



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA
COMUNICACIÓN

GRADO EN DERECHO

**“LOS DELITOS DE PROSTITUCIÓN Y CORRUPCIÓN DE
MENORES. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA REFORMA DEL
CÓDIGO PENAL DE 2015”**

(Convocatoria de junio 2016)

Autor: Lorena Cristchinny Cortezão de Vasconcelos

Tutor: Antonio Javato

ÍNDICE

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE (ABSTRACT AND KEY WORDS).....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
1. EL CONCEPTO DE PROSTITUCIÓN	8
2. ANTECEDENTES DEL FENÓMENO DE LA PROSTITUCIÓN	9
2.1. Antecedentes históricos en España	12
2.2. Evolución legislativa de los Delitos Relativos a la prostitución en España	15
3. MODELOS DE PUNICIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.....	21
3.1. Sistema Abolicionista	21
3.1.1. Argumentos a favor y en contra	22
3.1.2. Ley de Prostitución Sueca.....	23
3.1.2.1. Aspectos generales.....	23
3.1.2.2. Supuesto éxito de la ley.....	24
3.1.2.3. Algunas consecuencias negativas de la ley Sueca.....	25
3.1.3. Sistema de Francia	26
3.2. Sistema Prohibicionista.....	27
3.3. Sistema Reglamentarista.....	28
3.3.1. Argumentos a favor y en contra	28
3.3.2. Prostitución en Alemania.....	30
3.3.2.1. Alemania, después de la Ley sobre Prostitución.....	31
3.3.2.2. Principales efectos de la Ley y su aplicación en la práctica.....	33
3.3.3. La Prostitución en Holanda.....	34
3.3.3.1. Resultados.....	36
3.4. Fenómeno de la laboralización en España	38
3.4.1. Especial referencia a la Comunidad Autónoma de Cataluña	42
4. LA PROSTITUCIÓN Y LA PORNOGRAFÍA INFANTIL EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	45
4.1. La Pornografía infantil en el Derecho Internacional.....	46
4.1.1. Instrumentos internacionales	46
4.1.2. Unión Europea.....	47
5. LA PROSTITUCIÓN Y LA PORNOGRAFÍA INFANTIL EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL.....	48
5.1. Consideraciones generales y exposición de motivos.....	48

5.2. Introducción y Bien Jurídico Protegido.....	49
5.2.1. Bien jurídico protegido.....	50
5.2.1.1. Doble bien jurídico.....	50
5.3. Prostitución coactiva mayores de edad – artículo 187	51
5.3.1. Conductas típicas	52
5.3.2. Circunstancias Agravantes	57
5.3.3. Concurso	58
5.4. Prostitución de menores de edad – artículo 188	59
5.4.1. Conductas típicas	59
5.4.2. Supuesto cualificado	65
5.4.3. Circunstancias agravantes:	66
5.4.4. Concurso	68
5.5. Pornografía Infantil - artículo 189	68
5.5.1. Definición de Pornografía Infantil	69
5.5.2. Conductas típicas	73
5.5.3. Tipos Agravados	84
5.5.4. Tipos Autónomos	93
5.5.4.1. Asistencia a espectáculos pornográficos, art. 189. 4.....	93
5.5.4.2. Adquisición y posesión de pornografía infantil, art. 189.5.....	94
5.5.4.3. Acceso a sabiendas a pornografía infantil, art. 189.5 párr. 2º	97
5.5.4.4. Omisión de progenitores y asimilados de impedir la continuación de actividades pornográficas.....	98
5.5.5. Potestad judicial para la retirada o bloqueo de páginas web u restricción de acceso a usuario.....	99
5.5.6. Responsabilidad de las personas jurídicas	100
5.5.7. Equiparación de condenas extranjeras a condenas impuestas por jueces españoles.....	100
CONCLUSIONES.....	101
ANEXOS.....	105
BIBLIOGRAFÍA.....	111

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE (ABSTRACT AND KEY WORDS)

RESUMEN

La presencia del fenómeno de la prostitución en el mundo es más que evidente y las soluciones que adoptan los diversos países son distintas. España no castiga a la prostituta que ejerce libremente, sino sólo y cuando interviene algún tipo de proxeneta y que haya abuso por su parte, así como también la prostitución de menores e incapaces. Este trabajo trata de analizar los diversos modelos existentes en el mundo, pasando de la prohibición a la legalización, donde las prostitutas pueden ser consideradas como “trabajadoras del sexo”. Además, se analiza minuciosamente los artículos del Código Penal que regulan los delitos relativos a la prostitución tanto de adultos como de menores y la pornografía infantil (artículos 187-190), incidiendo en la reforma llevada a cabo recientemente por la Ley Orgánica de 1/2015.

PALABRAS CLAVE

Prostitución - Pornografía Infantil – Derechos - Código Penal

ABSTRACT

The presence of the phenomenon of prostitution in the world is more than evident and the solutions adopted by different countries are different. Spain does not punish the prostitute who exercised freely, but only as some kind pimp intervenes and has meanwhile abuse and obviously punishes child prostitution. This paper attempts to analyze the various existing models in the world, from the prohibition to legalization, where prostitutes can be considered as "sex workers". In addition, articles of the Penal Code covering offenses related to prostitution both adults and children and child pornography (Articles 187-190) are thoroughly analyzed, focusing on the reform carried out recently by the Organic Law 1/2015.

KEY WORDS

Prostitution - Child Pornography - Rights - Penal Code

INTRODUCCIÓN

Se debe destacar que la prostitución es una actividad que existe desde siempre y el estigma y prejuicio que hay sobre ella es de gran proporción, ya sea porque a menudo se relaciona la actividad con la trata de personas y al abuso por parte de las redes de prostitución a las mujeres o por simples prejuicios morales. Lo cierto es que la prostitución mueve alrededor de 18.000 millones de euros anuales en España¹ y aun así es una actividad invisible que excluye socialmente a las protagonistas.

El objetivo de este trabajo es dar a conocer el fenómeno de la prostitución desde una esfera jurídica, es decir, analizando los artículos del Código Penal español relativos al tema, así como resoluciones judiciales y su aplicación en la práctica. Antes de todo, busqué delimitar un concepto de prostitución, tarea que me fue difícil ya que la cantidad de información y opiniones sobre el tema es diversa, pero en general, todos tienden a entenderla como una actividad sexual a cambio de un precio, es decir, lo que caracteriza la prostitución es el carácter de venalidad².

Respecto a la terminología empleada para referirse a la prostituta utilicé diversas terminologías, tales como “prostituta”, “trabajadora sexual” o “personas que ejercen la prostitución”. En mi opinión, los términos no son excluyentes como algunas posturas radicalistas tratan de afirmar, sino que se pueden utilizar complementariamente, dependiendo del contexto. Algunas posiciones radicales ven a las prostitutas como víctimas, a menudo relacionándolas con la trata de personas, sin embargo, pese a que, infelizmente, el número de cantidad de víctimas es elevado, no debemos generalizar, porque sí existen prostitutas que ejercen voluntariamente, como explico en el trabajo, además existen asociaciones de prostitutas que quieren que se legalice la prostitución y que tengan derechos laborales y sociales.

La metodología utilizada en este trabajo ha sido de investigación documental, para el cual me he servido de diversas fuentes bibliográficas de autores especialistas en la materia, así como también utilicé referencias de internet, tales como noticias o artículos online.

¹ Raquel Quelart, [en línea] “*Pedro Bufao: Si legalizáramos la prostitución, convertiríamos al Estado en el principal proxeneta*”. < <http://www.lavanguardia.com/vida/20111229/54241601771/prostitucion-problema-legalizacion.html>> *La Vanguardia*, 2011. Consulta: 17 de junio 2016

² Véase apartado 1 “Concepto de prostitución”.

Después de recabar información, leer y estudiar innúmeros puntos de vistas, he organizado el trabajo en la siguiente estructura:

En primer lugar, busco, en este trabajo, dar una contextualización histórica del fenómeno de la prostitución en el mundo y en España. Se puede observar que dicho fenómeno, a medida que nos adentramos en civilizaciones complejas, se transforma en un problema social hasta llegar que se refleja en los tiempos actuales.

En segundo lugar, paso a estudiar los modelos jurídicos de prostitución en otros países europeos. En este apartado distingo las posturas abolicionistas, reglamentistas, prohibicionistas y, hago una pequeña referencia al fenómeno de la laboralización, donde se tiene a considerar las prostitutas como trabajadoras sexuales. Partidaria de la posición abolicionista está Suecia, donde las prostitutas son víctimas en todo caso y el cliente es el castigado por la norma penal; En la posición reglamentista está Alemania y Holanda, que también pueden encajar en el fenómeno de la “laboralización”, ya que otorgan derechos sociales a las trabajadoras del sexo.

Dentro de este último apartado, me pareció importante hacer referencia a la Comunidad Autónoma de Cataluña, no porque ésta haya regulado derechos laborales para las prostitutas, que no es el caso ya que no tiene competencia para ello, sino porque es una de las pocas comunidades que han regulado, de alguna forma, ya sea mejor o peor, la prostitución. Regulación que, en este caso, hace referencia a los locales donde podrán ejercer y a las licencias administrativas que puede otorgar el ayuntamiento.

En tercer lugar, antes de pasar al estudio minucioso de los artículos del Código Penal referidos a la prostitución, me pareció de extrema importancia hacer mención a los textos internacionales que regulan la prostitución y la pornografía infantil, sobre todo para comprender por qué se regula de la manera que se regulan dichos delitos en el Código Penal, es decir, que lo contenido en la ley española es fruto de una serie de textos internacionales y europeos, fundamentalmente.

Finalmente, en cuarto lugar, abordo la prostitución y la pornografía infantil en el sistema penal español. Para empezar el análisis de los tipos (arts. 187 a 190), es fundamental delimitar el bien jurídico protegido que en este caso es la libertad sexual o indemnidad sexual, en el caso de los menores o incapaces.

A lo largo del trabajo, analizo los artículos uno a uno, apartado por apartado, incidiendo sobre todo en las nuevas modificaciones introducidas por la Ley orgánica 1/2015, donde sigo la estructura de: las conductas típicas o el tipo básico, tipos agravados, elementos objetivos y subjetivos y pena.

1. EL CONCEPTO DE PROSTITUCIÓN

Dar una definición de la prostitución no es tarea sencilla ya que es un tema polémico y complejo. El sistema penal español tampoco ofrece una definición legal de prostitución. Debemos tener en cuenta su valoración social del tema y según la RAE³, la prostitución es la “actividad de quien mantiene relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero”. Según la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado, este es el criterio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo indicando que en el ámbito del Derecho Penal, es evidente que la prostitución implica el mantenimiento de relaciones sexuales a cambio de dinero cualquiera que sea la importancia del precio (SSTS 1905/2001; 1080/2006; 484/2007).

Por lo tanto, es el carácter de **venalidad** (de vendible o expuesto a venta) el elemento que define la prostitución en cuanto actividad sexual, habiendo perdido relevancia, jurídica y socialmente, los otros dos elementos históricamente relevantes: la *promiscuidad* (relaciones con una pluralidad de sujetos) y la *profesionalidad*, pues aunque normalmente implica una tendencia a la reiteración o habitualidad (STS 1080/2006; 484/2007, 378/2011) no aparece descrita en la definición legal del tipo.

Respecto a la habitualidad⁴, según el Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, Miguel Gómez Tomillo, está fuera de duda que tal requisito no es imprescindible y lo explica planteando dos cuestiones: en primer lugar, la cuestión de cuantos actos de naturaleza sexual serían necesarios para que se colmen los requisitos de habitualidad (¿Dos? ¿Tres? ¿Cuatro?). Llega a la conclusión de que concretar el número no deja de ser algo arbitrario ya que plantea el problema de la determinación de cuándo se desborda el ámbito de la tentativa. En segundo lugar, dice que la exigencia del requisito de habitualidad no es razonable de cara a la tutela del bien jurídico protegido. Si el pasivo es un menor, sin lugar a dudas, dado que se tutela su indemnidad sexual, es suficiente un acto de intercambio sexual por dinero. Sin embargo, si es un adulto, teniendo en cuenta la voluntariedad se tutela su libertad sexual; pero la exigencia de habitualidad supondría excluir de la tipificación penal los supuestos en que una persona fuerce a otra mayor de edad a realizar un acto sexual aislado.

³ Real Academia Española: consultado el 3 de mayo de 2016 <http://www.rae.es/>

⁴ Según Orts Berenguer en “*Los delitos contra la libertad sexual*” es necesario para la consumación del delito la existencia de, al menos, un acto de naturaleza sexual, pág. 578.

En el ámbito jurídico, no es de total relevancia la consumación completa de la prestación sexual, sino que, de acuerdo con la tipificación de los delitos relativos a la prostitución, basta que se atente, de cualquier forma, a la libertad sexual de la víctima y directamente contra su dignidad personal (STS 651/2006). Por ello, puede abarcar las denominadas actividades de alterne (eufemismo con el que muchas veces trata de encubrirse verdaderos casos de prostitución (STS 1428/2000) pero con aderezos (STS 728/2005), o los llamados masajes eróticos (STS 556/2008).

La prostitución generalmente la ejercen las mujeres, pero también hombres y niños, y las prestaciones sexuales pueden realizarse de forma heterosexual o bien homosexual.⁵ Un problema que se deriva de este hecho, es la terminología empleada para referirse a la persona que realiza la prostitución.

Los defensores de la naturaleza laboral de la prostitución aluden a la expresión “persona que ejerce la prostitución” y “trabajador sexual” o “profesional del sexo”. Sin embargo, son términos no aceptados ya que muchas de las propias personas involucradas no reconocen su participación en el comercio sexual como un trabajo ni lo consideran una actividad económica legítima. Estas expresiones no han tenido mucho éxito respecto a aquellas personas que consideran la prostitución como una forma de esclavitud sexual o una violación de derechos de las personas involucradas.

El término “persona prostituida” lo utilizan organizaciones para desplazar la vergüenza, el estigma social y criminalización de las personas que se prostituyen hacia las personas que les fuerzan, explotan y obligan a prostituirse. También es utilizada la expresión "comercio sexual" para hacer referencia a las personas que venden un servicio sexual invisibilizando a las personas que lo compran.⁶

2. ANTECEDENTES DEL FENÓMENO DE LA PROSTITUCIÓN

Se dice comúnmente que la prostitución es la más antigua de las profesiones; sin embargo, no se la ha encontrado entre los pueblos etnológicamente más antiguos. Tuvo su origen y

⁵ G. Davanzo y N. Blásquez [en línea] “Prostitución, Teología Moral”.

< http://www.mercaba.org/DicTM/TM_prostitucion.htm > Consulta: 18 de abril 2016

⁶ Terminología y conceptos en prostitución: Prevención del VIH/SIDA y otras infecciones de transmisión sexual. (2005)

se desarrolló en la forma típica comercializada sólo en civilizaciones avanzadas y a la vez más complejas a nivel social y moral.

De la historia podemos deducir que la prostitución, partiendo de un hecho biológico, se transforma gradualmente en un fenómeno social resultado de determinados condicionamientos culturales, religiosos, económicos y políticos.⁷

La *hospitalidad sexual* es un antecedente que se podía encontrar en algunas sociedades primitivas donde el hombre poseía la libre disposición del cuerpo de la mujer. Consistía en ofrecer la propia mujer, la hija o sirvienta al huésped como señal de estima, sin el significado comercial común en la prostitución de hoy, sino que suponía una especie de servilismo sexual que toda mujer estaba obligada a cumplir si así se lo ordenaba el hombre con quien convivía.

La *prostitución sagrada* constituye otro antecedente, desarrollada en los pueblos primitivos de Babilonia e India, donde en los propios templos religiosos se ofrecían a los dioses vírgenes como prueba de acatamiento y estima. En India, las prostitutas, llamadas *deva-dasis* (siervas y esclavas de los dioses), eran cantoras y bailarinas y disfrutaban de particular instrucción. Las meretrices del culto, consideradas como mujeres sagradas, atestaban los patios de los templos y eran consideradas como transmisoras de las virtudes fecundativas. Había dos clases principales:

(1) La mujer se prostituía con ocasión de grandes solemnidades religiosas;

(2) La mujer ejercía en el mismo templo su oficio y proporcionaban satisfacción sexual a los extranjeros y peregrinos, entregando en ambas, parte de la remuneración a los sacerdotes, para el mantenimiento del templo y de los que en él habitaban.

La *prostitución profana*: La prostitución indiscriminada y comercializada, llamada también profana, florece muy pronto junto a la sagrada, pero se distingue de ella por una diversa mentalidad: prevalece el uso arbitrario del cuerpo y el interés comercial. Fue en la época de Solón, aproximadamente en los años 640-550 a.C., cuando se estableció en Atenas las primeras casas comerciales de prostitución “burdeles” o “dicterias” sometidas a reglamentación. El fin de las leyes era proteger el matrimonio, dando facilidades para evitar el adulterio, que se castigaba con la pena de muerte.

⁷ Garrido Guzmán, L. “*La prostitución: estudio jurídico y criminológico*” Madrid: EDERSA, 1992, pág. 31.

Este tipo de prostitución se estructuraba en una jerarquía⁸:

- Las *Hetairas* estaban dotadas de cualidades físicas y culturales. Se podían considerar como prostitutas de lujo y eran las únicas mujeres cultas de Atenas. Solo podían acceder a ellas hombres de influencia (hombres políticos).
- Las *Dicteriadas* se encontraban en un nivel social inferior; participaban en fiestas tocando instrumentos musicales para distraer a los concurrentes, con los que solían mantener contactos sexuales después.
- Las *Aulétridas* formaban la categoría más baja de las prostitutas. Se ponían a disposición de cualquier hombre a cambio de una pequeña compensación económica.

En Roma, se reglamenta la prostitución por primera vez con el edil Marco, en el año 180 a.C⁹. Las prostitutas tenían que inscribirse en un registro especial y poseían una cartilla que las permitía realizar las actividades dentro de la localidad. Sin embargo, esta reglamentación está muy lejos de ser como la griega, aquí la prostitución es vista como infame y marginaba totalmente a la prostituta: no gozaban de derechos civiles y su condición social pasó a ser de prostituta-esclava, en términos legales, permitiendo que naciera así, una especie de proxenetismo legalmente autorizado, que contaba con la supervisión del Estado.

Como en Grecia, en Roma existían diferentes clases de prostitutas¹⁰:

- *Delicatae*, que eran aquellas que permanecían enclaustradas en los burdeles;
- *Lorettes*, de procedencia francesa y famosas por las grandes cantidades de dinero que recibían de sus clientes.
- *Lupae*, o mujeres lobo, que merodeaban por los bosques cercanos a las ciudades y atraían a los clientes imitando aullidos de ese animal.
- *Copae*, que servían copas en tabernas y posadas.
- *Foraie*, cuyo campo de acción eran los caminos.

⁸ Op. Cit. Garrido Guzmán, “La prostitución...” pág. 32

⁹ G. Davanzo y N. Blásquez [en línea] “Prostitución, Teología Moral”.

<http://www.mercaba.org/DicTM/TM_prostitucion.htm> Consulta: 18 de abril 2016

¹⁰ Ferrando Castro, Marcelo [em línea], “Especial: Prostitutas en la Historia” REDHISTORIA, 6 de marzo 2014. <<http://redhistoria.com/putas-en-la-historia/#.V26pX9IrLMw>>

- *Cuadrantariae*, que constituía la clase más baja y eran las que menos cobraban por los servicios.

En la Edad Media, la prostitución adopta la forma de los burdeles, aunque no faltaban ambulantes, en forma de bailarinas y tañedoras de harpa y cítara. Ejercían su comercio en un gremio reconocido, sin embargo, eran menospreciadas, se les negaba el derecho a la ciudadanía y tenían que vestirse con trajes especiales. La poca población y la pobreza de las ciudades medievales impidieron el lujo y el esplendor que hubo en Grecia y Roma.

La prostitución en la Alta Edad Media se concentró en grandes villas universitarias como Padua, Florencia, París, Oxford. También se convierte en escenario de prostitución los puertos del mar, en la época de las Cruzadas, como Venecia, Nápoles o Lisboa.

En el Renacimiento se difundieron las cortesanas, llamadas así porque vivían junto a las cortes, que repetían el fenómeno de las hetairas griegas, exaltadas y cantadas por los literatos. Desde el siglo XVI las autoridades comenzaron a preocuparse por la difusión de las enfermedades venéreas, por lo cual se prescribía a las prostitutas visitas sanitarias periódicas, prescripciones que se acentuaron en los siglos siguientes. Lo que se tradujo en reglamentos contra la prostitución.

La prostitución se continuaba observando como un “mal necesario” para satisfacer necesidades básicas de las personas (especialmente hombres, teniendo en cuenta el contexto histórico), aunque surge una nueva condición: no se podía ejercer con judíos, sino siempre con cristianos¹¹.

En el siglo XVII tomó impulso la prostitución masculina en los reinados de Luis XIII y Luis XIV en Francia y durante la Restauración Inglesa. La posición social de la prostituta era de miseria total, sujetas a la administración de la policía. En el siglo XIX los casos de prostitución dejaron de ser tan evidentes y polémicos pero eso no quiere decir que la prostitución dejó de existir, por el contrario, toma otras formas.

2.1. Antecedentes históricos en España

¹¹Ferrando Castro, Marcelo [en línea], “*Especial: Prostitutas en la Historia*” REDHISTORIA, 6 de marzo 2014. <http://redhistoria.com/putas-en-la-historia/#.V26pX9IrLMw> [Consulta: 25 de junio 2016]

Me parece importante hacer un repaso histórico de cómo aparece y cómo se ha ido transformando la prostitución en España así como la respuesta del Estado, en cada época, a los cambios sociales y los problemas que derivan de este fenómeno.

Según Guzmán,¹² la primera noticia que se tiene de este fenómeno es hacia el año 230 a.C., en el que las regiones que dominaba Amílcar Barca¹³, llegaron a tan alto grado de depravación de costumbres, que obligó a aquél a dictar severas medidas, tratando de reglamentar la prostitución dominante, sujetando a las mujeres extranjeras a un impuesto llamado *vectigal* (impuesto en producto).

Con la influencia romana y con el contacto principalmente en las ciudades de Cádiz, Tarragona y Lérida la prostitución aumentó. Para controlarlo, se desarrolló un sistema de prostitución matriculada con el nombre de *meretricium*, el edil cobraba una tarifa y había una reglamentación propia. Tiempo más tarde ante la degradación de las costumbres y los efectos perniciosos sobre la sociedad será Justiniano quien intente poner coto a determinadas conductas, imponiendo lo que cabe entender como un sistema prohibicionista. Igualmente reglamentó los baños públicos, evitando que acudieran los hombres y mujeres en total promiscuidad, imponiendo la separación de sexos¹⁴.

Con los visigodos se ejerció una fuerte represión contra las mujeres que la practicaban, sobre todo en el reinado de Recaredo¹⁵. Ya en el Fuero Juzgo se tiene en cuenta los aspectos sanitarios donde contenían algunas disposiciones legales con el objetivo de frenar el fenómeno.

En el siglo VIII con la llegada de los árabes se tiende a una mayor tolerancia hacia la prostitución. No hay ningún tipo de regulación y las prostitutas se concentraban en las llamadas *cabas* que en árabe quiere decir malas mujeres.

¹² Op. Cit. Guzmán Garrido, L. “*La prostitución: estudio jurídico...*” pág. 39

¹³ Amílcar Barca o Barcas (c. 275 a 228 a. C.) fue un general y estadista cartaginés, líder de la familia Bárcida, y padre de Aníbal, Asdrúbal y Magón. También es conocido como gobernante de la Iberia cartaginesa y como posible fundador de varias ciudades españolas como Alicante(Akra Leuké) o Barcelona. (https://es.wikipedia.org/wiki/Am%C3%ADlcar_Barca) Consulta: 4 de mayo 2016

¹⁴ Rey Martínez, F. “*Prostitución y Derecho*” Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, D.L., 2004, pág. 19.

¹⁵ Recaredo I (559 – Toledo, 21 de diciembre del año 601) fue rey de los visigodos desde el 586 hasta el 601, cuando murió en Toledo.

Con el reinado de Alfonso X el Sabio, la prostitución toma un aire moderno según Garrido Guzmán¹⁶; se la regula con detalles y se reconoce la prostitución como oficio y a la prostituta se la considera dueña de su salario. En la Partida IV se consagra que “el señor que prostituía a su sierva, en casa o en lugar público, perdía sus derechos, quedando ella libre y autorizados los jueces para protegerla”. Además se pretendía que la prostitución fuese llevada a cabo en zonas determinadas y se castigaba duramente la figura del mediador o alcahuete¹⁷, al que se consideraba un parásito de la prostituta.

Fue en el Reino de Valencia, donde en el siglo XIV y XV, comenzó una política de reglamentación. Se ordenó a todas las prostitutas que se concentrasen en el barrio de las prostitutas o “malas mujeres”, con el objetivo de que la prostitución se desarrollase en lugares concretos. Con los Reyes Católicos, el derecho de regentar mancebías se repartía como botín de guerra.

El movimiento de la Contrarreforma conllevó una mayor rigurosidad para la práctica de la prostitución hasta el punto de obstaculizarla, de manera que mediante distintas disposiciones se llevó a cabo la supresión legal de los burdeles¹⁸.

Ya en el siglo XVIII se trata de dictar normas duras para controlar y restringir el ejercicio de la prostitución lo que llevó a que en la práctica se realizase de manera oculta. Carlos III y Carlos IV (1787) expiden Reales Cédulas que revelan, sobre todo, un carácter humanitario, quitando la nota de desprecio con que eran mirados los descendientes de las prostitutas.

Entre represión y tolerancia, la reglamentación de la prostitución en los siglos XIX y XX, aún desconocida en buena parte en el caso español, ofrece una mirada social sobre la actividad prostitucional, a la que se condena a la par que se la tolera, pero pretendiendo regular sus condiciones de funcionamiento, no sin contrapartida económica. Aspectos policiales (erradicación de elementos potenciales de desorden social) y sobre todo médicos

¹⁶ Op. Cit. Garrido Guzmán, “*La prostitución...*” pág. 41

¹⁷ Alcahuete es una persona que facilita los encuentros amorosos o que trabaja para otra persona con el fin de conseguir esas relaciones. Por tanto, la acción de alcahuetear es la de hacer de mediador o encubridor de relaciones sexuales ilícitas. Es un término dado en la edad media y que normalmente en aquella época, se refería a una persona mayor de edad la cual interfería en asuntos particulares de otros con la intención de sacar provecho económico. <https://es.wikipedia.org/wiki/Alcahuete> consulta: 3 de mayo 2016

¹⁸ Op. Cit. Rey Martínez “*Prostitución y...*”, p. 20-21.

(preocupación creciente de los higienistas ante el gran miedo de las enfermedades venéreas) confluyeron en la gestación de tal normativa, y el prostíbulo reglamentado vino a ser el resultado de un compromiso estratégico entre Familia y Estado, en una sociedad de vigilancia y disciplina social¹⁹. Durante este siglo la prostitución aumentó con mucha fuerza debido al proceso de industrialización, el capitalismo, los bajos salarios y la escasez de viviendas.

2.2. Evolución legislativa de los Delitos Relativos a la prostitución en España

En el **Código Penal de 1822**²⁰ se hacía referencia explícita a la prostitución y a la corrupción de menores. Los delitos se articulan en los arts. 535 a 542. A continuación se procede a transcribir los dos primeros artículos de este código:

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

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

El código penal de 1822 solo sancionaba la prostitución cuando se infringían las disposiciones administrativas en vigor que regulaban la prostitución, puesto que en esa época estaba reglamentada en España. Además de la forma dolosa (a sabiendas) también se

¹⁹ Jean-Louis Guereña, “Los orígenes de la reglamentación de la prostitución en la España contemporánea. De la propuesta de Cabarrús (1792) Reglamento de Madrid (1847)”, 1994, pág. 402.

²⁰ Código penal español, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822, Madrid, Imprenta Nacional, 1822, Tít. VI1 (De los delitos contra las buenas costumbres), Cap. 11 (De los que promueven o fomentan la prostitución, y corrompen a los jóvenes, o contribuyen a cualquiera de estas cosas), arts. 535, 542.

incrimina la forma culposa (abandono o negligencia). Por otra parte, se puede percibir un tipo agravado del delito en el caso de que la víctima sea un niño o niña²¹.

Es confuso porque parece hacer referencia a la existencia de reglamentos sanitarios que regulasen el ejercicio de la prostitución, considerándola lícita en determinadas ocasiones, sin embargo, la prostitución había sido perseguida hasta ese momento y no se tiene noticia de reglamentos en esta época hasta la segunda mitad del siglo XIX²², por lo que Guereña considera una avanzadilla a la reglamentación de la prostitución en España.

En el **Código Penal de 1848**, los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores pasaron al Título llamado "Delitos contra la honestidad" donde se agrupaban varios conjuntos de delitos relativos a ese orden de moralidad sexual. Se castigaba únicamente el favorecimiento de la prostitución o de la corrupción de menores de edad en los siguientes términos: art. 357: "El que habitualmente ó con abuso de autoridad ó confianza promoviere ó facilitare la prostitución ó corrupción de menores de edad, para satisfacer los deseos de otro, será castigado con la pena de prisión correccional" (de 7 meses a 3 años de prisión²³).

Ya no era delito la prostitución, pero resultaba difícil reconocer la legalidad de la actividad prostitucional. Otra cosa sería tolerarla e intentar reglamentarla, pero sólo a escala local, sus condiciones de ejercicio, cobrando al mismo tiempo desde luego la correspondiente contribución.²⁴ A pesar de la aparente libertad de la actividad, continuaban existiendo normativas policiales propias del Antiguo Régimen que se aplicaban al margen de la legalidad liberal²⁵.

Uno de los primeros reglamentos en España sobre la prostitución fue el del año 1865 y es considerado por autores tales como Garrido Guzmán y Rey Martínez como el más significativo teniendo en cuenta la minuciosidad de su articulado y la forma en que se

²¹ Op. Cit. Garrido Guzmán, "*La prostitución...*" p. 146-148.

²² Gemma Nicolás Lazo, Tesis doctoral "*La reglamentación de la prostitución en el Estado Español. Genealogía jurídico-feminista de los discursos sobre prostitución y sexualidad*", p. 173 (bienio 2002-2004)

²³ Adela Asua Batarrita, "*Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico*", Publicado en el Libro Colectivo: *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, editado por Emakunde – Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria – Gazteiz, 1998, págs. 47 – 101.

²⁴ Op. Cit. Guereña, "*Los orígenes de la reglamentación...*" pág. 429.

²⁵ Op. Cit. Tesis doctoral "*La reglamentación...*", p. 159

organizaba la vigilancia sobre las prostitutas. Se establecen dos clases de prostitutas²⁶: 1) las libres que estando inscritas realizan el tráfico en su propio domicilio y 2) aquellas otras que realizan el comercio sexual en lugares o casas determinadas (casas de citas y casa de prostitución o mancebías²⁷). Este reglamento tuvo gran repercusión en materia de sanidad sirviendo de influencia para los siguientes. Ya en 1877 se inicia una organización administrativa que atiende a la sanidad en este particular campo, con vistas a evitar y reprimir las enfermedades venéreas y contagiosas.

En el **Código Penal de 1870** no hubo muchos cambios, ya que el legislador se limitó a transcribir la literalidad de los artículos del código de 1848. Las únicas novedades consistían en la pena establecida a los grados mínimos y medio de la prisión correccional, añadiéndose la inhabilitación temporal absoluta si el culpable fuere autoridad.

Se modifica este Código en julio de 1904 y convierte en hechos punibles los actos de cooperación y protección de la prostitución de adultos por la influencia de la Federación Internacional contra la Trata de Blancas. El sistema vigente del momento era el reglamentista por el cual se admitía el establecimiento de lugares de ejercicio de la prostitución lo que va a provocar un choque en el propio sistema, según Rey Martínez, pues ahora se pretendía castigar el reclutamiento de la prostitución al tiempo que pervive el sistema de regulación de los prostíbulos.

Es en el siglo XX, concretamente en el año 1908 cuando se realiza por primera vez en España una reglamentación del ejercicio de la prostitución para toda la Nación. No se limita la apertura de nuevas casas de lenocinio con la condición de que cada una de ellas cuente con un médico para atender las revisiones semanales y la higiene del local²⁸.

A partir de la década de 1930 se empieza a arraigar el **abolicionismo** con la influencia del movimiento abolicionista que nace en Londres, que tenía como cabecilla a J. Buttler²⁹. El Decreto de 28 de junio de 1935 declara en su art. 1: “queda suprimida la reglamentación de

²⁶ Op. Cit. Rey Martínez, “Prostitución y...” p. 22-23.

²⁷ Casa de citas cuando no constituyen simultáneamente morada de las prostitutas y casas de prostitución o mancebías cuando sirven de lugar de residencia para las mujeres públicas, normalmente bajo la autoridad de un ama.

²⁸ Op, cit. Guzmán, “La prostitución...” p. 162

²⁹ En el apartado del sistema abolicionista hago mención expresa del movimiento encabezado por J. Butler.

la prostitución, el ejercicio de la cual no se reconoce en España, a partir de este Decreto, como medio lícito de vida” y mediante decreto 6 de noviembre de 1941 se autorizó la detención gubernativa de mujeres que cometieran infracciones relacionadas con la prostitución³⁰.

En los códigos penales de esta época se refleja este movimiento abolicionista, aunque muy tímidamente, así ocurre con los códigos de 1928, 1932 y 1944. Precisamente, esta evolución de los códigos tendía a un sistema abolicionista el cual iba discurriendo de la realidad social. La prostitución no estaba prohibida, no se consideraba delito, sin embargo, la falta de disposiciones legales tales como reglamentos concretos produjo una situación de arbitrariedad por parte de las autoridades sobre las mujeres que se dedicaban a esta actividad³¹. A pesar de que la normativa tenía el objetivo de sancionar a los proxenetes, en la práctica se sancionaba a las prostitutas.

El auge del abolicionismo llegó con la Convención de Nueva York de 1950, de la cual España es parte. A partir de entonces el objetivo principal pasa a ser la persecución de la explotación de la prostitución³², lo que importa es la explotación por parte de un tercero a la persona prostituta, ahora, considerada víctima. En consecuencia el art. 6 del texto internacional establece “Cada una de las partes de la presente Convención conviene tomar todas las medidas necesarias para derogar o suprimir la ley, todo reglamento y toda práctica administrativa, según las cuales las personas que se dediquen o se suponga que se dedican a la prostitución, hayan de ser inscritas en registros especiales, poseer papeles especiales o conformarse a condiciones excepcionales de vigilancia o declaración”.

Así, en 1956, España pasa a considerar tráfico ilícito la prostitución, de manera que se instaure, mediante decreto-ley 3 de marzo de este año, el sistema abolicionista. El Código Penal de 1963 recoge las sanciones relativas a la prostitución³³ y una vez más en la historia,

³⁰ Op cit. Rey Martínez, “*La prostitución y...*” p. 26-27

³¹ Op. Cit. Garrido guzmán, “*La prostitución...*” p. 160.

³² Op.cit. rey Martínez, “*La prostitución y...*” p. 28-29

³³ Morales Plaza, E.M. “*Prostitución y Trata de Mujeres con fines de explotación sexual*” (máster universidad de salamanca), 2010/2011, pág. 51.

empieza a proliferar la prostitución clandestina, apareciendo nuevas formas de prostitución como las llamadas call- girls³⁴ o los masajes eróticos o los clubs³⁵ de alterne.

El **Código penal de 1973** regulaba esta materia bajo la rúbrica “Delitos contra la honestidad” y tipificaba las siguientes conductas:

- Favorecimiento de la prostitución, recluta y empleo de violencia: art. 452 bis a).

Este precepto establecía una:

“pena de prisión menor en su grado máximo, multa de 5.000 a 25.000 pesetas e inhabilitación absoluta para el que fuere autoridad pública o agente de ésta y especial para el que no lo fuere:

- 1. ° El que cooperare o protegiera la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España, o su recluta para la misma.*
- 2. ° El que por medio de engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio coactivo determine, a persona mayor de veintitrés años, a satisfacer deseos deshonrosos de otra.*
- 3. ° El que retuviere a una persona, contra su voluntad, en prostitución o en cualquier clase de tráfico inmoral.”*

Los dos primeros apartados se refieren a lo que se conoce por prostitución coactiva o forzada.

- Favorecimiento de la prostitución juvenil: art. 452 bis b).

Establecía una especial protección para las personas de edad juvenil, la cual se fijaba en veintitrés años, y tipificaba diversas modalidades de favorecimiento, inducción y apoyo a la prostitución de las mismas con penas de prisión e inhabilitación absoluta.

- Proxenetismo y Rufianismo: art 452 bis c)

El precepto sancionaba el proxenetismo o rufianismo previendo la aplicación de las mismas penas establecidas en el art 452 bis b) al que viviere en todo o en parte a expensas de la persona o personas cuya prostitución o corrupción explotara.

³⁴ Sus clientes son en su mayoría fijos, sus tarifas son más elevadas, ya que su aspecto físico es más cuidado. Suelen desplazarse para animar alguna fiesta y acuden a cualquiera que telefónicamente solicite sus servicios.

³⁵ En estos clubs se dedican a la imitación de estrellas de espectáculo y a exhibicionismo de strip-tease.

- Tercería locativa: el 542 bis d)

Se establecían penas de prisión, multa e inhabilitación para:

“1. ° El dueño, gerente, administrador o encargado del local, abierto o no al público, en el que se ejerza la prostitución u otra forma de corrupción, y toda persona que a sabiendas participe en su financiamiento.

En las mismas penas, en su grado mínimo, incurrirá toda persona que, a sabiendas, sirviera a los mencionados fines en los referidos locales.

2. ° Los que dieran o tomaren en arriendo un edificio, u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución o corrupción ajenas.”

- Omisión del deber de evitar la corrupción o prostitución de menores: art. 452 bis e).

“La persona bajo cuya potestad estuviere un menor y que, con noticia de la prostitución o corrupción de éste o de su permanencia o asistencia frecuente a casas o lugares de vicio, no le recoja para impedir su continuación en tal estado y sitio, y no le ponga en su guarda o a disposición de la Autoridad, si careciese de medios para su custodia, incurrirá en las penas de arresto mayor.

Iguales penas se impondrán a quien, en los casos a que se refiere el párrafo anterior, incurriere en las omisiones en él castigadas, aunque no tenga potestad legal sobre el menor, si al tiempo del extravío de éste le tuviere en su domicilio y confiado a su guarda o ejerciera sobre él, de hecho, una autoridad familiar o ético-social.”

La reforma llevada a cabo en el **año 1989**, modifica la rúbrica “delitos contra la honestidad” por “delitos contra la libertad sexual” y al mismo tiempo se cambian las referencias que el articulado hacía a los “deseos deshonestos” por alusiones a los “deseos sexuales” y las realizadas a “personas menores de 23 años” por “personas menores de 18 años”.

El código Penal de 1995 destipifica el proxenetismo y la tercería locativa lo que choca con el Convenio de 1950 ratificado por España para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 317 (IV). Solamente tipificaba la inducción y favorecimiento a la prostitución de menores (art 187 CP) y la prostitución coactiva o forzosa (art. 188).

Hasta la reforma del Código Penal de 1995 en el año 2003, se produjo “ausencia de regulación”, ya que no estaba prohibida ni autorizada, por lo que las mujeres que ejercían la prostitución no contaban con protección jurídica frente a la explotación de los proxenetas, pero su redacción se alejaba del abolicionismo, ya que despenalizaba muchos

comportamientos asociados con el lucro de la prostitución ajena³⁶. En este año de 2003, se establece una sanción penal para quien se lucre explotando la prostitución ajena, aun con el consentimiento de la persona.

3. MODELOS DE PUNICIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

3.1. Sistema Abolicionista

Este sistema tiene como ejemplo por excelencia a Suecia donde no se castiga la prostitución en sí, sino que penaliza económicamente o con la prisión a clientes de la prostitución, es decir, penalizando a quienes compran los servicios que se ofrecen. Hay que entender el abolicionismo en sentido jurídico, ya que lo que se elimina es la regulación de estos delitos y no el ejercicio individual, siempre que se realice de forma individual y no en casas de lenocinio³⁷.

El movimiento abolicionista tiene sus inicios en Gran Bretaña como reacción a la llamada Contagions Diseases Act (1969), disposición que tenía por objeto combatir las enfermedades venéreas.³⁸ A manos de Josefina Isabel Butler, defensora de la abolición de la prostitución y fundadora de la Federación Abolicionista Internacional en 1875, se toma la bandera del abolicionismo y se extiende en todo Reino Unido el sistema, fundándose asociaciones abolicionistas.

El término abolicionista fue adoptado conscientemente por estas mujeres del movimiento abolicionista contra la esclavitud; el objetivo era establecer una comparación entre la esclavitud e personas africanas y la esclavitud de mujeres bajo la reglamentación de la prostitución³⁹.

³⁶ Op. Cit. Morales Plaza, E.M “*Prostitución y trata...*” Pág. 50.

³⁷ El término lenocinio puede definirse como la acción que se realiza al servir o inducir a una mujer para el trato obsceno o lujurioso con un hombre; por ende suelen llamar a los prostíbulos casas de lenocinio o de tolerancia. Entonces el lenocinio es toda aquella actividad que se basa en intervenir para que sea posible toda relación amorosa o sexual oculta; lo cual cabe destacar que esta actividad u oficio es forma parte del delito de corrupción.

<http://conceptodefinicion.de/lenocinio/> acceso en 21.03.2016

³⁸ Op. Cit. Garrido Guzmán “*La prostitución...*” pág. 42

³⁹ Op. Cit. Guereña “*Los orígenes de la reglamentación de la prostitución...*”. Pág. 316

Este movimiento feminista encabezado por Butler, afirmaba que con la reglamentación las mujeres se convertían en meros objetos sexuales en manos de los varones. Concibieron la prostitución como una cuestión de dignidad de la mujer y de sus derechos; la cruda normativa reglamentarista formalizaba y legalizaba la esclavitud sexual de las mujeres así como también la brutalidad de los médicos y la arbitraria identificación policiaca eran graves agresiones a su cuerpo y a su dignidad.

Bajo este sistema, la persona que se prostituye es considerada como víctima de la propia actividad. Las normas penales tipifican exclusivamente la conducta de quienes se benefician de la prostitución ajena, sin que en la valoración de los hechos se tenga en cuenta la existencia o no de consentimiento por parte de la víctima. Paralelamente, se intenta erradicar la prostitución a través de medidas sociales de prevención y reinserción a corto y largo plazo.

3.1.1. Argumentos a favor y en contra

Los argumentos a favor de la abolición son de tipo ético, normativo y fáctico. Según el argumento ético, la prostitución es una actividad contraria a la igualdad y a la dignidad de quienes la ejercen, ya que estas personas no ejercen su derecho a la libertad sexual y que además dichas conductas producen secuelas de tipo psíquico, físico o social y por ello, es necesario una regulación que luche contra este tipo de conducta.

Los argumentos de tipo normativo certifican que en ninguno de los convenios internacionales se hace mención expresa a una tipificación de estas conductas, sino que se basan en un sistema abolicionista.

Por último, los que defienden el abolicionismo apuntan a argumentos de tipo fáctico, tales como la reducción del ejercicio de la prostitución en los países que siguen el sistema de abolición. El gobierno sueco afirma que hubo una significativa reducción de la prostitución callejera después de la aprobación de la ley⁴⁰.

Entre los argumentos en contra nos encontramos en que al no permitirse legalmente centros de prostitución, se tiende a que toda la prostitución se convierta en clandestina, aumentando las ganancias de los proxenetas, etc. También se dice que va en contra la

⁴⁰ Pese a ello, muchos críticos no están de acuerdo con tal afirmación y alegan que el éxito no es tan evidente como puntúan los medios de comunicación.

libertad de la mujer de decidir qué hacer con su cuerpo, violando un derecho fundamental de libertad personal e individual.⁴¹

3.1.2. *Ley de Prostitución Sueca*

3.1.2.1. Aspectos generales

La Ley de “Prohibición de compra de servicios sexuales” entra en vigor en enero de 1999 y a partir de ahí en Suecia es ilegal obtener, o intentar obtener, servicios sexuales ocasionales a cambio de una compensación. Es también ilegal tener sexo con una persona que reciba cualquier clase de recompensa por parte de un tercero⁴². Es decir, pasa a penalizar a hombres que compran servicios sexuales con penas de cárcel hasta 6 meses o multa, tipificándolo como un delito de “violencia remunerada”. Así dispone la ley sueca:

“El que en base a una remuneración se procure una relación sexual ocasional, será condenado -si el acto no estuviera penado con castigo por el código penal- a multa o prisión de seis meses como máximo, por la compra de servicios sexuales.”

La propuesta legislativa de la ley de compra de sexo fue presentada por legisladoras feministas que argumentaban que la prostitución es una forma de violencia machista contra las mujeres y que es física y psicológicamente dañino vender sexo⁴³. De acuerdo con la ley sueca, un contrato de prostitución entre una mujer ofreciendo sexo y un hombre comprándolo no es considerado como un contrato de iguales condiciones. Las mujeres que venden sexo continuarán en una posición vulnerable respecto los hombres que lo compran mientras la sociedad sea dominada por los hombres⁴⁴.

El gobierno esperaba también que la ley forzara a las mujeres que vendían sexo en Suecia (de 1.850 a 3.000 entonces) a encontrar otro tipo de trabajo. Finalmente, el gobierno

⁴¹ Op. Cit. Morales, E.M. “*Prostitución y trata...*” Pág. 47

⁴² Susanne Dodillet y Petra Ostergren, “*La Ley de compra de sexo sueca: éxito proclamado y resultados documentados*” [en línea]. La Haya, 3 y 4 de marzo de 2011, pág. 4.

Se puede encontrar en: <<http://www.colectivohetaira.org/web/images/docs/ley%20sueca.pdf>>

⁴³ Op.cit. Dodillet y Ostergren, “*La Ley de Compra de Sexo Sueca...*” Pág. 1.

⁴⁴ Bolaños, Alicia. “*Debate sobre prostitución y tráfico internacional de mujeres*”. (la prostitución desde una perspectiva legal: diferentes enfoques). mayo 2003. p. 17

esperaba que la ley eliminara la trata de prostitución forzada y la presencia de trabajadoras sexuales inmigrantes⁴⁵.

A partir de la entrada en vigor de la ley sueca, según el informe de la Haya, Suecia fue un país fuente de inspiración en todo el mundo en materia de legislación sobre la prostitución. Hubo muchas campañas promocionales, tanto los gobiernos como autoridades, agentes políticos y ONGs han dedicado tiempo y dinero a promocionarla internacionalmente. Se han producido panfletos, sitios web, artículos, libros y películas, así como se ha producido también seminarios y debates.

En Madrid, el 26 de junio de 2000, se celebró un simposio sobre prostitución, donde la parlamentaria sueca Elisabeth Markstrum explicó las ventajas de la ley: no criminalizar a las mujeres y prohibir la compra de servicios sexuales. Proclamó que ya en el primer año en vigor de la ley once clientes fueron condenados y otros cuarenta y dos están siendo investigados (con una disminución de la prostitución en un 35%). La diputada afirmó que el reto es conseguir, además, que sea efectiva también respecto a la que no se exhibe en la calle. “*No queremos una legislación permisiva –aseguró Markstrum- porque la prostitución es una cuestión de poder y no vamos a permitir a los hombres comprar a las mujeres?*”.

3.1.2.2. Supuesto éxito de la ley

En 2010 el gobierno sueco redactó un informe donde declaraba el total éxito de la ley, afirmando que la ley había reducido el trabajo sexual de la calle, a pesar de que no haya ninguna prueba que respalde esta afirmación⁴⁶. En cuanto fue publicado el informe, recibió numerosas críticas de todo el mundo. La crítica se ha centrado en la falta de rigor científico de la evaluación: no tuvo un punto de partida objetivo, ya que los términos de referencia dados fueron que la compra de sexo tenía que seguir siendo ilegal; no hubo una definición satisfactoria de la prostitución; no se tuvo en cuenta la ideología, el método, las fuentes y

⁴⁵ Jordan, Ann. “*La ley sueca de penalización de los clientes: un experimento fracasado de ingeniería social*”. Program on human trafficking and forced labor center for human rights & humanitarian law, 2012. Pág. 2. Se puede encontrar en:
<<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38398.pdf#viewer.action=download>>

⁴⁶ Op. Cit. Jordan, Ann. “*La ley sueca de penalización de los clientes...*” Pág. 2.

los posibles factores de confusión; hubo inconsistencias, contradicciones, referencias aleatorias, comparaciones y las conclusiones fueron a veces de carácter especulativo⁴⁷.

Según el estudio que hicieron Dodillet y Östergren en su informe presentado en la Haya, la ley no disuade a los hombres que compran sexo. En entrevistas con clientes hechas por el Consejo de Salud y Bienestar, la mayor parte de los hombres dicen que la prohibición no ha supuesto ningún cambio para ellos, y la describen como “un puñetazo al aire”. En conclusión, la ley no afecta a su conducta sexual, no la dan demasiada importancia y no les disuade como así lo corroboraba el informe del gobierno sueco de 2010.

3.1.2.3. Algunas consecuencias negativas de la ley sueca

Por otro lado, se puede percibir algunas consecuencias negativas de la ley. Los clientes son menos proclives a colaborar como testigos en los casos en los que son procesados proxenetas que explotan el trabajo sexual de otros, ya que ahora se sienten ellos mismos culpables de un delito⁴⁸.

Otros autores afirmaban que la ley causa un aumento del riesgo de violencia para las prostitutas: trabajadoras sexuales e investigadores dicen que la campaña contra el trabajo sexual de calle ha forzado a las mujeres a mudarse a lugares más ocultos y, por tanto, potencialmente más peligrosos. Los hombres que todavía andan por la calles son, según informes, los más peligrosos, mientras que los clientes más amables o seguros se han mudado a Internet⁴⁹.

“Una trabajadora social dice, por ejemplo, que puede ver cómo algunas mujeres se arriesgan más, entran en coches en los que hay más de un hombre y aceptan precios más bajos. Mientras que en Estocolmo dicen que la demanda es siempre mayor que la oferta en la calle, en Malmoe dicen que los clientes son tan pocos que las mujeres tienen que aceptar a los que antes habrían rechazado, a fin de ganar dinero suficiente para drogas.”

(Departamento de Trabajo Social, Universidad de Gotenburgo)

Cabe concluir que a pesar de las opiniones en contra, la prostitución en Suecia ha disminuido, aunque los autores discrepan si se debe a la ley o a otras circunstancias.

⁴⁷ Op.cit. Dodillet y Ostergren, “La Ley de Compra de Sexo Sueca...” Pág. 2

⁴⁸ Op.cit. Dodillet y Ostergren, “La Ley de Compra de Sexo Sueca...” Pág. 18

⁴⁹ Op. Cit. Jordan, Ann. “La ley sueca de penalización de los clientes...” Pág. 16.

3.1.3. Sistema de Francia⁵⁰

Se ha unido recientemente a los países abolicionistas, aprobando una polémica ley a principios de abril de 2016, en la que ya no se penaliza a la prostituta – ahora vista como víctima – sino que se penaliza con penas de multa de hasta 3.500 euros a los clientes, es decir, quienes compran sexo y, además, les obliga a seguir una formación sobre los males de la prostitución⁵¹. Además, el Gobierno ayudará a aquellas personas que quieren dejar la actividad, con programas de reinserción, y facilitará los trámites para la regularización de la situación de prostitutas extranjeras irregulares.

"El aspecto más importante de esta ley es acompañar a las prostitutas, darles documentos de identidad porque sabemos que el 85% de las prostitutas son víctimas del tráfico"

"Esta ley es indispensable para que no se pueda considerar más como normal la compra del cuerpo de una persona" (Diputada socialista Maud Olivier)

Muchos consideran la ley un avance para los derechos de las prostitutas, como Anne-Cecile Mailfert, presidenta de la Fundación de Mujeres de Francia, que dijo a la BBC que con este cambio las prostitutas podrán buscar protección a la policía, en vez de huir de ella (“es una nueva herramienta para defenderse”, dijo Mailfert). Sin embargo, en el momento de la votación de dicha ley, muchas prostitutas realizaron manifestaciones en contra de ella, alegando entre muchos otros motivos, la disminución de sus ingresos teniendo en cuenta la penalización de sus clientes⁵².

⁵⁰ Aunque anteriormente a la nueva ley se pronunciaba un país abolicionista, la realidad era distinta, se penalizaba tanto a las prostitutas como a los clientes (ver apartado Sistema prohibicionista)

⁵¹ Valderrama, María “Francia castigará con multas de hasta 3.500 euros a los clientes de prostitución” [en línea] El Mundo

< <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/04/06/570556f446163f02288b45ab.html> > consulta: 9 de mayo 2016.

⁵² “Polémica en Francia por nueva ley que penaliza a quienes paguen por sexo” [en línea] BBC MUNDO: 7 de abril de 2016.

< http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160407_francia_prostitucion_ley_multas_pagarsexo_wbm > [Consulta: 9 de mayo 2016]

El informe de la Unión Europea⁵³ respalda el modelo nórdico de Suecia, Finlandia y Noruega e insta a los Estados miembros que abordan la prostitución de otra manera y que revisen su legislación a la luz del éxito alcanzado por Suecia y otros países que han adoptado el modelo nórdico. Afirma que en Suecia la efectividad de la legislación ha sido espectacular y en, contra de lo que opinan otros autores, dice que ha generado un efecto disuasorio en la trata de personas con fines de explotación sexual.

3.2. Sistema Prohibicionista

Es el sistema que ha dominado en el mundo occidental en las últimas décadas; la Convención de la ONU de 1949, que hizo desaparecer los prostíbulos de un gran número de países, es un buen ejemplo de ello. Esta Convención fue ratificada por España en 1962⁵⁴.

Se prohíbe y se sanciona la prostitución en todos los ámbitos, tanto a las mujeres que la ejercen como a sus clientes, así como a las redes criminales de explotación sexual. La persona prostituida es considerada delincuente y no víctima de la prostitución.

En sentido negativo, el prohibicionismo tiene como consecuencia la falta de regulación legal del desarrollo de la prostitución y en sentido positivo, la sanción de todo tipo de conductas relacionadas con el tráfico sexual. Es posible considerar punible la mera invitación a un acto de prostitución, lo que también sucede en ocasiones en sistemas intermedios.

Era lo que ocurría hasta hace poco tiempo en **Francia**, el art. 50 de la Ley de seguridad interior realizó modificaciones en el art. 225 del Código Penal; tipificando el delito de “*racolage*” (captación de clientes para transaccionar relaciones sexuales a cambio de dinero) en sus dos tipos: el “*racolage actif*” (ofrecer abiertamente relaciones sexuales a cambio de dinero) y el “*racolage passif*” (consiste en el mero hecho de incitar en vía pública, o ubicarse permanentemente en una determinada calle o llevar una indumentaria peculiar y

⁵³ Informe sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género (2013/2103(INI)) Comisión de Derechos de la mujer e igualdad de género.

⁵⁴ Brufao Curiel, P. “*Prostitución y políticas públicas: entre la reglamentación, la legalización y la abolición*”, Fundación Alternativas, 2008.

provocativa), sancionando el delito con pena de dos meses de prisión y 3.750 euros de multa.⁵⁵

Entre los argumentos a favor de esta posición se marca la necesidad del Estado de proteger a sus ciudadanos y de buscar una solución al problema que lo consideran como corrupción y vicio mercantilizado, que puede afectar a jóvenes y personas cercanas a los que están involucrados. En contra, se dice que este sistema lo que hace es favorecer a la clandestinidad, ya que sin una regulación es imposible controlar el problema⁵⁶.

3.3. Sistema Reglamentarista

Tiene su origen en Francia, logrando un máximo arraigo a finales del siglo XIX y principios del siglo XX⁵⁷. La prostitución es considerada como un mal necesario que el Estado debía reconocer y regular por el bien de la salud, de la moralidad y del orden público⁵⁸.

Con este sistema, las prostitutas realizan sus actividades en lugares cerrados como prostíbulos o casas de lenocinio. Las mujeres deben estar provistas de una serie de credenciales o tarjeta registrada, a través de la cual se la autoriza ejercer su actividad y al mismo tiempo se la controla sanitariamente. Es el caso de países como Holanda y Alemania.

3.3.1. Argumentos a favor y en contra

Los argumentos a favor de esta posición reglamentarista consisten, sobre todo, en la protección de las trabajadoras sexuales y también de los clientes, a través de la

⁵⁵ Sylvia Gay, Eñaut Otazo y Marian Sanz, “Prostitución = a profesión? Una relación a debate” 2003. Puede encontrarse en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=765488> (consulta: 15 de junio 2016)

⁵⁶ APRAMP/FUNDACIÓN MUJERES “*La Prostitución: claves básicas para reflexionar sobre un problema*”, 2005, Pág. 64. Se puede encontrar en:

<http://www.mujeresenred.net/IMG/pdf/prostitucion-claves_basicas.pdf>

⁵⁷ Op. Cit. Morales, E. M. “*Prostitución...*” pág. 37

⁵⁸ Iglesias Skulj “*La prostitución y el trabajo sexual: las relaciones entre sexualidad y género*” en Carolina Villacampa Estiarte (coord.), “*Prostitución ¿hacia la legalización?*” Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. Pág. 55.

regularización de los locales⁵⁹, control médico y judicial, pago de tasas, además, aumenta la seguridad física de las prostitutas y acaba, en gran medida, con las redes criminales organizadas que podrían dar salida a sus prostitutas dentro de los marcos legales⁶⁰; pretende, igualmente, evitar la transmisión de enfermedades venéreas, aumentando los niveles de salubridad tanto de las trabajadoras sexuales como de los clientes.

También se parte del derecho constitucional de la seguridad ciudadana, sobre todo, porque hay la necesidad de que la prostitución no sea ejercida en vías públicas y de la necesidad de controlar, en ocasiones a quienes desempeñen la actividad.

Otro argumento sería la legitimación de la actividad de los empresarios con negocios económicos relacionados con la prostitución ya que si se tratara de una actividad clandestina estos beneficios serían ilegales y permanecerían ocultos⁶¹.

Siguiendo esta línea, recientemente, Albert Rivera, presidente del partido político “Ciudadanos”, ha propuesto la legalización de la prostitución⁶² argumentando que la misma podría *“recaudar hasta 6.000 millones de euros, porque la opacidad y la ilegalidad colabora con un fraude en un ámbito económico que se supone que es oportuno”*. El líder del partido llegó a afirmar que dicha legalización sería favorable para *“acabar con las mafias, la trata de blancas y perseguir delitos”*, además de que *“las personas que la ejerzan de manera voluntaria tendrían derechos sociales, obligaciones tributarias y se sacaría la prostitución de la calle”*.

Este sistema toma la prostitución como una actividad legal, considerándola como un trabajo normal. Es evidente que este sistema tiene un límite, y ese límite consiste en no tolerar – y prohibir expresamente – las conductas relativas a la prostitución de menores y la

⁵⁹ Que se garantice un mínimo de higiene y que estos locales se ubiquen en lugares menos peligrosos y que su aparición pública sea exclusivamente en determinadas franjas horarias (Rey Martínez, Prostitución y derecho, pág. 23)

⁶⁰ Sin embargo, autores como S. Gay, E. Otazo y M. Sanz corroboran en sus estudios que, en el caso de Holanda, no se ha conseguido erradicar la clandestinidad que lleva al proxenetismo, a la explotación de menores y al tráfico de inmigrantes legales.

⁶¹ JAREÑO LEAL, Ángeles. “La política criminal en relación con la prostitución ¿aboliciónismo o legalización?”. En: SERRA CRISTOBAL, Rosario (Coord.). *Prostitución y Trata: marco jurídico y régimen de derechos*. Valencia: Tirat lo Blanch, 2007, p. 71

⁶² PÚBLICO.ES [en línea] “Albert Rivera propone legalizar la prostitución” 15 de abril, 2015.

<http://www.publico.es/sociedad/albert-rivera-propone-legalizar-prostitucion.html> [Consulta en: 25 de junio 2016]

prostitución obligada por terceros. Por lo tanto, el sistema diferencia claramente la prostitución legal – ejercida voluntariamente – de la ilegal.

Algunos autores esgrimen argumentos en **contra** de este sistema, afirmando que tal sistema favorece a la constitución de redes ilegales de prostitución y, de la misma forma, favorece a la consolidación de una actividad legal profesional de una parte marginada de mujeres que se ven obligadas a cumplir con un servicio social necesario, infringiendo su dignidad⁶³. Es como si se diese una mínima importancia a las miles de mujeres que son explotadas por las redes criminales, considerando que la mayoría es voluntaria.

3.3.2. Prostitución en Alemania

La *Ley Reguladora de la Situación Legal de las Prostitutas* o *Ley sobre Prostitución* aprobada por el Parlamento alemán el 20 de diciembre de 2001 entró en vigor el 1 de enero de 2002. Para entender la actual ley, es necesario tener en cuenta como se desarrollaba la prostitución con anterioridad a la aprobación de la ley sobre prostitución.

3.3.2.1. Alemania antes de la Ley sobre prostitución:

La idea de inmoralidad estaba muy presente en la sociedad y se reflejaba en la jurisprudencia. El derogado art. 138.1 del Código Civil alemán calificaba el contrato entre prostitutas y clientes como contrario a la moral y siendo así eran considerados nulos y las prostitutas no podían reclamar sus derechos ya que, además, la prostitución no estaba reconocida como profesión legal; así como tampoco tenían acceso a la seguridad social.

El también derogado art. 180.12 del Código Penal alemán no penalizaba tanto la posibilidad de celebrar contratos de trabajo con quien dirigiese un burdel sino más bien penalizaba un “negocio que mantenía a las prostitutas en una relación de dependencia

⁶³ La legalización de la prostitución en Alemania (2002) la convirtió en lo que se suele llamar “el burdel de Europa”. Cifras como la de 3.000 burdeles abiertos, 400.000 prostitutas operativas y 1,2 millones de clientes diarios nos dan una idea de la magnitud de este hecho, el cual algunos apuntan que favorecen no a las prostitutas, sino a las mafias de la prostitución forzada y de tráfico de personas, ya que abrir un burdel es tan sencillo como abrir otro establecimiento comercial, pero sin embargo, en lo que se refiere derechos de las prostitutas se deja mucho a desear. (Fuente: EL MUNDO, “*Alemania: el burdel de Europa*” Fecha: 24 de noviembre 2013.

<<http://www.elmundo.es/internacional/2013/11/24/529116d063fd3dd05a8b4576.html>>

personal o económica, o de cualquier actividad de apoyo a la prostitución más allá del simple alojamiento a corto o largo plazo”.⁶⁴

Se permitía la prostitución en lugares concretos; las ordenanzas municipales de cada municipio podía regular la franja horaria y los lugares donde podían realizarse las actividades. Además, se prohibía en zonas residenciales, aunque a veces se toleraba⁶⁵; solo era permitida en zonas industriales o comerciales, ya que era vista como un disturbio.

Por último, mencionar la situación jurídica de los establecimientos dedicados a la prostitución: antes de la regulación del año 2001 no estaba clara su situación ya que la prostitución era considerada inmoral, no podían registrarse como un establecimiento comercial⁶⁶, se les denegaba cuando se averiguaba que se realizaban actividades relacionadas con la prostitución. Igualmente, estos establecimientos estaban sometidos a controles policiales regularmente⁶⁷.

3.3.2.2. Alemania, después de la Ley sobre Prostitución:

Se empezó a cuestionar, hacia el año 2000, jurisprudencialmente, la idea de inmoralidad de la prostitución, que estaría ligada, fundamentalmente, a la historia. El Tribunal Administrativo de Berlín pasó a considerar que la prostitución ejercida libremente, sin participaciones delictivas, no tenía que ser considerada inmoral, un gran paso para la aprobación de la Ley sobre prostitución.

⁶⁴ Barbara Kavemann “*Resultados del Estudio sobre el impacto de la Ley sobre Prostitución en Alemania*” en op cit. Villacampa Estiarte (coord.) “*¿Prostitución hacia La legalización?* Pág. 78

⁶⁵ Según afirma Barbara Kavemann, esto ha acarreado dos consecuencias: “Por un lado, las prostitutas no tenían una situación jurídica segura en estas zonas (residenciales), dependiendo de la actitud de los funcionarios públicos de las autoridades correspondientes. Por otro lado, el derecho urbanístico se negaba a permitir una forma de prostitución organizada y regulada por las propias prostitutas en zonas con mejores condiciones laborales y de seguridad que las áreas industriales, apartadas y desiertas de noche”. Pág. 83, op. Cit. “*¿Prostitución hacia la legalización?*”

⁶⁶ Establecimiento comercial: Un establecimiento es aquel lugar en el cual se ejerce una actividad comercial, industrial o profesional. Por ejemplo, un establecimiento de tipo comercial es la tienda o local en la cual uno puede hallar servicios u objetos a la venta, asimismo es conocido como punto de venta y como comercio.

Definición ABC <http://www.definicionabc.com/general/establecimiento.php> [Consulta: 24 de abril 2016]

⁶⁷ En la ley sobre prostitución Del 2001 no hay cambio en este aspecto.

La ley, de entrada, elimina la apreciación general de la prostitución como actividad inmoral, se justifica en la exposición de motivos de la Ley que la anterior regulación no se correspondía con los tiempos actuales ni con la opinión social dominante y que además, generaba efectos negativos para la prostituta. Además, la Ley expone otras razones:

- La voluntad del legislador de mejorar la situación legal de las prostitutas, así como su posición social;
- La disposición de mejorar las condiciones de trabajo de las prostitutas;
- Se pretende disminuir el crimen organizado a través del paso de la prostitución a la legalidad;
- Dar la posibilidad de salida de la prostitución, mediante los planes de “recualificación profesional”.

El artículo 1 de la Ley permite que las personas que ejercen la prostitución tengan derecho a reclamar en vía judicial la remuneración convenida legalmente. Se contrasta este artículo con la regulación anterior, es decir, ya no se considera nulo el contrato entre la prostituta y su cliente por ser inmoral, sino que, al contrario, se trata de una relación contractual legal basada en la bilateralidad entre la persona que ofrece el servicio sexual y el cliente⁶⁸.

El apartado segundo de este artículo modifica la relación entre prostituta y gerente del local, siendo considerada legal y no inmoral; este apartado estipula que existe una deuda exigible entre ambos y, siendo así, la prostituta tiene derecho a cobrar una cantidad previamente estipulada, si se encuentra en el local de trabajo y está disponible para cumplir con las actividades sexuales por un periodo de tiempo determinado.

El artículo 2 prevé que el derecho a reclamar el pago no puede ser objeto de cesión a otra persona, únicamente la prostituta afectada puede exigir el pago, evitando que estén sujetas a los gerentes de los burdeles y de los proxenetas.

Los gerentes de los burdeles no pueden exigir la prestación de un servicio sexual concreto y si la prostituta se niega a realizar el servicio pactado, tendrá que reembolsar el dinero; preservando así su autodeterminación sexual.

⁶⁸ A pesar de esta nueva regulación, los Estados alemanes, conocidos como “Länders” suponen un obstáculo a la hora de implementar los derechos de las prostitutas ya no están jurídicamente vinculados a una exposición de motivos y continúan adoptando un enfoque distinto a la hora de juzgar la prostitución.

Es posible acceder a la seguridad social con un acuerdo laboral entre prostituta y gerente del local. Para ello, se suprime el artículo 180a, párrafo 1, número 2 del Código Penal alemán que penalizaba la incitación a la prostitución, a partir de ahí ya no es delito establecer relaciones laborales con personas que ejercen la prostitución. Actualmente, la promoción comercial de la prostitución a través de la facilitación de contactos solo es considerada delito si se restringe la libertad de movimiento personal o económico de la prostituta.

Sin embargo, el artículo 3 de la Ley sobre Prostitución indica que pese a su condición de empleadas tienen autonomía de elegir a sus clientes y el tipo de servicio sexual, por lo tanto, el gerente ve limitado el derecho de dar instrucciones a las trabajadoras. Así, la sentencia del 2003 del Tribunal Federal de Justicia afirma que el gerente no debe determinar los servicios a prestar ni tampoco los horarios de trabajo de la prostituta, pero, evidentemente, si una prostituta se somete voluntariamente a trabajar en un determinado burdel, también se somete voluntariamente a un régimen establecido por el gerente y eso es legal.

3.3.2.3. Principales efectos de la Ley y su aplicación en la práctica:

En primer lugar, en relación con la posibilidad de exigir frente a un tribunal el impago de sus servicios, se ha realizado una encuesta que lo recoge el informe del Gobierno Federal de 2007⁶⁹ sobre la Ley de Prostitución en Alemania. En dicha pesquisa se ha constatado que las prostitutas que han hecho uso del derecho a reclamar el pago de la remuneración forman parte de una minoría⁷⁰. Las razones principales de que sea una minoría la que acude a los tribunales son el cobro anticipado, el anonimato de los clientes y los gastos relacionados con las acciones legales.

A pesar de ello, la mayoría de las encuestadas (62,5%) afirmaron que acudirían a un tribunal en caso de necesidad de reclamar un pago, considerando esta posibilidad de ir a juicio positivamente.

En segundo lugar, respecto a la posibilidad de acceder a la seguridad social y las mejoras de trabajo. Según el informe ya citado, solo el 1% de las encuestadas afirmaron tener un contrato de trabajo como prostituta y otras personas afirmaron tener un contrato diferente

⁶⁹ Gobierno Federal, Informe sobre el Impacto de La Ley Reguladora de la Situación legal de las Prostitutas, Berlín, 2007.

⁷⁰ En las encuestas y pesquisas realizadas por Barbara Kavemann (Op. Cit. Prostitución hacia la legalización, pág. 94), solo 4 indicaron haber iniciado tales procedimientos legales.

que figura otra actividad laboral (telefonista, camarera, azafata, etc.). Algunas respondieron a la encuesta afirmando que estarían dispuestas a tener un contrato laboral⁷¹ bajo algunas condiciones (29%) pero solo un 6%⁷² afirmó que firmaría un contrato como prostituta, sobre todo por la cuestión del anonimato^{73, 74}.

“Por lo que se refiere a esta ley, nadie se paró a pensar que sería imposible volver a encontrar un trabajo normal de nuevo si en tus papeles pone que has trabajado de prostituta” (Prostituta).

Con todo, la mayoría de las prostitutas encuestadas (87%) tenían un seguro médico, la mayor parte con contratos voluntarios; sin embargo, tan solo el 47% cuentan con un plan de jubilación y regularmente a través de otro trabajo.

Otro problema es la cuestión de las instrucciones que el empleador podría dar a la prostituta, ya que muchas piensan que sería una limitación de su autodeterminación sexual. El Tribunal Federal en 2003 consideró el problema y afirmó que no se trata de explotación si las prostitutas están trabajando en el burdel o local de forma voluntaria; pero esta información apenas es conocida entre las prostitutas. Además, los gerentes de los locales argumentan que tendrían que cargar con todo el riesgo económico del negocio ya que estaría obligado a pagar un salario mínimo sin poder exigir a una empleada que se encargue de un determinado cliente.

En tercer lugar, en relación con la mejora de las condiciones de trabajo, la ley ha empezado a trabajar en la mejora de las condiciones sanitarias, de seguridad y laborales (en burdeles y domicilios privados). Sin embargo, como poca gente trabaja en condiciones de empleado y asalariado, es necesario obtener medidas alternativas para garantizar estas mejoras.

3.3.3. La Prostitución en Holanda

La ley sobre prostitución de Holanda es aprobada el 28 de octubre de 1999, entrando en vigor el 1 de octubre de 2000, a partir de ahí se levantó la prohibición general de

⁷¹ Según el informe, sin embargo, muchas de las encuestadas les ha parecido poca atractiva la posibilidad de firmar un contrato debido a las cuotas obligatorias que se descuentan de sus salarios.

⁷² Hay que tener en cuenta que la mayoría de las encuestadas no conocían muy bien la nueva ley o habían recibido información errónea.

⁷³ Aquí se refleja el fracaso de la ley alemana sobre prostitución de intentar que la sociedad en todos sus ámbitos considerase la prostitución como una actividad moralmente legal.

⁷⁴ VÉASE ANEXO I.

establecimiento de burdeles, es decir, ha dejado de estar prohibido negociar un establecimiento sexual en el que trabajen por libre voluntad en la prostitución personas mayores de edad, siempre que el propietario tenga una licencia municipal⁷⁵. Los entes locales tienen una función de vigilancia de la seguridad de las mujeres en prostitución, de las condiciones higiénicas y de las condiciones de trabajo. Las profesionales no pueden estar obligadas a tomar bebidas alcohólicas ni a practicar sexo con quien no deseen⁷⁶.

El informe que realizó el ministerio holandés nos dice que esta ley tenía como objetivos los siguientes:

- Regular las empresas dedicadas al sexo que contaban con la licencia correspondiente, para mejorar el sector y la posición de los trabajadores de sexo
- Actuar más severamente contra las empresas del sexo sin licencia para poder combatir mejor las injusticias.
- Combatir la explotación de las personas para la prostitución: la trata de personas.

El hecho de dejar en manos del municipio la concesión de las licencias, supone que algunos aspectos legales pueden variar de un municipio a otro, ya que cada región controla que el sector cumpla con la normativa y diseña sus propias políticas en materia de prostitución. Aunque se pueda variar de un municipio a otro, todos coinciden en prohibir y no tolerar la prostitución callejera. La prostitución en escaparates solo está permitida en 13 ciudades holandesas⁷⁷.

Paralelamente a la regularización de la prostitución voluntaria en Holanda, se ha endurecido el tratamiento penal de explotación de las personas que se prostituyen tanto de adultos como de menores, así como se sigue penalizando la trata de personas, con una pena máxima de 8 años y en caso de que concurra agravantes hasta 12 años.

Con el levantamiento de la prohibición de los burdeles, la prostitución ha sido reconocida oficialmente como trabajo. Los municipios están obligados a garantizar que las trabajadoras sexuales reciben la asistencia social y sanitaria que necesitan. Por su lado, las quienes ejerzan la prostitución debe pagar impuestos y tener un seguro privado de salud. Van de Meer (jefa de prensa del Ministerio de Seguridad y Justicia del Gobierno de Holanda)

⁷⁵ Q&A Prostitución, Publicación Del Ministerio holandés de Asuntos Exteriores, año 2012.

⁷⁶ Op. Cit. Rey Martínez, “Prostitución y..”, pág. 32

⁷⁷ Jiménez, Dácil “Prostitución legal: el modelo holandés” [en línea] El diario.es Fecha: 31/05/2015 consulta: 11 de mayo 2016

afirmó que los efectos en este campo son positivos, las condiciones sanitarias y de seguridad de las trabajadoras han mejorado; abusos como la trata, la prostitución de menores, falta de higiene y ambientes de trabajo inseguros son mucho más propensos a existir en el sector de la prostitución ilegal y rara vez se detectan en el sector regulado de los Países Bajos⁷⁸.

Además, el gobierno holandés ofrece un programa de ayuda y orientación hacia aquellos que decidan dejar el oficio, dotando para ello 12 millones de euros. Quienes se acojan a dicho programa, podrán recibir soporte en aspectos prácticos, como buscar trabajo o apartamento, y en otros relacionados con problemas psicológicos, de adicción o deudas, si los hubiera⁷⁹.

3.3.3.1. Resultados

Según Josep Miró⁸⁰, el modelo holandés fracasó ya que el resultado es un gran aumento del tráfico de mujeres y se ha producido un efecto inhibitor por parte de las respectivas policías. El control del cumplimiento de las normas sobre licencias es un asunto administrativo, pero en la práctica es la policía la que se encarga de la supervisión administrativa en nombre del municipio.

Además, no ha disminuido el número de prostitutas ilegales sino que en algunos casos personas que tenían permiso de estancia han decidido pasarse a la clandestinidad, principalmente por el aspecto salarial, ya que sus ingresos disminuyeron al pasar a ser equiparadas a empleadas de servicios o empleadas de compañías⁸¹.

De conformidad con el informe elaborado por el ministerio holandés, a la relación entre la prostituta y el titular de la empresa se le aplican las reglas del derecho privado, del cual forma parte el derecho laboral. Será decisivo saber si la prostituta puede determinar si se

⁷⁸ Op. Cit. “*Prostitución legal...*” [en línea].

⁷⁹ López, María “La normalización de La prostitución en Holanda es aún asignatura pendiente”, [en línea] la Vanguardia, 2014.

<<http://www.lavanguardia.com/vida/20141025/54417525658/la-normalizacion-de-la-prostitucion-en-holanda-es-aun-asignatura-pendiente.html>> [Consulta: 11 de mayo 2016]

⁸⁰ Consideraciones sobre la prostitución y su legalización, Reflexiones en relación al Proyecto de Regulación y Limitación de Servicios Sexuales Remunerados, del Dpto. de Interior de la Generalitat de Cataluña. Barcelona, 2006.

⁸¹ Op. Cit. Rey Martínez “*Prostitución y...*” pág. 33

prostituye o no, cómo lo hace y si puede decidir terminar la relación laboral. Normalmente, también son aplicables a este sector las normas aplicables al comercio y la industria en general, incluida la Ley de Condiciones Laborales. La Inspección de Trabajo ha publicado un folleto con información sobre la forma en que se aplica al sector de la prostitución la legislación sobre condiciones laborales, destinado a propietarios de empresas, empleadores y empleados, Servicios de Condiciones Laborales y ayuntamientos.

En Holanda, las mujeres que están en la prostitución señalan que la legalización y despenalización de la industria del sexo no acaba con el estigma sino que, al contrario, hace a las mujeres más vulnerables frente al abuso ya que, al tener que registrarse, pierden el anonimato. Así que la mayoría de las mujeres que están en la prostitución, a pesar de todo, eligen proceder de manera ilegal y clandestina. Los miembros del parlamento que en un principio apoyaron la legalización de los prostíbulos, basándose en el supuesto de que esto iba liberar a las mujeres, están viendo ahora cómo la legalización refuerza la opresión de las mujeres⁸². Los problemas relacionados con el estigma son muchos, según Felicia Anna, prostituta y bloguera que trabaja en Ámsterdam. Según ella, es difícil abrir una cuenta bancaria para empresas y que prácticamente no tienen acceso a un préstamo bancario, tarjeta de crédito o hipotecas⁸³.

Por estos motivos, se está intentando elaborar una reglamentación y un sistema más uniforme en todo el país. Así, en el informe holandés sobre la prostitución (Q&A Prostitución 2012) se habla de las nuevas expectativas de mejora incluidas en el Proyecto de ley de regulación de la prostitución en los siguientes aspectos:

- El proyecto pretende imponer una obligación de registro para todas las personas dedicadas a la prostitución. La persona será informada de sus derechos, de los riesgos del trabajo y también de la posibilidad de dejar la profesión. Los titulares de las empresas tendrán obligación de pedir al ayuntamiento una licencia para sus negocios y se harán más responsables de la lucha contra las situaciones de abuso y de la protección y el refuerzo de la posición de las prostitutas que trabajan para ellos. El cliente que utilice los servicios de la prostitución sin licencia o no registrada será objeto de sanción penal, al igual que a la prostituta que trabaje sin estar registrada.

⁸² “Diez razones para no legalizar la Prostitución” por Fundación Gadeso en “Prostitución I: Comercio de personas sin fronteras”, pág. 15.

⁸³ Op. Cit. López, María “La normalización de La prostitución en Holanda ...” [en línea]

- Se uniformizará las condiciones para conceder licencias, es decir, ya no será el municipio individualmente el que dicte las normas para conceder la licencia.
- Se propone que sean los ayuntamientos y la policía los que supervisen el cumplimiento de su política de licencia, y que esta supervisión ya no pueda encargarse totalmente a la policía. Esto permite que la policía pueda concentrarse en la investigación de situaciones graves de abuso y trata de personas.
- Aumento de penas para delitos de trata y explotación sexual por parte de terceros.

En relación con el aspecto sanitario autores consideran que hubo resultados positivos. En Holanda, se optó expresamente por el reconocimiento médico voluntario para las personas dedicadas a la prostitución. La obligación, afirma el ministerio, es estigmatizadora, ya que alimenta la idea de que las prostitutas son fuente de infección. Es tarea del ayuntamiento que se tenga un buen acceso a la atención sanitaria pero en buena medida depende de la trabajadora y de los titulares de las empresas dedicadas al sexo, que deben cumplir con sus responsabilidades⁸⁴. El proyecto de ley pretende que la concesión de permisos esté vinculada al cumplimiento de determinadas normas sobre las medidas que deben adoptarse para proteger la salud de las personas que trabajan en la prostitución.

Finalmente, el informe de la Unión Europea del año 2014 opina que considerar la prostitución como un “trabajo sexual” legal, despenalizar la industria del sexo en general y legalizar el proxenetismo no es la solución para proteger a las mujeres y las mujeres menores de edad de la violencia y de la explotación, sino que produce el efecto contrario y aumenta el riesgo de que sufran un mayor nivel de violencia, al tiempo que se fomenta el crecimiento de los mercados de la prostitución y, por tanto, el número de mujeres víctimas de abusos.

Sin embargo, la opinión minoritaria del informe establece que pretender excluir a las prostitutas o trabajadoras de sexo de los lugares públicos contribuyen a aumentar su estigmatización, exclusión social y vulnerabilidad y afirma que todos los Estados miembros deberían abstenerse de penalizar a los trabajadores de sexo y, por el contrario, dar a estas personas acceso a derechos en materia de seguridad social y a programas de desarrollo para ayudarles a abandonar la profesión en caso de que así lo deseen.

3.4. Fenómeno de la laboralización en España

⁸⁴ Op. Cit. Q&A Prostitución 2012.

Frente a este modelo reglamentarista, surgió más recientemente un nuevo tipo de reglamentarismo, conocido como el fenómeno de la **laboralización** que busca el reconocimiento del trabajo sexual y derechos laborales a las prostitutas. Surge como consecuencia de los debates sobre la prostitución y su reconocimiento como actividad legal.

Ya en los años 80, surge, como parte del pensamiento y del movimiento feminista, una auto-organización de las prostitutas que ha protagonizado la voz más enérgica que apuesta por un cambio importante en la concienciación y la solidaridad entre todas las mujeres, defendiendo el derecho de las trabajadoras sexuales a la misma legitimidad política y social que sus clientes, y el derecho a decidir por ellas mismas sobre cómo vivir y resistir a la explotación.

Los estatutos mundiales del *Internacional Committee for Prostitues Rights*, recogidos en la *Carta mundial por los Derechos de las Prostitutas* exigen la descriminalización de todos los aspectos de la prostitución adulta que sean resultado de una decisión individual y solicitan su regulación según la normativa ordinaria para los contratos laborales y mercantiles. También hacen hincapié que deberían incluirse cláusulas para prevenir el abuso y la estigmatización; en definitiva, exigen que sus derechos humanos y, en particular, sus derechos laborales sean respetados⁸⁵.

De acuerdo con el Informe de la ponencia sobre la prostitución en España, elaborado por la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades de las Cortes Generales (aprobado el 13 de marzo de 2007), la prostitución es el segundo negocio mundial más lucrativo, reportando anualmente unas ganancias entre 5 y 7 billones de dólares movilizand o alrededor de unas 4 millones de personas. Pese a esto, nos encontramos con serias dificultades, aunque no haya, formalmente, impedimentos, para considerar contrato lícito la prestación de servicios entre la prostituta y su cliente.

Esto se deduce de la práctica judicial⁸⁶ (apoyada por un sector importante de la doctrina jurídica histórica) que, en la gran mayoría de los casos, niega cualquier eficacia jurídica contractual por considerar que se trata de un contrato radicalmente nulo al contar con un

⁸⁵ Iglesias Skulj, Agustina, “*La prostitución y el trabajo sexual: las relaciones entre sexualidad y género*”, en *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, coordinación de Villacampa Estiarte, Carolina (coord.), pág. 63 Edición: Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 63

⁸⁶ Oliva Blásquez, F. “*Prostitución e ilegalidad contractual: una reflexión en clave contemporánea*”, *Teoría y Derecho*, Revista de Pensamiento Jurídico, n° 17, 2015, pág. 20.

objeto o una causa que contraviene la ley imperativa, la moral y las buenas costumbres (arts. 1271 y 1275 del Código Civil). Siendo así, la relación contractual resulta inexistente para el Derecho con todas las consecuencias que ello acarrea en términos de pérdida de derechos de todo tipo (sociales, laborales, fiscales, civiles).

Es evidente que tal consideración acarrea consecuencias negativas para los derechos de las prostitutas, las cuales son marginadas e invisibilizadas. Sin embargo, es cierto que desde la jurisdicción social se ha considerado a la prostitución como “prestación de servicios de naturaleza sexual mediante precio” (STSJ Cataluña de 31 de marzo 2005), al igual que en el *Asunto Jany*, sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de noviembre de 2001, que entiende que la prostitución “constituye una prestación de servicios remunerada”.

Por lo tanto, basándonos en las labores de la jurisdicción social, se puede considerar que la prostitución encaja en un modelo sinalagmático de prestación de un servicio de carácter sexual a cambio de una determinada prestación económica y este modelo, en opinión de Oliva Blásquez, no es otro que el contrato típico de arrendamiento de servicios⁸⁷.

Otra opción sería considerar a las prostitutas como trabajadoras autónomas que de forma habitual, personal, directa y por cuenta propia ejerce la prostitución. Para apoyar esta interpretación, Gloria Poyatos Matas, magistrada del Juzgado de lo Social de Arrecife, en Lanzarote, se hizo pasar por prostituta para demostrar que es posible darse de alta como autónoma y cotizar en la Seguridad Social ejerciendo dicha profesión⁸⁸. Según ella, tenía la convicción de que su petición sería denegada, sin embargo, para su sorpresa, la dieron de alta como profesional del sexo.

“Lo que hice demuestra que el proceso para legalizar la prostitución existe. Las prostitutas tienen que declararse autónomas para que el dinero que mueve esta profesión deje de formar parte de la economía sumergida. La prostitución mueve más millones de

⁸⁷ Así lo recogió el *Anteproyecto catalán de ley que regula y limita los servicios sexuales remuneradas* del año 2005, en su artículo 9, donde indicaba que la naturaleza de la relación contractual: “la relación jurídica derivada del contrato o pacto entre la persona que solicita los servicios sexuales y la persona que los presta se entiende que es un arrendamiento de servicios”.

⁸⁸ Libertad digital “*Una juez se da de alta como prostituta en la Seguridad Social*”, 2011. Puede encontrarse en: <http://www.libertaddigital.com/sociedad/2011-10-29/una-juez-se-da-de-alta-como-prostituta-en-la-seguridad-social-1276439795/>

euros que el negocio de la droga, unos 50 al día, únicamente es superado por el tráfico de armas”. (Gloria Poyatos Mata).

Carolina Gala⁸⁹ habla de una posible fórmula reguladora de la prostitución como posible objeto de un contrato de trabajo. Esta fórmula sería la de una relación laboral de carácter especial, recogida en el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores, en la cual se contemplasen todas las especialidades subyacentes a este tipo de actividad, (la ordenación del tiempo de trabajo, la forma de retribución, las causas de rescisión o suspensión de la relación laboral, la forma de ejercicio del poder de dirección empresarial, las medidas de prevención de riesgos laborales, medidas de protección social, etc.), garantizándose de forma efectiva en todo caso, los derechos de las trabajadoras sexuales y en la medida de lo posible, el mayor grado de autonomía en el ejercicio de su trabajo⁹⁰.

Por último, otra solución posible es el alterne, un supuesto diseñado por la justicia social para amparar laboralmente, aunque sea de forma parcial, la actividad de las trabajadoras de sexo. Para ello, se descarta que la actividad de la prostitución como prestación de servicios sexuales a cambio de un precio pueda ser objeto de un contrato laboral, al ser su causa ilícita, pero sin embargo, si se admite la laboralidad, siempre que reúna las notas características del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, de la actividad del alterne.

Por parte de Jueces y Magistrados de lo Social, se ha calificado la actividad de alterne como laboral, declarando así la existencia de una relación laboral en quienes prestan servicios realizando la actividad de alterne de forma personal, voluntaria, remunerada, por cuenta de otro y dentro de su ámbito de dirección. Sin embargo no se reconoce en ninguna de ellas la relación laboral por el ejercicio de la actividad de prostitución sino que regulariza laboralmente la relación por vía de la prestación de servicios de alterne, eufemismo que en muchas ocasiones encubre el ejercicio de la prostitución⁹¹.

⁸⁹ Lázaro González, E. “*Configuración del tratamiento jurídico del trabajo sexual. Especial incidencia en la situación de las mujeres migrantes trabajadoras del sexo*” en Instituto de Migraciones, F. Javier García Castaño y Nina Kressova (coords.). Granada: Instituto de Migraciones, 2011. Pág. 908.

⁹⁰ Lázaro González, E. “*Configuración del tratamiento jurídico del trabajo sexual. Especial incidencia en la situación de las mujeres migrantes trabajadoras del sexo*” en Instituto de Migraciones, F. Javier García Castaño y Nina Kressova (coords.). Granada: Instituto de Migraciones, 2011. Pág. 910.

⁹¹ Op. Cit. Lázaro González, E. “*Configuración del tratamiento jurídico del trabajo...*” pág. 910.

En resumen, hoy día existen diversas asociaciones que intentan alzar la voz para que los derechos de las trabajadoras sexuales sean reconocidos y tomados en serio, quieren romper los estigmas que su trabajo supone, y respecto a esto, Cristina Garaizabal, una de las fundadoras de Hetaira⁹² y psicóloga afirma que *“las trabajadoras sexuales no son consideradas como tales trabajadoras sino como putas, con todo lo que esta palabra comporta, con el estigma que encierra. Toda su vida es valorada bajo este prisma: son “otras” mujeres, otra casta, para mucha gente llevan marcada la depravación moral por lo que hacen (o, incluso, porque “su impulso sexual ya las hacía tender a ello”); son consideradas “malas madres” (se ve como contrapuesta la identidad de madre con el ejercicio de puta); se las considera siempre como víctimas o como “pobres mujeres” (manipuladas por otros y condicionadas totalmente por una situación que las obliga a ello) (...)”*.

Entre sus objetivos principales está el de que las trabajadoras sexuales se constituyan y sean reconocidas como sujetos sociales y sujetos de derechos, en cuanto tales, y que, tanto el debate que se genere sobre esta actividad como las medidas concretas que se adopten, sirvan para dar poder a las trabajadoras para que logren mejorar sus condiciones de vida y de trabajo y que eso repercuta en su autoafirmación personal y en la normalización de esta actividad. Será el conjunto de este proceso el que sirva para luchar contra el estigma que hoy recae sobre quien ejerce este trabajo.

3.4.1. Especial referencia a la Comunidad Autónoma de Cataluña

Cataluña se convirtió en la primera comunidad autónoma que regularizó, de alguna forma, la prostitución en España cuando en el año 2002⁹³ aprobó un decreto que regulaba los locales donde se ejerce la prostitución debido, según la exposición de motivos del propio texto, al aumento de la práctica de la prostitución y especialmente del ejercicio de esta actividad por parte de personas que pueden encontrarse en la esfera de la exclusión social; y por el resultado de los estudios llevados a cabo por el Instituto Catalán de la Mujer, que

⁹² El Colectivo Hetaira nació el 12 de marzo de 1995, a iniciativa de un grupo de mujeres, de las cuales algunas ejercían la prostitución y otras, otro tipo de trabajo. En esos momentos se creó la necesidad de organizarse para combatir el estigma social que recae sobre las prostitutas; para defender sus derechos: a trabajar tranquilas, a organizarse, a sindicarse, a cotizar; para denunciar las agresiones físicas, los chantajes; los abusos de poder y para favorecer su organización en defensa de sus intereses como trabajadoras.

⁹³ Decreto del Gobierno catalán 217/2002, de 1 de agosto, por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución.

elaboró un informe sobre dicha actividad, donde apuntaba una serie de necesidades de este colectivo.

Artur Mas justificó la aprobación de este decreto por la “imposibilidad de erradicar” la prostitución en las calles y carreteras. “Por algún sitio se tenía que empezar. Pero en ningún caso se pretende fomentar, sino regularla y controlarla”, declaró el *conseller en cap*, quien añadió que con esta normativa se da “contenido al vacío legal” en que se mueve el sector⁹⁴.

Se debe subrayar que esta regulación no era completa ni abarcaba los mismos temas que en los países como Alemania y Holanda (derechos de las mujeres que ejercen, considerándolas como trabajadoras sexuales) sino que, de manera mucho más sencilla, se limitaba a regular tareas de la competencia de una comunidad autónoma, que obviamente no abarca los derechos fundamentales, seguridad social, etc. Siendo así, la regulación en Cataluña tenía como finalidad asegurar el orden público y la tranquilidad vecinal. Por eso, como bien puntualiza Rey Martínez, dichas normas no pueden catalogarse como antecedentes del eventual establecimiento de un sistema de reglamentación del fenómeno de la prostitución en España, como, sin embargo, a menudo son presentadas ante la opinión pública.

Una de las principales novedades del Decreto del 2002 era el concepto de “prestación de servicios de naturaleza sexual”, recogido en el artículo 2 del mismo: *“la actividad ejercida de manera libre e independiente por el prestador o la prestadora del servicio con otras personas, a cambio de una contraprestación económica, y bajo su propia responsabilidad, sin que haya ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de la actividad, llevada a cabo en reservados anexos a las dependencias principales de determinados locales de pública concurrencia”*.

Las demás disposiciones del decreto se refieren, exclusivamente, a los establecimientos donde se ejerce la prostitución, que es el verdadero objeto de regulación de dicho decreto, excluidos en todo caso *“los domicilios y las viviendas particulares donde se prestan servicios de naturaleza sexual y que no tienen la consideración de locales de pública concurrencia”* (artículo 4).

El Decreto encomienda a los ayuntamientos establecer los requisitos y condiciones de los reservados anexos al local tales como equipamientos, el mobiliario indispensable para ejercer la actividad, las condiciones higiénico-sanitarias y demás cuestiones que sean objeto

⁹⁴ Mar Padilla “Cataluña se convierte en la primera comunidad que regula los prostíbulos” EL PAÍS, 2 de agosto 2002 [en línea] http://elpais.com/diario/2002/08/02/sociedad/1028239201_850215.html consultado en 2 de junio 2016

de su competencia (artículo 6.2). Así como también, corresponde a los ayuntamientos establecer las condiciones de emplazamiento de los mencionados locales (artículo 7.4).

Los locales donde se ejercen la prostitución deben de tener licencia administrativa, de carácter municipal (artículo 15). No solo se determina el concepto de local a los efectos de aplicación de esta normativa, sino que además la consecuencia establecida en la misma es que se excluye la posibilidad de realizar actividades de prostitución en locales públicos distintos de los regulados⁹⁵.

Se impugnó dicha regulación ante el Tribunal Supremo porque varias asociaciones consideraban que vulneraba el Convenio de la ONU de 1950 para la represión de la trata de personas y de explotación de la prostitución ajena, entre otros. La resolución del año 2010 convalidó la regulación de Cataluña, concretamente en el fundamento jurídico 7 de la sentencia:

“El concreto objeto del Decreto 217/2002, según su artículo primero, es el de establecer los requisitos y las condiciones que tienen que reunir determinados locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución”.

El art. 2 del Decreto se encarga de precisar que, a sus efectos, se considera prestación de servicios de naturaleza sexual la actividad ejercida de manera libre e independiente por el prestador o prestadora del servicio con otras personas, a cambio de una contraprestación económica, y bajo su propia responsabilidad, sin que haya ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de la actividad, llevada a cabo en reservados anexos a las dependencias principales de determinados locales de pública concurrencia.

Vemos así que lo que justifica la intervención administrativa es la existencia de locales de pública concurrencia en los que, por sus peculiar singularidad, es necesario preservar más intensamente el orden público, garantizar su seguridad e higiene, evitar molestias a terceros, defender los derechos y la seguridad de los ciudadanos y proteger a las personas menores de edad, bienes jurídicos e intereses públicos que pueden resultar especialmente comprometidos atendidas las particularidades de los locales objeto de regulación. Esta intervención administrativa contemplada en el Decreto sólo puede ser considerada de limitación, incluso de policía, sin que en ningún caso tenga la consideración de actividad prestacional de ningún tipo y aún menos de fomento de la actividad”.

⁹⁵ Op. Cit. Rey Martínez, “Prostitución y Derecho” pág. 139

Actualmente, está en vigor la Ley 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y las actividades recreativas (LEPAR) y a su Reglamento general de desarrollo (REPAR), aprobado por el Decreto 112/2010, de 31 de agosto. Éste último ha derogado expresamente el Decreto de 2002⁹⁶.

El REPAR mantiene en gran medida lo mismo del Decreto de 2002, salvo algunos cambios como la denominación “servicios de naturaleza sexual” por “actividades de naturaleza sexual”.

El artículo 41 del REPAR indica que “Los establecimientos abiertos al público, así como sus reservados, en los que se desarrollan actividades de naturaleza sexual requieren licencia municipal y están sometidos a las limitaciones o condiciones de emplazamiento y los demás requisitos establecidos en las ordenanzas municipales o en la normativa urbanística aplicable o, en su defecto, los que determine la ordenanza municipal tipo”.

Se excluye totalmente de la regulación del año 2010 a lo que se refería al control sanitario preventivo, quedando la cuestión en manos de las ordenanzas municipales. Los dueños de prostíbulos en Cataluña ya no tendrán que ofrecer asistencia médica a las prostitutas. La Generalitat ha retirado esa obligación, vigente desde 2002 y única en España, que pretendía facilitar el acceso de las trabajadoras del sexo a los servicios de salud. El Gobierno catalán considera ahora que la medida solo ha servido para que los empresarios “publiciten que sus chicas están “limpias” y afirma que, en la práctica, no ha supuesto ninguna garantía sanitaria⁹⁷.

4. LA PROSTITUCIÓN Y LA PORNOGRAFÍA INFANTIL EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En el ámbito internacional encontramos muchos documentos que se refieren a la prostitución en general, como por ejemplo: El *Acuerdo Internacional para asegurar una protección*

⁹⁶ Barberá Gomis, J.R. “Aproximación a la prostitución desde la vertiente normativa en Cataluña: la ordenación administrativa local de los establecimientos donde se ejercen actividades de naturaleza sexual”, 2012 en *¿Prostitución Hacia la legalización?* Coordinadora: Carolina Estiarte, Valencia, 2012. Pág. 298.

⁹⁷ García Jesús, "Cataluña retira la asistencia médica obligatoria a las prostitutas". [en línea] EL PAÍS http://elpais.com/diario/2010/09/01/sociedad/1283292004_850215.html

*eficaz contra el Tráfico Criminal*⁹⁸ denominado Trata de blancas, 1904, Sociedad de Naciones; así como el Convenio Internacional para la Represión de la trata de blancas, 1910 en el cual se mencionaba el compromiso que debían adoptar los gobiernos para investigar a los que “conducían a mujeres a la vida depravada”, proponiéndose por primera vez disposiciones relativas a su castigo.

La Convención sobre la Esclavitud, 1926, Naciones Unidas, el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 1930 (convenio n°29) de la Organización Internacional del Trabajo.

La declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) recoge en su art. 13 que “*Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país*”; igualmente así recoge el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, de 1966 p. 171

El *Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la prostitución ajena*, 1950. El Convenio establece que las víctimas de este delito pueden ser de ambos sexos y califica la prostitución como una forma más de violencia. Además, es el documento que más claramente liga la prostitución y la trata de personas, considerando que esta última es “el mal que acompaña a la prostitución” y que ambas actividades son incompatibles con la dignidad y el valor de las personas⁹⁹.

4.1. La Pornografía infantil en el Derecho Internacional

*4.1.1. Instrumentos internacionales*¹⁰⁰

Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en su art. 34 c) compromete a los Estados parte a tomar todas las medidas necesarias, de carácter nacional o multilateral, para impedir “la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.

En el ámbito de las Naciones Unidas destaca la **Resolución 1992/74** de la Comisión de Derechos Humanos, por la que se aprueba la programa de acción para la prevención de la

⁹⁸ Tratados y convenios de las Naciones Unidas. Entidad de las Naciones Unidas para la igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU MUJERES) [en línea] <www.endvawnow.org/es/>

⁹⁹ Op. Cit. Morales Plaza, E.M. “*Prostitución y trata.*” pág. 22

¹⁰⁰ Rosa Cortina, J.M. “*Los delitos de pornografía infantil*” Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 20-21.

venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y la **Resolución 48/156 de 1993** de la Asamblea General, sobre necesidad de adoptar medidas internacionales eficaces para prevenir la venta de niños, la prostitución y la utilización de niños en la pornografía.

Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, ratificado en Nueva York en el año 2000, donde se conceptúa la pornografía infantil, prevé la necesidad de sanción para estas conductas con penas adecuadas a su gravedad, así como la incautación y confiscación de bienes, materiales, activos, medios, etc., y las utilidades del delito y el cierre de los locales utilizados, propugnando al mismo tiempo la protección en todas las fases del proceso de los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas en el protocolo.

4.1.2. Unión Europea

Europa realiza una actividad contundente en materia pornografía infantil con el fin de armonizar el derecho de los Estados partes.

Así, en la *Carta Europea de los Derechos del Niño* (1992) se recoge que se adoptaran medidas adecuadas para impedir que ningún niño, en el territorio de la Comunidad sea secuestrado, vendido o explotado con fines de prostitución o de producciones pornográficas o que desde la Comunidad se prepare o apoye la explotación sexual de los niños fuera de su territorio. Además, todo niño debe tener protegida su imagen para preservar su dignidad.

La Resolución del Parlamento europeo relativa a la protección y derechos del niño resalta la necesidad de prohibir la producción, comercio, transporte y tenencia de material que incite a los abusos sexuales contra niños (número 5).

La *Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión sobre la lucha contra el turismo sexual que afecta a los niños* y el *Memorandum relativo a la contribución de la Unión Europea a la intensificación de la lucha contra los abusos y la explotación sexual de que son víctimas los niños* insta a los Estados Partes a introducir en sus códigos penales determinadas figuras delictivas tales como utilización de menores para fines de espectáculo o producción, venta o distribución de material pornográfico, etc.

La *Decisión 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 infantil* insta a los Estados miembros a adoptar

medidas necesarias para adaptar la legislación nacional a la decisión marco. Algunas de las medidas que se mencionan en la decisión son¹⁰¹:

- Equipara los comportamientos punibles que constituyen una “infracción relacionada con la pornografía infantil” ya sea por medios informáticos o no, tales infracciones pueden ser la producción de pornografía infantil, difusión o distribución de la misma, etc.
- Se añade una lista de circunstancias que agravan la conducta: que la víctima sea un niño que no haya alcanzado la edad del consentimiento sexual según el derecho nacional, entre otras.
- Se introduce la responsabilidad penal y civil de las personas jurídicas.

Finalmente, *la Directiva 2011/92/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y a la pornografía infantil*, insta una vez más a los Estados miembros a revisar y adaptar su normativa interna. Así, la motivación y contenido de la reforma de los delitos de pornografía infantil del art. 189¹⁰² del Código Penal se encuentra íntegramente detallada en esta directiva.

5. LA PROSTITUCIÓN Y LA PORNOGRAFÍA INFANTIL EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL

5.1. Consideraciones generales y exposición de motivos

La posición de España respecto los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores ha sido variada, a lo largo de la historia, pasando de posturas reglamentaristas, abolicionistas o prohibicionistas, pero nunca hubo un claro posicionamiento del gobierno en lo que se refiere a este tema, lo que muchos consideran como una situación de “alegalidad”, es decir, ni regulado ni prohibido.

Actualmente, la prostitución como tal no es un delito, es decir, la persona que, individualmente, decide prostituirse no será sancionada por el derecho penal español, salvo como ya veremos las conductas referentes a la prostitución de menores de edad (art. 188 CP) Sin embargo, sí se castiga y se persigue las acciones relativas a la explotación de prostitución ajena.

¹⁰¹ Op. Cit. Rosa Cortina “*Los delitos de Pornografía...*” pág. 22

¹⁰² Véase apartado pág. 49

El Código Penal actual es del año 1995, y desde entonces, ha sufrido diversas modificaciones en materia de los delitos sexuales. La más importante, sin duda, a parte de la del año 2010, y la que a partir de ahora me ocuparé de examinarla es la reforma a través de la *Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*.

Exposición de motivos:

La ley 1/2015, en su exposición de motivos, apartado XII, nos dice que la modificación tiene como fundamento, a lo que se refiere a los delitos contra la libertad sexual, llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, 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. Esta Directiva obliga a los Estados miembros a endurecer las penas relativas a los abusos sexuales, explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Respecto a los delitos relativos a la prostitución las principales modificaciones son:

- una separación más nítida entre los comportamientos cuya víctima es una persona adulta, de aquellos otros que afectan a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección. En este segundo caso, se elevan las penas previstas con el fin de armonizar las legislaciones europeas, y se introducen nuevas agravantes para combatir los supuestos más lesivos de prostitución infantil.
- Se modifica el artículo 187 con el objetivo de perseguir con mayor eficacia a quien se lucre de la explotación de la prostitución ajena.
- Se introduce una definición de pornografía infantil, así como nuevos tipos.

5.2. Introducción y Bien Jurídico Protegido

Están ubicados en el Título VIII “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” del Código Penal, Capítulo V “De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”, artículos 187 a 190.

Según LÓPEZ BARJA DE QUIROGA¹⁰³, se utiliza la frase “delitos relativos a” para poner en evidencia que el delito de prostitución no existe, que la prostitución no es delictiva y que lo que se castigan son conductas que tienen relación con ella en las que la prostitución será el centro nuclear alrededor del que giren las conductas delictivas, pero, el hecho del ejercicio de la prostitución de la prostitución por persona mayor de edad con su consentimiento es atípico.

5.2.1. Bien jurídico protegido

Luzón Peña considera que los bienes jurídicos protegen “*condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad*”. Tales condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en todo caso deben ser considerados *socialmente valiosos* y por ello dignos de protección jurídica¹⁰⁴.

Con la Constitución se empezó a arraigar la protección de los bienes jurídicos individuales y no la moral o la honestidad. La propia exposición de motivos del CP de 1995 nos deja clara la importancia del bien jurídico protegido en la sociedad y respecto a los delitos sexuales dice que con la reforma “Se pretende adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto.”

5.2.1.1. Doble bien jurídico

¹⁰³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “Tema 32. III. Delitos relativos a la Prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores” en GRANADOS PÉREZ, C. “Contestaciones al Programa de Derecho Penal. Tomo II (Tema 26 a 62), Parte Especial: Para acceso a las Carreras Judicial y Fiscal”. Valencia: Tirant lo Blanch: 2015, pág. 123

¹⁰⁴ Rosa Cortina, J.M. “Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. Pág. 13. Se puede consultar en:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/download/Ponencia%20Jos%C3%A9%20Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14

El bien jurídico protegido de los delitos que ahora examinamos es la libertad sexual, entendida como la facultad de autodeterminación sexual. Norberto Bobbio entiende esa libertad desde el punto de vista de dos aspectos¹⁰⁵:

1. **Libertad positiva:** como el querer, la autodeterminación, el tomar una decisión sin verse influenciado por un tercero; es decir, una libre disposición del cuerpo teniendo como límite la libertad ajena.
2. **Libertad negativa:** como la realización o la omisión del acto, sin que pueda interferir un tercero en ésta. Es la facultad para negarse a la realización o participación en un acto sexual o a repeler o defenderse de una agresión sexual.

Respecto a los menores e incapaces (o personas discapacitadas necesitadas de especial protección), que todavía carecen, en caso de los menores, o que carezcan en caso de los incapaces, de capacidad de análisis para decidir responsablemente en el ámbito sexual, el bien jurídico protegido es la **indemnidad**¹⁰⁶ sexual, termino análogo a la libertad pero que tiene en cuenta a aquellos que no pueden gozar de la libertad o que no la tienen, y su objetivo principal es el de otorgar protección, asegurar y resguardar aquella intangibilidad o indemnidad Sexual¹⁰⁷. Los tipos penales pretenden conservar las condiciones básicas para que en el futuro puedan alcanzar un libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual.

La existencia de este bien jurídico específico en caso de menores e incapaces se justificaría por la mayor vulnerabilidad¹⁰⁸ de los menores de edad para ser víctimas de comportamientos delictivos y las mayores dificultades que encuentran los niños para transmitir a los adultos sus problemas y sufrimientos, además de los daños que para la formación y evolución psíquica del menor genera esta clase de delito; además se protege una libertad futura.

5.3. Prostitución coactiva mayores de edad – artículo 187¹⁰⁹

¹⁰⁵ López, M.J. “De La libertad y la indemnidad sexual” LEX WEB [en línea], 2013. Se puede encontrar en: <http://lexweb.cl/de-la-libertad-y-de-la-indemnidad-sexual/>

¹⁰⁶ Según la Real Academia Española, indemnidad significa “*estado o situación del indemne*”, es decir de quien está libre o exento de daño. [consulta: 14 de mayo 2016]

¹⁰⁷ “De La libertad sexual...” Op.cit. p. 34

¹⁰⁸ “Bien jurídico protegido y...” Op. Cit. P. 34

¹⁰⁹ VER ANEXO II (tabla comparativa)

Se invierte la estructura formal de los tipos, a partir de ahora se recogen en primer lugar las conductas de determinación coactiva y abusiva a la prostitución (art. 187), así como la nueva incriminación del proxenetismo y en segundo lugar los comportamientos relativos a la prostitución de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección (art. 188).

La redacción del artículo 187 CP es idéntica a la anterior (que estaba ubicado en el art. 188), con una estructura y configuración, según Morillas Fernández¹¹⁰, más coherente y sencilla que la anterior a la reforma.

5.3.1. Conductas típicas

1) Ejercicio coactivo de la prostitución:

Determinar a una persona a ejercer o a mantenerse en la prostitución empleando violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de necesidad, superioridad o vulnerabilidad de la víctima.

El Código Penal establece una pena de prisión de 2 a 5 años y multa de 12 a 24 meses. Con la reforma, se eleva la pena de cuatro a cinco años, manteniendo la multa con la misma duración.

Por lo tanto, podemos sacar de esta conducta dos posibilidades: a) *Determinar a ejercer*: tanto a la persona que nunca ha realizado la prostitución como a personas que ya la han realizado con anterioridad pero que han abandonado dicha práctica sexual y b) *Obligar a mantenerse*: determinar a quién está ejerciendo la prostitución a que se mantenga en ella¹¹¹.

El delito no requiere que la persona determinada haya llegado a mantener relaciones sexuales por precio, la acción se perfecciona cuando esta persona toma la resolución que se la está imponiendo. Es suficiente con haberla colocado en la posición de tener que hacerlo en situaciones en las que su necesidad es clara¹¹², así lo corrobora la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2008¹¹³.

¹¹⁰

¹¹¹ CIRCULAR 5/2011, “Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración”, en Fiscalía General del Estado, 2011, pág. 57, <http://www.sipan.es/descargas/legislacion/penal/penal20.pdf>

¹¹² Rodríguez Ramos, L. (Director), Martínez Guerra, A. (Coordinadora) “Código Penal Comentado y con Jurisprudencia” 3º Edición LA LEY, Madrid 2009, pág. 662.

La necesidad penalmente relevante es la que ha de concurrir de modo personal e individualizable como situación concreta de carencia de algo determinado, no prescindible sin grave perjuicio físico o moral, y en términos tales que limite en verdad la objetiva capacidad de libre autodeterminación sexual en el necesitado¹¹⁴.

Elementos objetivos y subjetivos:

Sujeto activo: debe conocer la situación de explotación, es decir, debe concurrir dolo en su conducta (elemento subjetivo). Es quien determina a la víctima al ejercicio de la prostitución mediante engaño y se lucra con dicha actividad o quien doblega su voluntad para conseguirlo aprovechando su superioridad y la vulnerabilidad del sujeto pasivo. Respecto al beneficio económico se considera que no es imprescindible, bastando que el sujeto activo actúe con conciencia y voluntad¹¹⁵.

Nos encontramos ante un **delito de resultado**¹¹⁶ de medios determinados, que exige para la consumación del tipo que se haya doblegado la voluntad de la víctima y si no se alcanza el fin que se buscaba (satisfacción de los deseos sexuales de otra persona), nos encontraríamos ante una tentativa, donde no se llega a producir los actos sexuales con terceros mediante precio. Es posible la presencia de tentativa, por ejemplo, cuando la víctima se niega a mantener el trato sexual, pese a la presión ejercida frente a ella¹¹⁷. Sin embargo, en otra sentencia del TS¹¹⁸ se sostiene que es suficiente con haber colocado a la víctima en posición de tener el contacto sexual.

Medios Comisivos¹¹⁹:

¹¹³ STS nº 350/2008 de 17 de junio, RJ 2008/3375, FJ 2

¹¹⁴ AP Segovia 18/1997, de 3 de marzo.

¹¹⁵ ORTS BERENGUER, Enrique, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, Derecho Penal Parte Especial, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 294.

¹¹⁶ Op. Cit. Rodríguez Ramos, “*Código Penal Comentado...*”, pág. 663. De la misma opinión Gómez Tomillo, M. en “*Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*” Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi: 2015, pág. 568.

¹¹⁷ Véase Sentencia del Tribunal Supremo 487/1997, de 7 de abril y 152/2008 de 8 de abril.

¹¹⁸ Véase Sentencia del Tribunal Supremo 350/2008, de 17 de junio

¹¹⁹ La literatura científica viene criticando la equiparación punitiva de los medios comisivos a los que alude la Ley, que sanciona igual a quien con violencia determina a otras persona a prostituirse que a quien lo hace, por ejemplo, con engaño. Op. Cit. Gómez Tomillo “*Comentarios...*” pág. 568

Violencia: *vis* física sobre la víctima, es decir, cualquier acometimiento agresivo sobre una persona, maltratarla o golpearla. En definitiva, cualquier medio físico eficaz para doblegar la voluntad de una persona.

Intimidación: *vis* compulsiva, fuerza psíquica o moral, es decir, la amenaza de un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad del sujeto pasivo.

La jurisprudencia¹²⁰ entiende que la intimidación existe no solo en los casos de amenaza de un mal, sino también existe en lo que respecta el comportamiento del sujeto, ya que muchas de estas personas se encuentran en una situación difícil, normalmente extranjeras. Suelen ser grupos organizados que las dan esperanza con un contrato de trabajo que en realidad no existe y se las obliga a entrar en la prostitución para pagar supuestas deudas que se han generado para traerlas. También se considera que existe intimidación cuando se les retira o se les retiene el pasaporte a las extranjeras, así como realizar un control absoluto sobre donde se encuentran en cada momento, acompañándolas a cualquier lugar, etc¹²¹.

Engaño: sinónimo de fraude o maquinación. Es una de las formas actuales más frecuentes para atraer a la víctima para el ejercicio de la prostitución, mediante la promesa de un contrato de trabajo¹²², como ya he comentado en el párrafo anterior.

Respecto a la situación de necesidad o vulnerabilidad se aprecia generalmente cuando la prostituta es persona inmigrante en régimen ilegal, y en los casos de abuso de situación de necesidad de la víctima se dan en supuestos de retirada de pasaporte y documentación hasta que se salda la deuda¹²³.

2) Explotación de la prostitución ajena: Lucrarse con la explotación de la prostitución ajena, aun con el consentimiento de la misma (Proxenetismo).

En esta conducta se excluye el lucro indirecto, es decir, el CP no prevé la responsabilidad penal del dueño del local en el que se ejerza la prostitución – y obviamente participe de sus beneficios –, supuesto que la doctrina y la jurisprudencia denominan tercería locativa, ya

¹²⁰ STS nº 461/2010 de 19 de mayo, RJ 2010/5820

¹²¹ ORTS BERENGUER, Enrique, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, Derecho Penal Parte Especial, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.293.

¹²² Muñoz Conde, F. “*Derecho Penal. Parte Especial*” [Recurso Electrónico]. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 203.

¹²³ Véase SSAP Córdoba 6 de julio de 2001; Asturias 16 de junio 2001.

que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo¹²⁴, cuando se trata de prostitución de personas mayores de edad solo permanece tipificada la conducta de quien determine coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o mantenerse en ella¹²⁵.

Para que se impute el arrendatario o titular del local donde se ejerce la prostitución, se debe probar que además de participar en los beneficios, obligó o coaccionó de alguna manera a la víctima a ejercer la prostitución o que tuviera conocimiento de que la víctima se encontraba en una situación de explotación sexual.

Muñoz Conde¹²⁶ dice que *“al parecer con este tipo se quiere castigar, más que hechos específicos y concretos, una forma de vida o a un tipo de autor, que en este caso se trataría del proxeneta”*. Para que se aplique este tipo, la doctrina del Tribunal Supremo viene exigiendo los siguientes criterios¹²⁷:

- a. Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad.
- b. Que quien obtenga el rendimiento económico a costa de explotación sexual ajena tenga conocimiento de las circunstancias en las cuales vive esa persona.
- c. la ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Solo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo.
- d. Se exige una cierta reiteración de los beneficios económicos, es decir, no vale con que sea un acto aislado. Se exige tanto a la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio.

¹²⁴ STS de 18 de marzo de 1997, RJ 1997/1732, FJ único

¹²⁵ Circular 5/2011 sobre Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.

¹²⁶ MUÑOZ CONDE, F., *“Derecho Penal Parte Especial”*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pág. 248.

¹²⁷ Sentencia nº 1171/2009 de fecha 10/11/2009 recurso de casación nº 10308/2009

Estas exigencias de la doctrina del TS concuerdan con Gómez Tomillo¹²⁸, al decir éste que el lucro debe reunir al menos tres características: ser significativo en cuanto a su cantidad, directo y habitual¹²⁹.

Por otra parte, siguiendo la taxatividad de la Directiva 2011/92/UE, del Parlamento Europeo, el legislador introduce en el artículo 187.1 párrafo 2 cuándo se entenderá que hay explotación, que comprende¹³⁰:

- 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.

¿Qué se entiende por vulnerabilidad? El Código Penal no define esta circunstancia, sin embargo, sí lo hace respecto al delito de trata de personas. Según la doctrina, vulnerable es aquel que por una adversidad o circunstancia especial se encuentra con menos posibilidades defensivas que el común de las personas¹³¹. Según Fernández Olalla¹³², nada impide aceptar esta interpretación respecto a los delitos que estamos examinando ahora. De todas formas, se debe tratar de una vulnerabilidad conexas de alguna forma con el ejercicio de la prostitución y no independiente de ésta (por ejemplo, no se incrimina cuando la persona que ejerce la prostitución tenga problemas de alcoholismo o drogas, etc.)¹³³

Esta modalidad sería aplicable por ejemplo al embarazo, desconocimiento del idioma, carencia de referentes familiares, desempleo unido a la necesidad de soportar cargas

¹²⁸ Gómez Tomillo, M. (dir.) “*Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*” Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2015 pág. 569.

¹²⁹ De la misma opinión Rey Martínez, op. Cit. “*Prostitución y Derecho*”, pág. 102

¹³⁰ Según Orts Berenguer, en “*Comentarios a la reforma penal de 2015*” (José L. González - director) mejora respecto del texto anterior porque requiere algo más que el simple lucro, requiere que haya explotación de la prostitución ajena en línea con lo apuntado por alguna doctrina, y se especifica cuándo hay explotación. Pág. 609. De la misma opinión: Muñoz Conde en “*Derecho Penal. Parte Especial*” pág. 203.

¹³¹ Romina Verdur, F. Aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad en el delito de trata de personas [en línea] <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/trata_personas.htm>

¹³³ Op. Cit. Gómez Tomillo, M. “*Comentarios..*” pág. 570.

familiares o sufrimiento de situaciones de violencia de género –en el sentido estricto de la expresión-¹³⁴.

Respecto a la segunda exigencia, Gómez Tomillo¹³⁵ afirma que se pune el lucro simple procedente de la prostitución ejercida en condiciones abusivas, gravosas o desproporcionadas. El lucro punible no es exclusivamente procedente de la prostitución ejercida en las condiciones del art. 187 (mediante violencia, intimidación, engaño, etc.), sino que cabe también que la víctima ejerza libremente la prostitución, aunque en condiciones penosas y se sancione a quien se beneficie económicamente de ello. Dice que “(...) *hubiera sido más lógico unir ambas cosas, de forma que se sancionase a quien se lucrase del ejercicio de la prostitución en las condiciones del art. 187 (...)*”.

5.3.2. *Circunstancias Agravantes*

Desaparece el párrafo 2º del art. 188 referido a la prostitución coactiva de menores de edad (18 años) o incapaces para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, que estaba castigada con prisión de cuatro a seis años, que se reconduce a una modalidad del nuevo art. 188, que se verá después. Así como también desaparece el párrafo 3º del art 188 referido a la prostitución coactiva o forzosa de menores de 13 años para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución que estaba castigada con pena de prisión de cinco a diez años, que se reconduce también a una modalidad del nuevo art 188, que se analizará también después.

El apartado 2 del art. 187 regula los tipos agravados que no sufren modificación, a los cuales se aplicarán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior:

- i. Cuando el culpable 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.

Se exige que la autoridad, agente o funcionario realice alguna de las conductas típicas descritas en el tipo básico, es decir, ha de concurrir, respecto de tales sujetos, alguno de los

¹³⁴ Fernández Olalla, P. “*Delitos relativos a la prostitución y su relación con la trata de seres humanos*”. Fiscal adscrita al fiscal de sala coordinador de extranjería, 2015, pág. 37.

¹³⁵ Op. Cit. Gómez Tomillo “*Comentarios Prácticos al Código Penal*” pág. 571

medios comisivos expresados¹³⁶. Si el funcionario solo realiza una actividad accesoria, los actos de complicidad estimados lo serán respecto al supuesto típico del número primero del art. 187 CP¹³⁷.

- ii. Cuando el culpable pertenezca a una organización o grupo criminal que se dedique a la realización de tales actividades.

La definición de organización criminal la encontramos en el artículo 570 bis 1 in fine del CP: “*la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos*”.

Por lo tanto, se requiere una mínima coordinación entre los sujetos y que tengan como finalidad llevar a cabo los hechos descritos en el tipo, aunque no sea como objetivo exclusivo. Además, pueden tener carácter transitorio¹³⁸.

- iii. Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

Según Gómez Tomillo¹³⁹, esta agravación procede cuando se ha determinado violentamente al sujeto pasivo a llevar a cabo los hechos sexuales. Sin embargo, es concebible también su aplicación en las hipótesis en las que, por ejemplo, se la obliga a llevar a cabo actos sexuales sin protección o a padecer otros de naturaleza sádica.

5.3.3. Concurso

Las reglas concursales reguladas en el art. 187.3 CP tampoco sufren alteraciones y señala que “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”.

Con esta configuración se suscitan problemas concursales entre los delitos de agresión y abuso sexual con la prostitución, ya que participan todos ellos de la existencia de medios que anulan o limitan la libertad sexual. Siendo así, MORALES PRATS y RAMÓN

¹³⁶ Quintero Olivares, Gonzalo (director) y Morales Prats, Fermín (coordinador), “*Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*”, Thomson Aranzadi: Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 345.

¹³⁷ Op. Cit. Circular Fiscal, 2011, pág. 64.

¹³⁸ Op. Cit. Gómez Tomillo, “*Comentarios...*” pág. 523. De la misma opinión, Muñoz Conde, F. “*Derecho Penal. Parte Especial*”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 204.

¹³⁹ Op. Cit. Gómez Tomillo, “*Comentarios...*” pág. 573.

GARCÍA¹⁴⁰ afirman que si el sujeto activo determinase, por los medios descritos en el artículo 187 a otra persona a mantener concretos contactos sexuales con los elementos propios del delito propio de agresión sexual o de abuso sexual, serían de aplicación los artículos 178 y ss. o 181 y ss. respectivamente, en concurso con el artículo 187 CP.

5.4. Prostitución de menores de edad – artículo 188¹⁴¹

Este artículo ha sufrido diversas modificaciones, empezando por su ubicación que pasa de regularse en el art. 187.1 al art. 188.1 del CP. A diferencia de lo que sucede con los delitos relativos a la prostitución de mayores de edad, en éstos no es necesario ningún ataque a la libertad del sujeto pasivo, que, caso de darse, permite la apreciación del tipo cualificado del art. 188.2¹⁴², por ello el consentimiento del menor o discapacitado es irrelevante¹⁴³.

El sujeto activo de este tipo puede ser cualquiera que realice alguna de las conductas descritas en los respectivos tipos y el sujeto pasivo es el menor de dieciocho años o persona discapacitada necesitada de especial protección.

5.4.1. Conductas típicas

1) Inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de un menor de edad o persona necesitada de especial protección – art. 188.1;

Por inducción se entiende instigar o persuadir a una persona, que no estaba resuelta a ello, a llevar a cabo la referida actividad; Promoción consiste en iniciar dicha empresa

¹⁴⁰ MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO “Título VIII Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en QUINTERO OLIVARES (director), “*Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*”, op. Cit. Pág. 346-347.

¹⁴¹ VER ANEXO III (tabla comparativa)

¹⁴² Muñoz Conde, F. “*Derecho Penal. Parte Especial*”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 205. De la misma opinión SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (II)*” en Curso de Derecho Penal. Parte Especial, Editorial Dykinson, Madrid, 2015, pág. 166.

¹⁴³ Así como también es irrelevante que el menor o persona discapacitada haya practicado la prostitución con anterioridad. Habrá que estar a cada caso concreto, así lo afirma la SSTS 1743/1999, de 9 de diciembre, entre otras.

procurando su logro; el favorecimiento equivaldría a ayudar o apoyar y la facilitación a hacer fácil la prostitución del menor o persona discapacitada¹⁴⁴.

Las conductas inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución se mantienen con la reforma. Se exige un móvil que es el beneficio económico. Para que se aprecie delito se exige dos requisitos¹⁴⁵:

- a) Que la víctima sea un menor o persona discapacitada con necesidad de especial protección.

Con la reforma, se sustituye el término “incapaz” por el de “discapacitados necesitados de especial protección”. El nuevo apartado del art. 25 del CP nos dice que 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*”.

Para entender que estos sujetos pasivos (incapaces) son los sujetos a los que alude el tipo, deben carecer de capacidad de consentimiento, consentimiento que, en este supuesto, no puede ser otorgado por un tercero, sea su relación con él de hecho o de derecho¹⁴⁶.

- b) el núcleo de la acción delictiva ha de consistir en inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución del mencionado menor o persona discapacitada necesitada de especial protección.

En estos supuestos, según Rodríguez Ramos, es suficiente que la acción delictiva sea que se induzca, promueva, o facilite la prostitución a un menor o persona discapacitada porque la ley parte del supuesto de que el consentimiento prestado por el menor o incapaz a los meros requerimientos o facilidades de quienes pretenden su prostitución no puede ser considerado válido ni justificar jurídicamente la conducta de aquéllos. Basta que se induzca,

¹⁴⁴Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento jurídico, n. 17, 2015, Prostitución, derecho y sociedad (recurso electrónico), pág. 64.

¹⁴⁵ Rodríguez Ramos, L. Código Penal comentado y con jurisprudencia (LA LEY) 3ª Edición, 2009. Pág. 41

¹⁴⁶ QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J. “*Derecho Penal español. Parte Especial*”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 255.

promueva, favorezca o facilite su prostitución, con independencia de que constituya un delito más grave.

Consumación: Se trata de un delito de mera actividad¹⁴⁷, de tendencia o de resultado cortado pues los verbos «inducir», «promover», «favorecer» y «facilitar» denotan conductas que, aun estando orientadas a la consecución de un determinado propósito, agotan su propia entidad aunque el mismo no se alcance¹⁴⁸, por lo que cabe entender que su contenido del injusto es independiente de que se produzca o no el resultado querido por el sujeto activo¹⁴⁹. En ambos grupos de acciones típicas parece necesario que exista una relación de causalidad¹⁵⁰, de manera que debe existir un vínculo entre la acción de inducir o la de promover, favorecer, facilitar la prostitución y el efectivo ejercicio de ésta.

La jurisprudencia mayoritaria no requiere para la consumación el acaecimiento de contacto sexual alguno (entre otras, SSTS 510/2010, 21-5, 152/2008, 8-4, 724/2000, 17-4, 1207/1999, 22-12).

2) **Lucrarse o explotar de otro modo la prostitución – art. 188.1;**

En el párrafo 1º del art. 188 se tipifica también el **lucro**, introducido por la reforma 1/2015, que anteriormente venía regulado en el apartado 2 del art. 188, conjuntamente con la penalización de la prostitución ajena de adultos, también sobre los mismos sujetos pasivos. La obtención de lucro ha de entenderse en sentido jurídico penal y por tanto habrá de abarcar no sólo la ganancia económica¹⁵¹.

Por “lucrarse con ello” se debe entender obtener un beneficio significativo y directo de la prostitución de un menor o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección¹⁵². Mientras que en la prostitución de adultos (art. 187) es preciso que concurren cumulativamente lucro y explotación; en la prostitución de menores, en cambio, son conductas alternativas.

¹⁴⁷ Op. Cit. “Código Penal comentado..” p. 42

¹⁴⁸ Así lo afirma la sentencia del Tribunal Supremo 1308/2001, de 2 de julio.

¹⁴⁹ Op. Cit. Circular fiscal 2011, pág. 63.

¹⁵⁰ Op. Cit. Gómez Tomillo, “Comentarios...” pág. 577

¹⁵¹ Op. Cit. “Delitos relativos a la prostitución y su relación...” p. 39

¹⁵² ORTS BERENGUER, Enrique, “Determinación a la prostitución (arts. 187, 188, 189 y 192 CP)” en “Comentarios a la reforma penal de 2015”, José L. González (Director), pág. 614.

Por lo que se refiere a la expresión “explotar de algún otro modo” a un menor o persona con discapacidad, se trata de una **cláusula abierta** que ha recogido el legislador para introducir al catálogo de conductas punibles cualquier otra forma de explotar en el mundo de la prostitución¹⁵³. Opina lo mismo Orts Berenguer¹⁵⁴ al afirmar que “*el legislador se ha esforzado por crear una tipicidad difusa, apta para acoger cualquier actividad susceptible de ser relacionada con la prostitución*”.

La referencia a la explotación de algún otro modo permite subsumir en el tipo supuestos en los que no cabe hablar propiamente de prostitución por falta de la nota de promiscuidad, por ejemplo, quien promueve o favorece que un menor o persona discapacitada preste servicios sexuales de modo habitual a una misma persona a cambio de una remuneración o participa en el beneficio económico de esta actividad¹⁵⁵.

De manera negativa, AGUADO CORREA¹⁵⁶ critica la posición del legislador en relación con el principio de legalidad, dice que “*la labor del legislador europeo no justifica la ausencia de un mínimo esfuerzo por parte del español para individualizar estas conductas con el fin de respetar las exigencias derivadas del principio de legalidad*”.

Pena: se establecen penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. Se eleva la pena de prisión que pasa de uno a dos años, manteniéndose la franja de multa. Gómez Tomillo¹⁵⁷ critica la equiparación punitiva que hace el legislador de la determinación de un menor o persona discapacitada al ejercicio de la prostitución y quien se lucra con ello. En su opinión, es difícil imaginar cómo el mero lucro puede generar un peligro actual o futuro para la libertad o indemnidad sexual de nadie.

¹⁵³ Morillas Fernández, D.L., “*Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*” en “Estudios sobre el Código Penal reformado. Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015”, MORILLAS CUEVA, L. (director), Editorial Dykinson, Madrid, 2015, pág. 468.

¹⁵⁴ Op. Cit. ORTS BERENGUER, Enrique, “*Determinación a la prostitución...*” en “*Comentarios a la reforma penal de 2015*”, José L. González (Director), pág. 614.

¹⁵⁵ Tamarit Sumalla, J.M. “*Delitos contra la indemnidad sexual de menores*” Capítulo XXII en “*Comentario a la reforma penal de 2015. Parte especial*” 2015, pág. 430.

¹⁵⁶ Aguado Correa, T. “*La prostitución infantil en el proyecto de reforma del Código Penal*” en “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*” VILLACAMPA ESTIARTE, C. (coord.), Aranzadi, 2015, pág. 256.

¹⁵⁷ Op. Cit. Gómez Tomillo, “*Comentarios...*” pág. 579.

En el mismo artículo 188.1 in fine se prevé un supuesto cualificado: “*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*”

Esta regulación es resultado¹⁵⁸ de la política reformadora iniciada en materia de abusos sexuales. Se agrava la sanción que recaiga ya no sobre un menor de 13 años sino un menor de 16, por hacerlo coincidir con la franja de reconocimiento para consentir válidamente relaciones sexuales por lo que cualquier comportamiento desarrollado por debajo de este límite tendrá una mayor reprochabilidad.

3) Solicitar, aceptar u obtener, a cambio de remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección – art. 188.4 CP.

Por solicitar se entiende pretender, pedir o requerir; aceptar quiere decir recibir lo que se ofrece, y obtener quiere decir conseguir o lograr lo que se pretende. El objeto de estas conductas es la relación sexual con el menor o persona discapacitada mediante remuneración o promesa¹⁵⁹.

Se tipifica la conducta del cliente de prostitución infantil: se trata de un tipo autónomo de relación sexual directa con un menor o persona discapacitada necesitada de especial protección, si para ello se utilizara remuneración o promesa, llegando a un subtipo cualificado si la víctima no hubiera cumplido los 16 años¹⁶⁰. Anteriormente a la reforma, venía regulada en el art. 187. 1 juntamente con el tipo básico.

Consumación: se consuma con la mera solicitud o aceptación de la relación sexual, sin que la misma tenga lugar, o con el contacto lubrico cuando estemos ante un supuesto de obtención.

¹⁵⁸ Op. Cit. Morillas Fernández, D.L., "Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales" en "Estudios sobre el Código Penal..." pág. 469.

¹⁵⁹ Op.cit. Revista de pensamiento jurídico "Prostitución, derecho y..." pág. 58

¹⁶⁰ Manzanares Samaniego, J.L. "La reforma Del Código Penal de 2015" pág. 190.

Para Tamarit Sumalla¹⁶¹, el sentido de esta modificación podría encontrarse en la voluntad de establecer una diferenciación punitiva entre el tipo básico y este autónomo, lo cual tendría sentido en la medida en que el legislador estime que la afectación al bien jurídico protegido y, por lo tanto, la desvalorización que merecen no son equiparables¹⁶².

Sin embargo, hay autores que critican la introducción de este tipo¹⁶³, tal es el caso de Cancio Meliá, que afirma que el legislador español se excede en el cumplimiento de los compromisos adquiridos en la UE, ya que la equiparación punitiva de conductas de distinta gravedad vulnera el principio de proporcionalidad, ya que, según él, aceptar una propuesta de tener relación sexual con un menor es menos grave que obtenerla a cambio de un precio.

La pena de prisión es de 1 a 4 años. La nueva regulación disminuye el límite máximo de la pena a imponer al autor de los hechos, pasando de 1 a 5 años a 1 a 4 años, si bien se procede a agravarla en supuestos que la víctima sea menor de 16 años. Además, se suprime la pena de multa.

Los elementos del tipo penal no cambian, salvo la sustitución de la palabra “incapaz” por “persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

Elementos objetivos de la conducta del art. 188.4 CP

Sujeto activo: puede ser cualquier persona, tanto el que actúa de intermediario en la operación como el que da el dinero a cambio de su propio goce libidinoso, y también cuantos participan en el hecho bien en calidad de inductores, cooperadores necesarios o cómplices¹⁶⁴. Es decir, puede ser tanto el que intermedia la situación a cambio de dinero,

¹⁶¹ TAMARIT SUMALLA, J. M. “¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva europea de 2011”, en Villacampa Estiarte, C. (coord.) Delitos contra la libertad e la indemnidad sexual de los menores”, Aranzadi, 2015, pág. 96.

¹⁶² Op. Cit. Morillas Fernández, D.L., “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en “Estudios sobre el Código Penal...” pág. 470.

¹⁶³ Op. Cit. “prostitución, derecho y..” pág. 60.

¹⁶⁴ En este sentido, CUGAT MAURI nos dice que puede ser autor del delito “tanto quien intermedia en la prestación de los servicios sexuales a cambio de precio como quien mantiene la relación sexual con el menor o incapaz, es decir, el cliente, pues se entiende que el precio puede tener por sí mismo fuerza bastante para “motivar” al menor o incapaz y por lo tanto “favorecer” su dedicación a la prostitución”. CUGAT MAURI, MIRIAM. “Prostitución y corrupción de menores

explotando a otras personas, como el propietario de un bar que pone al menor en contacto con clientes interesados y facilita un apartamento que tenía arrendado para que se llevaran a cabo los servicios sexuales, cobrando por ello una cantidad en metálico¹⁶⁵, o el padre que facilita la relación sexual de su hija mayor de edad, pero deficiente, de forma periódica con un tercero a cambio de dinero¹⁶⁶.

De la misma opinión QUERALT JIMÉNEZ¹⁶⁷ cuando viene a decir que sujeto activo es el beneficiario de los servicios de prostitución, aunque también puede ser un tercero, es decir, el sujeto no es necesario que sea el usuario final, por lo que puede concurrir coautoría.

Sujeto pasivo: menores entre 16 años y 18 años y las personas discapacitadas necesitadas de especial protección. Es irrelevante que haya prestado su consentimiento o no porque se entiende que se debe tutelar a todos los menores o discapacitados por ostentaren dicha condición, ya que su limitada capacidad de tomar decisiones puede dar lugar a una serie de abusos que el legislador intenta proteger.

Elementos subjetivos del art. 188.4 CP

Se exige la presencia de dolo, es decir, el conocimiento por parte del sujeto activo de que la persona que se prostituye es menor de edad o incapaz. Si el autor lo niega, cabe deducir de los elementos externos que están presentes en la relación sexual como pueden ser el aspecto físico del menor, su previa relación con el explotador o el lugar donde la actividad se desarrolla¹⁶⁸.

5.4.2. Supuesto cualificado

Con violencia o intimidación

Es otra novedad introducida por LO 1/2015, se regula en el apartado 2 del art. 188:

e incapaces” en ÁLVAREZ GARCÍA, F. “Derecho Penal Español. Parte Especial I” Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. Pág. 677.

¹⁶⁵ Sentencia 426/2003 de 26 Mar. 2003, Rec. 2953/2001

¹⁶⁶ Sentencia 691/2002 de 15 Abr. 2002, Rec. 2433/2000

¹⁶⁷ QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J. “*Derecho Penal español. Parte Especial*”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 257

¹⁶⁸ Op. Cit “*Código Penal comentado y...*” p. 42. De la misma opinión MUÑOZ CONDE, F. “*Derecho penal. Parte Especial*” Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 205.

“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”.

Según Tamarit¹⁶⁹, el legislador opta por la desaparición del tipo cualificado dentro del delito de determinación coactiva a la prostitución (anterior art. 188 y actual art. 187) por ser la víctima menor de edad o persona discapacitada necesitada de especial protección. Esta nueva regulación plantea la posibilidad de que queden fuera del ámbito de protección cualificada los supuestos en que se determine a la víctima a ejercer la prostitución mediante engaño (no mediante abuso de superioridad o de vulnerabilidad, supuestos incluidos en el art. 188.3)

Las conductas se agravan sustancialmente cuando la prostitución es forzada por el sujeto activo mediante violencia o intimidación. Han de requerir una intensidad necesaria para controlar el sometimiento no querido a esta actividad sexual¹⁷⁰.

5.4.3. Circunstancias agravantes:

- i. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad, discapacidad o situación, art. 188.3 a) (novedad)

La ausencia de especificación de la edad, según Olalla¹⁷¹, que debería de comprender los 12 o 13 años, obliga a que se valore en cada caso la madurez del menor atendido¹⁷².

La especial vulnerabilidad por razón de enfermedad deberá analizarse de manera casuística, y será diferente de la discapacidad, la cual es objeto de previsión expresa, al igual que la referencia a la “situación”.

- ii. Prevalimiento en la ejecución del delito por relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima, art. 188.3 b) (novedad)

¹⁶⁹ Op. Cit. TAMARIT SUMALLA, J. M. “¿Caza de brujas o...” pág. 100.

¹⁷⁰ Op. Cit. JIMÉNEZ, JOAN J. “Derecho Penal español..” Pág. 256.

¹⁷¹ Op. Cit. Olalla “Delitos relativos a la prostitución...” pág. 41.

¹⁷² De la misma opinión QUERALT JIMÉNEZ que nos dice que parece adecuado que los sujetos pasivos sean los niños o preadolescentes. Op. Cit. “Derecho Penal...” pág. 257

Según Morillas Fernández¹⁷³, el legislador al intentar recoger el mayor número posible de casos ha incurrido en un error pues resulta materialmente imposible que un descendiente pueda prevalerse de una relación de parentesco respecto de su ascendiente para cometer cualquier tipo de delito vinculado con la prostitución de menores, por una cuestión biológica: cuando nazca su ascendiente más cercano tendrá 12 o 13 años y así no podría desarrollar la acción ilícita, por lo que ese caso únicamente debe estar pensado para el supuesto en que el ascendiente fuera una persona discapacitada necesitada de especial protección.

- iii. Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, art. 188.3 c)

En este caso se impondrá, además, una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años. Para que se de esa agravación, el sujeto activo debe ostentar alguna de las referidas cualidades.

Se ha apreciado en el caso de conserje de biblioteca municipal que aprovecha la ocasión de que el menor, alumno de un instituto de la misma localidad, acude a la biblioteca con asiduidad para ir trabando amistad y ganarse su confianza con fines libidinosos¹⁷⁴.

- iv. Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima, art. 188.3 d).

Sobre esta agravante ya me he referido en el apartado “circunstancias agravantes” en lo que se refiere a la prostitución de adultos, art. 187.

- v. Actuación grupal, es decir, de dos o más personas en la ejecución del hecho, art. 188.3 e)

El legislador eleva a la categoría de tipo cualificado la coautoría en el delito que estamos analizando de la misma forma que lo hace al cualificar los abusos sexuales a menores de 16 años en el nuevo art. 183-4-b). Debemos entender que a este precepto se canalizarán los

¹⁷³ Op. Cit. Morillas Fernández, D.L., "*Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*" en "Estudios sobre el Código Penal..." pág. 470.

¹⁷⁴ AP Barcelona, Sección 7.^a, 327/2004, de 17 de marzo.

casos de actuación conjunta no reconducibles a los supuestos de organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que son objeto de previsión especial¹⁷⁵.

De acuerdo con Morillas Fernández¹⁷⁶, este tipo no encaja tanto en los delitos relativos a la prostitución infantil y sí en los abusos sexuales y agresiones sexuales. Incluso Aguado Correa plantea una vulneración del principio *ne bis in ídem* debido al solapamiento de esta agravante con la de pertenencia a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades.

- vi. Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades, art. 188.3 f)

Esta agravante se justifica dada la superior capacidad de agresión al bien tutelado por la norma, por la posibilidad de supervivencia del propósito criminal que la organización representa¹⁷⁷.

5.4.4. Concurso

La reforma prevé en el art. 188.5 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. El único cambio que hace el legislador es el ya mencionado cambio del término incapaz por personas discapacitadas necesitadas de especial protección.

5.5. Pornografía Infantil - artículo 189¹⁷⁸

Art. 189.1:

“El que captare o utilizare a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas”.

¹⁷⁵ Op.cit. Fernández Olalla, “*Delitos relativos a la prostitución...*”

¹⁷⁶ Op. Cit. Morillas Fernández, pág. 470.

¹⁷⁷ Op. Cit. Quintero Olivares, Gonzalo (director) y Morales Prats, Fermín (coordinador), “*Comentarios a la Parte Especial...*” pág. 338.

¹⁷⁸ VER ANEXO IV(tabla comparativa)

5.5.1. Definición de Pornografía Infantil

Lo primero que se observa con la reforma realizada por la LO 1/2015 es la sustitución del término “material pornográfico” por “pornografía infantil”, desapareciendo la problemática respecto de qué abarcaría los materiales pornográficos cualquiera que sea su soporte¹⁷⁹.

Para dar el concepto de pornografía infantil, antes de la reforma penal del 2015, había que tener en cuenta el recogido en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York el 25 de mayo de 2000, la cual define la misma en su art. 2 c), el cual indica que:

“Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”.

También debe tenerse presente la definición que se da a la pornografía infantil en la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, que entiende por pornografía infantil *“cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual:*

- i) A un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño o,*
- ii) A una persona real que aparente ser un niño practicando o participando en la conducta descrita en el inciso i) o imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i)”.*

La reforma introduce una definición legal de prostitución infantil, que para Morillas Fernández, constituye un postulado clave de la tipología delictiva ya que la inclusión o no de una u otra categoría o acepción fundamentará el núcleo de conductas penalmente relevantes.

Así, se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección (art. 189.1.b))

“a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.

¹⁷⁹ Op. Cit. Escobar Jiménez, “análisis de los delitos..” pág. 6

b) *Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.*

c) *Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.*

d) *Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.”*

Por lo tanto, el concepto legal de pornografía infantil comprende:

a) La representación visual de menores reales.

El apartado a) del art. 189.1 representa el concepto de material pornográfico infantil en sentido estricto. Sin embargo, no se incluye definición expresa de conducta o actividades sexuales explícitas, que delimitarían el contenido y dimensión de la pornografía infantil¹⁸⁰.

Siguiendo el criterio mantenido por Naciones Unidas, el Consejo de Europa y principales legislaciones internacionales es conducta sexual explícita el contacto sexual, incluyendo el genital-genital, oral-genital y oral-anal; entre menores, o entre un adulto y un menor, del mismo u opuesto sexo; brutalidad; masturbación; desarrollo de conductas sádicas o masoquistas; y exhibición lasciva de los genitales o el área púbica de un menor.

Cuando se habla de “*participar*” parece que se requiere que el menor o el incapaz no se encuentre solo en la conducta sexual con lo que, en opinión de GÓMEZ TOMILLO¹⁸¹ podría quedarse fuera determinadas hipótesis como, por ejemplo, aquellas en las que aparece el sujeto pasivo en actitud inequívocamente sexual (por ejemplo, en una masturbación), sólo, sin que se aprecien visualmente sus órganos sexuales.

b) La representación de órganos sexuales de menores o incapaces

¹⁸⁰ Morillas Fernández, “*Los delitos contra La libertad e indemnidad sexuales*”, pág. 474

¹⁸¹ Op. Cit. Gómez Tomillo, “*Comentarios prácticos..*” pág. 592

Se excluye de este concepto las imágenes que posean un contenido artístico, científico o médico¹⁸².

MORILLAS FERNÁNDEZ¹⁸³ considera la mención de representación de órganos sexuales reiterativa ya que se trata de una acepción integrada en el concepto de la conducta sexual explícita, referida en la primera significación.

c) La representación de personas que parezcan ser menores (Pornografía Técnica¹⁸⁴)

La Decisión marco 2004/68/JAI englobaba dentro del concepto de material pornográfico tanto la pornografía técnica como la virtual. La técnica incluida en el art. 1 b) i) “*cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en una conducta que sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño*”. Pues bien, hasta la reforma llevada a cabo en 2015, España incumplía dicha decisión que imponía la tipificación de estas conductas.

De LA ROSA CORTINA¹⁸⁵ justifica la tipificación de estas conductas porque “*pueden constituir una provocación para la comisión de abusos sobre menores y una exaltación de las conductas pederastas*”, en que banalizan y pueden contribuir a la aceptación de estas conductas y en que atacan la dignidad de la infancia en su conjunto. Es beneficiosa esa inclusión, en su opinión, por dos motivos: 1) muy pronto será imposible distinguir entre imágenes reales e imágenes generadas por ordenador; 2) mayor facilidad para sostener la acusación, al no tenerse que acreditar que el menor es real¹⁸⁶.

¹⁸² Escudero García-Calderón, B. “*El delito de pornografía infantil*” en Comentario a la reforma penal de 2015. Parte especial. Pág. 453

¹⁸³ Morillas Fernández, “*Los delitos contra La libertad e indemnidad sexuales*”, pág. 475.

¹⁸⁴ Se altera la imagen de adultos que participan en actos de contenido sexual para que parezcan menores de edad (un adulto se hace pasar por menor) por diversos medios tales como retoque de fotografías consistentes en eliminación de vello púbico o facial, así como suavización de facciones o empleo de vestimentas de adolescentes.

¹⁸⁵ De la Rosa Cortina, J. M. “*Los delitos de Pornografía infantil*”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. Pág. 112-113.

¹⁸⁶ Sin embargo, en opinión de GÓMEZ TOMILLO (op. Cit. Pág. 592-593) “*la inversión de la carga de la prueba equivaldría a una tosca maniobra legal que violentaría la presunción de inocencia*”. Por lo tanto, debe de ser la acusación la que acredite uno de los presupuestos imprescindibles para la pena.

Sin embargo, Morillas Fernández opina que la inclusión de dichos tipos de pornografía carecen de valor y no debería de haber entrado a formar parte de la definición legal de pornografía infantil ya que el tipo no reúne las características propias de esta tipología delictiva ya que, entre otros elementos, carece de bien jurídico protegido al no haber sujeto pasivo menor de edad sino un adulto. Lo que sí está claro es que este precepto tiene origen en las dificultades de prueba que puede haber asociadas a la determinación de la edad de los menores.

En este sentido, ORTS BERENGUER¹⁸⁷ se muestra crítico con este apartado al decirnos que sin un menor o discapacitado, sea cual sea el espectáculo o el material elaborado ni hay sujeto pasivo ni hay bien alguno necesitado de protección penal, como exigen los principios de proporcionalidad y ofensividad.

El legislador excluye responsabilidad al adulto que se haga pasar por menor. Entonces, cabe plantearse ¿cómo alguien puede hacerse pasar por menor sin ser un adulto? La respuesta que da Morillas Fernández es la de que el legislador intenta integrar en el tipo lo que antes venía siendo tipificado en el apartado 7 del artículo 189¹⁸⁸, es decir, la pseudopornografía¹⁸⁹ como una forma de pornografía infantil cuando, según él, no lo es de manera íntegra.

La única posibilidad de castigar los actos de pseudopornografía infantil es, según GÓMEZ TOMILLO¹⁹⁰, acudir a los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, concretamente el art. 197.2, siempre y cuando se den las circunstancias descritas, esto es,

¹⁸⁷ ORTS BERENGUER, “*Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 622

¹⁸⁸ El apartado 7 del art. 189 decía "Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada"

¹⁸⁹ La pseudopornografía ha sido clasificada en tres tipos: 1) imágenes de cuerpos digitalmente alteradas y sexualizadas, como la imagen de un niño en bañador al que se le quita dicha prenda con programas de ordenador 2) imágenes separadas en una fotografía, como la mano de un niño superpuesta a un pene de un adulto 3) montajes de fotos, alguna de las cuales representa a un menor y otras tienen contenido sexual.

¹⁹⁰ Op. Cit. Gómez Tomillo, “*Comentarios prácticos...*” pág. 593.

que la imagen obtenida y posteriormente manipulada proceda de una base de datos reservados protegidos por el derecho a la intimidad, como puede ser un ordenador privado.

En definitiva, la problemática se centra en el bien jurídico protegido, ya que afecta a la imagen y a la dignidad del menor pero no a su libertad ni indemnidad sexual, pues no se lleva a cabo ningún comportamiento con matiz sexual sobre el menor, porque no se utiliza el menor sino su imagen o voz manipulándola con artificios técnicos. ORTS BERENGUER¹⁹¹ afirma que en cuanto a la pornografía técnica, no existe bien jurídico lesionado cuando las conductas típicas no afectan a un menor o discapacitado, y siendo así, su castigo chocaría con el principio de prohibición de exceso¹⁹².

d) Las imágenes realistas de menores (Pornografía Virtual¹⁹³)

Tanto Morillas Fernández como Escudero García-Calderón coinciden en considerar dicho precepto una reiteración o repetición, pues el concepto de ‘imagen’ ya se encuentra comprendido en el apartado a) cuando se habla de “material que represente de forma visual”. De idéntica opinión GÓMEZ TOMILLO¹⁹⁴ al decir que dicho precepto “*parece claro e innecesariamente reiterativo*”.

Con la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015 por la transposición de la Directiva de la UE del 2011 en materia de delitos sexuales, la clásica distinción entre pornografía infantil expresa, simulada y pseudopornografía infantil desaparece y todo pasa a ser considerado pornografía infantil en sentido absoluto, lo que supone un excesivo adelantamiento de las barreras punitivas y una vulneración del principio de última ratio o intervención mínima¹⁹⁵.

5.5.2. Conductas típicas

¹⁹¹ OP. Cit. ORTS BERENGUER “*Comentarios a la reforma...*”, pág. 624

¹⁹² De la misma opinión sobre la atipicidad de la pornografía técnica SÁNCHEZ MELGAR, J (Coord.), “*Código penal: comentarios y jurisprudencia*”, vol. 1, Ed. Sepín, 2004, pág. 1065.

¹⁹³ La pornografía virtual infantil es la exhibición de contenidos sexuales a través de representaciones virtuales, como dibujos animados, que impliquen una referencia implícita o explícita a menores de edad en actos sexuales. Fuente: Crespo, Álvaro, “La pornografía infantil en el marco de los delitos informáticos y del llamado “derecho penal de las sociedades de riesgo” [en línea] DERECHO PENAL ONLINE.

<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=41,689,0,0,1,0> [Consulta: 26 de junio 2016]

¹⁹⁴ Gómez Tomillo, “*Comentarios prácticos..*” pág. 593.

¹⁹⁵ Op. Cit. “el delito...” pág. 453.

Las conductas recogidas en el apartado a) del art. 189.1 se pueden dividir en dos (captación o utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o para elaborar material pornográfico y financiación de la realización de las anteriores actividades u obtención de lucro mediante las mismas) para mayor entendimiento, aunque los elementos de los tipos coinciden en general.

1) **Captación o utilización de menores¹⁹⁶ en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar material pornográfico**

La reforma operada por la LO 1/2015 mantiene la misma redacción, modificando únicamente el termino incapaz por “persona discapacitada necesitada de especial protección”.

La tipificación de captación responde al intento de adaptar la normativa española a las exigencias derivadas de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de diciembre de 2003, hoy derogada, y aunque en principio no debería pasar de ser una tentativa o un acto¹⁹⁷ preparatorio se considera una conducta de suficiente gravedad como para equipararla al delito consumado¹⁹⁸.

Por **captar** se debe entender todo acto orientado a atraer el menor o incapaz hacia las prácticas de carácter sexual. Se requiere, pues, que la víctima acepte la invitación, aunque no que haya llegado efectivamente a participar en el espectáculo o en la elaboración del material¹⁹⁹.

Por **utilizar** menores con fines de espectáculo ha de entenderse que el menor participe en el mismo, es decir, que el menor tenga un papel en el espectáculo sexual, no basta con que realice tareas subalternas tales como de camarero, etc. Aunque, según MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, también cabría entender comprendido dentro del tipo supuestos en

¹⁹⁶ Al hablar de menores también se considera incluido a las personas discapacitadas necesitadas de especial protección.

¹⁹⁷ En este sentido MUÑOZ CONDE viene a decir que la inclusión de la conducta de “captación” en el tipo supone ampliar la tipicidad, abarcando actos meramente preparatorios, que incluso pueden ser ambiguos y no claramente reveladores de la finalidad ulterior de usar al menor en un espectáculo exhibicionista o en la elaboración de material pornográfico. Op. Cit. MUÑOZ CONDE, F. “Derecho Penal. Parte especial”. Pág. 209

¹⁹⁸ Comentario a la reforma penal de 2015. El delito de pornografía infantil, pág. 450

¹⁹⁹ Gómez Tomillo, M. “*Comentarios prácticos...*” pág. 584

los que el menor participara en el espectáculo aun sin realizar actos sexuales o exhibicionistas²⁰⁰.

¿Qué debe entenderse por espectáculo?

Se debe considerar el espectáculo en un concepto amplio ya que el propio tipo incluye tanto los públicos como los privados, por lo que habrá de ser irrelevante el modo de captar a la clientela o el número de asistentes²⁰¹. El espectáculo “privado” habrá de interpretarse como de acceso restringido a un número limitado de personas. Cuando el desarrollo de los hechos en el ámbito privado suponga tan solo la exhibición para el propio sujeto activo del delito, no se colmarán las exigencias del concepto “espectáculo”²⁰².

¿Qué se debe entender por exhibicionista y pornográfico?

Según la RAE, el exhibicionismo consiste en la perversión consistente en el impulso a mostrar los órganos genitales²⁰³. La jurisprudencia califica los materiales o conductas de pornográficas cuando se cumplen los siguientes requisitos: a) que el mismo consista o represente obscenidades cuya única finalidad sea excitar el instinto sexual; b) que dicha obscenidad exceda claramente el erotismo que tengan por admisible las convenciones sociales de cada lugar y momento; y c) que, si se trata de una obra, carezca de justificación científica, literaria o artística²⁰⁴.

La Directiva 2011/93/UE da un concepto de espectáculo pornográfico en el art. 2. e) donde nos dice que “*la exhibición en directo dirigida a un público, incluso por medio de las tecnologías de la información y la comunicación: i) de un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada, o ii) de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales*”.

²⁰⁰ El tipo abarcaría conductas tales como las que el menor se limita a presenciar la conducta obscena protagonizada por mayores de edad, por cuanto en tales casos el menor queda involucrado en un contexto atentatorio a su indemnidad sexual. (MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, R. “*Comentarios al Código Penal*” Thomson Aranzadi, Tomo II Parte Especial 5ª Edición, 2008, pág. 592.

²⁰¹ Op.Cit. “*Los delitos de pornografía...*” pág. 61

²⁰² Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, pág. 15

²⁰³ RAE consulta: 26 de mayo 2016

²⁰⁴ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 796/2007 de 1 Oct. 2007, Rec. 397/2007

En la doctrina se discute si se incluye en el tipo el hecho de hacer que un menor o incapaz se exhiban ante una sola persona. Gómez Tomillo²⁰⁵ cree que no hay problema en incluir tal situación en el tipo.

La modalidad de utilización de los menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos constituye un delito de resultado²⁰⁶, produciéndose tantos delitos como menores sean los afectados por la acción corruptora por tratarse de un bien jurídico de carácter personalísimo al afectar tanto a la dignidad como a la libertad de cada persona.

Las modalidades consistentes en “captar” o “utilizar” requieren, por una parte, el consentimiento²⁰⁷ del menor o incapaz, aunque éste no exonere de responsabilidad al autor de las conductas. Si estas conductas fueran realizadas con violencia o intimidación habría concurso de infracciones con la libertad sexual o con la genérica de coacciones²⁰⁸.

Por lo que se refiere a la conducta de “elaborar material pornográfico” se entiende cualquier acción dirigida a captar la imagen o la voz de un menor en un contexto pornográfico, es decir, toda actividad que, mediante artificios técnicos, suponga la directa recepción o grabación de la acción en la que está interviniendo el menor o persona discapacitada²⁰⁹. La expresión “material pornográfico” se mantiene en el art. 189.1 a), exclusivamente, en los demás artículos se alude a “pornografía infantil”.

En esta modalidad se percibe la existencia de dos elementos²¹⁰:

1. La elaboración de material pornográfico mediante la realización de imágenes y escenas de esa naturaleza, y
2. Empleo en la realización de los mismos de un menor.

²⁰⁵ Gómez Tomillo, “*Comentarios prácticos...*” pág. 584.

²⁰⁶ Op. Cit. “*Código penal comentado...*”, pág. 78

²⁰⁷ Téngase en cuenta al respecto que el ordenamiento español protege a los menores ante actuaciones que les perjudiquen a pesar de su consentimiento (LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, Instrucción 2/2006 de la Fiscalía general del Estado, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores).

²⁰⁸ ORTS BERENGUER, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. “Derecho Penal parte Especial” Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pág. 296.

²⁰⁹ Op. Cit. “*Los delitos de pornografía infantil...*” pág. 67-68.

²¹⁰ Así se pronuncia la sentencia n°974/2009, de 2 de octubre

Según se afirmó en la AP de Pontevedra, nº61/2010, de 10 de diciembre, es irrelevante que el material pornográfico infantil no estuvieran destinados a su difusión pública. El conocimiento de lo que grababa y fotografiaba y la voluntad de hacerlo integran el tipo subjetivo del delito.

Para calificar la conducta de quien participando en la elaboración del material pornográfico, distribuye posteriormente el material elaborado habrá de calificarse exclusivamente conforme al art. 189.1 a), partiendo de que la ulterior acción de difusión habría de considerarse comprendida dentro de la fase de agotamiento²¹¹.

Así se pronunció el Tribunal Supremo, que considera que *“no puede pensarse doblemente, dado que la difusión en este contexto vendría a ser el agotamiento del delito porque se elabora para difundir o – en su caso – para la exclusiva conservación y visionado. Por ello, la aplicación del párrafo b) del art. 189 solo tiene autonomía cuando el distribuidor no es el que ha elaborado el material”*.

Consumación: no es elemento necesario para la consumación del delito lo que deviene consustancial a toda forma de grabación, esto es, la posibilidad de ser reproducida; la utilización del menor o incapaz con fines exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier clase de material pornográfico ya se produce con su intervención en la secuencia con la que pretende hacerse el material, por eso, el delito ha de entenderse consumado aunque el soporte en el que se grabó la acción se haya velado, borrado, deteriorado o destruido²¹²

En los supuestos de que se utilicen varios menores para la elaboración del material pornográfico, habrá tantos delitos como menores, ya que como bien dice el TS el bien jurídico protegido es el derecho al desarrollo equilibrado del menor, en concreto su desarrollo sexual y, siendo bienes jurídicos personalísimos, existirán tantos delitos de elaboración de material pornográficos con menores, como hubiesen sido empleados.

Cuando, en cambio, se utilice un mismo menor varias veces para elaborar material pornográfico cabrá aplicar las normas del delito continuado. Así nos dice el art. 74 CP:

“(…) el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el

²¹¹ Circular Fiscal 2015, pág. 15.

²¹² Rafael Escobar Jiménez, “Análisis de los delitos de Pornografía Infantil (comentarios, jurisprudencia y reforma venidera)” 2013, pág. 10.

mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado”.

2) Financiación de la realización de las anteriores actividades u obtención de lucro mediante las mismas – art. 189. a) in fine CP

Por otro lado, también se tipifica en el mismo precepto la **financiación**. El sujeto que financia es coautor aunque no se hubiera especificado, de acuerdo José Miguel de la Rosa, y por ello, considera el tipo de financiación redundante. Esta financiación abarcaría cualquier aporte de medios materiales o personales a sabiendas para la elaboración del material. Requiere que el agente conozca y persiga que el patrimonio del que se desprende tenga como destino el sufragar los gastos que produce la descrita utilización de menores o incapaces.

En el apartado a) del art 189.1 también castiga aquel que se **lucre** con los espectáculos o materiales pornográficos. Este lucro ha de ser entendido en el sentido tradicional del término²¹³, es decir, cualquier género de provecho, utilidad económica o ganancia. Y la tipicidad detiene su exigencia en quien se limita a obtener lucro de las actividades que aquél párrafo recoge. Se reserva esta conducta para el improbable supuesto en que quien obtenga el lucro no hubiere ya participado en las anteriores conductas²¹⁴. La mención de la acción de “lucrarse” no excluye que las otras conductas mencionadas sean igualmente típicas aunque se realicen sin ningún tipo de interés²¹⁵.

Gómez Tomillo²¹⁶ afirma que para que el lucro sea punible debe reunir tres características (al igual que en los arts. 187.1 y 188.1): debe ser significativo, directo y habitual. Directo quiere decir que no exista una actividad intermedia (p. ej. no se puede sancionar al tendero al que el menor compra comestibles con el dinero obtenido). Por lo que respecta a la

²¹³ Op. Cit. Escobar Jiménez, “Análisis de los delitos...” pág. 10

²¹⁴ CUGAT MAURI, MIRIAM. “Prostitución y corrupción de menores e incapaces” en ÁLVAREZ GARCÍA, F. “Derecho Penal Español. Parte Especial I” Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. Pág. 699.

²¹⁵ Op. Cit. Muñoz Conde, F. “Derecho Penal. Parte Especial”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 209.

²¹⁶ Op. Cit. Gómez Tomillo, “Comentarios prácticos...” pág. 586-587.

exigencia de habitualidad, no debe ser suficiente con un lucro aislado, sino que debe reiterarse.

Elementos objetivos y subjetivos de las conductas ya mencionadas

Sujeto activo: puede ser cualquiera.

Sujeto pasivo: puede ser el menor de dieciocho años, esté o no emancipado, así como las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Es un delito doloso, el autor debe tener conocimiento de la minoría de edad de la persona utilizada. El delito también puede darse en la modalidad de dolo eventual.

Penas: pena de prisión de 1 a 5 años.

3) Difusión de pornografía infantil: art. 189.1 b)

El apartado b) del art. 189.1 castiga *“el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido”*.

Esta modalidad fue introducida por LO 11/1999 con el fin de poder perseguir a quienes sin haber intervenido en la “utilización” del menor o incapaz para la elaboración del material participaran en algún hecho posterior que abundara en la afeción al bien jurídico protegido²¹⁷.

Este apartado b) se mantiene intacto con la reforma, salvo que se cambian las expresiones “material pornográfico” por “pornografía infantil” e “incapaces” por “personas con discapacidad necesitadas de especial protección”. Se castigan diversos comportamientos hasta la posesión para fines tales como de venta, producción, difusión, etc. según García – Calderón²¹⁸ llama la atención la equiparación punitiva entre quienes utilizan directamente a menores para elaborar material pornográfico frente a quienes simplemente lo venden, distribuyen, exhiben o poseen, ya que no deja de tratarse de sujetos que se aprovechan de delitos cometidos por otros, y que deberían merecer una pena rebajada en grado.

²¹⁷ CUGAT MAURI, MIRIAM. “Prostitución y corrupción de menores e incapaces” en ÁLVAREZ GARCÍA, F. “Derecho Penal Español. Parte Especial I” Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. Pág. 700

²¹⁸ Op. Cit. García-Calderón, B. “los delitos de pornografía infantil”, pág. 452.

La STS nº 795/2009, de 28 de mayo indica que la diferencia entre el apartado a) y el apartado b) del artículo 189 es que la última hace referencia “*a las conductas del sujeto activo relativas al tráfico o difusión de imágenes pornográficas sin que el mismo haya participado previamente en la elaboración o filmación de las mismas, siendo indiferente la concurrencia o no de ánimo de lucro*”²¹⁹. Aquí el sujeto actúa sobre un material ya elaborado, no participa en el proceso de confección, por lo tanto, no ha incidido en el comportamiento del menor.

La estructura de este tipo penal se divide en:

a) Actos directos de creación o propia exhibición

Aquí se incrimina la **producción**, que es el acto de creación propiamente dicho, la **venta**, que significa acto de intermediación, la **distribución**, que se refiere al acto de divulgación, la **exhibición** (acto de ofrecimiento visual directo) y el ofrecimiento.

Concepto de distribución o difusión – es un concepto amplio, con la finalidad de poner a disposición de terceros materiales pornográficos. Para el legislador es lo mismo “distribuir” que “difundir”, ambos conceptos son sinónimos de “divulgar”, pues en el primer apartado utiliza la locución “distribución” y en el segundo, el sustantivo “difusión”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo²²⁰ considera subsumible en el concepto de distribución el supuesto que una persona tenga grabado en su ordenador personal material pornográfico, difunda dicho material a través de programas en internet como eMule o eDonkey, que permiten el acceso a las redes de intercambio de archivos P2P²²¹, pues si bien el sujeto no envía material pornográfico a los destinatarios, permite que otros accedan al mismo, poniéndolo por tanto a disposición de terceros. Pero, no se aplica el tipo por el

²¹⁹ En este sentido, MORALES PRATS dice que “el tipo penal no queda recortado por la exigencia de ánimo de lucro en la conducta del autor, pues este elemento subjetivo del injusto es ajeno al tipo, lo que parece un acierto desde el punto de vista político-criminal, dado que múltiples conductas de introducción de material pornográfico en Internet no vienen informadas por un ánimo o intencionalidad de tales características”

²²⁰ Sentencia 921/2007 de 6 Nov. 2007, Rec. 10414/2007; Sentencia 292/2008 de 28 May. 2008, Rec. 2002/2007 y la Sentencia 696/2008 de 29 Oct. 2008, Rec. 279/2008

²²¹ Su finalidad es compartir toda clase de archivos en cualquier formato digital. Con el uso del programa P2P se crea una “carpeta de intercambio” donde, además de almacenarse los archivos bajados, se produce automática y ordinariamente, su puesta en común y difusión con otros usuarios, generándose un efecto multiplicador.

mero hecho de que se utilicen estos programas, se tienen que tener en cuenta las circunstancias, considerando en todo caso el principio de proporcionalidad.

Además, el TS en sentencia nº 105/2009, de 30 de enero puntualiza que estos supuestos se deben analizar caso por caso “en función de las características del material intervenido, el conocimiento por parte del autor de los hechos de los medios informáticos, la distribución que se produzca a terceros, (por ejemplo acreditando la llegada a terminales de usuarios concretos, ajenos al autor de la difusión, en la que debe enmarcarse la búsqueda aleatoria de la policía judicial)...”

Tipo subjetivo

Los actos de distribución o divulgación requieren el dolo de actuar con tal finalidad. Para llegar al elemento subjetivo, el Tribunal Supremo en sentencia nº 1098/2010, de 13 de diciembre declara que “se ha valido de la multitud de archivos compartidos a través de la red mediante el programa Emule, lo que es indicativo de su conocimiento, al repetir continuamente tales prácticas, además de mantener una ingente cantidad de correos electrónicos en donde se produce la difusión, que en este caso no ofrece duda, dada la falta de automatismo de dicho sistema de comunicación, que requiere seleccionar el destinatario, insertar el archivo correspondiente y activar el mecanismo difusor, lo que igualmente concurre en este caso al utilizar con tanta frecuencia el sistema de descarga compartida a través del programa utilizado, que prioriza las descargas cuanto más material se comparte – y por consiguiente, se difunde -, lo que se determinó así mediante la prueba pericial que arrojó como resultado tal difusión”.

La sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona, sec. 2ª, nº 35/2009, de 26 de enero declara que no se exige un dolo directo, sino que cabe también el dolo eventual (saber que otros pueden acceder y acceden a mis archivos y aun así descargarlos y mantenerlos a disposición de otros usuarios). En opinión de De La Rosa, sería conveniente introducir un tipo intermedio entre la mera posesión y difusión en sentido estricto, ya que la diferencia entre el consumidor que utiliza los programas P2P para proveerse de material y las del verdadero vendedor con ánimo de lucro es evidente.

Por otro lado, se debe de interpretar la **producción** como referente a actuaciones materiales tales como la del impresor que edita la publicación o la fábrica donde se duplican las películas, pero no abarcará actividades de financiación o de organización que estarían ubicadas en el apartado a) del art. 189.1.

La **venta** implica el intercambio o la enajenación en la que medie precio, bien sea en dinero o en otra especie evaluable económicamente. La exhibición supone enseñar o hacer con que el sujeto pasivo vea el material pornográfico (p. ej. la proyección en una sala cinematográfica, en un contexto doméstico)²²².

El **ofrecimiento** ha sido introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio, y la LO 1/2015 la ha mantenido, junto a los anteriores verbos típicos. Esta conducta supone un adelantamiento de las barreras punitivas a actos que con anterioridad a esa fecha podían ser considerados como mera tentativa de la venta, distribución o exhibición. El medio más idóneo para esta práctica parece ser la Internet²²³.

ORTS BERENGUER²²⁴ se plantea si esta conducta de ofrecer ha de ser directa, de oferente a interesado, o si cabe el ofrecimiento genérico, propio de publicidad y concluye afirmando que parece ser más razonable limitar la conducta al ofrecimiento directo.

En definitiva, el legislador ha querido abarcar todas las fases de la creación de pornografía e este tipo²²⁵.

b) Puesta en circulación del material de Pornografía Infantil

El legislador utiliza los mismos verbos pero bajo el prisma de la facilitación, incriminando a quien “facilita la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio”. Tal facilitación no puede ser una actividad automatizada sin control del autor²²⁶, sino posibilitando la misma con intención de distribución o difusión. Es decir, llevando a cabo actos de difusión a terceros con la finalidad de atentar contra el bien jurídico protegido por la norma penal.

²²² Op. Cit. GÓMEZ TOMILLO, M. “*Comentarios prácticos...*” pág. 589-590.

²²³ En ello coinciden QUERALT JIMÉNEZ (op. Cit. “*Derecho Penal español...*” pág. 259) y Gómez Tomillo (op. Cit. “*Comentarios prácticos...*” pág. 590)

²²⁴ ORTS BERENGUER “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*” en VIVES ANTÓN, T. S. (dir.) “*Derecho Penal. Parte Especial*” 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pág. 299-300.

²²⁵ Op. Cit. Queralt Jiménez “*Derecho Penal Español...*” pág. 259.

²²⁶ Op. Cit. Rodríguez “*Código Penal comentado...*”, pág. 673.

La expresa consideración de la acción “facilitar” produce, según Gómez Tomillo²²⁷, dos efectos: 1) eliminar el sometimiento al principio de accesoria de tal conducta y 2) asegurar que se le impondrá la pena del autor.

Cabe, respecto a la figura de facilitación, la posibilidad de apreciar error de tipo cuando alguien descarga el archivo ignorando que está compartiendo información de su disco duro²²⁸. El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 27 de octubre de 2009 estableció cuatro criterios para examinar la presencia o ausencia de dolo:

- 1) El número de elementos que son puestos en la red a disposición de terceros;
- 2) El número de veces que son compartidos;
- 3) La recepción por otros usuarios de tales imágenes o videos como procedentes del terminal del autor del delito y
- 4) Cuantas otras circunstancias externas sean determinadas (entre ellas el grado de conocimiento de la utilización de sistemas informáticos).

c) La posesión del material con cualquiera de los anteriores fines

Se hace referencia a la mera posesión del material pornográfico donde intervienen menores o incapaces, con la intención de proceder a su venta, distribución o exhibición. Se está castigando un acto preparatorio, ambiguo y de difícil prueba, lo que puede provocar una gran discrecionalidad o incluso arbitrariedad en la decisión judicial²²⁹.

El inciso “*aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido*” persigue evitar espacios de impunidad²³⁰, emancipándose el juicio de tipicidad de la efectiva localización de las concretas víctimas.

Concurso

²²⁷ Op. Cit. GÓMEZ TOMILLO, M. “*Comentarios prácticos...*” pág. 590

²²⁸ Op. Cit. Gómez Tomillo “*Comentarios prácticos...*” pág. 595

²²⁹ Op. Cit. Muñoz Conde “*Derecho Penal...*” pág. 210. De igual manera, Gómez Tomillo critica la equiparación punitiva de tal acto preparatorio con los demás hechos consumados: “(...) muchas más dudas presenta la decisión de sancionar en iguales términos la mera tenencia de pornografía con el fin de su posterior puesta en circulación y la efectiva puesta en circulación, en la medida en que un acto susceptible de ser calificado como tentativa o acto preparatorio se sanciona igual que el hecho consumado”. En “*Comentarios prácticos...*” op.cit. pág. 591.

²³⁰ Op. Cit. DE LA ROSA CORTINA, “los delitos de pornografía..” pág. 70

La jurisprudencia establece que se debe apreciar un único delito aun cuando los archivos pornográficos distribuidos sean múltiples y afecten a una pluralidad de menores (SSTS nº 767/2007 de 3 de octubre)

5.5.3. Tipos Agravados

A diferencia de lo que ocurre con los tipos básicos de pornografía infantil, la apreciación de un subtipo agravado supone el ineludible ingreso en prisión del condenado, pues queda automáticamente fuera de la posibilidad de obtener la suspensión de la ejecución de la pena²³¹.

Agravaciones genéricas²³²

En relación con el tipo penal del art. 189.1 a) y b), el art. 189.2 establece circunstancias de agravación, con la penalización desde los cinco a los nueve años de prisión respecto a la totalidad de conductas de estos apartados. Son las siguientes:

Art. 189.2:

- a) Cuando se utilice a menores de dieciséis años

Se cambia el límite de edad de los trece a los dieciséis para hacerlo coincidir con la edad de reconocimiento para consentir la realización de actos y prácticas sexuales, cambiado por la LO 1/2015. El menor debe de ser real²³³, por lo tanto, queda fuera la pornografía virtual o técnica. El dolo debe abarcar la minoría de edad de los menores – 16 años – al menos en su modalidad eventual.

²³¹ Op. Cit. Circular Fiscal 2015, pág. 27

²³² El informe Del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 al Anteproyecto de 2012 critica el mantenimiento de la “*aplicabilidad genérica de los subtipos agravados tanto a las conductas de utilización de menores para la pornografía (letra a) como a la difusión de material pornográfico (letra b). se debe recordar que tal previsión ha dado lugar a graves discrepancias doctrinales y jurisprudenciales que deberían zanjarse vía legislativa, estableciendo claramente qué subtipos son aplicables tanto a la utilización de menores como a la difusión de material y qué subtipos son solo aplicables a la utilización de menores. Por tanto, la reforma no puede obviar la necesidad de clarificar a qué conductas son aplicables cada uno de los subtipos*”.

²³³ Op. Cit. CUGAT MAURI, MIRIAM. “Prostitución y corrupción de menores e incapaces” en ÁLVAREZ GARCÍA, F. “Derecho Penal Español. Parte Especial I” Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. Pág.704

Esta agravación se fundamenta en un mayor desvalor de acción, en una mayor peligrosidad de la conducta para el bien jurídico. Se presume *iuris ed de iure* que los menores de dieciséis años se encuentran en situación de vulnerabilidad²³⁴.

En relación con la aplicabilidad de este subtipo agravado a las conductas del apartado b) del art. 189.1, la jurisprudencia es contraria a la aplicación de dicho subtipo a las conductas de difusión. En este sentido cabe citar las SSTS nº 1110/2009, de 16 de noviembre, 1055/2009, de 3 de noviembre, 674/2010, de 5 de julio y 1299/2011, de 17 de noviembre. Según la Circular Fiscal de pornografía infantil, con la LO 1/2015 queda claro que solamente cabe aplicar el subtipo agravado previsto en el art 189.2 a) a quienes operan sobre menores de dieciséis años, pero no a quienes lo que hacen es difundir material, pues otra interpretación, además de contrariar el sentido del verbo utilizar, supondría una quiebra del principio de proporcionalidad, al generar una exasperación punitiva de gran intensidad frente a prácticamente todas las conductas de difusión.

b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO²³⁵ critican la inclusión de esta agravante afirmando que carece de fundamento, por cuanto los componentes del mismo parecen ya ser inherentes al tipo básico. De lo que CUGAT MAURI²³⁶ no está de acuerdo cuando nos viene a decir que al igual con lo que ocurre en los abusos sexuales, “*deberá excluirse de su ámbito de aplicación el contenido degradante consustancial al tipo básico*”.

Esta agravación se mantiene igual con la reforma. Los adjetivos degradante y vejatorio hay que predicarlos, no de la acción sexual en sí, sino de la violencia o intimidación empleadas. Es de sentido común que las imágenes de menores sometidos o realizando prácticas sexuales de diversa índole determinan para éstos un contexto degradante o vejatorio. Sin embargo, el subtipo agravado exige que sea particularmente degradante o vejatorio lo que significa un plus de degradación o vejación respecto al que deba entenderse como propio, inherente o perteneciente a la propia imagen o escena pornográfica²³⁷.

²³⁴ Op. Cit. Gómez Tomillo “*Comentarios prácticos...*” pag. 597

²³⁵ MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO “Título VIII Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en QUINTERO OLIVARES (director), “*Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*”, op. Cit. Pág. 364.

²³⁶ . Cit. CUGAT MAURI, M. “*Prostitución y corrupción de...*” pág. 704.

²³⁷ Op. Cit. Escobar Jiménez, R. “*Análisis de los delitos de pornografía infantil...*” pág. 12

La sentencia del Tribunal Supremo nº 1299/2011, de 17 de noviembre puntualiza que es necesario que se especifique en el escrito de acusación los datos fácticos que hacen que revista un carácter particularmente degradante o vejatorio, o como dice el TS los “*hechos específicos insertables en el subtipo agravado*”. Ello se conecta con la exigencia, para la aplicación de este subtipo, de una explicación justificativa específica.

En un supuesto de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico, la STS nº 803/2010, de 30 de septiembre introduce criterios para interpretar este subtipo, resaltando su similitud con la agravación contenida en el art. 180.1.1 para las agresiones sexuales: “*el trato degradante o vejatorio equivale a realizar acciones con el fin de humillar, deshonrar, hacer despreciar o envilecer a alguien afectado a su dignidad humana, siempre y cuando ese especial salvajismo o brutalidad refleje un grado tan llevado a perversión del sujeto que justifique la exasperación de la pena tan notable como la que establece el subtipo agravado del art. 189.3*”.

Por su carácter eminentemente valorativo será particularmente difícil dotarla de contenido. Según Gómez Tomillo²³⁸, probablemente proceda su consideración en las hipótesis de actuaciones sádicas o trato sexual con animales.

No está claro y la jurisprudencia es difusa respecto a la aplicación de este subtipo a los supuestos de difusión. Sin embargo, hay una tendencia a considerar que se aplique este subtipo agravado a los supuestos de difusión, así lo señala la sentencia nº 674/2010, de 5 de Julio²³⁹: “*no resulta fácil excluir la aplicación del tipo agravado a aquellos casos en los que el usuario que no ha participado en el proceso de creación o producción de esos archivos...opta conscientemente por su distribución...pese a conocer el carácter singularmente degradante y vejatorio de su contenido. Esa mayor intensidad de la ofensa al bien jurídico, producida por una acción en la que no ha de faltar el dolo directo o eventual, justificaría la aplicación del tipo agravado, sin que exista argumento gramatical -como acontece en el apartado a) del mismo precepto, que emplea el vocablo utilicen a niños - o contextual que lo impida*”.

Por otro lado, parte de la doctrina legal restringe esta agravación al supuesto en el que el sujeto activo es quien ha confeccionado las imágenes, sirviéndose personalmente de los menores y no únicamente si distribuye el producto creado por otros²⁴⁰.

²³⁸ Op. Cit. Gómez Tomillo, “*Comentarios prácticos.*” pág. 598.

²³⁹ Entre otras, también considera de aplicación la sentencia del TS nº 12/2015, de 20 de enero.

²⁴⁰ Op. Cit. Queralt Jiménez “*Derecho Penal Español.*...” pág. 260.

- c) Cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual.

Esta agravación responde a demandas doctrinales tendentes al castigo de conductas no directamente necesarias en la elaboración de pornografía infantil, pero frecuentemente relacionadas con la misma²⁴¹.

Se sustituye “niños” por “menores” e “incapaces” por “personas con discapacidad necesitadas de especial protección” y se zanja con la problemática anterior a la reforma de si solo se aplicaba a los niños. Con la reforma del año 2015 se aplicará a todos los menores de edad.

Según el Tribunal Supremo²⁴² existen dos formas de violencia que se contemplan alternativamente: “una, equivalente a la fuerza material o maltrato de obra; y otra con la naturaleza misma del acto o actos sexuales practicados, susceptibles de despertar un mayor grado de satisfacción de esta índole (sadismo...etc.)”

Para la STS nº 588/2010, de 22 de junio la violencia física “ha sido considerada como la que supone el empleo de medios violentos destinados a vencer la resistencia del ofendido. El tema estriba no tanto en constatar si ha existido algún tipo de fuerza física por mínima que sea, como si esa fuerza estaba destinada a vencer una resistencia exteriorizada...”

Se puede entender por violencia sexual acciones o situaciones de forzamiento equiparables a una violación o agresión sexual o casos de niños que aparecen atados de pies y manos, supuestos de especial sometimiento e inmovilización que excedan de la “simple” relación sexual con un menor, incluso de menores de 13 años (STS nº 1377/2011, de 19 de diciembre). Gómez Tomillo²⁴³ nos dice que probablemente se deba considerar violencia sexual con menores los hechos que más gravemente atentan contra su indemnidad sexual, esto es, aquellos que, concurriendo el resto de requisitos típicos, constituirían un delito de violación: acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por cualquiera de las dos primeras vías.

²⁴¹ Op. Cit. MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO “*Título VIII Delitos contra la libertad e indemnidad...*”. Pág. 364.

²⁴² SSTs nº 588/2010, de 22 de junio, 1098/2010, de 13 de diciembre y 12/2015, de 20 de enero

²⁴³ Op. Cit. Gómez Tomillo “*Comentarios prácticos...*” pág. 599

- d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

Este subtipo está recogido expresamente en la Directiva de 2011 por lo que su traslación se ha producido de idéntica manera que en las demás²⁴⁴. Es el caso, según Escudero García Calderón, de las filmaciones denominadas snuff²⁴⁵, que con la incorporación de violencia puede dar lugar al concurso de delitos contra la vida o la integridad física.

Este nuevo subtipo solo podrá aplicarse al tipo de utilización de menores (189.1a) y no al de difusión de pornografía (189.1 b). Tampoco podrá aplicarse a supuestos de pornografía virtual, pues se requiere una víctima real²⁴⁶.

Gómez Tomillo²⁴⁷ afirma que cuando aparezca el resultado lesivo, no es procedente su consideración, desplazado por el correspondiente delito de lesiones u homicidio.

- e) Cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia.

Se modifica esta circunstancia, que anteriormente a la reforma se dirigía a la especial gravedad sobre el valor económico del material pornográfico, sustituyéndolo por la expresión “notoria importancia”, valoración que en opinión de Morillas Fernández es subjetiva y carente de significado inicial²⁴⁸, debiendo ser valorada por los Tribunales ya que podría entrar en el concepto tanto la significación económica como la cuantificación material o incluso cualitativa.

²⁴⁴ Op. Cit. Morillas Fernández, D. L. “los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, pág. 477.

²⁴⁵ Las películas snuff o vídeos snuff son grabaciones de asesinatos, violaciones, torturas, suicidios, necrofilia, infanticidio, entre otros crímenes reales (sin la ayuda de efectos especiales o cualquier otro truco) con la finalidad de distribuirlos comercialmente para entretenimiento.

Fuente: https://es.wikipedia.org/wiki/V%C3%ADdeo_snuff Consulta: 13 de junio 2016

²⁴⁶ Circular fiscal 2015, pág. 39

²⁴⁷ Op. Cit. Gómez Tomillo, “*Comentarios prácticos...*” pág. 600

²⁴⁸ De opinión similar es Escudero García-Calderón, que critica el precepto “notoria importancia” por su imprecisión y porque vuelve a reinar el desconcierto en cuanto a si se hace referencia al nivel de profesionalidad de los autores o a la gravedad de las conductas pornográficas, vulnerándose en ambos casos el non bis in ídem por tratarse de agravantes ya contempladas en el precepto. (Comentario a la reforma Penal de 2015. El delito de pornografía infantil. Pág 456)

El legislador cumple con la recomendación hecha a través del informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 que propuso la supresión o la reformulación de este subtipo, así indica el informe: *“creemos que debiera bien suprimirse este subtipo, bien sustituirlo por uno que agravara la responsabilidad de quien distribuyera material pornográfico en cantidad de notoria importancia (con lo que se eludiría el espinoso problema de la valoración del material). Si se optara por este nuevo subtipo de notoria importancia, debiera introducirse alguna pauta restrictiva, teniendo en cuenta que desde un punto de vista criminológico, los consumidores-difusores de pornografía infantil caen frecuentemente en patrones de lo que se ha denominado collecting behaviour, acumulando gran cantidad de material”*.

En todo caso, esta agravación vendrá determinada por el valor del material, no por la ganancia obtenida. El legislador no establece ninguna pauta para determinar ni la cuantificación ni el monto a partir del cual sería típica la agravación. Para ello, QUERALT JIMÉNEZ²⁴⁹ propone la remisión al delito de estafa agravada (art. 250.1.5º) fijando un límite en 50.000 euros netos, reales o posibles.

Al referirse a material pornográfico, está claro que es de aplicación también a los supuestos de difusión del apartado b) del art. 189.1. Además, también es de aplicación a supuestos de pornografía virtual y técnica siempre que hubiera sido objeto de difusión o estuviera dispuesto para ello.

- f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

El concepto de organización lo encontramos en el artículo 570 bis del Código Penal: *“(…) se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”*.

La STS nº 1444/2004, de 10 de diciembre aplica este subtipo agravado cuando el delito es cometido a través de redes informáticas. El grupo de personas a la que hace referencia la sentencia se reunía en un “lugar de encuentro” virtual en internet coordinando sus acciones con el fin potenciar las posibilidades de consumo de las imágenes dañinas para los derechos de los menores, permitiendo, además, su difusión incluso a otras personas ajenas al grupo organizado.

²⁴⁹ Op. Cit. Queralt Jiménez *“Derecho Penal Español...”* pág. 261.

Concluye la sentencia afirmando que concurre el subtipo agravado en este caso, cuando además de la colaboración del sujeto entre los integrantes del grupo para la utilización de material pornográfico confeccionando álbumes de fotografías por él elaborados, con dicha conducta *“posibilitaba también el acceso de terceros a esa oferta, ampliando la agresión al derecho a la indemnidad sexual de las víctimas de la infracción que es, en definitiva, la razón de ser esencial y el fundamento de la previsión legal agravatoria de la conducta”*.

Debe tenerse presente que el subtipo agravado entrará en concurso de leyes en relación con los tipos del Capítulo VI del Título XXII del Libro II, de las organizaciones y grupos criminales o, en su caso, con el delito de asociación ilícita del art. 515.1º, que deberá resolverse conforme al criterio de alternatividad²⁵⁰.

En cambio, la STS S 20-9-2006, nº 913/2006, de 20-9, negó que existiera la organización a la que se refiere el subtipo, anteriormente localizado en el artículo 189.3.e), al que se incorporaba a una comunidad virtual (online) cuya finalidad era constituir distribuir material pornográfico y comunicarse entre los usuarios de pornografía de menores.

- g) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad.

Con la reforma llevada a cabo por LO 1/2015 se mantiene esta agravación que cobra pleno sentido por su íntima conexión con el bien jurídico, pues son precisamente estas personas las encargadas de velar por la integridad y el libre desarrollo del menor o incapaz²⁵¹. Por lo tanto, el fundamento de esta agravación sería el incremento del desvalor de la acción que deriva de la especial condición del sujeto activo en relación con la víctima.

Se debe considerar que la agravación resulta aplicable tanto a los supuestos de producción como a los de simple difusión de la pornografía infantil, siempre que se dé la especial relación personal que el tipo penal exige entre el menor o incapaz y el sujeto activo del

²⁵⁰ Circular fiscal 2015, pág. 43

²⁵¹ Op. Cit. *“El delito de pornografía...”* pág. 457

delito, lo que nos obligará, en todo caso, a tener plenamente identificado al menor o incapaz al que se refiera el material pornográfico²⁵².

Se lleva a cabo dos modificaciones: se puede considerar sujeto activo cuando la persona desempeñe funciones relacionadas con el menor o persona discapacitada aunque sea con carácter provisional y, se amplía el catálogo de sujetos activos de manera genérica a cualquier miembro de la familia que conviva con él o haya abusado de su posición reconocida de confianza o autoridad.

Debe entenderse aplicable este subtipo a las personas que ejercen de “canguros”, cuanto cometen los hechos con los menores cuyo cuidado les ha sido encomendado.

h) Cuando concurra la agravante de reincidencia.

El legislador incorpora esta agravación para dar cumplimiento a la Directiva 2011/92/UE que manda cualificar la sanción a imponer a los individuos reincidentes que cuenten con una condena anterior por hechos de la misma naturaleza en cualquiera de los Estados firmantes de la Directiva²⁵³. Si bien ya existía la agravación genérica del art. 22.7 CP, será de aplicación preferente la del art. 189.2 h), que dejará sin efecto a aquélla. En ningún caso cabrá apreciar simultáneamente la agravante de reincidencia y el subtipo agravado de reincidencia, pues se incurriría en una flagrante doble valoración sancionadora.

QUERALT JIMÉNEZ²⁵⁴ y GÓMEZ TOMILLO²⁵⁵ critican la inclusión de esta agravante porque ya existe la genérica. En palabras de Queralt “además de desbordar el marco de las agravantes genéricas sin razón alguna, apreciar de nuevo la agravante de reincidencia generaría un inconstitucional *bin in idem*.”

Agravación específica (hiperagravación)

²⁵² URIARTE VALIENTE, L.M. “*Pornografía infantil: regulación actual y perspectivas de futuro*”

(Ponencia), pág. 21. Se puede encontrar en:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Luis%20Mar%C3%ADa%20Uriarte%20Valiente.pdf?idFile=fdbd4350-9b71-4009-8696-a362da5ed417 [Consulta:

25 de junio 2016]

²⁵³ Op. Cit. “*Los delitos contra la libertad...*” pág. 479

²⁵⁴ Op. Cit. Queralt Jiménez, “*Derecho Penal Español...*” . pág. 261.

²⁵⁵ Op. Cit. Gómez Tomillo, “*Comentarios prácticos...*” pág. 601.

El apartado 3º del artículo 189 dispone que “*Si los hechos a que se refiere la letra a) del párrafo primero del apartado 1 se hubieran cometido con violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores*”. Se trata de una previsión incorporada en la reforma de 2015.

El legislador, una vez más, quiere dar cumplimiento a la Directiva 2011/93/UE que prevé agravar la responsabilidad cuando se emplee coacción, fuerza o amenazas con un menor, imponiendo una pena que permita alcanzar los ocho años de prisión (art. 4.3).

El subtipo hiperagravado puede, pues operar sobre la pena prevista en el apartado primero (prisión de uno a cinco años) y sobre la pena prevista en el apartado segundo (prisión de cinco a nueve años). En este último caso la pena pues pivotaría entre los nueve y los trece años y seis meses²⁵⁶.

Es evidente la similitud de contenidos respecto al artículo 189.2.c) (víctimas de violencia sexual o física). Morillas Fernández²⁵⁷ establece las diferencias entre ambos:

- a) El ámbito de aplicación es distinto. El art. 189.2.c) afecta al art. 189.1 en su totalidad, mientras que el específico lo hace únicamente al art. 189.1.a).
- b) El art. 189.2.c) está pensado para material pornográfico en sí mientras el apartado 3º parece vinculado a la violencia producida en la conjugación de los diversos verbos típicos, pero sobre todo, en su utilización con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y donde no existe material pornográfico en sentido estricto. Si la violencia física o psíquica fuera empleada para la utilización del menor en el espectáculo, habrá que aplicar el artículo 189.3 CP, mientras que si se trata de una violencia sexual o física representada en el propio material pornográfico se recurrirá al art. 189.2.c).
- c) Los tipos de violencia contemplados en ambos apartados son distintos. El genérico contempla únicamente la física y sexual mientras el específico la física o psíquica (intimidación).

Según Rafael Escobar, el subtipo hiperagravado plantea problemas concursales. Hasta antes de la reforma se venía entendiendo que los actos sexuales perpetrados para elaborar el

²⁵⁶ Op. Cit. De la Rosa Cortina, “*Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*” pág. 72.

²⁵⁷ Op. Cit. Morillas Fernández “*Los delitos contra la libertad...*” pág. 477-478.

material pornográfico debían castigarse autónomamente, en régimen de concurso de delitos con el tipo de utilización de menores para fines pornográficos.

Tras la reforma operada por LO 1/2015 no será posible apreciar el subtipo hiperagravado en relación con el tipo de utilización de menores para elaborar material pornográfico y además apreciar simultáneamente el correspondiente tipo de agresión sexual, cuando la violencia o intimidación se hubieran utilizado para hacer ejecutar al menor el acto sexual grabado, fotografiado o filmado. De proceder a tal aplicación simultánea se incurriría en un claro *bis in idem*²⁵⁸.

5.5.4. Tipos Autónomos

5.5.4.1. Asistencia a espectáculos pornográficos, art. 189.4 CP

Este apartado ha sido incluido *ex novo* con la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015; anteriormente no se tipificaba la asistencia a espectáculos pornográficos, aun cuando ello resultara contradictorio con la punición expresa de la posesión de pornografía infantil²⁵⁹, únicamente se podía imputar al sujeto que asistía responsabilidad penal en virtud del art. 450 CP, relativo a la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución.

La Directiva 2011/92/UE, en su apartado 4, exigía que se tipificara asistir a sabiendas a espectáculos pornográficos en los que participen menores. Establece la Directiva que se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos un año si el menor ha alcanzado esa edad.

También el Convenio de Lanzarote²⁶⁰ dispone en su art 21.1.c) que cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el *asistir, con conocimiento de causa, a espectáculos pornográficos en los que participen niños*.

Así, se incorpora en el Código Penal español el apartado 4 del art. 189 que castiga con pena de 6 meses a 2 años de prisión “*al que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o*

²⁵⁸ Circular Fiscal 2015, pág. 48-49

²⁵⁹ Circular Fiscal, 2015, pág. 23

²⁶⁰ 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.

pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección”

El apartado 4 no distingue expresamente la valoración de la edad del menor que exigía la Directiva, sin embargo, a la hora de calibrar conforme al art. 66.1.6ª CP la mayor o menor gravedad de los hechos deberá valorarse especialmente la edad de los menores participantes en el espectáculo²⁶¹.

En opinión de Morillas Fernández, la incriminación del asistente a un espectáculo exhibicionista o pornográfico es un aspecto positivo, que da respuesta a una tradicional demanda doctrinal que observaba un sin sentido en la ausencia de criminalización y que además el legislador ha sabido incorporar inteligentemente como tipo autónomo, con una penalidad sensiblemente inferior a las conductas de creación y tráfico de semejante iconografía pero superior a la posesión simple pues presenta un mayor nivel de reprochabilidad. En contra, Orts Berenguer²⁶² se muestra reacio al considerar el tipo carente de lesividad que un delito requiere.

En opinión de GÓMEZ TOMILLO²⁶³, quien asiste por precio a un espectáculo de estas características coopera a la verificación del tipo del delito descrito en el art. 189.1.a), y, por consiguiente, es, al menos, cómplice, pues, no se puede negar que incrementa *ex ante* el riesgo de que la conducta principal tenga lugar.

5.5.4.2. Adquisición y posesión de pornografía infantil, art. 189.5 CP

El art. 189.2 CP, en su redacción anterior a la reforma 1/2015, tipificaba la conducta del que *para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces*. Este artículo fue introducido por la reforma del año 2003 y pese lo polémica que fue entonces, tanto la Directiva del año 2011, la Decisión Marco 2004/68/JAI como

²⁶¹ Circular fiscal 2015, pág 24

²⁶² El autor dice que si la asistencia de alguien es decisiva para que el espectáculo tenga lugar, al extremo de que sin esa asistencia el espectáculo no se hubiera celebrado, tiene algún sentido la represión penal, de lo contrario no. ORTS BERENGUER “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.) “Derecho Penal. Parte Especial” Valencia: Tirant lo Blanch, 2015 pág. 227

²⁶³ Op. Cit. Gómez Tomillo, “Comentarios prácticos..” pág. 602.

los Convenios de Lanzarote y Budapest²⁶⁴ optaron por promover la punición de dicha conducta.

Con la reforma del año 2015 se sigue castigando, ahora en el número 5, al poseedor de pornografía infantil, sin embargo, se incluye el adquiriente, con la pena de tres meses a un año de prisión o multa de seis meses a dos años.

Art. 189. 5: *“El que para su propio uso adquiriera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años”.*

MUÑOZ CONDE²⁶⁵ critica la inclusión de este tipo en el Código Penal. Según él el legislador está invadiendo la privacidad hasta unos niveles difícilmente compatibles con el derecho constitucional a la intimidad y criminaliza una conducta que, por inmoral que parezca, no afecta directamente al bien jurídico protegido en este precepto, indemnidad sexual del menor o persona con discapacidad.

Hasta la reforma de 2015 tan solo se tipificaba la tenencia o posesión. En la Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado se defendió la inclusión de este precepto afirmando que la tenencia de pornografía infantil es peligrosa para el bien jurídico en la medida en que se estimula mediante su adquisición posteriores conductas lesivas para la libertad o indemnidad sexual de menores o incapaces.

El tipo penal de posesión requiere, como establece la STS nº 105/2009, de 30 de enero la concurrencia de los siguientes elementos:

- 1) una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces, lo que se integra mediante el concepto de pornografía... junto al dato de la aparición de menores o discapacitados, dentro de un escenario sexual;
- 2) que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines.

²⁶⁴ Convenio sobre la Ciberdelincuencia hecho en Budapest el 23 de diciembre del 2001.

²⁶⁵ Op. Cit. Muñoz Conde, F. *“Derecho Penal. Parte Especial”*, pág. 211.

3) un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí bastará con la conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil (lo que igualmente se habrá de probar en cada caso).

Los mismos motivos que existen para la punición de la tenencia, existen en el caso del acceso sin posesión²⁶⁶. La doctrina aporta dos argumentos principales a favor de incriminar el consumo de pornografía infantil²⁶⁷:

- a) Porque estamos ante un comportamiento estructuralmente paralelo al delito de receptación. El adquiriente, cada vez que pasa las imágenes reproducidas perpetúa el ataque contra la libertad e indemnidad de los niños que han sido grabados previamente.
- b) Contribuye el mantenimiento de un negocio que solo puede mantenerse sobre la base de que el material filmado va a encontrar compradores, generando beneficios.

Para De la Rosa, no es punible la tentativa, la acción de búsqueda de pornografía infantil ha de haberse llevado a cabo con éxito, debiendo quedar extramuros del tipo de la búsqueda infructuosa.

A fin de calibrar la gravedad de la concreta conducta y motivar la pena específica a imponer, no solo debe valorarse el número de imágenes intervenidas, la edad de los menores o el tipo de acto sexual, sino también el mayor o menor tiempo durante el que se ha poseído el material, el mayor o menor grado de organización del material o cómo fue adquirido el mismo²⁶⁸.

En contra, autores como Morillas Fernández y Orts Berenguer, no están a favor de la incriminación de este tipo²⁶⁹. Sus argumentos principales son: no está claro cuál es el bien jurídico que se quiere proteger ni la utilidad práctica del precepto, lo cual, para Morillas, no dejará de ser una especie de Derecho Penal simbólico al que únicamente se recurrirá como tipos residuales; esto es cuando fallen el resto de incriminaciones por pornografía infantil.

²⁶⁶ Op. Cit. Gómez Tomillo, “Comentarios prácticos..” pág. 603.

²⁶⁷ García-Calderón, “El delito de pornografía...” pág. 454

²⁶⁸ Circular Fiscal 2015, pág. 21

²⁶⁹ Morillas Fernández, “Los delitos contra la libertad...” pág. 482. También está en contra MUÑOZ CONDE Op. Cit “Derecho Penal. Parte especial” pág. 211

Orts Berenguer²⁷⁰ afirma que tales conductas no deben de ser castigadas por encontrarse ayunas de lesividad y con total ausencia de sujeto pasivo. La clave puede estar en incriminar únicamente aquellos supuestos en los que el citado material se ha encargado por el adquirente a quien lo elabora.

5.5.4.3. Acceso a sabiendas a pornografía infantil – art. 189.5 párrafo 2º CP

La reforma 1/2015 amplía las conductas típicas para abarcar estos supuestos, castigando en el párrafo segundo del apartado quinto del art. 189 con la misma pena prevista para la posesión a *quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.*

El término “a sabiendas” requiere dolo directo, es decir, para imputar a alguien de este delito debe quedar suficientemente acreditada la intencionalidad de acceso a contenidos pornográficos infantiles.

Algún sector doctrinal ha considerado que tipificar el mero visionado puede generar problemas probatorios e inseguridad jurídica. No obstante, es incongruente, si se consolida la tendencia a consumir mediante el visualizado online, castigar la posesión mediante descarga y no castigar esta conducta de visionado²⁷¹. Así, por ejemplo, ORTS BERENGUER²⁷² se muestra en contra de la tipificación de dicha conducta porque, según él, no hay delito porque no hay bien jurídico protegido. Delito lo habrá cometido quien haya elaborado o difundido el material pornográfico en cuya elaboración se hayan utilizado menores o personas con discapacidad

En este sentido, el art. 20 párrafo primero letra f) del Convenio de Lanzarote limita la relevancia penal a las conductas de acceso a páginas web que se realizan “a sabiendas”. La Exposición de Motivos del Convenio de Lanzarote también afirmaba que el carácter intencional del acceso puede demostrarse, por ejemplo, sobre la base de la frecuencia con la

²⁷⁰ Op. Cit. ORTS BERENGUER “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.) “Derecho Penal. Parte Especial” pág. 227

²⁷¹ Op. Cit. De la Rosa Cortina, “Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual” pág. 73

²⁷² Op. Cit. ORTS BERENGUER “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.) “Derecho Penal. Parte Especial” pág. 228.

que el sujeto consulta en la red dicho material o si lo hace a través del recurso a los servicios de pago. De esta manera se minimizaría el riesgo de una a todas luces indeseable criminalización de los accesos fortuitos o imprudentes²⁷³.

La STS nº 373/2011, de 13 de mayo excluye la tipicidad en supuestos de detentación fugaz: “procede la absolución del acusado, al faltar una mínima determinación temporal sobre tal posesión, que -por otro lado- al tratarse de una mera detentación fugaz, no puede integrar el tipo, ya que la STS nº 105/2009, de 30 de enero, sostiene que la posesión ha de durar algún lapso temporal determinado... pues ha de distinguirse entre visionar y poseer”.

5.5.4.4. Omisión de progenitores y asimilados de impedir la continuación de actividades pornográficas – art. 189.6 CP

En el apartado 6 del art. 189 se castiga con pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses “*el que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección 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 persona con discapacidad necesitada de especial protección*”.

Sujeto activo de esta conducta solo puede ser el que tenga bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento al menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección²⁷⁴.

Elemento subjetivo: se requiere conocimiento de la situación de prostitución del menor o incapaz y omisión de cualquier acción para impedir su continuación en ese estado o bien acudir a la autoridad competente²⁷⁵.

Este tipo sería, en opinión de De la Rosa Cortina²⁷⁶, claramente aplicable a supuestos en los que el representante legal de un menor no hiciera lo posible para impedir que éste se prestara a la elaboración de material pornográfico.

²⁷³ Circular fiscal 2015, pág. 22

²⁷⁴ Según Orts Berenguer, es un delito especial propio. Op. Cit. Orts Berenguer, “*Delitos contra la libertad...*” pág. 228.

²⁷⁵

²⁷⁶ MUÑOZ CONDE Op. Cit “*Derecho Penal. Parte especial*” pág. 212

En el apartado 7 del mismo artículo se prevé que “*El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior*”.

5.5.5. Potestad judicial para la retirada o bloqueo de páginas web u restricción de acceso a usuario

En el apartado 8 del artículo 189 indica que “*Los jueces y tribunales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español*”.

Este apartado ha sido introducido por el legislador siguiendo la línea de la Directiva del año 2011, que recoge esta medida expresamente en su artículo 25.

Esta previsión se conecta tanto con la norma básica del 13 Ley de Enjuiciamiento Criminal como con el art. 8 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* que prevé la retirada de aquellos datos que atenten contra los principios que se relacionan en el propio artículo entre los cuales se encuentran el respeto a la dignidad de la persona y la protección de la juventud y de la infancia²⁷⁷.

Según Morillas Fernández²⁷⁸, pese a lo complejo, lento y difícil que es retirar de la red el material pornográfico detectado, se están abriendo paso las medidas tendentes a bloquear el acceso a estos materiales como estrategia clave en la protección de los menores afectados, evitando su revictimización y en la lucha contra la pornografía infantil, ya existiendo EUROPOL e INTERPOL para impedir el acceso a páginas web que contengan pornografía infantil²⁷⁹.

Para GÓMEZ TOMILLO²⁸⁰, esta medida es más bien una forma de restauración de la legalidad, con lo cual quiere decir que no posee naturaleza jurídica de pena. Así, por ejemplo, podrá adoptarse aun cuando el acusado haya fallecido antes de la ejecución de la

²⁷⁷ Circular Fiscal 2015, pág. 50

²⁷⁸ Op. Cit. Morillas Fernández, “*Los delitos contra la libertad...*” pág. 484.

²⁷⁹ Si bien en España no ha llegado aún a implantarse pues, desde algunos sectores, se han formulado objeciones a su uso por considerar que atentan contra la libertad de expresión y comunicación.

²⁸⁰ Op. Cit. Gómez Tomillo, “*Comentarios prácticos...*” pág. 605.

sentencia firme, sin menoscabo del principio de personalidad de las sanciones, si bien deberá ser expresamente impuesta en la sentencia condenatoria.

5.5.6. Responsabilidad de las personas jurídicas

Esta responsabilidad se estableció con la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, conforme a las previsiones de 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 infantil.

El artículo 189 bis regula la responsabilidad de las personas jurídicas cuando cometan crímenes relacionados con la pornografía infantil, de acuerdo con lo establecido en el art. 31, se le impondrán las siguientes penas:

“a) Multa del triple al quintuple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.

c) Multa del doble al triple del beneficio obtenido, en el resto de los casos

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

5.5.7. Equiparación de condenas extranjeras a condenas impuestas por jueces españoles

El art. 190 CP indica que *“La condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia”.*

Para hacer este precepto efectivo sería necesaria la creación de un registro internacional²⁸¹.

²⁸¹ Gómez Tomillo, *“Comentarios prácticos...”* pág. 609.

CONCLUSIONES

Al llegar al final de este trabajo puedo decir que la prostitución puede ser regulada de una u otra manera o no ser regulada, dependiendo del sistema elegido, pero desde luego no es tarea fácil decantarse por uno u otro ya que ninguno de ellos ofrece resultados totalmente positivos. Lo que ha quedado claro es que esa parte de la población que a menudo es invisibilizada necesita del poder del Estado para proteger a aquéllas personas que están en una situación de indignidad o sufriendo cualquier forma de violencia y para poder ayudar a aquéllas personas que quieren que se reconozcan sus derechos.

Ninguno de los modelos estudiados es totalmente eficaz para la protección de esta parte de la población que son las prostitutas. Hemos visto que hay contradicciones entre lo que dice el Gobierno y la realidad, como en el caso de Suecia. Hay quienes apoyan la posición de un Estado abolicionista, que en vez de sancionar la prostitución, se centra en la demanda y penaliza a los hombres que compran mujeres para tener sexo, y apoya el desarrollo de alternativas para las mujeres que están en la industria del sexo. Dejado a un lado la Trata de personas, que es un problema muy grande en nuestra sociedad, me centro en las mujeres libres y, desde este punto de vista, castigar a los clientes no sería la mejor opción para ellas, pues podrían ver sus ingresos disminuidos.

El sistema abolicionista falla, en mi opinión, a no dar voz a las mujeres que trabajan en la prostitución por voluntad propia, sino que se limita a considerar a todas como víctimas de la prostitución. Como punto positivo, ejerce una considerable represión contra los proxenetas y los clientes que acuden a comprar estos servicios.

El sistema reglamentarista lo que hace es olvidar que la prostitución es vista bajo un prisma de inmoralidad y estigma y la regula como una actividad laboral más. Es cierto que, desde luego, no es un sistema totalmente eficaz y aunque se regule, las prostitutas sufren perjuicios constantes. Considero que, pese a las críticas a este sistema, es el que mejor se adapta a la realidad actual puesto que taparse los ojos frente el problema, o lo que es lo mismo, no regularlo, es mucho más problemático.

Me planteo si no sería más apropiado perseguir sólo a los proxenetas (que es lo que hace el Código Penal español) y reconocer los derechos a las prostitutas, teniendo en cuenta que son los primeros los que con más frecuencia abusan de las mujeres prostitutas, ya sea imponiéndolas condiciones inhumanas o forzándolas a entrar o permanecer en la prostitución. Las mujeres deberían de estar respaldadas por el Estado para gozar libremente

de su libertad sexual, y si quieren ejercer como prostitutas, el Estado debería de reconocerlas dicho derecho, regulando, no de forma peyorativa o imponiéndolas multas, sino reconociéndolas el derecho de libertad sexual, que es el bien jurídico que protege el Código Penal a la hora de imponer penas a los proxenetas. Debemos preguntarnos si tenemos el derecho de callar a una parte de estas mujeres, que sí, son minoría, de hacer lo que quieran con sus cuerpos y sus vidas. ¿Debemos pensar que las estamos protegiendo de sí mismas por el hecho de que ellas quieren prostituirse? ¿De verdad debemos considerar la prostitución como una actividad inmoral y fuera de toda aceptación ante la sociedad? Son preguntas que se hacen muchas mujeres libres que desean que sean reconocidos sus derechos.

Parece acertada la afirmación que hace Gloria Poyatos Mata al decir que la salida más adecuada parece ser la del trabajo autónomo, evitando la injerencia de personas como los proxenetas. En sus palabras “Las prostitutas tienen que declararse autónomas para que el dinero que mueve esta profesión deje de formar parte de la economía sumergida”. Dicho lo cual, en mi opinión, la regulación abolicionista de España no me parece adecuada para la sociedad actual, donde miles de mujeres trabajan en condiciones insalubres por falta de regulación por parte del Estado.

Respecto a los delitos examinados en los artículos 187-190 CP, ha quedado claro que lo que se busca proteger es un doble bien jurídico: libertad sexual en el caso de los adultos y la indemnidad sexual en caso de menores de edad o personas incapaces puesto que no poseen suficiente capacidad para decidir sobre su sexualidad. Por lo tanto, no habrá nunca delito continuado pues siempre habrá tantos delitos como víctimas por el carácter personalísimo de dichos bienes jurídicos.

Centrándonos en el artículo 187 CP relativo a prostitución coactiva de mayores de edad, anteriormente ubicado en el artículo 188, la reforma del año 2015 ha supuesto una mayor claridad del precepto. Este artículo castiga a aquél que determine o mantenga a alguien en la prostitución o que se lucre a través de explotación de una persona.

Respecto al lucro podemos concluir que debe concurrir cumulativamente con la explotación de la prostitución ejercida por otra persona, además cabe aclarar la problemática que existía respecto a la punición de toda clase de lucro procedente del ejercicio de la prostitución ajena (por ejemplo, se planteaba si el hijo que recibe dinero de la madre cometería este delito), sino que el lucro debe reunir tres características: debe ser

significativo, directo y habitual. Además, con la reforma se incluye qué se entiende por explotación, (situación de vulnerabilidad personal o económica o que se impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas) debiendo concurrir al menos una de las alternativas para que se aplique el tipo. Igualmente, la reforma de 2015 traspasa la agravante en el caso de los menores al artículo 188 que castiga la prostitución de menores, lo que es lógico. La pena aumenta de uno a cinco años, lo que me parece acertado vista la gravedad de lo que supone este delito.

En lo que se refiere a la prostitución de menores recogidos en el artículo 188 CP (anteriormente – 187 CP), entre las principales novedades está la disminución de la edad del menor en 16 años para aplicar la agravante, eso haciendo coincidir con la disminución de la edad penal para consentimiento sexual. Asimismo, la agravación prevista, anteriormente, en el apartado de prostitución coactiva de adultos, pasa ahora a ser recogida en este apartado de manera más coherente (agravación de actos cometidos con violencia o intimidación).

Por último, el apartado tercero de este artículo recoge una serie de agravantes, que no estaban recogidas en su totalidad, antes de la reforma de 2015, como por ejemplo, cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima, que según ha quedado expuesto, no sería de aplicación si se da la efectiva muerte de la víctima o lesiones, a no ser que la muerte se haya dado con posterioridad a los hechos sexuales peligrosos para la vida o salud de la persona.

La pornografía infantil es un mal que ha crecido enormemente con el avance de las tecnologías, sobre todo de Internet y, lamentablemente, España es uno de los países con más consumidores de pornografía infantil. Quizás por esto, el legislador haya llevado a cabo una auténtica persecución sobre quienes consumen dichos productos. Así, en el artículo 189. 5 CP (anteriormente 189.2) se castiga a quienes para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil, con penas de tres meses hasta un año de prisión o multa de seis meses a dos años. Con la reforma de 2015, el legislador ha dado un paso más al castigar incluso a quien acceda a sabiendas a la pornografía infantil, es decir, castiga el mero visionado, lo que para algunos autores supone serios problemas de inseguridad jurídica.

Otra novedad importante es la introducción de la definición de pornografía infantil en el Código Penal, concretamente en el art. 189.1. b). La definición recogida en dicho precepto es muy reiterativa, con lo que parece que el legislador se ha esforzado mucho en no dejar

fuera ninguna posible conducta delictiva. Como punto positivo, podemos concluir que se ha distinguido adecuadamente los conceptos de pornografía técnica (imágenes de adultos que participan en actos de contenido sexual para que parezcan menores de edad) y virtual (exhibición de contenidos sexuales a través de representaciones virtuales, como dibujos animados, que impliquen una referencia implícita o explícita a menores de edad en actos sexuales).

Otro punto positivo de la reforma de 2015 es la inclusión del precepto 4º, que castiga con pena de seis meses a dos años de prisión a quien asistiere a sabiendas espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas discapacitadas necesitadas de especial protección. Tal y como afirma Gómez Tomillo “carecería de sentido que la Ley sancionase la mera tenencia de material pornográfico de estas características y, sin embargo, dejase impune la asistencia al espectáculo mismo”. También se puede justificar dicha inclusión porque es una financiación de manera indirecta al espectáculo mismo.

Concluimos con la idea de que es evidente que la regulación se puede mejorar en muchos aspectos, pero no podemos negar todos los esfuerzos, tanto en el ámbito internacional como nacional, de proteger a las víctimas de dichos delitos, tanto adultos como menores y personas discapacitadas.

ANEXOS

ANEXO I

PERSONAS AFILIADAS OFICIALMENTE COMO PROSTITUTAS

Afiliadas como	Total encuestados	Prostitución como actividad principal	Prostitución como actividad secundaria
Prostitutas	13 (7,4%)	13 (13,1%)	-
Con otra profesión	162 (92,6%)	86 (86,9%)	76
Total	175	99	76

ANEXO II.

PROSTITUCIÓN COACTIVA, ART. 187 CP (CUADRO COMPARATIVO): ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DE 2015.

<p>Art. 188 1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, 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 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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:</p> <p>a) Cuando el culpable se hubiera prevalido</p>	<p>Art. 187. 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.</p> <p>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:</p> <p>a) Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica.</p> <p>b) Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.</p> <p>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:</p> <p>a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta</p>
---	--

<p>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.</p> <p>b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.</p> <p>c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.</p> <p>5. 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.</p>	<p>o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.</p> <p>b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.</p> <p>c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.</p> <p>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.</p>
---	---

ANEXO III.

PROSTITUCIÓN DE MENORES, ART. 188 CP (CUADRO COMPARATIVO):

ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DE 2015.

<p>Art. 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 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.</p> <p>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.</p> <p>3. 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.</p> <p>4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.</p>	<p>Art. 188 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 discapacitada para estos fines, será castigado con las penas prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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:</p> <p>a) Cuando la víctima sea especialmente</p>
--	--

<p>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.</p>	<p>vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad, o situación.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.</p> <p>e) Cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas.</p> <p>f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>
--	--

ANEXO IV.

PORNOGRAFÍA INFANTIL, ART. 189 CP (CUADRO COMPARATIVO): ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DE 2015.

<p>Art. 189 1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:</p>	<p>Art. 189 1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:</p>
---	---

<p>a) El que capture o utilice a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucre con ellas.</p> <p>b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.</p> <p>2. El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.</p> <p>3. Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:</p> <p>a) Cuando se utilicen a niños menores de 13 años.</p> <p>b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.</p> <p>c) Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.</p> <p>d) Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual.</p> <p>e) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.</p> <p>f) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.</p> <p>4. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión</p>	<p>a) El que capture o utilice a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucre con ellas.</p> <p>b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido. A los efectos de este título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:</p> <p>a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.</p> <p>b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.</p> <p>c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.</p> <p>d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.</p> <p>2. Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los</p>
--	---

<p>de seis meses a un año.</p> <p>5. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz 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 incapaz, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.</p> <p>6. El ministerio fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.</p> <p>7. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.</p>	<p>actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:</p> <p>a) Cuando se utilice a menores de dieciséis años.</p> <p>b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.</p> <p>c) Cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual.</p> <p>d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.</p> <p>e) Cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia.</p> <p>f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.</p> <p>g) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya abusado de su posición reconocida de confianza o autoridad.</p> <p>h) Cuando concorra la agravante de reincidencia.</p> <p>3. Si los hechos a que se refiere la letra a) del apartado 1 se hubieran cometido con violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores.</p> <p>4. El que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión.</p> <p>5. El que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de</p>
---	---

	<p>tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.</p> <p>La misma pena se impondrá a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.</p> <p>6. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección 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 persona con discapacidad necesitada de especial protección, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.</p> <p>7. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.</p> <p>8. Los jueces y tribunales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas web o aplicaciones de Internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español. Estas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal.</p>
--	--

BIBLIOGRAFIA

Adela Asua Batarrita, “*Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico*”, Publicado en el Libro Colectivo: *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, editado por Emakunde – Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria – Gazteiz, 1998.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. “*Derecho Penal Español. Parte Especial P*” Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

Bolaños, A. y otros: *Debate sobre prostitución y tráfico internacional de mujeres. Reflexiones desde una perspectiva de género*, Médicos del mundo, mayo 2003.

Brufao Curiel, Pedro. *Prostitución y políticas públicas: entre la reglamentación, la legalización y la abolición*. Madrid: Fundación Alternativas, D.L. 2008.

Circular Fiscal 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015.

Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.

Dodillet, S., & Östergren, P. (2011). La Ley de compra de sexo sueca: éxito proclamado y resultados documentados. *Despenalización de la prostitución y más allá: experiencias prácticas y retos*. La Haya.

Fernández Olalla, P. “*Delitos relativos a la prostitución y su relación con la trata de seres humanos*”. Fiscal adscrita al fiscal de sala coordinador de extranjería, 2015.

Garrido Guzmán, Luis. *La prostitución: estudio jurídico y criminológico*. Madrid: EDERSA, 1992.

Gemma Nicolás Lazo, Tesis doctoral “*La reglamentación de la prostitución en el Estado español. Genealogía jurídico-feminista de los discursos sobre prostitución y sexualidad*”. (bienio 2002-2004)

Granados Pérez, Carlos. *Contestaciones al Programa de Derecho Penal [Recurso electrónico]. Tomo II (Temas 26 a 62), Parte Especial: Para Acceso a las Carreras Judicial y Fiscal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Gómez Tomillo, M. (dir.) “*Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*” Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2015

Informe sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género (2013/2103(INI)) Comisión de Derechos de la mujer e igualdad de género.

JAREÑO LEAL, Ángeles. “La política criminal en relación con la prostitución ¿aboliciónismo o legalización?”. En: SERRA CRISTOBAL, Rosario (Coord.). *Prostitución y Trata: marco jurídico y régimen de derechos*. Valencia: Tirat lo Blanch, 2007.

Jean-Louis Guereña, “*Los orígenes de la reglamentación de la prostitución en la España contemporánea. De la propuesta de Cabarrús (1792) Reglamento de Madrid (1847)*”, 1994.

Jordan, Ann. (2012). *La ley sueca de penalización de los clientes: un experimento fracasado de ingeniería social*. Washington: Program on Human Trafficking and Forced Labor. Se puede encontrar en:

<<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38398.pdf#viewer.action=download>>

Lázaro González, E. “*Configuración del tratamiento jurídico del trabajo sexual. Especial incidencia en la situación de las mujeres migrantes trabajadoras del sexo*” en Instituto de Migraciones, F. Javier García Castaño y Nina Kressova (coords.). Granada: Instituto de Migraciones, 2011.

Manzanares Samaniego, Jose Luis. *La reforma del Código penal de 2015: conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2015.

Morales Plaza, E.M. (máster Universidad de Salamanca) “*Prostitución y trata de mujeres con fines de explotación sexual*” 2010/2011

Morillas Cueva, Lorenzo (director). *Estudios sobre el Código penal reformado: Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*. Madrid: Dykinson, D.L. 2015.

Muñoz Conde, F. “*Derecho Penal. Parte Especial*”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Olivia Blázquez, Francisco. “*Prostitución e ilegalidad contractual: una reflexión en clave contemporánea*”. *Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento jurídico*, n. 17, 2015, Prostitución, derecho y sociedad.

Orts Berenguer, Enrique. *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Q&A Prostitución, Publicación Del Ministerio holandés de Asuntos Exteriores, año 2012.

Quintero Olivares, Gonzalo (director) y Morales Prats, Fermín (coordinador), “*Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*”, Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 2008.

Quintero Olivares, Gonzalo (director). *Comentario a La reforma penal de 2015*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2015.

Rafael Escobar Jiménez (Fiscal del Tribunal Supremo) “*Análisis de los delitos de Pornografía Infantil (comentarios, jurisprudencia y reforma venidera)*” 2013

Rey Martínez, Fernando. *Prostitución y Derecho*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, D.L. 2004.

Rodríguez Ramos, L. (Director), Martínez Guerra, A. (Coordinadora) “*Código Penal Comentado y con Jurisprudencia*” 3º Edición LA LEY, Madrid 2009.

Rosa Cortina, José Miguel de La. *Los delitos de pornografía infantil: aspectos penales, procesales y criminológicos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (II)*” en Curso de Derecho Penal. Parte Especial, Editorial Dykinson, Madrid, 2015.

Sylvia Gay, Eñaut Otazo y Marian Sanz, “¿Prostitución = a profesión? Una relación a debate” 2003. Puede encontrarse en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=765488>

Villacampa Estiarte, Carolina (coordinadora). *Prostitución ¿hacia la legalización?* Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

CITAS DE INTERNET

BBC MUNDO, "Polémica en Francia por nueva ley que penaliza a quienes paguen por sexo" [en línea] EL MUNDO, 7 de abril 2016.

<http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160407_francia_prostitucion_ley_multas_pagarsexo_wbm> [Consulta: 9 de mayo 2016]

Crespo, Álvaro, “La pornografía infantil en el marco de los delitos informáticos y del llamado “derecho penal de las sociedades de riesgo” [en línea] DERECHO PENAL ONLINE.

<<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=41,689,0,0,1,0>> [Consulta: 27 de junio 2016]

Ferrando Castro, Marcelo [en línea], “*Especial: Prostitutas en la Historia*” REDHISTORIA, 6 de marzo 2014. <<http://redhistoria.com/putas-en-la-historia/#.V26pX9IrLMw>> [Consulta: 25 de junio 2016]

García Jesús, “*Cataluña retira la asistencia médica obligatoria a las prostitutas*”. [en línea] EL PAÍS <http://elpais.com/diario/2010/09/01/sociedad/1283292004_850215.html> [Consulta: 11 de junio 2016]

G. Davanzo y N. Blásquez [en línea] “Prostitución, Teología Moral”. <http://www.mercaba.org/DicTM/TM_prostitucion.htm> [Consulta: 18 de abril 2016]

Jímenez, Dácil “*Prostitución legal: el modelo holandés*” [en línea] El diario.es, 31 de mayo 2015. <http://www.eldiario.es/canariasahora/premium_en_abierto/Prostitucion-legal-modelo-holandes_0_392661816.html> [Consulta: 11 de mayo 2016]

López, María “*La normalización de La prostitución en Holanda es aún asignatura pendiente*”, [en línea] la Vanguardia, 2014. <<http://www.lavanguardia.com/vida/20141025/54417525658/la-normalizacion-de-la-prostitucion-en-holanda-es-aun-asignatura-pendiente.html>> [Consulta: 11 de mayo 2016]

Mar Padilla “*Cataluña se convierte en la primera comunidad que regula los prostíbulos*” EL PAÍS, 2 de agosto 2002 [en línea]. <http://elpais.com/diario/2002/08/02/sociedad/1028239201_850215.html> [Consulta: 2 de junio 2016]

López, M.J. “*De La libertad y la indemnidad sexual*” LEX WEB [en línea], 2013. <<http://lexweb.cl/de-la-libertad-y-de-la-indemnidad-sexual/>> [Consulta: 18 de mayo 2016]

Raquel Quelart, [en línea] “*Pedro Bufao: Si legalizáramos la prostitución, convertiríamos al Estado en el principal proxeneta*”. *La Vanguardia*, 2011. <<http://www.lavanguardia.com/vida/20111229/54241601771/prostitucion-problema-legalizacion.html>> [Consulta: 17 de junio 2016]

Romina Verdur, F. “*Aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad en el delito de trata de personas*” [en línea]. <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/trata_personas.htm> [Consulta: 20 de mayo 2016]

Sánchez, Rosalía. “*Alemania: el burdel de Europa*” [en línea] EL MUNDO. Fecha: 24 de noviembre 2013.

<<http://www.elmundo.es/internacional/2013/11/24/529116d063fd3dd05a8b4576.html>>

[Consulta: 25 de mayo 2016]

Valderrama, María “Francia castigará con multas de hasta 3.500 euros a los clientes de prostitución” [en línea] EL MUNDO, 7 de abril 2016.

<<http://www.elmundo.es/sociedad/2016/04/06/570556f446163f02288b45ab.html>>

[Consulta: 9 de mayo 2016]