



UNIVERSIDAD DE LEÓN

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Curso 2014/2015

Prostitución de menores y discapacitados.

Análisis desde una perspectiva jurídico-penal

"Prostitution of minors and disabled people: criminal perspective"

Realizado por la alumna Carmen Esther Morán Sánchez.

Tutorizado por el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo.

ÍNDICE

ÍNDICE.....	2
RESUMEN.....	5
ABSTRACT.....	6
OBJETIVOS.....	7
1. Genéricos.....	7
2. Específicos.....	8
METODOLOGÍA.....	10
ABREVIATURAS.....	13
CAPÍTULO I. CONCEPTO GENERAL DE PROSTITUCIÓN.....	15
CAPÍTULO II. POLÍTICA CRIMINAL. REFORMAS PENALES.....	20
1. Situación anterior al CP 1995. Código Penal de 1944/73.....	20
2. Redacción original del CP 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).....	21
3. Reformas penales.....	22
3.1 Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.....	23
3.2 Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	25
3.3 Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	25
3.4 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.....	26
CAPÍTULO III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	32
1. Bien jurídico protegido de los delitos contra la libertad sexual.....	32

2. Afectación del bien jurídico protegido en la última reforma del Código Penal de 2015 (L.O. 1/2015).	39
CAPÍTULO IV. LOS SUJETOS.	41
1. Sujeto pasivo.	41
1.1 El menor como sujeto pasivo, con carácter general.	42
1.2 Incremento punitivo con respecto a los menores de 16 años (mayor protección de la infancia).	43
2. Sujeto activo.	46
2.1 Responsabilidad de los clientes. Conflictos planteados con respecto de las distinciones.	46
2.2 Problemática del denominado turismo sexual y afectación a los menores.	50
CAPÍTULO V. CONDUCTA O ACCIÓN TÍPICA.	57
1. Artículo 188.1: Inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución.	57
2. Artículo 188.2: inducción, promoción, favorecimiento o facilitación a la prostitución de menores y discapacitados mediante violencia o intimidación.	61
3. Artículo 189.5 y 6: Omisión de deber de hacer lo posible para la cesación de la situación de prostitución en la que se encuentra el menor.	64
CAPÍTULO VI. ASPECTO SUBJETIVO.	69
1. Naturaleza dolosa de los delitos relativos a la prostitución de menores e incapaces.	69
2. Admisión de la concurrencia de dolo eventual.	71
CAPÍTULO VII. LA PEDOFILIA: ¿CIRCUNSTANCIA EXIMENTE O ATENUANTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL?	73
1. Definición de pedofilia.	73
2. La pedofilia como causa eximente completa o incompleta.	75
CAPÍTULO VIII. ITER CRIMINIS Y RELACIONES CONCURSALES.	78
1. Artículo 188.1 (anterior artículo 187.1 CP) y artículo 188.2 (anterior artículo 188.2 y 3 CP).	78
2. Relaciones concursales.	79

2.1	Artículo 188.1.....	79
2.2	Artículo 188.2.....	80
CAPÍTULO IX. AGRAVACIONES ESPECÍFICAS.....		82
1.	Agravación específica recogida en el artículo 188.1 CP.....	82
2.	Agravaciones contempladas en el artículo 188.3 CP.	83
2.1	Intervención del sujeto activo prevaliéndose de su condición de funcionario público, autoridad o agente de esta (artículo 188.3c).....	84
2.2	Pertenencia del autor a organización o asociación criminal (artículo 188.3f)	86
3.	Tipo cualificado del artículo 188.2.....	87
CONCLUSIONES.....		89
BIBLIOGRAFÍA.....		92
ANEXO I. NORMATIVA CITADA.		99
ANEXO II. JURISPRUDENCIA Y ACUERDOS NO JURISDICCIONALES.		101

RESUMEN

En las sociedades contemporáneas el consumo de servicios de prostitución es uno de los indicadores más significativos de una forma de entender, vivir y sentir la sexualidad. En España, esta actividad no está regulada, su consumo no está penado, así como tampoco su oferta. Sin embargo, no todo tipo de prostitución está permitida, la prostitución de menores personas con discapacidad que requieran de especial protección está castigada como delito, así como la prostitución de adultos en aquellos casos en los que se producen conductas coactivas.

Los menores y las personas que requieren especial protección deben ser objeto de un mayor control, debido a que aún no han desarrollado sus capacidades cognitivas para comprender la naturaleza de los hechos de índole sexual; por eso, las numerosas modificaciones del Código Penal han pretendido el aseguramiento de la protección del bien jurídico de dichos individuos.

A pesar del endurecimiento de la política criminal por parte del legislador, el castigo de la prostitución de menores y discapacitados no es concluyente, ya que la doctrina se ha fragmentado debido a las numerosas interpretaciones con respecto a las cuestiones suscitadas por el concepto de prostitución.

Por otro lado, las modificaciones relativas al comercio sexual infantil han sido objeto de críticas, y será necesario atender a este problema, puesto que los niños son nuestro futuro, y como dijo una niña durante la reunión internacional sobre los Derechos del Niño a cargo de los mandatarios de todos los países del mundo: “ustedes dicen que nosotros somos el futuro, por favor, ocúpense de nuestro presente, que nosotros nos ocuparemos de su futuro”.

PALABRAS CLAVE: Prostitución, menor, discapacitado, reforma, comercio sexual infantil.

ABSTRACT

In contemporary societies the consumption of prostitution services, mostly among the male population is one of the most significant indicators of a way of understanding, living and feeling sexuality. Here, in Spain, this activity is not regulated, its consumption is not punished, nor its offer. However, not all prostitution is allowed, prostitution of minors and disabled people is punishable under the Criminal Code, as well as adult prostitution when using coercive measures or deception.

Minors and disabled people need to be more protected than adults, because they have not yet developed their cognitive abilities to understand the nature of the sexual act; therefore, the primary purpose of the amendments to the Criminal Code has been the effective protection of the legal interest protected.

In spite of the tightening of criminal policy, the punishment of the prostitution of minors and disabled people is not conclusive, because the concept of prostitution may be subject to different interpretations.

On the other hand, the amendments of commercial sex with children are being criticized for different authors, and a solution for this problem has to be found, because children are our future, and as a girl said in The International Committee on Children Rights: “ You call us the future, please, work out our present, we will work out your future”.

KEYWORDS: Prostitution, minor, disabled person, amendment, commercial sex with children.

OBJETIVOS

1. Genéricos.

La doctrina española hace uso del término “prostitución” para aquella actividad que, ejercida con cierta cotidianeidad o habitualidad, consiste en la prestación de servicios de naturaleza sexual a cambio de una prestación de contenido económico.

En la actualidad, la prostitución no es constitutiva de delito salvo en aquellos casos en los que un sujeto induce, promueve, favorece o facilita la prostitución de un menor de edad o discapacitado que requiera de una especial protección, o aquellas situaciones en los que se determina a una persona (mayor o menor de edad, o bien discapacitado que requiere especial protección) a ejercer la prostitución o mantenerse en ella a través de conductas coactivas o engañosas, o bien abusando de situación de necesidad del individuo.

La falta de seguridad jurídica por parte del legislador en la punibilidad de estas conductas ha provocado que dichos preceptos sufran numerosas modificaciones. En este Trabajo de Fin de Grado (en adelante TFG) nos centraremos en el estudio de los preceptos en aquellos casos en lo que el sujeto pasivo se trate de un menor o discapacitado, tanto de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, así como de la actual ley orgánica en vigor desde el 1 de julio de este año, la L.O. 1/2015, de 30 de marzo.

Para la elaboración del TFG se ha llevado a cabo el estudio de los términos que son determinantes para el desarrollo del mismo, como puede ser el concepto de prostitución, o discapacitado que requiera especial protección. Por otro lado, se ha analizado con la mayor minuciosidad posible las conductas contempladas en los antiguos artículos 187, 188.2 y 3 CP, así como del artículo 189.5 CP (anteriores a la reforma realizada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo) y los artículos 188 y 189.6 (que recogen todo lo relativo a la prostitución de menores y discapacitados en el modificación legislativa vigente).

Además del análisis de los preceptos y las conductas recogidas en los mismos, ha sido necesario llevar a cabo un análisis de otras cuestiones también relevantes, entre las

que encontramos el bien jurídico que se pretende proteger, los sujetos que participan en la acción, el tipo subjetivo, o circunstancias que puedan afectar a la culpabilidad y responsabilidad criminal; todo ello, por supuesto, teniendo en cuenta las diferentes tendencias doctrinales.

2. Específicos.

Por todo lo que se ha señalado en el epígrafe anterior con respecto a los objetivos con carácter general, es necesario hacer mención ahora a los objetivos concretos y específicos que se irán desarrollando a lo largo del TFG:

1. Analizar el concepto de prostitución, desde una perspectiva penal, así como el esclarecimiento de posibles ambigüedades que la interpretación del término puede provocar, como la inclusión de la habitualidad o promiscuidad como característica necesarias para la concurrencia de prostitución.
2. Estudiar la punibilidad de las conductas relativas a la prostitución en aquellas situaciones en las que el sujeto pasivo es un menor o discapacitado.
3. Estudiar la naturaleza punitiva de la prostitución de menores y discapacitados en el transcurso del tiempo, contemplando todas aquellas modificaciones de la legislación penal que han afectado a dicha cuestión, desde el Código Penal de 1944/73 hasta la actual reforma, que ha entrado en vigor el pasado 1 de julio, la L.O. 1/2015, de 30 de marzo.
4. Realizar un análisis del bien jurídico protegido en los preceptos que aquí nos interesan, teniendo en cuenta las disidencias doctrinales que se han producido a la hora de determinar el bien jurídico de los delitos en el ámbito sexual cuando el sujeto pasivo se trata de un menor o discapacitado, debatiendo los diferentes sectores doctrinales entre la libertad sexual y la indemnidad sexual.

5. Determinar los sujetos del tipo objetivo, tanto del tipo básico como de los subtipos agravados.
6. Hacer mención del problema internacional del turismo sexual.
7. Analizar las conductas típicas relativas a la prostitución de menores y personas con discapacidad que requieren especial protección, recogidas tanto en la legislación anterior a la reforma introducida a través de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, así como las recogidas en dicha ley.
8. Estudiar el tipo subjetivo, haciendo especial referencia a la posibilidad de contemplar el dolo eventual en los delitos relativos a la prostitución de menores y personas con discapacidad.
9. Posibles relaciones concursales con otros delitos de índole sexual.
10. Llevar a cabo un estudio de la pedofilia, como posible circunstancia eximente de la responsabilidad criminal, o bien circunstancia atenuante de la pena.

METODOLOGÍA

En cuanto a la metodología científica, se han combinado consideraciones dogmáticas con reflexiones de política-criminal al modo en que lo propone Roxin¹; por tanto, la investigación para el desarrollo del TFG, en relación con la prostitución de menores y personas discapacitadas que requieran especial protección se ha realizado de la siguiente manera:

1. Tras la lectura de algunas cuestiones relativas a los delitos de ámbito sexual cuyos sujetos pasivos eran menores o discapacitados que necesiten una especial protección, nos decantamos por la investigación de los artículos 187, 188.2 y 3 y 189.5 CP (actuales artículos 188 y 189.6 CP), relativos a la prostitución, ya que recientemente se había desarticulado una red de prostitución en la que jóvenes menores de edad eran prostituidas.

Durante la elaboración del TFG entró en vigor la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, concretamente en vigor desde el 1 de julio de este año, modificando los preceptos, tanto en el contenido como en su numeración, que se analizaban en este trabajo de investigación.

Como ya es sabido, el propio objeto de investigación debería abarcar más temas; sin embargo, y de acuerdo con el tutor, se ha ido recortando para adaptarse a la extensión exigida por la normativa del TFG de la Facultad, que ha obligado a reducir el tratamiento de algunas cuestiones, e incluso dejar fuera otras, nunca las esenciales.

2. En cuanto al material utilizado, he procurado llevar a cabo el estudio teniendo en cuenta las diferentes posturas doctrinales y tendencias jurisprudenciales en relación con aquellos temas que, por su amplitud y ambigüedad han provocado discusiones entre autores, teniendo en cuenta siempre el principio de legalidad.

¹ Siguiendo los pasos de mi tutor DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho Penal*. PPU, Barcelona. 1991. ISBN 84-7665-796-X; pp. 34 – 40.

3. Con respecto al sistema de citas utilizado, se ha seguido el establecido en la normativa del TFG de la Facultad de Derecho.
4. En atención a la sistemática expositiva del trabajo se ha fragmentado el trabajo en una serie de capítulos, concretamente nueve, abordando cada uno de ellos un aspecto específico de la prostitución de menores y discapacitados, con el fin de obtener un estudio claro y ordenado:
 - **CAPÍTULO I.** En este epígrafe se ha procedido al estudio del término “prostitución”, puesto que dicho concepto abarca diversas interpretaciones según las factores que se consideren necesarios para la concurrencia de dicha situación, explicándose cada una de las tendencias y decantándose por una.
 - El **CAPÍTULO II** aborda cada una de las políticas criminales que se han aportado en todas aquellas reformas que han afectado a la situación de prostitución de menores de edad y discapacitados, desde el Código de 1944/73 hasta la reforma que traía consigo la entrada en vigor de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo.
 - **CAPÍTULO III.** En este capítulo se recogerá uno de las cuestiones más discutidas por los sectores doctrinales, el bien jurídico protegido, puesto que en el transcurso del tiempo las tendencias doctrinales han sido dispares, puesto un sector doctrinal entendía que el bien jurídico debería ser el mismo que aquel que se protege en caso de los mayores de edad (interpretándose este de manera más amplia), mientras que otros consideraban que no pueden ostentar le mismo bien jurídico al no encontrarse en la misma situación de madurez y desarrollo que una persona mayor de edad.
 - El **CAPÍTULO IV** está dedicado a la descripción de los sujetos tanto activo como pasivo del tipo global del injusto, con especial mención de la responsabilidad criminal que ostentan los clientes de dicho tipo de prostitución y el problema internacional del denominado turismo sexual.

- El CAPÍTULO V abordará el estudio de las distintas conductas contempladas en el tipo básico del actual artículo 188 y del apartado 6º del artículo 189 CP.
- El CAPÍTULO VI abarca el tipo subjetivo que, aun a sabiendas que se trata de un delito eminentemente doloso, es necesario abordar la posibilidad de un dolo eventual en relación con el desconocimiento de la edad de la persona prostituida.
- El CAPÍTULO VII recogerá la investigación sobre una enfermedad que según el grado en el que se padezca puede observarse como una circunstancia eximente de la responsabilidad criminal. Además, se ha podido entrevistar a magistrados que nos han dado su punto de vista sobre la aplicación de pedofilia como eximente o atenuante de la responsabilidad criminal.
- El *iter criminis* y las relaciones concursales serán recogidas, de forma breve, en el CAPÍTULO VIII.
- El CAPÍTULO IX está dedicado al estudio de los subtipos agravados que se encuentran contemplados en los apartados 1º y 3º del actual artículo 188, siendo únicamente objeto de investigación del artículo 188.3 dos de las circunstancias que hemos entendido más destacables, debiendo descartar las restantes por la normativa establecida para el TFG.

ABREVIATURAS

APRAM.	Asociación de prevención, reinserción y atención a la mujer prostituta.
Coord.	Coordinador.
CP.	Código Penal.
Dir.	Director.
DRAE	Diccionario de la Real Academia de la lengua
Ed.	Editorial.
ESCI.	Explotación Sexual Comercial Infantil.
L.O.	Ley Orgánica.
LOPJ.	Ley Orgánica del Poder Judicial.
Núm.	Número.
OIT.	Organización Internacional del Trabajo.
OMT.	Organización Mundial del Turismo.
ONG ECPAT.	End Child Prostitution pornography and the trafficking of children for sexual purposes.
ONU.	Organización de las Naciones Unidas.
P.	Página.
PDNEP.	Persona con discapacidad necesitada de especial protección.
Pp.	Páginas.
R.A.E.	Real Academia Española.
S.	Siguiente.
SAP.	Sentencia de la Audiencia Provincial.
Ss.	Siguientes.

STJCE.	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea).
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo.
TS.	Tribunal Supremo.
UE.	Unión Europea.
UNICEF.	United Nations International Children's Emergency Fund.
Vid.	Véase.

CAPÍTULO I. CONCEPTO GENERAL DE PROSTITUCIÓN.

La vigencia del Código Penal de 1995 supuso una unificación terminológica con respecto a la prostitución. Es importante el efecto que producen las distintas vertientes doctrinales de otros estados², debiendo matizarse tanto en aquellas como en la nacional, que el elemento de **precio o contraprestación económica** es ineludible³. El concepto en uso de la doctrina española supone que “**prostitución**”⁴ es aquella actividad que, ejercida con cierta cotidianeidad o habitualidad, consiste en la prestación de servicios de naturaleza sexual a cambio de una prestación de contenido económico.

El término “**habitualidad**” ha sido objeto de diversas cuestiones, provocando una disección doctrinal con respecto a sus consideraciones. Un sector doctrinal entiende que la realización de un solo acto sexual aun cuando se realice por dinero no parece que constituya prostitución.⁵

Si bien es cierto, otro sector doctrinal, en el que se incluyen autores como Cobo del Rosal o Quintanar Díez, se contraponen entendiendo que la exigencia de la “habitualidad” en el ámbito de la prostitución, puede resultar una discriminación con respecto a otros hechos constitutivos de delito recogidos en el mismo título. La razón se encuentra en que nuestra normativa opta por un silencio legal, dado que el Código Penal

² Tal y como resume TAMARIT SUMALLA, en otros estados pertenecientes a la Unión Europea eluden la habitualidad como connotación necesaria en la prostitución; así, por ejemplo la **jurisprudencia francesa** hace alusión a una concepción en sentido amplio del término “prostitución”, definiéndola como el hecho de prestarse a contactos físicos de cualquier naturaleza con el fin de satisfacer los deseos sexuales de otra persona a cambio de una remuneración. Por otro lado, la **doctrina alemana**, en cambio, perfecciona dicha definición añadiendo las notas de profesionalidad y promiscuidad (entendiendo la promiscuidad como actos sexuales con pareja cambiante). En: TAMARIT SUMALLA, José María. *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual: análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía infantil*. Aranzadi, 2000. ISBN 848-410-47-61. pp. 187 y 188.

³ Se excluyen aquellas concepciones que, al ser excesivamente amplias, prescinden de la exigencia de alguna compensación susceptible de valoración económica.

⁴ Según la RAE, la prostitución es la “actividad a la que se dedica la persona que mantiene relaciones sexuales con otras a cambio de dinero”.

⁵ Es el caso de Orts Berenguer, que hace uso de un concepto liberal de prostitución, entendiendo que la contraprestación debe producirse en más de una ocasión; en: TAMARIT SUMALLA, J.M. *La protección penal del menor...* Ob. Cit. pp. 178 y 188.

no recoge con determinación cuál es la conducta que se incluye en el ámbito del término. Puede resultar un tanto ambiguo el concepto de “habitualidad”, y podría suponer problemas a la hora de calificar el grado de ejecución, en relación con la tentativa así como a la distinción legal entre ejercer la prostitución o mantenerse en ella. La exigencia de que la conducta se produzca con cierta habitualidad supondría la exclusión de algunas situaciones, impidiendo así la tutela efectiva del bien jurídico; así sucedería, por ejemplo, en aquel supuesto en el que un individuo determina a un sujeto, mayor de edad, mediando violencia, a llevar a cabo un acto de prostitución aislado, excluyéndose así del ámbito de aplicación del artículo 187 (anterior artículo 188), puesto que, a pesar de que se incluyera en el ámbito de otros tipos penales, la protección del bien jurídico carecería de eficacia, ya que la realización de un acto sexual a cambio de una prestación económica sería abarcado por las conductas que abarcan los preceptos relativos a la prostitución y si se aplicase otro tipo penal se estaría castigando una conducta con una pena distinta a la que debería atenderse a la naturaleza del hecho delictivo.

Por otra parte, es necesario distinguir aquellos casos en los que el sujeto pasivo es un menor de edad o discapacitado necesitado de especial protección. Como trataremos posteriormente, el bien jurídico que se protege de los mismos es la indemnidad sexual, que puede verse afectada produciéndose un único acto de intercambio sexual por precio⁶.

Ciertamente, puede provocar la inclusión de una tendencia moralista en los delitos relativos a la libertad e indemnidad sexual, por ejemplo, a través de la atipicidad de la conducta de un tercero en caso de que el menor no esté prostituido, o su punibilidad en caso de que sí lo esté. En el caso de la prostitución de menores es necesario mencionar que las medidas político-criminales van más allá que en aquellos casos en los que el sujeto pasivo sea un adulto; esto se plasma de forma expresa en la redacción de los preceptos, penalizándose la inducción, el favorecimiento, la promoción o facilitación en el actual artículo 188 a diferencia de lo expresado en el artículo 187, donde la conducta delictiva consiste en determinar al sujeto pasivo. Sin embargo, ya es visible aquí que no

⁶ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 define, en su artículo 2, la prostitución infantil como la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución, sin hacer referencia a la habitualidad.

se trata de una disparidad conceptual, sino de diferentes conductas típicas, comportándose la “habitualidad” como una nota relevante que exige la existencia de dos preceptos distintos con penalizaciones, por tanto, también diversos.

Fuentes jurisprudenciales también manifiestan connotaciones con respecto a la necesaria concurrencia de cierta habitualidad, como es el caso del Tribunal Supremo; manifestando tal consideración, podemos destacar una sentencia⁷ cuyo caso versaba sobre un menor que realizaba actos de naturaleza sexual a cambio de dinero o remuneraciones de otro tipo. La Audiencia Provincial de Sevilla había condenado al autor apreciando las reglas de delito continuado. Sin embargo, el caso llegó ante el Tribunal Supremo, que entendió que la realización de varios actos de disposición sexual por motivo de una prestación de carácter remuneratorio se entendían todos ellos absorbidos por el artículo 187.1 CP (anterior a la modificación legislativa del 2015). Por tanto, varios actos de naturaleza sexual mediando precio o remuneración, en diferentes lapsos de tiempo, se encuadran en un mismo tipo; ello hace ver que sí es necesaria la connotación de habitualidad; sin embargo, desde nuestro punto de vista es un aspecto, en cierto modo, criticable, porque eso nos puede plantear problemas en el caso de un acto de naturaleza sexual aislado, ya que, si es necesaria la disposición sexual en más de una ocasión para entender la concurrencia de prostitución, la realización de una única conducta sexual supondría la falta de punibilidad en aquel caso en que el sujeto activo que induce, promueve, favorece o facilita la prostitución, o bien al que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad. Ciertamente hablar de impunidad no resultaría correcto, puesto que serían de aplicación otros tipos penales; sin embargo, nosotros haciendo alusión al discutido concepto de prostitución entendemos que sería más correcta la aplicación de los preceptos penales relativos a la prostitución que cualquier otro tipo penal recogido en el Título VIII del Código Penal, puesto que la prostitución consiste, principalmente, en la realización de un acto sexual a cambio de una prestación de contenido económico, y precisamente un acto aislado de tal naturaleza se debería identificar con esa conducta, y no con otras absorbidas en otros preceptos.

⁷ STS 724/2000, de 17 de abril.

Factor necesario es que, para que cualquier acto de servicios sexuales pueda ser calificado de prostitución es preciso que se realice a cambio de **precio** (*pretium carnis*), que por su inherencia a la conducta típica impide la aplicación de la correspondiente agravante genérica del artículo 22.3 CP.⁸

Al igual que en la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa, podrá ser dicho precio en efectivo, o bien en especie, puesto que la característica trascendental será el contenido económico que concurrirá en la contraprestación⁹; por tanto, se incluirá en este concepto de precio, por ejemplo, la recarga del móvil del menor, o bien también pueden ser objeto de la contraprestación *res extra commercium* (como la droga)¹⁰.

Será necesario que el acto sexual se haya realizado “por” precio, es decir, a causa del precio; en este caso no podremos confundir “causa” con el motivo que les lleva a ejercer la prostitución. Se excluirán, por tanto, supuestos en los que la entrega de la contraprestación no esté causalmente ligada a la obtención del servicio sexual (como puede ser el regalo “gratuito” o espontáneo posterior al acto o el precio del silencio)¹¹.

Para terminar, hemos de mencionar la connotación de **promiscuidad**. Con respecto a esta es necesario recalcar la existencia de discusiones doctrinales relativas a diversas concepciones que se interpretan con respecto a la concurrencia de la promiscuidad como factor necesario para completar el concepto de prostitución. Todas ellas coinciden en

⁸CUGAT MAURI, Miriam, “Prostitución y corrupción de menores e incapaces”. En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier [Dir.]. *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, 2011, volumen I. P. 667-721. ISBN 978-84-9004-122-2. p. 677.

⁹ En la STS 1016/2003, de 2 de julio, se refleja lo siguiente: “Por eso, lo que hemos de tener en cuenta para determinar si existe o no este delito es el comportamiento del sujeto activo del delito en cuanto que constituye esa inducción o facilitación que puede servir para una futura prostitución o como obstáculo para un abandono, nunca imposible, de quien ya la ejerce. Comportamiento que, desde esta perspectiva, ha de tener un doble contenido, pues ha de tratarse de realización de acto o actos de significación sexual y, además, a cambio de una contraprestación económica. Sin tal doble contenido no se concibe que pueda haber una incitación a la prostitución. Partiendo de este doble contenido luego habrá que ver si, por las circunstancias concretas del caso, puede o no afirmarse la existencia de esta infracción penal.”

¹⁰CUGAT MAURI, Miriam, “Prostitución y corrupción de menores e incapaces”. En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier [Dir.]. *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, 2011, volumen I. P. 667-721. ISBN 978-84-9004-122-2. pp. 677.

¹¹CUGAT MAURI, Miriam, “Prostitución y corrupción de menores...” Ob. Cit.,p. 677.

que ninguna de dichas interpretaciones encuentra un apoyo en la literalidad del precepto, y será por esa razón por la que la promiscuidad no será considerada una característica necesaria para que se ejerza la prostitución¹².

Sin embargo, será digno de mención antes de dejar atrás este apartado, aludir a la jurisprudencia europea, concretamente a la **sentencia del 20 de noviembre de 2001**, donde el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹³, en el apartado 33 señala que en atención a jurisprudencia reiterada, la prestación de servicios retribuidos deberá considerarse actividad económica, siempre que las actividades desarrolladas sean reales y efectivas y no resulten marginales y accesorias; será por ello por lo que la prostitución constituye una prestación de servicios remunerada comprendida en el concepto de “actividad económica¹⁴” recalcando, por supuesto, que deberá ser ejercida de manera independiente, entendiéndose así como un servicio prestado a cambio de remuneración que podría incluirse en las “actividades económicas por cuenta ajena” así como en las “actividades no asalariadas”¹⁵. Para finalizar, y únicamente para matizar, el Tribunal de Luxemburgo entiende la prostitución aceptable, puesto que lo considera actividad económica, cuando se trate de personas adultas y capaces, no habiendo lugar para la posibilidad de admitirse la prostitución cuando se ven afectados menores o discapacitados.

Como conclusión de todo lo anterior, considero que, a los efectos de los tipos penales que nos interesan, podemos entender por prostitución aquella conducta en la que se realiza un acto de naturaleza sexual a cambio de una prestación de contenido económico, sin tener necesariamente que producirse tal situación en más de una ocasión para considerarse prostitución como tal, así como tampoco que las relaciones sexuales se mantuvieran con personas diferentes para entender que se está ejerciendo la prostitución.

¹²Sobre esta cuestión, por todos, CUGAT MAURI, Miriam, “Prostitución y corrupción de menores...” Ob. Cit.; p. 678.

¹³ Denominado así hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1 de noviembre de 2009), cuyo nombre fue sustituido por Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

¹⁴Apartado 49 de STJCE de 20 de noviembre de 2001.

¹⁵Apartado 50 de STJCE de 20 de noviembre de 2001.

CAPÍTULO II. POLÍTICA CRIMINAL. REFORMAS PENALES.

1. Situación anterior al CP 1995. Código Penal de 1944/73.

Sabiendo que el Código Penal aprobado por la **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre**, supuso una trascendente transformación en la política criminal y en la consiguiente protección de los diferentes bienes jurídicos, es necesario recordar, de forma breve, la situación que imperaba los años anteriores a su entrada en vigor.

Las conductas constitutivas de delito en la época anterior a la instauración de la democracia pendían de las tendencias políticas que imponían una relevante carga moral en las normas que pretendían mantener el orden en la sociedad; esto se motivaba en que el régimen dictatorial de Francisco Franco encontraba parte de sus bases en los sectores más tradicionales y conservadores de la Iglesia Católica, que se encargaban en buena medida de dictar el modelo de conducta social, y esto se manifestaba, de forma visible, en el castigo de determinados actos que pudiesen atentar contra los valores de la misma, como es el caso de la “**honestidad**”, que es el tema que trataremos aquí.

En virtud del **Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre**, se reguló el castigo de las conductas que pudiesen atentar contra los bienes jurídicos que se pretendían proteger y que, como ya se ha mencionado, pendían de una influencia moral impuesta por el sistema, que llegó a denominarse nacional-catolicismo.

Concretamente, acudimos al **Título IX, del libro II del Código Penal de 1973**, cuyo nombre “**De los delitos contra la honestidad**”, no hace más que reafirmar lo que anteriormente se ha expuesto, puesto que el término “honestidad” era interpretado entonces como un equivalente a la moralidad sexual y la pureza básicamente de la mujer, y se empleaban dichos delitos tendiendo a la moralización sexual del individuo, no existiendo fines protectores con respecto a la libertad sexual, a diferencia de la normativa actual.

Concretando aún más, los **delitos relativos a la prostitución** se contemplan en el **Capítulo VII** del título que hemos mencionado en las líneas precedentes. En el articulado del mismo, es necesario destacar sobre todo la edad limítrofe entre las distintas penas que castigan los hechos constitutivos de delito. Esta edad se fija en **veintitrés años**, cuestión que refleja la relevante diferencia entre los años setenta y la actualidad. Podemos diferenciarlo, por ejemplo, en que entonces no se hacía distinción con respecto al bien jurídico protegido entre las personas que superaban la edad mencionada y las que no. A día de hoy se entiende que, para favorecer el desarrollo de la personalidad y la formación en el ámbito sexual, los menores y los sujetos que se encuentran en situación de discapacidad requieren una protección aún mayor que aquellos mayores de edad, que verán protegida su libertad sexual sin esa especial tendencia a preservar el desarrollo de su personalidad al entender ya plena su capacidad.

Finalizaremos pues, reafirmando que las predisposiciones marcadas por las influencias franquistas pretenden moralizar a la sociedad y no proteger, de manera efectiva, la libertad sexual que a día de hoy supone el bien jurídico objeto de protección; por ello, tras la transición y la posterior instauración de la democracia en España, se considera necesario una “limpieza” jurídica para acabar con la tendencia moralizadora, que debe desprenderse de la punibilidad de las conductas, con el fin de que las normativas se desprendan de conceptos éticos, dejando espacio a la protección de las libertades reconocidas en la Carta Magna.

2. Redacción original del CP 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

Como ya se ha adelantado en el apartado anterior, la entrada en vigor de la **Constitución Española de 1978** y la consiguiente instauración del régimen democrático introduce la necesidad de adaptar las normas penales a los valores constitucionales. Tal y como se motiva en la *Exposición de motivos* del mismo, a través de la nueva regulación se pretende adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, no entrando ya en juego la “honestidad”, sino la libertad sexual de todos los sujetos.

El Código Penal se desprende del título “De los delitos contra la honestidad”, para dar cabida a **Título VIII “Delitos contra la libertad sexual”**, recalándose así y determinando, pues, el objeto de protección del propio título. En su capítulo V se encuentran recogidos los “**delitos relativos a la prostitución**”.

En relación con los menores, atenderemos a los **artículos 187¹⁶ y 188.3¹⁷**, así como al **apartado segundo del artículo 189¹⁸**, que castiga con pena de multa a aquellos bajo los que se encuentre la potestad, tutela, guarda o acogimiento del menor y no evite la situación de prostitución del sujeto en caso de que tenga conocimiento de la misma.

3. Reformas penales.

Las distintas modificaciones relativas al Título VIII del Código Penal han supuesto la evolución de algunos aspectos con respecto al objeto de protección y su eficacia, así como el surgimiento de opiniones críticas de diversos autores al diferenciarse entre unas y otras leyes orgánicas por distintas tendencias, en ocasiones excesivamente restrictivas, y en otras, al contrario, siendo tales diferencias consecuencia de la dificultad del

^{16cc} **Artículo 187.**

1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Incurrirán en la pena de prisión prevista en su mitad superior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen las conductas anteriores prevaliéndose de su condición de autoridad pública, agente de ésta o funcionario público.”

¹⁷ “**Artículo 188.**

1. El que determine, coactivamente mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Incurrirán, además, en la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevaliéndose de su condición de autoridad pública, agente de ésta o funcionario público.
3. Si aquellas conductas se ejercieren sobre persona menor de edad o incapaz, se impondrá la pena superior en grado.”

¹⁸ “**Artículo 189.2:** El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento un menor de edad o incapaz y que, con noticia de la prostitución de este, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acudiere a la autoridad para el mismo fin si carece de medios para su custodia, incurrirá en la pena de multa de tres a diez meses.”

legislador para definir una política criminal respecto de los delitos contra la libertad sexual.

Para esclarecer lo que ya se ha mencionado con respecto a las diferencias relevantes entre unas y otras modificaciones, procederé a repasar, de forma breve, las notas más significativas de cada una de las leyes orgánicas que han ido transformando la redacción de la normativa penal de 1995.

3.1 Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Tal y como se manifiesta en la *Exposición de Motivos* de dicha ley entrada en vigor el 21 de mayo de 1999, se trata de modificar los tipos penales que pretenden castigar aquellas conductas que vulneran la libertad sexual de los menores. En cierto modo, la revisión de dichos preceptos es forzada por el compromiso que han adquirido los Estado Miembro de la Unión Europea a llevar a cabo una acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, revisándose la legislación interna relativa a dicho ámbito.

Se entiende, pues, la necesidad de modificar la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, considerándose que no sólo debe protegerse la libertad sexual, sino que también es preciso aludir al derecho del **libre desarrollo de la personalidad y a la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces** que, desde el punto de vista del legislador, carecen de la necesaria formación para poder ser su voluntad considerada libre¹⁹.

¹⁹ Para BUENO ARÚS “a pesar de la reiteración con que algunos sectores doctrinales han reprochado al Gobierno haber pretendido introducir en el Proyecto su propia moral (personal, religiosa y pretridentina, por supuesto), respondo que no ha sido así y que tal imputación es consecuencia de la imaginación y de los prejuicios ideológicos de quienes lo afirman. Y creo que puedo hablar con conocimiento de causa. Desde el primer borrador hasta el Proyecto final, se ha pretendido hacer un texto que respondiera a las exigencias sociales, nacionales e internacionales, de nuestro tiempo, alarmado por los abusos sexuales que parece estar de moda cometer con los menores”. En: BUENO ARÚS, Francisco. “Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación político-criminal de la reforma española de 1999”, *Estudios de Derecho Judicial*, 1999, nº 21, P. 261-286. ISBN 84-89324-93-X.p. 273.

En el primer artículo de la ley orgánica se alude al epígrafe del Título VIII del Libro II del Código Penal, de 1995, redactándose de la siguiente manera: “**Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales**”. La introducción de dicho título conlleva a la mayor precisión de los tipos penales destinados a proteger dichos bienes jurídicos, destacando, en atención a la prostitución de menores, de esta manera lo siguiente:

- El **Capítulo V** se titulará “**De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores**”, a diferencia de la titulación mantenida en la L.O. 10/1995, que era “de a los delitos relativos a la prostitución.

- En el **artículo 187** se añade la agravación de la pena en caso de que el sujeto activo pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de las actividades contempladas en el primer apartado del propio precepto.

- Con respecto a la redacción del **artículo 188**, se especifican las diferentes acciones constitutivas de delito, sustituyéndose así la **coacción** contemplada en la redacción anterior del precepto que supone una falta de determinación, pudiendo plantearse problemas interpretativos. En el propio artículo también se añade, en su apartado segundo, la punibilidad de la trata de personas, que antes no se contemplaba aquí. Por otro lado, se contempla la posible aplicación de las reglas especiales de concurso en relación con las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona que ha sido prostituida.

- En relación con la prostitución de menores, se produce un aumento de la **pena de multa**, contemplada en el **artículo 189.2**, que concretamente la pena en abstracto oscilará entre los **seis y doce meses**. Dicha pena se impondrá a aquellos que tengan bajo su **potestad, tutela, guarda o acogimiento** y no impidan que el menor continúe prostituyéndose, si tienen conocimiento de ello.

3.2 Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Esta ley orgánica, en vigor desde el 1 de octubre de 2004 afecta, en mayor medida, a los **delitos contra la libertad e indemnidad sexual**. Se produce una modificación con respecto al **artículo 189**, concretamente en su apartado segundo. Recordamos que en dicho precepto se castiga a aquellos que ostenten la potestad, tutela, guarda o acogimiento de un menor de edad que se encuentre en situación de prostitución, y siendo estos conscientes de ello, no actúen para impedir su continuación en tal estado.

En dicha ley orgánica se sigue una línea endurecedora, y dicho hecho constitutivo de delito, antes penado con una multa, en esta modificación del Código Penal pasa a tener una **pena privativa de libertad de 3 a 6 meses**. En su momento fue muy criticado, porque a pesar de mantener una política criminal endurecedora no se meditó sobre si dicha medida mejoraría o no la situación del menor, cuestión que es lo verdaderamente relevante en este supuesto.

Como opinión personal, tal crítica es bastante acertada, puesto que es necesario que se busque un **bienestar para el menor**, y en este caso, sería necesario aludir a la finalización de la situación ya mencionada que puede afectar a su libre desarrollo de la personalidad.

3.3 Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En esta ley orgánica se pretende revisar los preceptos relativos al ámbito de los delitos sexuales atendiendo a la **Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía**²⁰.

²⁰ Es necesario recordar que las decisiones marco tienen ciertos elementos comunes con las directivas; ambos son vinculantes para los Estados miembros en cuanto al resultado que debe alcanzarse, dejando a las autoridades nacionales la elección de los métodos de aplicación. Sin embargo, las decisiones marco no

En relación al delito de prostitución se lleva a cabo la incorporación de la **conducta del cliente** en aquellos casos en los que la relación sexual sea realizada con una persona menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección (en adelante PDNEP), supuesto sobre cuya inclusión en la redacción del tipo hasta ese momento había división de opiniones²¹. La conducta será castigada con la misma pena contemplada en el **artículo 187** para los sujetos que induzcan, promuevan, faciliten, o favorezcan la prostitución; además, se introduce un subtipo agravado en cuyo ámbito serán incluidas las conductas relativas a la prostitución de menores, con la circunstancia especial de que el sujeto prostituido tenga una edad inferior a trece años. La introducción del subtipo agravado en los casos de prostitución de sujetos cuya edad no supera los trece años supone la manifestación de una política endurecedora que pretende revestir de una protección especial el bien jurídico del menor, sobre todo de los sujetos menores de trece años, al entender que los hechos constitutivos que en estos preceptos se castigan pueden impedir el desarrollo de la personalidad de los susodichos, cuyos efectos pueden provocar una mayor dificultad a la hora de revertir las consecuencias de la situación de prostitución.

3.4 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

A pesar de considerarse España un país desarrollado que, por tanto, debería ya haber erradicado la prostitución de los menores de edad o discapacitados, casos recientes demuestran que no es tan descabellado que la reforma de 2015 afecte, entre otras cosas, a los preceptos donde se recogen los delitos en relación con la prostitución (arts. 187 y 188).

tienen efecto directo, y la Comisión Europea no puede recurrir al Tribunal de Justicia para imponer la transposición de una Decisión marco.

²¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. “Prostitución: la eventual responsabilidad penal de los clientes”. En: MUÑOZ CONDE, Francisco José. *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: Estudios Penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. 2008, P. 791-832. ISBN 978-84-9876-136-8; pp. 812 - 815.

Podemos encontrar el caso de Nora Ayala, que fue encontrada por sus padres en el portal de su domicilio muerta a causa de una sobredosis. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca condenó a siete de los once acusados por prostituir a menores (entre las que se incluía a Nora) y traficar con drogas en la conocida *Operación Nancy* entre los años 2011 y 2012. Las menores fueron explotadas sexualmente por cuatro de los implicados a cambio de estupefacientes²².

Ejemplos que demuestran que el endurecimiento de las medidas político-criminales para acabar con la prostitución de menores no ha surtido efecto suficiente podemos encontrarlos en casos de redes de prostitución, como la red de prostitución de Murcia, donde captaban a jóvenes entre 14 y 17 años en discotecas. Contactaban con dichas menores en discotecas de la capital murciana o bien por internet, en ofertas de empleo publicadas por las mismas en relación con trabajos de cuidado de niños o personas mayores, incluso en un colegio, a través de una adolescente que convenció a dos compañeras de la misma edad para participar en citas con hombres mayores²³.

Más reciente es la red de prostitución desarticulada en Vélez-Málaga, en mayo de 2015. Las víctimas tenían dieciséis años y eran captadas por la organización; se prostituían en una finca, propiedad del cabecilla de la red, encargado además de captar a las adolescentes²⁴.

²² DIARIO DE MALLORCA. *Operación Nancy: 59 años para los siete acusados de prostituir a menores a cambio de droga*. [Fecha de consulta 18 de julio de 2015]. <http://www.diariodemallorca.es/sucesos/2014/02/19/operacion-nancy-59-anos-siete/912309.html>; ÚLTIMA HORA. *Condena de 59 años de cárcel a siete acusados de drogar y prostituir a menores en Palma*. [Fecha de consulta 18 de julio de 2015]. <http://ultimahora.es/sucesos/ultimas/2014/02/18/118345/condenan-total-anos-carcel-siete-acusados-operacion-nancy.html>

²³ EL PAÍS. *La red de Murcia prostituía a niñas por Whatsapp a cambio de 200 euros*. [Fecha de consulta: 15 de agosto de 2015]. http://politica.elpais.com/politica/2015/01/21/actualidad/1421839325_774023.html; EL MUNDO. *Adolescentes prostituidas por Whatsapp*. [Fecha de consulta: 15 de agosto de 2015]. <http://www.elmundo.es/espana/2015/01/20/54be5e6022601dc4108b4580.html>; ABC. *Cae una red de prostitución que ofrecía hasta 400 menores de entre 14 y 17 años*. [Fecha de consulta: 15 de agosto de 2015]. <http://www.abc.es/espana/20150121/abci-detenidos-operacion-prostitucion-201501211121.html>

²⁴ CUATRO. *Detenidas 11 personas en Málaga por prostitución de menores*. [Fecha de consulta: 18 de agosto de 2015]. http://www.cuatro.com/noticias/sociedad/Velez-Malaga-prostitucion-de-menores-servicios-sexuales-detenciones_2_1987680096.html; NTN. *Policía española desmantela red de prostitución con menores de edad en el sur del país*. [Fecha de consulta: 18 de agosto de 2015]. <http://www.ntn24.com/noticia/policia-espanola-desmantela-red-de-prostitucion-con-menores-de-edad-en->

Además, para dar mayor importancia aún al asunto de la prostitución, el 7 de agosto de 2015, el mundo publicó unas declaraciones de la APRAMP que anunciaban la existencia, en la actualidad, de la explotación sexual de menores, con especial mención a la comunidad de Madrid, manifestando que en los últimos cinco años se han detectado menores de entre 14 y 15 años en la calle²⁵.

Por ello se entiende necesaria una modificación de los artículos que castigan determinadas conductas en relación con la prostitución (en especial de menores y discapacitados), con el fin de acabar con este gran problema que tiene la sociedad.

En el ámbito de la Unión Europea, la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo es sustituida por la **Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil**; dicha directiva obliga a los Estados Miembro a endurecer las sanciones penales en el ámbito mencionado.

Hasta ahora, la legislación interna de España fijaba la edad de consentimiento sexual²⁶ en trece años, siendo inferior a la de los restantes europeos, y una de las más bajas del mundo. Esto ha motivado a la reforma aquí contemplada, que fue aprobada y entró en vigor durante la redacción del trabajo, concretamente el 1 de julio de 2015, en la cual se eleva la edad del consentimiento sexual, entre cuyos fines, se encuentra el de la lucha contra la prostitución infantil.

Esta reforma supone un endurecimiento del sistema normativo penal, ya que provocará que todas las acciones de naturaleza sexual realizadas con menores de dieciséis años serán consideradas, en todo caso, conductas constitutivas de delito, salvo

[el-sur-del-pais-51116](http://www.diariosur.es/axarquia/201505/15/desarticulan-organizacion-dedicada-explotacion-20150515110134.html); DIARIO SUR. *Cae una red en Vélez que ofrecía menores “a la carta” para prostituirlas en una finca sin saberlo sus padres*. [Fecha de consulta: 18 de agosto de 2015]. <http://www.diariosur.es/axarquia/201505/15/desarticulan-organizacion-dedicada-explotacion-20150515110134.html>

²⁵ EL MUNDO. *Tenemos a niñas de 14 y 15 ejerciendo la prostitución en la calle*. [Fecha de consulta: 20 de agosto de 2015]. <http://www.elmundo.es/madrid/2015/08/06/55c3b6d5268e3e114b8b45b3.html>

²⁶ La **Directiva 2011/93/UE** define la edad de consentimiento sexual como la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor.

en aquellos casos en los que las relaciones sean consentidas y se realicen con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

Para favorecer la efectividad de las políticas europeas en materia de prostitución se produce una reforma de los preceptos, dicha modificación supone un endurecimiento de las penas, añadiéndose además explicaciones que tienden, desde mi punto de vista, a evitar que se produzcan interpretaciones que, ciertamente puedan extender el ámbito de aplicación de los preceptos penalizándose conductas que no se incluyen en el tipo penal de manera expresa.

Con el fin de perseguir de manera más efectiva la erradicación de la explotación sexual, se define la misma en el **nuevo artículo 187**²⁷, determinándose que existirá la misma cuando la víctima realice el acto sexual al encontrarse en una situación de vulnerabilidad, bien ésta sea de naturaleza personal, o bien de naturaleza económica; también se considerará explotación sexual aquella situación en la que la persona lleva a

²⁷**Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal:**

“Se modifica el artículo 187, que queda redactado del siguiente modo:

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

Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica.
 - b) Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.
2. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.
 - b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.
 - c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.
 3. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.”

cabo el ejercicio de la prostitución concurriendo condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.

Se produce una mayor diferenciación entre las conductas típicas que envuelven la protección del bien jurídico de los sujetos pasivos mayores de edad y aquellas que, con motivo de una política criminal destinada a una mayor protección de los menores o personas con discapacidad, se reúnen en un mismo precepto las diferentes conductas constitutivas de delito relativas a la prostitución, concretamente en la nueva redacción del artículo 188²⁸. En el mismo, se produce un endurecimiento de la pena en los casos

²⁸**Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal:**

“Se modifica el artículo 188, que tendrá la siguiente redacción:

1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

Si la víctima fuera menor de dieciséis años, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Si los hechos descritos en el apartado anterior se cometieran con violencia o intimidación, además de las penas de multa previstas, se impondrá la pena de prisión de cinco a diez años si la víctima es menor de dieciséis años, y la pena de prisión de cuatro a seis años en los demás casos.
3. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - a) Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación.
 - b) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
 - c) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se impondrá, además, una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.
 - d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.
 - e) Cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas.
 - f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.
4. El que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, será castigado con una pena de uno a cuatro años de prisión. Si el menor no hubiera cumplido dieciséis años de edad, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión.

de inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución de un menor al aumentar el límite mínimo establecido, quedando determinada la pena en abstracto entre **dos y cinco años de prisión**. Además, el subtipo agravado que acompaña al tipo básico mencionado también será objeto de modificación; en primer lugar, se produce el cambio de la edad que limita la aplicación de dicho subtipo, quedando determinada en 16 años; en segundo lugar, el límite máximo de la pena de prisión en abstracto aumentará hasta los **ocho años**²⁹.

Incluyendo la concurrencia de violencia o intimidación en el precepto, concretamente en su apartado segundo, se produce una agravación de las penas mencionadas en el primer apartado, concretamente, será impuesta la pena de prisión de **cinco a diez años** en caso de que la víctima sea menor de dieciséis años, y pena de prisión en los demás casos.

A diferencia de la Ley Orgánica 10/1995, en que la pena de prisión era de uno a cinco años, aquel que solicite, **acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección**, será castigado con una **pena de prisión de uno a cuatro años** (dicha pena será de dos a seis años en caso de que el menor no hubiere cumplido los dieciséis años)³⁰; esto manifiesta que la conducta de aquel que, motivado por las circunstancias expuestas en el precepto, mantenga una relación sexual con un menor **no** será equiparable a la acción de inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de una persona menor de edad o discapacitado. Esto se debe a que el legislador quiere marcar la **diferencia** entre aquellos que induzcan, promuevan favorezcan o faciliten la prostitución y de los que se lucren de ello o exploten al menor con tales fines, de aquellos usuarios de la prestación sexual.

-
5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.”

²⁹ Esto refleja la intensificación de la política criminal, en el sentido de que tiende a ser más estricta a la hora de castigar conductas que vulneran libertades de los menores, entendiéndose que estas deben ser objeto de mayor protección por parte del ordenamiento jurídico.

³⁰ Apartado 4, artículo 188.

CAPÍTULO III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

1. Bien jurídico protegido de los delitos contra la libertad sexual.

El bien jurídico protegido que tienden a proteger los preceptos relativos a los hechos constitutivos de delito en el ámbito sexual, ha sufrido distintas reconversiones a lo largo del tendido jurídico que ha ido construyéndose hasta la actualidad.

La época franquista y sus consecuentes influencias ideológicas y morales, dejaron su manifestación en la regulación jurídico-penal³¹. Haciendo alusión, en primer lugar, al Código Penal de 1944/73, es visible tal afirmación. Concretamente, el Título IX del Libro II de dicha regulación, era el encargado de recoger los diversos tipos penales relacionados con conductas sexuales³². En referencia al título es necesario recordar que, en la actualidad, se tiende a enunciar en cada uno de los epígrafes que recoge el propio texto regulador el bien jurídico que se pretende proteger con cada uno de los tipos penales que lo recoge. A finales de los años 80 comienza a aludirse a las cuestiones que se plantean alrededor de los artículos que guardan relación con actos de naturaleza sexual. La “**honestidad**”, a sabiendas de que es una cualidad que forma parte de la personalidad y solo se destruye por los propios actos³³, hace que resalten connotaciones de valor social, y todo ello aumenta la necesidad de evitar considerarla como el objeto de protección penal. La mayor parte de los autores de la época mencionaba la **moral**

³¹ Tal y como se señala en: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL en su trabajo “Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual?”. En: Víctor GÓMEZ MARTÍN [dir.]. *Política criminal y reforma penal*, 2007.pp. 335-379. ISBN 978-84-96261-43-3: “El código penal anterior (especialmente en sus primeras versiones) partía claramente de la defensa de una determinada moral sexual (conservadora y, en concreto, católica, especialmente defendida por el nacional-catolicismo imperante en el régimen franquista) en su modelo de ‘Delitos contra la honestidad’ (como rezaba la rúbrica del correspondiente título)...”

³² Cabe recordar que el título de dicho capítulo era “De los delitos contra la honestidad”, hasta la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

³³ Según la R.A.E. el significado de honestidad será: Cualidad de honesto. Honesto: *adj.1*Decente o decoroso; *adj. 2* Recatado, pudoroso; *adj. 3* Razonable, justo; *adj.4* Probo, recto, honrado. Es necesario recalcar que la última definición no es de interés en el ámbito de los delitos sexuales.

sexual como objeto de protección, sin perjuicio de la protección de otros bienes jurídicos, encontrándose entre ellos la libertad sexual individual. Aun así, resultaba necesario entonces modificar esa conceptualización de la protección, puesto que era necesario eludir la moralización de los ciudadanos a través del Derecho penal, con especial relevancia en el ámbito sexual. Con las modificaciones realizadas a tenor de la Ley Orgánica 10/1995, se pretendía castigar únicamente las conductas que dificultasen el libre ejercicio de la sexualidad, manifestándose así que los tipos protectores tenían ya como objeto la libertad sexual, y no la moral sexual que mencionaban los autores reacios a dicha reforma. Existen, sin embargo, disidencias doctrinales importantes, destacando a MUÑOZ CONDE, que considera que el bien jurídico puede seguir descansando en la moral sexual, entendiéndola como una parte del orden moral social que encarna dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas, como criterio de referencia y de clasificación más preciso y ajustado a la realidad que el antiguo de honestidad que se utilizaba anteriormente³⁴.

Desde entonces queda claro que el bien jurídico destinado a ser protegido por estos tipos penales es la libertad sexual³⁵; la introducción del término “**indemnidad sexual**” llevó también a diversidad de opiniones doctrinales, evitando la introducción del mismo en la redacción original de 1995. La doctrina solía hablar de “**intangibilidad sexual**”³⁶ en aquellos casos en los que se entendía que la libertad sexual no absorbía la necesidad de protección de determinados sujetos, al entenderles carentes de ésta.

³⁴Esto supone que, por imperativo del principio de intervención mínima, el orden moral sexual que protege el Derecho Penal será una parte ínfima del mismo: prácticamente los ataques violentos o intimidatorios a la libertad sexual, el ejercicio de la sexualidad con niños o con enajenados, en este caso abusando de su situación y el fomento o desarrollo de la prostitución”.

³⁵Según ha señalado la doctrina, podemos observar dos vertientes: en primer lugar, una vertiente positiva, que atiende a la libre disposición de la persona de sus propias potencialidades sexuales. Encontramos también una vertiente negativa, en el sentido de que la persona tiene el derecho a no verse involucrada sin su consentimiento en actos de naturaleza sexual con otra persona.

³⁶ Hacen alusión a los contextos sexuales en los que se ve involucrado un menor entendiéndose que su capacidad cognoscitiva y volitiva del mismo en relación con el conocimiento y la trascendencia del acto sexual, es inexistente.

Para **DÍEZ RIPOLLÉS** “el concepto intangibilidad sexual, introducido en la doctrina española por influencia de la italiana a fines de los setenta e inicios de los ochenta, expresaría una extendida opinión social en virtud de la cual ciertas personas, dadas las cualidades en ellas concurrentes o la situación en la que se encuentran, son sexualmente intocables, esto es, deben permanecer completamente al margen de experiencias sexuales. Este concepto perdura en algunas posturas doctrinales que sostienen que en estos

A pesar de todo ello, la indemnidad sexual no aparece entonces como objeto de protección por lo que, así como lo señala la jurisprudencia³⁷, la regulación se destina a la libertad sexual como bien jurídico tutelado, entendiendo dicho término en sentido amplio, castigándose las conductas en las cuales la acción sexual de la víctima no es libre, entendiendo que el sujeto pasivo no es capaz de decidir libremente, no habiendo prestado su consentimiento o, aun existiendo tal, este se encuentre viciado. Se observa la libertad sexual³⁸ como bien jurídico protegido en sentido amplio, también conocido como **libertad sexual potencial o libertad sexual “in fieri”**, puesto que se contemplan sanciones agravadas cuando las víctimas sean menores (o incapaces) aunque no exista coacción, ya que dichas personas carecen de la plena capacidad de autodeterminación que ostentan los adultos.

Las cuestiones con respecto a la inclusión de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido en el caso de los menores e incapaces proseguirán hasta que, finalmente, el sector doctrinal mayoritario que defiende que los menores carecen de libertad sexual gana la batalla y consigue que en la modificación del Código Penal realizada por la **Ley Orgánica 11/1999** se incluya como objeto de protección en los delitos de contexto sexual la indemnidad sexual. Es necesario matizar pues, que en el caso de los actos sexuales en los que se ven involucrados sujetos mayores de edad, y que son hechos en el Código, se protege el derecho de aquellos a realizar las prácticas

momentos existe un consenso cultural sobre la conveniencia de mantener a los menores de 13 años y a los incapaces libres de todo contacto con la sexualidad, opinión que se hace extensiva, aunque matizada en función de la edad o nivel de afectación psíquica, a los menores entre 13 y 18 años, los mentalmente trastornados, y los privados de sentido” DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”. *Estudios de Derecho Judicial*, 1999, nº 21. pp. 215-260. ISBN 84-89324-93-X. p.232.

³⁷ Vid. STS 654/1997, de 9 de mayo; STS7 de abril de 1999.

³⁸ CONDE-PUMPIDO TOURÓN afirma que la libertad sexual se ha consolidado como el objeto de protección. No se aspira con ello a garantizar a toda aquella persona que posea la capacidad de autodeterminación sexual su efectivo ejercicio; en realidad, se pretende asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes, la pretensión es que toda persona ejerza la actividad sexual con total libertad. En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. “Delitos de prostitución: especial referencia a la prostitución con menores”. En: José Luis DÍEZ RIPOLLÉS. *Delitos contra...* Ob. Cit.; pp. 287-322.

Para DÍEZ RIPOLLÉS, la libertad sexual debe ser el único bien jurídico, entendiendo que esta comprende también la indemnidad de los menores. Para este autor el concepto de libertad sexual resulta también suficiente en el caso de menores o incapaces por cuanto comprendería la de aquellos individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla.

sexuales sin imposiciones y, por otro lado, en caso de que los sujetos sean menores (o incapaces), se tiende a realizar un control, ya que estos no tienen la capacidad para comprender la naturaleza del hecho y la realización de dichas conductas puede alterar su desarrollo y formación de la personalidad.

Los menores carecen de autonomía en los comportamientos de ámbito sexual, por lo que es más acertado entender que dichas conductas vulneran su intangibilidad o, mejor dicho, su indemnidad sexual; por ello, el fin perseguido por la normativa penal será proteger su libertad futura y la normal evolución y desarrollo de la personalidad de los menores; es decir, que en cierto modo, el bien jurídico protegido de estos sujetos en los que concurren las circunstancias especiales de la edad, o de la discapacidad, será el interés del menor, en atención a un adecuado proceso de formación y de socialización.

Por tanto, se entiende que la ley presume *iuris et de iure* que un menor, con especial relevancia de los menores trece años (dieciséis, a partir del 1 de julio) en aquellos supuestos en los que existe violencia y en los que no concurre la misma³⁹, que dichos

³⁹ En la **L.O. 5/2010** se incluye subtipo agravado:

- “Los actuales apartados 2 y 3 del artículo 187 pasan a ser apartados 3 y 4, se modifica el apartado 1 y se añaden dos nuevos apartados 2 y 5, quedando redactados como sigue:
 1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz será castigado con las penas de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá al que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz.
 2. El que realice las conductas descritas en el apartado 1 de este artículo siendo la víctima menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.
 5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores e incapaces.
- El actual apartado 4 pasa a ser apartado 5 y se modifican los apartados 2, 3 y 4 del artículo 188, que quedan redactados como sigue:
 2. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de cuatro a seis años.
 3. El que lleve a cabo la conducta prevista en el apartado anterior, siendo la víctima menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años.
 4. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

sujetos carecen de capacidad de comprender y querer el significado y trascendencia del acto sexual.

En el caso de los discapacitados que requieren una especial protección, no existen unos límites establecidos para la edad, sino que se trata de límites personales y susceptibles de matización, en cuanto que hay que valorar y probar en el proceso penal es si la persona en cuestión tiene capacidad intelectual suficiente para comprender el alcance del acto sexual y su facultad volitiva para consentir en él⁴⁰.

Llegados a este punto, se ha de concluir que los bienes jurídicos objeto de protección en el Título VIII serán, con carácter general, la libertad sexual y la indemnidad sexual (que se refiere a menores y discapacitados). Quedan ambos perfectamente determinados ya que en atención a los sujetos pasivos se castigarán de maneras diferentes. Es tal la diferencia que, por ejemplo, en el caso de los sujetos mayores de edad, únicamente se castiga que dichos individuos realicen actos de naturaleza sexual sin consentimiento mediando violencia, intimidación o engaño, o bien que se abuse de una situación de superioridad, o bien de que la víctima se encuentre en una situación de necesidad o de vulnerabilidad. Sin embargo, cuando la protección recae sobre los menores, el legislador va más allá y extiende su protección, castigando conductas relativas a la prostitución a pesar de que no medien las circunstancias que se han mencionado en el caso anterior, y esto se debe a que, tal y como manifiesta el Tribunal Supremo en una sentencia, “el legislador entiende que la tutela del derecho de los menores a un adecuado proceso de formación sexual impone procurar de forma activa su exclusión del mercado de la prostitución, dada la influencia que el precio puede ejercer sobre una voluntad inmadura, viciando su consentimiento”⁴¹.

Será precisamente en aquellos casos en los que medie violencia, intimidación, engaño o abuso de superioridad o abuso de situación de necesidad o de vulnerabilidad

-
- b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.
 - c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.”

⁴⁰GÓMEZ RIVERO, María del Carmen [coord.]. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (II). *Nociones fundamentales de derecho penal: parte especial (adaptado al EEES)*, Tecnos, Madrid, 2010. ISBN 978-84-309-5186-4. pp. 207-214; p. 208.

⁴¹ Vid. STS 7 de abril de 1999.

de la víctima en los que el propio precepto aumente el ámbito de su protección, entrando en juego otros bienes, como la integridad física o la integridad moral. Se entiende que en tal precepto se pretende proteger a los sujetos pasivos en el sentido en el que la prestación sexual remunerada es realizada sin el consentimiento de este o, en caso de que exista tal consentimiento, se encuentre viciado. La integridad tanto física como moral son vulneradas en aquellos casos en lo que el sujeto activo emplea para la determinación al sujeto pasivo a ejercer la prostitución violencia, ya sea a través de agresiones o abusos sexuales o lesiones que produzca el autor sobre el individuo prostituido. Por otra parte, se atentará además contra los mismos en aquellos casos en los que el sujeto activo amenace a la víctima, la engañe o bien abuse de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad del sujeto pasivo.

Por lo que a mí respecta, considero que sí es necesario diferenciar el bien jurídico que se tiende a proteger en función del sujeto pasivo, atendiendo a su edad y sus capacidades cognitivas. Entiendo que los individuos caracterizados por su minoría de edad y por su discapacidad con necesidad de una especial protección, no pueden ver vulnerado por los autores de las conductas constitutivas de delito recogidas en el título VIII un bien jurídico que no ostentan, puesto que para considerar la existencia de libertad sexual es necesario que ellos entiendan el carácter y significado de la misma, situación que no se da en el caso de los menores o incapaces; estos se encuentran en un proceso de desarrollo y por esa razón es necesario matizar qué es lo que se pretende proteger, en este caso. Concluyo así entendiendo que el término de **indemnidad sexual** se aproxima mejor a la situación que presentan estos sujetos, la cual varía en gran medida con respecto al bien jurídico protegido de los adultos. Esto es visible en que únicamente son hechos constitutivos de delito en el caso de los mayores de edad en aquellos actos de terceros relacionado con la prostitución en que concurra violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o bien necesidad de la víctima; en caso contrario se tratará de un hecho atípico. Por tanto, la diferenciación entre libertad sexual e indemnidad sexual pretende manifestar la importancia que da el legislador a la especial protección de aquellas personas que se encuentren en alguna situación de vulnerabilidad en relación con la edad o con la propia discapacidad.

Puede plantearse la cuestión de la especial protección de aquellos menores de trece años⁴², es decir, podemos preguntarnos quiénes son los que verdaderamente tienden a la protección de la indemnidad sexual, puesto que la puntualización de estas edades puede llevar a que también se requiera una disparidad entre los bienes jurídicos a proteger con respecto a los menores, con carácter general, y a los menores de trece años, con carácter especial. Debemos disipar estas dudas entendiendo que antes de la entrada en vigor de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, los menores de trece años, al ser víctimas de los delitos que aquí contemplamos, podían sufrir una mayor afectación que les impidiese una normal formación pudiendo distorsionar su percepción de la realidad. Sin embargo, se encuentra ya vigente la reforma desde el 1 de julio, modificándose la fijación de los trece años y aumentándola en dieciséis (de ello se hablará posteriormente).

Es necesario aludir a la denominada **teoría de la adecuación social** en el contexto de los delitos en el ámbito sexual⁴³; en el caso de los menores, las conductas relativas a las prácticas sexuales con ellos se sancionan en la medida en que, por su intensidad, persistencia o continuidad pueden perturbar el desarrollo de su personalidad. Con esto queremos decir que habrá menores que serán titulares de la libertad sexual. El legislador pretende proteger en mayor medida la libertad sexual de los menores de edad con mayor rigor que en aquellos casos en los que entre en juego como víctima un individuo mayor de edad. Es importante comprender tal cuestión, puesto que no se pretende criminalizar conductas en aquellos casos en los que concurra una relación libremente aceptada; el fin es proteger la libre determinación de los jóvenes. Por ello, se entiende que a pesar de ostentar estos como bien jurídico la libertad sexual, se protegerá con un incremento punitivo con respecto a los adultos, en aquellos casos en los que sí incida en el libre

⁴² Como hemos visto y ampliaremos posteriormente, la L.O. 1/2015 modifica la edad, aumentándola a dieciséis años.

⁴³ Para **VEGA GUTIÉRREZ** “En el ámbito de la interpretación teleológica y valorativa, el bien jurídico desempeña una importante función de orientación sobre el sentido y finalidad protectora de los tipos, de tal forma que podrá excluir de la tipicidad conductas que, aunque aparentemente encajan en la norma, en realidad no lesionan ni ponen en peligro el concreto bien jurídico protegido por la misma”. En: VEGA GUTIÉRREZ, José Zamyra. “El delito de uso de información privilegiada en el mercado de valores, especialmente en el derecho penal español. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2012, nº 25. pp. 211-299. ISSN 1575-720X; p. 91.

desarrollo de la personalidad del sujeto, como es, de forma indiscutible, la prostitución; a diferencia del ámbito de aplicación de otros delitos recogidos en el mismo título, en los que se ha determinado necesariamente la edad para entender si hay consentimiento o no, puesto que es necesario entender el carácter despenalizado de relaciones entre adolescentes, o bien entre adolescentes con un adulto siempre y cuando se cumplan una serie de circunstancias, como una diferencia no relevante de edad, o bien que se produzca tal relación respetando la gradualidad necesaria en que debe producirse el desarrollo de la personalidad del menor⁴⁴.

2. Afectación del bien jurídico protegido en la última reforma del Código Penal de 2015 (L.O. 1/2015).

Reflejo de la insatisfacción constante del legislador con respecto a la regulación penal en materia de delitos contra la libertad e indemnidad sexual será la reforma del Código Penal en vigor desde el 1 de julio de 2015, como ya hemos mencionado con anterioridad.

En particular, la reforma se centra en importantes aspectos, sin embargo, el bien jurídico protegido no se verá cuestionado, por lo que el contemplado en el Código Penal actual permanecerá en el nuevo texto legislativo.

Siendo cierto que, de nuevo, el afán protector del legislador provoca un endurecimiento punitivo, este no planteará problemas con respecto a qué es lo que se protegerá en el Título VIII, aunque si llevará a futuras críticas doctrinales de las que hablaremos con posterioridad, puesto que no guardan relación con el bien jurídico protegido del propio título.

⁴⁴ Se han de tener en cuenta los criterios con respecto a la asimetría de edad (entendida como desigualdad madurativa que impide el ejercicio de una libre decisión por parte del menor y una actividad sexual compartida. TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. “Delitos contra la indemnidad sexual de los menores”. En: Gonzalo QUINTER OLIVARES (Dir.). *Comentario a la reforma penal de 2015*. Aranzadi, 2015; PP. 421 – 435. ISBN 978-84-9098-371-3. P. 425.

La modificación del Código Penal ya vigente sigue la línea endurecedora que hemos visto, por lo que llevará a diferentes opiniones doctrinales como las que venían surgiendo de las reformas precedentes.

CAPÍTULO IV. LOS SUJETOS.

1. Sujeto pasivo.

Como ya hemos visto, los preceptos recogidos en el Título VIII del Código Penal pretenden salvaguardar la libertad sexual de las personas pero, en relación con los menores de edad, se entiende que protegen su indemnidad sexual y su adecuado proceso de formación. Esto se encuentra justificado, por ejemplo, en que, antes de la entrada en vigor de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, se niega a los menores capacidad para consentir válidamente una relación sexual y el hecho de que, una vez alcanzada la edad de trece años, les siga estando vetada la participación en ciertas actividades sexuales⁴⁵.

A partir del 1 de julio de 2015 y la consiguiente entrada en vigor de la modificación legislativa mencionada, el límite de edad será reconsiderado, sustituyéndose los trece años de entonces por los dieciséis actuales.

La definición más completa del concepto “**víctima**” es la realizada por la ONU en 1985, que establece que víctima es aquella persona que ha sufrido un perjuicio, ya sea lesión física o mental, sufrimiento emocional, pérdida o daño material, menoscabo importante de sus derechos, como consecuencia de una acción u omisión que constituya un delito con arreglo a la legislación nacional o del derecho internacional, o bien constituya un abuso de los poderes públicos⁴⁶.

La **Ley 4/2014, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito** define, en el apartado a) del artículo 2 como víctima directa a la persona que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos causados por la comisión de un delito.

⁴⁵ CABRERA MARTÍN, Myriam. “Los menores frente a los delitos sexuales: estado actual de su protección penal en España”. *Crítica*, 2011, nº 976. pp. 35-39. ISSN 1131-6497; p. 35.

⁴⁶ NEVADO FERNÁNDEZ, Celia. *Características y consecuencias psicológicas de la violencia sexual en adolescentes*. Universidad de Sevilla, 2008; pp. 22.

1.1 El menor como sujeto pasivo, con carácter general.

Ya desde la inclusión del término “**indemnidad sexual**” por medio de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, es visible la acentuación sancionadora del legislador al proyectarse los delitos dentro del ámbito sexual sobre personas sin capacidad para ejercer su libertad sexual o que ven precipitado su proceso evolutivo convergente hacia la madurez sexual⁴⁷.

Ya antes de la citada Ley Orgánica, la jurisprudencia había realizado consideraciones como las que, por ejemplo, contiene la **Sentencia de 8 de febrero de 1995 del Tribunal Supremo** (anterior incluso a la aprobación del CP 1995, por tanto), en la cual, el órgano judicial sostiene que “la libertad sexual exige voluntad consciente y responsable en el sujeto pasivo del agravio, y en los menores o los privados de razón o sentido tal condición es inexistente o deficiente; sin embargo, no puede negárseles el derecho a estar protegidos en su intangibilidad e indemnidad sexual y a exigir seguridad para su futura libertad sexual, derecho que reclama una exquisita salvaguarda porque estos sujetos están más expuestos a la captación y a la influencia por no ser capaces de generar inhibiciones para prevenir y defenderse frente a los ataques abiertos o insidiosos a su facultad de autodeterminación sexual”⁴⁸.

Como podemos contemplar, pues, las víctimas o sujetos pasivos de los delitos que estamos analizando en este trabajo serán, con carácter general, los **menores y las personas con discapacidad necesitada de especial protección**⁴⁹, puesto que las conductas relativas a la prostitución en relación con los mayores de edad son las que

⁴⁷ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “¿Protección penal de la dignidad?: a propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”. *Revista penal*, 2007, nº 19. P. 3-20. ISSN 1138-9168;p. 3 y ss.

⁴⁸ Sobre las consideraciones doctrinales respecto del tema, vid., por muchos, el resumen de CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. “El menor como víctima del delito tras la última reforma del Código Penal”, pp. 25-48; en: Teresa ARMENTA DEU [et al.]. “La víctima menor de edad: un estudio comparando Europa/América, 2010, ISBN 978-84-8342-271-7; p. 32.

⁴⁹ Artículo 25 CP: “A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.”

afectan a la libertad sexual, siendo así en aquellas situaciones en las que, de algún modo, se fuerce la voluntad de las personas adultas, determinándolas, empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a ejercer la prostitución o mantenerse en ella o bien se favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas con el propósito de su explotación sexual, empleando los indicados métodos⁵⁰.

En comparación a los adultos, con respecto a los menores se contemplará la protección haciendo alusiones a la indemnidad sexual que ya se ha analizado en el capítulo anterior, reflejándose esto de tal manera que no solo se castigarán las conductas en las que medie coacción, sino que también se penalizarán aquellas conductas en las que se ausente esta, ya que a edades tan tempranas el dinero es influyente sobre la voluntad del menor para realizar el acto de prostitución solicitado, estimulando y arraigando su dedicación a esa actividad⁵¹, encaminado a conseguir un adecuado proceso de formación y de socialización.

1.2 Incremento punitivo con respecto a los menores de 16 años (mayor protección de la infancia).

Anterior a la vigencia de la reforma de 2015, la tendencia a una adecuada educación en el ejercicio de la sexualidad era la justificación de que, en caso de que la prostitución fuese ejercida por un menor de trece años serían agravadas las penas previstas. El establecimiento de este límite de edad ocasionó diversas discusiones doctrinales⁵², puesto que un sector doctrinal, en el que incluimos autores como MUÑOZ SABATÉ, entendía que la fijación de este límite concreto provocaba una falta de adaptación a las posibles variaciones que puede experimentar el proceso de maduración sexual de las

⁵⁰CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. “Delitos de prostitución: especial referencia... Ob. Cit.; p. 294.

⁵¹ Vid. STS 7 de abril de 1999.

⁵²RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el anteproyecto de Código Penal”. *Política criminal: Revista electrónica Semestral de Políticas Públicas en materias penales*, 2006, n° 1. ISSN-e 0718-3399; p. 12.

personas, porque a pesar de que en la mayor parte de los individuos el mencionado proceso concluye alrededor de los trece años, debe considerarse que el período “normal” para que se produzca tal maduración oscila entre los ocho y quince años, pudiendo producirse en otras circunstancias entre los ocho y diez años⁵³; en contrapartida, el otro sector doctrinal⁵⁴ lo entenderá necesario para asegurar la protección de la infancia, así como de un correcto proceso de maduración sexual de las personas.

Nos decantaremos por la opinión doctrinal del segundo sector, entendiendo que es necesario establecer una limitación de edad en atención a la falta de capacidad de los menores para consentir actos de naturaleza sexual, proponiéndose que este se fijara en trece años, ya que se entiende que será el período de tiempo en el que generalmente se produce el proceso de maduración sexual⁵⁵.

Por otro lado, a través de la nueva reforma del Código Penal (L.O. 1/2015, de 30 de marzo) se ha optado por aumentar dicho límite, determinándolo en los dieciséis años, entendiendo que esa edad marca el fin, hablando en términos generales, del proceso necesario de maduración sexual que merece una mayor protección de la infancia. De este modo, además, según nuestro legislador se adaptará nuestro ordenamiento jurídico al marco punitivo establecido en la **Directiva 2011/93/UE**, que ya hemos mencionado con anterioridad⁵⁶.

Esto provocará de nuevo opiniones contradictorias y numerosas críticas, sobre todo por parte de aquellos autores que defendían una edad aún menor, puesto que fijar en dieciséis años el límite entre el subtipo agravado y el tipo básico puede llegar a ser una política criminalizadora demasiado endurecedora con varias pinceladas morales, ya que según estudios el proceso de maduración sexual de las personas oscila entre los ocho y

⁵³MUÑOZ SABATÉ, Lluís. “Sexualidad y Derecho. Elementos de sexología jurídica”. *Editorial Hispano-Europea*, 1976, Barcelona. P. 116-117. ISBN 84-255-0435-x.

⁵⁴RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Sobre la regulación de los delitos contra...” Ob. Cit.; p. 12.

⁵⁵RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Sobre la regulación de los delitos contra...” Ob. cit.; p. 13.

⁵⁶RODRÍGUEZ MESA, María José. “El código penal y la explotación sexual comercial infantil”. *Estudios penales y criminológicos*. Nº 32, 2012, PP 197-246; p.. 227.

quince años, como ya hemos mencionado; y si es así, la aplicación del subtipo agravado absorbería una franja de edad en la que supuestamente ha finalizado dicho proceso. Además, la Directiva Europea que según el legislativo es motivo de la modificación de la edad no expresa en su articulado la fijación de la edad en dieciséis años.

A todo ello, es necesario hacer una mención a los estudios psicológicos que se han realizado en relación con los efectos que producen conductas absorbidas en el ámbito sexual. A modo de ejemplo, entre otras manifestaciones, podemos encontrar a largo plazo: efectos emocionales (síntomas depresivos, sentimientos de inferioridad, baja autoestima, etc.), efectos conductuales -como puede ser abuso de sustancias-, efectos cognoscitivos -por ejemplo, negación de la experiencia, de su importancia o significado- o efectos sexuales (promiscuidad, problemas de orientación sexuales en la vida adulta, etc.)⁵⁷.

Todas estas cuestiones hacen que consideremos que las conductas relativas a la prostitución revisten una mayor gravedad cuando se trata de aquellos menores que, por razón de su edad, tienen un grado de desarrollo inferior al de aquellos que superan el rango de edad contemplado en los preceptos penales y, por ello, atentan de forma más grave contra el interés del menor, presumiéndose *iuris et de iure* la falta de libertad sexual en estos sujetos -recordando lo que se analizó con respecto al bien jurídico protegido, cuando se hacía alusión a que algunos sujetos menores de edad si tenían reconocido en algunos casos el bien jurídico protegido- y reiterando que la indemnidad sexual será el bien que el marco jurídico pretende preservar. Estando de acuerdo con la agravación en estos casos al tratarse de conductas que revisten mayor gravedad a causa de la corta edad del menor, he de manifestar mi punto de vista crítico con respecto a la edad en la que, desde el 1 de julio se produce (a los dieciséis años), puesto que considero que dicho límite debería encontrarse en una edad más baja.

⁵⁷MORALES GARCÍA, María Luisa [et al.]. “Abuso sexual infantil. Credibilidad del testimonio”. *Eúphoros*, 2002, nº 5; pp. 37-60. ISSN 1575-0205.

2. Sujeto activo.

Con carácter general, podrá ser sujeto activo cualquiera que no sea funcionario público⁵⁸ (dicha condición constituirá un subtipo agravado, recogido en el actual artículo 188.3c)⁵⁹; por ello, hablaremos de esta cuestión con mayor profundidad cuando analicemos los subtipos agravados-).

Por otro lado, en el caso de la conducta contemplada en el apartado 6º del artículo 189 (antes de la reforma constituía el apartado 5º del mismo precepto), no podrá ser sujeto activo cualquiera, sino que en este caso sujeto activo será únicamente el que tenga bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento al menor de edad o PDNEP⁶⁰ (profundizaremos en este delito de naturaleza omisiva en el capítulo siguiente).

Por otro lado, a lo largo de las diferentes épocas, dentro del ámbito legislativo en relación con los delitos que aquí nos interesan, se han manifestado diversas opiniones doctrinales con respecto al sujeto que paga por la actividad sexual; de este modo, no se considerará al cliente partícipe punible en los delitos de prostitución de menores, aunque este tuviere conocimiento de la condición de su servidor erótico⁶¹ hasta la modificación del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Analizaremos esta cuestión que reviste de gran relevancia en el apartado siguiente.

2.1 Responsabilidad de los clientes. Conflictos planteados con respecto de las distinciones.

El autor de los delitos relativos a la prostitución no se identifica necesariamente con quien mantiene la concreta relación sexual con la víctima. Con carácter general, el tipo

⁵⁸ QUERALT JIMÉNEZ, Joan. “Delitos contra la libertad (III): delitos...” Ob. Cit.; p. 137.

⁵⁹ Artículo 188.3c): “Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se impondrá, además, una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

⁶⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. “Delitos de exhibicionismo y provocación sexual...” Ob. Cit.;p. 240.

⁶¹QUERALT JIMÉNEZ, Joan. “Delitos contra la libertad (III): delitos...” Ob. Cit.; p. 137.

se extiende a las relaciones de tercería, excepto en los supuestos de prostitución de menores o incapaces puede ser autor el propio cliente⁶².

Como ya adelantamos en líneas precedentes, la conducta del cliente será punible a partir de la entrada en vigor de la **L.O. 5/2010, de 22 de junio**⁶³. Es necesario matizar que los clientes de personas mayores de edad y capaces que ejercen la prostitución libremente nunca encajan en un tipo penal; sin embargo, podemos encontrar casos en los que sí es posible encontrar supuestos de responsabilidad penal del cliente, cuando se producen las conductas recogidas en el anterior artículo 188⁶⁴ (actual artículo 187, tras la L.O. 1/2015). Sin embargo, la prostitución de personas adultas no es cuestión de interés en este trabajo, por lo que nos centraremos en la responsabilidad penal de los clientes en aquellos casos en los que el sujeto pasivo es menor de edad o PDNEP.

En el caso de la responsabilidad penal de los usuarios de la relación sexual realizada con personas prostituidas menores o incapaces se producirá en todo caso, puesto que se entiende que con la contratación de sus servicios contribuirían a la prostitución de este o, como mínimo, al mantenimiento en dicha situación⁶⁵; la razón se encuentra en que se entiende que el precio puede tener por sí mismo fuerza bastante para “motivar” al menor o PDNEP y, por lo tanto, “favorecer” su dedicación a la prostitución⁶⁶.

⁶²CUGAT MAURI, Miriam, “Prostitución y corrupción de menores...” Ob. Cit.; pp. 674 y 675.

⁶³ El preámbulo de la mencionada ley orgánica (L.O 5/2010, de 22 de junio) dice así: “En el ámbito de las figuras de prostitución y pornografía infantil, la traslación de la Decisión Marco a nuestro ordenamiento determina la necesidad de tipificar nuevas conductas. Es el caso de la captación de niños para que participen en espectáculos pornográficos, que queda incorporada a la regulación en el artículo 189.1. Lo mismo sucede con la conducta de quien se lucra con la participación de los niños en esta clase de espectáculos, cuya incorporación se realiza en el apartado 1. a) del artículo 189. En relación al delito de prostitución, se incorpora la conducta del cliente en aquellos casos en los que la relación sexual se realice con una persona menor de edad o incapaz”.

⁶⁴DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. “Prostitución: la eventual responsabilidad penal...” Ob. Cit.; pp. 808 y 809.

⁶⁵CUERDA ARNAU cita como ejemplo de la tendencia a responsabilizar criminalmente a los clientes en el ámbito de la prostitución y pornografía infantiles el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, Estocolmo 1996. CUERDA ARNAU, María Luisa. “Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, nº 7. P. 197-274.00 ISSN 1134-9670; p. 206.

⁶⁶CUGAT MAURI, Miriam. “Prostitución y corrupción de menores e incapaces...” Ob. Cit.; p. 680.

Ejemplo de la responsabilidad de los usuarios de la prostitución, cuando los sujetos prostituidos son menores, lo encontramos en el **caso “Arny”**; este, llamado así por el nombre uno de los pub donde se ejercía la prostitución, fue un asunto de gran relevancia que se produjo en Sevilla. El código penal que se encontraba vigente durante ese tiempo, no penalizaba de forma expresa la conducta de los clientes, puesto que los hechos se produjeron entre mediados y finales de los años noventa⁶⁷; sin embargo, en la **SAP de Sevilla 74/1998, de 19 de marzo** (relativa a este caso) en alusión a la **STS de 22 de enero de 1997**⁶⁸, se condenó a los clientes entendiendo que la remuneración de los actos de naturaleza sexual inclinaba a los menores al ejercicio de la prostitución a mantenerse en ella.

Entendiendo una cuestión a contemplar en relación con la responsabilidad penal de los clientes en los casos de prostitución de menores e incapaces, el hecho de que el sujeto ya esté prostituido o no, se adoptó en el **Pleno de la Sala 2ª TS un Acuerdo no jurisdiccional (el 12-2-1999)**, donde se pretendía diferenciar aquellos supuestos en los que el menor ya estaba prostituido, manifestando que habría que atender en cada caso concreto a la reiteración y circunstancias de los actos y a la edad del menor. De este modo, los supuestos de prostitución de menores serán, con carácter general de inducción o favorecimiento a la prostitución, sin importar que el menor ya este prostituido o no, puesto que, como ya hemos mencionado con anterioridad, a esa edad el dinero supone una gran influencia, estimulando y arraigando su dedicación a esa actividad⁶⁹ (en

⁶⁷El artículo 187 del código vigente entonces (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre) decía así:“1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Incurrirán en la pena de prisión- prevista en su mitad superior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen las conductas anteriores prevaleándose de su condición de autoridad pública, agente de esta o funcionario público.”

⁶⁸ En la STS 22 de enero de 1997 el Tribunal Supremo manifiesta lo siguiente: “Es asimismo doctrina de esta Sala, como es exponente la sentencia de 4 de junio de 1994, que la reiteración de acciones de carácter sexual a cambio de dinero, u otra recompensa o compensación, realizadas con un menor de edad constituye un supuesto en el que se favorece o estimula su prostitución. Y en contra de lo que se afirma por el recurrente, resulta irrelevante que el menor o menores cuya prostitución o corrupción se favorezca se encuentren ya prostituidos (cfr. sentencia de 17 de mayo de 1990) ya que siempre se espera o es posible una regeneración que indudablemente se dificulta con los nuevos actos de inducción a la prostitución, que le hundan más, si cabe, en la degradación de su normal desarrollo y libertad sexual.

⁶⁹DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. “Prostitución: la eventual responsabilidad penal de los clientes...” Ob. Cit.; pp. 818 y 819.

aplicación de esta doctrina podemos encontrar la STS del 7 de abril de 1999, o bien la **STS 9 de diciembre de 1999**⁷⁰-caso “Army”-).

Hasta la reforma de 2010, la jurisprudencia había admitido ya la posibilidad de que el cliente fuese responsable en concepto de autor; sin embargo, era condicionante para ello la prueba de que la conducta sexual fuese idónea para determinar que el menor se dedicara a la prostitución o sufriera un cambio cualitativo en su comportamiento sexual⁷¹; con respecto a esto es necesario recordar lo que hemos mencionado con anterioridad, en cuanto a que la doctrina afirma que la contratación de los servicios del menor o discapacitado contribuirían a la prostitución de este, puesto que el dinero a esa temprana edad resulta influyente sobre la voluntad del menor⁷². A partir de la reforma del Código Penal a través de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, el legislador ya manifiesta de forma expresa la existencia de responsabilidad penal que ostentan aquellos usuarios de la prostitución con menores o incapaces; no obstante, y a pesar de diferenciarlo en el propio precepto, castigó expresamente en ese momento con la misma pena a aquel que induce, promueve, favorece o facilita la prostitución a menor de edad o PDNEP y al que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o discapacitado.

Por lo tanto, considero que el legislador otorgó la misma relevancia a estas conductas que diferencia en un principio al no integrar las conductas del cliente en el ámbito de las otras conductas mencionadas en el precepto. Sin embargo, a diferencia de esto, a partir de la entrada en vigor de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, la pena es también factor

⁷⁰ En esta sentencia se entendió constatado que los menores procedían de una capa social pobre y marginada, siendo esto aprovechado por los que mantuvieron relaciones con ellos, aprovechándose de su incultura, extrema pobreza y su limitada capacidad de conocimiento y voluntad para resistirte al acto de prostitución que se les solicitaba, puesto que los menores se vieron influenciados por los ingresos económicos que se producirían así y que, para ellos, eran inalcanzables de otro modo. Por ello entienden que será de aplicación el artículo 187.1 CP del Código Penal vigente entonces, concurriendo conductas encaminadas a inducir, promover, favorecer o facilitar el inicio de los menores en la prostitución o el mantenimiento en su ejercicio.

⁷¹CUGAT MAURI, Miriam. “Prostitución y corrupción de menores e incapaces...” Ob. Cit.; p. 674 y 675.

⁷² Sobre las diferentes posiciones doctrinales antes de la reforma de 2010, vid., por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. “Prostitución: la eventual responsabilidad penal de los clientes...” Ob. Cit.; p. 813.

distintivo de estas conductas⁷³; así, la nueva literalidad del Código Penal establece una **pena de prisión en abstracto de uno a cuatro años** a aquel que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad que requiere especial protección, siendo ésta agravada (prisión de dos a seis años en caso de que el menor no hubiere cumplido los dieciséis años⁷⁴).

De este modo, contemplo que la conducta de mantener una relación sexual con un menor a cambio de dinero o recompensa no será ya equiparable a las conductas de inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de una persona menor de edad o discapacitado, puesto que el legislador tiene intención de distinguir entre aquellos sujetos que induzcan, promuevan, favorezcan o faciliten la prostitución, o bien de los que se lucren de ello o exploten al menor con tales fines, de aquellos usuarios de la prestación sexual⁷⁵.

2.2 Problemática del denominado turismo sexual y afectación a los menores.

El **turismo sexual** puede considerarse como un fenómeno a nivel mundial que constituye una violación de los derechos humanos. Su existencia viene condicionada

⁷³En el Preámbulo de la L.O. 1/2015 dice así: “Se modifica el artículo 187 con el objetivo de perseguir con mayor eficacia a quien se lucre de la explotación de la prostitución ajena. Con este fin, se sanciona separadamente el lucro de la prostitución cuando concurren determinadas conductas que evidencien una situación de explotación, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había exigido unos requisitos para la apreciación de la exigencia de esta situación similares a los que se aplican en el ámbito de actividades laborales reglamentadas, lo que imposibilitaba en la práctica su persecución penal.”

⁷⁴Es necesario recordar que el límite de edad se ve modificado en el nuevo Código Penal, sustituyéndose los 13 años establecidos en el anterior Código vigente, por los dieciséis años, tal y como se ha explicado con anterioridad.

⁷⁵ En atención al nuevo artículo 188 (L.O 1/2015, de 30 de marzo), aquel que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo al menor o a una persona con discapacidad para estos fines será castigado con una pena de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses, y si la víctima fuera menor de dieciséis años, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses (art. 188.1). Por otro lado, el que solicite, acepto u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años de prisión, y si el menor no hubiera cumplido los dieciséis años, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión (art. 188.4).

por una compleja interacción entre factores sociales, culturales y económicos⁷⁶. Atendiendo a dichos factores, no podemos olvidar hacer una pequeña alusión al fenómeno de los avances tecnológicos, pues a causa de los mismos cobra gran relevancia otra cuestión importante en materia de menores, que no es nada menos que la pornografía infantil, siendo considerada esta como un factor de favorecimiento en cuanto al incremento de la demanda del mercado del sexo hacia los menores.

En relación con el mencionado turismo sexual, aludimos a la denominada **ESCI**⁷⁷ (explotación sexual comercial infantil), que fue identificada a nivel internacional a principios de los años 90⁷⁸ como un verdadero problema con tendencia a agravarse⁷⁹. En años posteriores se amplió su ámbito de actuación convirtiéndose en una campaña de índole internacional.

Concretamente, y siendo necesario para el esclarecimiento de posibles dudas, es necesario aludir al **Primer Congreso Mundial Contra la Explotación Sexual Comercial Infantil** celebrado en Estocolmo en 1996, donde se define por primera vez y de forma concreta la **ESCI**, entendiéndose esta como una forma de coerción y de violencia, siendo el menor tratado como un objeto comercial y sexual⁸⁰, así como una violación fundamental de los derechos de la niñez, comprendiendo el abuso sexual por parte de adultos y la remuneración en metálico o en especie al niño o niña y a una tercera personas o varias⁸¹. Es decir, se alude en esta conceptualización a dos aspectos:

⁷⁶AGUILAR GONZÁLEZ, Laura A. “La explotación Sexual Comercial Infantil (ESCI) en el turismo: Análisis del turismo sexual internacional que afecta a la niñez”. *Pasos: Revista de turismo y patrimonio cultural*. 2005. Vol. 3, Nº 1. pp. 207 – 210. ISSN-e 1695 – 7121; p. 7.

⁷⁷Tal y como explica **FERREIRA MARINHO**, el turismo sexual y la explotación sexual están considerados como fenómenos dispares aunque, si bien es cierto, existe entre ambos términos una estrecha relación. FERREIRA MARINHO, Marcela; CAPELLANO DOS SANTOS, Marcia María. “Representaciones sociales del fenómeno turismo sexual: análisis de notas periodísticas”. *Estudios y perspectivas en turismo*. 2011. Vol. 20, Nº 5. pp. 1175 – 1195. ISSN-e 1851 – 1732; p. 1851.

⁷⁸Identificada por Organizaciones No gubernamentales en Tailandia, que organizaron una campaña contra la prostitución infantil, conocida como ECPAT (EndChildProstitution in AsianTourism).

⁷⁹AGUILAR GONZÁLEZ, Laura A. “La explotación Sexual Comercial Infantil (ESCI)...” Ob. Cit. p. 8.

⁸⁰RODRÍGUEZ MESA, María José. “El Código Penal y la explotación sexual comercial infantil”. *Estudios Penales y criminológicos*. 2012. Nº 32. PP 197 – 246. ISSN 1137 – 7550; p. 198.

⁸¹RODRÍGUEZ MESA, María José. “El Código Penal y la explotación sexual...” Ob. Cit.; p. 201.

la vulneración de los derechos de la infancia y su reafirmación como víctimas y, por otro lado, se alude también al carácter mercantil, consumista y abusivo del mismo.

Digna de mención será, además, la concurrencia necesaria de que haya una implicación económica, es decir, que se produzca una **transacción** (aunque su naturaleza sea en especie). Cuando esta transacción no tiene carácter económico y resultan los pagos realizados por la actividad sexual de naturaleza no dineraria, puede plantear problemas a la hora de calificar los hechos como un abuso sexual o bien como una verdadera explotación, por ejemplo, en aquellos casos en los que aquellos que abusan de los niños en un contexto que podría considerarse “no comercial”, en ocasiones intentando obtener el consentimiento, o bien, el silencio del niño a través de obsequios, protección, difuminándose de esta manera la frontera entre la explotación sexual y comercial de la explotación sexual⁸².

En 2002, a través de la aprobación del **Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía**, se pretende fortalecer la lucha contra el incremento del turismo sexual, la prostitución de menores y su utilización en pornografía⁸³. Dicho protocolo no solo obligará a los Estados parte a castigar como delito las actividades de trata, prostitución y utilización en pornografía de menores, sino que además, contiene una serie de disposiciones en materia de prevención, persecución y represión de las mencionadas conductas⁸⁴; además, la OMT exige a los Estados a adoptar medidas para combatir el turismo sexual organizado a través del establecimiento y aplicación de medidas jurídicas y administrativas para prevenir y erradicar el turismo sexual que afecte a la infancia, en particular mediante acuerdos bilaterales para facilitar la persecución de los turistas implicados en toda actividad

⁸²RODRÍGUEZ MESA, María José. “El Código Penal y la explotación sexual...” Ob. Cit.; p. 205.

⁸³El artículo 34 CDN recoge lo siguiente: “Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal.
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales.
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.

⁸⁴RODRÍGUEZ MESA, María José. “El Código Penal y la explotación sexual...” Ob. Cit.; p. 210.

sexual ilícita que involucre a niños y jóvenes⁸⁵. Entrará en juego aquí el **principio de justicia universal**, a través del cual, y atendiendo a los artículos 23.2 y 23.4 LOPJ, las conductas recogidas por el precepto penal de la prostitución de menores o de sujetos con discapacidad que requieran una especial protección (actual artículo 188 CP, anteriormente artículos 187 y 188, apartados segundo y tercero) serán perseguidas de manera extraterritorial; es decir, que los tribunales españoles podrán tener competencia para enjuiciar aquellos casos en los que los hechos se hayan producido tanto dentro como fuera de territorio español⁸⁶. Esto, seguramente tenga su razón de ser en que varios Estados, así como ONG⁸⁷, se han involucrado (y siguen así) en la lucha por la erradicación de la prostitución de menores e incapaces. Sin embargo, la implicación de los Estados, en especial atención de aquellos casos en que las leyes de los mismos son endurecidas para llevar a cabo el objetivo al que se comprometen cumplir, no logran realmente la disminución de la prostitución de los menores de edad sino que provoca el efecto contrario, produciéndose un crecimiento del problema haciendo que se desplace el fenómeno a otros países⁸⁸ focalizándose la cuestión en estos⁸⁹.

Por otro lado, siendo el turismo sexual un problema de índole internacional y de gran relevancia, no hemos de olvidar la legislación europea, destacando así la **Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía**, en la cual, a pesar de la

⁸⁵RODRÍGUEZ MESA, María José. “El Código Penal y la explotación sexual...” Ob. Cit.; p. 213.

⁸⁶A partir de la entrada en vigor el 15 de marzo de 2014 de la L.O. 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la L.O. 1/2014, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, será competente la jurisdicción española siempre y cuando el procedimiento se dirija contra un español, contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o, el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España. (art. 23.4.k).

⁸⁷Entre las ONG colaboradoras en este movimiento contra la explotación comercial infantil resaltamos la líder por excelencia en este proyecto, que es la ONG ECPAT, no pudiendo olvidar tampoco algunas organizaciones internacionales implicadas, como ONU, UNICEF, OIT, OMT.

⁸⁸Una Estos países están regidos por unas leyes que, por un lado, en algunos casos son inaplicables para el castigo de los hechos relativos al turismo sexual, o bien no existen unos mecanismos efectivos en relación con los recursos en materia de investigación judicial y policial.

⁸⁹CAPELLÀ I ROIG, Margalida. “Turismo sexual infantil y jurisdicción extraterritorial”. En: Ana Isabel PEREZ CEPEDA. *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*. Tirant Lo Blanch, 2012, monografías 813. pp. 391 – 461. ISBN 978-84-9004-781-1. p. 398.

gran necesidad de combatir el problema de la explotación sexual de los menores, únicamente es mencionada, sin profundizar en la cuestión, siendo únicamente el objetivo en esta decisión la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en el ámbito de la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil⁹⁰. Con el fin de realizar una mayor profundización y combatir con mayor rigor contra la explotación sexual comercial infantil, la Comisión Europea ha propuesto un proyecto de directiva⁹¹ que complete los mecanismos de aplicación de las normas establecidas en la decisión Marco 2004/68/JAI.

En relación con todo lo manifestado con anterioridad, no puede dejar de matizarse que el turismo sexual como tal no es delito, puesto que aquel que haga turismo para tener sexo podrá parecer mejor o peor moralmente, pero en sí mismo no afecta a ningún bien jurídico. Ahora bien, tampoco es delito en sí mismo y como tal cuando el turismo sexual implica relaciones con menores, con personas forzadas, etc.; si bien es cierto, los actos pueden ser constitutivos de delito en el país en que se producen, en el de origen del turista y en otros.

Ya finalizando la breve síntesis del problema del turismo sexual, que a nuestro parecer resulta interesante mencionar en este trabajo por su gran relación con el análisis que se está realizando de los preceptos penales relativos a la prostitución (en especial de menores y discapacitados que requieren una mayor protección), tema principal de nuestro estudio, resulta conveniente destacar, aunque sea mínimamente, la afectación que la normativa europea ha provocado en el ordenamiento jurídico español. Una novedad relevante que se produce como consecuencia de la decisión europea, será la inclusión del cliente sexual como autor en el ámbito de los delitos de prostitución de menores e incapaces en la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 1/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Esto, indirectamente, hace que se castigue además la conducta del turista sexual, ya que, tal y como hemos explicado anteriormente, la Ley Penal española es aplicable a determinados delitos cometidos en el extranjero por españoles y extranjeros en las condiciones establecidas en los apartados segundo y cuarto del artículo 23 LOPJ. En atención a los mencionados

⁹⁰ Volvemos a recordar la falta de eficacia directa de las Decisiones marco que ya explicamos con anterioridad.

⁹¹ CAPELLÀ I ROIG, Margalida. “Turismo sexual infantil...” Ob. Cit.; p. 420.

preceptos y volviendo al principio de justicia universal, será necesario que concurra alguno de los siguientes requisitos para que los órganos jurisdiccionales españoles puedan enjuiciar aquellos casos en que los hechos se han realizado en otro país:

- En primer lugar, que el procedimiento se dirija contra un español;
- En segundo lugar, que el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;
- Que el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,
- Por último, que el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España.”

No podemos olvidar el requisito de la **doble incriminación**, que exige que un país solo pueda extraditar o enjuiciar a una persona por un delito cometido en otro país si la conducta es constitutiva de delitos en ambos países⁹². Si el país de destino del turista sexual mantiene una edad de protección inferior a la de su país de origen y si la conducta está penalizada de manera diferente, el requisito de la doble incriminación conduciría a un tipo penal basado en el aprovechamiento de la menor protección de las víctimas menores de edad (además de la vulnerabilidad de estas). Sin embargo, el principio de doble incriminación fue eliminado por el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.

En el caso de que los turistas sexuales tengan la nacionalidad española deberá atenderse al primer caso de turista sexual enjuiciado por su conducta en el extranjero. En este caso un ciudadano español fue detenido en España en virtud de una demanda de extradición cursada por Camboya, lugar en el que, en 2009, contrató los servicios de un estudiante en un monasterio budista; en principio la actividad laboral del susodicho sería la de cocinar, sin embargo, el ciudadano español le obligaba a mantener relaciones sexuales a cambio de pequeñas cantidades de dinero que el joven tenía que aceptar para ayudar a su familia. El presunto autor, ha sido condenado a 10 años en rebeldía de prisión por las autoridades camboyanas, a causa de “comprar servicios sexuales a un menor en dicho país”. En octubre de 2010 se le imputó un delito de abuso sexual oír el artículo 187.1 CP y alternativamente un delito de prostitución infantil por el artículo

⁹²CAPELLÀ I ROIG, Margalida. “Turismo sexual infantil...” Ob. Cit.; p. 438 y 439.

187.1 CP⁹³; sin embargo, el Juzgado de Instrucción nº 6 archivó provisionalmente el expediente de extradición porque las autoridades de Camboya no les habían transmitido la documentación extradicional requerida.

Es necesario, pues, esperar a que se resuelva este caso, dificultándose esto puesto que el presunto autor⁹⁴ se encuentra entre los delincuentes españoles más buscados por la interpol⁹⁵, paralizándose así el proceso penal.

En conclusión, el turismo es un factor que puede reportar ganancias económicas, incluso para el desarrollo económico de los estados, por esa razón es necesario que se realice cierto control del mismo por los poderes del Estado, puesto que puede acarrear consecuencias como el impulso de la explotación sexual de niños y niñas, como sucede en algunos países latinoamericanos como Colombia⁹⁶, ya que el ámbito sexual supone una esfera que involucra muchas relaciones humanas, y estas forman parte, de forma clara e ineludible uno de los elementos clave del turismo⁹⁷.

Será precisamente esta la razón por la que el sector turístico deberá ser colaborador con la causa y evitar contribuir al fenómeno de la explotación sexual, ya que, los niños son el futuro, y anecdóticamente, finalizaremos el análisis de la cuestión del turismo sexual infantil citando de forma literal una frase pronunciada por una niña durante la reunión internacional sobre los Derechos del Niño a cargo de los mandatarios de todos los países del mundo, que manifestó lo siguiente: “ustedes dicen que nosotros somos el futuro, por favor, ocúpense de nuestro presente, que nosotros nos ocuparemos de su futuro”(mayo, 2002, UNICEF⁹⁸).

⁹³ CAPELLÀ I ROIG, Margalida. “Turismo sexual infantil...” Ob. Cit.; p. 457.

⁹⁴ Manuel Marlasca. *Condenado en Camboya el pederasta Francisco Pellicer*. [Fecha de consulta: 30 de julio de 2015]. <https://manuelmarlasca.wordpress.com/tag/francisco-pellicer/>

⁹⁵ Carlos Hidalgo. *Los cinco madrileños que busca Interpol*. [Fecha de consulta: 30 de julio de 2015]. <http://www.abc.es/20120418/local-madrid/abci-cuatro-madrilenos-busca-interpol-201204171836.html>; LA GACETA. *Los madrileños buscados por la Interpol*. [Fecha de consulta: 30 de julio de 2015]. <http://www.gaceta.es/noticias/los-madrilenos-buscados-interpol>.

⁹⁶ JOUEN, Frederic/ZIELINSKI Seweryn. “La explotación sexual comercial de menores en los destinos turísticos. Conocimientos, actitudes y prevención de los prestadores de servicios turísticos en Taganga, Colombia. *Pasos: Revista de turismo y patrimonio cultural*. 2013. Vol. 11, nº 1. pp. 121 – 134. ISSN-e 1695 – 7121; p. 132.

⁹⁷ FORERO MEDINA, Nelson Camilo. “Turismo sexual: síntoma de la mercantilización de la vida humana”. *Cuadernos de Intercambio sobre Centroamérica y el Caribe*. 2015. Vol. 12, Nº 1 (ejemplar dedicado a: Nuevos retos y nuevas rutas en Centroamérica y el Caribe). pp. 73 – 95. ISSN 1659 – 0139. p. 90.

⁹⁸ *La explotación sexual comercial infantil*. [Fecha de consulta: 2 de agosto de 2015]. <http://tiposdeprostitucioninfantil.blogspot.com/es/2012/01/referido-en-el-informe-global-de.htm?m=1>

CAPÍTULO V. CONDUCTA O ACCIÓN TÍPICA.

1. Artículo 188.1: Inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución.

Como ya sabemos, la conducta típica radica en **inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de menores e incapaces**. En el DRAE podemos contemplar las siguientes definiciones:

- En relación con la inducción, **inducir** significa “instigar”, “persuadir”.
- **Promover** se corresponde con “iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro”.⁹⁹
- **Favorecer** es “ayudar”, “amparar”, “socorrer”.
- **Facilitar**, será “hacer fácil o posible la ejecución de alguna cosa o la consecución de un fin, proporcionar o entregar”.

Los verbos utilizados se aproximan a la idea de una actividad que consiste en “hacer que alguien se dedique a mantener relaciones sexuales con otra persona, a cambio de dinero¹⁰⁰”, es decir, la conducta típica puede reducirse al **favorecimiento** por cualquier medio de la prostitución; es decir, que haga surgir o desarrollar la prostitución¹⁰¹. Por otro lado, también castiga cualquier relación sexual mediante precio con una persona menor de edad, cuando los hechos sean solicitar, aceptar u obtener mediante precio o recompensa una relación sexual con un menor o PDNEP¹⁰².

⁹⁹ALONSO PEREZ manifiesta que “para PUIG PEÑA «promover» es impulsar a una persona para que se prostituya, «favorecer» es ayudar o auxiliar a tal objeto y «facilitar» consiste en allanar obstáculos, proporcionar medios y formas (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995).” ALONSO PÉREZ, Francisco. “Los nuevos delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2000, nº 8.pp. 1561-1568. ISSN 0211-2744;p. 1561-1568.

¹⁰⁰En ALONSO PEREZ, Francisco. “Los nuevos delitos relativos a la prostitución...” Ob. Cit.; pp. 1561-1568.

¹⁰¹QUERALT JIMÉNEZ, Joan. “Delitos contra la libertad (III): delitos contra...” Ob cit.; p. 137.

¹⁰²GÓMEZ RIVERO, María del Carmen [coord.]. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (II). *Nociones fundamentales de derecho penal: parte especial (adaptado al EEES)*, Tecnos, Madrid, 2010. pp.207-214. ISBN 978-84-309-5186-4; p. 208.

Entenderemos que las actividades citadas en el articulado posibilitan dicha práctica, de una acción de apoyo directo y relevante del culpable, para la prostitución de persona o personas concretas. No tendrán cabida las conductas de colaboración indirecta, propias de quienes realizan tareas secundarias relacionadas, porque la persona que realiza tales tareas no induce, ni promueve, ni facilita la prostitución¹⁰³.

Si bien sin contraprestación económica evaluable y una persona que la perciba y en base a ello realice un acto sexual no hay prostitución, no es necesario que el sujeto activo obtenga un beneficio económico y actúe movido por este, aunque esto será lo más frecuente¹⁰⁴.

Es posible que se considere realizado el delito a pesar de que no se haya llegado a prestar un solo servicio sexual, lo que se ha visto reforzado a partir de la L.O. 5/2010, de la mera solicitud o aceptación de relación sexual a cambio de precio¹⁰⁵.

Como ya hemos mencionado con anterioridad en atención a los clientes de la prostitución de menores e incapaces, antes de la reforma realizada en 2010 el precepto no extendía la conducta a cualquier relación sexual con un menor mediante precio, sino únicamente se limitaba a penalizar aquellos actos que inducían al menor a ejercer la prostitución o bien a mantenerse en la misma. Sobre esta línea se pronunció el Tribunal Supremo en el **Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda, de 12 de febrero de 1999**, donde se estimó la consideración de que la prostitución exigía habitualidad, por lo que sólo se permitía la punición de la conducta del cliente en determinadas ocasiones, atendiendo a la reiteración de los actos y a la edad más o menos temprana. Por otro lado, tras la reforma operada por la L.O. 5/2010, que castiga al cliente, se sanciona cualquier relación sexual con un menor mediante precio.

¹⁰³ ORTS BERENGUER, Enrique. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. pp. 243-289. En: *Derecho Penal, Parte especial*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008. ISBN 978-84-9786-323-2; p. 271.

¹⁰⁴ ORTS BERENGUER, Enrique. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. pp. 243-289. En: *Derecho Penal, Parte especial*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008. ISBN 978-84-9786-323-2; p. 271.

¹⁰⁵ CUGAT MAURI, Miriam. “Prostitución y corrupción de menores e incapaces”. Ob. Cit.; p. 681.

Este precepto incrimina aquellos comportamientos relativos a la prostitución de menores, sin distinciones entre la mayor o menor intensidad de las conductas en la conformación de un mercado de prostitución de menores. Por ello, asimila a la condición de autor conductas que en sentido estricto pudieran serlo meramente de complicidad simple e incluso de encubrimiento, al equiparar el mero facilitar al propio inducir y castigar la conducta del cliente¹⁰⁶.

Hemos de recalcar que serán punibles todas las conductas a las que aquí nos hemos referido, ya sean para el ejercicio de la prostitución de los menores e incapaces o bien para el mantenimiento de este en la misma, aunque el párrafo primero omita la referencia al mantenimiento de la prostitución¹⁰⁷.

Para terminar, mencionaremos las penas incluidas en la modificación legislativa ya en vigor desde el 1 de julio de 2015. Las penas contempladas en el artículo 187.1 CP (anterior a la reforma) eran: **pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses**; dicha pena sería la misma para aquel que induce, promueve, favorece o facilita la prostitución de un persona menor de edad o PDNEP, así como para el que solicite, acepte, obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o PDNEP. Por otro lado, veremos con la nueva reforma, y como ya hemos dicho con anterioridad, que en la nueva redacción del artículo las penas contempladas se ven modificadas¹⁰⁸:

- Como generalidad, mencionamos que la punición de las conductas de aquel que induce, promueve, favorece o facilita la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello se verá contemplada en el primer apartado del nuevo artículo 188 CP; por otro lado, las conductas del cliente serán castigadas en aplicación del apartado 4^a del mismo artículo.

¹⁰⁶GÓMEZ RIVERO, María del Carmen [coord.]. “Delitos contra la libertad...” Ob. Cit.; p. 209.

¹⁰⁷ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *La reforma del Código Penal de 2015 (conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo)*. La Ley, 2015. ISBN 978-84-9020-420-7; p. 190 y s.

¹⁰⁸ Además recordamos que al modificarse el Código Penal, aquellas conductas relativas a la prostitución se han recogido en un mismo precepto, quedando estas contempladas en el nuevo artículo 188.

- Por otro lado, y en atención a las penas previstas en el articulado, las conductas recogidas en el artículo 188.1 CP serán castigadas con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. Por el contrario, las conductas del usuario de la prostitución serán castigadas con una pena de uno a cuatro años de prisión.

Es importante destacar que la persona que propicia la prostitución de un menor o de un PDNEP no incurre en tantos delitos como encuentros retribuidos tengan ese menor o ese PDNEP (apreciando las reglas especiales de concurso real) ni un delito continuado, sino que los diferentes actos integran una conducta favorecedora en su fundamento¹⁰⁹.

Así, la **STS 724/2000, de 17 de abril** en su fundamento jurídico tercero determina que la tesis de que un hecho aislado no puede considerarse penalmente típico no puede ser aceptada por el Tribunal, de hecho, encontramos en la mencionada sentencia lo siguiente: “ En relación con esta materia, hemos declarado que "prostitución" puede abarcar cualquier depravación en el comercio carnal de cierta importancia, medida ésta por la repulsa social que provoca (vid. sentencia de 21 de julio de 1990), que, en los delitos relativos a la prostitución, la libertad sexual -bien jurídico protegido por estos delitos- se tutela no sólo en sí misma contra coacciones violentas o intimidatorias, sino también en la libre formación de la voluntad, así como en las zonas periféricas de esa voluntad (vid. Sentencia de 14 de octubre de 1994), que inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución son formas diversas de prostituir, que –desde el punto de vista etimológico- significan "hacer que alguien se dedique a mantener relaciones sexuales con otra persona, a cambio de dinero" (vid. Sentencia de 7 de mayo de 1998), que el delito tipificado en el actual artículo 187.1º del Código Penal -como tampoco su precedente, el art. 452 bis b) 1º del C. Penal de 1973- no incluyen entre las exigencias para la existencia del delito el que la conducta inductora, favorecedora o facilitadora de la prostitución se realice habitualmente (vid. sentencia de 16 de febrero de 1998); y que tampoco es preciso para la comisión de estos delitos la producción de los nefastos efectos que los mismos pretenden evitar (v. sª de 26 de marzo de 1997).”

¹⁰⁹ ORTS BERENGUER, Enrique. “Delitos contra la libertad...” Ob. Cit.; p. 272.

2. Artículo 188.2: inducción, promoción, favorecimiento o facilitación a la prostitución de menores y discapacitados mediante violencia o intimidación.

Siendo aprovechable para el actual tipo penal, observamos que el artículo 188 anterior a la nueva reforma (llevada a cabo por la L.O. 1/2015) penalizaba aquellas conductas coactivas, en las que concurre violencia, intimidación, engaño o abuso de situación necesidad, superioridad o vulnerabilidad que determinan a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella. El tipo básico estaba destinado a proteger a los individuos mayores de edad. Como ya sabemos, en los delitos relativos a la prostitución de mayores de edad se exige la concurrencia de las conductas que acabamos de mencionar, puesto que en caso de que el sujeto consiente y no concurren las circunstancias requeridas, las conductas relacionadas con la prostitución de adultos serán impunes¹¹⁰.

Por ello, en este delito relativo a la prostitución debía concurrir alguna de las siguientes conductas:

- **Coacción**, es decir compulsión física o psíquica, o ambas.
- **Engaño**, o dicho de otro modo, maquinación que determina una decisión sustancialmente viciada.
- **Abuso de superioridad**, es decir, por prevalimiento del sujeto activo, de su *status* económico, social, la experiencia de la vida o conocimientos o capacidad de convencer, de influencia, entre otras circunstancias.
- **Abuso de situación de necesidad**; generalmente por razones económicas, aunque puede producirse a causa de otros motivos, por ejemplo por motivos sociales.

Dichas conductas determinarían a la persona que las sufre a prostituirse o mantenerse en la prostitución. Por otro lado, también, en el mismo precepto, se castigaba a aquellos que se lucraban explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.

¹¹⁰ ALONSO PÉREZ, Francisco. “Los nuevos delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2000, nº 8. P. 1561-1568. ISSN 0211-2744.

Como podemos contemplar, el artículo castigaba con la misma pena tanto a la determinación de la prostitución a través de las conductas a las que nos hemos referido con anterioridad, así como al lucro producido por la explotación de la prostitución de una persona, siendo esto criticado¹¹¹, puesto que se entendía que la fijación de la pena era inapropiada al considerar con la misma carga lesiva el empleo de engaño, por ejemplo, o lucrarse explotando la prostitución al estar legalmente equiparados a efectos punitivos ya que, a pesar de que los medios comisivos sean de diversa índole son constitutivos de un delito contra la libertad¹¹².

Cuando hablamos de que será castigado aquel que se lucra explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma, estamos hablando de que será un hecho constitutivo de delito el proxenetismo. Sin embargo, no toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito castigado con penas de dos a cuatro años de prisión¹¹³; para la punibilidad de dicha conducta se exigen tres notas¹¹⁴:

- En primer lugar, se ha de tratar de un **lucro directo y significativo**, puesto que únicamente la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo¹¹⁵.

- En segundo lugar, **el lucro ha de obtenerse explotando la prostitución ajena, concurriendo las circunstancias contempladas en el antiguo artículo 188.1 CP** (violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad o de situación de necesidad o vulnerabilidad).

- Por último, el lucro deberá ser **habitual o reiterado**, es decir, la ganancia deberá producirse en más de una ocasión, no en un único acto aislado o episódico.

¹¹¹ ORTS BERENGUER, Enrique. “Delitos contra la libertad e indemnidad...” Ob. Cit.; p. 274-275.

¹¹²GÓMEZ RIVERO, María del Carmen [coord.]. “Delitos contra la libertad...” Ob. Cit.

¹¹³Vid. STS 445/2008, de 3 de julio de 2008.

¹¹⁴GÓMEZ RIVERO, María del Carmen [coord.]. “Delitos contra la libertad...” Ob. Cit.

¹¹⁵Vid. STS 445/2008, de 3 de julio de 2008.

Se excluirán del ámbito típico las conductas en las que el lucro no derive de la sumisión a una situación de explotación, por ejemplo la recepción de regalos puntuales por parte de quien se prostituye¹¹⁶, la mera facilitación del lugar o servicios necesarios para el ejercicio de la prostitución o la obtención de un beneficio económico mediante la publicación de anuncios de servicios sexuales¹¹⁷, o la obtención de un beneficio económico mediante la publicación de anuncios de servicios sexuales¹¹⁸.

Todo lo anterior está referido a víctimas mayores de edad; en caso de que el sujeto pasivo sea un menor de edad, eran de aplicación los apartados 2º y 3º del entonces artículo 188 CP. En la redacción actual del Código Penal tras la reforma, el artículo 188.2 recoge las conductas de violencia e intimidación, prescindiendo del engaño y de los abusos ocasionales¹¹⁹.

Con respecto de la discapacidad no se menciona en el apartado; sin embargo, si la referencia a los hechos descritos en el apartado 1º del artículo acoge como sujetos pasivos a los menores de dieciséis años, no sería lógico excluir a los discapacitados, que se encuentran en la misma situación y mismo amparo legal en dicho apartado (art. 188.1 CP)¹²⁰.

¹¹⁶CUGAT MAURI, Miriam, “Prostitución y corrupción de menores...” Ob. Cit.

¹¹⁷ La STS 2891/2009, de 14 de abril, en su motivo segundo manifiesta que “ La cuestión de la prostitución voluntaria en condiciones que no supongan coacción, engaño, violencia o sometimiento, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas, ya que afectan a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho sin mayores matizaciones” y, además: “Por ello, la Sala, manteniendo un exquisito equilibrio, declara que, mientras se trate de prostitución por cuenta propia no hay inconveniente para que se inscriba la asociación y no puede presumirse que la finalidad sea la explotación de la prostitución sino de la hostelería, sin perjuicio que, si en el curso de su actividad futura se detectara la explotación de la prostitución ajena, se puedan adoptar las medidas que legalmente correspondan”.

¹¹⁸ En la STS 1971/2010, de 13 de abril, concretamente en su motivo decimotercero el Tribunal manifiesta que “La jurisprudencia de esta Sala, ha evitado una amplitud exagerada del precepto, de manera que pudiera considerarse que incluye cualquier beneficio económico relacionado de alguna forma con la prostitución, por ejemplo el derivado de la publicación de anuncios de esta clase de servicios [...]”.

¹¹⁹ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “La reforma del Código Penal...”. Ob. Cit.; p. 191.

¹²⁰ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Código Penal comentado (actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*. Atelier, 2015. ISBN 978-84-45690-78-8; p. 353.

Por tanto, siendo estos sujetos los que nos interesan en este trabajo, hacemos referencia a las penas recogidas en el apartado mencionado, siendo la pena de prisión de cinco a diez años cuando la víctima es menor de dieciséis años (e incluiríamos en este caso a PDNEP) y prisión de cuatro a seis años en los demás casos.

3. Artículo 189.6: Omisión de deber de hacer lo posible para la cesación de la situación de prostitución en la que se encuentra el menor.

Antes de adentrarnos en el análisis de dicha cuestión, es necesario hacer alusión a la nueva reforma del Código Penal que ya en vigor (L.O. 1/2015, de 30 de marzo), atendiendo al anterior artículo 189.5 y con respecto a la conducta de aquellos que ostentan la patria potestad, guarda, tutela o acogimiento que tengan conocimiento de que el menor o PDNEP se encuentre en situación de prostitución y no realicen las actuaciones pertinentes para cesar tal estado; únicamente mencionamos que en la nueva regulación del Código Penal no será modificado sustancialmente el precepto, si no que dará lugar a una nueva numeración, que corresponderá con el apartado 6º del artículo 189¹²¹.

En atención a este precepto, cuyo hecho punible es la omisión de aquel que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o PDNEP y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o PDNEP¹²², será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses. Se prevé, entonces, una pena

¹²¹Como ya hemos explicado con anterioridad, el nuevo artículo 189 recoge todas las conductas relativas a la prostitución de menores y de discapacitados que requieren una especial protección, y que antes se encontraban desglosadas en diferentes apartados de varios artículos.

¹²²A partir de la entrada en vigor del nuevo Código Penal el 1 de julio de 2015, el término “incapaz” será sustituido por “persona con discapacidad necesitada de especial protección”, en virtud de la aprobación de la **Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.**

inferior que a la que resultaría de aplicación del actual artículo 188 CP en comisión por omisión, lo que ha suscitado la crítica de parte de la doctrina¹²³.

Es necesario, pues, hablar de los delitos de comisión por omisión, entendiéndose que el partícipe se manifiesta como una contribución al hecho al favorecer la comisión de un hecho delictivo doloso realizado por un tercero, pudiendo considerarse autores en virtud del segundo párrafo del artículo 28, donde se establece que serán considerados autores de los que cooperan a la ejecución de un hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado; por otro lado podrían considerarse cómplices los que cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

Se entiende pues, que en un sentido estrictamente causal aquellos que no hacen una aportación causal al hecho no podrían ser considerados cooperadores, es decir, no cabría la cooperación por omisión. Sin embargo, la jurisprudencia admite la participación omisiva en los hechos punibles activamente cometidos cuando el omitente ha omitido impedir la comisión del hecho del autor principal, dicho en otras palabras, que era garante de la no comisión del delito¹²⁴.

Si bien es cierto, en caso de que dicha omisión no llegue a formar parte del hecho delictivo su valoración quedará recogida como delito de omisión pura del artículo 195 o, para este caso concreto en relación con los delitos sexuales, del artículo 450¹²⁵, o bien el artículo 189.5 en relación con los delitos de prostitución y corrupción de menores.

¹²³CUGAT MAURI, Miriam, “Prostitución y corrupción de...” Ob. Cit.; p. 681.

¹²⁴ Vid. STS 1029/1996, de 18 de diciembre.

¹²⁵**Artículo 450.**

1. “El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.
2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.”

Con carácter general, la **omisión** es la no realización de una acción que el sujeto podía realizar en la situación concreta en que se hallaba, y en consecuencia el desvalor de la omisión radica en la no realización de la acción que el sujeto podía y debía realizar¹²⁶.

Es necesario determinar la identidad del contenido del injusto específico, pudiendo imputarse una responsabilidad penal en un delito de resultado en comisión por omisión; para afirmar tal identidad entre una omisión y la correspondiente acción desde el punto de vista de un tipo delictivo no es adecuado partir de la posición de garante definida según determinadas fuentes formales, como la ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia), o según una relación material permanente de un sujeto con un bien jurídico o con campos de peligro en virtud de las funciones que aquel desempeña.¹²⁷

LUZÓN PEÑA entiende que cuando la conducta consiste en **no intervenir, no actuar frente a un peligro ya existente** de origen diverso a la propia omisión y cronológicamente anterior a la misa, no equivaldrá tal omisión a producir la lesión, por el simple hecho de la existencia del deber de garantía (evitación del resultado) que tiene el sujeto respecto del bien jurídico. La razón se encuentra en que la lesión tiene otro origen, por lo que la conducta no es directamente subsumible en el tipo y por ello no es comisión por omisión del delito correspondiente¹²⁸.

Es necesario recalcar que el sujeto deberá realizar tal omisión de manera **voluntaria** y **libre**; además, es necesaria la concurrencia de un elemento para enjuiciar la utilidad

¹²⁶ “El valor de la acción omisiva debe sustraerse de realizar determinadas acciones dirigidas a conseguir un fin socialmente valioso o a evitar la producción de resultados socialmente no deseados, implícitos en los tipos de los delitos de omisión”. RUEDA MARTIN, M. A. “¿Comisión por omisión? Estudio sobre la cooperación por omisión de un delito de acción doloso cometido por un autor principal, p. 54.

¹²⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. “Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión: ¿un caso de dolo alternativo?”. *Poder Judicial*, 1991, nº 24. P. 203-220. ISSN 021-8815; p. 209. // LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”. *Poder Judicial*, 1986, nº 2. P. 73-92. ISSN 0211-8815; p. 79 y ss.

¹²⁸ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “La participación por omisión en la jurisprudencia...” Ob. Cit.

de una participación en comisión por omisión, que será el **conocimiento**¹²⁹ del partícipe, debiendo fundamentarse en la existencia de una conducta objetiva de cooperación estrechamente vinculada con el dolo del partícipe¹³⁰.

Adentrándonos ya en el ámbito de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual, aludimos a la cuestión que aquí nos interesa del hecho castigado penalmente en el artículo 189.5. En aquellos casos en los cuales por su constitución física o psíquica impliquen menoscabo de algún bien jurídico que ostentan es necesario establecer una asignación generándose una serie de deberes especiales. Por ello, los padres responderán de ciertas desgracias que sucedan a sus hijos, no por el “hecho institucional de ser padres”, sino por “administrar” en exclusiva el haz de derechos y deberes de los hijos.

En definitiva, se genera una relación de dependencia del menor respecto de los padres, excluyéndose así que la protección de los intereses del hijo la realicen otros, debiendo los padres efectuar dicho amparo.

Por lo mencionado en las líneas precedentes, entendemos que la conducta de quien no impide que un tercero atente contra la libertad de su hijo es estructuralmente idéntica a la de los padres que abandonaron al menor o PDNEP, no implicando la mera “posición de garantía institucional” que su conducta omisiva sea equivalente a la causación activa del resultado, que en este caso sería la equiparación con la realización de las conductas recogidas en el artículo 188¹³¹.

¹²⁹ RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles. “¿Participación por omisión? Estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor. Atelier libros jurídicos”. Justicia penal, Barcelona, 2013. ISBN: 978-8415690-27-6; p. 133.

¹³⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ concluye que “el dato fundamental para la generación del deber de garantía ex injerencia no es el de la licitud del comportamiento, sino el de la conciencia de peligro, y que el dato fundamental para determinar el contenido del deber de garantía no es el de la conciencia de la ilicitud sino el de la licitud del curso del riesgo desencadenado por su agente”. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía”, Civitas, Madrid, 2002. ISBN 84470-1911-X; p. 96.

¹³¹ ROBLES PLANAS, Ricardo. “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito: El ejemplo de la intervención por omisión”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2012, nº 2. ISSN-e 1698-739X; p. 16.

Por todo ello, relacionamos esto con lo recogido en el actual apartado 6º del artículo 189, en el cual se recoge un delito que no tendrá naturaleza común puesto que el sujeto activo será aquel que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad. Por tanto, vemos reflejado aquí el deber del que hemos hablado ya con anterioridad; dicho deber consistirá en que deberán cesar la situación de prostitución o corrupción que está sufriendo el menor. Hemos de recalcar, y tal y como menciona también el propio precepto, que será necesario un elemento cognitivo, es decir, es necesario que el sujeto tenga conocimiento de esta situación.

Llegados a tal punto, hemos de realizar una comparación entre el artículo 450 y el artículo 189.6, pudiendo cuestionarse la aplicación excluyente entre uno u otro; nos decantaremos por la subsunción de los hechos en el artículo 189.6, puesto que atendiendo a las reglas especiales de concurso de leyes contempladas en el artículo 8 del mismo legislativo, el apartado 5 del artículo 189 tiene una mayor especialidad que el delito de omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución recogido en el artículo 450 y siguientes:

- En primer lugar, entendemos que conforma una mayor especialidad puesto que castiga únicamente la omisión en aquellos hechos relativos a la **prostitución y corrupción de menores**, a diferencia del artículo 450, que penaliza con carácter general la omisión en delitos que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual.

- En segundo lugar, el artículo 189.6 tendrá únicamente como sujetos pasivos de los hechos constitutivos de delitos a **menores e incapaces**, en contraposición al artículo 450, donde no menciona la edad o características especiales que deban constituir al sujeto pasivo de la omisión de deberes.

- Por último, el apartado 6º del artículo 189 reviste una **pena con mayor gravedad**, puesto que interpone una alternatividad entre pena de prisión (de tres a seis meses) o pena de multa (de seis a doce meses), y en el artículo 450 únicamente menciona para los delitos contra la libertad sexual una pena económica (multa de seis a veinticuatro meses).

CAPÍTULO VI. ASPECTO SUBJETIVO.

1. Naturaleza dolosa de los delitos relativos a la prostitución de menores e incapaces.

Los delitos relativos a la prostitución de menores e incapaces son, atendiendo al tipo subjetivo, **dolosos**, no cabiendo la comisión por imprudencia. El **dolo**, entendido como el conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo¹³² deberá abarcar los elementos de la tipicidad objetiva, especialmente la ausencia de consentimiento y las demás circunstancias de la víctima.

Cierto es que tradicionalmente se requería como elemento específico del tipo subjetivo en los delitos relativos a la prostitución de menores e incapaces un **ánimo lascivo, lúbrico o libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual**, que concurrirá, lógicamente, en el sujeto activo. Esto distinguía los delitos sexuales de los genéricos contra la libertad¹³³. Sin embargo, la interpretación jurisprudencial y doctrinal en la actualidad tiende a prescindir de este elemento¹³⁴; sabemos que el tipo subjetivo exige el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se ejecuta, lo que implica a su vez la conciencia de afectación de bien jurídico protegido. Por otro lado, el Tribunal Supremo en la **Sentencia 494/2007, de 8 de junio**, entendió que no se puede

¹³² LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. “Parte subjetiva del tipo. Elementos subjetivos del tipo. El dolo”. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Tirant Lo Blanco, 2012. pp. ISBN 978-84-9033-269-6

¹³³ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen [coord.]. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (II). *Nociones fundamentales de derecho penal: parte especial (adaptado al EEES)*, Tecnos, Madrid, 2010. pp. 207-214. ISBN 978-84-309-5186-4. p. 179.

¹³⁴ En la SAP 84/2003, 30 de mayo, en su fundamento jurídico tercero, la Audiencia Provincial de Álava hace alusión a que “en el *factum*, a diferencia de lo que han hecho las acusaciones, no hemos recogido el ánimo libidinoso, porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que los elementos subjetivos del injusto como este no se han de reflejar en la relación de hechos probados, sino en la fundamentación jurídica, al tener que deducirse del resto de elementos objetivos, salvo tal vez en los casos de confesión del acusado, lo que no ha acaecido.

Además, en la actualidad, según la jurisprudencia de aquel órgano ya no es preciso, como todavía se sigue pensando (como lo demostraría la propia redacción del relato de las conclusiones), que el autor haya obrado con una especial intención libidinoso o con ánimo lúbrico. Tal elemento carece de razón de ser, toda vez que el desvalor de acción resulta plenamente del conocimiento del autor de los elementos del tipo objetivo, es decir, del carácter sexual de la acción realizada en el cuerpo del otro, la ausencia o irrelevancia del consentimiento del sujeto pasivo, y en nuestro caso la edad de la menor.”

descartar la realización de actos que atentan contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima con un propósito diferente al que hemos mencionado. El TS defiende que la conducta objetiva será suficiente para que se incluyan las conductas en el tipo, justificándolo en que se afecta a la libertad o la indemnidad sexual de la víctima. Será suficiente que el sujeto activo tenga conocimiento del peligro que sea crea con la acción y de que su conducta podrá atentar contra el bien jurídico a proteger en el precepto¹³⁵. Este conocimiento del elemento objetivo puede atender a factores como el aspecto físico del menor, relaciones previas, etc. (es necesario mencionar que en caso de que la prostitución se ejerza en un lugar público se presume que las personas prostituidas que prestan allí sus servicios son mayores de edad, y por esa razón no concurrirá la obligación de pedir el carné de identidad)¹³⁶.

Por todo ello, al no caber la comisión imprudente, el error de tipo vencible sobre uno de sus elementos (el error sobre la edad es el más frecuente) da lugar a la impunidad por atipicidad de la conducta imprudente (art. 14.1 CP)¹³⁷.

Por otro lado, cuestión meritoria de atención será el ánimo de lucro que ordinariamente es asociado a la prostitución¹³⁸. A pesar de dicha relación entre uno y

¹³⁵ Esto ha sido suscrito posteriormente, puesto que en la STS 132/2013, de 19 de febrero, el TS determina que: “Este elemento se rellena con el dolo de atentar la libertad sexual. Tradicionalmente, antes de la vigencia del Código de 1995, la jurisprudencia exigió una intensidad del dolo concretado en un ánimo lúbrico o libidinoso con el que se pretendía quedaran fuera de la tipicidad actos de objetivo significado sexual realizados con una finalidad lícita. En otras ocasiones, se hacía referencia a bienes jurídicos distintos de la libertad sexual. Hoy esa construcción, esa exigencia de una intensidad del dolo por la que el autor debía perseguir satisfacer su apetito sexual, ha sido abandonada, bastando para su realización el conocimiento de la puesta en peligro del bien por la acción agresiva [...] El dolo, en su significación más clásica, significa conocer y querer los elementos del tipo penal. En otros términos, conocer del peligro concreto de la realización del tipo (Sentencia de la Colza 23.4.92), dado que quien conoce dicho peligro y obra sin hacer algo para impedir su concreción, obra con dolo directo o eventual, cuando manifiesta una actitud indiferente respecto a su realización. El actor en el hecho probado conoce la acción y la transcendencia de su acción, esto es el significado sexual de su conducta y la violencia en cuyo marco se ejerce. Luego obra con dolo. En el tipo de la agresión no se requiere ningún otro elemento o aditamento a ese conocimiento del hecho y voluntariedad en la puesta en peligro concreta de realización del tipo penal.

¹³⁶GÓMEZ RIVERO, María del Carmen [coord.]. “Delitos contra la libertad e indemnidad...” Ob. Cit.; p. 209.

¹³⁷CUGAT MAURI, Miriam, “Prostitución y corrupción de menores...” Ob. Cit.; p. 679.

¹³⁸STS 484/2007, de 29 de mayo.

otro concepto, el ánimo de lucro no podrá ser elemento específico del tipo subjetivo, puesto que excluiría la responsabilidad penal de aquellos que no tienen el objetivo de beneficiarse económicamente¹³⁹, como pueden ser los clientes, cuando según la literalidad del artículo 187 CP, podrán ser autores del tipo de prostitución de menores e incapaces (actual artículo 188.4, en virtud de la L.O. 1/2015).

2. Admisión de la concurrencia de dolo eventual.

Como ya hemos mencionado en el apartado anterior, el tipo subjetivo de los delitos relativos a la prostitución de menores e incapaces estará abarcado por el dolo. Si bien es cierto, es posible la admisión del dolo eventual, es decir, que lleva a cabo los hechos constitutivos de delito sin averiguar la edad del sujeto, prefiriendo correr el riesgo de prostituir a un menor o PDNEP a evitarlo¹⁴⁰.

Con respecto a la alegación de un error sobre la edad de la persona, hemos de tener en cuenta la **STS 1 de octubre de 1993**, donde el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico segundo deberá probarse el error, no siendo suficiente la alegación del mismo debiendo motivarse de forma concluyente la concurrencia de tal error. Por ejemplo, puede suceder que la persona que está favoreciendo la prostitución de un menor o PDNEP no sabe con seguridad si es o no menor de edad y, aún así, corre el riesgo de que lo sea, cometiéndose el delito así con dolo eventual, puesto que es visible que hay conocimiento. Ejemplos de ello encontramos la **STS 1251/1997, de 7 de noviembre**, donde el propio Tribunal de la propia sentencia recurrida, teniendo delante a la menor prostituida manifestaron que la misma no tenía unas condiciones físicas que propiciaran una apariencia de mayor edad a la que tenía cuando fue prostituida, siendo además dato relevante que la acusada en ningún momento afirmó que el sujeto al que estaba dedicando a la prostitución era mayor de edad, ni fue engañado con información falsa sobre la fecha de nacimiento, simplemente la acusada no se preocupó en conocer la edad de la víctima antes de que se iniciara en el ejercicio de la prostitución, prefiriendo

¹³⁹CUGAT MAURI, Miriam. “Prostitución y corrupción de menores...” Ob. Cit.; p. 679.

¹⁴⁰ORTS BERENQUER, Enrique. “Delitos contra la libertad...” Ob. Cit.; p. 272.

correr el riesgo que hemos mencionado anteriormente de prostituir a una mujer menor de edad antes que privarse del lucro que tal ejercicio la iba a proporcionar. Otro ejemplo lo encontramos en la ya mencionada en capítulos anteriores **STS 7 de abril de 1999**, donde el recurrente afirmaba que la joven aparentaba mayor edad; sin embargo, fue reconocida por un médico-forense que apreció la existencia de un aspecto físico acorde con su edad, la cual era de catorce años cuando se produjeron los hechos y diecisiete en el momento del reconocimiento, no apreciándose en el mismo un desarrollo avanzado para su edad, por lo que se entiende que es imposible la concurrencia del error alegado¹⁴¹. En cualquiera de los casos la apreciación de error de tipo vencible determina la impunidad, puesto que es impune la comisión imprudente¹⁴², puesto que el Derecho Penal solo castigará cuando la acción sea voluntaria y evitable o se haya tenido conocimiento de la situación: la imprudencia únicamente se castigará cuando expresamente lo manifieste el legislador¹⁴³.

Desde mi punto de vista, entiendo acertado que no sea tan sencilla la aplicación del error de tipo, ya que no cualquier alegación supone la existencia de tal error y que el conocimiento, aunque sea eventual, excluye el error. Por ello, debe probarse correctamente la concurrencia de esto, puesto que, en caso contrario, serían liberados de la responsabilidad penal con mayor frecuencia; no solo estaremos de acuerdo con ello, sino también con el dolo eventual que excepcionalmente puede concurrir en este tipo de delitos, ya que puede resultar sencillo para el sujeto activo averiguar la edad del individuo prostituido, suscribiendo por supuesto la punibilidad de ello al aceptar al realizar tal conducta el posible riesgo de estar prostituyendo a una persona menor de edad o PDNEP, puesto que al final y al cabo el sujeto activo que propicia la prostitución tiene la libertad para no realizar la conducta que pueda producir ese riesgo.

¹⁴¹ En la **STS 159/2005, 11 de febrero de 2005**, en su fundamento jurídico cuarto, afirma que en el momento en que el autor desconoce uno de los elementos del tipo (en el caso que aquí nos interesa es la edad), puede tener razones para dudas, teniendo la opción de desvelar su existencia o bien prescindir la acción; en caso de que se opte por la pasividad no puede entenderse como un error (de tipo), sino como dolo eventual, ya que con su actuación manifiesta que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado. Se descarta el error, ya que el acusado ha podido enterarse de la edad preguntando a los menores, por ejemplo.

¹⁴²GÓMEZ RIVERO, María del Carmen [coord.]. “Delitos contra la libertad...” Ob. Cit.

¹⁴³DERECHO EN RED. *El tipo subjetivo*. [Fecha de consulta: 16 de julio de 2015]. <http://www.infoderechopenal.es/2013/07/el-tipo-subjetivo.html>

CAPÍTULO VII. LA PEDOFILIA: ¿CIRCUNSTANCIA EXIMENTE O ATENUANTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL?

1. Definición de pedofilia.

El término pedofilia (origen griego, “*pais*” significa niño, “*philia*” amistad) es una de las parafilias¹⁴⁴ más frecuentes, y consiste en la excitación o el placer sexual derivado de fantasías o actividades sexuales con menores. Este término debe diferenciarse de la pederastia, aunque frecuentemente se utilicen la una como sinónimo de la otra, ya que esta última se refiere a la atracción homosexual por prepúberes o jovencitos¹⁴⁵.

Partiendo de dicha definición, se planteará la posibilidad de que la pedofilia pueda excluir o rebajar la responsabilidad del sujeto en estos delitos, por la afectación de su culpabilidad, en concreto de su imputabilidad o capacidad de culpabilidad.

Con respecto al diagnóstico, mencionamos brevemente los tres criterios a tener en cuenta para reconocer la existencia de la pedofilia¹⁴⁶:

- En primer lugar, durante un período de seis meses mínimo, el sujeto tendrá fantasías sexuales recurrentes y altamente excitantes, impulsos sexuales o comportamientos que implican actividad sexual con menores.

¹⁴⁴Según **TRABAZO ARIAS**, “las parafilias consisten en la presencia de repetidas e intensas fantasías, impulsos o comportamientos sexuales que, por lo general, engloban alguna o varias de las siguientes características: objetos del deseo no humano, el objeto del deseo consiste en el sufrimiento o humillación de uno mismo o de la pareja, o bien exige la participación de niños, ancianos o personas que no consienten o con los que no existe apenas comunicación”. **TRABAZO ARIAS**, Victoria; **AZOR LAFARGA**, Fernando. “La pedofilia: un problema clínico, legal y social”. *EduPsykhé: Revista de psicología y psicopedagogía*. 2009, vol. 8, nº 2. PP 195 – 219. ISSN-e 1579 – 0207; pp. 201 y 202.

¹⁴⁵**TRABAZO ARIAS**, Victoria; **AZOR LAFARGA**, Fernando. “La pedofilia: un problema clínico...” Ob. Cit.; p. 204.

¹⁴⁶**BECERRA GARCÍA**, Juan Antonio. “Consideraciones sobre la clasificación diagnóstica de la pedofilia en el futuro DSM-V”. *Cuadernos de medicina psicosomática y psiquiatría de enlace*. 2012, nº 103; p. 6. ISSN 1695 – 4238.

- En segundo lugar, dichas fantasías, impulsos sexuales o comportamientos provocan malestar o deterioro social, laboral, [etc.] de las actividades del individuo¹⁴⁷.
- Por último, esta persona tendrá al menos dieciséis años y será, por lo menos, cinco años mayor que el niño o los niños, en relación con el primer criterio mencionado; sin embargo, es necesario matizar que no se incluyen a los individuos en las últimas etapas de la adolescencia que se relacionan con personas de doce o trece años¹⁴⁸.

Según **BECERRA GARCÍA**, diversos estudios muestran que en pedófilos predominan rasgos de trastornos de personalidad obsesivo-compulsivos, *borderline*¹⁴⁹; además, estos son una características relevante en cuanto al nivel de distorsiones cognitivas. Dichas distorsiones, junto a los rasgos obsesivo-compulsivos, influyen en el nivel de desviación con respecto a la conducta sexual de estas personas¹⁵⁰.

Ya para finalizar, únicamente mencionamos que estos trastornos en la personalidad hacen mostrar sentimientos de inferioridad, aislamiento social, baja autoestima y dificultad para interacciones interpersonales maduras y apropiadas a su edad. Además, un factor importante en relación con el desarrollo de la patología será la infancia vivida, por ejemplo, cuando los pedófilos han tenido problemas en su infancia se encuentran mayores niveles de hostilidad, de presencia de obsesiones sexuales y de distorsiones cognitivas sobre la sexualidad¹⁵¹.

¹⁴⁷ BECERRA GARCÍA, Juan Antonio. “Consideraciones sobre la clasificación...” Ob. Cit.; p. 6.

¹⁴⁸ BECERRA GARCÍA, Juan Antonio. “Consideraciones sobre la clasificación...” Ob. Cit.; p. 6.

¹⁴⁹ **El trastorno límite de la personalidad, trastorno borderline o TLP**trastorno de la personalidad en el que los afectados presentan patrones de conducta continuos y en gran medida permanentes caracterizados por reacciones fijas e inadecuadas en diversos contextos personales y sociales e histriónico; REDACCIÓN ONMEDA. Borderline (trastorno límite de la personalidad): definición.[Fecha de consulta: 6 de agosto de 2015]. <http://www.onmeda.es/enfermedades/borderline-definicion-3076-2.html>

¹⁵⁰ BECERRA GARCÍA, Juan Antonio. “¿Existe un perfil característicos de psicopatología de la personalidad en pedofilia?” *Cuadernos de medicina psicosomática y psiquiatría de enlace*. 2013, nº 105. ISSN 1695 – 4238; p. 36.

¹⁵¹ BECERRA GARCÍA, Juan Antonio. “¿Existe un perfil característicos...” Ob. Cit.; p. 37.

2. La pedofilia como causa eximente completa o incompleta.

El artículo 20.1º CP expresa lo siguiente: “[Están exentos de responsabilidad criminal:] El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiera previsto o debido prever su comisión.”

Dicha causa eximente de responsabilidad penal ha sido objeto de numerosas discusiones doctrinales sin llegar a conclusiones precisas. Se trata de un tema de gran relevancia penal, sobre todo con respecto a los delitos estudiados en este trabajo, además de los que se contienen a lo largo del título VIII del Código Penal.

La anomalía o alteración psíquica supone un factor determinante en cuanto al fenómeno de la culpabilidad (repercutiendo negativamente en la delimitación de la imputabilidad)¹⁵². La exclusión de pena al inimputable que sufre una anomalía o alteración psíquica corresponde al vigente sistema penal humanizado y acomodado a las características que forman parte de un Estado de Derecho acorde con el respeto de la dignidad y los derechos humanos¹⁵³.

En la **STS de 16 de julio de 1991**, el órgano jurisdiccional desestimó el motivo de impugnación basado en que el dictamen psicológico del psicoterapeuta hablaba de trastorno psicosexual, pedofilia...de tipo heterosexual; además, el propio testigo pericial al ratificar su dictamen manifiesta que el acusado sufría inmadurez sexual y quizá perdiera la conciencia con respecto a la magnitud de los hechos que ha llevado a cabo. En el fundamento jurídico tercero, el TS manifestó que los sujetos afectados por trastornos como este (entre otros, como por ejemplo el sadismo,) son libres de actuar al tener una capacidad de querer, de entender y obrar plenas, por lo que únicamente podría hablarse de imputabilidad disminuida o, incluso, anulada, en casos extremos en los que

¹⁵² IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. “La eximente de anomalía o alteración psíquica” (art. 20.1 CP): una problemática abierta hacia el futuro científico. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. 2003, tomo 56, Fasc/mes 1; pp.151 – 174. ISSN 0210 – 3001; p. 151.

¹⁵³ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. “La eximente de anomalía...” Ob. Cit.; p. 155.

el trastorno de la sexualidad sea sintomático de una psicosis. En el año 1999, ante un recurso similar, el Tribunal sentenciador descarta, de nuevo, la aceptación de la pedofilia como una eximente (aunque sea incompleta) conjugando dicha patología con un trastorno de tipo antisocial de la personalidad que inciden moderadamente en su capacidad de comprensión (ética) del hecho y en el adecuamiento de dicha conducta a esa comprensión”, excluyendo que esto repercuta en la consciencia de la antijuridicidad de sus actos y en la capacidad de obrar al respecto¹⁵⁴.

Atendiendo a sentencias más recientes, acudimos al caso juzgado por la Audiencia Provincial de Sevilla, en el que el informe pericial reconocía que la patología del acusado (pedofilia, especial atracción por adolescentes, o menores, y voyeurismo), no afectaba a su capacidad de comprender y conocer la ilicitud de sus actuaciones, adhiriéndose a la interpretación llevada a cabo anteriormente por el Tribunal Supremo, no comprendiendo la posibilidad de que la pedofilia se considere una anomalía o alteración que pueda incidir en la imputabilidad y culpabilidad del individuo, salvo en aquellos casos límite que hemos mencionado anteriormente¹⁵⁵.

En conclusión, entendemos que la inclusión de la pederastia como un anomalía o alteración psíquica que pueda considerarse una causa eximente de la responsabilidad criminal, no deberá producirse, tal y como interpreta acertadamente (a nuestro parecer) el TS, ya que los sujetos que padecen esta enfermedad son libres, como ya hemos mencionado con anterioridad, de actuar al tener una capacidad de querer, de entender y obrar plenas. Reiteramos, pues, que la propia sala del Tribunal Supremo, ya manifestó que la pedofilia afecta exclusivamente a la dirección del instinto, pero que el hecho de que el objeto de deseo sea un niño no significa por sí mismo la ausencia de los mecanismos de control de la conducta en atención a la acción¹⁵⁶. Por ello, la única posibilidad sería aplicar una circunstancia atenuante analógica de anomalía psíquica, porque en caso de que la pederastia llegara a incluirse en el ámbito de la causa eximente de responsabilidad penal del artículo 20.1º CP, serían considerados inimputables todos

¹⁵⁴Vid. STS 9 de junio de 1999; fundamento jurídico tercero.

¹⁵⁵SAP 85/2009, 16 diciembre (Audiencia Provincial de Sevilla); fundamento jurídico octavo.

¹⁵⁶ STS 1958/2013, 17 de octubre, fundamento jurídico octavo.

aquellos que realizaran conductas de índole sexual cuyas víctimas fuesen personas que no han alcanzado la mayoría de edad.

Finalizamos señalando que será necesario atender al sujeto concreto a la afectación real de su imputabilidad. Sin embargo, es difícil que la pedofilia pueda provocar una imputabilidad completa (eximente) o que se dé una semiimputabilidad (eximente incompleta). Será posiblemente más frecuente admitirlo como una circunstancia atenuante por analogía¹⁵⁷; en otros casos, será la pedofilia tan ligera o nula (en numerosas ocasiones, seguramente) que no afectará a la responsabilidad penal, debiendo acompañarse esto de opiniones de expertos.

Todo lo que hemos mencionado es una vista parcial del problema, puesto que esta cuestión requiere un tratamiento más amplio y complejo que en este trabajo resulta imposible.

¹⁵⁷Artículo 21.7ª CP.

CAPÍTULO VIII. ITER CRIMINIS Y RELACIONES CONCURSALES.

1. Artículo 188.1 (anterior artículo 187.1 CP) y artículo 188.2 (anterior artículo 188.2 y 3 CP).

Con respecto al *iter criminis* de los delitos de prostitución cuyas víctimas son menores, hemos de centrarnos en el ámbito de inclusión de la conducta típica; como podemos contemplar, este es tan amplio que hace prácticamente imposible que puedan apreciarse actos dirigidos a favorecer la prostitución ajena que no comporten por sí mismos la consumación del delito, por ello podríamos entender que este delito tiene naturaleza de mera actividad o de resultado cortado, debiendo atender al caso concreto para la admisión de la tentativa (conceptualmente en los delitos de mera actividad es posible), no cabiendo en este caso¹⁵⁸.

En relación con la naturaleza de delito de mera actividad o de resultado cortado, el Tribunal Supremo entiende que, para la aplicación del artículo 181 CP será necesario acudir a la acción delictiva, que consistirá en inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución del menor o discapacitado. En este sentido, el propio órgano colegiado manifiesta que el ilícito del penal no se centra en el acto de la prostitución, sino en aquellas conductas que incite al menor para que se inicie en tal actividad o se mantenga en ella, sin necesidad de que se produzca de forma efectiva el resultado¹⁵⁹. Por esta razón, lo que se ha de tener en cuenta para entender la existencia de este delito será el comportamiento del que realice el hecho constitutivo de delito, en cuanto constituye la inducción o facilitación que podrá servir para una futura prostitución o para dificultar el abandono de dicha situación, en caso de que ya se encuentre en la misma. Con esto quiero decir que al atender a las mencionadas conductas y no a la prostitución en sí, no será necesario que se lleve a cabo de manera efectiva la realización del acto sexual a cambio de dinero para la aplicación del tipo penal.

¹⁵⁸CUGAT MAURI, Miriam, “Prostitución y corrupción de menores...” Ob. Cit.; p.686.

¹⁵⁹Vid. STS 1016/2003, de 2 de julio, fundamento jurídico segundo.

En relación con la posibilidad de cometer el delito en grado de tentativa, algunos autores entienden que dicha punibilidad se fundamenta en la **Decisión Marco 2004/68/JAI**, en cuyo **artículo 4** se establece que “cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de la tentativa de practicar cualquiera de las conductas a que se refieren el artículo 2 y las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 3.” Sin embargo, haciendo uso de la interpretación de otros textos internacionales, la cuestión acerca de la tentativa deberá ser resuelta por la normativa interna¹⁶⁰. Asimismo, el Tribunal Supremo se pronuncia con respecto a esto, atendiendo a la naturaleza de delito de mera actividad o de resultado cortado determinando, como ya hemos mencionado antes, que no será necesario que dicho resultado se produzca de forma efectiva, siendo suficiente el peligro¹⁶¹; será, por todo ello, por lo que este órgano jurisdiccional descarta la posibilidad de tentativa¹⁶².

2. Relaciones concursales.

2.1 Artículo 188.1.

En relación con las posibilidades de aplicación de las reglas concursales, acudimos al apartado 5 del artículo 188, en el que se expresa que “las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección”. Esto significa que cabe la posibilidad de que en caso de que aquel que favorece la prostitución del menor o discapacitado tiene, además, relaciones carnales con este, puede surgir tal concurso de infracciones.

Por otro lado, en caso de que el favorecimiento es para que se prostituyan varios menores o discapacitados, habría un concurso real; sin embargo, en caso de que a través

¹⁶⁰ CUGAT MAURI, Miriam, “Prostitución y corrupción...” Ob. Cit.; p. 686.

¹⁶¹ Vid. STS 510/2010, 21 de mayo; fundamento jurídico tercero.

¹⁶² Vid. STS 510/2010, 21 de mayo; fundamento jurídico cuarto.

de la realización de se facilite la prostitución de varios sería posible la apreciación de las reglas especiales de concurso ideal¹⁶³.

De acuerdo con las reglas concursales, y aludiendo a jurisprudencia reciente, el Tribunal Supremo se ha decantado por no apreciar su aplicación, puesto que podría considerarse una vulneración del principio *non bis in ídem*¹⁶⁴; es decir, que varios actos incluidos en el ámbito del precepto penal no llevarán a aplicación de reglas especiales relativas a concursos porque podría entenderse que se castigaría la misma conducta dos veces; esto claro está, cuando el sujeto pasivo es la misma persona.

No debemos olvidar que también cabrá el concurso con otros delitos que no tengan naturaleza sexual, a pesar de que la literalidad del apartado 5 del artículo 188 no lo especifica; encontramos, por ejemplo, la posibilidad de aplicación de reglas concursales de delito con respecto a delitos de amenazas, lesiones, detenciones ilegales, etc¹⁶⁵. Por otro lado, es necesario matizar que solo cabrá cuando las acciones no sean absorbidas por el artículo 187¹⁶⁶.

2.2 Artículo 188.2.

El apartado 5 del artículo 188 señala que se aplicarán las penas sin perjuicio a la aplicación de las correspondientes por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores y personas con discapacidad que requieren de especial protección.

¹⁶³ ORTS BERENGUER, E. “Delitos contra la libertad e indemnidad...” Ob. Cit.; p. 272. // GÓMEZ RIVERO, María del Carmen [coord.]. “Delitos contra la libertad e indemnidad...” Ob. Cit. p. 210.

¹⁶⁴ Vid.STS 235/2011, 9 DE MARZO; FUNDAMENTO JURÍDICO décimo.

¹⁶⁵CUGAT MAURI, Miriam, “Prostitución y corrupción...” Ob. Cit.; p. 689.

¹⁶⁶STS 1360/2005, 3 DE NOVIEMBRE. FUNDAMENTO JURÍDICO OCTAVO “y, por ello, consideramos que las mencionadas consecuencias no exceden de las naturales secuelas que conllevan para la víctima de esas conductas criminales, de suerte que, no haciendo tampoco mención la sentencia impugnada a ese eventual exceso de las consecuencias de carácter emocional o psíquico generadas por los delitos sancionados, deben quedar integradas en éstos y no en el tipo autónomo de lesiones del artículo 147 CP...”

Puede darse, pues, un concurso de delitos (concurso ideal) con las detenciones ilegales si se retiene a una persona contra su voluntad, impidiéndole físicamente marcharse¹⁶⁷.

Cuando hablamos de que la persona que lleva a cabo la acción de prostituirse no quiere mantener las relaciones sexuales determinadas, y se le obliga a mantenerlas, no estamos ante un delito de prostitución sino de agresiones sexuales, aunque atendiendo al caso concreto podrían apreciarse las reglas de concurso ideal entre ambos¹⁶⁸.

Con relación a los concursos y en atención al artículo 177, relativo a la trata de seres humanos, cuando una víctima de trata es efectivamente explotada en el ejercicio de la prostitución, se aplicará un concurso real de delitos¹⁶⁹.

La aplicación del artículo 188.5 en relación al apartado 2 del mismo precepto, nos lleva a la posibilidad de que se produzca la aplicación de las reglas concursales con respecto a las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida¹⁷⁰.

¹⁶⁷ ORTS BERENGUER, E. “Delitos contra la libertad e indemnidad...” Ob. Cit.; p. 276.

¹⁶⁸ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen [coord.]. “Delitos contra la libertad...” Ob. Cit.; p. 213.

¹⁶⁹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen [coord.]. “Delitos contra la libertad...” Ob. Cit. p. 213.

¹⁷⁰ CUGAT MAURI, Miriam, “Prostitución y corrupción...” Ob. Cit.; p. 688.

CAPÍTULO IX. AGRAVACIONES ESPECÍFICAS.

1. Agravación específica recogida en el artículo 188.1 CP.

El apartado segundo del artículo 187 CP anterior a la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, decía, literalmente, que “el que realice las conductas descritas en el apartado 1 de este artículo siendo la víctima menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años”. Sin embargo habremos de matizar esto, puesto que la nueva redacción del precepto relativo a la prostitución de menores modifica dicho subtipo agravado, en primer lugar, se ha de concretar que dicho subtipo estará recogido en el propio artículo 188.1 CP, mientras que en anterior a la última modificación legislativa se recogía en el artículo 187.2. En atención a la pena, únicamente haremos la mención de que, en virtud de la entrada en vigor de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, la conducta recogida en el precepto será castigado con una pena más grave, puesto que anteriormente la pena sería de cuatro a seis años de prisión, mientras que con el la regulación vigente del Código Penal las penas serán de cuatro a ocho años de prisión y pena de multa de doce a veinticuatro meses.

De forma breve, únicamente mencionamos que, como ya se ha explicado con anterioridad, la agravación de la pena en atención a la edad del sujeto pretende castigar el aprovechamiento por parte del autor del delito de una mayor vulnerabilidad que presentan aquellos sujetos que, por tener una edad inferior a dieciséis años¹⁷¹.

Desde mi punto de vista, dicha agravación es necesaria, puesto que el grado de desarrollo y capacidad de comprensión de los menores no puede apreciarse con carácter general, ya que a medida de que la edad avanza, dichos factores estarán más desarrollados; así, por ejemplo, la capacidad cognoscitiva de un menor de doce años no podrá ser equiparable a la de un menor de diecisiete años. Sin embargo, recalamos, tal y como hemos mencionado con anterioridad, que a pesar de que dicha agravación con

¹⁷¹ Recordamos que en el con anterioridad a la reforma, el código penal expresaba que la edad que constituía el límite para la aplicación de dicho subtipo agravado era de trece años, a diferencia de la actual, modificada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, como ya se ha explicado en capítulos anteriores.

respectos a las conductas me parece totalmente correcta puesto que al tener el menor una edad inferior la conducta reviste mayor gravedad, la fijación de la agravación en la edad de dieciséis años supone excesiva.

2. Agravaciones contempladas en el artículo 188.3 CP.

El nuevo artículo 188, recoge en su apartado tercero, una serie de circunstancias que agravan la pena tanto para las conductas que estaban recogidas en el anterior artículo 187¹⁷² CP, así como para aquellas incluidas en el ámbito de aplicación del también anterior artículo 188¹⁷³ CP; dichas conductas serán analizadas de manera individual.

Cuestión curiosa será que equiparará a todas las circunstancias en cuanto a la pena, en la que se diferenciaba en la versión del articulado anterior a la reciente reforma, ya que en el artículo 187.3 se incluía la pena en su mitad superior cuando el culpable se prevaliere de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. Por otro lado, el artículo 187.4 contemplaba la pena superior en grado cuando el sujeto activo perteneciere a asociaciones u organizaciones criminales que se dedicaren a la realización de las actividades relativas a la inducción, promoción, facilitación o favorecimiento a la prostitución de menor o PDNEP.

El artículo 188.3 dice lo siguiente: “Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación.
- b) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. Tratándose de un

¹⁷² En el artículo 187.1 anterior a la reforma ya en vigor (L.O. 1/2015) se recogían las conductas de inducir, promover, facilitar o favorecer la prostitución de menor de edad o incapaz.

¹⁷³ En el anterior artículo 188 se incluye la determinación a la prostitución empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.

numerus clausus, dicha lista no podrá ampliarse¹⁷⁴. Además, es necesario aclarar que la superioridad y el parentesco son supuestos alternativos, por lo que cabrá la aplicación del tipo agravado también en aquellos casos en los que el sujeto activo “obre en abuso de la superioridad sobre la víctima que pueda derivar de su condición de tutor, profesor o empleador”¹⁷⁵.

- c) Cuando para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. En este caso se impondrá además, una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.
- d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o la salud de la víctima.
- e) Cuando los hechos se hubieran cometido por la actuación conjunta de dos o más personas; caracterizada por la mayor peligrosidad de los autores que acometen concurriendo dos o más agresores¹⁷⁶.
- f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.”

Siendo los apartados b) (prevalimiento de condición de autoridad) y f) (pertenencia del autor a organización o asociación que se dedique a las actividades constitutivas del delito) los que presentan, a nuestro parecer, un mayor interés debido a que pueden suscitar ciertas cuestiones dudosas, serán los que analicemos en apartados posteriores.

2.1 Intervención del sujeto activo prevaliéndose de su condición de funcionario público, autoridad o agente de esta (artículo 188.3c).

El artículo 187.3 del Código Penal de 1995, en su última modificación, anterior a la entrada en vigor de la nueva modificación legislativa (L.O. 1/2015) recogía lo siguiente:

¹⁷⁴ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. “Código Penal comentado...” Ob. Cit.; p. 353.

¹⁷⁵ TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. “Delitos contra la indemnidad sexual de los menores”. En: Gonzalo QUINTER OLIVARES (Dir.). *Comentario a la reforma penal de 2015*. Aranzadi, 2015; PP. 421 – 435. ISBN 978-84-9098-371-3; p. 431.

¹⁷⁶ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. “Código Penal comentado...” Ob. Cit.; p. 353.

“Incurrirán en la pena de prisión indicada, en su mitad superior, y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. La entrada en vigor de la L.O. 1/2015, ha supuesto, como ya hemos dicho, que dicha agravación se recoja en el artículo 188.3c), donde se manifiestan diferentes circunstancias que agravan la pena; hablando de la pena, el nuevo artículo, en atención a los políticas criminales endurecedoras que presenta la reforma del Código Penal, presentará una pena mayor que la que recogía la anterior normativa penal, puesto que en esta la pena suponía, como contemplamos en líneas anteriores, la mitad superior que la contemplado en el tipo básico, además de una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años; por el contrario, en la ley orgánica vigente la pena contemplada será la superior en grado a las previstas en los apartados anteriores; así como una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años (siendo esta la misma que la que incluía el anterior artículo 187.3).

Deberemos acudir al actual artículo 24 CP, en el cual se entiende como **autoridad** al que “por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal” (art. 24.1 CP) Por otro lado, se considerará **funcionario público** a “todo aquel que por disposición inmediata de ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas” (art. 24.2 CP).

Con respecto a este tipo agravado será necesario mencionar que debe darse forzosamente una relación de prevalimiento doloso de la condición del sujeto activo¹⁷⁷, es decir, no será suficiente con que el autor del delito ostente la condición personal¹⁷⁸, sino que deberá servirse de ella para inducir, promover, facilitar o favorecer la prostitución del menor o discapacitado, o bien, atendiendo a la redacción del mismo

¹⁷⁷COBO DEL ROSAL, Manuel; QUINTANAR DÍEZ, Manuel. “De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”. En: Manuel COBO DEL ROSAL [dir.]. “*Comentarios al Código Penal*”. 2ª Ed. Edersa, 1999, tomo VI. PP 678 – 770. ISBN: 84-8494-046-2 P. 713.

¹⁷⁸QUERALT JIMÉNEZ, Joan. “Delitos contra la libertad...” Ob. Cit. p. 138.

apartado tercero del artículo 188, también deberá servirse cuando dichas conductas son llevadas a cabo mediando violencia o intimidación (artículo 188.2 CP).

Llevando a la práctica lo explicado en líneas precedentes, mencionaremos la **STS 992/2005, [RJ 5293/2005] de veintiocho de julio**, en la cual, el Tribunal Supremo entiende que no hay suficiente claridad en que el autor de los delitos que se le imputaban (cuya profesión era la de Policía Local) se aprovechara de su condición de agente de la Autoridad, puesto que el único medio del que se valía era el del ofrecimiento y entrega de dinero, abandonando sus propósitos cuando los jóvenes se negaron a acceder a los deseos del sujeto activo.

En definitiva, en caso de que únicamente se considerase necesario que el autor de los hechos constitutivos de delito ostentará la condición de autoridad, agente de la misma o funcionario público para la aplicación de dicho subtipo agravado, podría interpretarse que se produce una discriminación y, por tanto, una vulneración del derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE), entendiéndose ésta como una situación en la que se ha de tratar por igual a los que son iguales, y distinto a los que son diferentes, no siendo suficiente argumento para un tratamiento dispar el hecho de que ostenten las condiciones contempladas en el artículo 24 CP.

2.2 Pertenencia del autor a organización o asociación criminal **(artículo 188.3f)**

El actual tenor literal del Código Penal incluye, como ya hemos dicho, en el artículo 188.3f¹⁷⁹, el subtipo agravado en aquellos casos en los que el culpable pertenezca a organización o asociación criminal, incluyendo cuando tal pertenencia tenga un carácter transitorio, cuando las mismas se dediquen a la realización de las actividades relacionadas con la prostitución de menores y discapacitados; este subtipo ya existía en el anterior Código Penal, seguramente surgiendo con la finalidad de combatir contra la red de prostitución tanto infantil como del resto de menores¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Con anterioridad a la reforma, dicha agravación se encontraba recogida en los artículos 187.4 y 188.4b).

¹⁸⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel; QUINTANAR DÍEZ, Manuel. “De los delitos relativos a la prostitución...” Ob. Cit.; p. 713.

Cuando hablamos de **organización** y **asociación** tenemos que matizar que no son conceptos coincidentes; sin embargo, en el sentido del precepto que estamos estudiando, pueden definirse como grupo de dos o más personas que de común acuerdo, conforme a un cierto orden y durante un tiempo desarrollan la actividad de favorecer la prostitución de menores o de discapacitados¹⁸¹.

Coincidiendo con la postura de MUÑOZ CONDE¹⁸², se considera que esta cualificación está completamente justificada, en el sentido de que uno de los ámbitos en los que suelen presentarse circunstancias de delincuencia organizada es en relación con los delitos relativos a la prostitución, añadiendo a esto que dichas organizaciones criminales tienden a tener un cierto carácter internacional, haciendo esto que se produzca la inclusión del principio de justicia universal (con las actuales limitaciones que conocemos) en dicho ámbito (art. 23.4 LOPJ).

3. Tipo cualificado del artículo 188.2.

En el apartado segundo del artículo 188 el legislador castiga aquellas conductas en las que se induce, promueve, facilita o favorece la prostitución de menores y discapacitados cuando media violencia o intimidación; en este caso, las penas que se impondrán será, además de las penas de multa previstas en el primer apartado del mismo precepto, la pena de prisión de cinco a diez años si la víctima es menor de dieciséis años, y la pena de prisión de cuatro a seis años en los demás casos. Vemos, una vez más, la tendencia a una mayor protección de la infancia que pretende llevar a cabo la comunidad europea.

Lo que antes de la reforma del Código Penal por L.O. 1/2015 constituía un tipo cualificado del artículo 188 CP en el que se contemplaba el delito de determinación a la prostitución de adultos, se convierte ahora en el tipo cualificado de la inducción, promoción, favorecimiento o facilitación a la prostitución de menores y discapacitados, viéndose así que antes se manifestaba en la literalidad de los preceptos como un castigo

¹⁸¹ ORTS BERENGUER, Enrique. “Delitos contra la libertad e indemnidad...” Ob. Cit.; p. 273.

¹⁸² MUÑOZ CONDE, Francisco. “Delitos de exhibicionismo y provocación...” Ob. Cit.; pp. 248 y 249.

de la determinación a la prostitución de menores y discapacitados para ejercerla o mantenerse en tal situación, y ahora se penaliza las conductas que se contemplan en el artículo 188.1 cuando se realizan a través de la concurrencia de violencia o intimidación, cuestión que antes no se incluía en el ámbito del anterior artículo 187¹⁸³.

Se puede decir que, con la nueva normativa penal los preceptos se “especializan” en cierto modo, dejando que el artículo 187 CP hable únicamente del delito de prostitución coactiva dejando fuera supuestos de personas menores o discapacitados¹⁸⁴ mientras que el artículo 188 recoge todos los supuestos de prostitución de menores y discapacitados en un mismo supuesto (a excepción del delito de omisión recogido en el artículo 189).

Las penas contempladas en la última reforma legislativa son las mismas que antes de su entrada en vigor en los casos de prostitución coactiva relativos a menores o incapaces (arts. 188.2 y 3), no han sido modificadas. Si bien es cierto, debemos volver a recalcar una de las modificaciones que caracterizan la L.O. 1/2015 y que está presente en dicho subtipo agravado, la cual será el aumento de la edad a los dieciséis años para considerarse la aplicación del tipo “súper agravado”.

Desde mi punto de vista, se entiende necesaria dicha cualificación, ya que el hecho de emplear violencia o intimidación con respecto a personas menores de edad, no solo considera que pone en peligro el bien jurídico de la libertad o indemnidad sexuales, sino que también supone una lesión a la integridad física y/o moral. Por otro lado, podríamos volver a manifestarnos acerca del aumento de la edad a dieciséis años para considerarse la inclusión en el ámbito del tipo “súper agravado”; sin embargo, ya hemos hablado de ello con anterioridad, por lo que nos remitimos a lo que hemos expresado entonces.

¹⁸³El artículo 188 del anterior Código Penal (L.O. 5/2010) contemplaba dos subtipos agravados; en primer lugar, el apartado segundo, en el que se castiga con pena de prisión de cuatro a seis años para aquellos individuos que realicen las conductas mencionadas en el artículo 188.1 sobre persona menor o incapaz. Por último, el apartado tercero, contiene el castigo con una pena de prisión de seis a diez años para aquellos que realicen las mencionadas conductas siendo la víctima menor de trece años.

¹⁸⁴ DÍAZ VELASCO ABOGADOS. *Reforma Código Penal: artículo 187. Prostitución coactiva*. [Fecha de consulta: 5 de agosto de 2015]. <http://www.diazvelasco.com/articulos/reforma-codigo-penal-articulo-187-prostitucion-coactiva/>

CONCLUSIONES

En atención a la investigación realizada en relación con la prostitución de menores o personas con discapacidad que requieren una especial protección, hemos encontrado algunas cuestiones que suscitan numerosas diferencias interpretativas. Resumo a continuación las principales (no únicas) conclusiones de mi trabajo:

1. Como ya se ha mencionado a lo largo del estudio, el concepto utilizado por la doctrina española de prostitución supone que esta es aquella actividad que. Ejercida con cierta cotidianeidad o habitualidad, consiste en la prestación de servicios de naturaleza sexual a cambio de una prestación de contenido económico. Por tanto, podremos decir que existirá prostitución, en este sentido, cuando concurren necesariamente los siguientes factores:
 - Precio o contraprestación económica.
 - Habitualidad.

Sabiendo que el precio o contraprestación económica es ineludible, hemos podido observar que algunos autores se oponen a la concurrencia de la habitualidad como característica necesaria de la prostitución. La jurisprudencia ha delimitado que la habitualidad se encuentra dentro de las características absorbidas en el término de “prostitución”. Sin embargo, apoyándonos en las manifestaciones de otros autores se ha concluido que la habitualidad no debería considerarse necesaria para que se produjera la situación de prostitución, puesto que eso provocaría que en un acto sexual aislado a cambio de precio quedaría, el sujeto que indujera, promoviese, favoreciere o facilitare la prostitución, o bien al cliente de la relación sexual con persona menor de edad o discapacitado quedaría impune.

2. Con respecto a la cuestión que se presenta con el bien jurídico protegido, nos decantamos, como ya nos hemos manifestado en que no podrá ser el mismo que en aquellos casos en los que el sujeto pasivo es mayor de edad, puesto que los menores o discapacitados carecen de autonomía en los comportamientos de ámbito sexual, al no tener capacidad para comprender la naturaleza del hecho y

la realización de dichas conductas puede alterar su desarrollo y formación de la personalidad. Será precisamente esto lo que nos haga manifestarnos en pro de aquella tendencia doctrinal que defiende la indemnidad sexual como bien jurídico protegido, para proteger su futura y normal evolución y desarrollo de la personalidad; si bien es cierto, es necesario hacer la matización de que en algunas circunstancias, y en edades superiores (aunque no se alcance aún la mayoría de edad) se entenderá que si ostentarán algunos individuos libertad sexual.

Entendiendo que para los casos de delitos de ámbito sexual cuyos sujetos pasivos son menores es necesario establecer un límite de edad para que se produzca un incremento punitivo acorde con una mayor protección de la infancia, el límite de esta edad establecido en el nuevo Código Penal (que como ya se ha manifestado en diversas ocasiones en el TFG, será de dieciséis años) nos resulta, criticable, puesto que dicha modificación está revestida de una gruesa capa de moralidad, ya que los estudios observados para el desarrollo de la investigación demuestran que el proceso de maduración sexual se produce entre los ocho y quince años; además, si hemos entendido que algunos menores pueden ostentar como bien jurídico protegido la libertad, nos resultaría contradictorio que a dichos menores de elevada edad, como podemos considerar a un individuo de dieciséis años, se les tienda a proteger con los subtipos agravados de los preceptos penales recogidos en la legislación penal.

En relación con la punibilidad de la conducta del cliente, entendemos correcto y coherente que se les considere responsables criminalmente, puesto que la contratación de los servicios sexuales pueden contribuir a la prostitución, ya que el precio puede motivar al menor o discapacitado, al no estar dichos sujetos desarrollados de forma completa para comprender la naturaleza del hecho. La L.O. 1/2015, de 30 de marzo, ha delimitado la diferenciación de las conductas de inducir, promover, facilitar o favorecer la prostitución, de las conductas del cliente de la prestación sexual a través de la pena, como ya se ha manifestado, entendiéndose más grave las primeras conductas; dicha diferenciación, a pesar de que pueda ser objeto de críticas, nos parece razonable, llevándonos a reflexión sobre aquellos casos en los que se admite el dolo eventual por el desconocimiento de la edad de la persona prostituida.

No podemos olvidar aludir a la posibilidad de que la pedofilia sea considerada como una eximente de la responsabilidad penal; tras el estudio determinado para detectar dicha enfermedad, el diagnóstico, como ya hemos visto puede ser de diferentes grados. Eso hace que acudamos al artículo 20.1º CP, siendo este tema objeto de numerosas discusiones doctrinales, decantándonos por la manifestación jurisprudencial del TS que determina que la pederastia no puede considerarse una circunstancia eximente de la responsabilidad criminal, puesto que el propio tribunal interpreta que los sujetos que padecen esta enfermedad son libres de actuar al tener una capacidad de querer, de entender y obrar plenas; la única posibilidad que podría plantearse sería la aplicación de una circunstancia atenuante analógica de anomalía psíquica. Ya que incluir la pedofilia supondría la no punibilidad de todo aquel que realizara conductas de índole sexual cuyas víctimas no hubieren alcanzado la mayoría de edad o fuesen discapacitados.

BIBLIOGRAFÍA.

AGUILAR GONZÁLEZ, Laura A. “La explotación Sexual Comercial Infantil (ESCI) en el turismo: Análisis del turismo sexual internacional que afecta a la niñez”. *Pasos: Revista de turismo y patrimonio cultural*. 2005. Vol. 3, Nº 1. PP 207 – 210. ISSN-e 1695 – 7121.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “¿Protección penal de la dignidad?: a propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”. *Revista penal*, 2007, nº 19. P. 3-20. ISSN 1138-9168.

ALONSO PÉREZ, Francisco. “Los nuevos delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2000, nº 8. P. 1561-1568. ISSN 0211-2744.

BECERRA GARCÍA, Juan Antonio. “Consideraciones sobre la clasificación diagnóstica de la pedofilia en el futuro DSM-V”. *Cuadernos de medicina psicosomática y psiquiatría de enlace*. 2012, nº 103. P. 6. ISSN 1695 – 4238.

BECERRA GARCÍA, Juan Antonio. “¿Existe un perfil característicos de psicopatología de la personalidad en pedofilia?” *Cuadernos de medicina psicosomática y psiquiatría de enlace*. 2013, nº 105. P. 5. ISSN 1695 – 4238.

BUENO ARÚS, Francisco “Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación político-criminal de la reforma española de 1999”, *Estudios de Derecho Judicial*, 1999, nº 21; pp. 261-286. ISBN 84-89324-93-X

CABRERA MARTÍN, Myriam. “Los menores frente a los delitos sexuales: estado actual de su protección penal en España”. *Crítica*, 2011, nº 976. P. 35-39. ISSN 1131-6497.

CAPELLÀ I ROIG, Margalida. “Turismo sexual infantil y jurisdicción extraterritorial”. En: Ana Isabel PÉREZ CEPEDA. *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*. Tirant Lo Blanch, 2012, monografías 813. PP 391 – 461. ISBN 978-84-9004-781-1.

COBO DEL ROSAL, Manuel; QUINTANAR DÍEZ, Manuel. “De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”. En: Manuel COBO DEL ROSAL [dir.]. “*Comentarios al Código Penal*”. 2ª Ed. Edersa, 1999, tomo VI. PP 678 – 770. ISBN: 84-8494-046-2

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. “Delitos de prostitución: especial referencia a la prostitución con menores”. En: José Luis DIEZ RIPOLLÉS. *Delitos contra la libertad sexual*. Estudios de Derecho judicial, 1137-3520;nº 21, Madrid, 1999. pp. 287-322. ISBN 84-89324-93-X.

CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. “El menor como víctima del delito tras la última reforma del Código Penal”, pp. 25-48; en: Teresa ARMENTA DEU [et al.]. “La víctima menor de edad: un estudio comparando Europa/América, 2010, ISBN 978-84-8342-271-7.

CUERDA ARNAU, María Luisa. “Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, nº 7. P. 197-274. ISSN 1134-9670.

CUGAT MAURI, Miriam, “Prostitución y corrupción de menores e incapaces”. En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier [Dir.]. *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, 2011, volumen I. P. 667-721. ISBN 978-84-9004-122-2.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho Penal*. PPU, Barcelona. 1991. ISBN 84-7665-796-X.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. “Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión: ¿un caso de dolo alternativo?”. *Poder Judicial*, 1991, nº 24. P. 203-220. ISSN 021-8815

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel “Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual?”. En: Víctor GÓMEZ MARTÍN [dir.]. *Política criminal y reforma penal*, 2007; pp. 335-379. ISBN 978-84-96261-43-3.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. “Prostitución: la eventual responsabilidad penal de los clientes”. En: MUÑOZ CONDE, Francisco José. *Problemas actuales del*

derecho penal y de la criminología: Estudios Penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. 2008, P. 791-832. ISBN 978-84-9876-136-8.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”. *Estudios de Derecho Judicial*, 1999, nº 21. P. 215-260. ISBN 84-89324-93-X.

FERREIRA MARINHO, Marcela; CAPELLANO DOS SANTOS, Marcia María. “Representaciones sociales del fenómeno turismo sexual: análisis de notas periodísticas”. *Estudios y perspectivas en turismo*. 2011. Vol. 20, Nº 5. PP 1175 – 1195. ISSN-e 1851 – 1732.

FORERO MEDINA, Nelson Camilo. “Turismo sexual: síntoma de la mercantilización de la vida humana”. *Cuadernos de Intercambio sobre Centroamérica y el Caribe*. 2015. Vol. 12, Nº 1 (ejemplar dedicado a: Nuevos retos y nuevas rutas en Centroamérica y el Caribe). PP 73 – 95. ISSN 1659 – 0139.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen [coord.]. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (II). *Nociones fundamentales de derecho penal: parte especial (adaptado al EEES)*, Tecnos, Madrid, 2010. pp. 207-214. ISBN 978-84-309-5186-4.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. “La eximente de anomalía o alteración psíquica” (art. 20.1 CP): una problemática abierta hacia el futuro científico. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. 2003, tomo 56, Fasc/mes 1. PP 151 – 174. ISSN 0210 – 3001.

JOUEN, Frederic/ZIELINSKI Seweryn. “La explotación sexual comercial de menores en los destinos turísticos. Conocimientos, actitudes y prevención de los prestadores de servicios turísticos en Taganga, Colombia. *Pasos: Revista de turismo y patrimonio cultural*. 2013. Vol. 11, nº 1. PP 121 – 134. ISSN-e 1695 – 7121.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía”, Civitas, Madrid, 2002. ISBN 84470-1911-X.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”. *Poder Judicial*, 1986, nº 2. P. 73-92. ISSN 0211-8815.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. “Parte subjetiva del tipo. Elementos subjetivos del tipo. El dolo”. Diego- Manuel LUZÓN PEÑA. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Tirant Lo Blanco, 2012. pp. 230-258. ISBN 978-84-9033-269-6.

MORALES GARCÍA, María Luisa [et al.]. “Abuso sexual infantil. Credibilidad del testimonio”. *Eúphoros*, 2002, nº 5. P 37-60. ISSN 1575-0205.

MUÑOZ CONDE, Francisco. “Delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores. Disposiciones comunes al Título VIII”. En: Francisco MUÑOZ CONDE. “*Derecho penal. Parte especial*”. 19ª edición. Tirant Lo Blanch, 2013; pp. 233-252. ISBN 978-84-9053-444-1.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís. “Sexualidad y Derecho. Elementos de sexología jurídica”. *Editorial Hispano-Europea*, 1976, Barcelona. P. 116-117. ISBN 84-255-0435-x.

NEVADO FERNÁNDEZ, Celia. *Características y consecuencias psicológicas de la violencia sexual en adolescentes*. Universidad de Sevilla, 2008.

ORTS BERENGUER, Enrique. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. pp. 243-289. En: *Derecho Penal, Parte especial*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008. pp. 269-278; ISBN 978-84-9786-323-2.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan. “Delitos contra la libertad (III): delitos contra la libertad sexual.” En: Prof. Dr. Joan QUERALT JIMÉNEZ. “*Derecho Penal. Parte especial*”. 4ª Edición, Atelier, 2002; pp. 109-145. ISBN 84-95458-75-6.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el anteproyecto de Código Penal. *Política criminal: Revista electrónica Semestral de Políticas Públicas en materias penales*, 2006, nº 1. ISSN-e 0718-3399.

RODRÍGUEZ MESA, María José. “El Código Penal y la explotación sexual comercial infantil”. *Estudios Penales y criminológicos*. 2012. Nº 32. PP 197 – 246. ISSN 1137 – 7550.

RUEDA MARTÍN, Mª Ángeles. “*¿Participación por omisión? Estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor. Atelier libros jurídicos*”. Justicia penal, Barcelona, 2013. ISBN: 978-8415690-27-6.

TAMARIT SUMALLA, José María. “*La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual: análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía infantil*”. Aranzadi, 2000. ISBN 848-410-47-61.

TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. “Delitos contra la indemnidad sexual de los menores”. En: Gonzalo QUINTER OLIVARES (Dir.). *Comentario a la reforma penal de 2015*. Aranzadi, 2015; pp. 421 – 435. ISBN 978-84-9098-371-3.

TRABAZO ARIAS, Victoria; AZOR LAFARGA, Fernando. “La pedofilia: un problema clínico, legal y social”. *EduPsykhé: Revista de psicología y psicopedagogía*. 2009, vol. 8, nº 2. PP 195 – 219. ISSN-e 1579 – 0207.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Código Penal comentado (actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*. Atelier, 2015. ISBN 978-84-45690-78-8

VEGA GUTIÉRREZ, José Zamyra. “El delito de uso de información privilegiada en el mercado de valores, especialmente en el derecho penal español. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2012, nº 25. P 211-299. ISSN 1575-720X.

▪ **OTROS RECURSOS ELECTRÓNICOS.**

ABC. *Cae una red de prostitución que ofrecía hasta 400 menores de entre 14 y 17 años*. [Fecha de consulta: 15 de agosto de 2015].

<http://www.abc.es/espana/20150121/abci-detenidos-operacion-prostitucion-201501211121.html>

Carlos Hidalgo. *Los cinco madrileños que busca Interpol*. [Fecha de consulta: 30 de julio de 2015]. <http://www.abc.es/20120418/local-madrid/abci-cuatro-madrilenos-busca-interpol-201204171836.html>

CUATRO. *Detenidas 11 personas en Málaga por prostitución de menores*. [Fecha de consulta: 18 de agosto de 2015]. http://www.cuatro.com/noticias/sociedad/Velez-Malaga-prostitucion-de-menores-servicios-sexuales-detenciones_2_1987680096.html

DERECHO EN RED. *El tipo subjetivo*. [Fecha de consulta: 16 de julio de 2015]. <http://www.infoderechopenal.es/2013/07/el-tipo-subjetivo.html>

DIARIO DE MALLORCA. *Operación Nancy: 59 años para los siete acusados de prostituir a menos a cambio de droga*. [Fecha de consulta 18 de julio de 2015]. <http://www.diariodemallorca.es/sucesos/2014/02/19/operacion-nancy-59-anos-siete/912309.html>

DIARIO SUR. *Cae una red en Vélez que ofrecía menores “a la carta” para prostituirlas en una finca sin saberlo sus padres.* [Fecha de consulta: 18 de agosto de 2015]. <http://www.diariosur.es/axarquia/201505/15/desarticulan-organizacion-dedicada-explotacion-20150515110134.html>

DÍAZ VELASCO ABOGADOS. *Reforma Código Penal: artículo 187. Prostitución coactiva.* [Fecha de consulta: 5 de agosto de 2015]. <http://www.diazvelasco.com/articulos/reforma-codigo-penal-articulo-187-prostitucion-coactiva/>

EL MUNDO. *Adolescentes prostituidas por Whatsapp.* [Fecha de consulta: 15 de agosto de 2015], <http://www.elmundo.es/espana/2015/01/20/54be5e6022601dc4108b4580.html>

EL MUNDO. *Tenemos a niñas de 14 y 15 ejerciendo la prostitución en la calle.* [Fecha de consulta: 20 de agosto de 2015]. <http://www.elmundo.es/madrid/2015/08/06/55c3b6d5268e3e114b8b45b3.html>

EL PAÍS. *La red de Murcia prostituía a niñas por Whatsapp a cambio de 200 euros.* [Fecha de consulta: 15 de agosto de 2015]. http://politica.elpais.com/politica/2015/01/21/actualidad/1421839325_774023.html

La explotación sexual comercial infantil. [Fecha de consulta: 2 de agosto de 2015]. <http://tiposdeprostitucioninfantil.blogspot.com/es/2012/01/referido-en-el-informe-global-de.htm?m=1>

LA GACETA. *Los madrileños buscados por la Interpol.* [Fecha de consulta: 30 de julio de 2015]. <http://www.gaceta.es/noticias/los-madrilenos-buscados-interpol>

MANUEL MARLASCA. *Condenado en Camboya el pederasta Francisco Pellicer.* [Fecha de consulta: 30 de julio de 2015]. <https://manuelmarlasca.wordpress.com/tag/francisco-pellicer/>

NTN. *Policía española desmantela red de prostitución con menores de edad en el sur del país.* [Fecha de consulta: 18 de agosto de 2015]. <http://www.nten24.com/noticia/policia-espanola-desmantela-red-de-prostitucion-con-menores-de-edad-en-el-sur-del-pais-51116>

REDACCIÓN ONMEDA. *Borderline (trastorno límite de la personalidad): definición.*[Fecha de consulta: 6 de agosto de 2015].
<http://www.onmeda.es/enfermedades/borderline-definicion-3076-2.html>

ÚLTIMA HORA. *Condena de 59 años de cárcel a siete acusados de drogar y prostituir a menores en Palma.* [Fecha de consulta 18 de julio de 2015].
<http://ultimahora.es/sucesos/ultimas/2014/02/18/118345/condenan-total-anos-carcel-siete-acusados-operacion-nancy.html>

ANEXO I. NORMATIVA CITADA.

Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de noviembre de 1995, núm. 281).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio de 1985, núm. 157).

Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE de 1 de mayo de 1999, núm. 104).

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (Instrumento de ratificación, BOE de 31 de enero de 2002, núm. 27).

Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía (DOUE de 20 de enero de 2004, núm. 13).

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 26 de noviembre de 2003, núm. 283).

Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE de 3 de diciembre de 2003, núm. 289).

Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (instrumento de ratificación, BOE de 12 de noviembre de 2010, núm. 274).

Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (DOUE de 21 de enero de 2012, núm. 18).

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 23 de junio de 2010, núm. 152).

L.O. 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la L.O. 1/2014, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. (BOE de 14 de marzo de 2014, núm. 63).

Ley 4/2014, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal (BOE de 31 de marzo de 2015, núm. 77).

ANEXO II. JURISPRUDENCIA Y ACUERDOS NO JURISDICCIONALES.

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- Sentencia de 20 de noviembre de 2001 (asunto C-268/99).

Sentencias del Tribunal Supremo:

- STS de 16 de julio de 1991 (*aún no se había comenzado a numerar las sentencias*).
- STS de 1 de octubre de 1993 (*aún no se había comenzado a numerar las sentencias*).
- STS de 8 de febrero de 1995 (*aún no se había comenzado a numerar las sentencias*).
- STS 1029/1996, de 18 de diciembre.
- STS 19/1997, 22 de enero.
- STS 654/1997, de 9 de mayo.
- STS 1251/1997, de 7 de noviembre.
- STS 1207/1998, de 7 de abril de 1999.
- STS de 971/1999, de 9 de junio.
- STS 724/2000, de 17 de abril.
- STS 1016/2003, de 2 de julio.
- STS 159/2005, 11 de febrero de 2005.
- STS 1360/2005, 3 de noviembre.

- STS 484/2007, 29 de mayo.
- STS 494/2007, de 8 de junio.
- STS 445/2008, 3 de julio.

- STS 2891/2009, de 14 de abril,
- STS 1971/2010, de 13 de abril;
- STS 510/2010, 21 de mayo.
- STS 235/2011, 9 de marzo.
- STS 132/2013, de 19 de febrero.

- STS 1958/2013, 17 de octubre.

Sentencias de Audiencia Provincial:

- Audiencia Provincial de Álava:

- SAP 84/2003, 30 de mayo.

- Audiencia Provincial de Sevilla:

- SAP 74/1998, de 19 de marzo.

- SAP 85/2009, de 16 de diciembre.

Acuerdos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo:

- Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda, de 12 de febrero de 1999