

## EL CÓDIGO PENAL Y LA EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL INFANTIL

**M<sup>a</sup> José Rodríguez Mesa**  
Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Cádiz

**Resumen:** Durante las últimas décadas la Comunidad Internacional ha prestado una especial atención a la denominada Explotación Sexual Comercial Infantil. La gravedad y el impacto mundial de este fenómeno han dado lugar a la aprobación de diversos instrumentos internacionales dirigidos a su prevención y sanción, así como a la debida protección de las víctimas. Los compromisos internacionales contraídos por España y las obligaciones derivadas del marco normativo europeo se traducen en la necesidad de adecuar nuestro ordenamiento jurídico-penal a los requerimientos internacionales y comunitarios, mediante la debida tipificación de las distintas manifestaciones del fenómeno. Este trabajo ofrece un análisis dogmático y jurisprudencial de la protección jurídico penal de los menores frente a la explotación sexual infantil desde la perspectiva de las exigencias internacionales y comunitarias.

**Palabras clave:** Prostitución infantil, turismo sexual infantil, pornografía infantil, trata de menores para su explotación sexual.

---

Recibido: junio 2012. Aceptado: diciembre 2012

Abstract: Over the last decades the International Community has paid particular attention to the so-called commercial sexual exploitation of children. The severity and global impact of this phenomenon have led to the adoption of several international instruments on the prevention and punishment, as well as adequate protection of victims. The Spain international commitments and obligations under the European regulatory framework result in the need to adapt our legal-criminal to international and EU requirements, by proper definition of the various manifestations of the phenomenon. This paper provides an analysis of dogmatic jurisprudence criminal justice protection of minors against sexual exploitation of children from the perspective of international and EU requirements.

**Keywords:** Sexual exploitation of children, prostitution.

## 1. Introducción

La explotación sexual comercial de la infancia (ESCI) constituye una forma de coerción y de violencia contra ésta y representa, junto con el trabajo infantil, una de las peores formas contemporáneas de esclavitud, en la que el menor es “tratado como un objeto comercial y sexual”<sup>1</sup>. Además de tratarse de una de las peores formas de violencia que afecta a millones de niños y niñas en todo el mundo, la explotación sexual infantil se ha convertido en las últimas décadas en uno de los negocios que generan mayores ingresos. La explotación sexual infantil se ha convertido en los últimos años en un problema de escala internacional, y afecta tanto a los países en vía de desarrollo como a los países desarrollados. A pesar de las dificultades existentes para obtener cifras fiables, los últimos cálculos registrados indican que hasta dos millones de niños y niñas son víctimas todos los años de la explotación sexual comercial (tráfico de niños con fines sexuales, prostitución y pornografía).

La ESCI se presenta como un fenómeno complejo en el que interactúan distintos factores. Por una parte, los diferentes estudios realizados al respecto ponen de manifiesto la posibilidad de

---

1 Declaración y Agenda para la Acción del I Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de la Infancia. Estocolmo (1966).

identificar todo un elenco de causas de naturaleza principalmente socioeconómica que vendrían a explicar el porqué de la creciente oferta de menores para su explotación sexual, tanto por parte de los propios menores como por parte de terceros. No obstante, no se trata tanto de poner el énfasis en la oferta, que podría llevar en última instancia a una “visión criminalizadora” del propio menor, sino en la creciente demanda de la industria del sexo y de los clientes<sup>2</sup>, pues lo que en última instancia desencadena la ESCI no son los factores que sitúan al menor en una posición más vulnerable a la explotación, sino el hecho de que haya personas dispuestas a explotar esta vulnerabilidad.

Entre los factores que han favorecido el desplazamiento de la demanda del mercado del sexo hacia los menores, incrementado su valor en dicho mercado, son de destacar el crecimiento exponencial de la exposición a pornografía infantil, como consecuencia del mejoramiento del sistema de comunicaciones como Internet; y el auge del turismo sexual a países carentes de un marco jurídico de protección de los niños frente a este tipo de actuaciones, como resultado de las mayores facilidades para viajar.

Desde la primera mitad de la década de los noventa, la Comunidad Internacional empieza a tomar conciencia acerca del creciente problema de la explotación sexual infantil e inicia un movimiento mundial de repudio y búsqueda de soluciones. En la Unión Europea se cuenta desde 1996 con una serie de programas en materia de lucha contra la explotación sexual de la infancia. A su vez, la dificultad de una efectiva cooperación judicial por la falta de definiciones comunes, elementos constitutivos del delito y sanciones aplicables dio lugar a la adopción, en el año 2003, de la Decisión Marco relativa a la explotación sexual de la infancia y

---

2 “Términos como “mercado”, “comercio” e incluso “oferta-demanda” pueden invocar una lectura cultural propiciada por el liberalismo económico en el sentido de que lo que allí se configura es una relación y un intercambio racional —y, por tanto, libre y autónomo— entre los participantes”. SAVE THE CHILDREN (SUECIA): *Abuso sexual infantil y explotación sexual comercial infantil en América Latina y el Caribe. Informe Genérico situacional*. Bogotá, 2006. pág. 14.

pornografía infantil<sup>3</sup>, sustituida por la Directiva 2011/93/UE<sup>4</sup>. La lucha contra estos delitos se ha visto reforzada con la inclusión de estas conductas en el catálogo de los delitos incluidos en la orden europea de detención<sup>5</sup>.

Los requerimientos internacionales, y en particular de la Unión Europea, con respecto a la definición, persecución y sanción de las conductas constitutivas de ESCI han encontrado su reflejo en nuestro ordenamiento jurídico penal a partir de las diversas reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores y la introducción del delito de trata de personas. Delitos, que a partir de los compromisos internacionales adoptados por el estado Español y los requerimientos comunes del marco normativo europeo han de ser analizados, interpretados y aplicados desde la óptica del Derecho internacional y Comunitario.

## 2. Concepto normativo-internacional

A pesar de que el comercio sexual con niños, niñas y adolescentes no es un fenómeno nuevo, solo a partir de la década de los “90” del pasado siglo, comienza a reconocerse este problema como una manifestación de explotación y esclavitud sexual. Así, el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>6</sup> la incluye entre las peores formas de trabajo infantil, por ser una violación fundamental de los derechos de la niñez y la

---

3 Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003.

4 Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo.

5 Sobre la labor de los Organismos Internacionales y la Comunidad Europea en la lucha contra los delitos sexuales véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. “Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales ala luz de los documentos de organismos internacionales y europeos” en Diez Ripollés (Dir.) *Delitos contra la libertad sexual*, Estudios de Derecho Judicial, nº 21, Madrid, 1999, págs. 325 y ss.

6 Convenio nº 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. 87ª Reunión de Ginebra, junio de 1999.

adolescencia, exponiendo a los niños, niñas y adolescentes al inicio temprano y forzado de su vida sexual y al fin comercial de la misma.

En 1989, con la adopción de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), se reconoce por primera vez de forma explícita el derecho de los niños y niñas a estar protegidos contra todas las formas de explotación y abusos sexuales. Por ello, se insta a los Estados Partes a que tomen todas las medidas necesarias para impedir: a) la incitación o coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; y c) la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos<sup>7</sup>.

Pero, es en el Primer Congreso Mundial Contra la Explotación Sexual Comercial infantil celebrado en Estocolmo en 1996, cuando se proporciona por primera vez una definición de la ESCI, quedando definida en su Declaración y Programa de Acción del siguiente modo:

*“La explotación sexual comercial es una violación fundamental de los derechos de la niñez. Ésta comprende el abuso sexual por adultos y la remuneración en metálico o en especie al niño o niña y a una tercera persona o varias. El niño o niña es tratado como un objeto sexual y una mercancía. La explotación sexual comercial de la niñez constituye una forma de coerción y violencia contra los niños y niñas, que puede implicar el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud”.*

Tanto la definición establecida en Estocolmo, como la manejada en el Convenio 182 de la OIT, se centran en los dos aspectos esenciales del fenómeno: de una parte, en la vulneración de los derechos de la infancia y su reafirmación como víctimas, por lo que se considera una forma de maltrato infantil; y de otra, en el carácter mercantil, consumista y abusivo del fenómeno<sup>8</sup>. Es

---

7 Art. 34 de la Convención sobre Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de la ONU mediante Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Ratificada por el Estado Español el 30 de noviembre de 1990.

8 Véase III Plan de Acción contra la explotación sexual de la infancia y la adolescencia (2010-2013), pág 6.

precisamente este último aspecto el que nos permitirá diferenciar esta figura de otros ataques a la libertad o indemnidad sexual de los menores. Así, el concepto de ESCI viene a reemplazar el uso de otros conceptos tales como prostitución, explotación sexual o abuso sexual infantil, pues apunta a destacar que se trata de una forma de explotación comercial basada en una relación de poder en la que los explotadores se aprovechan de la víctima por su condición de menor, su condición de género, y su vulnerabilidad social.

A partir de esta definición, y a efectos de concreción se puede considerar que la ESCI se compone de cuatro elementos esenciales que deben concurrir conjuntamente: explotación, de naturaleza sexual, remunerada y que tiene como víctimas a niños, niñas y adolescentes.

#### a) Explotación

Según el DRAE, explotar significa “*Utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera*”<sup>9</sup>. Al hacerse referencia a que el aprovechamiento es abusivo, se pone de manifiesto la necesaria existencia de una relación de desigualdad o un desequilibrio de poder entre el explotador y su víctima. La persona con poder está en una situación de superioridad sobre la víctima, impidiéndole el uso y disfrute de su libertad. Ahora bien, el poder, puede venir dado por un elenco de factores diversos tales como la diferencia de edad, la amenaza, el uso de la fuerza o la coacción, etc. De ahí, que la explotación sexual se considere como una forma de aprovechamiento, dominación, coerción, manipulación, y en algunos casos de sometimiento a servidumbre, a partir de la situación de indefensión, inmadurez o debilidad del menor con relación a su explotador.

En consecuencia, han de quedar excluidos del ámbito de la explotación los actos sexuales en los que el sujeto pasivo, que

---

9 DRAE. Aceptación 3ª.

consiente, ostenta un poder y estatus similar al del sujeto activo. Este sería, por ejemplo, el caso del menor con edad para consentir sexualmente que, libremente y sin que medie remuneración alguna, mantiene relaciones sexuales con un adulto de edad y estatus similar. La ausencia de abuso impide que este supuesto pueda calificarse como una forma de explotación.

Así, la protección expresa, por parte de la letra a) del artículo 34 de la CDN, frente a “*actividades sexuales ilegales*” hace recaer en cada Estado la responsabilidad de determinar legalmente que tipos de actividades sexuales deben considerarse ilícitas y, en su caso, hasta que edad. La ausencia de referencia a la “explotación” en este apartado del precepto refleja el hecho de que el acento está puesto sobre todo en el carácter del abuso, por lo que la edad de consentimiento sexual cobra una especial relevancia, por encima, incluso, de la definición general de “niño” adoptada a los fines de la Convención. En el ámbito europeo, y en la línea fijada por la CDN, la Directiva 2011/93/UE también deja a los Estados miembros libertad para decidir la respuesta frente a los actos de carácter sexual consentidos en los que pueden participar los menores y que pueden considerarse como el descubrimiento normal de la sexualidad en el proceso de desarrollo personal.

Desde esta perspectiva, y en la medida en que es una forma de explotación, los abusos sexuales de menores que no han alcanzado la edad de consentir o mediante el empleo de la fuerza, violencia, coacción o abuso de superioridad son constitutivos de explotación sexual; de lo que se deriva que la ESCI es una modalidad específica de abusos sexuales, caracterizada frente a aquellos por el elemento lucrativo o comercial.

#### b) De naturaleza sexual

La explotación de una persona por otra puede tener naturaleza muy distinta; así, según su finalidad, se puede hablar de explotación laboral, explotación para la mendicidad, matrimonios serviles o explotación sexual, entre otras. Como explotación

sexual implica la utilización del cuerpo de la víctima —en este caso un niño, niña o adolescente— como objeto para proporcionar placer, excitación o gratificación. Aunque en la mayoría de las ocasiones esta utilización es física, produciéndose una interacción física entre el autor y su víctima, también puede ser directa sin contacto, en la que se incluye actos en los cuales el sujeto activo involucra a la víctima en una actividad de naturaleza sexual a fin de obtener placer o gratificación, es el caso por ejemplo de los espectáculos sexuales con menores; pero también puede tratarse de una utilización “representada”, como sería el caso de los consumidores de pornografía infantil.

No obstante, la necesaria naturaleza sexual de la explotación, en el caso de la ESCI, no significa que el término “explotador sexual” no haya de utilizarse también para denominar a los terceros que no tienen contactos sexuales con los niños, pero que obtienen beneficios al facilitar u organizar el contacto sexual del niño con otra persona o personas<sup>10</sup>. Por tanto, el adjetivo sexual ha de ir referido al servicio que se ofrece y no, necesariamente, a la naturaleza del provecho obtenido por el sujeto activo de la explotación, quien la mayoría de las veces obtiene un beneficio económico por la “comercialización” de los servicios sexuales o del cuerpo del menor.

### c) Remunerada o Comercial

A diferencia de la Explotación Sexual Infantil (ESI) o del abuso sexual infantil, la ESCI implica necesariamente una transacción económica o en especie entre una persona adulta (cliente-explotador) y el menor, o entre aquella y uno o varios intermediarios que se lucran de dicha transición. El interés comercial, la búsqueda de ganancia y la conversión del menor en una mercancía u objeto de cambio es el rasgo que caracteriza a

---

10 Véase al respecto “El explotador sexual”. Documento preparado para el 2º Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, celebrado en Yokohama, Japón, del 17 al 20 de diciembre de 2001.

la ESCI frente otras formas de explotación o violencia sexual, como es el caso de los abusos sexuales.

En función del mayor o menor grado de organización, las actividades propias de la ESCI pueden clasificarse, a su vez, en dos grandes sectores: el sector estructurado y el sector no estructurado<sup>11</sup>. En el sector estructurado —más visible y organizado generalmente en redes— el sexo es un objeto de comercio como cualquier otro que se oferta y demanda explícitamente y por el que se paga una cantidad estipulada de dinero. El sector no estructurado —más difuso— la remuneración ofrecida no siempre es dinero, produciéndose en muchas ocasiones una remuneración en especie consistente en regalos, ropas, drogas, etc.; e incluso, en ocasiones ni siquiera reviste naturaleza económica, como en los casos en los que se proporciona protección o no agresión a cambio de servicios de naturaleza sexual.

Las dificultades existentes para diferenciar cuando las relaciones entre las partes son principalmente de carácter económico o no, dio lugar a que en el segundo Congreso Mundial de Yokohama en 2001 se concluyera que sería recomendable dejar de usar la palabra “comercial” para hacer referencia a la explotación sexual infantil en general. El hecho de que quienes abusan de los niños en un contexto que se podría considerar “no comercial” a veces intentan obtener el consentimiento y/o silencio de los niños a cambio de dinero, obsequios o protección, dificulta enormemente la línea que separa la explotación sexual y comercial de la explotación sexual, siendo necesario determinar que significa cada una de esas formas de pago para concluir si su naturaleza es principalmente económica o no<sup>12</sup>.

En efecto, y desde esta perspectiva, en muchas ocasiones es difícil determinar cuándo se está o no ante un abuso sexual de carácter comercial. No obstante, es preciso recordar que el término ESCI, hace referencia a fenómenos distintos a los que se alude con

---

11 Véase “El explotador sexual”, cit., págs. 9-10.

12 “El explotador sexual”, cit., pág. 9.

los términos abuso sexual o explotación sexual infantil; términos más amplios en los que, al no exigirse retribución económica o en especie, se pierde de vista el desvalor que supone la utilización del niño como objeto, como mercancía sexual, y cómo influye en dicho fenómeno las leyes de la oferta y la demanda<sup>13</sup>. Por ello es preferible reservar el término ESCI, como modalidad de la ESI, a los supuestos en los que está presente la remuneración —en dinero o en especie— y el lucro.

La existencia de un intercambio en dinero, en especie o de otra índole entre el cliente y el niño/a o eventuales intermediarios es también un dato de especial relevancia desde un punto de vista estrictamente criminológico de la ESCI, ya que el abuso sexual y la explotación sexual funcionan de formas muy diferentes e implican motivaciones, modus operandi y perfiles bastante diversos. Así, por ejemplo, desde la perspectiva del sujeto activo, la transacción o el motivo comercial es el elemento clave que permite diferenciar al abusador sexual del explotador. Las personas que abusan sexualmente de los niños suelen tener vínculos familiares o de amistad con el niño y lo acosan por placer o para ejercer su control, pero raramente con ánimo de lucro. A veces, los explotadores sexuales, son abusadores sexuales o pedófilos que viajan a otros países con el propósito explícito de lograr acceso a niños de corta edad mediante pago. No obstante, la creciente demanda de niños para la prostitución no responde a la demanda de los abusadores preferenciales o pedófilos, sino a la demanda de los denominados “explotadores sexuales circunstanciales”, usuarios de la prostitución en general que se convierten en “explotadores sexuales circunstanciales” porque se encuentran con situaciones en que las personas prostituidas menos costosas, más asequibles o más atractivas son los menores de 18 años. Por su parte, los

---

13 Se considera “explotación comercial porque se produce en un mercado donde la oferta existe en la medida en que hay una demanda...Este mercado se caracteriza por ser ilegal y clandestino”. IPEC (SUDAMÉRICA): “A debate. Concepto de la explotación sexual infantil”, *Boletín electrónico para la erradicación del trabajo infantil* (<http://www.oit.org.pe/ipec/boletin>).

explotadores sexuales que participan en la ESCI como terceros rara vez están motivados por deseos sexuales. Explotan sexualmente a los niños para obtener un beneficio económico.

#### d) De Niños, Niñas y Adolescentes

Genéricamente, se la califica como explotación infantil en consideración a la CDN que en su primer artículo define al niño/a como “*todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad*”. Esta definición se enfrenta al problema de definir límites y diferenciar etapas o fases en el desarrollo de niñas y niños y al de la vinculación entre su condición de menor y su capacidad de discernimiento. Pero la Convención, desde una nueva perspectiva sobre la infancia en la que el niño se convierte en sujeto y titular de sus derechos, reconoce la posibilidad de que el menor de edad pueda mantener relaciones sexuales consentidas a partir de una determinada fase de madurez o desarrollo que vendrá determinada por la denominada “edad del consentimiento sexual” (*Age of consent*)<sup>14</sup>.

Ante la disparidad, por parte de las legislaciones nacionales, en la determinación de la mayoría de edad y la edad del consentimiento sexual, y a efectos de evitar lagunas de impunidad, en el ámbito latinoamericano prefiere utilizarse el término Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes

---

14 Edad por debajo de la cual, a los efectos de una acción penal, se asume la ausencia de consentimiento, sin importar la existencia o no de dicho consentimiento. En España, la edad legal para consentir es una de las más bajas del mundo y la más baja de la Unión Europea que se mueve alrededor de los quince años. En este sentido, en las Observaciones finales al Informe presentado por España con arreglo al párrafo 1 del artículo 12 del Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía, el Comité expresa su preocupación por el hecho de que la edad relativamente baja para el consentimiento sexual, los 13 años de edad, vuelva a los niños más vulnerables a la explotación sexual, recomendando al Estado español que considere la posibilidad de elevar la edad.

(ESCNNA) para referirse a la ESCI, ya que al recoger expresamente la referencia a “niños, niñas y adolescentes” se considera más específico e incluyente, pues despeja cualquier duda sobre la posibilidad de que puedan ser sujetos pasivos de esta conducta cualquier menor, con independencia de que haya superado la etapa de la niñez (10-11 años) o haya alcanzado, según la legislación aplicable, la edad del consentimiento sexual.

No obstante, y con independencia del término que se utilice, de los instrumentos internacionales vigentes se deriva que, a diferencia de lo que ocurre con el abuso sexual, con relación a la explotación sexual comercial, es sujeto pasivo todo menor de 18 años, independientemente de su sexo y de que haya alcanzado o no conforme a la legislación de su país la mayoría de edad o la edad de consentimiento sexual. Esta interpretación amplia es la que se desprende al poner en relación las letras b) y c) del artículo 34 de la CDN con la Convención Suplementaria de 1956.<sup>15</sup> La referencia explícita a la “explotación” en los dos últimos subapartados del artículo 34 de la Convención y el establecimiento del techo de los 18 años por parte de la Convención complementaria de 1956 a los efectos de “explotación”, implica que en el caso de estos dos subapartados se considerará niño a cualquier menor de 18 años, y ello con independencia de si ha alcanzado la mayoría de edad conforme a su legislación y de si ha prestado o no su consentimiento. En este sentido se pronuncian expresamente el Convenio 182 de la OIT (art 2); la Declaración de Río de Janeiro<sup>16</sup>, y el artículo 2 de la Directiva 2011/93/UE.

---

15 Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 7 de septiembre de 1956.

16 Declaración de Río de Janeiro y Llamado a la Acción para prevenir y detener la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, adoptada en el III Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes celebrado en Río de Janeiro, Brasil, del 25 al 28 de noviembre de 2008.

### 3. La protección internacional frente a la ESCI

#### 3.1. Declaraciones y Convenios de ámbito internacional

El primer documento de Naciones Unidas en el que se hace referencia a la explotación sexual comercial es el “Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena”<sup>17</sup>. Dicho Convenio supuso un paso muy importante en la prevención y la represión de la explotación sexual comercial, pues no solo impone a los Estados Parte la obligación de castigar la explotación de la prostitución y la trata de persona con fines de explotación sexual, sino que además incluye medidas de carácter transnacional referidas a las condenas internacionales, la extradición, competencia y asistencia judicial.

No obstante, y a pesar de su importancia, el texto de 1949 no responde a las exigencias actuales en materia de explotación sexual infantil, pues por una parte no contempla otras formas actuales de explotación sexual distintas a la prostitución; y, por otra, al no distinguir entre adultos y niños no responde adecuadamente a la especial protección que precisan estos últimos como consecuencia de su falta de madurez física y mental. Desde esta óptica diferenciada, es la CDN, la que por primera vez reconoce expresamente el derecho del niño a la protección contra la explotación y la violencia sexual, instando a los Estados Parte a que tomen todas las medidas necesarias para impedir: a) la incitación o coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; y c) la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos<sup>18</sup>.

Para asegurar el mejor logro de los propósitos de la CDN y ante el incremento del turismo sexual, la prostitución de menores y su utilización en pornografía, la Asamblea General de la ONU aprueba en 2002 el Protocolo Facultativo de la Convención sobre

---

17 Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 317 (IV) de 2 de diciembre de 1949.

18 Art. 34 de la Convención sobre Derechos del Niño.

los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía<sup>19</sup>. Este Protocolo es el instrumento jurídico internacional de alcance universal más completo en cuanto a la protección de los menores frente a la explotación sexual. El Protocolo, además de obligar a los Estados parte a castigar como delito, con penas adecuadas a su gravedad, las actividades relativas a la trata, prostitución y utilización en pornografía de menores, contiene una serie de disposiciones de relevante importancia en la prevención, persecución y represión de este tipo de conductas que, en muchas ocasiones, traspasan las fronteras y competencias de los Estados. A este fin se incorpora el principio de justicia universal; se incluyen estos delitos entre los que dan lugar a la extradición, siendo suficiente con la invocación del protocolo como base jurídica para la misma; y se obliga a los Estados Parte a prestar toda la asistencia posible en relación con cualquier investigación, proceso penal o procedimiento de extradición con respecto a estos delitos. Además, se establecen una serie de normas procesales para la protección de la víctima menor, entre las que se incluye el proteger debidamente su intimidad e identidad.

Con el fin de velar por el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Parte, la CDN crea el Comité de los Derechos del Niños<sup>20</sup> como órgano de vigilancia al que los Estados Parte deberán presentar Informe y que podrá formular sugerencias y recomendaciones a los Estados. Así, a la luz del informe presentado por España, el Comité recomienda al Estado Español la adopción de nuevas medidas para impedir el turismo sexual y la utilización de niños en la pornografía, que considere la posibilidad elevar la edad de consentimiento sexual y que se ajuste el Código Penal plenamente a los artículos 2 y 3 del Protocolo Facultativo<sup>21</sup>.

---

19 Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. En vigor desde 18 de enero de 2002. Ratificada por el Estado Español el 5 de diciembre de 2001.

20 Art. 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

21 Informe del Comité de los Derechos del Niño CRC/C/GPSC/ESP/1 de 17 de octubre de 2006.

Las funciones de este Comité se han visto ampliamente reforzadas con la aprobación del tercer Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño<sup>22</sup>, que permitirá a los niños cuyos derechos hayan sido violados, o a sus representantes, presentar una denuncia ante un Comité Internacional de Expertos una vez que se hayan agotado todos los recursos internos. De este modo, los derechos de los niños se colocan en igualdad de condiciones con los demás derechos humanos, situando a la CDN a nivel de otros Tratados de Derechos Humanos.

En el marco de la explotación sexual infantil es preciso hacer referencia también a la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional<sup>23</sup> que establece un vínculo entre la trata de personas y la obligación de los Estados Partes de promover la cooperación a fin de evitar y combatir las actividades de la delincuencia organizada en sus fronteras. No obstante, la Convención solo será aplicable a los casos de explotación sexual infantil cuando estas actividades se lleven a cabo en el ámbito de la delincuencia organizada transnacional, y los delitos lleven aparejados una pena mínima de 4 años de prisión, o se refieran al delito secundario de obstrucción de justicia (Protocolo).

El Protocolo de Palermo<sup>24</sup>, contiene la primera definición detallada e internacional de “tráfico de personas” y del “tráfico de niños”. El tráfico de Personas es definido como el *“reclutamiento, transporte, transferencia, ocultación o recepción de personas, por medio de amenaza, uso de fuerza o otras formas de*

---

22 Tercer Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño, relativo a un procedimiento de Comunicaciones. Asamblea General de Naciones Unidas, aprobado en Nueva York el 19 de diciembre de 2011. Firmado por el Estado Español el 28 de febrero de 2012.

23 Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000. Resolución A/RES/55/25. Ratificada por el Estado Español el 21 de febrero de 2002.

24 Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada. Ratificado por el Estado Español el 21 de febrero de 2002.

*coacción, secuestro, fraude, engaño, abuso de poder o posición de vulnerabilidad, dar o recibir pagos o beneficios para alcanzar el consentimiento de persona que tenga control sobre otra persona, para el propósito de explotación*". El protocolo lista las formas de explotación cubiertas, incluyendo, por lo menos, *"la explotación de la prostitución de otros, u otras formas de explotación sexual, trabajo forzado, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre o remoción de órganos"*. El consentimiento de la víctima de tráfico es irrelevante cuando la fuerza u otra forma fue utilizada, o cuando hubo amenaza. En el tráfico de niños, el Protocolo establece que no hay necesidad de cualquier violencia o coerción, siendo bastante saberse que el niño (persona con edad inferior a 18 años) fue reclutado y movido para fines de explotación, incluyendo explotación sexual, para que ellas sean consideradas víctimas de tráfico. De esa forma, debe ser enfatizado que personas con edad inferior a 18 años no pueden consentir en ser traficadas; un consentimiento aparente no es reconocido como justificativo para cualquier forma de explotación infantil.

Junto a las Declaraciones y Convenios de Naciones Unidas, son de destacar otras declaraciones internacionales tales como el Convenio n° 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil y la Declaración de la OMT sobre la prevención del turismo sexual organizado<sup>25</sup>. El Convenio de la OIT se refiere específicamente a *"la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas"* como una de las peores formas de trabajo infantil que los Estados miembros de la OIT deben prohibir y eliminar mediante la adopción y ejecución de medidas eficaces e inmediatas, incluida la imposición en la práctica de sanciones penales eficaces. Todos los niños menores de 18 años de edad, sin excepción, están cubiertos por el ámbito del Convenio, y ello

---

25 Resolución A/RES/338(XI), adoptada por la Asamblea General de la OMT en su undécima reunión, celebrada en el Cairo del 17 al 22 de octubre de 1995.

con independencia de la edad de consentimiento sexual o de que esté o no legalizada la pornografía y la prostitución<sup>26</sup>.

La Convención, acompañada por la Recomendación n° 190<sup>27</sup>, refleja el consenso global en el sentido de la “adopción inmediata de medidas efectivas para asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil como una cuestión de urgencia”. La explotación sexual comercial es reconocida como una categoría de las peores formas de trabajo infantil, separada, sin embargo, de la categoría de prácticas análogas a la esclavitud —que incluyen el tráfico— y también de la categoría relacionada con el uso de niños para la ejecución de actividades ilícitas. Eso esclarece que la explotación sexual comercial de personas menores de 18 años, sin excepciones, es inaceptable, aunque no sea considerada como forma de trabajo forzado, y aunque la prostitución, *per se*, no sea considerada ilegal en determinado país. La OMT, por su parte, exhorta a los Estados a adoptar medidas para combatir el turismo sexual organizado mediante el establecimiento y aplicación de medidas jurídicas y administrativas para prevenir y erradicar el turismo sexual que afecte a la infancia, en particular mediante acuerdos bilaterales para facilitar la persecución de los turistas implicados en toda actividad sexual ilícita que involucre a niños jóvenes.

Junto a estos instrumentos internacionales es de destacar la Declaración surgida del I Congreso Mundial contra la Explotación sexual de los niños celebrados en Estocolmo (1996), en la que se subraya la necesidad de reforzar la cooperación internacional en los ámbitos de la prevención y represión de la explotación sexual de los menores. La Declaración incorpora un Plan de Acción que

---

26 Aunque un sector doctrinal muestra su desacuerdo con respecto a la calificación de la explotación sexual infantil como una forma de trabajo, lo cierto es que las definiciones específicas de explotación contenidas en el Convenio, hacen de éste una poderosa herramienta para defender el derecho de los niños a la protección contra la explotación, incluida la sexual.

27 Recomendación n° 190 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999.

tiene por finalidad poner de relieve los compromisos internacionales existentes, determinar las actividades de cooperación y actuación, así como contribuir a la aplicación de los instrumentos internacionales pertinentes.

Tanto la Convención de Derechos del niño como la Declaración de Estocolmo se han visto reforzadas por la adopción del Compromiso Global de Yokohama (II Congreso Mundial contra la explotación sexual de los niños, 2001) y la Declaración de Rio de Janeiro (III Congreso Mundial contra la explotación sexual de los niños, 2008).

En el ámbito del Consejo de Europa se han ido elaborando en los últimos años una serie de normas, procedentes en gran medida de congresos en la materia<sup>28</sup>. Pero es en 2007 cuando el Consejo de Europa aprueba el Convenio sobre la protección de niños contra la explotación y el abuso sexual<sup>29</sup>, que constituye el primer tratado internacional sobre esta materia y cuyo objetivo es combatir y prevenir la explotación y el abuso sexual infantil, promover la cooperación nacional e internacional en esta materia y proteger y asistir a las víctimas de estos delitos. A estos efectos se obliga a los Estados Parte a tipificar como delito una serie de conductas relacionadas con el abuso y la explotación sexual de los niños y se establece un órgano de vigilancia, el Comité de las Partes.

La mayoría de estos instrumentos jurídicos inciden en la necesidad de que las legislaciones nacionales tipifiquen como delito cualquier conducta relativa a la prostitución o pornografía infantil, incluyendo los supuestos de tentativa. Y conscientes de la dimensión trasnacional del fenómeno inciden en dos aspectos

---

28 Sobre los antecedentes del Convenio véase MARCOS MARTÍN, T.: “Un nuevo paso en la lucha contra la explotación sexual infantil: el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, Septiembre de 2011, págs. 101-102.

29 Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de noviembre de 2007. Ratificado por el Estado Español el 12 de noviembre de 2010.

fundamentales: la extraterritorialidad de estos delitos y la necesidad de la cooperación internacional en su prevención, persecución y castigo. Además, tanto el art. 4 del Protocolo Facultativo como el artículo 25 del Convenio Europeo instan a los Estados Parte a adoptar disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de las personas jurídicas por estos delitos en concurrencia con la responsabilidad de las personas físicas. Esta responsabilidad podrá ser, conforme a las legislaciones nacionales, civil, administrativa o penal, aunque en todo caso tendrá que ser efectiva, proporcionada y disuasoria.

### 3.2. El marco normativo europeo. Especial referencia a la Directiva 2011/93/UE

El Consejo de la Unión Europea, como órgano decisorio que representa a los Estados miembros, ha adoptado numerosas medidas para prevenir la trata de niños y la explotación sexual infantil y proteger a las víctimas de estos delitos. Entre estas medidas son de destacar la Decisión relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet<sup>30</sup>, la Decisión Marco relativa a la lucha contra la trata de seres humanos<sup>31</sup>, la Decisión Marco relativa a la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil y la Directiva 2011/93/UE.

Estas decisiones consolidaron y ampliaron la primera medida que había tomado el Consejo de la Unión Europea en este ámbito, la Acción Común 97/154/JAI relativa a la trata de seres humanos y a la explotación sexual de la infancia, y procuran implantar las conclusiones del Congreso de Tampere en el que el Consejo había acordado dar un especial impulso a la tipificación de algunos delitos entre los que se encontraban la trata de personas y la explotación sexual de menores<sup>32</sup>.

---

30 Decisión del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet.

31 Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.

32 Puntos 23 y 48 de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999.

La Decisión Marco 2004/68<sup>33</sup>, sustituida por la Directiva 2011/93/UE, ha sido la figura básica para conseguir la armonización de los ámbitos materiales incluidos en el tercer pilar, aproximando las legislaciones de los Estados miembros en el ámbito de la lucha contra la pornografía y la prostitución infantil, introduciendo un marco común de disposiciones a nivel europeo que regulaba la incriminación, las penas y otras sanciones, las circunstancias agravantes, los conflictos de competencias, el enjuiciamiento de los culpables y la protección y asistencia de las víctimas. Como cualquier otra Decisión Marco, vinculaba a los Estados miembros en cuanto a los resultados que debían alcanzarse, dejando a las instancias nacionales la decisión sobre las formas e instrumentos necesarios para alcanzarlos<sup>34</sup>. Precisamente, la necesidad de trasponer esta Decisión Marco determinó la necesidad de tipificar nuevas conductas mediante la LO5/2010.

En el año 2011 se ha dado un paso más en la protección de los menores frente a la explotación sexual infantil con la aprobación, por parte del Parlamento Europeo y del Consejo, 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. Dicha Directiva amplía y modifica las disposiciones de la Decisión Marco 2004/68, la cual se sustituye en su integridad por la Directiva. La Directiva 2011/93/UE obliga a los Estados miembros a garantizar la punibilidad de una serie de conductas relativas a los abusos sexuales, la explotación sexual de los menores y a la pornografía infantil, así como la inducción, complicidad y tentativa de las conductas recogidas en sus artículos 3 a 6.

---

33 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.

34 Sobre la incidencia de la Decisión Marco 2004/68/JAI en el Derecho español véase RODRÍGUEZ MESA, M.J.: "Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios" en Álvarez García y otros (Coord.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia, 2009, págs. 323 y ss.

A diferencia de la Decisión Marco 2004/68 en la que se incluía entre las conductas a incriminar en el ámbito de la explotación sexual el practicar con un niño actividades sexuales recurriendo a la fuerza, coacción o amenaza, a cambio de remuneración, o abusando de una reconocida situación de superioridad o confianza, el artículo 4 de la Directiva 2011/93/UE restringe las infracciones relacionadas con la explotación sexual a las relativas a la prostitución o involucración de un menor en espectáculos pornográficos. Esto es, conductas en las que, aun cuando no se exija, suele existir un componente de lucro que es el que diferencia la explotación sexual del resto de infracciones previstas. La restricción de las conductas constitutivas de explotación sexual supone, con respecto de la regulación anterior, la exclusión del principio de doble incriminación previsto por la Orden Europea de Detención de los abusos sexuales previstos en el artículo 3 de la Directiva 2011/93/UE<sup>35</sup>. Parece obvio que, existiendo una Directiva en la que se definen las conductas constitutivas de explotación sexual, la interpretación de este término en la Orden Europea de Detención implique un reenvío a lo dispuesto en aquella.

El artículo 5, por su parte, recoge una serie de conductas relativas a la pornografía infantil que van desde la producción de la misma hasta su mera posesión. Conforme a lo dispuesto en el artículo 2, se entiende por pornografía infantil todo material pornográfico que represente de manera visual a un menor, a un adulto que parezca ser un niño o imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición de los genitales con fines principalmente sexuales. La ampliación de la definición de pornografía infantil a los supuestos de simulación o virtualización se justifica, de una parte, por la relación existente en la práctica entre la pornografía infantil (virtual o real) y los abusos sexuales; y de otra, por la vulneración que supone del principio de dignidad

---

35 Sobre la situación anterior a la aprobación de la Directiva 2011/93/UE, véase RODRÍGUEZ MESA, M.J.: "Explotación sexual y pornografía infantil ...", cit., págs. 329-330.

y respeto a la infancia. No obstante, y al no verse implicado un niño real, su incriminación por parte del Código Penal puede plantear dificultades desde la perspectiva del principio de lesividad. En este sentido es importante resaltar como la propia Directiva contempla la posibilidad de que los Estados puedan excluir de responsabilidad penal las conductas relacionadas con la pornografía infantil cuando quien aparenta ser menor de edad sea mayor de 18 años y cuando se trate de un niño inexistente siempre, en este último caso, que no exista riesgo de difusión. En estos casos la exención de la responsabilidad penal se basa en el hecho de que no se ha involucrado a ningún niño en la producción del material pornográfico.

Además de una serie de supuestos cualificados, la Directiva prevé la responsabilidad de las personas jurídicas, en paralelo a la de las personas físicas. Considera a las personas jurídicas como responsables de las infracciones cometidas en su provecho por cualquier persona que actúe a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, u ocupe, por ejemplo, una posición de mando. No es necesario que la responsabilidad de las personas jurídicas sea exclusivamente penal, aunque, al igual que exige el Protocolo Facultativo, las sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, y en todo caso incluirían multas de naturaleza penal o administrativa.

#### **4. Las manifestaciones de la esci y su prohibición en el Código penal**

La ESCI, en cuanto actividad en la que se trata al menor como objeto sexual y mercancía con valor de cambio, comprende cuatro manifestaciones básicas: prostitución infantil, turismo sexual infantil, trata de menores con fines de explotación sexual y pornografía infantil. Aunque el Código Penal no contempla un tipo específico de explotación sexual infantil, se puede afirmar que tras las últimas reformas en materia libertad e indemnidad sexual de los menores y la introducción del título VII Bis por el

que se tipifica expresamente el delito de trata de personas<sup>36</sup>, el Código Penal español tipifica cada una de estas manifestaciones a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios.

#### 4.1. Prostitución Infantil

##### 4.1.1. Descripción del fenómeno

Aunque no se dispone de cifras ni datos oficiales, la ONU estima que las redes de prostitución infantil mueven alrededor de unos 100 millones de menores, y advierte de que el fenómeno va en aumento, pues aproximadamente un millón de menores ingresa cada año en el circuito. En España, según el Instituto de la Mujer, el 7% de los menores de 16 años de los barrios periféricos y zonas marginales de las grandes ciudades se prostituyen.

El Protocolo facultativo de la CDN, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía define la prostitución como “*la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o cualquier otra forma de retribución*”. Esta definición permite hacer dos salvedades significativas: en primer lugar, el término “utilización” pone de manifiesto que no existe y no es válido el consentimiento de la víctima para involucrarse en estas actividades; y, en segundo lugar, la remuneración no es necesariamente económica, también puede ser en especie, siendo suficiente con la promesa de algún tipo de pago. La prostitución infantil incluye tanto la explotación de la prostitución ajena (intermediario que recibe una remuneración de alguien que paga por tener sexo con un niño), como cualquier práctica en la que una persona remunera a un niño a cambio e actividades sexuales, exista o no intermediario. Aunque a veces el menor opta libremente y otras es obligado, ambas situaciones forman parte del mismo problema: la violación de los derechos fundamentales del niño.

---

36 Incorporado por La LO 5/2010 de 22 de junio (BOE nº 52, de 23 de junio).

Desde algunos organismos e instituciones se subraya la incorrección que supone legalmente hablar de prostitución infantil, ya que “el niño o la niña no se prostituye, sino que es prostituido por el adulto”. El pensar que los explotadores son “clientes” y que pagan por un servicio, es un grave error, pues se crea una falsa imagen de “intercambio comercial”. La utilización de personas menores de edad para actividades sexuales es un abuso, un delito y una violación severa a sus derechos humanos. No se puede igualar la condición de una persona menor de edad a las condiciones de un adulto. Llamar a este problema “prostitución infantil”, no permite ver que hay una situación de explotación. En todos los casos, existe una relación de poder, de subordinación y de abuso, ya que niñas, niños y adolescentes no tienen la madurez necesaria para decidir sobre su cuerpo y sexualidad. Hay alguien que explota y alguien que es explotado. Además, todas las Convenciones, Declaraciones y Planes de Acción en materia de infancia y adolescencia hablan de la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes, dejando de lado por estas consideraciones el término de prostitución infantil.

En el ámbito europeo, la Directiva 2011/93/UE obliga a los Estados miembros a tipificar como infracciones relacionadas con la explotación sexual las conductas dolosas consistentes en “hacer que un menor se prostituya, captarlo para que lo haga, lucrarse con ello, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines...”<sup>37</sup>, “emplear coacción, fuerza o amenazas con un menor para que se prostituya...”<sup>38</sup>, y “realizar actos de carácter sexual con un menor, recurriendo a la prostitución infantil...”<sup>39</sup>. Todas estas conductas serán punibles siempre que la víctima sea menor de 18 años, aunque las penas mínimas y máximas contempladas en la Directiva para estas conductas dependerán de si el menor ha alcanzado o no la edad de consentimiento sexual según la legislación de cada Estado.

---

37 Apartado 5 del artículo 4.

38 Apartado 6 del artículo 4.

39 Apartado 7 del artículo 4.

#### 4.1.2. La prostitución infantil en el Código Penal

El precepto de referencia en la lucha contra la prostitución infantil es el 187, que castiga al que “*induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad*”, esto es, la realización de actividades sexuales a cambio de una contraprestación, generalmente de contenido económico. La amplitud de las distintas modalidades típicas evidencia la voluntad de incriminar, mediante este precepto, conductas que inciden con mayor o menor intensidad en la conformación, a través de la oferta y la demanda, de un mercado de prostitución de menores con la evidente puesta en peligro de la indemnidad sexual de los mismos<sup>40</sup>. En todo caso, dada la laxitud del verbo facilitar, hay que entender que solo alcanzan relevancia típica comportamientos de facilitación equiparables, valorativamente, a la inducción o a la promoción<sup>41</sup>.

La interpretación jurisprudencial sobre el grado de incidencia que ha de tener la conducta del autor en el favorecimiento a la prostitución del menor ha provocado que en la mayoría de las ocasiones el cliente quedara exento de pena cuando el menor ya se dedicaba a la prostitución o se le condenara a lo sumo por el ya derogado delito de corrupción de menores cuando a cambio de dinero se incitaba al menor a realizar una actividad sexual<sup>42</sup>. Así, es constante la doctrina jurisprudencial que señala que no todo acto libidinoso ejecutado con un menor abonando a cambio una

---

40 GÓMEZ TOMILLO, M.: “Derecho pena sexual y reforma legal desde una perspectiva político criminal”, *Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 07-04, 2005, pág. 4:15.

41 TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)” en AAVV, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo III, Derecho Penal. Parte Especial, Vol. I, Madrid, 2011, pág. 211.

42 Véanse al respecto CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C “Delitos de prostitución. Especial referencia a la prostitución con menores, en Diez Ripollés (Dir.) *Delitos contra la libertad sexual*, cit., págs. 297-299; y GARCÍA ALBERO, R “El nuevo delito de corrupción de menores (artículo 189.3)”, en Diez Ripollés (Dir.) *Delitos contra la libertad sexual*, cit., págs. 175-180.

suma de dinero debe considerarse como delito de prostitución<sup>43</sup>. Para que ello sea así habría de acreditarse que los actos sexuales realizados sobre el menor han irrogado de forma clara un cambio cualitativo con respecto al anterior comportamiento sexual del inducido, de forma que le hayan introducido en la senda de la prostitución, para lo cual se precisaría una cierta reiteración en la conducta delictiva del imputado así como una notable gravedad en los hechos sexuales que se le ha inducido a realizar.

Esta interpretación restrictiva que exigía una especial gravedad de los actos, la reiteración o la edad temprana del menor para que la conducta del cliente esporádico pudiera calificarse como típica<sup>44</sup>, queda superada claramente a partir de la reforma del artículo 187<sup>45</sup>, por la que expresamente se amplía la conducta típica a “quien solicite, obtenga o acepte a cambio de una remuneración o promesa una relación sexual con una persona menor de edad o incapaz”. Con ello se tipifica expresamente tanto la figura del cliente del menor prostituido, como la de quien ofrece dinero u otra remuneración al menor a cambio de relaciones sexuales. Al ir referida la remuneración a la relación sexual en sí y no a la prostitución, lo único que habrá que probar a efectos del delito es la relación existente entre la remuneración o promesa y la relación sexual, siendo indiferente que con ello se inicie o no al menor en la prostitución, y con independencia de que la dedicación a tal actividad, en su caso, sea esporádica o habitual. Además, se tipifica por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico de forma autónoma y al margen de los delitos de abuso o agresiones sexuales cometidos en su caso, la conducta de quien ofrece remuneración a un tercero distinto del menor para que este mantenga una relación sexual.

En este sentido, y en la medida en que se determina claramente la conducta prohibida frente a la ambigüedad con la que se ha tratado esta cuestión por parte de la jurisprudencia, la reforma

---

43 Sentencias del TS de 12 de enero de 1998 y de 7 de mayo de 1998.

44 Acuerdo del pleno del TS de 12 de febrero de 1999.

45 Reformado por la LO 5/2010, de 22 de junio (BOE nº 152 de 23 de junio)

del artículo 187 puede calificarse de positiva. La tipificación expresa de la solicitud o la obtención de los servicios sexuales de un menor a cambio de remuneración, además de situar al Código Penal en la línea de lo exigido por los instrumentos internacionales y comunitarios, refleja en su justa medida la importancia etiológica que, desde un punto de vista criminológico, tiene la demanda de estos servicios. No obstante, la equiparación, a efectos de pena, entre quien esporádicamente solicita el contacto sexual con un menor y la de quien organiza la prostitución de menores no está exenta de crítica en la medida en que el desvalor para el bien jurídico es mayor en la segunda de las conductas<sup>46</sup>. Así, y en función de la importancia que cada una de estas conductas tiene en la explotación sexual del menor, la Directiva 2011/93/UE distingue claramente a efectos de pena entre el favorecimiento a la prostitución infantil y la realización de actos de carácter sexual con un menor recurriendo a la prostitución, conducta esta última para la que se contempla un marco punitivo menos grave. Además, y en virtud del principio de lesividad, será preciso que la solicitud, al igual que el ofrecimiento, vaya referida a menores concretos, cuya libertad o indemnidad sexual es la que se lesiona o pone en peligro<sup>47</sup>.

En función de si el menor ha alcanzado o no la edad de consentimiento sexual la pena privativa de libertad prevista por el artículo 187 puede ser de “uno a cinco años” y de “cuatro a seis años” respectivamente. En el supuesto de los menores de 18 años pero mayores de 13, el Código Penal se adecuaría tanto a lo previsto en su día por la Decisión Marco 2004/68/JAI, como al marco penal establecido por la Directiva 2011/93/UE, que prevé

---

46 En sentido similar TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)”, cit., pág. 212. De “criticable concesión al concepto unitario de autor en la parte especial del derecho penal” lo califica GÓMEZ TOMILLO, M.: “Derecho pena sexual...”, cit., pág. 4.20.

47 En este sentido, el TS ha declarado en su sentencia de 14 de julio de 1995 que “lo que se pretende con este precepto penal es proteger a personas caracterizadas por su inexperiencia y edad juvenil de la explotación ajena de la prostitución e incluso del peligro de ella”

la imposición de los estados miembros de una pena máxima de al menos cinco años de prisión. Sin embargo, en el caso de los menores sin edad de consentimiento sexual, la Directiva establece el mínimo de la pena máxima en 8 años, al menos para los supuestos de favorecimiento, por lo que será preciso reformar el precepto para adecuarlo al marco penal impuesto por la Directiva.

El artículo 187 prevé como circunstancias agravantes que permiten imponer la pena en su mitad superior el prevalimiento de la condición de autoridad pública, agente o funcionario o la pertenencia a organización. Este último subtipo agravado refleja la preocupación existente a nivel internacional por las asociaciones criminales dedicadas a la explotación de la prostitución infantil, cuya intervención en este mercado multiplica los efectos nocivos del delito. En este sentido, la directiva 2011/93/UE<sup>48</sup>, prevé como circunstancia agravante que la infracción haya sido cometida en el marco de una organización delictiva según la definición de la Decisión Marco 2008/841/JAI<sup>49</sup>.

De positivo hay que calificar también la regla concursal prevista en el artículo 187.5, en cuya virtud las penas señaladas para estos delitos se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores o incapaces. De este modo, el legislador excluye expresamente el concurso de normas decantándose a favor de un concurso de delitos, que podrá ser real o medial según el caso.

Además del favorecimiento de la prostitución de menores, el Código Penal castiga en los apartados 2 y 3 del artículo 188 en relación con su apartado 1 la determinación a la prostitución de los menores, consistente en iniciar o mantener a un menor de edad en una situación de prostitución empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de

---

48 Artículo 9 d).

49 Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la lucha contra la delincuencia organizada.

necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Con ello se completa el marco jurídico-penal de protección a los menores frente a las conductas relacionadas con la prostitución. Así, mientras que el artículo 187 se dirige más bien a incidir negativamente en la existencia de un mercado de prostitución infantil<sup>50</sup>, los apartados 2 y 3 del artículo 188 protegen directamente la libertad sexual del menor que, por medios violentos, fraudulentos o abusivos, es determinado a ejercer la prostitución o permanecer en ella. En la medida en que los apartados 2 y 3 del artículo 188 —referidos al apartado 1— recoge todos los elementos del artículo 187.1 más otro, consistente en que concurren las propias modalidades comisivas que el legislador prevé en el artículo 188.1, se puede afirmar que el artículo 188 (apartados 2 y 3) es delito especial frente al 187<sup>51</sup>.

Determinar implica, en este precepto, crear la voluntad en el sujeto pasivo —en este caso un menor— de ejercer la prostitución o de seguir ejerciéndola, y este resultado ha de alcanzarse mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Cuando el abuso de la situación de superioridad o de la especial vulnerabilidad de la víctima venga dado exclusivamente por la diferencia de edad entre el sujeto activo y el menor no podrá aplicarse el artículo 188. Y ello, porque tal y como pone de manifiesto la Audiencia Provincial de las Palmas<sup>52</sup>, el artículo 188.1 no es de aplicación porque va referido a mayores de edad; pero tampoco se puede sancionar por el artículo 188.2 o 188.3, porque si así se hiciera se lesionaría el principio *non bis in idem*, pues se estaría utilizando el dato de la menor edad, por un lado para integrar el elemento del tipo básico consistente en abusar de

---

50 Así, el TS en su sentencia de 30 de julio de 2007 considera que el legislador ha estimado “que la tutela del derecho de los menores a un adecuado proceso de formación sexual, impone procurar activamente su exclusión del mercado de la prostitución, dada la influencia que el precio puede ejercer en una voluntad inmadura, viciando su consentimiento”.

51 Sentencia de la AP Castellón (Secc. 1ª), de 18 de julio de 2011.

52 Sentencia de la AP de las Palmas (Secc. 1ª), de 9 de julio de 2010.

una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, y por otro lado para la agravación específica del artículo 188.2, en cuanto que exige que el ofendido sea menor de edad. Ahora bien, ello no significa que la conducta no pueda ser castigada, pues al no poderse valorar uno de los elementos específicos que integran el tipo del artículo 188 devendrá en aplicación el artículo 187.

Junto a las conductas de determinación a la prostitución, el artículo 188.1 prohíbe también el proxenetismo, esto es, el lucrarse explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma. Al margen de las críticas doctrinales que ha suscitado la tipificación del proxenetismo en caso de adultos, la amplitud de esta conducta con relación a los menores —por la vía del artículo 188.2— plantea algunos interrogantes. Así, y dado que el proxenetismo se encuentra ubicado en el primer apartado del artículo 188, queda sin resolver la cuestión de si se trata de castigar esta conducta con relación a cualquier clase de prostitución o bien se trata solo de aquella que explota la prostitución de adultos en las condiciones del artículo 188.1<sup>53</sup>. En todo caso, de la literalidad del artículo 188.2, se deduce claramente que las conductas a las que se refiere han den de tener como finalidad el iniciar o mantener al menor en la prostitución, y difícilmente la conducta de quien se limita a beneficiarse económicamente de la prostitución del menor sin emplear alguno de los medios comisivos previstos en la primera parte del artículo 188.1 determina al menor a iniciarse o mantenerse en la prostitución<sup>54</sup>, y si así fuera, entonces la conducta sería típica en relación a los medios empleados y no a la obtención de lucro. De este modo, y en la medida en que no se utilicen algunos de los medios comisivos previstos en el artículo 188.1, la conducta de quien se limita a beneficiarse económicamente de la prostitución infantil quedará relegada, en caso de que con ello se favorezca la prostitución, al ámbito del artículo 187.

---

53 GÓMEZ INIESTA, D.: “Comentario a los artículos 185-194” en Arroyo Zapatero y otros (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 2007, pág. 454.

54 GÓMEZ TOMILLO, M.: “Derecho pena sexual...”, cit., pág. 4:25.

Al igual que ocurre en el artículo 187, se distingue a efectos de pena entre el menor con edad de consentimiento sexual y el menor de 13 años, adaptándose en este caso las penas previstas al marco punitivo establecido en la Directiva 2011/93/UE. Por otra parte, también en este caso ha de valorarse positivamente la regla concursal por la que se establece la imposición de las penas previstas para los delitos relativos a la prostitución infantil sin perjuicio de las que pudieran corresponder por los abusos o agresiones sexuales efectivamente cometidos<sup>55</sup>; y ello porque mientras en un caso (abusos y agresiones sexuales) se protege directamente la libertad o indemnidad sexual de los menores, en el otro (delitos relativos a la prostitución) se intenta preservar, ante todo, la dignidad del menor que es tratado como objeto de comercio, así como garantizar el libre desarrollo de su personalidad. No obstante, es preciso plantearse la compatibilidad de esta previsión con la agravante consistente en que la víctima sea menor de 13 años en aquellos supuestos en los que la calificación del abuso sexual dependa precisamente de que la víctima tenga una edad inferior a trece años, pues en ese caso se estaría utilizando el mismo hecho -la edad de la víctima- para castigar como abuso y para imponer la agravación prevista en el artículo 188.3.

## 4.2. Explotación sexual comercial infantil en los viajes

### 4.2.1. Descripción del fenómeno

Puede definirse el turismo sexual, como la explotación sexual de un niño, niña o adolescente, por una persona o personas, que viajan fuera de su propio país o región, y en las cuales emprenden actividades sexuales con una persona menor de edad. Normalmente, implica alguna forma de pago —ya sea en dinero o en especie. Aunque es muy difícil barajar cifras aproximadas, la OMT estima que más de tres millones de personas, generalmente hombres de países desarrollados que viajan solos a países en vías de desarrollo, practica el turismo sexual con menores. Son varios

---

55 Apartado 5 del artículo 188.

los factores que han provocado el incremento exponencial de este tipo de turismo a partir de la década de los 90 del pasado siglo. En efecto, la facilidad en los transportes han jugado un papel primordial, pero junto a ello existen otros factores involucrados tales como la mayor facilidad para tener sexo con menores y la percepción de un menor riesgo, tanto legal como sanitario<sup>56</sup>, la falta de control de las autoridades y la permisividad de algunos grupos sociales del país de destino.

Con base en la Declaración sobre la prevención del turismo sexual organizado de la Organización Mundial de Comercio, se considera como Turismo Sexual Organizado, aquellos “viajes organizados en el sector turismo, o al exterior del mismo, pero utilizando sus estructuras y sus redes, con el propósito principal de facilitar a los turistas la práctica de relaciones sexuales comerciales con residentes del lugar de destino”. Más concretamente, puede visualizarse como los paquetes turísticos en los cuales se incluye la compañía de una persona menor de edad.

La promoción y organización de destinos turísticos se organiza de diferentes formas, entre los que puede diferenciarse un circuito informal y cerrado y otro organizado que utiliza empresas turísticas legales. En la primera, los pedófilos intercambian información y facilitan el contacto con centros de prostitución infantil en otros países. Se comunican principalmente a través de Internet. La segunda modalidad es la organizada a través de empresas turísticas que pueden llegar a ofrecer *tour sexuales*.

Los organismos internacionales que han desarrollado experiencia en la lucha contra el turismo sexual con menores de edad, han reiterado que la laxitud de la legislación constituye un factor de incremento del turismo sexual, pues los explotadores sexuales se abstienen de visitar los países que han desarrollado legislaciones fuertes para perseguir esa práctica y están atentos

---

56 Véase O'CONNELL DAVIDSON, J.: “Sex tourism and child prostitution”, en Clift, S. and Carter, S. (eds.), *Tourism and Sex: Culture, Commerce and Coercion*. London-New York, 2000, pág. 56.

a detectar los países con ausencia o laxitud en la legislación para satisfacer su demanda.

#### *4.2.2. La protección jurídico-penal frente al turismo sexual infantil*

Según los últimos datos publicados por UNICEF, entre 20.000 y 50.000 españoles se desplazan anualmente al extranjero con la finalidad de practicar turismo sexual con menores. Aunque la Ley 11/1999 extendió el principio de justicia universal, de forma que la jurisdicción española sea competente para conocer de los delitos de prostitución y corrupción de menores e incapaces cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, lo cierto es que hasta la fecha no se ha pronunciado ninguna sentencia condenatoria en España contra un turista sexual.

La expresa penalización del cliente, a partir de la LO 5/2010 facilita, sin duda, la persecución y castigo de este tipo de comportamiento, pues no será ya necesario probar, como venía exigiendo la jurisprudencia, ni la reiteración de los actos realizados fuera del territorio español ni el grado de corrupción del menor.

Aunque la amplitud del tipo penal previsto en el artículo 187 permitiría, en algunos casos, la condena de los operadores turísticos cuyo carácter de intermediarios en la prostitución de los menores quedase plenamente probado, lo cierto es que en muchas ocasiones será muy difícil de probar la relación existente entre la actividad del operador turístico y la prostitución del menor. En el Informe de Naciones Unidas sobre el Protocolo Facultativo<sup>57</sup> el Comité recomienda a España la adopción de nuevas medidas para impedir el turismo sexual, incluidas la difusión de un Código de Conducta entre los empleados del turismo y llevando a cabo campañas de concienciación dirigidas específicamente a los

---

57 Observaciones finales presentadas al Informe presentado por España, COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, CRC/C/OPSC/ESP/CO/1, de 17 de octubre de 2007.

turistas. En este sentido, y a semejanza de la Ley italiana<sup>58</sup>, podría plantearse la posibilidad de imponer a los operadores turísticos la obligación de incluir en sus folletos publicitarios una advertencia en la que se indique que la ley española castiga con penas de prisión los delitos relativos a la pornografía y a la prostitución con menores de edad aunque se hayan cometido en el extranjero.

### 4.3. Pornografía infantil

#### 4.3.1. Descripción del fenómeno

La ausencia de una definición universal de lo que ha de entenderse por pornografía infantil implica que las actividades relacionadas con la misma hayan de estar sujetas a lo que establezcan cada una de las legislaciones nacionales al respecto, lo que sin duda va en detrimento de su prevención y represión a escala internacional. De ahí, la necesidad de intentar elaborar un concepto de pornografía en el ámbito de la explotación sexual comercial infantil.

Según el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de la Infancia relativo a la venta de niños y niñas, la prostitución infantil y la utilización de niños y niñas en la pornografía, la pornografía infantil comprende “toda representación, por cualquier medio, de un niño —o niña— dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”<sup>59</sup>. Algunos países, conscientes de la posibilidad de conflicto con la libertad de expresión, formularon declaraciones durante la ratificación del Protocolo Facultativo, que las palabras “toda representación” debe ser eliminado sólo en el sentido de “representación visual”, de modo escrito la descripción de relaciones sexuales con los niños no se incluirán. El

---

58 Artículo 4 (por el que se reforma el artículo 600 del Código Penal) de la Legge 3 de agosto de 1998, n° 269 (GU, n° 185, de 10 de agosto de 1998).

59 Artículo 2 c).

artículo 3 exige la penalización de la producción, distribución, difusión, importación, exportación, el ofrecimiento o la venta. Cabe señalar que el artículo 3.1 c) del Protocolo Facultativo sólo requiere la penalización de la posesión de pornografía infantil cuando se produce, distribuye, difunde, importados, exportados o vendidos que ofrece: no hay requisito para tipificar como delito la posesión de pornografía infantil. El Comité de los Derechos del Niño recomendó, sin embargo, que los Estados adopten leyes que tipifiquen como delito la posesión de pornografía infantil “sin que sea necesario el intento de propagación”, por lo tanto, hacer frente a la demanda. Esto incluye el acceso a la “pornografía virtual”. El Protocolo exige la penalización de la tentativa, la complicidad o participación en cualquiera de los delitos

La eventual función legitimadora e incitadora de demanda de prácticas de abuso y explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, ha dado lugar a la inclusión en dicha definición de las relaciones sexuales simuladas, incluyéndose las imágenes creadas completamente de forma digital, las imágenes que incluyan a adultos que simulen ser menores, o la colocación de imágenes no sexuales de niñas, niñas o adolescentes reales en escenarios sexuales. Es cierto que aunque no exista ninguna víctima real en estas imágenes, sus consecuencias pueden ser lesivas para la infancia en la medida en que legitiman e incitan a la sexualidad con los menores. Sin embargo, y aunque puedan incitarla, difícilmente pueden considerarse en sí una manifestación de la explotación sexual infantil, pues falta el elemento consistente en el aprovechamiento abusivo del “menor” con fines sexuales.

Por ello, y desde el punto de vista de la explotación sexual infantil, se considera más apropiado el concepto de pornografía infantil manejado por UNICEF, que comprende “toda representación de un niño, niña y/o adolescente realizando actividades sexuales explícitas, toda representación de las partes genitales de un niños con fines predominantemente sexuales, y toda organización de espectáculos sexuales en vivo de representaciones sexuales explícitas en las que participaren niños, niñas y/o

adolescentes”. Entraría en el ámbito de la explotación sexual, tanto la producción, como la distribución y el uso de dicha pornografía.

Desde esta perspectiva, la pornografía infantil implica un abuso sexual previo sobre el menor y constituye a la vez un acto y un medio de explotación sexual. Es un acto de explotación en la medida en que se abusa de un menor para que sea filmado, fotografiado o visualizado con fines sexuales. Y un instrumento de explotación ya que pueden ser utilizados para romper ciertas barreras e inhibiciones de los niños para participar en este tipo de actividades. Pero además de constituir un acto de explotación, la pornografía como manifestación de la ESCI ha de revestir un carácter comercial, esto es, la remuneración en dinero o en especie al niño o a un tercero para la realización de tales actividades o para su distribución. Es en estos casos en lo que al desvalor que supone la utilización del menor como objeto sexual hay que añadirle el desvalor consistente en su consideración como objeto de comercio.

#### *4.3.2. Protección jurídico-penal de los menores frente a su utilización en materiales y espectáculos pornográficos*

Los apartados 1 y 2 del artículo 189 del Código Penal recogen una serie de conductas dirigidas a prevenir y castigar la explotación sexual de los menores relacionada con su utilización en espectáculos exhibicionistas o materiales pornográficos. En ellos se castiga prácticamente cualquier actividad que pueda favorecer de algún modo la oferta o la demanda de este tipo de espectáculos o material. La diversidad de las conductas prohibidas evidencia la voluntad de abarcar cualquier conducta que pueda incidir de algún modo en la oferta o demanda de pornografía infantil, pudiéndose diferenciar tres tipos de comportamientos prohibidos:

a) Mediante la tipificación de la “*captación o utilización de los menores 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*”, se pretende proteger la libertad e indemnidad sexual

del menor al que se le involucra directamente en el espectáculo o en la elaboración del material pornográfico.

Conforme a la Directiva 2011/93/UE, por espectáculo pornográfico habrá que entender la exhibición en directo dirigida a un público, incluso por medio de las nuevas tecnologías, de un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada, o de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales. La interpretación del precepto penal conforme al concepto proporcionado por la Directiva implica, por una parte, la necesidad de que el menor intervenga activamente en el propio espectáculo, que sea parte de él y que la intervención tenga un contenido sexual, sin que sea suficiente para castigar por este precepto con que el menor desarrolle tareas auxiliares o de contenido no sexual en el espectáculo<sup>60</sup>; y, de otra, la mención a espectáculo implica que la conducta se efectúa en un marco de cierta publicidad, por lo que aunque el espectáculo sea privado tiene que estar abierto a un mínimo de público. De este modo, la Directiva 2011/93/UE excluye expresamente de la definición de espectáculos pornográficos la comunicación personal directa entre iguales que dan su consentimiento, así como los menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual y sus parejas. En este sentido, y en la medida en que dada la amplitud de las conductas prohibidas en el artículo 189.1 la utilización del menor para exhibiciones privadas de naturaleza sexual será típica en cuanto supone su utilización con fines exhibicionistas, será preciso proceder a una interpretación restrictiva del tipo excluyendo del mismo aquellos supuestos en los que el menor ha alcanzado la edad de consentimiento sexual y la actividad exhibicionista se lleva a cabo en el ámbito de una relación sexual plenamente consentida, y ello, porque en estos caso no existe una “utilización del menor”.

En cuanto a la amplitud de la conducta típica, el hecho de que el artículo 189 equipare a todos los efectos la “captación” y la “utilización”, elevando a la categoría de autoría conductas que de

---

60 GÓMEZ TOMILLO, M.: “Derecho pena sexual...”, cit., pág. 4:27.

otro modo serían de cooperación, ha de llevarnos a una interpretación restrictiva en la que se entienda que la captación requiere algo más que el mero ofrecimiento a participar en actividades o espectáculos de contenido exhibicionista o pornográfico. En la medida en que “captar” implica atraer o ganarse la voluntad de alguien<sup>61</sup>, será preciso que el menor, por iniciativa del autor, llegue a comprometerse explícita o implícitamente en la realización de la actividad ofrecida<sup>62</sup>.

El apartado a) del artículo 189.1, por su parte, extiende la tipicidad a las conductas consistente en financiar cualquiera de estas actividades o lucrarse con ellas. El empleo de nuevo, de un concepto extensivo de autor, ha de llevarnos a una interpretación restrictiva del tipo, entendiendo que para que la conducta sea típica tanto la financiación como el lucro han de ser de naturaleza económica<sup>63</sup>, lo que por supuesto no excluye que cualquier otro tipo de colaboración pueda castigarse conforme a las reglas de la participación. En la medida en que el espectador que asiste pagando a un espectáculo pornográfico en el que se utilizan a menores está financiando, con el pago de su entrada, esta actividad, su conducta quedaría incluida en el ámbito típico del precepto. El problema se plantea con respecto del espectador que asiste a dichos espectáculos de forma gratuita a sabiendas de la utilización de menores en los mismos. Este espectador no capta ni utiliza al menor, pero tampoco contribuye a financiar el espectáculo, por lo que su conducta queda excluida del ámbito del precepto. Con relación a esta última cuestión hay que resaltar que la Directiva 2011/93/UE obliga a los Estados a castigar “*el asistir a sabiendas a espectáculos pornográficos en los que intervengan menores*”<sup>64</sup>, aunque deja a la discreción de los Estados miembros

---

61 DRAE

62 VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Navarra, 2011, pág. 417.

63 En este sentido GÓMEZ TOMILLO, M.: “Derecho pena sexual...”, cit., pág. 4:28.

64 Apartado 5 del artículo 4.

decidir si penaliza la asistencia a un espectáculo pornográfico que tenga lugar en el contexto de una relación consentida cuando el menor haya alcanzado la edad de consentimiento sexual, o entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos ni explotación y que no medie dinero u otras formas de remuneración o contraprestación a cambio del espectáculo pornográfico

b) El artículo 189.1 b) sanciona tanto la producción, venta, distribución, exhibición y ofrecimiento de material pornográfico en el que se hubieran utilizado menores, como la facilitación de tales actividades y la posesión del material pornográfico para esos fines, y ello aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

En consonancia con el concepto de pornografía infantil que se recoge en el artículo 2 del Protocolo Facultativo, la Directiva 2011/93/UE considera material pornográfico todo material que represente de manera visual a un menor, a un adulto que aparente ser un niño o la imagen realista de un niño inexistente practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, así como la representación o imágenes realistas de los órganos sexuales del menor o del adulto que simula ser un menor, siempre que sea con fines principalmente sexuales. No obstante, la literalidad del artículo 189.1 b), en la medida en que expresamente se refiere a material pornográfico en el que se hubieren utilizado menores, nos lleva un concepto de pornografía infantil más restringido que el empleado por la Directiva, de modo que solo serán típicas las conductas referidas a material pornográfico en el que se muestre a un menor concreto participando explícitamente en una actividad de carácter sexual o sus órganos genitales con fines principalmente sexuales.

Los supuestos en los que se utiliza la voz o imagen alterada o modificada de un menor, sin que haya llegado a utilizarse directamente en la elaboración del material pornográfico, quedarán relegados al apartado 7 del artículo 189, en el que se castiga la elaboración de la denominada pornografía infantil virtual, cuya

tipificación puede considerarse siempre que exista un acuerdo respecto a que el objeto de protección en este apartado es la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del menor y no su libertad o indemnidad sexual. De ahí, que la pena prevista para este delito sea inferior a la que se prevé para aquellos en el que existe una involucración directa del menor en la elaboración del material pornográfico, y por tanto su libertad e indemnidad sexual resultan directamente comprometidas.

Distinta es la cuestión con respecto a la tipificación, como establece la Directiva 2011/93/UE, de otros supuestos de pseudo-pornografía en los que no se ha utilizado a un menor, ni directa ni indirectamente, en la elaboración del material pornográfico. El castigo de estas conductas intenta justificarse en el hecho de que mediante la oferta se eleva la demanda de material pornográfico en el que aparecen representados menores. Sin embargo, con la tipificación de estas conductas el Derecho penal pasaría a tutelar intereses relativos a una difusa moral colectiva, pues se reprimen conductas que por estar tan alejadas del bien jurídico protegido no cumplen la exigencia de la ofensividad o lesividad necesaria que justifique su incriminación<sup>65</sup>.

Aunque la Directiva incluye estas conductas en su concepto de pornografía infantil, no siempre existe obligación para los Estados miembros de su tipificación como delito, dado que la propia Directiva permite que los Estados excluyan la responsabilidad penal cuando el que simula ser un niño es un adulto mayor de 18 años, y, en el supuesto de niño inexistente, cuando el productor produce el material pornográfico y está en posesión del mismo exclusivamente para su uso privado. *A sensu contrario* ello significa la obligación de los Estados miembros de castigar la producción y distribución de pornografía en la que se represente a un niño inexistente o un adulto que simula ser un niño en los supuestos en los que el material se difunda.

---

65 MORALES PRATS, F.: "Pornografía infantil e Internet" *Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet (Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001)*, [www.uoc.edu/in3/dt/20056/](http://www.uoc.edu/in3/dt/20056/)

El número 3 del artículo 189 recoge una serie de circunstancias agravantes de las conductas previstas en el número primero del precepto, tales como que la víctima no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual (13 años), el carácter particularmente vejatorio o degradante de los hechos, la especial gravedad de los hechos atendiendo al valor económico del material pornográfico o la representación de violencia física o sexual, así como la pertenencia del culpable a una organización o asociación, y, por último, por la relación del culpable con la víctima<sup>66</sup>.

c) El número 2 del artículo 189 incide directamente sobre el demandante de pornografía infantil<sup>67</sup> castigando con la pena tres meses a un año de prisión o multa a quien para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad. La posesión, a diferencia de la accesibilidad, implica que la pornografía esté incorporada a un soporte material que será el objeto de la posesión, por lo que el acceso online gratuito a este tipo de material será atípico<sup>68</sup>. Ahora bien, si el acceso online o la descarga del material es mediante pago, entonces la conducta podría quedar cubierta por el segundo inciso del artículo 189.1 a), ya que mediante la misma se está “financiando” la utilización de menores con fines exhibicionistas o pornográficos.

Al igual que la Decisión Marco 2004/68<sup>69</sup>, la Directiva prevé la posibilidad de que los Estados excluyan la responsabilidad penal cuando en las conductas de reproducción y posesión de pornografía infantil se produzcan y posean imágenes de niños que hayan alcanzado la edad del consentimiento sexual, con el consentimiento de los mismos y exclusivamente para uso privado. Parece una contradicción el hecho de considerar a un menor capaz de emitir un consentimiento válido en materia sexual y al mismo

---

66 Estas circunstancias coinciden en gran medida con las previstas en la Directiva 2011/93/UE.

67 GÓMEZ INIESTA, D.: “Comentario a los artículos 185-194”, cit., pág. 460.

68 Véase al respecto TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)”, cit., pág. 215.

69 Letra b) del apartado 2 del artículo 3.

tiempo negarle su capacidad para consentir su participación en un material pornográfico que, al no ser difundido, no implica una utilización del menor ni un riesgo para su dignidad o posterior desarrollo de su personalidad. En este sentido sería deseable que, por una razón de coherencia, el Código Penal incorporase una cláusula similar tanto entre los delitos relativos a la pornografía infantil como en el delito de exhibicionismo cuando el sujeto pasivo sea un menor mayor de 13 años de edad, garantizando en todo caso la existencia de un consentimiento válido en el sentido expresado en la Directiva.

Por último, y al objeto de la adecuada sanción de los abusos o agresiones sexuales de las que hubiese sido objeto, en su caso el menor, hubiera sido aconsejable la introducción de una cláusula concursal similar a la prevista para los delitos relativos a la prostitución. Es cierto que, aunque exista una coincidencia en los bienes jurídicos protegidos, cuando el autor sea el mismo no existen muchas dificultades para argumentar la existencia de un concurso de delitos. Pero, obviamente, la previsión expresa de la regla concursal en el artículo 188 podría poner en duda su aplicación con respecto a los delitos relativos a la pornografía infantil.

El artículo 189 bis del Código, prevé la responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, siempre que el delito haya sido cometido, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que tengan en ella un poder de dirección o por quienes estando sometidos a la autoridad de las mismas no se haya ejercido sobre ellas el oportuno control. Con la introducción de este precepto por la LO 5/2010 se daba cumplida respuesta a la obligación impuesta por el artículo 6 de la Decisión Marco 2004/68, y el actual artículo 12 de la Directiva 2011/93/UE.

Al margen de la valoración que merezca la previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el ámbito concreto de los delitos relativos a la prostitución y la pornografía infantil sería conveniente plantearse las repercusiones que ello puede tener sobre los servidores de Internet en los que se difunde

pornografía infantil. En cualquier caso esta cuestión tiene que ser analizada a la luz de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, cuyo artículo 13 establece que “*Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley*”. Esta declaración genérica se ve restringida, no obstante, por las exenciones de responsabilidad prevista en los artículos posteriores de la Ley, de modo que la responsabilidad penal conforme a lo dispuesto en el artículo 189 bis puede quedar limitada, en el caso de los servidores de Internet, a los proveedores de contenidos.

#### 4.4. Trata de menores con fines de explotación sexual

##### 4.4.1. Descripción del fenómeno

La trata de menores de edad es una actividad lucrativa íntimamente vinculada a redes de delincuencia y corrupción. Dado que se desarrolla casi siempre en la clandestinidad, su detección resulta difícil. La trata de menores comporta en todo caso una vulneración del derecho del niño a crecer en el seno de un entorno familiar y conlleva invariablemente para estos niños y niñas una serie de peligros, como la violencia y el abuso sexual. Aunque muchas organizaciones internacionales han intentado proporcionar cifras estimadas sobre el número de niños y niñas que son objeto de trata para la explotación sexual, es prácticamente imposible conocer la magnitud del fenómeno debido a que la mayoría de las estimaciones globales se basan en estimaciones realizadas por otras organizaciones sobre el número de casos de trata a nivel nacional o local, utilizando distintos criterios para decidir quiénes deben ser incluidos en dichas cifras<sup>70</sup>. En todo

---

70 DOTTRIDGE, M.: *La trata de niños, niñas y adolescentes con fines sexuales. Una contribución de ECPAT Internacional al Congreso Mundial III de Enfrentamiento a la Explotación Sexual de Niñas, Niños y Adolescentes*, pág. 27.

caso, y con independencia de la cifra exacta, la trata de menores de edad es un problema de ámbito mundial que afecta cada vez más a un gran número de niños, niñas y adolescentes.

La respuesta mundial frente al crecimiento de esta forma de criminalidad, dio lugar a la adopción el año 2000 de dos instrumentos internacionales relacionados directamente con la trata de menores para su explotación sexual, concretamente El “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”, y El “Protocolo para prevenir, suprimir y castigar la trata de personas, especialmente mujeres y niños”

El artículo 3 del Protocolo contra la trata de personas presenta una definición única de la trata de personas, pero diferencia la condición de niño, niña o adolescente de la condición de adulto, ampliando el concepto de trata, de acuerdo con los principios de interés superior del niño y de protección efectiva reconocidos en la Convención sobre los derechos del niño. Así, y a diferencia de lo que ocurre en la trata de adultos, en la que uno de los elementos claves de la definición es la ausencia de consentimiento o la obtención de un consentimiento viciado, en el caso de la trata de menores se descarta cualquier posibilidad de consentir la explotación de un niño, niña o adolescente, por lo que será calificada como trata toda actividad consistente en *“el reclutamiento, transporte, traslado, acogida o recepción de un niño(a) con fines de explotación”, sin que sea necesario que se hayan dado algunos de los medios indicados para el caso de los adultos*<sup>71</sup>. La razón de este concepto más amplio de trata, cuando el sujeto pasivo es un niño, hay que encontrarla en el hecho de que los menores se consideran víctimas especialmente vulnerables a los efectos de ser objetivos de este tipo de conductas, por lo que requieren de mayor protección<sup>72</sup>. Como ha señalado UNICEF, “el consentimiento de un niño o una niña víctima de

---

71 Artículo 3c) del Protocolo.

72 VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos*, cit., pág. 39.

trata infantil es irrelevante” en cualquier caso, y ello incluso por encima de los derechos de quienes ejercen su representación legal, al desconocerse en todo caso la posibilidad de tener en cuenta el consentimiento de éstos con relación a la trata.

A efectos del Protocolo se entiende por niño todo menor de 18 años. La amplitud de la definición y la utilización de un criterio estrictamente biológico disipan cualquier duda acerca de la inclusión de los adolescentes en el ámbito de la trata de menores. Así mismo, quedan incluidos en el concepto de niño, cualquier menor de 18 años con independencia de que según la legislación de su país haya alcanzado o no la mayoría de edad, o tenga reconocida capacidad para consentir en materia sexual. Se trata, pues, de un concepto más amplio que el proporcionado por la CDN.

Aunque las discusiones que precedieron a la adopción del Protocolo sobre la Trata de personas no explicitaron lo que significaba el término “explotación sexual”, éste incluye, al menos, la explotación de la prostitución infantil y la utilización de menores en la elaboración de material pornográfico o en espectáculos pornográficos<sup>73</sup>. Pero además, la definición del Protocolo sobre la Trata de Personas implica que el término “víctima de trata” puede ser aplicado a cualquier niño o niña que sea reclutado con fines de explotación sexual, independientemente de que el reclutamiento involucre cualquier forma de traslado o movimiento. Y ello, porque los verbos que integran la conducta de trata se refieren también a este fenómeno en su acepción de traspaso de poder sobre una persona mediante la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, lo que no implica necesariamente

---

73 Junto a su intervención en este tipo de actividades de contenido directamente sexual, se incluyen también en este tipo de trata los supuestos de matrimonios forzados o venta de esposas, e incluso los supuestos de turismo sexual e incluso determinadas actuaciones de las fuerzas de pacificación. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos*, cit., pág. 68, los considera, con razón, supuestos favorecedores de la trata de personas, pero no supuestos de trata propiamente dichos.

el traslado físico del tratado<sup>74</sup>. No obstante, desde el año 2000 la mayoría de iniciativas que apuntan explícitamente a prevenir la trata infantil han focalizado su atención sobre los casos de niños que han sido trasladados de una u otra manera, sea dentro de su país o a través de las fronteras, es decir, desde un medio en el cual se sentían familiares a otro medio en el que se encuentran privados de sus sistemas usuales de soporte y bajo condiciones excepcionales de vulnerabilidad ante el abuso<sup>75</sup>.

El artículo 5.3 del Convenio del Consejo Europeo sobre la lucha contra la trata de seres humanos hace referencia a un “*enfoque basado en el derecho de las personas...así como un enfoque respetuoso de los niños*”. Al interpretar lo que este enfoque implica para los niños y niñas, UNICEF ha señalado que el enfoque de la trata basado en los derechos del niño significa colocar a los niños en el centro de todas las intervenciones relacionadas con la trata. El interés superior del niño debe recibir atención prioritaria en todas las acciones. El interés superior del menor es una consideración primordial también en las Directivas 2011/36/UE y 2011/93/UE.

#### *4.4.2. Protección jurídico-penal de los menores frente a la trata con fines de explotación sexual*

Como respuesta a los conflictos interpretativos derivados del tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis, la LO 5/2010 incorpora al Código Penal el artículo 177 bis que pasa a integrar el contenido del Título VII bis denominado “De la trata de seres humanos”.

De lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 177 bis, se infiere que el Código Penal castiga como trata de menores

---

74 VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos*, cit., pág. 38.

75 Véase DOTTRIDGE, M.: *La trata de niños, niñas y adolescentes con fines sexuales*, cit., pág. 18

para la explotación sexual la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o alojamiento de un menor de 18 años, nacional o extranjero, con la finalidad de explotación sexual, incluida la pornografía. En consonancia con lo establecido en los textos internacionales y europeos, cuando la víctima sea un menor de 18 años no será preciso, para que la conducta sea típica, que concurren algunos de los medios establecidos con carácter general en el apartado 1 del precepto.

La amplitud de las conductas típicas, expresivas de todos los posibles comportamientos que pueden intervenir en el proceso de la trata, aconseja una interpretación restrictiva que impida la equiparación en la valoración legal de lo que no es equiparable en la realidad<sup>76</sup>. Como tipo mixto alternativo gira en torno a tres acciones principales, siendo suficiente con la realización de alguna de ellas:

a) Captación: la captación supone una actividad previa a la explotación realizada por el propio explotador o por el tratante, orientada a la sustracción de la víctima de su entorno más inmediato para ser tratada, esto es, para ser desplazada, movilizadada o cedida<sup>77</sup>. Al igual que en delito previsto en el artículo 189.1 del Código Penal, la captación ha de ir más allá del mero ofrecimiento, siendo necesario que el ofrecimiento haya surtido efecto y se produzca el reclutamiento o captación de las personas interesadas<sup>78</sup>. Aunque, como ya se ha tenido ocasión de exponer el traslado físico puede no ser un elemento constitutivo de la trata, la única

---

76 TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “De la trata de seres humanos” en AAVV, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo III, Derecho Penal. Parte Especial, Vol. I, Madrid, 2011, pág. 163.

77 Véase la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, pág. 15.

78 Véase, aunque referida al artículo 312.2.1 del Código Penal, la Sentencia de la AP de Teruel de 23 de marzo de 1999. VILLACAMPA ESTIARTE, (*El delito de trata de seres humanos*, cit., pág. 416) por su parte, exige algún tipo de resultado intermedio que al menos, aparentemente, obligue al tratado a realizar algún tipo de actividad.

manera de distinguir la trata de otras formas de explotación es requiriendo, al menos, un elemento de sometimiento y control de la persona objeto y víctima de la trata<sup>79</sup>. Este elemento será el que permita diferenciar la captación de un menor con la finalidad de explotación sexual de su captación con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos.

b) Traslado: junto al transporte, que solo puede ir referido a la acción por la que se lleva a la víctima de un lugar a otro<sup>80</sup>, el artículo 177 bis prevé también como conducta típica el traslado. Trasladar puede entenderse como sinónimo de transportar, pero al ser aplicado a una persona carente de capacidad de decisión, como es el caso de los menores, puede adquirir el significado de entrega, cesión, cambio o transferencia de la víctima, comprendiendo así todos los supuestos de venta entre tratantes o de adquisiciones mediante precio de quien ejerza un poder de dominación sobre la víctima<sup>81</sup>. Esta interpretación, además de dotar al traslado de un significado diferente al del transporte, adecúa el precepto al concepto de trata recogido en la Directiva 2011/93/UE al permitir castigar los supuestos de intercambio o transferencia de control sobre una persona.

c) Acogida, recepción y alojamiento: en la medida en que el acogimiento implica el recibimiento y albergue de la víctima podría entenderse que ambas conductas se superponen, aunque si se quiere encontrar diferencias podría considerarse que la acogida tiene un sentido más duradero que el simple alojamiento<sup>82</sup>.

---

79 PEREZ ALONSO, E.: *El tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Valencia, 2008, pág. 324. En esta línea, TERRADILLOS BASOCO (“De la trata de seres humanos”, cit., pág. 163) considera” imprescindible, ya en la interpretación del tipo objetivo, vincular el entendimiento de cada una de las concretas conductas a las características de la trata de seres humanos, tal y como viene descrita en los instrumentos internacionales.

80 Circular 5/2011, cit., pág. 17.

81 Circular 5/2011, cit., pág. 17.

82 Véase VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos*, cit., pág. 412, en especial nota 171.

La recepción, sin embargo, puede interpretarse como el acto de “apropiación” de la víctima cedida o transferida; es decir, sería la conducta complementaria a la de trasladar desde la perspectiva de quien toma o se hace cargo de la víctima

De acuerdo con la definición internacional de trata de seres humanos, el legislador ha configurado el delito en torno a la exigencia de un especial elemento subjetivo, consistente en la realización de la conducta típica con la finalidad de explotación laboral, explotación sexual o extracción de órganos corporales. Se trata, pues, de un delito de resultado cortado en cuya virtud será preciso que el sujeto activo realice la conducta con la intención de explotar a la víctima en alguna de las modalidades enumeradas en el tipo, pero sin que sea necesario que la explotación llegue a producirse para que el delito se entienda consumado. En este sentido, el apartado 9 del artículo 177 bis establece expresamente la regla del concurso de delitos con respecto del artículo 318 bis y de los demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

En el supuesto que nos ocupa, trata de menores con fines de explotación sexual, la explotación incluirá cualquier conducta referida a la prostitución de menores y a su intervención en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o en la elaboración de materiales pornográficos, así como cualquier actividad de contenido sexual que en el caso de llegar a producirse fuera constitutiva de delito<sup>83</sup>. La diferencia entre las conductas de explotación sexual y otras conductas contra la libertad e indemnidad sexual radica en el ánimo de lucro. En este sentido, el Tribunal Supremo ha manifestado que la existencia de ánimo de lucro es inherente a la explotación sexual, “de manera que quien explota o pretende explotar la prostitución de otro no lo hace de forma desvinculada de las ganancias económicas que el ejercicio de ese comercio supone”<sup>84</sup>. En consecuencia, si la explotación sexual

---

83 VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos*, cit., pág. 442.

84 STS de 17 de mayo de 2011, con relación al 318 bis.

—con ánimo de lucro— ha sido efectivamente llevada a cabo, el artículo 177 bis entrará en concurso con los delitos previstos en el artículo 188.2 o 188.3 cuando la explotación haya consistido en la prostitución del menor, y 189 cuando se les haya explotado a través de su utilización con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para la elaboración de material pornográfico.

La pena a imponer por el delito de trata de menores para su explotación sexual es de 8 a 12 años de prisión, superior a la prevista en la Directiva 2011/36/UE que prevé para estos supuestos una pena privativa de libertad máxima de al menos 10 años. Además de excesiva, se puede considerar que la pena es desproporcionada desde el punto de vista de coherencia interna del propio Código Penal<sup>85</sup>, máxime si tenemos en cuenta que por la vía de los tipos cualificados previstos en los apartados 5 y 6 del precepto, el marco penal puede llegar a ser de 11 a 12 años de prisión, pena superior a la mínima prevista para el delito de homicidio. Por otra parte, y conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva 2011/36/UE el apartado 11 del precepto prevé la exención de pena para la víctima del delito siempre y cuando se cumplan determinadas circunstancias. Por último, y conforme a lo establecido en la Directiva se prevé la responsabilidad de la persona jurídica (apartado 7) y la reincidencia internacional (apartado 10).

85 TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “De la trata de seres humanos”, cit., pág. 166.