



## *Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española*

**José Luis Díez Ripollés**

*Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad de Málaga*

El 24 de febrero de 1997<sup>1</sup> el Consejo de la Unión Europea adopta una Acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, en la que se establece el compromiso de los Estados miembros de revisar sus legislaciones nacionales sobre estos temas<sup>2</sup>. A su vez, las obligaciones que origina esta Acción común son alegadas en la Exposición de motivos del Proyecto de ley orgánica de reforma del Código Penal en materia de delitos sexuales<sup>3</sup> como uno de los principales fundamentos de la iniciativa legislativa.

Puede resultar interesante verificar en qué grado las medidas propuestas en el documento de la Unión discrepan de los contenidos punitivos presentes en el actual Código Penal. La comparación se centrará, en todo caso, de modo casi exclusivo en los contenidos de derecho penal sustantivo.

Asimismo queda al margen de este estudio, con alguna breve excepción, un análisis crítico de los principios que inspiran a esta Acción común de la Unión Europea, la cual en todo caso nos ha puesto de manifiesto que las prácticas de legislación penal simbólica no quedan confinadas a los límites nacionales.

### I

Principio inspirador de la Acción común es la consideración de la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños como un grave atentado contra los derechos fundamentales y, singularmente, contra la dignidad humana. Por lo

demás, una actuación enérgica frente a estas conductas se hace especialmente necesaria, tanto por la vulnerabilidad de las víctimas de este tipo de delincuencia, entre las que destacan los niños, como por constituir una forma grave de la delincuencia organizada internacional, que está adquiriendo unas dimensiones dentro de la Unión Europea cada vez más preocupantes<sup>4</sup>.

1. A partir de estos presupuestos se establece un catálogo de conductas dolosas que deben ser consideradas como infracción penal:

En primer lugar, la explotación sexual cometida con niños, entendiéndose por tal las siguientes conductas: Persuadirles o coaccionarles a que participen en cualquier actividad sexual ilícita, introducirles en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales, utilizarles para actuaciones o elaboraciones de material pornográficos. En este último supuesto se abarca la producción, venta, distribución u otras formas de tráfico de este material además de su posesión<sup>5</sup>.

En segundo lugar, los abusos sexuales cometidos con niños, que no incluyen una definición específica<sup>6</sup>.

En tercer lugar, la trata de niños con fines de explotación o abusos sexuales. La "trata" se define como cualquier conducta que facilite la entrada, tránsito, residencia o salida del territorio de un Estado miembro de los niños para los fines aludidos<sup>7</sup>.

En cuarto lugar, la explotación sexual de jóvenes y adultos con fines lucrativos utilizando violencia,

1. Véase DOCE núm. L 63/2 de 4.3.97.

2. En ella se anuncia que a fines de 1999 el Consejo evaluará en qué medida los Estados miembros han satisfecho las obligaciones derivadas de tal Acción común.

3. Véase BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A. núm. 89-1, de 17 de octubre de 1997.

4. Véase DOCE. op.cit.

5. Véase DOCE. op.cit. Título I. A.ii, B.c), Título II.A.a).

6. Véase DOCE. op.cit. Título I. B.c), Título II.A.a).

7. Véase DOCE. op.cit. Título I. A.i, B.d), Título II.A.a).

amenazas, engaño, abuso de autoridad u otras formas de presión. En estos casos, se entiende por "explotación sexual" al menos la explotación del joven o adulto mediante la prostitución<sup>8</sup>.

En quinto lugar, la trata de jóvenes y adultos con fines lucrativos para la explotación sexual precedente. La "trata" debe ser entendida, en relación con las conductas de explotación de jóvenes y adultos, de modo equivalente a supra<sup>9</sup>.

2. A su vez, se debe asegurar el castigo de los grados de participación y de la tentativa de todas las conductas precedentes<sup>10</sup>.

3. De todas las anteriores infracciones deberán poder ser consideradas responsables, sea penal sea administrativamente, las personas jurídicas cuando las citadas infracciones sean cometidas en su nombre. Ello no excluirá la responsabilidad penal de las personas físicas coautoras, inductoras o cómplices<sup>11</sup>.

4. Las penas previstas para todas estas conductas deberán ser, con la excepción de las aplicables a la posesión de material pornográfico infantil, eficaces, proporcionadas y disuasorias, lo que implica que, al menos en los casos graves, deberán ser penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición<sup>12</sup>. Asimismo deberá preverse el comiso de los instrumentos y ganancias de tales infracciones, y la clausura temporal o definitiva de los establecimientos que hayan servido o se hayan destinado a la comisión de ellas<sup>13</sup>.

5. Deberán poderse aplicar a los bienes obtenidos con estos delitos, en los casos que proceda, las figuras del blanqueo de capitales<sup>14</sup>.

## II

A continuación pasaremos a describir el grado en que la vigente regulación jurídico-penal española responde a tales exigencias.

De todos modos, antes conviene aclarar que la Acción común no define lo que deba entenderse por "niño". Su empleo, en lugar del de mayor rai-gambre jurídica de "menor", parece querer indicar el deseo de no incluir bajo tal concepto las edades más cercanas a la mayoría de edad, los que

podríamos llamar jóvenes o adolescentes. Ello sería coherente con la constatación de que una correcta formación sexual exige unos años de aprendizaje, que tendrían lugar precisamente en esos últimos tramos de la minoría de edad.

Pese a ello, y dado que la Convención de la N.U. sobre los derechos del niño estima que es tal "todo ser humano menor de 18 años de edad"<sup>15</sup>, en lo que sigue vamos a colocarnos a efectos dialécticos en una posición maximalista, que no compartimos pero que reforzará aún más las conclusiones de este trabajo. En consecuencia entenderemos por "niño", con manifiesto abuso del lenguaje, a toda persona menor de 18 años, y por "joven" a toda aquella que se encuentre en los primeros años de la mayoría de edad.

### 1. Explotación sexual cometida con niños:

a) La Acción común exige que se castigue su introducción en la *prostitución*: Tales conductas están plenamente incluidas en los artículos 187 y 188.3; el primero castiga la inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución de persona menor de edad o incapaz, con independencia de si presta su consentimiento; el segundo crea un tipo agravado si se determina coactivamente, mediante engaño o abusando de situación de necesidad o superioridad a menor de edad o incapaz a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella. Respecto a todas estas conductas, se castigan además los grados de participación y la tentativa. En cuanto a las sanciones previstas, se cumplen los requisitos internacionales sobradamente, ya que en los artículos 187 y 188.3 se prevén penas de cárcel que van desde uno a cuatro años, a las que se acumulan penas de multa y, si estamos ante autoridad pública, agente de ésta o funcionario público, inhabilitación absoluta de seis a doce años.

Por otro lado, y yendo más allá de lo exigido por el texto internacional, el artículo 189.2 castiga una conducta omisiva alusiva a quien teniendo la potestad, tutela, guarda o acogimiento de menor de edad o incapaz, y que conozca la prostitución de éste, no haga lo posible para evitar su continuación en tal estado o no acudiera a la autoridad para el mismo fin si careciere de medios para su custodia. La pena es de multa de tres a diez meses,

8. Véase DOCE. op.cit. Título I. A.iii, B.a), Título II.A.a).

9. Véase DOCE. op.cit. Título I. A.i, B.b), Título II.A.a).

10. Véase DOCE. op.cit. Título II.A.b).

11. Véase DOCE. op.cit. Título II.A.c).

12. En España, según art.2 pp. 1 y 2 de Ley 4/85 de extradición pasiva, pena de prisión no inferior en su límite máximo al año, basando, cuando haya pluralidad de hechos, con que la exigencia se cumpla en alguno de ellos.

13. Véase DOCE. op.cit. Título II.A.b) y d).

14. Véase DOCE. op.cit. Título II.A.e).

15. Véase art. 1.º de la Convención.

a la que se unen las acciones pertinentes del Ministerio fiscal en el ámbito civil.

b) Se reclama asimismo el castigo de la utilización de niños en *actuaciones o elaboraciones de material pornográficas*: Las exigencias están holgadamente satisfechas por lo que se refiere a la utilización de niños como objeto de la representación, sea en actuaciones o en producción de materiales; el artículo 189.1 castiga la utilización de menor de edad o incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, y son también punibles las diversas conductas de participación y la tentativa. Las sanciones importan prisión de uno a tres años.

c) El tráfico de materiales de *pornografía infantil* resulta perseguido de nuevo a través del artículo 189.1, en la medida en que la *utilización* de menores con fines pornográficos no ha de quedar limitada a los casos de empleo directo de los menores en una representación, sino que abarca igualmente la difusión de tales representaciones en cuanto que éstas emplean a aquéllos como el objeto representado. Consecuentemente vuelven a satisfacerse las exigencias de persecución de los diversos grados de responsabilidad y de nivel de las sanciones.

Por otra parte, estas conductas de tráfico pueden igualmente castigarse a través de los delitos contra la intimidad:

Para ello basta con partir de un punto de vista fácilmente asumible, el de que el eventual consentimiento de los menores a la difusión de tales representaciones es irrelevante: A favor de tal conclusión están, en primer lugar, reflexiones ligadas a la configuración del bien jurídico "intimidad personal" en el derecho penal. En segundo lugar, la Ley Orgánica n.º 1, de 15 de enero de 1996, que en su artículo 4.º.3 establece que cualquier utilización de la imagen o nombre de un menor en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, se considerará intromisión ilegítima en el derecho a su intimidad personal, "incluso si consta el consentimiento del menor", debiendo intervenir el Ministerio fiscal para instar las medidas cautelares y de protección oportunas.

En tercer lugar, diversos artículos del Código Penal, entre los que destacan precisamente el de abusos sexuales cometidos con menores de doce años del artículo 181.2, los de exhibicionismo y provocación sexual ante menores de 18 años de los artículos 185 y 186, y el mismo artículo 189.1 acabado de citar, todos los cuales consideran irre-

levante el consentimiento de menores de 12 o 18 años respecto a la realización de determinados comportamientos sexuales.

Aceptada tal irrelevancia del consentimiento de los menores, nada impide incluir estos casos de tráfico de materiales pornográficos infantiles en el artículo 197.3 párrafos 1 y 2, en relación con el artículo 197.1, ni apreciarles incluso las figuras agravadas de los artículos 197.5 y 6. En todos los casos se cumplen de nuevo las exigencias de castigo de grados de participación, tentativa y gravedad de las sanciones.

d) La *posesión* de tales *materiales de pornografía infantil*, respecto a la que la propia Acción común admite una pena menos grave y deja en la duda si el castigo debe extenderse a los grados de participación y la tentativa<sup>16</sup>, son sin embargo impunes en nuestro Código Penal, a salvo los casos en que se ceda la posesión a otras personas, casos estos últimos que podrán incluirse en el artículo 197.3 p. 2.

e) Restan, por último, un par de comportamientos descritos de un modo especialmente vago en la Acción común: La *persuasión o coacción* a un niño a *participar en actividades sexuales ilícitas* y la explotación de un niño mediante *prácticas sexuales ilegales asimilables a la prostitución infantil*. A falta de cualquier definición en el texto internacional sobre lo que deba entenderse por "actividades o prácticas sexuales ilegales"<sup>17</sup> habrá que concluir que se trata de una referencia a aquellos comportamientos sexuales que el respectivo ordenamiento jurídico interno considera ilícitos, debiendo pensarse, por exigencias de esta Acción común, toda persuasión o coacción a un niño para que participe en ellos, en el primer caso, o cualquier determinación a que ejecute tales prácticas, en el segundo.

Pero resulta difícil determinar a qué actividades o prácticas sexuales *ilegales* se refiere: Una alternativa sería pensar que se quiere asegurar que todos los comportamientos sexuales que el Código Penal considera ilegales cuando los realizan adultos también conduzcan a la responsabilidad penal de éstos cuando determinen a niños a realizarlos. Si es así, tales hipótesis están perfectamente abarcadas en los tipos de agresiones y abusos sexuales, que prestan una especial atención a los casos en los que la víctima es un menor (arts.178 a 183), y en los que, ni es preciso para penar al adulto que el menor adopte una actitud pasiva en la ejecución de la acción sexual a favor de la iniciativa del adulto, ni queda fuera del ámbito punitivo el adulto que determina que menores realicen entre sí tales accio-

16. Véase DOCE. op.cit. Título II. A.b).

17. Más allá de la utilización de la prostitución infantil como punto de referencia de las "prácticas sexuales ilegales" pero no de las "actividades sexuales ilegales". En concreto, la Acción común dice: "la explotación de niños mediante la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales". Véase DOCE.op.cit. Título I.A.ii.b).

nes sexuales sin intervención directa de aquel<sup>18</sup>. A lo anterior habría que unir la protección que se presta a los menores frente a actuaciones de adultos encaminadas a confrontar a aquéllos con actos de exhibición obscena o con material pornográfico.

Otra alternativa supondría entender que se remite a cualquier disposición legal del país respectivo que calificara, al margen del derecho penal, un comportamiento sexual como ilegal en algún sentido, estableciendo la Acción común la correspondiente exigencia de que, si se determina a participar en él o a ejecutarlo a menores, debe considerarse siempre delito y ser castigado con pena de las que la Acción común considera graves. Pero en las actuales sociedades pluralistas y democráticas cuesta trabajo pensar en conductas sexuales que, sin ser delito, sean ilegales: quizá determinados comportamientos groseros o procaces... Desde luego no lo son la homosexualidad, ni la mera utilización de los servicios de prostitución, ni la masturbación voluntaria, y las prácticas sexuales que se puedan llegar a fomentar en el marco de actividades de formación sexual, sólo serán ilegales en la medida en que den lugar a abusos sexuales en el sentido indicado en los párrafos anteriores.

Naturalmente, se puede obviar la referencia a la exigida "ilegalidad" de la práctica o de la actividad sexual, e introducir por esta vía una prohibición generalizada de cualquier determinación *no delictiva* a un menor a entrar en contacto con la sexualidad. Pero ello contradice el tenor de la Acción común y conduce, por otro lado, a una clara violación del principio de intervención mínima en derecho penal, ligada a la arrogación por el poder público de una facultad coactiva de moralización sexual de la sociedad insostenible en el marco de una sociedad pluralista.

## 2. Abusos sexuales cometidos con niños.

Nuestro código contempla un amplio elenco de supuestos típicos por medio de los cuales se penan los abusos sexuales a los menores, sea con violencia e intimidación (arts. 178 y ss.), sea con prevalimiento de superioridad o con engaño, sea simplemente sin su consentimiento o con un consentimiento considerado por su edad irrelevante (arts. 181 y ss.). A ellos se añade, en exclusiva referencia a menores e incapaces, la confrontación de menores con actos de exhibición obscena o pornografía (arts. 185 y 186). En todos estos casos se castigan los grados de participación y la tentativa.

Las penas, en algunos supuestos, no tienen el nivel exigido por la Acción común: Ése es el caso de los artículos 181.3, 183.1, 185 y 186, si bien es cierto que se trata de las hipótesis menos graves, por lo que ello es coherente con la propia Acción común<sup>19</sup>.

## 3. Trata de niños con fines de explotación o abusos sexuales.

En los casos relativos a la prostitución de menores las conductas de trata de niños se encuadran perfectamente en la comprensiva formulación del artículo 187.1, en cuyo marco se satisfacen plenamente los requisitos de castigo de los grados de participación y de la tentativa, así como los concernientes a la gravedad de las sanciones.

Las hipótesis de trata de niños para abusos sexuales o para actuaciones o elaboraciones de material pornográficas no están debidamente abarcadas si estamos hablando de personas distintas de las que abusan de ellos o los utilizan: Serán sólo típicas si existe acuerdo entre los abusadores o los utilizadores y los que procuran los niños, pues entonces los segundos podrán ser castigados como partícipes de los primeros; aun así quedarán impunes la tentativa de trata de niños y la mera participación en tal trata. Si no hay acuerdo entre abusadores o utilizadores y traficantes de niños, éstos quedan impunes.

En idénticos términos habría que pronunciarse respecto a conductas de trata de niños encaminada a que éstos ejecuten actividades o prácticas sexuales ilegales<sup>20</sup>.

## 4. La explotación sexual, al menos mediante la prostitución, de jóvenes y adultos con fines lucrativos utilizando violencia, amenazas, engaño, abuso de autoridad u otras formas de presión.

La persecución de la prostitución en jóvenes y adultos va en España más lejos de lo que exige la Acción común, como se deduce fácilmente de la lectura del artículo 188.1 y 2: A este respecto, merece destacarse que no es preciso que se den fines lucrativos por parte del sujeto activo del delito, y la enumeración de las formas comisivas coincide sustancialmente, con pequeños desvíos conceptuales en más o en menos, con las referidas en la Acción común. Se castigan igualmente los grados de participación y la tentativa. Las penas satisfacen con creces las exigencias de la Unión, pues acumulan a una pena de prisión grave una pena

18. A no ser que se parta de la desacreditada tesis de su naturaleza de delitos de propia mano.

19. Véase SUPRA apartado I, la mención a las penas.

20. De todos modos, y aunque en relación a niños será más difícil que se den los tipos correspondientes, queda también aquí abierta la posibilidad de acudir a los delitos contra los derechos de los trabajadores, en el sentido que se indicará infra en 5.

de multa, y otra de inhabilitación absoluta si estamos ante autoridad pública, agente de ésta o funcionario público.

Nuestra legislación no prevé otros casos de explotación de adultos o jóvenes, al margen de la calificación que en tal sentido merezcan algunas hipótesis de agresiones, abusos o acoso sexuales, pero con ello no contradice la Acción común, que no obliga a nada más.

5. La trata de jóvenes y adultos con fines lucrativos para la explotación sexual mediante la prostitución.

Si, como será frecuente, tales conductas se realizan ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, o por medio de inmigración clandestina o emigración engañosa, las conductas resultan perfectamente abarcadas entre los delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 312.2 y 313. Dentro de ellos se castigarán los grados de participación y la tentativa. Las penas corresponden igualmente a las exigencias comunitarias.

Si las conductas de trata no reúnen las características anteriores todavía podrán perseguirse por el tipo de prostitución de adultos y jóvenes del artículo 188, en la medida en que quienes realicen la trata sean los que luego determinan a sus víctimas a ejercer o mantenerse en la prostitución<sup>21</sup>. Si esta última circunstancia no se da, aun podrán responder como partícipes por el artículo 188 si su conducta está coordinada con la de quienes a continuación van a determinar a las víctimas a la prostitución; con todo, ya no se podrá castigar su tentativa de trata ni a los partícipes en la trata.

Si finalmente la conducta de trata, sin reunir las características de los artículos 312.2 y 313, no está en coordinación con la prostitución posterior, la conducta será impune. Con todo, hay que señalar la rareza de este supuesto.

6. Comiso de los instrumentos y ganancias de tales infracciones, y clausura temporal o definitiva de los establecimientos que hayan servido o se hayan destinado a la comisión de ellas.

En relación con estas dos medidas, entendidas en nuestro código como consecuencias accesorias, cabe decir que la de comiso, a tenor de lo prescrito en el artículo 127, resultará aplicable en todos estos delitos, tanto respecto a los instrumentos utilizados y efectos provenientes de ellos como a las ganancias obtenidas.

La consecuencia accesoria de clausura temporal o definitiva de los establecimientos sólo puede imponerse, según lo preceptuado en el artículo 129, en los delitos en los que esté especialmente prevista. A tenor del artículo 194, se puede establecer en los delitos contra la libertad sexual respecto a los artículos 185 a 190 lo que, si bien abarca la mayor parte de los casos aquí considerados, deja fuera una parte significativa de los supuestos de abusos sexuales cometidos con niños. Tampoco se podrá imponer en los casos que deban ser resueltos a través de los delitos contra la intimidad o contra los derechos de los trabajadores.

7. Nada impedirá la aplicación del artículo 301 del código a las conductas que pretendan blanquear los bienes obtenidos con la comisión de estos delitos, siempre que se trate de delitos graves. Aunque en algunos casos estos delitos, a tenor del artículo 13 de nuestro código, no merecerán el calificativo de graves, ello no se opone a las exigencias de la Acción común, que no aspira a una aplicación generalizada de tales preceptos de blanqueo.

8. La exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas plantea una decisión de mucho mayor alcance que no sería procedente que el legislador la resolviera al hilo de la plasmación de esta Acción común en el ordenamiento interno español. En todo caso, el texto internacional se conforma con una responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, algo que está garantizado en nuestro ordenamiento, y con que tal responsabilidad de las personas jurídicas no vaya en detrimento de la de las personas físicas que están actuando a través de ellas, lo que también se garantiza, entre otros medios, a través de los artículos 31 y 318 del código.

### III

El análisis precedente nos permite obtener las siguientes conclusiones:

1. La regulación española vigente satisface la gran mayoría de las exigencias punitivas contenidas en la Acción común. No es infrecuente que incluso las supere en cuanto a la amplitud de las conductas incriminadas y la dureza de las reacciones penales.

2. Existe una laguna digna de consideración en relación con la punición de la trata de seres huma-

21. Ya hemos visto la adecuación de este precepto a las exigencias de la Acción común.

Si además la trata la han realizado en los términos señalados en el párrafo anterior se dará, bien un concurso de leyes, bien, más acertadamente, un concurso medial de delitos con los de protección de los derechos de los trabajadores que incrementará apreciablemente la pena.

nos para fines sexuales: En los adultos y jóvenes tiene que ver fundamentalmente con actividades de recluta con fines sexuales diferenciadas de las encaminadas a asegurar el posterior ejercicio involuntario de la prostitución, y en las que no se proceda realizando actividades previstas en los artículos 312.2 y 313. En menores tiene que ver con toda recluta con fines sexuales distintos a los de prostitución. Político-criminalmente parece aconsejable introducir algún precepto que subsane esta deficiencia legal, ya que se trata de conductas de gran significado de cara a asegurar posteriores e inequívocos atentados a la libertad sexual de adultos y menores. En cualquier caso, la eventual propuesta debería superar los manifiestos defectos que presentaba el viejo artículo 452 bis a) 1º inc. último.

3. Las lagunas que se aprecian en relación con el castigo de la posesión de material pornográfico infantil para fines de consumo privado deben persistir. Lo contrario constituiría una intromisión inaceptable en la esfera privada de ciudadanos adultos, a los que los poderes públicos pretenderían decir, coactivamente, qué contenidos representativos de la sexualidad humana deben percibir y cuáles no. La justificación de tal invasión de la vida privada en aras de la eficacia en la persecución de la pornografía infantil tropieza con los probados efectos contraproducentes a los que da lugar el

proceder contra los consumidores de determinados productos delictivos, como desgraciadamente puede verse en muchos lugares en relación con el consumo de drogas. Por si fuera poco, la Acción común reconoce que estamos ante conductas que no deben ser equiparadas a las de tráfico y admite un tratamiento punitivo atenuado de ellas.

4. Aunque la propia Acción común admite que las penas relativas a los abusos sexuales cometidos con niños no tengan por qué ser siempre graves, quizá convendría elevar algunas penas relativas a abusos sexuales con menores, en concreto aquellas que no pasan de la multa.

La laguna que se aprecia en relación con la consecuencia accesoria de clausura de establecimiento no deja de ser anecdótica, y podría colmarse si así se considerara conveniente.

5. Se debería renunciar a toda pretensión de desarrollar las imprecisas exigencias que la Acción común establece en relación con la determinación de actividades o prácticas sexuales ilegales en menores: La interpretación más plausible de tal mención conduce a sostener que ya está satisfecha sobradamente tal exigencia en nuestro código. Una interpretación distinta conduce a la inaceptable decisión de proceder a una criminalización generalizada de la sexualidad de los menores. ●