que la reglamentación es, para el legislador, una necesidad que le impone una realidad social que él pretende controlar y a la que pretende poner el máximo de cortapisas, limitaciones que en lo que se refiere a menores de edad van a ser totales.

Desde este punto de vista, la misión de la presunción de habitualidad para dueños o encargados de casas de prostitución, es tratar de evitar que las menores concurren a las casas

(54).- Vid en A.H.N. Serie Gobernación legajo 52/A exp. 12. recogido en Apéndice 7.

de lenocinio, haciendo para ello a las propias dueñas de tales casas responsables de que éso se cumpla. (55)

3.2212 PROMOVER.

Este es un concepto, que al igual que el anterior, aparecía ya en los CC.PP. de 1848-50 y 1870, por lo que al no sufrir variación alguna en el texto que comentamos, prácticamente, y para evitar innecesarias repeticiones, a lo allí dicho nos remitimos, y vamos aquí a limitarnos a hacer un breve resumen.

Señalábamos con GROIZARD, que por promover debíamos entender:

"mover, impeler una cosa(..) promover la prostitución pues será impulsar a una persona a que se prostituya, seducirla para que el fin de la prostitución a que se aspira se logre!"(56)

(55).- Podría pensarse en un segundo efecto, o en una segunda función de esa presunción, es el siguiente: como de todos es sabido las casas de lenocinio se nutrían en gran parte de menores de veintitrés años, o dicho de otra manera, una de las formas más usuales de caer en la prostitución era ingresando, de manera más o menos voluntaria, en una casa de prostitución como pupila, o concurriendo, con los esporádicos amantes a las casas de citas. Bloqueando el ingreso de menores en tales casas podría llegarse a una necesidad, incluso de cierre de las mismas ante la imposibilidad -relativa- de renovar y variar las pupilas de las mismas, o cuando menos a una notable disminución del tráfico prostitucional.

(56).- GROIZARD, código V, 210.

remitirnos prácticamente a lo dicho sobre este extremo al comentar este mismo punto en los CC.PP. de 1848-50 y 1870. Solo recordaremos que, a diferencia de la expresión "promover", ésta no implica la idea de que la persona no esté ya prostituida o corrompida. (59)

De otra parte, por facilitar hay que entender, como allí decíamos, ayudar, auxiliar, allanar obstáculos de tal manera que con esa actividad la prostitución o corrupción resulte más sencilla. (60)

La jurisprudencia ha aplicado este precepto, fundamentalmente, a los casos en que una menor era recibida en una

(59).- En sentido similar la STS de 23 de Noviembre de 1910 señala que resulta indiferente que se trata de menores ya prostitutas o no JurCri 171(1910). CUELLO señala que el delito existe aun cuando tenga lugar sobre menores ya corrompidos o que se dediquen a la prostitución, si bien admite la posibilidad de que este caso esté incluido en el nº 3 penal II, (8ª Ed.), 570.

En sentido contrario se manifiesta PUIG PEÑA que indica: "Se requiere, pues, necesariamente que se trate de personas menores, no iniciadas aun en el camino del vicio y sobre las cuales se ejerza la actuación criminal" Y remite los casos en que la menor está ya corrompida o prostituida al nº 3 del mismo artículo penal IV, 55.

En sentido similar se manifiesta RODRIGUEZ DEVESA, si bien admite que los supuestos de auxilio a la prostitución de una menor ya prostituida deben incluirse aquí, por hablar el nº 3 únicamente de continuación en la corrupción, y no de continuación en la prostitución. corrupción 822.

(60).- En el mismo sentido GROIZARD, código V, 211.

casa de lenocinio,⁽⁶¹⁾ pero también encontramos otros casos: facilitar habitación habitualmente en el propio domicilio a menores acompañadas de distintos varones,⁽⁶²⁾ falsificar partidas de nacimiento para que menores de veintitrés años pudieran ejercer la prostitución,⁽⁶³⁾ e incluso, tras el decreto de abolición de 1956 lo ha aplicado el hecho de facilitar habitación en una pensión a una prostituta mayor de veintitrés años acompañada de cuatro varones menores de tal edad.⁽⁶⁴⁾ Otros supuestos, tales como facilitar habitación por precio,⁽⁶⁵⁾ o incluso ofrecer la casa a unas parejas con los mismos fines,⁽⁶⁶⁾

(61).- En ese sentido STS: de 25 de Enero de 1908 JurCri 49 (1908); de 6 de Abril de 1910 JurCri 143(1910); de 19 de Abril de 1911 JurCri 153(1911); de 8 de Mayo de 1912 JurCri 243 (1912); de 11 de Octubre de 1915 JurCri 63(1915); de 4 de Abril de 1924 JurCri 118(1924); de 11 de Noviembre de 1924 JurCri 285(1924); de 5 de Febrero de 1926 JurCri 38(1926); de 14 de Febrero de 1928 JurCri 70(1928); de 24 de Marzo de 1929 JurCri 239(1929); de 27 de Abril de 1929 JurCri 90(1929); de 20 de Octubre de 1931 JurCri 63(1931); de 9 de Febrero de 1943 Aranz. 175(1943); etc.

(62).- STS de 23 de Febrero de 1927 JurCri 102(1927).

(63).- STS de 10 de Enero de 1951 JurCri 12(1951).

(64).- STS de 14 de Mayo de 1962 JurCri 547(1962).

(65).- Entre muchas otras STS de 17 de Febrero de 1922 JurCri 30(1922); de 8 de Febrero de 1927 JurCri 66(1927); de 12 de Marzo de 1927 JurCri 131(1927); de 15 de Junio de 1955 JurCri 652(1955); de 24 de Junio de 1961 JurCri 750(1961); etc.

(66).- STS de 23 de Noviembre de 1910 JurCri 175(1910).

los ha considerado incluidos en el número 2 del art. 459 cuando en ellos no se probó la habitualidad.

3. 2214 FAVORECER.

Este término surge con la reforma de 1904, y tiene su origen en la adaptación que el Proyecto del Gobierno hizo del artículo 334 del CP francés reformando a su vez por ley de 1903,⁽⁶⁷⁾ y que fué pasando de Proyecto en Proyecto hasta integrarse en el texto definitivo.

En efecto, como hemos visto, en los CC.PP de 1848-50 y 1870, no aparece esta expresión, que sin embargo sí encontramos en el nº 1 del art. 334 de CP francés cuando habla de los que atentaren contra las buenas costumbres: "excitant, favori - sant ou facilitant..."⁽⁶⁸⁾

La adición de este término plantea un problema de tipo interpretativo en orden al alcance que debemos darle, ya que atendemos a la literatura jurídica, nos encontramos con que los distintos autores no tocan directamente la cuestión,⁽⁶⁹⁾

(67).- Vid supra pag. 243.

(68).- El subrayado es nuestro.

(69).- Así no se manifiestan sobre el mismo QUINTANO, compendio II, 51; id. comentarios II, (1945), 288-9; RODRIGUEZ DEVESA, en ANTON ONECA-RODRIGUEZ MUÑOZ, penal II, 269; SANCHEZ TEJERINA, penal II, 317; CUELLO, penal II, (8ª Ed.) 569-73; PUIG PENA penal IV, (4ª Ed.) 55-57.

habiendo incluso algunos que equiparan de hecho este concepto con el de facilitar englobándolos ambos. (70)

El TS, por su parte, equipara en la práctica los conceptos de favorecer y facilitar, y así en ocasiones considera el recibir a una menor en una casa de lenocinio como acto de facilitación -según hemos visto en el epígrafe anterior- y en otras lo considera como de favorecimiento, (71) e incluso afirma en ocasiones que tal conducta favorece o facilita la prostitución o corrupción. (72)

Lo expuesto lleva a la conclusión de que la expresión que comentamos no hay que tomarla tanto en el sentido de

(70).- Así CUELLO habla de promoción o favorecimiento, englobando en este último término los de favorecer y facilitar, penal II, (8ª Ed.), 571; PUIG PEÑA denomina el conjunto de la figura contenida en el 459-1º como de un supuesto de favorecimiento habitual, penal IV, (4ª Ed.) 55.

(71).- STS de 25 de Enero de 1908 JurCri 49(1908); de 11 de Octubre de 1912 JurCri 58(1912); de 5 de Diciembre de 1923 JurCri 110(1923); de 14 de Febrero de 1928 JurCri 70(1928); etc;

(72).- STS de 6 de Abril de 1910: "Que el hecho de admitir en una casa de lenocinio a una joven menor de 23 años, está evidentemente comprendido en el artículo 459, puesto que con éllo, aunque no se promueva, se favorece o facilita su prostitución..." JurCri 143(1910); de 22 de Marzo de 1929 JurCri 239(1929); de 17 de Enero de 1942: "Dado que favorece y facilita la prostitución de persona menor, la dueña de un prostíbulo que acompaña a la menor al Instituto Nacional de Higiene para que se provea de la cartilla sanitaria" Aranz.79(1942); de 20 de Abril de 1942 Aranz. 525 (1942); de 25 de Junio de 1956 JurCri 602(1956).

un término con contenido propio, como en el de un concepto que, junto al de facilitar viene a recoger todas aquellas conductas que sin ser de promoción en el sentido estricto, coadyuvan a que el hecho de la prostitución o corrupción de una persona menor de veintitrés años se realice.

La inclusión de este término por el legislador, estaría, por consiguiente, en la línea que ya hemos indicado con anterioridad, de recoger explícitamente el máximo de situaciones o formas de actuación posibles, en orden a que ninguna conducta de cooperación a la prostitución o corrupción de menores quede impune.

3.222 SUPUESTOS DE COOPERACION NO HABITUAL.

Vienen recogidas en el primer inciso del número 2º del artículo 459 que dice:

"El que para satisfacer los deseos de un tercero, con propósitos deshonestos, facilitare medios o ejerciera cualquier género de inducción en el ánimo de menores de edad, aun contando con su voluntad!"

Si en el supuesto recogido en el nº 1º del artículo 459 se sanciona, según hemos comentado en epígrafes anteriores, a los proxenetas habituales, esto es, lo que hemos llamado supuestos de profesionalismo o de cooperación habitual en el que nos ocupa el legislador castiga la conducta de aquellos, que

sin hacer de ello modo de vida o actividad habitual,⁽⁷³⁾ realizan actividades de tercería sexual cerca de menores de veintitrés años o facilitan medios para ajenos desahogos. Sanciona este precepto por consiguiente, no a los seductores de menores, sino a los intermediarios o proxenetas,⁽⁷⁴⁾ y a los que sin actuar propiamente como intermediarios facilitan simplemente los medios materiales para la satisfacción de deseos deshonestos de otro.^(74 bis)

Como bien apunta GROIZARD, la interpretación de este precepto plantea un problema, y es que al hablar el legislador de menores quedaría impune, cuanto menos por este número el

(73).- En el sentido de no considerar la habitualidad como necesaria en este número: JARAMILLO, código, 264; SANCHEZ TEJERINA, penal II, 317; PUIG PEÑA, penal IV, (4ª Ed.), 58; y la doctrina casi unánime del TS. Así STS de 31 de Enero de 1906 JurCri 60(1906); de 14 de Noviembre de 1910: "...porque esa habitualidad que requiere el caso 1º del expresado artículo no se sanciona ni es necesaria en el nº 2 ni en el 3º" JurCri 97(1910); de 12 de Enero de 1911 JurCri 13(1911); de 19 de Abril de 1911 JurCri 153(1911); de 31 de Marzo de 1916 JurCri 72(1916); de 17 de Febrero de 1917 JurCri 34(1917); de 15 de Marzo de 1946 Aranz.381(1946); de 13 de Marzo de 1951 JurCri 126(1951); de 2 de Junio de 1953 JurCri 377(1953); de 28 de Septiembre de 1964 JurCri 1404(1964). En contra STS 23 de Junio de 1925 JurCri 189 (1925) y de 4 de Febrero de 1929 JurCri 114(1929).

(74).- CUELLO: "la ley no pena aquí al seductor sino al proxeneta" penal, II, (8ª Ed.) 574. En sentido similar PUIG PEÑA, penal IV, (4ª Ed.) 58.

(74 bis).- En ese sentido STS de 13 de Abril de 1959 JurCri 395(1959); QUINTANO, compendio II, 251; CUELLO, penal II, (8ª Ed.) 574.

que para satisfacer deseos de otro facilitare medios o ejercer cualquier género de inducción en un menor, o lo que viene a ser lo mismo, esta figura vendría a ser una reiteración de lo previsto en el número primero al requerirse esa pluralidad de menores.⁽⁷⁵⁾ El mismo apunta la solución, que también a nosotros nos parece la correcta, y es la de entender que por error se escribió un plural donde debió escribirse un singular.⁽⁷⁶⁾ Abona esta tesis que en el segundo inciso del propio número 2º se dice: "...y el que, mediante promesas o pactos, le indujere...",⁽⁷⁷⁾ esto es, en singular. De otra parte, tanto en nº 2 del artículo 334 del CP. francés, como el artículo 1º del Proyecto de Convenio de París, antecedentes como sabemos de este número, hacen referencia a una mujer menor.⁽⁷⁸⁾

Por último reseñemos la mención expresa que hace el legislador de la irrelevancia del consentimiento de los meno -

(75).- GROIZARD: "El que induce menores, si es un hombre es un verdadero rufián, y una Celestina, si es mujer: realiza tantos actos reprobados cuantos son los menores que se propone seducir; promueve, favorece o facilita habitualmente la prostitución de menores de veintitrés años y, por tanto, es reo del delito definido en el número 1º de la ley... de lo que es lógica consecuencia que un mismo hecho aparece dos veces castigado, una en el nº 1 y otra en el 2º" código V, 237.

(76).- ibidem.

(77).- el subrayado es nuestro.

(78).- El tenor literal de estos preceptos puede verse en la

res al indicar que la conducta es punible aunque se realice contando con la voluntad de éstos.⁽⁷⁹⁾

Una vez expuesto lo que antecede, pasemos ahora a considerar los elementos que constituyen la conducta tipificada en estos supuestos.

3.2221 FACILITAR MEDIOS.

La conducta recogida en este primer elemento es paralela a la de facilitar prevista en el número primero del artículo 459, por lo que todo lo que allí hemos dicho es válido aquí.

En concreto, y dentro de ella, el TS. ha considerado incluidas fundamentalmente la conducta de la dueña de casa de prostitución que admite en ella a una menor acompañada por uno o varios varones⁽⁸⁰⁾ y, la que prácticamente podríamos considerar como situación tipo, la facilitación de cama y habitación

(78).- (cont.) pag.243 del Cap. III, y en el Apéndice 4 respectivamente.

(79).- Esta postura es consecuencia de lo pactado en París y ya aparece recogida en la Exposición de Motivos, que antecede al Proyecto del Congreso, donde se dice: "...y aunque la menor consienta en ello, pues la ley, que niega al menor de edad el derecho a contratar y a disponer de sus bienes, no puede reconocérselo para disponer de su persona y prostituirse!" congreso, Apéndice 5º al nº 150. 22 de Marzo de 1904. 2/8.

(80).- En ese sentido STS. de 23 de Junio de 1925 JurCri 188

a menores de veintitrés años. (81)

El paralelismo evidente entre el supuesto reseñado en primer lugar y los citados al comenzar el nº I del artículo 459, así como la dificultad en algunos casos de determinar si la conducta de tales dueñas responde a proxenetismo habitual o a casos de esporádica facilitación para satisfacer los deseos deshonestos de un tercero concreto, ha hecho que el TS.

(80).- (cont.) (1925); de 10 de Enero de 1929 JurCri 31(1929); de 27 de Marzo de 1929 JurCri 251(1929); de 30 de Marzo de 1929 JurCri 256(1929); de 18 de Marzo de 1936 Aranz. 1155 (1936); de 14 de Marzo de 1942 Aranz. 361(1942); de 1 de Mayo de 1946 Aranz. 647(1946); de 30 de Noviembre de 1946 Aranz. 1339(1946); de 27 de Febrero de 1952 JurCri 82 (1952); de 3 de Julio de 1953 JurCri 486(1953); de 2 de Febrero de 1955 JurCri 125(1955); etc.

(81).- En ese sentido STS de 23 de Noviembre de 1910 JurCri 175(1910); de 7 de Diciembre de 1917 JurCri 128(1917); de 1 de Julio de 1918 JurCri 2(1918); de 17 de Febrero de 1922 JurCri 30(1922); de 7 de Julio de 1926 JurCri 21 (1926); de 8 de Febrero de 1927 JurCri 66(1927); de 12 de Marzo de 1927 JurCri 131(1927); de 24 de Mayo de 1927 Jur Cri 270(1927); de 7 de Mayo de 1929 JurCri 116(1929); de 7 de Mayo de 1930 JurCri 194(1930); de 28 de Abril de 1942 Aranz. 534(1942); de 13 de Noviembre de 1942 Aranz. 1315 (1942); de 23 de Noviembre de 1943 Aranz. 1274(1943); de 1 de Mayo de 1946 Aranz. 647(1946); de 22 de Noviembre de 1949 JurCri 376(1949); de 13 de Marzo de 1951 JurCri 126 (1951); de 20 de Marzo de 1951 JurCri 142(1951); de 2 de Junio de 1953 JurCri 377(1953); de 15 de Junio de 1955 Jur Cri 652(1955); de 16 de Octubre de 1957 JurCri 780(1957); de 13 de Abril de 1959 JurCri 395(1959); de 2 de Diciembre de 1960 JurCri 1007(1960); de 24 de Junio de 1961 JurCri 750(1961); de 13 de Febrero de 1963 JurCri 243(1963); de 28 de Septiembre de 1964 JurCri 1402(1964); de 17 de Mayo de 1965 JurCri 861(1965); de 28 de Septiembre de 1965 Aranz. 3867(1965); de 14 de Marzo de 1966 Aranz. 1231 (1966); de 7 de Mayo de 1966 Aranz. 2321(1966); etc.

en múltiples ocasiones, ante tales supuestos, los califique como incursos en los n.ºs. 1º y 2º del artículo 459.

Así la STS. de 12 de Junio de 1928 señala:

"Admitir en una casa de prostitución a un hombre con una menor para que tuvieran trato carnal, es constitutivo del delito previsto en el artículo 459 números 1º y 2º!"(82)

3.2222 INDUCIR.

La conducta que viene a caracterizar este elemento (83) es la del proxenetismo, celestinaje o mediación no habitual y va a suponer una conducta activa encaminada a vencer las posibles resistencias de la persona menor en orden a que satisfaga deseos de un tercero, pudiendo recaer indistintamente sobre menores ya prostituidos o corrompidos o sobre los que aún

(82).- JurCri 278(1928); de 8 de Marzo de 1929 JurCri 205 (1929); de 27 de Abril de 1929 JurCri 90(1929); de 14 de Junio de 1945 Aranz. 793(1945); etc.

(83).- En ese sentido GROIZARD: "El que induce menores, si es hombre, es un verdadero rufián, y una Celestina, si es mujer" código V, 227 (debemos precisar que en el momento en que escribo GROIZARD, el concepto de rufián no tiene aun el sentido que le damos hoy en día). En la misma línea QUINTANO: "Tipología que comprende todas las actividades propias del proxenetismo ejecutadas sobre menores" compendio II, 251; PUIG PEÑA, penal IV, (4ª Ed.), 58; CUELLO: "Aquí está comprendido no solamente facilitar medios...., sino también el celestinaje para satisfacer los deseos de una determinada persona!" penal II, (8ª Ed.), 574.

no lo estén.⁽⁸⁴⁾

En esta línea, las conductas que el TS ha estimado incursas en esta modalidad son, fundamentalmente, proponer a una o varias menores yacer con un tercero o satisfacer sus deseos lascivos,⁽⁸⁵⁾ la de la madre que impulsa a su hija a tener acceso carnal con algunos varones,⁽⁸⁶⁾ la de quien convence a una menor para que haga vida marital con un hombre,⁽⁸⁷⁾ etc.

Al igual que en el caso antes comentado, también aquí encontramos supuestos en los que el TS ante la duda de si la conducta puede incluirse en el número que nos ocupa o en el número 1º, opta por señalar que la conducta enjuiciada

(84).- En el mismo sentido STS de 23 de Noviembre de 1910 JurCri 175(1910); de 23 de Junio de 1911 JurCri 246(1911); de 28 de Septiembre de 1964 JurCri 1402(1964) etc.

(85).- En ese sentido vid STS de 31 de Marzo de 1916 JurCri 72(1916); de 7 de Diciembre de 1917 JurCri 132(1917); de 1 de Julio de 1918 JurCri 2(1918); de 24 de Mayo de 1927 JurCri 270(1927); de 7 de Mayo de 1929 JurCri 114(1929); de 7 de Mayo de 1929 JurCri 116(1929); de 12 de Enero de 1931 JurCri 11(1931); de 25 de Junio de 1934 JurCri 283(1934); de 1 de Mayo de 1946 Aranz. 647(1946); de 8 de Febrero de 1955 JurCri 125(1955); de 17 de Diciembre de 1960 JurCri 1072(1960); etc.

(86).- Vid. STS de 30 de Marzo de 1929 JurCri 256(1929); de 6 de Febrero de 1931 JurCri 61(1931); etc.

(87).- En ese sentido STS de 14 de Noviembre de 1910 JurCri 97(1910).

queda incurso en el artículo 459 nº 1º y 2º.⁽⁸⁸⁾

3.223 SUPUESTOS DE RECLUTA Y TRATA.

Estos supuestos entran en el Código Penal como consecuencia directa de la Conferencia de París⁽⁸⁹⁾ y vienen a recoger, de manera especial:

"la trata de mujeres menores de edad, consistente en el hecho de reclutar mujeres para enviarlas a ejercer la prostitución en otros lugares de España o en el extranjero!"⁽⁹⁰⁾

En efecto, si seguimos la evolución de este precepto en los distintos proyectos de ley de reforma, veremos que el del Gobierno,⁽⁹¹⁾ se limitaba prácticamente a traducir la ley francesa de 1903 y daba a este supuesto la misma redacción que la que es objeto de nuestro estudio. El Senado suprimió este párrafo, y en su lugar adicionó al 456 un segundo párrafo

(88).- STS de 7 de Mayo de 1929 JurCri 116(1929); de 15 de Marzo de 1946 Aranz. 381(1946); de 15 de Junio de 1953 JurCri 414(1953); etc.

(89).- En este sentido puede verse en el capítulo anterior las repercusiones de la conferencia en el derecho español. En el mismo sentido del texto CUELLO, penal II, (8ª Ed.), 575.

(90).- CUELLO, ib. En el mismo sentido PUIG PEÑA, penal IV, (4ª Ed.), 58.

(91).- senado, Apéndice 5º al nº 70. 10 de Noviembre de 1903. Puede verse transcrito supra pag. 247-50.

que decía:

"Los que con propósito de lucro contribuyan manifiesta o encubiertamente al reclutamiento, traslación y destino de personas a lugares o casas de corrupción deshonesta dentro o fuera del Reino..."(92)

El supuesto tipificado por el Senado es claramente el delito de trata, tanto en su vertiente de trata interior como en la de trata exterior.⁽⁹³⁾

La Comisión del Congreso encargada de dictaminar este proyecto, suprimió este párrafo en este punto y volvió a la redacción prevista en el proyecto del Gobierno.⁽⁹⁴⁾ En la Exposición de Motivos señala:

"Cabría alegar que el Senado por la redacción que da al número 2º del artículo 456, incluye en él ese nuevo delito, toda vez que alcance a todo el que contribuya al reclutamiento, traslación y destino de personas a lugares o casas de corrupción, agravando la pena cuando la víctima sea menor de edad. Pero aparte que esta Comisión ha creído conveniente suprimir dicho párrafo, como luego diremos, lo cual la obliga a incluir el delito cometido contra una menor en su lugar propio..."(95)

(92).- congreso, Apénd. 8º al nº 132. 20 de Febrero de 1904.

(93).- Denominamos trata interior a la que tiene lugar dentro del propio país y que consiste esencialmente en el trasiego y traslado más o menos constante de mujeres de una casa de prostitución a otra. Por el contrario tiene la consideración de trata exterior la que consiste en el traslado de mujeres de un país a otro, En el mismo sentido JUDERIAS, trata, 76.

(94).- congreso, Apénd. 5º al nº 150. 22 de Marzo de 1904. 5/8.

(95).- congreso, ib. 3/A. El subrayado es nuestro.

Lo que quiere decir, si nuestra interpretación no es incorrecta, que lo que pretende castigar la figura que nos ocupa es lo que señalaba el Senado, solo que reducido aquí a los supuestos de menores, esto es, los supuestos de recluta y trata de tales menores.

Curiosamente, en la aplicación de este precepto en la jurisprudencia del TS., si bien encontramos sancionados supuestos de recluta: convencer a una menor para que entre a ejercer la prostitución a una casa de lenocinio,⁽⁹⁶⁾ ofrecer el propio domicilio a menores para que allí ejerzan a cambio de un porcentaje en las ganancias,⁽⁹⁷⁾ inducir a una menor para que haga vida marital con un sujeto bajo promesa de que no la abandonará y que si lo hace se compromete a compensarle con una suma de dinero,⁽⁹⁸⁾ etc., sólo hemos encontrado una en la que se haga referencia directa a la trata.⁽⁹⁹⁾

La explicación de ésta, por lo menos aparente, anomalía, es a nuestro entender sencilla, la detección de los casos

(96).- En ese sentido STS de 5 de Marzo de 1929 JurCri 188 (1929); de 6 de Mayo de 1929 JurCri 109(1929); de 24 de Mayo de 1929 JurCri 147(1929); de 28 de Junio de 1943 Aranz. 792(1943); de 5 de Octubre de 1944 Aranz. 1115(1944); de 7 de Junio de 1945 Aranz. 780(1945); etc.

(97).- de 23 de Noviembre de 1910 JurCri 175(1910).

(98).- de 6 de Octubre de 1930 JurCri 44(1930).

(99).- de 3 de Marzo de 1926 JurCri 77(1926).

flagrantes de trata eran difíciles dada la organización y lógico cuidado con que se realizaban, siendo por el contrario más simple la detección de menores en casas de prostitución, lo que daba lugar a la tipificación de tal conducta en otros números del propio artículo 459. Por otra parte tampoco podemos olvidar que según denuncian autores de la época, delegaciones del Patronato, e incluso puede deducirse de los telegramas cruzados entre los distintos Gobiernos civiles con el Ministerio de Gobernación, la realidad social distaba mucho de corresponderse con las previsiones del Código, la prostitución iba en progresivo aumento,⁽¹⁰⁰⁾ la presencia de menores de veintitrés años en casas de prostitución era abundante y frecuente,⁽¹⁰¹⁾ la perseguibilidad de estos delitos era escasa y por otra parte al estar encomendados estos delitos al Jurado,

(100).- En ese sentido MORAL dice: "la prostitución, lejos de encontrar en su infecto camino, trabas y barreras, ha llegado a su apogeo y funciona con más regularidad, para oprobio nacional, que casi todos los servicios públicos" prostitución, X.

(101).- En ese sentido, RODRIGUEZ de la PRESA que afirma que en ocasiones la presencia de menores en las casas de prostitución superaba a la de mayores, delitos, 6lss. En la misma línea el telegrama del Gobernador de la Coruña al Ministro de Gobernación nº 1102 de 14 de Octubre de 1908; los del de Barcelona nº 274 y 831 de 6 y 18 de Septiembre de 1908 respectivamente. El del Gobernador de Coruña nº 776 de 17 de Febrero de 1909; etc. (todos en A.H.N. Gobernación Serie A Legajo 52 exp. nº 12).

este daba con relativa facilidad veredictos de inocencia,⁽¹⁰²⁾ la propia prensa era en ocasiones vehículo para la prostitución y la trata,⁽¹⁰³⁾ etc. Por lo que no es de extrañar que la aplicación real de este supuesto, así como de los que hemos comentado anteriormente, y del que reseñaremos a continuación, no esté en proporción con las infracciones que de hecho se cometían.

3.224 SUPUESTOS DE MANTENIMIENTO EN PROSTITUCION O EN CORRUPCION.

La determinación del objeto y alcance de este supuesto resulta bastante problemático, ya que el tenor literal del mismo dista de ser claro y concluyente,⁽¹⁰⁴⁾ por ello, vamos a examinar, siquiera sea someramente, sus antecedentes y la evolución del mismo en los distintos proyectos en orden a tratar

(102).- Así LALIGA Y ALFARO, MADRID (1910), 189; RODRIGUEZ DE LA PRESA, delitos, 61ss; PATRONATO, informe Barcelona, 36-8; informe Granada, 7-10, etc.

(103).- En ese sentido JUDERIAS dice: "...y de los grandes órganos de publicidad que debieran alentarla y difundir sus sanos propósitos, rara vez la mencionan sin duda para que las noticias referentes a ella no contrasten demasiado con los anuncios por medio de los cuales no pocas veces se favorece cuando no se verifica la trata de blancas" reglamentación, 241. El mismo recoge diversos anuncios aparecidos en la prensa en: trata, 34. En el mismo sentido SANTALO, trata, 428.

(104).- En el mismo sentido RODRIGUEZ DEVESA, corrupción, 825.

de delimitarlo.

Como queda dicho, en el Anexo I, letra D, al Proyecto de Protocolo de clausura de la Conferencia de París, se recogía el desideratum de la Conferencia de que se castigasen los supuestos de retención de personas en prostitución, punto éste que no pudo ser pactado explícitamente por haber sido considerado como un problema de orden interno de cada Estado.⁽¹⁰⁵⁾

La ley francesa de 1903 al reformar el artículo 334 de su Código Penal, recogió este desideratum, si bien lo limitó a los supuestos en que esta conducta se realizaba contra la voluntad de la persona y por alguno de los medios coactivos que expresamente citaba.⁽¹⁰⁶⁾

El Proyecto del Gobierno, como hemos reiteradamente señalado, se limita a traducir el texto de la ley francesa, si bien en el supuesto que nos ocupa se detecta una pequeña variación.⁽¹⁰⁷⁾

(105).- El texto literal puede verse en el Apéndice 4º.

(106).- Así el nº 4 del artículo 334 queda redactado como sigue: "Quiconque aura, par les mêmes moyens, ((par fraude ou à l'aide de violences, menaces, abus d'autorité ou tout autre moyen de contrainte)) retenu contre son gré, même pour cause de dattes contractées, une personne, même majeure, dans une maison de débauche, ou l'aura contrainte a se livrer a la prostitution!"

(107).- Dice así: "El que, por los medios indicados en el número anterior, retuviere contra su voluntad en prostitución

Es en el Proyecto del Senado, donde por primera vez, y con tenor literal que no va a sufrir ya variación, aparece el supuesto que comentamos.⁽¹⁰⁸⁾ La razón de ser de esto es a nuestro entender clara. El Proyecto del Gobierno recogía en un único artículo todas las conductas relativas a la prostitución o corrupción, tanto de mayores como de menores (al estilo del Código francés), mientras que el Senado, como ya indicamos,⁽¹⁰⁹⁾ opta por separar ambos supuestos, los relativos a mayores los reconduce al art. 456 y los referentes a menores al 459.

Al realizar ésto se encuentra con la necesidad de tipificar, con respecto a menores, los supuestos de retención que en el art. 456 aparecen referidos a personas en general.⁽¹¹⁰⁾

(107).-(cont.) a una persona, obligándola a cualquier clase de tráfico inmoral, sin que pueda excusarse la coacción alegando el pago de deudas contraídas" senado, Apéndice 5º al nº 70. 10 de Noviembre de 1903. 2/A. El texto de la ley francesa incluía la expresión: "meme majeure" que el legislador español no recoge.

(108).- Dice así la redacción del Senado del artículo 459 en la parte que nos interesa: "El que habitualmente, o con abuso de confianza o de autoridad pública o de otro orden, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menor de edad para satisfacer deseos deshonestos de otro, y el que, con el mismo objeto ayudare o sostuviere con cualquier motivo o pretexto la continuación de la corrupción o la estancia de menores en casas o lugares de vicio, será castigado..." (el subrayado es nuestro).

(109).- Vid supra pag. 253-9.

(110).- Entendemos que el legislador pudo prescindir de tipificar expresamente esta figura desde el momento que en el

El Proyecto del Congreso aceptó la sistemática introducida por el Senado y este nuevo supuesto, admitiéndolo incluso con sus propias palabras.⁽¹¹¹⁾ Ahora bien; parte del problema interpretativo surge precisamente al trasladar al Congreso este supuesto al nº 3 del Art. 459, y ubicar en el nº 2 no sólo los supuestos de cooperación no habitual en favor de tercero, sino también los supuestos de recluta y trata de menores. Con éllo la expresión "El que con el mismo objeto", que en el Proyecto del Senado hacía referencia a "para satisfacer deseos deshonestos de otro" queda aquí descolgada y no se ve claramente a qué objeto se refiere.

(110).- (cont.) artículo 456 se hacía referencia expresa a personas, pero si tenemos en cuenta la tendencia observada en el legislador a tipificar casuísticamente todos los posibles supuestos, no es de extrañar que estimara preferible recoger expresamente éste. Por otra parte, en el art. 456 solo se sancionaba la conducta cuando concurrían determinadas circunstancias lo que en principio estaba contra la idea derivada de la Conferencia de París de que las conductas relativas a la prostitución o corrupción de menores debían castigarse en cualquier caso, incluso cuando concurriera el consentimiento de los menores (vid. el art. 1º del Proyecto de Convención. Apéndice 4º), razón por la cual en la redacción que da el Senado a este supuesto no se hace referencia alguna a que sea contra la voluntad de tales menores, ni, por consiguiente, a medios coercitivos de ningún tipo.

(III).- El nº 3 del artículo 459, según la redacción del Congreso queda así: "El que con el mismo objeto ayudare o sostuviera con cualquier motivo o pretexto la continuación de la corrupción o la estancia de menores en casas o lugares de vicio!" congreso, Apéndice 5º al nº 150. 22 de Marzo de 1904. 5/B.

Esta redacción dada por el Congreso es la que con ligeras variaciones (que no afectan apenas al supuesto que comentamos) va a admitir la Comisión mixta Congreso-Senado,⁽¹¹²⁾ y la que va a pasar a integrar la nueva redacción del Código Penal, arrastrando con ella el problema reseñado.

A la vista de lo expuesto, entendemos que la primera gran dificultad de interpretación de este supuesto queda solventada en el sentido de que la expresión "el que con el mismo objeto" debe entenderse referida al que, para satisfacer los deseos deshonestos de otro realice las conductas en él descritas,⁽¹¹³⁾ si bien debemos admitir que la referencia a un

(112).- La única variación que se observa es la sustitución de las formas verbales ayudare o sostuviera, por las de ayude o sostenga. El texto completo puede verse en senado, Apéndice 3º al nº 174. 24 de Junio de 1904. 1/B.

(113).- En el mismo sentido PUIG PEÑA, penal IV, (4ª Ed.), 58; SANCHEZ TEJERINA, penal II, 318; BUENO ARUS, reforma, 548; No se manifiesta expresamente QUINTANO, compendio II, 251 y comentarios II, (1946), 288-90. RODRIGUEZ DEVESA mantiene en dos momentos distintos tesis contrapuestas, así ANTON ONECA-RODRIGUEZ MUÑOZ, penal II, 270, mantiene la misma tesis expuesta en el texto, mientras que posteriormente en corrupción, 825 (y nota 37) se manifiesta en contra indicando que "para penetrar el sentido es preciso acudir a la comparación con el nº 4 del art. 431 ((CP. de 1944)). Allí se rastiga el retener contra su voluntad a una persona mayor de edad, obligándola a cualquier clase de tráfico inmoral por medio de engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio coactivo. Ahora bien; no estando prevista esta conducta en los dos números anteriores del artículo 438 ((CP de 1944)), cuando se trata de menores es lógico pensar que, por de pronto, el legislador no quiere dejar impunes tales hechos si de menores se trata,

tercero no debe entenderse a un tercero determinado, sino que basta con que sea para satisfacer deseos de otro, aunque éste quede momentaneamente indeterminado. (114)

La segunda gran dificultad radica en la interpretación de la expresión "casas o lugares de vicio". Ya GROIZARD la criticó, indicando que con señalar casas de prostitución había suficiente, y que al usar esa expresión, el legislador induce a error a Jueces y Magistrados. (115)

(113).- (cont.) y que están comprendidos en el artículo 438-3º. Más adelante justifica la ampliación de este supuesto a todos los supuestos retención o mantenimiento, aun contando con la voluntad del menor, y concluye señalando la inadmisibilidad de la exigencia de que tal conducta sea para satisfacer deseos de otro pues: "no sería lógico que para los mayores no se exigiera este especial propósito y para los menores sí" (ibidem). Discrepamos de este último extremo por entender que aunque en el supuesto relativo a mayores no se exprese de modo taxativo que esa conducta sea para satisfacer deseos de otro, del tenor conjunto de las normas que regulan tales conductas se deduce implícitamente tal requisito, con lo que este último argumento debería decaer. Por lo que a la jurisprudencia del TS se refiere, únicamente hemos encontrado dos sentencias en las que expresamente se manifieste sobre este punto, y en ambos casos indica que tal conducta debe realizarse para satisfacer deseos ajenos. Así STS de 17 de Febrero de 1917 JurCri 34(1917) y de 9 de Octubre de 1942 Aranz. 1127(1942).

(114).- Tal sería el caso de mantener a una menor en una casa de prostitución, en el que la finalidad no es que satisfaga los deseos de un tercero concreto, sino los de cualquiera que lo solicite. Esta misma postura fué mantenida en un principio por RODRIGUEZ DEVESA en ANTON ONECA-RODRIGUEZ MUÑOZ, penal II, 270, en una interpretación que estimamos correcta y de la que como queda dicho se ha separado posteriormente.

(115).- GROIZARD, código V, 228.

No le falta razón a GROIZARD en su crítica, pues la expresión dista de ser afortunada. Ahora bien; el empleo de la que él propugna tampoco habría resuelto totalmente el problema ya que la nomenclatura de tales casas no es homogénea.

Así, en principio y de acuerdo con la RO. de 1 de Marzo de 1908,⁽¹¹⁶⁾ cabe hablar de casas de tolerancia, y de casas de compromiso o de citas, como tipos diferenciados dentro del concepto genérico de casas de prostitución. Ahora bien; la realidad es que los nombres de tales casas se multiplican, y, lo que es peor, no siempre se emplean en el mismo sentido.

Así, las casas donde varias mujeres viven juntas bajo el control de un ama o dueña -que conforme a la RO. antes citada habría que denominar casas de tolerancia- reciben además el nombre de prostíbulo, mancebía, etc.⁽¹¹⁷⁾

Por otra parte, a las casas en las que no viven mujeres juntas, sino a la que solo concurren en compañía de sus

(116).- Recoge el primer reglamento con carácter general sobre prostitución.

(117).- STS de 13 de Febrero de 1911 JurCri 64(1911); de 9 de Diciembre de 1911 JurCri 150(1911); de 11 de Octubre de 1915 JurCri 63(1915); de 4 de Abril de 1924 JurCri 118(1924); de 5 de Febrero de 1926 JurCri 38(1926); de 11 de Junio de 1926 JurCri 250(1926); de 1 de Julio de 1949 Jur Cri 275(1949); etc.

clientes a los solos efectos de su tráfico, se les da el nombre de casas de recibir, de lenocinio, de compromiso, de citas, etc. (118)

Además, el Tribunal Supremo, denomina también en ocasiones casas de lenocinio a las que hemos dado el nombre de mancebías, prostíbulos, etc. (119) Para acabar de complicar el panorama, en unas ocasiones indica que la expresión casas de prostitución constituye un género que abarca los dos tipos de casas, (120) mientras en otras la usa en el sentido de casas de tolerancia o mancebía. (121)

(118).- STS de 30 de Enero de 1905 JurCri 58(1905); de 3 de Enero de 1911 JurCri 2(1911); de 20 de Noviembre de 1911 JurCri 108(1911); de 27 de Septiembre de 1904 JurCri 62 (1904); de 30 de Junio de 1925 JurCri 188(1925); de 5 de Abril de 1926 JurCri 137(1926); de 28 de Diciembre de 1926 JurCri 170(1926); de 27 de Marzo de 1929 JurCri 251 (1929); de 16 de Octubre de 1929 JurCri 45(1929); etc.

(119).- STS de 6 de Mayo de 1912 JurCri 238(1912); de 8 de Mayo de 1912 JurCri 243(1912); de 1 de Mayo de 1917 JurCri 106(1917); de 30 de Abril de 1921 JurCri 104(1921); de 11 de Abril de 1924 JurCri 133(1924); de 6 de Junio de 1924 JurCri 197(1924); de 18 de Marzo de 1925 JurCri 76 (1925); de 29 de Octubre de 1926 JurCri 75(1926); de 24 de Enero de 1929 JurCri 64(1929); de 4 de Febrero de 1929 JurCri 114(1929); de 22 de Marzo de 1929 JurCri 239(1929); de 27 de Abril de 1929 JurCri 90(1929); de 11 de Diciembre de 1930 JurCri 143(1930); de 13 de Marzo de 1948 JurCri 118(1948); etc.

(120).- STS de 20 de Noviembre de 1911 JurCri 108(1911); de 5 de Abril de 1926 JurCri 38(1926); etc.

(121).- STS de 30 de Enero de 1905 JurCri 58(1905); de 13 de

A nuestro entender, la expresión utilizada por el legislador, casas o lugares de vicio, pese a ser ambigua y prestarse a varias interpretaciones, considerada dentro del contexto y relacionándola con el resto del artículo en el que está contenida resulta gráfica y debe interpretarse en el sentido de casas o lugares en los que se realizan, de modo habitual, actos de prostitución o de corrupción de tipo sexual.

Solventadas estas dos dificultades, vamos a pasar al examen del contenido de este supuesto. En una primera aproximación podemos señalar que el legislador recoge aquí el hecho de cooperar en cualquier forma a que personas menores continúen en su vida inmoral.⁽¹²²⁾ Presupone, por consiguiente al menor ya iniciado en el camino del vicio y⁽¹²³⁾ pretende

(121).- (cont.) Febrero de 1911 JurCri 64(1911); de 11 de Octubre de 1915 JurCri 63(1915); de 13 de Marzo de 1948 Jur Cri 118(1948); etc.

(122).- CUELLO, penal II, (8ª Ed.), 575; en sentido similar SANCHEZ TEJERINA, penal II, 318; STS de 17 de Febrero de 1917 JurCri 34(1917); de 4 de Febrero de 1929 JurCri 114 (1929); etc.

(123).- CUELLO, penal II, (8ª Ed.), 575; PUIG PEÑA, penal IV, (4ª Ed.), 59; STS de 23 de Octubre de 1928: "...que no obstante a la estimación del expresado delito, la simple inducción o proposición a los menores para ejercer la prostitución, aun estando extraviadas o prostituidas, pues que lo integra el acto de facilitar la corrupción de las mismas colocándolas en condiciones y sitios hábiles para ejercerla(...)"doctrina que tiene todo su desarro-

evitar que continúe en el mismo. (124)

Esta cooperación, según el propio código prevé, puede realizarse de dos formas: ayudando o sosteniendo la continuación en la corrupción, o ayudando o sosteniendo la estancia en casas o lugares de vicio de menores de edad.

Con lo expuesto queda claro en principio el alcance de este supuesto. Ahora bien, lo que no resulta tan evidente es su delimitación con los otros supuestos recogidos en el artículo 459.

En efecto, si esta conducta fuera punible a semejanza con la correlativa referida a mayores sólo en los casos en que se realice contra la voluntad de las menores, la delimitación con los otros números del 459 resultaría muy sencilla, ya que éste haría referencia únicamente a los supuestos de retención coactiva en casas de prostitución, o de mantenimiento, también coactivo en estado de prostitución o de corrupción.

Ahora bien, dada la irrelevancia del consentimiento de los menores son también punibles los supuestos de retención o mantenimiento no coactivo. (125) Esto hace que determi -

(123).- (cont.) llo en el nº 3 del mencionado artículo ((459)) JurCri 92(1928); en el mismo sentido STS de 8 de Febrero de 1927 JurCri 66(1927); de 4 de Febrero de 1929 JurCri 114(1929); de 23 de Octubre de 1956 JurCri 777(1956); etc.

(124).- PUIG PEÑA, penal IV, (4ª Ed.), 59.

(125).- En el mismo sentido RODRIGUEZ DEVESA, corrupción, 825.

nadas conductas tales como recibir menores en casas de prostitución, admitir o tener en el propio domicilio a una menor para que ejerza la prostitución sean susceptibles de encuadrarse en el nº 1 ó en el nº 3 del art. 459,⁽¹²⁶⁾ con lo que la delimitación resulta francamente problemática.

Quizás la única diferencia posible, sea la que apunta QUINTANO -bien que referida según él sólo al nº 2, cuando señala que a este número debemos reconducir aquellos casos en los que la conducta es de tipo más pasivo, reservando para los números anteriores las conductas más activas.⁽¹²⁷⁾ Según este planteamiento la conducta de una dueña de casa de prostitución que se limite únicamente a recibir a las menores que a su casa concurren incurriría en la figura del nº 3, mientras que si su conducta era más activa correspondería al número 1º.⁽¹²⁸⁾

(126).- Así, tener como pupila, o recibir en una casa de citas a una o varias menores, el TS lo ha considerado en ocasiones como incurso en el Art. 459-1º y 3º: STS de 11 de Abril de 1924 JurCri 133(1924); de 18 de Marzo de 1925 JurCri 72(1925); de 24 de Enero de 1929 JurCri 64(1929); La de 23 de Octubre de 1956 recoge un supuesto en el que una dueña de casa de lenocinio que recibe en ella a dos menores y les permite el ejercicio de la prostitución. La tipificación es por el nº 1 del 438 ((CP de 1944)) pero el TS señala que también cabría tipificarlo por el 438-3º (JurCri 777(1956) También el recibir en el propio domicilio a una menor dedicándola a ejercer en él la prostitución lo ha tipificado en alguna ocasión de la misma manera: STS de 19 de Octubre de 1925 JurCri 251(1925).

(127).- En ese sentido, insistimos que para él sólo referido al nº 2 del 459 QUINTANO, compendio II, 251.

(128).- No nos convence del todo la idea, pues si bien podría

En cualquier caso, las conductas que el TS ha considerado incursas en este supuesto, son, fundamentalmente, las de tener como pupilas, o recibir a una menor en casa de citas,⁽¹²⁹⁾ la de admitir en el propio domicilio a una menor para que allí ejerza la prostitución,⁽¹³⁰⁾ la de la madre que consiente que su hija(s) se dedique a la prostitución lucrándose de éllo,⁽¹³¹⁾ y alguna otra cosa como la de recibir el dueño

(128).- (cont.) resultar útil en los casos que la menor consiente, carecería en absoluto de sentido en aquellos en los que se dé un supuesto de auténtica retención contra su voluntad. De otra parte si de algunas STS se puede deducir esto ya que hablan de recibir en casa de prostitución, permitir el ejercicio, consentir que ejerza entre muchas otras STS de 30 de Abril de 1921 JurCri 104(1921); de 13 de Diciembre de 1958 JurCri 1147(1958); etc., en otras, como la de 9 de Octubre de 1942 se señala que se requiere una actuación personal y positiva que ponga de manifiesto el propósito de ayudar, no bastando una mera pasividad(Aranz. 1127(1942)).

(129).- STS de 18 de Febrero de 1911 JurCri 64(1911); de 19 de Abril de 1911 JurCri 153(1911); de 8 de Mayo de 1912 JurCri 243(1912); de 25 de Febrero de 1913 JurCri 106(1913); de 11 de Octubre de 1915 JurCri 63(1915); de 11 de Junio de 1926 JurCri 250(1926); de 23 de Mayo de 1928 JurCri 234(1928); de 27 de Octubre de 1930 JurCri 74(1930); de 10 de Octubre de 1939 Aranz. 137(1939); de 13 de Marzo de 1940 Aranz.237(1940); de 12 de Mayo de 1945 Aranz.666(1945); etc.

(130).- STS de 21 de Octubre de 1916 JurCri 66(1916); de 2 de Diciembre de 1944 Aranz. 1311(1944); etc.

(131).- de 31 de Diciembre de 1909 JurCri 222(1909); de 13 de Diciembre de 1922 JurCri 263(1922); de 7 de Mayo de 1930 JurCri 194(1930); de 20 de Abril de 1942 Aranz. 525(1942); de 20 de Noviembre de 1943 Aranz.1280(1943); en esa línea la de 13 de Diciembre de 1958 en la que pese a no modifi-

(132)
de una mancebía, en su casa, a una menor procedente de otra
e, incluso, el facilitar partidas de nacimiento o pasaportes
falsos para que menores pudieran ejercer la prostitución.⁽¹³³⁾

3.23 SUJETO ACTIVO, SUJETO PASIVO Y OBJETO DE LA ACCION.

La determinación del sujeto activo y del sujeto pasivo, en los supuestos a los que hemos hecho referencia, no plantean particulares dificultades.

En efecto, sujeto activo puede ser, en principio, cualquiera,⁽¹³⁴⁾ ya que el Código no establece ninguna limitación al respecto. De otra parte, sujeto pasivo es la Sociedad como titular del bien jurídico.⁽¹³⁵⁾

(131).- (cont.) car la calificación de la Audiencia que la consideró como incumplimiento de deberes asistenciales, indica que tal calificación es excesivamente benévola JurCri 1147(1958); en distinto sentido la de 13 de Febrero de 1934, en la que pese a que la madre consiente y se lucra, la entiende incurso en el supuesto de incumplimiento de deberes asistenciales JurCri 75(1934).

(132).- STS de 30 de Abril de 1921 JurCri 104(1921).

(133).- STS de 14 de Mayo de 1960 JurCri 430(1960). Reseñemos aquí que la STS de 10 de Enero de 1951 consideró este mismo hecho incluido en el nº 1 del propio artículo como un caso de facilitación de la prostitución JurCri 12(1951).

(134).- En el mismo sentido CUELLO, penal II, (8ª Ed.), 569.

(135).- En esta línea se manifiesta RODRIGUEZ DEVESA, cuando al tratar del bien jurídico dice: "Cierto es, que todos los delitos afectan al interés que tiene la Sociedad en

Algún problema más nos va a plantear el tema del objeto de la acción. En efecto, aunque en una primera aproximación el tema parece muy simple, ya que el Código expresamente señala que la acción debe recaer sobre menores de veintitrés años, un examen más detenido nos muestra que la referencia expresa a los veintitrés años solo se hace en el número 1º del 459, mientras que en los restantes números se habla de menores de edad, (136) de otra parte, en el artículo 456 no se habla de

(135).- (cont.) que no se produzcan, pero en algunos la lesión del interés social se verifica a través de la lesión de un bien jurídico atribuido a un individuo determinado; en estos casos, el daño inferido a la sociedad es un daño mediato. En los delitos de corrupción de menores no sucede así. No hay, o puede no haber, particular ofendido por el delito" corrupción, 818. Y más adelante continúa: "Claramente se desprende de estas consideraciones, que no es la honestidad individual la que ha conducido al legislador a crear los delitos de que a continuación vamos a ocuparnos, sino la ofensa que se causa con ellos a las buenas costumbres, o, si se quiere, a la moralidad pública o a la honestidad colectiva" ib. El bien jurídico es pues eminentemente social como hemos señalado en su lugar oportuno (vid supra pag.285s.) y por lo tanto la Sociedad el sujeto pasivo.

(136).- La razón por la que en el mismo precepto se habla unas veces de menores de veintitrés años, y en otras ocasiones de menores de edad, es, a nuestro entender, muy simple. En el Proyecto del Gobierno, se hablaba de menores de veintitrés años. En el del Senado se hablaba de menores de edad. El Proyecto del Congreso fué, como queda dicho, un híbrido entre ambos, y al tomar una parte del Gobierno y otra del Senado, del primero tomó la expresión menores de veintitrés años, y del segundo la de menores de edad. Dado que en aquel momento la mayoría de edad estaba cifrada en los veintitrés años, el asunto carecía de

mayores de veintitrés años, sino que se habla en general de personas, o a lo sumo, en el número 3º, de mayores de edad.

Lo expuesto, mientras la mayoría de edad estuvo cifrada en los veintitrés años, carecía de importancia, pero a raíz de la L. de 13 de Septiembre de 1943 que señalaba la mayoría de edad a partir de los veintiún años, empezó a plantear problemas interpretativos, puesto que atendiendo al tenor literal del precepto habría que concluir que, a excepción del número primero del artículo 440 (CP. de 1932) que hacía referencia expresa a veintitrés años, los restantes al hacer mención solo a menores de edad, deberían entenderse como relativos a menores de veintiún años. (137)

El TS., con distinto -y discutible- (138) criterio,

(136).- (cont.) importancia e incluso resultaba estético pues evitaba repeticiones.

(137).- Abonaría esta idea la consideración de que la letra B del Anexo al Proyecto de Protocolo de clausura de la Conferencia de París, señalaba que a los efectos de la punición de las infracciones previstas en los artículos 1º y 2º de la Convención, la mayoría de edad vendría determinada por la legislación civil. (Puede verse en Apéndice 4º). En esta línea cabría incluso considerar la necesidad de reconducir la referencia a los veintitrés años a veintiún años.

(138).- Así RODRIGUEZ DEVESA señala: "Es lícito, sin embargo, poner en duda la bondad del criterio sustentado por el Código penal al apartarse de la legislación civil en extremo tan importante, y parece que todas las razones que

mantuvo que la modificación de la mayoría de edad civil no afectaba para nada al Código penal, y que la expresión menores de edad, debía entenderse como menores de veintitrés años. (139)

Por lo que se refiere al sexo de los menores en cuestión, del tenor del Código se deduca que es indiferente, pudiendo tratarse indistintamente de varones o de mujeres, (140) lo que ha llevado a que en ocasiones se haya sancionado por este

(138).- (cont.) han concurrido para reducir la mayoría de edad a los efectos civiles, tienen aún más fuerza tratándose de esta materia, en que la capacidad para decidir se adelanta con mucho a la capacidad para los negocios civiles! corrupción, 820. Personalmente compartimos esa opinión, tanto más cuanto como hemos indicado en nota anterior, la referencia a los veintitrés años no era otra cosa que la referencia a la mayoría de edad.

(139).- Así la STS de 7 de Junio de 1945 señala: "La ley de 13 de Abril de 1943, que estableció empieza la mayoría de edad para todos los españoles a los 21 años cumplidos, no alcanza a producir modificación en la edad que el artículo 440 del CP de 1932, cifra para la menor corrompida; de un lado, porque la variación a 21 años, en que empieza la mayoría de edad que establece dicha ley, de la de 23 que antes existía, se estatuye limitativamente a efectos civiles, según la propia expresión de la ley en su artículo 1º; y de otro, porque ni en el citado Código punitivo ni en sus predecesores de 1870 y 1928 -que la cifró en 18 años- ni en el derogatorio de aquel, el vigente de 1944, se hace referencia o dependencia alguna, a la que pueda corresponderle para alcanzar la mayoría de edad en el orden civil; y por ende, la variación que en ella, en ese orden se haga, no constituye norma jurídica de carácter sustantivo que deba ser observada en la aplicación de la ley penal" Aranz. 780(1945). En el mismo sentido STS de 13 de Octubre de 1945 Aranz. 1121(1945); de 6 de Marzo de 1946 Aranz. 372(1946); de 12 de Marzo de 1956 JurCri 256 (1956); etc.

(140).- En el mismo sentido CUELLO, penal II, (8ª Ed.), 569;

precepto el hecho de recibir, en casa de prostitución a menores varones que allí acuden para cohabitar con las pupilas de la misma,⁽¹⁴¹⁾ o facilitar medios para la realización de actos de homosexualidad con menores,⁽¹⁴²⁾ si bien hay que reconocer que estos casos son, en la época que estudiamos, poco frecuentes.

Una última cuestión radica en la necesidad, o no, de que el hecho de la minoría sea captado por el dolo del agente, y en consecuencia la relevancia o irrelevancia del error al respecto.

Sobre este extremo mantienen los autores tesis contrapuestas. Así, mientras PUIG PEÑA señala que el delito se

(140).- (cont.) SANCHEZ TEJERINA, penal II, 317; PUIG PEÑA, penal IV, (4ª Ed.), 56, si bien este último señala que el espíritu de la ley se refiere principalmente a mujeres.

(141).- STS de 1 de Julio de 1949 JurCri 275(1949); de 21 de Marzo de 1951 JurCri 148(1951). En sentido negativo STS de 27 de Septiembre de 1958 que dice: "no se encuentra el caso examinado incurso en los términos literales y espíritu del precepto, si se tiene en cuenta que la supuesta víctima a quien se pretende proteger es un hombre de 19 años de edad, el cual se presentó de manera espontánea en aquella única ocasión para yacer mediante pago de cantidad con la mujer que le acompañaba, sin que por tanto le indujera nadie a ello, ni dadas sus circunstancias personales quepa pensar se le corrompiese, menoscabase su reputación, se le indujera a seguir la senda del vicio, o se le diesen facilidades conducentes a lograr la satisfacción de los lúbricos deseos de un tercero" JurCri 791 (1958).

(142).- STS de 13 de Marzo de 1951 JurCri 126(1951).

caracteriza por el simple hecho de la minoría, aunque el culpable lo desconozca,⁽¹⁴³⁾ RODRIGUEZ DEVESA sostiene que el hecho de la minoría debe ser captado por el dolo, lo que debería excluir la comisión culposa de estas figuras, si bien reconoce que la amplitud de la cláusula general del art. 565 impide, por el juego del error, tan tajante conclusión.⁽¹⁴⁴⁾

QUINTANO, por su parte, si bien señala que el conocimiento de la edad debe ser elemento esencial, admite la creación de presunciones de conocimiento en determinadas personas.⁽¹⁴⁵⁾

(143).- PUIG PEÑA dice: "La mayor edad, sin embargo, no tiene que ser abarcada por el dolo del autor (en contra de la jurisprudencia francesa), pues el delito se caracteriza únicamente por el simple hecho de la minoría, aunque el culpable lo desconociese. (23 de Junio de 1925, 30 de Junio 1914)" penal IV, (4ª Ed.), 56.

(144).- RODRIGUEZ DEVESA: "Este delito requiere la conciencia de que se realiza un acto adecuado a la corrupción o prostitución del menor, la voluntad de realizarlo y el conocimiento de la minoría de edad. La índole de las conductas que se incriminan debía excluir punibilidad de la comisión culposa. No ocurre así en el Código por la generalidad de la cláusula en que se contiene la imprudencia punible, en el artículo 565. Especialmente puede darse el caso en orden al error no invencible respecto a la edad" corrupción, 823.

(145).- Señala QUINTANO: "El conocimiento de la minoría de edad de la persona corrompida por parte de la corruptora debe ser elemento esencial, y lo es por norma general inexcusable de Derecho penal. Pero como quiera que ese elemento ideal y de conciencia es casi siempre imposible de precisar de modo fehaciente, se impone una presunción de conocimiento, equiparable a voluntariedad, en la persona que corrompe, y que, por obligación, debiera haber in-

El Tribunal Supremo, al enfrentar este tema, parte de dos premisas fundamentales, de una parte que el dato de la minoridad debe constar expresamente en los hechos,⁽¹⁴⁶⁾ y de otra que el error no exime de responsabilidad salvo probada buena fe o la concurrencia de condiciones que lo conviertan en invencible.⁽¹⁴⁷⁾

Sobre esta base, establece, en la línea señalada por QUINTANO, una presunción de conocimiento respecto a dueñas o encargadas de casas de prostitución indicando que en ellas el error respecto a la edad es irrelevante ya que tiene obligación de cerciorarse fehacientemente de la edad de las personas que reciben en suscasas,⁽¹⁴⁸⁾ indicando a este respecto, que

(145).- (cont.) quirido documentalmente la condición de la mayoría de edad! comentarios II, (1946), 289.

(146).- STS de 8 de Mayo de 1942 Aranz. 802(1942).

(147).- STS de 1 de Julio de 1931 JurCri 2(1931); de 22 de Abril de 1948 JurCri 186(1948); etc.

(148).- En el mismo sentido RODRIGUEZ DEVESA en ANTON ONECA-RODRIGUEZ MUÑOZ, penal II, 269 y también STS de 30 de Junio de 1914 JurCri 195(1914); de 6 de Junio de 1924 Jur Cri 197(1924); de 18 de Marzo de 1925 JurCri 72(1925); de 5 de Abril de 1926 JurCri 137(1926); de 7 de Julio de 1926 JurCri 21(1926); de 29 de Octubre de 1926 JurCri 75 (1926); de 27 de Abril de 1929 JurCri 90(1929); de 21 de Marzo de 1930 JurCri 124(1930); de 10 de Octubre de 1939 Aranz. 137(1939); de 4 de Diciembre de 1940 Aranz. 1252 (1940); de 27 de Febrero de 1941 Aranz. 278(1941); de 27 de Febrero de 1941 Aranz. 279(1941); de 23 de Octubre de

no exime la responsabilidad criminal el que la menor posea cartilla que le autoriza a ejercer la prostitución, ni tal cartilla constituye documento fehaciente de su edad, (149) pues

(148).- (cont.) 1942 Aranz. 1145(1942); de 7 de Enero de 1943 Aranz. 43(1943); de 24 de Octubre de 1944 Aranz. 1135 (1944); de 2 de Diciembre de 1944 Aranz. 1311(1944); de 16 de Enero de 1945 Aranz. 90(1945); de 4 de Octubre de 1947 JurCri 352(1947); de 7 de Diciembre de 1951 JurCri 584(1951); de 27 de Febrero de 1952 JurCri 83(1952); de 15 de Junio de 1953 JurCri 414(1953); de 4 de Mayo de 1954 JurCri 404(1954); de 26 de Marzo de 1960 JurCri 291 (1960); de 14 de Mayo de 1960 JurCri 430(1960).

(149).- En ese sentido STS de 2 de Diciembre de 1925 JurCri 309(1925); de 27 de Abril de 1929 JurCri 90(1929); de 21 de Noviembre de 1939 Aranz. 162(1939); de 1 de Diciembre de 1939 Aranz. 172(1939); de 24 de Mayo de 1940 Aranz. 502(1940); de 14 de Marzo de 1942 Aranz. 361(1942); de 12 de Mayo de 1945 Aranz. 666(1945); etc. En distinto sentido se manifiesta la STS de 15 de Octubre de 1950 que recoge el supuesto de una dueña de un prostíbulo, que, requirida por una menor -de 21 años de edad- para que la admitiera en la misma, la rechazó mientras no le presentase autorización o documento acreditativo de hallarse en condiciones legales de ejercer la prostitución. Al volver poco después provista de una autorización expedida en la Comisaría de Policía la admitió, pues: "la recurrida creyó de buena fe que con esta autorización estaban cumplidas las formalidades exigidas y ella a cubierto de toda posible responsabilidad" Aranz. 1353(1950); en la misma línea la de 11 de Junio de 1958 señala: "Que las dos procesadas consintieron la entrada en el prostíbulo de una mujer con solo 21 años de edad, por la creencia de que tendría ya los 23, a causa de ir provista del documento oficial o cartilla que la autorizaba para el ejercicio de la prostitución a que se venía dedicando, y si bien es cierto que la fecha del nacimiento de una persona cualquiera solo se acredita de manera auténtica con la oportuna certificación del Registro Civil correspondiente, no con documento distinto aunque tuviera carácter oficial, lo es también que a los efectos de referencia pudo estimarse suficiente el exhibido sin señal alguna de falseamiento, y sin que di-

los únicos documentos válidos son la certificación de nacimiento o la partida bautismal,⁽¹⁵⁰⁾ careciendo de trascendencia que se tratase de una menor casada y con licencia marital,⁽¹⁵¹⁾ o que se tratase de menores muy próximas a cumplir los 23 años,⁽¹⁵²⁾ si bien en los últimos años de la época que nos ocupa el TS admite, bien que en el plano teórico, la posibilidad de reconducir estos últimos supuestos a imprudencia.⁽¹⁵³⁾

Junto a esta posición del TS en los casos de dueñas de casas de tolerancia, que está en la misma línea restrictiva con respecto a tales personas que ya hemos comentado anterior -

(149).- (cont.) conducta implique verdadera imprudencia de la llamada grave o temeraria" JurCri 791(1958).

(150).- Así STS de 1 de Diciembre de 1939 Aranz. 172(1939); de 14 de Marzo de 1942 Aranz. 361(1942); de 30 de Septiembre de 1946 Aranz. 988(1946); etc.

(151).- STS de 26 de Enero de 1929 JurCri 75(1929).

(152).- Así STS de 20 de Octubre de 1931 (la menor tenía 22 años y 8 meses) JurCri 63(1931); de 27 de Octubre de 1943 (a la menor le faltaban 14 días para cumplir 23 años) Aranz 1086(1943); de 14 de Enero de 1944 (a la menor le faltaban 72 horas para cumplir los 23 años) Aranz. 55(1944).

(153).- Así la STS de 14 de Febrero de 1964 recoge el supuesto de unas dueñas de casa de lenocinio que reciben, para que allí ejerza, a una menor de 19 años. Condenadas por la Audiencia por corrupción de menores recurren en casación por aplicación indebida del precepto legal. El TS. desestima el recurso y señala que si bien es posible calificar tal conducta por imprudencia cuando la edad de la mujer está muy próxima a los 23 años, en este caso concreto

mente,⁽¹⁵⁴⁾ encontramos algunas sentencias en las que por no tratarse de tales personas, el TS admite con más facilidad la calificación de imprudencia,⁽¹⁵⁵⁾ e incluso llega a absolver por falta de dolo.⁽¹⁵⁶⁾

(153).- (cont.) ello tampoco es posible dado que su edad real era de 19 años. JurCri 288(1964).

(154).- Recordemos que al tratar del tema de la habitualidad del primer supuesto que comentábamos del nº 1 del 459, señalábamos la presunción que establece el TS en contra de las dueñas o encargadas de casas de prostitución en el sentido de reputarlas siempre habituales por el mero hecho de estar al frente de tales casas.(Vid.supra pag.)

(155).- Así la STS de 13 de Noviembre de 1962: dueña de una pensión en la que admitió para que pernoctara en ella a una menor de 22 años y 5 meses. El TS señala que no consta que supiera que era menor de edad, luego no cabe incriminación dolosa, pero como debió cerciorarse califica de imprudencia temeraria JurCri 1184(1962); la de 11 de Mayo de 1963 recoge el supuesto de una mujer que admite en su domicilio, mediante pago de precio, a dos mujeres, prostitutas habituales, una de las cuales era menor de 23 años. Señala el TS: "Que la edad precisa de las víctimas de la corrupción es un dato muy importante que falta en el primer Resultando de la sentencia recurrida, en que solo aparece que una de las mujeres era menor de 23 años y habitual de la corrupción, y naturalmente no es lo mismo corromper a una inocente jovencita que a una aventurera en vísperas de cumplir los 23 años y que incluso puede representar algunos más... por lo que no consta en este caso concreto que la procesada procediera con malicia, o sea, con conocimiento de que corrompía a una menor sino que solamente por falta de elementales precauciones al no haber solicitado la correspondiente comprobación documental de su identidad, edad y estado civil, incurrió en imprudencia temeraria" JurCri 775(1963).

(156).- Así la STS de 7 de Mayo de 1965 señala: "porque el có-

3.24 LA CONSUMACION.

Tal y como hemos venido sosteniendo en epígrafes anteriores, tanto al hablar del bien jurídico,⁽¹⁵⁷⁾ como al hablar de las distintas modalidades comisivas,⁽¹⁵⁸⁾ la conducta que sanciona el artículo que comentamos, no es la de corromper o prostituir menores de veintitrés años, sino la de cooperar a tal corrupción o prostitución con conductas de promoción, facilitación o sostenimiento de las mismas para satisfacer deseos de tercero, sea éste determinado o indeterminado.

La conducta relevante a los efectos de la consumación, si nuestra tesis es correcta, ha de ser, por consiguiente, la realizada por el sujeto activo, con independencia de la repercusión que ésta tenga sobre el menor o menores sobre los que recae. O dicho de otro modo, el delito debe consumarse en el mismo momento en que el sujeto activo ha puesto la conducta que de él depende, sin necesidad de que se produzca el hecho

(156).- (cont.) nocimiento por parte de la procesada sirvienta de la pensión de que la pareja que solicitaba el hospedaje iba a realizar el acto carnal, no es suficiente para cumplir los presupuestos fácticos y normativos que constituyen la precitada figura delictiva, para la que era precisa el doble conocimiento de actos de prostitución y de la minoría de edad de la mujer presuntamente prostituida, que al faltar justifican la admisión del recurso" (casa, anula y absuelve) JurCri 799(1965).

(157).- Vid. supra págs. 285-7

(158).- Vid. supra págs. 296-332

de la prostitución o corrupción del menor.

Pues bien; si atendemos a la doctrina científica de la época, nos encontramos con el siguiente panorama: RODRIGUEZ DEVESA sostiene que a excepción del supuesto contenido en la primera parte del nº 2 del Artículo 438 (CP de 1944) -que no -sotros hemos denominado de cooperación no habitual-, en los demás debe darse el hecho de la prostitución o corrupción del menor en cuestión para que la conducta quede consumada,⁽¹⁵⁹⁾ si bien reconoce adoptar una postura minoritaria.⁽¹⁶⁰⁾ SANCHEZ TEJERINA se manifiesta expresamente con respecto al nº 2 del 438, señalando que en este supuesto no es preciso que la menor haya cedido a la inducción,⁽¹⁶¹⁾ con respecto a los otros dos números no se manifiesta de un modo terminante, si bien podría co -

(159).- RODRIGUEZ DEVESA, corrupcion, 821-2, 824-5.

(160).- ib. 821 n. 17, 822 n. 21, 824 n. 34. A nuestro entender, la razón por la que este autor sostiene esta posición es porque analiza el precepto que comentamos desde la óptica del delito de corrupción de menores, y la coherencia con su punto de partida le hace exigir que tal corrupción se realice, excepto en el supuesto ya reseñado al que califica de delito de resultado cortado (ib. 824). Discrepamos de este autor ya que, como queda dicho (vid. supra pág.), entendemos que el precepto objeto de análisis no constituye un delito de corrupción de menores, por lo menos en el sentido moderno del término, sino que constituye un delito de lenocinio en el sentido que indicábamos en el capítulo preliminar, delito éste que se consuma con la realización de las actividades de lenocinio, sin que sea precisa otra condición.

(161).- SANCHEZ TEJERINA penal II, 317.

legirse -en particular respecto al nº 1 del 438- una posición análoga. (162) Algo similar ocurre con PUIG PEÑA, que también se manifiesta expresamente sólo respecto al nº 2 del artículo 438, (163) si bien en este autor, a diferencia de lo que ocurría con el anterior no queda tan clara su posición en lo que se refiere a los nº 1 y 3 del mismo artículo. (164)

(162).- Así al comentar el nº 1 del art. 438 señala: "El precepto hace referencia a los intermediarios que para favorecer las pasiones de otros..." (ib.), y posteriormente, al hablar de los requisitos para la existencia de este delito, señala como primero: "La ejecución de actos que promuevan, favorezcan o faciliten la corrupción" (ib.), no señala en ningún momento que tales actos deban producir esa prostitución o corrupción. Del mismo modo, al comentar el nº 3 del propio artículo habla de que: "se ejecuten actos para ayudar a sostener la continuación..." (ib. 318), ni siquiera señala que de hecho se ayude o sostenga.

(163).- PUIG PEÑA, penal IV, (4ª Ed.), 58.

(164).- Así, al comentar la primera figura del nº 2 (la que hemos denominado de cooperación no habitual) señala: "Estamos en presencia del acto de mediación en el tráfico carnal, acto de celestinaje que se diferencia del número anterior ((438-1º)) en que no exige la habitualidad (17 de Febrero de 1917), ni que la menor se entregue a la prostitución o se haga mujer pervertida (5 de Mayo de 1933)" (ib.). De donde parece deducirse que para él es requisito indispensable del nº 1 el que se produzca de hecho la prostitución o corrupción del menor (hay que precisar que la STS que cita en segundo lugar lo único que afirma es la no necesidad de tal estado de prostitución o corrupción, sin establecer comparaciones con el 438-1º).

Distinta impresión sacamos de su comentario a la segunda figura contenida en el 438-2º. Allí dice: "Las características de este número son: a), que no precisa (a diferencia del nº 1) la habitualidad (7 de Mayo de 1929); b), que no requiere que la persona menor de edad haya cedido a la inducción para estimarse el delito como consumado (31 de

Por último, tanto QUINTANO como CUELLO se manifiestan de modo terminante en el sentido que nosotros hemos propuesto, esto es, que para la consumación de este delito basta con que se den las actuaciones previstas en los distintos supuestos, sin necesidad de que se produzca la prostitución o corrupción de la persona menor. (165)

(164).- (cont.) Enero de 1906)" (ibidem.). Luego si al hablar de la habitualidad como elemento no necesario dice "a diferencia del nº 1", y al hablar de la no necesidad de que la menor ceda a la inducción no establece tal distinción, cabría colegir que en el nº 1 tampoco este hecho es necesario.

Más clara aparece su postura al comentar el nº 3, ya que en él, pese a no manifestarse de modo expreso, su expresión: "se castiga: a), el facilitar o ayudar la continuación... b), la estancia de menores..." (ib. 59) y su constante referencia a la jurisprudencia del TS. permite aventurar su opción por la no exigencia del resultado corruptor.

(165).- Así QUINTANO señala: "Otra especialidad del de corrupción es que en él no cabe otra disyuntiva que la de consumación o la inexistencia del delito, pues todos y cada uno de los actos posibles de ejecución están comprendidos en élla. Como no se precisan operaciones impúdicas concretas, ni de ningún modo yacimiento, las tendentes a facilitar la comisión de estos hechos, que pudieran ser de preparación o principio de ejecución con respecto a los mismos, definen por sí mismos la corrupción plena y consumada" comentarios II, (1946), 290. Luego para él es claramente un delito de simple actividad, no un delito de resultado.

Por su parte CUELLO indica: con respecto al 438-1º: "El delito se consuma en el momento en que se han realizado los actos encaminados a promover, favorecer o facilitar la prostitución o corrupción sin que sea preciso que lleguen a producirse" penal II, (8ª Ed.), 572-3º; con respecto al nº 2: "Para la existencia del delito basta el hecho de facilitar medios para la satisfacción de los deseos

En esta misma línea se ha manifestado la jurisprudencia constante del TS. que ha señalado que: lo relevante no es prostituir o corromper sino promover, favorecer o facilitar, (166) que no es preciso que los actos inmorales se realicen, (167) llegando a sancionar incluso el supuesto en el que una mujer requirió a una menor para que se dedicase a la prostitución a lo que ésta accedió (sin intención alguna de realizarlo) y que mientras la primera iba en busca de un cliente denunció los hechos a la Policía, (168) que basta con la mera inducción en el ánimo de menor(es) para que se preste(n) a sa-

(165).- (cont.) deshonestos o la inducción realizada con tal fin, aun cuando el menor rechace la propuesta deshonesto el delito existe" ib. 574, y respecto al supuesto de recluta y trata contenido en el mismo número: "Para su consumación basta la mera inducción en el ánimo de los menores para que se dediquen a la prostitución" ib. 575; por último, y de modo menos claro, respecto al nº 3 señala: "Aquí se castiga el hecho de cooperar en cualquier forma a la continuación..." ib. y "Pena también este precepto cooperar a la estancia..." ib. 576.

(166).- STS de 31 de Enero de 1906 JurCri 60(1906); de 25 de Enero de 1908 JurCri 49(1908); de 29 de Octubre de 1926 JurCri 75(1926); de 7 de Mayo de 1929 JurCri 116(1929); etc.

(167).- STS de 25 de Noviembre de 1910 JurCri 175(1910); de 1 de Julio de 1918 JurCri 2(1918); de 8 de Marzo de 1929 JurCri 205(1929); etc.

(168).- STS de 7 de Mayo de 1929: "...y no es preciso para ello de más requisito ni accidente que el de facilitar ocasión a los menores de edad con el propósito de que se entreguen a vicios deshonestos..." JurCri 114(1929).

tisfacer deseos de un tercero⁽¹⁶⁹⁾ o para concurrir a una casa de lenocinio,⁽¹⁷⁰⁾ incluso en el caso en que no lleguen ni siquiera a entrar en élla,⁽¹⁷¹⁾ basta también con el mero hecho de admitir a un menor en casa de prostitución⁽¹⁷²⁾ o con el mero facilitar de cualquier modo, en cualquier ocasión o con cualquier medio la prostitución o corrupción de menores.⁽¹⁷³⁾

(169).- STS de 31 de Enero de 1906 JurCri 60(1906); de 25 de Noviembre de 1910 JurCri 175(1910); de 7 de Diciembre de 1917 JurCri 132(1917); de 31 de Enero de 1929 JurCri 96(1929); de 25 de Junio de 1934 JurCri 283(1934); etc.

(170).- de 5 de Febrero de 1909 JurCri 59(1909); de 30 de Mayo de 1927 JurCri 279(1927); etc.

(171).- STS de 8 de Marzo de 1929: "...que la recurrente de acuerdo con otra mujer concibió el propósito de llevar a una casa de lenocinio de su propiedad, sita en..., tres jóvenes, cuya menor edad les constaba, para que allí se dedicasen a tan repugnante comercio, y con engaño prepararon el viaje consiguiendo llevarlas a la estación, es indudable que con todos estos actos que respondían al propósito criminal de la que recurre, consumó ésta el delito toda vez que la indicada figura delictiva no exige que la deshonestidad se realice sino que basta que se ponga a los menores en el camino de su perdición por el vicio!" JurCri 205(1929).

(172).- STS de 18 de Marzo de 1925: "...el delito de corrupción de menores queda consumado desde el momento en que la persona que habitualmente se halla al frente de una casa de lenocinio, admite y cobija en élla, a sabiendas a menores de edad dedicadas a la prostitución!" JurCri 76(1925); de 4 de Abril de 1924 JurCri 118(1924); de 18 de Marzo de 1925 JurCri 72(1925); de 27 de Marzo de 1929 JurCri 251(1929); etc.

(173).- STS de 6 de Mayo de 1929 JurCri 109(1929); de 7 de Mayo de 1929 JurCri 114(1929); de 24 de Mayo de 1929 JurCri 147(1929); de 15 de Junio de 1953 JurCri 414(1953); etc.

Lo expuesto viene a confirmar la bondad de la tesis con que iniciábamos el epígrafe, y supone un dato más en contra de la consideración de las conductas recogidas en el artículo 459 como delito de corrupción de menores, y a favor de su consideración como delito de lenocinio o de cooperación a la prostitución o corrupción de menores.

3.25 LA_PENA.

Al igual que hicimos en el capítulo segundo, y dado que también en éste estamos examinando simultáneamente varios códigos, vamos a proceder, como paso previo a exponer un cuadro-esquema de la penalidad prevista, para los supuestos que comentamos.

<u>CP. 1870</u> (Reformado por L. 21-VII-904)	<u>CP. 1928</u>	<u>CP. 1932</u>	<u>CP. 1944</u>
<u>Art. 459</u>	<u>Art. 609</u>	<u>Art. 440</u>	<u>Art. 439</u>
.- Prisión correccional en grado mínimo y medio: de 6m. 1d. a 4a. 2m.	.- Reclusión: de 4m. a 4a.	.- Prisión menor grado mínimo y medio: de 6m. 1d. a 4a. 2m.	.- Prisión menor: de 6m. 1d. a 6a.
.- Inhabilitación temporal absoluta si fuera autoridad pública o agente de esta: de 6m. 1d. a 12a.	.- Inhabilitación especial para cargo público si fuere autoridad pública o agente de esta: de 6m. 1d. a 20a.	.- Inhabilitación absoluta si fuera autoridad pública o agente de esta: de 6m. 1d. a 12m.	.- Inhabilitación absoluta si fuera autoridad pública o agente de esta: de 6m. 1d. a 12a.
.- Multa: de 500 a 5.000 ptas.	.- Multa: de 1.000 a 25.000 ptas.	.- Multa: de 500 a 5.000 ptas.	.- Multa: de 1.000 a 5.000 ptas.
	<u>Art. 777</u>		
	.- Reclusión: de 6m. a 6a.		
	.- Inhabilitación especial para cargo público: de 8a. a 20a.		
	.- Multa: de 1.000 a 10.000 ptas.		

Lo primero que llama la atención de este esquema es la duplicidad de artículos en el Código Penal de 1928. La explicación es simple. Como tendremos ocasión de reseñar en el último epígrafe de este capítulo,⁽¹⁷⁴⁾ el Código Penal de 1928 va a distinguir, dentro de los menores de edad entre los que son menores de edad, pero mayores de diez y ocho años, y los que siendo menores de edad lo son también de diez y ocho años creando un Título especial en el que se mencionan los delitos cometidos contra los menores.⁽¹⁷⁵⁾

Esto va a dar lugar a que las conductas relativas a la prostitución o corrupción de menores de edad estén ubicadas en dos lugares diferentes según sean los menores mayores de diez y ocho años o menores de tal edad,⁽¹⁷⁶⁾ lo que explica la duplicidad que aparece en el cuadro.

(174).- Vid infra pág. 442ss.

(175).- Este Título era el IV del Libro II y contenía los capítulos siguientes: Capítulo I: Delitos contra la salud de los menores; Capítulo II: Abandono de menores; Capítulo III: Sustracción de menores; Capítulo IV: Delitos contra la honestidad y la moralidad de los menores; Capítulo V: Delitos contra la propiedad en relación con los menores.

(176).- Así las conductas relativas a la prostitución o corrupción de menores de edad, mayores de diez y ocho años las encontramos en el Título X: Delitos contra la honestidad, Capítulo III: Delitos relativos a la prostitución, artículo 609, mientras que las relativas a menores de esa edad están ubicadas en el Título XV antes citado, Capítulo IV artículo 777, 778 y 783, siendo el artículo 777 el

Refiriéndonos ya en concreto a las penas podemos comprobar que la L. de 21 de Julio de 1904, a este respecto, solo supuso como novedad la adición de la pena de multa, y la extensión, a los agentes de la autoridad, de la inhabilitación temporal absoluta ya prevista para los supuestos en que el sujeto activo es autoridad.⁽¹⁷⁷⁾

La adición de la pena de multa aparece ya en el Proyecto que el Gobierno remite al Senado,⁽¹⁷⁸⁾ y, pasó sin discusión el texto definitivo. Aunque no se da allí razón alguna del porqué, entendemos que la única razón, o por lo menos la fundamental, es que en el artículo 334 del CP francés, que como es sabido, sirvió de modelo al legislador español, se sancionaban tales conductas amén de con una pena privativa de libertad, con una de multa.⁽¹⁷⁹⁾

Por su parte, la extensión de la inhabilitación a los agentes de la autoridad aparece en el Proyecto del Congre-

(176).- (cont.) que recoge la figura en estos momentos objeto de nuestro estudio.

(177).- Recordemos que las penas prescritas por el CP. de 1870, en su primera redacción, eran las de: prisión correccional en sus grados mínimo y medio, e inhabilitación absoluta si fuese Autoridad. (vid. cuadro-esquema pag.).

(178).- senado, Apénd. 5º al nº 70. 10 de Noviembre de 1903.

(179).- Dice así el inicio del art. 334: "Será puni d'un emprisonnement de six mois a trois ans et d'une amende de cin -

so, (180) y pasa, también sin discusión, al texto definitivo, por lo que carecemos de datos que justifiquen esta extensión, que por otra parte nos parece totalmente oportuna.

Examinado este extremo, si comparamos ahora las penas previstas por los distintos códigos, observaremos de una parte, que las diferencias entre ellos son mínimas, y de otra que, cuando estas diferencias se producen no son debidas a un cambio en la posición del legislador sobre este tema concreto, sino que son el resultado de una variación en la política general de éste.

Así, la sustitución de la pena de prisión correccional por la de reclusión que se opera en el Código Penal de 1928, obedece a la modificación del criterio del legislador respecto a la escala de penas, (181) y su tendencia a la simplificación que dejó reducidas las penas privativas de libertad a tres: reclusión, prisión y arresto. (182)

(179).- (cont.) quante francs (50 fr.) à cinq mille francs (5.000 fr.)..."

(180).- congreso, Apénd. 5º al nº 150. 22 de Marzo de 1904. 5.

(181).- En este sentido, y por todos JARAMILLO, código I, 231.

(182).- vid. art. 87. RODRIGUEZ DEVESA señala que las privativas de libertad en ese Código son solo dos: la reclusión y la prisión, dejando fuera el arresto. penal I, 110. Aunque no vamos a entrar en la discusión del tema, por quedar totalmente fuera del objeto de nuestro estudio, se-

Del mismo modo la sustitución de la pena de inhabilitación temporal absoluta por la de inhabilitación especial para cargo público, que observamos en el mismo código, obedece a la desaparición de la primera y su sustitución por la segunda en la escala de penas. (183)

El incremento de la cuantía de la multa, por lo menos en lo que respecta al grado mínimo, responde simplemente al hecho de que el legislador de 1928 situó el límite de separación entre delito y falta, en el caso de multa, en las 1000 pesetas. (184)

Respecto al tema de la multa, es curioso destacar que a diferencia de las otras penas previstas en el artículo 777, que resultan, lógicamente, superiores a las señaladas en el artículo 609, ésta resulta inferior, (185) es más, si com-

(182).- (cont.) ñalemos que la razón de la disparidad de criterios podría estar en lo que señala JARAMILLO: "Se incluye como privativa de libertad el arresto, que, aun destinado por su naturaleza a disposiciones administrativas o gubernativas, se ha creído necesario traerlo para que las utilicen los Tribunales municipales en la represión de las faltas" Código I, 235. Así el artículo 89 señala: "... y menos graves las demás, excepto el arresto y la multa inferior a 1000 pesetas, que serán leves"

(183).- vid. art. 87.

(184).- En ese sentido se manifiesta el artículo 89 al señalar la pena de multa en cuantía inferior a 1000 ptas. como pena leve.

(185).- En efecto, como puede comprobarse en el cuadro-esquema

ramos la pena de multa prevista para los supuestos relativos a menores de veintitrés pero mayores de diez y ocho, con la prevista en el 608 para los hechos relativos a mayores de edad, nos encontraremos con que si bien el límite máximo de la primera es notablemente superior, el límite mínimo es inferior, con lo que teóricamente cabría imponer, por delito relativo a la prostitución o corrupción de menor de veintitrés años y mayor de diez y ocho, una pena de multa inferior a la que correspondería al mismo supuesto referido a mayores de edad.⁽¹⁸⁶⁾ Más paradójico resulta si comparamos la pena de multa del artículo 608 con la del Artículo 777, pues en este caso, siendo coincidentes los límites superiores, resulta el límite mínimo es más bajo en el caso del artículo 777 que en el del artículo 608.⁽¹⁸⁷⁾

(185).- (cont.) de la pág.349 ; la multa prevista en el artículo 609 es de 1000 a 25000 pesetas, mientras que la prevista en el artículo 777 es sólo de 1000 a 10000 pesetas. No encontramos explicación aparente de esta anomalía, ni en los escasos comentaristas de este Código se indica nada.

(186).- En efecto, el artículo 608 señala una pena de multa de 2000 a 10000 pesetas y el artículo 609, como queda dicho, una de 1000 a 25000 pesetas. Cabe por consiguiente que para un supuesto del artículo 609 se imponga una pena inferior a la que podría imponérsele en el caso del artículo 608.

(187).- Así la multa prevista en el artículo 777 es de 1000 a 10000 pesetas, mientras que la del artículo 608 es de 2000 a 10000 pesetas. En este caso, aun resultando chocante, este dato tiene poca importancia ya que las penas pri-

Retornando al análisis general de las penas, y continuando en el tema de las multas, debemos reseñar, que el mismo motivo que originó la elevación del límite inferior en el Código de 1928, es la que produjo idéntico efecto en el CP. de 1944. (188)

Por último, reseñemos que la variación que se observa en el CP. de 1944, respecto a la pena privativa de libertad que de estar señalada en grados mínimo y medio, pasa a estar impuesta en toda su extensión, responde al criterio del Legislador de la época de imponer las penas en toda su extensión. (189)

3.26 LA AGRAVACION ESPECIFICA PARA LOS SUPUESTOS DE COOPERACION NO HABITUAL Y LOS DE RECLUTA Y TRATA.

Esta agravación, aparece con la ley de reforma de 1904, y se encuentra recogida en el pfo. 2º del nº 2 del artículo 459 (190) que dice así:

(187).- (cont.) vativa de libertad y restrictiva de derechos, son notablemente superiores en el primero de ellos.

(188).- Así el artículo 74 CP. de 1944: "La multa en la cuantía de 1000 a 10000 pesetas se considerará como la última pena de todas las escalas graduales anteriores"

(189).- En ese sentido puede verse el Preámbulo del propio CP. de 1944, y entre los autores, y por todos, RODRIGUEZ DE VESA, penal I, 117.

(190).- Esta agravación pasa al CP. de 1928, donde la encon -

"Se impondrá la pena inmediatamente superior en grado a los culpables señalados en el artículo 465"(191).

Esta agravación no es exclusiva para los supuestos de menores, sino que una agravación análoga la vamos a encontrar para los supuestos relativos a mayores.⁽¹⁹²⁾ Ahora bien; dado que la problemática que se plantea en ambos casos es diferente, vamos a estudiar cada agravación en su lugar oportuno.

Considerada en si misma, esta agravación tiene pleno sentido y perfecta lógica, pues si en el artículo 465 se señala que en el supuesto en que las personas que en él se indican actúen como cómplices de los delitos que comentamos, se les castigará como autores, es lógico que cuando tales personas actúan directamente como autores, sufran una agravación.

Ahora bien; si esto es cierto, ¿por qué sólo es aplicable en los supuestos previstos en el nº 2 del 459?

(190).- (cont.) tramos en el último inciso del nº 2 del artículo 609, y en idéntico lugar del artículo 777, si bien con una ligera modificación que no altera su contenido. En el CP. de 1932, la encontramos también en el último inciso del nº 2 del artículo 440. Sin embargo, desaparece en el CP. de 1944, aunque volvemos a encontrarla en el CP. de 1963 en el artículo 452 bis)g. como disposición general.

(191).- Las personas señaladas en el artículo 465 son: ascendientes, tutores, curadores, maestros, encargados en cualquier manera de la educación o dirección de la juventud y cualquier persona que actúe con abuso de autoridad o en cargo.

(192).- Respecto a los supuestos relativos a mayores, la encon-

Debemos reconocer que no hemos encontrado ninguna explicación convincente de esta anomalía, que, por otra parte, tiene su origen en los distintos proyectos de la ley de reforma.

En efecto, la agravación que comentamos aparece por primera vez en el Proyecto del Gobierno, ⁽¹⁹³⁾ y tiene como origen una previsión similar recogida por el legislador francés en el artículo 334. ⁽¹⁹⁴⁾ Ahora bien; en este Proyecto la agravación es aplicable, indistintamente, a todos los supuestos, incluso a los relativos a mayores.

⁽¹⁹⁵⁾
Esta agravación desaparece del Proyecto del Senado, que, como recordamos, distingue entre supuestos relativos a mayores de veintitrés años, y menores de tal edad, para reapa-

(192).- (cont.) tramos en el primer inciso del último párrafo del artículo 456. Su comentario puede verse infra. pag.

(193).- senado, Apéndice 5º al nº 70. 10 de Noviembre de 1903. Segundo inciso del nº 4 del artículo 459 que dice: "Si en la perpetración de los delitos que se enumeran en este artículo fueren excitadores o favorecedores cualquiera de las personas que se determinan en el artículo 465, la pena será la de prisión correccional en sus grados mínimo y medio?"

(194).- Dice así el párrafo 2º del nº 4 de este artículo: "Si les délits ci-dessus ont été excités, favorisés ou facilités par les père, mère, tuteur ou les autres personnes énumérées en l'article 333, la peine d'emprisonnement sera de trois à cinq ans!"

(195).- congreso, Apéndice 6º al nº 132. 29 de Febrero de 1904.

recer en el Proyecto del Congreso, aunque referida únicamente a los supuestos relativos a mayores. (196)

La posición del congreso podría admitir una explicación, siquiera parcial, y sería que éste entendió que si se trataba de mayores de veintitrés años, sometidos aún a patria potestad, a tutela o a curatela, es porque, pese a haber alcanzado la mayoría de edad cronológica, tal sumisión suponía que aún no habían alcanzado la plena capacidad, (197) por lo que eran equiparables a los menores de 23 años, tesis ésta que vendría apoyada por el hecho de que la pena que señala para estos supuestos es la misma que se prevé para los relativos a menores de esa edad. (198) En cualquier caso quedaría sin expli-

(196).- congreso, Apéndice 5º al nº 150. 22 de Marzo de 1904. El primer inciso del pfo. 2º del nº 3 del artículo 456 señala: "Si en la perpetración de los delitos que se enumeran en este artículo fueren excitadores o favorecedores cualquiera de las personas que se determinan en el artículo 465, la pena será la de prisión correccional en sus grados mínimo y medio"

(197).- Decimos que la resolución del problema es solo parcial ya que los argumentos esgrimidos son válidos para los casos que hemos reseñado, pero dejan sin explicación los supuestos en que se trata de ascendientes, pero la persona no está sometida a patria potestad, y aquellos en que se trata de maestros, encargados en cualquier forma de la educación o dirección de la juventud, o de personas que actúan con abuso de autoridad o encargo.

(198).- La pena que prevé el artículo 456 es la de Arresto Mayor (refiriéndonos solo a la privativa de libertad), mientras que la prevista en el artículo 459 es de prisión

cación el porqué no existe en el Proyecto la misma agravación para los supuestos relativos a menores de veintitrés años.

La consagración definitiva de la anomalía se produce en el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado, en el que, manteniendo la agravación con carácter general para los supuestos relativos a mayores, la reincorpora también para menores pero únicamente para las conductas previstas en el nº 2 del artículo 459. (199)

Esta situación va a permanecer invariable en los códigos posteriores, con excepción del de 1944, en el que incomprensiblemente, y pese a que nada, en la llamada ley de autorizaciones, (200) lo consentía, fué suprimida la agravación en lo

(198).- (cont.) correccional en sus grados mínimo y medio. La agravación, como hemos indicado, eleva la pena del 456, para las personas referidas, de Arresto Mayor precisamente a Prisión correccional en sus grados mínimo y medio.

(199).- senado, Apéndice 3º al nº 174. 24 de Junio de 1904. Personalmente estimamos un acierto la reincorporación de la agravante a los supuestos relativos a menores tras el, a nuestro entender, error cometido por el Senado primero, y por el Congreso después, de suprimirlo. Lo que escapa de nuestro alcance -y es un punto sobre el que no hemos encontrado ningún dato- es el porqué se recoge solo para los supuestos del nº 2 y no para todos los números, máxime cuando en los supuestos relativos a mayores es aplicable a todos ellos.

(200).- La llamada ley de autorizaciones es, como de todos es sabido, la Ley de 19 de Julio de 1944 para una nueva edición refundida del Código Penal vigente. (BOE. de 22 de Julio).

que se refiere a menores, (201) si bien continuó vigente para los supuestos relativos a mayores.

Este supuesto, la agravación, en los casos en que es aplicable, no plantea particulares problemas, e incluso, como ya hemos indicado, nos parece totalmente correcta. De hecho supone una agravación para toda aquella persona que actúa con abuso de autoridad o confianza, con lo que el legislador de 1904 adopta una posición similar a la que adoptó el de 1822, este es, en vez de considerar el abuso de autoridad o de confianza como modalidad comisiva -al estilo de las CC.PP. de 1848-50 y 1870- la considera como una causa de agravación. (202)

3.3 EL DELITO DE COOPERACION PASIVA AL MANTENIMIENTO EN PROSTITUCION O CORRUPCION.

Este delito viene recogido en el párrafo último del artículo 459, (203) y su tenor es el siguiente:

(201).- La única razón que se nos ocurre que pudo llevar al legislador a suprimir la agravación, es la de que estimara que dado que la pena había quedado agravada al pasar de imponerla en sus grados mínimo y medio, a imponerla en toda su extensión, mantener la agravación era elevar excesivamente la pena; aunque debemos señalar que este argumento tampoco acaba de satisfacerlos.

(202).- A este respecto pueden verse los artículos 537 a 540 del CP. de 1822 y los comentarios a los mismos supra pag.

(203).- Pasa a ser el pfo. último del artículo 609 y el artículo 778 en el CP. de 1928; el pfo. 2º del nº 3 del artícu-

"La persona bajo cuya potestad legal estuviere un menor, y que, con neticia de la prostitución o corrupción de éste, por su permanencia o asistencia frecuente a casas o lugares de vicio, no le recoja para impedir su continuación en tal estado y sitio, y no le ponga en su guarda, o a disposición de la autoridad si careciese de medios para su custodia, incurrirá en las de arresto mayor e inhabilitación para el ejercicio de cargos de tutela, y perderá la patria potestad o la autoridad marital, si las tuviere, sobre el menor que diere ocasión a su responsabilidad."

A este párrafo se le adicionaron, por L. de 25 de Septiembre de 1941, (204) dos párrafos, como consecuencia de la Exposición razenada que -con base en el artículo 2 del Código Penal- realizó la Sala Segunda del TS ante el Ministro de Justicia para que pudiera sancionarse la conducta de aquellas personas que por carecer de la potestad legal en el sentido del Código Civil no podían ser incluidos dentro del supuesto que nos ocupa. (205) El tener de esos dos párrafos es el siguiente:

"En iguales penas de arresto mayor e inhabilitación para cargos de tutela incurrirá quien en los casos a que se refiere el párrafo anterior comete las comisiones en él castigadas, aunque no tenga potestad legal sobre el menor, si al tiempo del extravío de éste le tuviera en su domicilio o confiado a su guarda y ejerciera sobre él de hecho una autoridad familiar o ético-social.

Además, quedará inhabilitado para el ejercicio de

(203).- (cont.) lo 440 en el CP. de 1932 y el artículo 439 en el CP. de 1944.

(204).- BOE. de 4 de Octubre del mismo año.

(205).- En ese sentido pueden verse la Exposición de Motivos que precede a la citada ley.

la patria potestad sobre el menor, si llegara a corresponderle!"

A diferencia de lo que ocurre con los supuestos que ya hemos examinado respecto a menores, y de lo que ocurrirá con los que vamos a examinar posteriormente relativos a mayores, el supuesto que nos ocupa, si bien nace con la ley de reforma de 1904, no encuentra sus antecedentes directos en la Conferencia de París ni en la ley francesa de 1903, sino que es una creación del Senado.

Surge, por consiguiente, en el Proyecto del Senado, (206) y tras ser aceptado sin discusión por el Congreso, quedó integrado en el Proyecto del mismo (207) y pasó sin modificación por la Comisión Mixta (208) al texto definitivo de la ley de Reforma de 1904.

La aparición de este supuesto provocó una durísima crítica por parte de GROIZARD, que consideraba que el conjunto de ideas recogido por el legislador en esa figura no eran susceptibles de dar lugar a una imputación penal. (209) Posterior-

(206).- El Senado lo incluye como párrafo 2º (y último) del artículo 459. congreso, Apéndice 6º al nº 132.

(207).- Lo integran como pfo. último del artículo 459. congreso, Apéndice 5º al nº 150. 22 de Marzo de 1904. 5/8.

(208).- senado, Apéndice 3º al nº 174. 24 de Junio de 1904. 2/A.

(209).- Dice así: "Tal conglomerado de ideas no es susceptible

mente ha sido criticado también desde otro punto de vista por algún autor como RODRIGUEZ DEVESA que entiende que la limitación que establece el Código a los casos en que la prostitución o corrupción deriva de la asistencia o permanencia en casas o lugares de vicio, es totalmente inmotivada. (210)

Ciertamente resulta complejo determinar cuáles fueron las razones que llevaron al legislador a tipificar esta conducta con las limitaciones con que lo hace, pues si bien puede admitirse la tipificación de la conducta de las dichas personas en los supuestos en que sabedoras del estado de prostitución o corrupción, no intervienen, (211) no se entiende demasiado a primera vista porque restringe su aplicación únicamente al supuesto de que tal estado de prostitución o corrup-

(209).- (cont.) de producir una imputación legal, con arreglo a los principios que hemos invocado varias veces en este comentario...sin violación de un derecho no hay delito" código V, 229. Y posteriormente añade: "Condenar por malos educadores con arresto mayor y las penas accesorias mencionadas a los padres y tutores cuyos hijos y pupilos frecuentan las casas de vicio o se entreguen a la prostitución sin que aquellos los hayan incitado ni cooperado de modo alguno a su mala vida, como acto legislativo es un error trascendental, como acto de imperio una arbitrariedad y un absurdo ante la razón" ib. 230.

(210).- RODRIGUEZ DEVESA, corrupción, 825.

(211).- En este supuesto la razón de ser de la tipificación deberíamos buscarla en un incumplimiento de deberes asistenciales inherentes a la potestad legal que tal persona ejerce sobre el menor, o de los derivados del hecho de que éste, esté en su guarda, aunque tal potestad legal no exista.

ción dimana de su permanencia o asistencia frecuente a casas o lugares de vicio.

A nuestro entender, la única explicación razonable, es la siguiente: El legislador de 1904, pretende sancionar, fiel al epígrafe de la Conferencia de París,⁽²¹²⁾ todos los supuestos de conductas relacionadas con la prostitución o corrupción de menores de veintitrés años, y en particular, pretende evitar la presencia de tales menores en casas o lugares de vicio.⁽²¹³⁾ Los supuestos de cooperación activa queda -

(212).- Recordemos en este sentido el artículo 1º del Proyecto de Convenio (vid. Apéndice 4º pag. 128") y las palabras de DREYFUS en nombre de la Comisión legislativa creada en el seno de la Conferencia: "S'agit-il d'une mineure, le délit existe meme avec son consentement; ...La mineure n'a pas l'exercice complet de son libre arbitre: elle est res sacra; la loi la défend meme contre sa faiblesse" rapport PARIS (1902) 123.

(213).- Ya antes de la Reforma de 1904, o, hablando con más propiedad, durante la gestación de dicha reforma, encontramos dos Circulares que son sumamente reveladoras. La primera, de 31 de Enero de 1903, hablando de los supuestos de presencia de menores de veintitrés años en casas de prostitución señala: "Si las jóvenes que no la tienen cumplida están sujetas a potestad, su sola presencia en casas de mal vivir, o sus hábitos de perversión, dan indicio vehementísimo de haber merecido sus padres algunos de los castigos que señalan los artículos 459, 465, 466 y 603 del Código Penal, y de existir motivo para la destitución que establece el artículo 171 del Código Civil" (RO. Circular del Ministerio de Gobernación. Publicada en la Gaceta de 3 de Febrero). La segunda, de la Fiscalía del TS. de 18 de Julio de 1903, señala: "...se ve que no puede darse el caso de la existencia de una menor de veintitrés años en casas destinadas a facilitar la prostitución, que son todas aquellas en que el vicio habitualmente se

ban perfectamente definidos en los tres párrafos numerados del artículo 459, pero la conducta de las personas que ejer - ciendo una potestad legal sobre un menor, y conociendo que di - che menor concurría o permanecía en tales casas, se limitaban a permanecer pasivas, sin coöperar a esa estancia, pero sin ha - cer nada para evitarla, resultaba impune. Para sancionar esta conducta es para lo que se introduce el supuesto que comenta - mos.

El panorama, queda, por consiguiente, así: la presen - cia de menores de veintitrés años en casas o lugares de vicio, da o puede dar lugar, a las siguientes responsabilidades: la de la dueña o encargada de tal lugar, la de la persona que la haya llevado a concurrir a él, sea para satisfacer deseos de un tercero, o, sea para que se dedique a la prostitución, y por último, en virtud del supuesto que comentamos, la de las personas que tengan potestad legal sobre el menor⁽²¹⁴⁾ si, sa - bedor de su situación no intervienen para sacarlo de tal lu - gar.

Con ello, el legislador, que se está viendo obligado

(213).- (cont.) consuma, sin la delincuencia de las personas que, como dueñas o encargadas, se hallan a su frente..." (Gaceta de 21 de Julio).

(214).- Después de la reforma de 1941, recordemos que se am - plió notoriamente el alcance del supuesto. En este últi - mo sentido SANCHEZ TEJERINA, penal II, 319.

a admitir y reglamentar la prostitución,⁽²¹⁵⁾ trata de evitar, no solo los actos de tercería o cooperación en la prostitución o corrupción de menores, sino también la presencia de éstos en las casas de prostitución, contando para éllo, o tratando de contar por lo menos, como colaboradores -bien que forzosos-, de una parte a las dueñas o encargadas de tales casas, contra las que viene a establecerse, como ya sabemos,⁽²¹⁶⁾ una presunción de habitualidad,⁽²¹⁷⁾ y de otra con las personas que ejerzan una potestad sobre el menor, a las que no va a resultar suficiente, para librarse de sanción, con no realizar conductas positivas encaminadas a colocarlas en ese estado, sino a las que se les va a exigir que una vez tengan noticia de la situación, intervengan para ponerle fin.

No se trata, por consiguiente, de tipificar un supuesto de incumplimiento genérico de deberes asistenciales, como señalan algunos autores⁽²¹⁸⁾ ya que en ese caso no tiene

(215).- Vid el Capítulo V referente a la reglamentación en España pags. 472-533

(216).- Vid. supra pags. 149

(217).- El CP. de 1928, va más allá, y en su artículo 610 señala: "Si se encontrare en una casa de prostitución, sea pública o clandestina, una víctima de los delitos previstos en los dos artículos anteriores, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la persona o personas regentes de dicha casa son autoeres o coautores del delito!"

(218).- Así PUIG PEÑA señala: "Es un delito de omisión lo que

sentido que sancione ese incumplimiento únicamente en los su -
puestos en que la prostitución o corrupción se deriva de la
permanencia o asistencia frecuente a casas o lugares de vi -
cio,⁽²¹⁹⁾ sino que, a nuestro entender, se trata de tipificar
el mismo hecho ya recogido en el nº 3 del artículo 459, cuando
el resultado en el previsto -esto es, la continuación de la
corrupción o la estancia de menores en casas o lugares de vi -
cio-es consecuencia, por lo menos en parte, de la pasividad
de las personas que, teniendo bajo su potestad a un menor,⁽²²⁰⁾
y con noticia de su estado o situación, no intervienen para
ponerle fin.⁽²²¹⁾

(218).- (cont.) se castiga en este precepto; la omisión del
cumplimiento del deber que tienen estas personas de impe-
dir la continuación de la corrupción del menor" penal IV,
(4ª Ed.), 59; RODRIGUEZ DEVESA, por su parte, señala: "El
deber omitido es el de asistencia moral, que incumbe a
las personas mencionadas" vid. en ANTON ONECA-RODRIGUEZ
MUÑOZ, penal II, 27C. El mismo autor, en un trabajo poste-
rior, engloba directamente el párrafo que comentamos bajo
el título: "Incumplimiento de deberes asistenciales" cor -
rupción, 825.

(219).- En ese sentido RODRIGUEZ DEVESA ib.

(220).- Tras la reforma de 1941 quedan incluidos también los
que tienen a un menor en su guarda y ejercen de hecho una
autoridad familiar o ético-social.

(221).- En la misma línea argumental que sostenemos se manifies -
ta CUELLO al decir: "Pénase aquí no el hecho de cooperar
o sostener de cualquier manera el estado de corrupción o
la estancia de menores en casas de prostitución, sino me -
ramente la actitud pasiva de no recogerles para impedir
su permanencia o asistencia a semejantes lugares de vicio

3.31 LA CONDUCTA BASICA.

La conducta básica tiene en este precepto un carácter puramente omisivo,⁽²²²⁾ y consiste en no recoger a un menor, prostituido o corrompido por su asistencia o permanencia

(221).- (cont.) y la de no ponerles en su guarda o a disposición de la autoridad penal II, (8ª Ed.), 576; en sentido similar, si bien no resulta tan claro, SANCHEZ TEJERINA señala: "Es un delito de omisión el que se castiga en el anterior precepto: la omisión de la obligación que tienen las personas que ejercen patria potestad o autoridad marital de impedir la continuación de la prostitución del menor o la asistencia frecuente a casas o lugares de vicio" penal II, 318; en la línea preconizada en el texto puede verse también la interesante STS de 9 de Octubre de 1942 en la que sancionado con base en el párrafo que comentamos un marido que consintió que su mujer, de 22 años y algunos meses, continuara ejerciendo en una casa de prostitución, recurrió al Ministerio Fiscal por inaplicación del nº 3 del artículo 440 (CP. 1932). El TS desestima el recurso y señala que para la aplicación del nº 3, se requiere: "que el inculpado realice hechos de actuación personal y positiva que pongan de manifiesto su propósito de ayudar a sostener la corrupción de la menor de que se trata según la declaración de hechos probados y no una mera acción punible de censurable pasividad ante una situación de hecho que el no consta estableciera..." y algo después señala: "...sin que realizara acto alguno para ayudar ni mantener la continuación de la corrupción de aquella ni pueda apreciársele que con tal complacencia se lucrara del tráfico inmeral...hallándose por ende comprendida su actuación delictiva en la modalidad que prevee el último párrafo del precitado artículo" Aranz. 1127(1942).

(222).- En ese sentido se manifiesta la doctrina de un modo unánime. Así CUELLO, penal II, (8ª Ed.), 576; SANCHEZ TEJERINA, penal II, 318; RODRIGUEZ DEVESA, corrupción, 825; PUIG PEÑA, penal IV, (4ª Ed.), 59; etc. Reseñemos en este punto que CUELLO señala como posición contraria del TS la expresada en la STS de 9 de Octubre de 1942 Aranz. 1127 (1942), que, como queda reseñado en la nota anterior, coincide totalmente con la opinión sustentada por la doc-

en casas o lugares de vicio, para ponerlo, por parte del que ejerce potestad sobre él, en su guarda, o a disposición de la autoridad si careciese de medios.

En este sentido, la jurisprudencia del TS. en las escasas sentencias en las que se ha manifestado sobre este tema, ha considerado incursos en este precepto al marido que meramente consiente que su mujer ejerza la prostitución. ⁽²²³⁾ y a ⁽²²⁴⁾ la madre que realiza idéntica conducta respecto a su hija. Bien entendido que únicamente cuando las conductas son simplemente pasivas, es cuando cabe incluirlas en este precepto, ya que de mediar alguna forma de actividad o apoyo, y por supuesto en los casos en que se realizan conductas de promoción y fomento, la conducta debe incluirse en los supuestos activos antes comentados. ⁽²²⁵⁾

(222).- (cont.) trina. Ignoramos la razón del desliz del eminente jurista.

(223).- STS de 9 de Octubre de 1942 Aranz. 1127(1942).

(224).- STS de 31 de Diciembre de 1909 JurCri 222(1909); de 13 de Febrero de 1934 JurCri 75(1934); de 20 de Abril de 1942 Aranz. 525(1942); de 13 de Diciembre de 1958 JurCri 147(1958) si bien en este último caso estimó que la calificación había sido benévola; etc.

(225).- En ese sentido STS de 13 de Febrero de 1934: "Considerando que si no consta que la madre promoviese, favoreciese o facilitase la prostitución de su hija, sino que se limitó a consentirla y a lucrarse con ella, en situación meramente pasiva, no están los hechos comprendidos en el

Per último, la expresión potestad legal que utiliza el Código, debemos remitirla, a efectos de interpretación, a lo previsto en el Código Civil, por no existir en el propio Código Penal un concepto expreso de la misma. (226)

3.32 SUJETO ACTIVO, SUJETO PASIVO Y OBJETO DE LA ACCION.

A diferencia de lo que ocurrió en los supuestos activos recogidos en este artículo, (227) en el que ahora comentamos, no puede ser sujeto activo cualquier persona, sino que solo pueden serlo unas personas determinadas, (228) las que ejer -

(225).- (cont.) nº 1 del artículo 440..!"más adelante señala que por el contrario si lo están en el párrafo último de ese artículo JurCri 75(1934) y la STS de 9 de Octubre de 1942: "...sin que realizara acto alguno para ayudar ni mantener la continuación de la corrupción de aquella..." Aranz. 1127(1942); etc.

(226).- En ese sentido, de modo expreso, se manifiesta la STS. de 4 de Junio de 1940 al señalar: "Considerando que empleada por el Código Penal la locución potestad legal en sentido general y no dimanante de un concepto fijado por aquél a efectos punitivos, para determinar el alcance de dicha locución se hace indispensable acudir al Código Civil, que define la naturaleza y concreta las modalidades de tal vínculo jurídico..." Aranz. 619(1940). De modo implícito se manifiesta CUELLO en esta línea al señalar: "Sujetos de este delito son las personas bajo cuya potestad legal se hallare el menor (padres, madres, tutores, maridos)" penal II, (8ª Ed.), 576.

(227).- Vid supra pag. 333ss.

(228).- En ese sentido señala RODRIGUEZ DEVESA que se trata de delitos de omisión propia. Vid en ANTON ONECA-RODRIGUEZ MUÑOZ, penal II, 270.

zan potestad legal sobre el menor,⁽²²⁹⁾ o las que sin tenerla ejercen de hecho la guardaduría en los términos previstos en el Código.⁽²³⁰⁾

Sujeto pasivo, por su parte, entendemos que es la sociedad o la comunidad como titular del bien jurídico protegido en este supuesto, esto es, la comunidad que se siente herida por el hecho de que las personas que ejercen la potestad legal o la guardaduría sobre el menor no lo recojan para evitar que siga permaneciendo o asistiendo a casas de prostitución.

Respecto al objeto de la acción, debemos señalar, que aunque es muy discutible hablar del objeto de la acción en los delitos de simple actividad, y aun más en los de simple omisión,⁽²³¹⁾ entendemos que en el caso que nos ocupa, podemos señalar como objeto de la acción -de la omisión para ser precisos- al menor que se encuentra en estado de prostitución o

(229).- Los sujetos activos estaban reducidos únicamente a este supuesto antes de la reforma ya reseñada de 1941.

(230).- Per ser ésta una posición pacífica de la doctrina, vid. por todos CUELLO, penal II, 576; y RODRIGUEZ DEVESA, corrupción, 825.

(231).- RODRIGUEZ DEVESA niega la existencia de objeto material tanto en los delitos de simple actividad como en los de omisión pura, penal I, 380; RODRIGUEZ MOURULLO, sin embargo, señala que en los de pura omisión no hay objeto material, pero puede haberlo en los delitos sin resultado, penal, 275.

corrupción, ya que entendemos con QUINTANO que las situaciones de vicio o perversión no son de naturaleza perenne,⁽²³²⁾ y que la conducta de los sujetos activos de este delito, con ser de mera pasividad, ineiden sobre este estado de corrupción que, de algún modo, contribuyen, como mínimo a prolongar en el tiempo.

Per último, en lo que se refiere a la edad, entendemos que, en este supuesto, al hacer el legislador referencia expresa a la sumisión a la potestad legal, la expresión menor, que utiliza, debe entenderse referida a menor de edad, ya que únicamente éstos, y los equiparados a ellos, están sujetos a potestad legal.

Este supone que, a diferencia de lo señalado con carácter general para los demás supuestos del artículo que comentamos, en el que nos ocupa, si tuvo relevancia la ley de modificación de la mayoría de edad que la fijó en veintiún años.⁽²³³⁾

3.33 LA CONSUMACION.

No plantea ningún problema la consumación de estos

(232).- QUINTANO, comentarios, (1946), 289.

(233).- En efecto, al variar la mayoría de edad, descendiendo de 23 a 21 años, dejaron de estar sujetas a potestad legal todas las personas comprendidas entre estas edades, con lo que se restringió el ámbito de aplicación del precepto.

delitos, pues, aparte del hecho ya señalado anteriormente de no ser necesario que la prostitución o corrupción del menor se consuma, para que el delito lo haga, ⁽²³⁴⁾ en este supuesto por tratarse de una conducta omisiva, la consumación se produce en el mismo momento en que se realiza la omisión, bien entendido que esa omisión solo tiene relevancia penal, a los efectos de este precepto, cuando la persona en cuestión tiene noticia de esa prostitución o corrupción, y además este estado dimana de la permanencia o asistencia frecuente a casas o lugares de vicio. ⁽²³⁵⁾

3.34 LA PENA.

La pena prevista para este supuesto, en consonancia con la menor gravedad del mismo en comparación con las conductas activas, ⁽²³⁶⁾ consiste, fundamentalmente, en una privativa de libertad -Arresto Mayor en la generalidad de los códigos- ⁽²³⁷⁾

(234).- Vid supra pag. 343ss.

(235).- En ese sentido RODRIGUEZ DEVESA, corrupción, 825.

(236).- En ese sentido QUINTANO considera que: "La estructura de la antedicha modalidad de corrupción omisiva parece obedecer más bien a una naturaleza de culpa que de dolo..." compendio II, 251.

(237).- Recordemos que, como ya hemos indicado antes, en la Conferencia de París se convino sancionar las conductas relativas a la prostitución o corrupción previstas con una pena privativa de libertad en cualquier caso, sin

acompañada de unas restrictivas de derechos -inhabilitación para el ejercicio de cargos de tutela y pérdida (en su caso) de la patria potestad o de la autoridad marital-.

El cuadro-esquema, comparativo entre los diversos códigos es el que sigue:

CP. 1870 (Reformado por L. 21-VII-90a)	CP. 1928	CP. 1937	CP. 1944
Art. 459 pfo. Últ.	Art. 609 pfo. Últ.	Art. 440 pfo. Últ.	Art. 439
- Arresto Mayor: de 1a. Id. a 6m.	- Prisión: de 2m. Id. a 6m.	- Arresto Mayor: de 1a. Id. a 6m.	- Arresto Mayor: de 1a. Id. a 6m.
- Inhabilitación para el ejercicio de cargos de tutela: de 6a. Id. a 12a.	- Inhabilitación especial para cargos de tutela: de 6m. a 6a.	- Inhabilitación para el ejercicio de cargos de tutela: de 6a. Id. a 12a.	- Inhabilitación para el ejercicio de cargos de tutela: de 6a. Id. a 12a.
- Pérdida de la patria potestad o de la autoridad marital si las tuviera.	- Pérdida de la patria potestad o de la autoridad marital si las tuviera.	- Pérdida de la patria potestad o de la autoridad marital si las tuviera.	- Pérdida de la patria potestad o de la autoridad marital si las tuviera.
	Art. 770	Tras la reforma de 1941, el párrafo último del art. 440 pasa a ser el 5º, y se le adicionan otros dos que señalan, para determinadas personas, las siguientes penas:	
	- Prisión: de 4m. a 1a.	Art. 440 pfo. penúlt.	
	Art. 786	- Arresto Mayor: de 1a. Id. a 6m.	
	- Suspensión del derecho de guarda y educación del menor.	- Inhabilitación para cargos de tutela: de 6a. Id. a 12a.	
	Si la conducta revistiera especial gravedad:	Art. 440 pfo. Últ.	
	- Privación de la patria potestad.	- Inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad si llegare a corresponderle.	
	- Interdicción del derecho de tutela y del de pertenecer al Consejo de familia.		

Como podemos comprobar, no se producen apenas variaciones de un Código a otro, si excluimos las peculiaridades del CP. de 1928, (238) y la adición, ya reseñada, que realizó

(237):- (cont.) perjuicio de que se señalaran otras penas, (Vid. en este sentido la letra C del Anexo al Proyecto de Protocolo de clausura. Apéndice 4º).

(238).- Recordemos que el CP. de 1928 distingue entre menores de edad, pero mayores de diez y ocho años, y menores de esa edad, por lo que aparecen dos preceptos distintos

la L. de 25 de Septiembre de 1941 al artículo 440 del CP. de 1932.

Las penas, en conjunto, no plantean ningún problema. Solo vamos a reseñar que la de inhabilitación para el ejercicio de cargos de tutela, no aparece como tal en el catálogo de penas de ninguno de los códigos de referencia,⁽²³⁹⁾ por lo cual, y en orden a la fijación de su duración, la hemos reconducido a la inhabilitación especial, como una forma particular de la misma.

3.4 MEDIDAS PARA LA GUARDA Y PRESERVACION DE LOS MENORES.

Estas medidas fueron introducidas por la ley de Reforma de 1904 ubicándolas en el artículo 466, al que esta ley le añadió los tres párrafos que las contenían.⁽²⁴⁰⁾ Su tenor es el siguiente:

"La autoridad gubernativa podrá depositar en albergue especial o en otro lugar adecuado al menor de edad que hallare en estado de prostitución o corrupción deshonesta, si se encontrare en él, sea o no por su voluntad, con ausencia de sus padres, tutor o marido, careciere de ellos o éstos lo tuviesen en abandono y no se encargasen de su custodia. La autoridad que acuerde el

(238).- (cont.) referidos al mismo supuesto.

(239).- Así no aparece ni en el artículo 26 del CP de 1870, ni en el 87 del CP. de 1928, ni en el artículo 27 de los CC PP. de 1932 y 1944.

(240).- Estas medidas no aparecen en el CP. de 1928, pero

depósito dará conocimiento de él a la judicial, en el término de veinticuatro horas, para lo que a sus atribuciones corresponda.

El Ministerio fiscal solicitará, y la autoridad judicial acordará en los casos expresados en el párrafo anterior, la suspensión de la potestad paterna, materna o tutelar y el nombramiento de un protector del menor, que recaerá en persona, individual o colectiva, que inspire confianza de ejercer funciones tutelares, de procurar la enmienda del menor y de apartarle del peligro de la liviandad o perversión de costumbres, aunque para ello se requiera su permanencia en establecimientos destinados a tales fines.

El depósito y el protector cesarán cuando el protegido llegue a la mayor edad, o sea provisto de tutor por los medios ordinarios!"

En el CP. de 1944, el legislador amplió el⁽²⁴¹⁾ campo de aplicación de estas medidas, al introducir el artículo 447 con el siguiente tenor:

"Las medidas protectoras establecidas en este capítulo comprenden a las mujeres menores de veintitrés años y mayores de diez y seis, cuando se hallaren en estado de prostitución o corran grave riesgo de prostituirse, siempre que carezcan de medio lícito y conocido de subsistencia, o de profesión u oficio habitual que, por su carácter específico, no ofrezcan peligro para su moralidad.

Para instar tales medidas ante la jurisprudencia competente tendrá plena personalidad el Patronato de Protec

(240).- (cont.) vuelven a surgir en el CP. de 1932 ocupando los cuatro últimos párrafos del artículo 446 y los cinco últimos del propio artículo en el CP de 1944. La razón de ser cinco párrafos en el CP. de 1944 se debe a la adición de un nuevo párrafo del que daremos oportuna referencia en el capítulo siguiente (vid. infra pag. 445ss.)

(241).- La ampliación no es tan amplia como puede aparecer a simple vista, pues, al haberse producido la reducción de la edad determinante de la mayoría de edad a los veintiún años, en 1943, de no haber mediado la previsión recogida en este artículo, lo que se habría producido habría sido

ción a la Mujer o cualquier otro organismo a quien, por disposición de los Poderes públicos, se otorguen tales funciones!"

Estas medidas, introducidas por el Senado, (242) tienen su origen, como la mayor parte de los supuestos que hemos comentado, en la Conferencia de París.

En efecto, pese a que la adopción de esas medidas no (243) fué recogida expresamente en los Convenios que se suscribieron, el tema fué objeto de estudio de la Conferencia, y así, DREY - FUS en su exposición, como miembro de la Comisión legislativa de la Conferencia, de los resultados de las deliberaciones de dicha Comisión, señala:

"Les affaire de la traite peuvén etre lentes et compliquées; les malheureuses dont la présence est nécessaire au procès sont des victimes et non des complices; il faut pourvoir provisoirement à leur sort. Pour assurer leur protection, votre Commission est d'avis d'investir les Autorités judiciaires ou administratives du droit de prendre des mesures provisoires, et, notamment, de les confier, s'il y a lieu, soit à des institutions d'a

(241).- (cont.) una reducción del campo de aplicación. Lo que si constituye una auténtica ampliación es la inclusión de los menores de veintitrés años que corran grave riesgo de prostituirse.

(242).- congreso, Apéndice 8º al nº 132. 29 de Febrero de 1904.

(243).- El Proyecto de Convención no hace referencia a ellas. El de Arreglo Administrativo, sin embargo, sí recoge, siquiera parcialmente, alguna de ellas al referirse en el párrafo 2º del artículo 3º al compromiso que adquieren las Partes de confiar, a título provisional, y con vistas a su repatriación, a víctimas de la trata desprovistas de recursos, a los cuidados de instituciones de asistencia pública o privada (vid. Apéndice 4º).

ssistance publique ou privée, soit à des personnes
offrant toutes les garanties nécessaires. (244)

Ciertamente aquí se hace referencia únicamente a los supuestos de trata, pero no olvidemos que la Conferencia se plantea en principio únicamente para luchar contra la trata, aunque los resultados finales de la misma excedieran con mucho los fines propuestos. (245)

Entrando ya en concreto al examen de estas medidas, vemos que fundamentalmente son tres, si bien las dos últimas están tan íntimamente relacionadas, que de hecho una es consecuencia de la otra. Son las siguientes:

.- Depósito preventivo del menor realizado por la autoridad gubernativa.

.- Suspensión de la potestad paterna, materna o tutelar de las personas a cuyo cargo está el menor objeto de la intervención gubernativa.

.- Nombramiento de un protector del menor.

En una primera fase⁽²⁴⁶⁾ los supuestos en que van a aplicarse estas medidas, siempre partiendo de la exigencia básica de la existencia de un menor de edad,⁽²⁴⁷⁾ en estado de

(244).- DREYFUS, rapport, PARIS (1902) 124. El subrayado corresponde al original.

(245).- En ese sentido vid supra pag. 210-1

(246).- Hasta la promulgación del CP. de 1944.

(247).- Entendemos que aquí, menor de edad, ha de entenderse

prostitución o corrupción deshonesta, son los siguientes:

.- Cuando se encuentra en ese estado con la anuencia de las personas encargadas de su custodia.

.- Cuando está en él por abandono de tales personas.

.- Cuando carece de tales personas.

En una segunda fase, (248) la aplicación se hará extensiva, además, a los supuestos en que se trate de mujeres mayores de diez y seis años pero menores de veintitrés en estado de prostitución o que corran grave riesgo de prostituirse, siempre que carezcan de medios lícitos de subsistencia, o de profesión u oficio habitual que no ofrezca peligro para su moralidad. (249)

Entendemos que el requisito de que carezcan de medios lícitos de subsistencia o de profesión adecuada, debe estimarse referido únicamente a los supuestos en que tal mujer

(247).- (cont.) en el sentido estricto de la palabra, esto es, como menor de edad civil, de una parte, porque tales menores son los únicos que están bajo potestad legal, y de otra porque no tendría sentido la adición, en el CP. de 1944 de un precepto que hiciera extensivas estas medidas a las menores de veintitrés años, si tal extensión ya estuviera incluida en el artículo que comentamos.

(248).- A partir del CP. de 1944.

(249).- Resulta chocante la alternativa que señala el legislador, medio lícito subsistencia o profesión u oficio que no ofrezca peligro para su moralidad, ya que parece que debería bastar con la exigencia de medio lícito de subsistencia. Entendemos que la alternativa es correcta ya que el hecho de prostituirse no es delictivo, es más, al es -

esté en grave riesgo de prostituirse, ya que en otro caso conduce a resultados que estimamos incorrectos. (250)

Estas medidas fueron acogidas con entusiasmo por el Congreso que las integró automáticamente en su Proyecto. (251) Sin embargo, la doctrina de la época, (252) y la posterior, aún admitiendo la bondad y la oportunidad de las mismas, coinciden en afirmar lo inadecuado de la ubicación de las mismas. (253)

(249).- (cont.) tar reglamentada no puede reputarse como medio ilícito de vida (prueba de éllo es que el D. de 28 de Junio de 1935, primero de abolición de la reglamentación en España, en su artículo 1º señala: "Queda suprimida la reglamentación de la prostitución, el ejercicio de la cual no se reconoce en España, a partir de este Decreto como medio lícito de vida" Del mismo modo, el DL. de 3 de Marzo de 1956, segundo abolicionista, señala también en su artículo primero que: "se declara tráfico ilícito la prostitución".

(250).- En efecto, de estimar que ese requisito también es aplicable a los supuestos en que la mujer está ya prostituida, deberíamos llegar a la conclusión que las medidas protectoras previstas no serían aplicables a la mujer menor de veintitrés años y mayor de diez y seis que teniendo un trabajo adecuado, se dedicase a la prostitución en sus horas libres.

(251):- congreso, Apéndice 5º al nº 150. 22 de Marzo de 1904. 4/B. y 5.

(252).- Así GROIZARD señala: "Las novedades añadidas carecen de finalidad jurídica. Podrían pasar en un Reglamento administrativo o en una circular sobre beneficencia, pero escritas en el Código Penal carecen de razón de ser" código V, 315.

(253).- Así QUINTANO señala: "En este último ((art. 446 CP. 1944)) en los párrafos siguientes al de interdicción, se

