



# EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología  
San Sebastián, N.º 13 - 1999

- **A. Beristain.** Presentación, sin olvidar a J. Pinatel - Aurkezpena, J. Pinatel gogoan ..... 9

### **Curso: “Inmigración ilegal”**

- **C. San Juan.** Control social de los inmigrantes ..... 15
- **I. J. Subijana Zunzunegui.** La inmigración ilegal ..... 25

### **Curso: “Los menores víctimas de la violencia”**

- **F. Bueno Arús.** Victimología infantil: tipología ..... 41
- **L. M. Querejeta.** Estructura de la personalidad del menor víctima ..... 53
- **I. J. Subijana Zunzunegui.** La Victimología infantil ..... 67
- **J. Tapia.** Protección del menor-víctima en las fases policial y judicial ..... 85

### **Curso: “Policía Judicial como forma de desarrollo de una Justicia más eficaz”**

- **M. Alonso Belza.** La protección de peritos y testigos ..... 113
- **L. Navajas Ramos.** Policía Judicial ..... 117
- **L. M. Querejeta.** Validez y credibilidad del testimonio ..... 157
- **J. L. de la Cuesta Arzamendi.** Conclusiones del curso ..... 169

### **Miscelánea**

- **J. L. de la Cuesta.** El fraude en materia de ingresos de la U. E. .... 175
- **P. Waldmann.** Asimetría entre la dinámica de la violencia y la paz ..... 201

### **In Memoriam Jean Pinatel**

- **A. Beristain.** Jean Pinatel, criminólogo transnacional y hombre bueno 209
- **J. Castaignède.** Hommage à Jean Pinatel et à son oeuvre ..... 219

VI Promoción de Master y XII de Criminólogos ..... 227

Nombramiento de Miembro de Honor del IVAC-KREI a Juan José Goiriena de Gandarias ..... 233

Memoria del IVAC-KREI ..... 239

EGUZKILORE

Número 13.  
San Sebastián  
Diciembre 1999  
25 - 37

# LA INMIGRACIÓN ILEGAL Y EL CÓDIGO PENAL. EN ESPECIAL, EL ARTÍCULO 188 DEL CÓDIGO PENAL: TRÁFICO DE PERSONAS PARA SU EXPLOTACIÓN SEXUAL

Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI

*Magistrado  
San Sebastián*

**Resumen:** La presencia de organizaciones criminales de carácter transnacional que tienen por objeto el tráfico de personas con fines de explotación sexual adquiere cada día más importancia. Tras un breve análisis de la evolución de la legislación internacional en esta materia, se estudia la legislación sustantiva de ámbito nacional, deteniéndose en las modificaciones del Código penal de 1995 por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, así como la legislación procesal de ámbito nacional.

**Laburpena:** Sexu esplotazioa helburutzat duen pertsonen trafikoa objetutzat duten nazioarteko erakunde kriminalen presentziak, gero eta garrantzi handiagoa du. Gai honi buruzko nazioarteko legegidearen eboluzioaren analisi labur baten ondoren, legegide nazionala aztertzen da, 1999-ko apirilaren 30-eko 11. Lege organikoaren bidez egin diren 1995-ko Kode penalaren aldatetetan sakonduz. Era berean legegide procesal nazionala aztertzen da.

**Résumé:** La présence des organisations criminelles transnationales dont le but est la traite des personnes pour l'exploitation sexuelle acquiert de plus en plus d'importance. Après un bref analyse de l'évolution de la législation internationale en cette matière, on étudie la législation substantive nationale, en s'arrêtant dans les modifications du Code pénal de 1995 par Loi Organique 11/1999, du 30 d'avril, ainsi que la législation de la procédure nationale.

**Summary:** The presence of transnational criminal organizations, the aim of which is the traffic of people with the purpose of sex exploitation, acquires each time more importance. After a brief analysis of the international legislation's evolution in this matter, the national substantive legislation is studied, dwelling upon the 1995 Penal Code's Modifications introduced as a result of the Organic Law 11/1999, the 30<sup>th</sup> of April, as well as the national procedural Law.

**Palabras clave:** Inmigración ilegal, organizaciones criminales, tráfico de personas, Derecho penal, prostitución, Derecho procesal.

**Hitzik garrantzizkoenak:** Legez kanpoko inmigrazioa, erakunde kriminalak, pertsonen trafikoa, Zuzenbide penala, Zuzenbide prozesala.

**Mots clef:** Immigration illégale, organisations criminelles, traite des personnes, Droit pénal, prostitution, Droit de la procédure.

**Key words:** Illegal immigration, criminal organizations, traffic of people, penal Law, prostitution, procedural Law.

## SUMARIO

- I. Introducción.
- II. La evolución internacional: textos básicos.
- III. La legislación sustantiva de ámbito nacional: en especial las modificaciones operadas en el código penal 1995 por la ley orgánica 11/1999, de 30 de abril.
  - III.1. La libertad sexual como bien jurídico protegido: en especial, los menores de edad.
  - III.2. La prostitución.
  - III.3. La explotación sexual de personas.
- IV. La legislación procesal de ámbito nacional.
  - IV.1. Prescripción.
  - IV.2. Jurisdicción.
  - IV.3. Investigación: el agente encubierto.
- V. Reflexión final.

## I. INTRODUCCIÓN

El discurso liberal, fundado en el principio de igualdad ante la ley sin discriminación alguna por circunstancias personales o sociales, se enfrenta en la actualidad ante un embate de especial magnitud: el fenómeno de la globalización económica y su incidencia en el principio de universalidad de los derechos.

El fenómeno de la globalización ha generado una disparidad extrema en la situación económica de los habitantes de los diversos Estados ubicados al Norte (paradigma de riqueza) y Sur (paradigma de pobreza) del territorio mundial provocando, con ello, entre otros efectos, que los nacionales de los países pobres inicien una progresiva emigración hacia los países más ricos. Ello ha motivado un creciente esfuerzo de los Estados receptores de emigrantes en aras a frenar, mediante una política de control de fronteras, los flujos de personas que, impelidas por su precariedad vital, buscan cobijo y amparo en los países que destilan hacia el exterior síntomas específicos de prosperidad económica. Amén de ello, la titularidad de los denominados derechos políticos, es decir, aquellos que permiten a sus titulares diseñar las reglas de la convivencia social o cívica, se confiere en exclusiva a los ciudadanos, es decir, a los nacionales de los respectivos países. De ahí que se ha podido afirmar por FERRAJOLI<sup>1</sup> que “en la crisis de los Estados y de las comunidades nacionales que caracteriza este fin de siglo, conectada con fenómenos paralelos como las migraciones de masas, los conflictos étnicos y la distancia cada vez mayor entre Norte y Sur, es preciso reconocer que la ciudadanía ya no es, como en los orígenes del Estado moderno, un factor de inclusión y de igualdad. Por el contrario, cabe constatar que la ciudadanía de nuestros ricos países representa el último privilegio de status, el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal, en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales”; o por DE LUCAS<sup>2</sup> que “...un

---

1. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías (la ley del más débil)*, traducido por Perfecto Andrés Ibáñez y Andrés Greppi, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pp. 117-119.

2. DE LUCAS, Javier, “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías”, en el libro *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural, Cuadernos de Derecho Judicial*, XI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 292. El mismo autor, “La lucha contra la discriminación”, en el libro *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 141-162.

nuevo sujeto social pugna por romper el círculo cerrado de la ciudadanía entendido como fortaleza, por derribar un (pen) último muro, el de la negación de los derechos y aun de la condición de sujeto de derechos a los extranjeros, el de su exclusión del espacio público (relegado sólo a lo privado, cuando no a lo clandestino)". La presencia de grupos humanos que anhelan la emigración, dada su paupérrima situación vital en sus países de origen, y la implantación de políticas de recepción limitada y selectiva por los países de destino de los mentados flujos crean los factores propicios para la instauración progresiva de organizaciones criminales que tienen una finalidad primordial: crear redes de tráfico de seres humanos para su explotación económica y sexual. Es más, el carácter transnacional de las mentadas organizaciones pone al descubierto zonas de impunidad, dada la sujeción del proceso de criminalización y de enjuiciamiento jurisdiccional a los criterios de territorialidad, en línea con la concepción soberanista del Estado Nacional. De ahí el creciente esfuerzo en foros internacionales por crear mecanismos jurídicos que obliguen a los Estados Nacionales a ubicar en el orden jurisdiccional penal los comportamientos ilícitos más graves protagonizados por las personas inmersas en las mentadas organizaciones criminales. En este contexto, es interesante analizar, en primer lugar, la evolución producida en la legislación internacional en todo lo atinente al tratamiento penal de la explotación sexual de personas para, a continuación, observar la incidencia que los mentados compromisos internacionales han tenido en la legislación interna.

## II. LA EVOLUCIÓN INTERNACIONAL. TEXTOS BÁSICOS

La presencia de organizaciones criminales de carácter transnacional que tienen por objeto el tráfico de personas con fines de explotación sexual y la presencia, entre las víctimas, de menores de edad ha provocado, en los últimos años, un progresivo esfuerzo en sedes internacionales en orden a promover legislaciones uniformes en el seno de los Estados nacionales<sup>3</sup>.

**La Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño**, que conceptúa como tal, *ex artículo 1*, a toda persona menor de 18 años de edad, obliga a todos los Estados a implantar medidas de diverso orden para prevenir toda forma de explotación sexual del menor (artículo 19). En concreto, se debe evitar la incitación o coacción para que un niño tome parte en una actividad sexual ilícita; la explotación de niños en prostitución o cualquier otra práctica sexual ilícita y la explotación de niños en espectáculos y materiales pornográficos.

**El Primer Congreso Mundial contra la explotación Sexual Comercial de Menores**, celebrado en Estocolmo del 27 al 31 de agosto de 1996, hace especial hincapié en la presencia de redes delictivas internacionales que, aprovechando la presencia de una legislación heterogénea e inadecuada en muchos países, favorecen diná-

---

3. Una completa relación de la legislación internacional en DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales: documentos de organismos internacionales y derecho comparado europeo*, ponencia presentada en el *Curso Delitos contra la Libertad Sexual*, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid los días 20 a 22 de octubre de 1999.

micas de globalización del mercado sexual de niños. Para remediar esta situación, se aprueba un plan de acción que contempla la adopción de medidas en el campo del Derecho penal sustantivo y procesal. Así, en *el ámbito sustantivo* se postula:

- a) la voluntad de incriminar y exigir de manera efectiva la responsabilidad penal de los proveedores de servicios, clientes e intermediarios en la prostitución, tráfico y pornografía infantil, incluida la posesión de material pornográfico infantil, la pornografía basada en computadoras y otras actividades sexuales ilegales;
- b) la tipificación como delictivo del denominado turismo sexual, es decir, de actos delictivos cometidos por nacionales en países extranjeros de destino con menores del citado país;
- c) la instauración de sanciones que contemplen, también, la confiscación de los beneficios de quienes cometan delitos sexuales;
- d) implantación de plazos suficientemente amplios para la prescripción de los delitos sexuales contra los menores. En todo caso, debe reconocerse un plazo de al menos cinco años a contar desde la mayoría de edad.

*En el campo procesal*, se insta a la cooperación internacional en la persecución de estos delitos, con específica mención a la extradición o al enjuiciamiento del victimario en el país de origen o de destino y a la progresiva intervención de la Interpol en este campo.

*En relación a las víctimas*, se propone crear unidades especiales en la policía y en la magistratura para hacerse cargo de los niños víctimas de abusos sexuales.

En el seno del Consejo de Europa destaca **la Recomendación N° R (91) 11 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la explotación sexual, la pornografía, la prostitución y el tráfico de niños y jóvenes**. La Recomendación insta a los Estados a adoptar las siguientes medidas:

- a) *Tipificación penal*: consideración como delictivos de los comportamientos de producción y distribución de material pornográfico que implique a niños; la inducción, favorecimiento o facilitación de la prostitución infantil; el proxenetismo relativo a niños y jóvenes; la trata de niños y jóvenes con fines de prostitución u otras formas de explotación sexual. Para esta constelación de comportamientos se prevé la implantación de sanciones apropiadas y adecuadas a su gravedad.
- b) *Competencia jurisdiccional*: introducción de reglas de competencia extraterritorial con el fin de permitir la persecución y sanción de los nacionales que hayan cometido actos de explotación sexual de niños y jóvenes fuera del territorio nacional y, en su caso, mejorar la cooperación internacional en este campo.
- c) *Medidas de protección*: implantación de medidas preventivas y asistenciales, de carácter médico, psicológico, social y jurídico, a favor de menores (edad inferior a 16 años) y jóvenes (edad entre 16 y 21 años).

En el marco de la Unión Europea, destaca **el Acto del Consejo por el que se aprueba la Acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, de 24 de febrero de 1997**. La mentada Acción común, tras conceptuar la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños como un grave atentado contra la dignidad humana, implementa las siguientes medidas:

a) *definiciones conceptuales*: por trata de personas se define toda conducta de facilitación de la entrada, tránsito, residencia, salida del territorio de un Estado miembro con fines de explotación sexual o abuso sexual de: personas que sean niños; personas que no sean niños siempre que se persigan fines lucrativos y se emplee coacción (violencia o amenaza), engaño o abuso de autoridad u otra forma de presión que elimine la posibilidad de una opción real y aceptable que no sea la de someterse a la presión o abuso de que es objeto.

Por explotación sexual de niños se entienden los actos de persuadir o coaccionar a un niño para participar en cualquier actividad sexual ilícita; la explotación de niños mediante la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; la explotación de niños para actuaciones y material pornográfico, sea producción, venta y distribución u otras formas de tráfico de material de este tipo, ya posesión de dicho material. En lo atinente a la explotación sexual de adultos, se considera como tal la explotación del adulto mediante la prostitución.

b) *Tipificación penal*: tipificar como delito las conductas referidas, llegando a establecer la responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas por las infracciones cometidas en su nombre, sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas, autores o partícipes, de los hechos penalmente relevantes.

c) *Sanción*: implantación de penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, entre las que se incluyan las penas privativas de libertad; la confiscación de los medios y de las ganancias derivadas de las mentadas infracciones y el cierre temporal o definitivo de los establecimientos utilizados o destinados a la comisión de la infracción.

d) *Jurisdicción*: extender la competencia jurisdiccional a los casos de infracciones cometidas fuera del territorio nacional, siempre que el autor sea nacional del Estado miembro o resida habitualmente en su territorio; favorecimiento de la extradición, eliminando, incluso, la exigencia de la doble incriminación.

e) *Proceso*: protección de testigos y asistencia a las víctimas; favorecimiento de la cooperación judicial, facilitando la transmisión directa de las solicitudes de auxilio judicial entre las autoridades locales competentes.

A modo de resumen, pueden reseñarse las siguientes conclusiones del conjunto de prescripciones contenidas en la legislación internacional:

1. Considerable ampliación de los comportamientos punibles, ubicando en el seno de los comportamientos penalmente relevantes cualquier conducta que favorezca, aun de forma mediata, la explotación sexual. Así, no sólo se pretende la tipificación de las conductas de favorecimiento de la oferta sino, también, la propia demanda.

2. Imposición de sanciones de diversa naturaleza jurídica. Así, junto a las penas directamente encaminadas a la restricción de un bien jurídico de los sujetos activos (en especial penas privativas de libertad), se contemplan medidas abocadas a neutralizar los beneficios económicos obtenidos con la ilícita actividad (confiscación de las ganancias) y cercenar la obtención de beneficios derivados del ejercicio futuro de la misma actividad (clausura de establecimientos).
3. Implantación de criterios de personalidad en la aplicación de las leyes penales, con mejora sustancial de los mecanismos de colaboración policial y judicial.
4. Instauración de medidas específicas de protección de las víctimas para hacer frente a los daños producidos por su instrumentalización en la esfera sexual.

### **III. LA LEGISLACIÓN SUSTANTIVA DE ÁMBITO NACIONAL: EN ESPECIAL LAS MODIFICACIONES OPERADAS EN EL CÓDIGO PENAL 1995 POR LA LEY ORGÁNICA 11/1999, DE 30 DE ABRIL**

#### **III.1. La libertad sexual como bien jurídico protegido**

La regulación penal de los delitos relativos a la prostitución (contenidos en el capítulo V del Título VIII del Libro II del Código penal) trata de tutelar la libertad sexual de las personas. Se pretende proteger el interés en garantizar que toda persona ejerza la actividad sexual en condiciones presididas por la libertad. En definitiva, se tutela el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual no querido. De ahí que se sancionen: conductas que involucren a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad (se actúa contra la voluntad de la víctima empleando violencia); con su voluntad viciada (intimidación, prevalimiento, engaño, situación de necesidad, abuso de trastorno mental); sin dar oportunidad a la víctima de manifestar su voluntad (acciones sorpresivas, víctimas privadas de sentido) o sobre personas que no tienen capacidad para consentir (bien porque no tienen capacidad natural de obrar o porque, teniéndola, su consentimiento es inválido por no estar en condiciones de captar el significado y trascendencia de la decisión en el ámbito sexual).

Cuando las víctimas son menores de edad, no se defiende la libertad de decisión, entendida como respeto por el asentimiento voluntativo o moral al acto sexual, sino que se ampara el ejercicio de la sexualidad en condiciones de libertad. Por ello, es necesario precisar los presupuestos que permiten afirmar que la sexualidad del menor se ejerce en condiciones de libertad. La línea matriz es proscribir toda instrumentalización del menor al servicio de las necesidades sexuales del adulto. Ello es fácilmente atisbable cuando la implicación del menor en un contexto sexual se realiza acudiendo a la violencia, intimidación, engaño o precio, pero presenta contornos espinosos en los supuestos específicos de abuso de superioridad.

#### **III.2. La prostitución**

Desde este planteamiento que considera la libertad sexual como el bien jurídico protegido, en el ámbito de la prostitución (como tal se define aquella actividad que, ejercida con cierto carácter de habitualidad y generalidad, conlleva la prestación de servicios sexuales mediante precio) la tutela penal se desenvuelve de forma diferenciada

según que las víctimas sean mayores o menores de edad. Si son mayores de edad, al tratarse de personas con plena capacidad para involucrarse en contextos sexuales en condiciones de libertad, únicamente se reputan típicos los actos de favorecimiento del ejercicio de la prostitución, que limiten de forma significativa la libertad de autodeterminación sexual de las víctimas. En concreto, el artículo 188.1 CP sanciona al que determine a ejercer la prostitución de una persona mayor de edad siempre que emplee alguno de los siguientes medios: violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de necesidad, superioridad o vulnerabilidad de la víctima. Cuando el sujeto activo utiliza alguno de los medios referidos puede afirmarse que involucra a las víctimas en un contexto sexual alterando sustancialmente las condiciones de libertad. No es infrecuente la concurrencia de varios de los medios típicos, sobre todo en aquellos casos en los que las víctimas son ciudadanas extranjeras que han sido introducidas ilegalmente en territorio nacional. Así, a modo de ejemplo, la STS 184/99, de 15 de febrero, refiere un supuesto en que el acusado facilitaba a jóvenes colombianas 2.000 dólares en efectivo y el billete para el viaje a España, pero, una vez que se encontraban en territorio nacional, les exigía la devolución de la mencionada cantidad, y el reembolso adicional de un millón de pesetas, dinero que debían conseguir ejerciendo la prostitución en un club que regentaba. Para ello, les retenía el pasaporte hasta el momento de la amortización de la cantidad adeudada, así como establecía un estricto régimen de vigilancia de sus movimientos tanto en el interior como en el exterior del club. El alto Tribunal califica de engaño el notable contraste entre lo ofrecido a la mujer para venir a España y la realidad con la que se encontró cuando se incorporó al negocio del acusado, y de violencia los medios utilizados por el sujeto activo para retener a las mujeres en el club y obligarles a prostituirse para reembolsar el dinero que se afirmaba adeudado. Supuesto similar puede encontrarse en la STS 1176/98, de 7 de octubre. Caso paradigmático de abuso de situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima puede encontrarse en la STS 161/99, de 3 de febrero. En la mentada sentencia los acusados se aprovecharon de la extrema juventud, desconocimiento del idioma y las costumbres españolas, de la ausencia de amistades de confianza y de la situación ilegal en España de la víctima, joven checa, para obligar a ejercer la prostitución, que quería abandonar, bajo su control y beneficio.

El planteamiento es notablemente diferente cuando las víctimas son menores de edad, conceptuando como tales a las personas con menos de 18 años de edad. En estos casos se entiende que las conductas de facilitación de la prostitución suponen una introducción en contextos sexuales de personas que no se encuentran en condiciones de decidir con libertad. De ahí que no sea preciso acudir a medios violentos, intimidatorios o de prevalimiento para entender que la prostitución de un menor de edad supone un ataque a su libertad sexual. De ahí que el artículo 187 CP considere típica la conducta del que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad. A los menores se equiparan los incapaces, es decir, personas que padezcan una enfermedad persistente que les impida gobernar su persona o bien por sí mismos, aunque no hayan sido incapacitadas (artículo 25 CP). En el campo de la prostitución de menores, dos son las cuestiones que se han planteado con mayor énfasis a nivel jurisprudencial. A saber: si cabe la prostitución de un menor ya prostituido; si puede conceptuarse como comportamiento favorecedor de la prostitución la conducta del cliente que mantiene una relación sexual con un menor a cambio de un precio.



Respecto a la primera cuestión (*prostitución de un menor ya prostituido*), la solución jurisprudencial, contenida entre otras en la STS de 7 de abril de 1999, viene vinculada a la propia noción de libertad sexual. Dado que la prostitución no puede ser considerada como una especie de estado irreversible y que el bien jurídico protegido no es la honestidad, el menor ya iniciado en la prostitución no pierde la tutela del ordenamiento jurídico frente a los comportamientos de los mayores que abusen de su limitada capacidad de conocimiento y voluntad, contribuyendo a mantenerlo en dicha dedicación o ejercicio.

Respecto a la segunda cuestión (*tipicidad del acto del cliente que mantiene relaciones sexuales con un menor a cambio de un precio*), el TS ha mantenido que cualquier acto aislado de prostitución con menores, conociendo el sujeto activo dicha condición, no resulta típica. Para ello se afirma que el legislador no sanciona, sin más, cualquier relación sexual mediante precio con persona menor de edad, sino exclusivamente aquellos actos que puedan ser calificados como de inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución. Por ello debe examinarse de manera individualizada cada supuesto, para inferir si de datos como la reiteración, las circunstancias concretas de los actos, y la edad más o menos temprana del menor, la actuación del cliente induce o favorece el mantenimiento del menor en la situación de prostitución. En todo caso, en los supuestos de prostitución infantil, conceptuando como tal los casos en los que la víctima tiene 15 o menos años de edad, ha de considerarse ordinariamente la relación sexual mediante precio como acción de inducción o favorecimiento de la prostitución, máxime cuando se trata de relaciones reiteradas, pues a esa edad tan temprana el ofrecimiento de dinero por un adulto puede considerarse suficientemente influyente sobre la voluntad del menor, para determinarle a realizar el acto de prostitución solicitado, estimulando y arraigando su dedicación a dicha actividad. Este es el criterio adoptado por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en reunión celebrada el día 12 de febrero de 1999 para unificación de criterios jurisprudenciales en torno a la interpretación del artículo 187.1 del Código Penal.

El legislador no puede mantenerse al margen del comportamiento de las personas que tienen la *obligación jurídica de velar por el menor*. De ahí que, el artículo 189.4, contemple un específico tipo de omisión, sancionando a la persona que teniendo bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento, a un menor de edad o incapaz, y conociendo que el menor o incapaz se encuentra en un estado de prostitución, no hace todo lo posible para impedir que el menor continúe en tal estado o, si de no ser ello posible por carecer de medios para su custodia, no acude a la autoridad competente para que ponga fin a la situación en la que se encuentra el menor. Estamos ante un tipo especial (sólo puede ser realizado, a título de autor, por las personas que cumplen las condiciones jurídicas exigidas por el tipo), de signo claramente omisivo (la conducta típica consiste en no realizar un comportamiento exigido por la norma penal). Obviamente se trata de un tipo subsidiario, inaplicable cuando el sujeto activo induce, favorece o facilita la prostitución del menor, en cuyo caso se aplica el artículo 187.1, de mayor gravedad.

### III.3. La explotación sexual de personas

Una de las novedades introducidas por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, es la conducta descrita en el artículo 188.2 del Código Penal. En su seno se sanciona,

con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, a los que directa o indirectamente favorezcan la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas con el propósito de su explotación sexual. Sujeto activo de esta conducta puede ser cualquier persona (no exige el tipo condición específica alguna) si bien el precepto, con el fin de intensificar la tutela penal, eleva a la condición de autoría conductas que, en sí mismas, pudieran conceptuarse como de colaboración. No en vano se estima autor tanto a la persona que favorece la entrada, permanencia o salida del territorio nacional de forma directa, como a la que lo hace de forma indirecta. Por favorecimiento debe entenderse la creación de las condiciones precisas para posibilitar o permitir alcanzar determinado fin. Será directo cuando se crea una situación específica con la finalidad de proceder a la entrada, estancia o salida del territorio nacional; indirecto cuando se coadyuva a la situación específica creada por un tercero. La amplitud del tipo –favorecimiento directo e indirecto– ha llevado a un sector de la doctrina penal a considerar típica únicamente la conducta que suponga un apoyo relevante a la entrada, salida y estancia del país<sup>4</sup>. Sin embargo, a nuestro juicio, la restricción del tipo no precisa de una exégesis restrictiva del término favorecimiento indirecto, dado que el legislador ha individualizado las conductas penalmente relevantes acudiendo a un tipo de medios alternativos. En otras palabras, para que la conducta sea penalmente relevante no sólo se requiere un favorecimiento directo o indirecto de la entrada, permanencia o salida de varias personas (el tenor literal del artículo parece considerar atípica la conducta que tiene como víctima a una sola persona) del territorio nacional, sino que precisa que tal favorecimiento se realice empleando determinados medios; en concreto, violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación específica de la víctima (superioridad, necesidad o vulnerabilidad). Si el sujeto activo no acude a alguno de estos medios la conducta será atípica. Precisamente el tener que acudir a la fuerza física, a la amenaza de un mal o a un específico prevalimiento de una situación material de vulnerabilidad victimal, restringe el nivel de intervención penal a límites tolerables, dado que sólo en estos casos puede entenderse infringida la capacidad de autodeterminación en la esfera sexual, bien jurídico protegido en este tipo delictivo.

En el tipo subjetivo, amén del dolo (conocimiento de la conducta prohibida y voluntad de llevarla a cabo) se requiere un específico elemento subjetivo del injusto: propósito de explotar sexualmente a las personas cuya entrada, permanencia o salida del territorio nacional se persigue. Precisamente este específico elemento subjetivo del injusto es uno de los elementos diferenciadores de la conducta genérica de promoción o favorecimiento de la inmigración ilegal diseñada en el artículo 313.1 del Código Penal<sup>5</sup>.

Además de este tipo básico, en el artículo 188 se recogen diversos tipos agravados. Así se sanciona más gravemente:

---

4. Así BOIX REIG, Javier y ORTS BERENGUER, Enrique, “Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999”, *Actualidad Penal* nº 35, 1999, p. 682.

5. Otros elementos diferenciadores son las características del sujeto pasivo, que en el artículo 313 tiene que ser necesariamente una persona de nacionalidad extranjera, exigencia no explícita, aunque sí habitual, en la conducta del artículo 188.2, y los medios típicos exigidos por el artículo 188.2 que no aparecen recogidos en el artículo 313.

- a) en atención a la condición específica del victimario: la realización de la conducta descrita en el tipo básico prevaliéndose de la condición de autoridad, agente de la autoridad o funcionario público;
- b) en atención a la condición específica de las víctimas: la realización de la conducta básica sobre persona menor de edad o incapaz. Menor de edad es toda persona que no alcance los dieciocho años de edad (artículo 12 CE y 315 Código civil); incapaz es toda persona que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí mismo, aunque no haya sido judicialmente incapacitada (artículo 25 del Código penal).

En todo caso, la realización de las conductas prohibidas por el artículo 188, en sus apartados dos a cinco, no impide la sanción de las específicas agresiones o abusos sexuales sobre la persona cuya explotación sexual se ha favorecido (artículo 188.5 del Código penal).

#### IV. LA LEGISLACIÓN PROCESAL DE ÁMBITO NACIONAL

La progresiva incorporación a la legislación interna de las líneas directrices marcadas por los Convenios Internacionales, ha tenido su reflejo también, en el campo procesal.

##### IV. 1. Prescripción de los delitos

En los delitos contra la libertad sexual<sup>6</sup> cuando las víctimas sean menores de edad, el plazo de prescripción del delito se computa desde el día que la víctima alcanzó la mayoría de edad. Si la víctima falleció antes de alcanzar la mayoría de edad, el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción se retrotrae a la fecha de su fallecimiento. Este precepto, que algunos autores<sup>7</sup> han criticado por considerar que crea espacios de inseguridad jurídica, trata de proteger, principalmente, a las víctimas de abusos sexuales producidos en el ámbito de la familia. Téngase en cuenta que la legitimación para denunciar delitos contra la libertad sexual en los que las víctimas sean menores de edad, reside, precisamente, en sus representantes legales o en el Ministerio Fiscal. En otras palabras, queda en manos del victimario o de personas vinculadas parentalmente al victimario o del propio Estado<sup>8</sup> la facultad de instar una investigación de los atentados sexuales que tengan al hogar familiar como espacio físico de realización. Ello en un contexto de cierre de filas familiar en torno al victimario y de pasividad

---

6. Así como en los delitos de homicidio, aborto no consentido, lesiones, malos tratos, detenciones ilegales, torturas y otros delitos contra la integridad moral y delitos contra la intimidad. Véase artículo 132.1 del Código penal en redacción conferida por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, publicada en el BOE núm. 138 del 10 de junio de 1999.

7. Por ejemplo, BOIX ROIG, Javier y ORTS BERENGUER, Enrique, "Consideraciones sobre...", *obra cit.*, p. 684.

8. Incluso se ha planteado a nivel teórico, dados los efectos "secundarios" anudables a una injerencia del Estado en esferas íntimas de las personas –como la sexual– la conveniencia de reconocer un poder victimal, centrado en el reconocimiento exclusivo a las víctimas de un derecho de inicio-denuncia como condición de procedibilidad –y cierre del proceso– renuncia como causa de extinción de la responsabilidad del victimario.

de los sistemas institucionales –médicos, educativos, asistenciales– que con más o menos habitualidad entran en contacto con el menor, puede producir situaciones de honda indefensión en las víctimas. De ahí que el legislador les confiera, alcanzada la mayoría de edad, una oportunidad específica de poner al descubierto situaciones victimizantes de honda repercusión emocional.

## IV.2. Jurisdicción

En aras a evitar situaciones de impunidad ligadas a la vigencia de los criterios clásicos de aplicación de la ley penal en el espacio o de colaboración entre los diversos Estados en la persecución de los delitos, se introducen por el legislador dos modificaciones de envergadura:

- a) se implanta el principio de jurisdicción universal para el enjuiciamiento de los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces (nueva redacción conferida al punto e) del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial);
- b) se introduce una excepción concreta al régimen de doble incriminación, para facilitar la aplicación de la ley penal con arreglos a criterios de personalidad. No será preciso que el hecho, tipificado como delito en la legislación de la que es nacional el victimario, sea también punible en la legislación del Estado del lugar de ejecución cuando así se disponga de forma explícita en un Tratado Internacional o en un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte (nueva redacción conferida al punto a) del artículo 23.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial).

## IV.3. Investigación: el agente encubierto

Para favorecer la obtención de fuentes de prueba de la comisión de delitos de prostitución y explotación sexual, y teniendo en cuenta que su realización es propia de organizaciones especialmente diseñadas para protagonizar estas conductas criminales, se introduce la figura del agente encubierto. En concreto, la redacción conferida al artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero<sup>9</sup>, permite diseñar el siguiente régimen jurídico:

- a) *concepto de agente encubierto*: funcionario de la policía Judicial que se encuentra habilitado para actuar bajo identidad supuesta en todo lo atinente a la investigación de un delito concreto. Se le confieren específicas facultades para adquirir, transportar los efectos e instrumentos del delito, así como diferir su incautación.
- b) *título habilitante*: resolución motivada del juez de instrucción competente o del Ministerio Fiscal, dando cuenta, en este segundo caso, de forma inmediata al Juez. Con base en esta resolución, el Ministerio del Interior conferirá al funcionario una identidad supuesta por un plazo de seis meses, prorrogables por

---

9. Publicada en el BOE nº 12, de 14 de enero de 1999.

períodos de igual duración. No obstante el tenor literal del artículo, que parece conferir a la autoridad política la facultad de prorrogar el plazo de vigencia de la identidad supuesta, debe convenirse que corresponde al juez instructor, que es la autoridad que dirige la investigación y quien autoriza el empleo del agente encubierto como medio de investigación, decidir si procede o no la dilación temporal del tiempo de vigencia inicial de la identidad supuesta.

- c) *principios reguladores*: únicamente cabe acudir a la figura del agente encubierto cuando sea necesario a los fines de investigación de las actividades propias de la delincuencia organizada. Para otorgar seguridad jurídica, el propio legislador confiere un concepto auténtico de delincuencia organizada. Como tal se entiende la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer una serie de delitos concretamente especificados<sup>10</sup>, entre los que se encuentran los delitos de prostitución tipificados en los artículos 187 a 189 del Código penal.
- d) *marco de ejecución*: cuando las actuaciones de investigación del agente encubierto afecten a derechos fundamentales, deberán cumplirse los requisitos exigidos por la Constitución y normas de desarrollo, instando, en su caso, las pertinentes autorizaciones del órgano jurisdiccional competente. En todo caso, el agente encubierto deberá trasladar, a la mayor brevedad posible, la información relevante a la autoridad judicial y fiscal que autorizó su actuación, información que deberá aportarse, en su integridad, al proceso.
- e) *efectos jurídicos*: la información obtenida por el agente encubierto, incorporada en su integridad, como queda dicho, al proceso, sólo podrá ser tenida en cuenta como prueba de cargo mediante la declaración testifical del agente encubierto en juicio, con plenitud de garantías de inmediatez, contradicción y publicidad. No obstante ello, el funcionario de la Policía Judicial que hubiera actuado como agente encubierto podrá mantener la identidad falsa en el ple-nario siempre que así se acuerde por la autoridad judicial enjuiciadora, mediante resolución motivada, sin perjuicio de la aplicación complementaria de las medidas especiales de protección de testigos contenidas en la Ley orgánica 19/1994, de 23 de diciembre<sup>11</sup>. En todo caso, las actuaciones del agente

---

10. Amén de los delitos relativos a la prostitución, previstos en los artículos 187 a 189 del Código penal; el delito de secuestro de personas, previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal; delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301; delitos contra los derechos de los trabajadores, previstos en los artículos 312 y 313; delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada, previsto en los artículos 332 y 334; delito de tráfico de material nuclear y radiactivo, previsto en el artículo 345; delitos contra la salud pública, previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal; delito de falsificación de moneda previsto en el artículo 386; delitos de tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos, previstos en los artículos 566 a 568 del Código penal; delitos de terrorismo, previstos en los artículos 571 a 578; Delitos contra el Patrimonio Histórico, previstos en el artículo 2.1 e de la Ley orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

11. La mentada ley, recoge como medidas específicas, las siguientes: falta de constancia en las diligencias que se practiquen del nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave; comparecencia para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal; fijación como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, de la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

encubierto que pudieran encontrar cabida en alguna de las figuras típicas diseñadas en el Código Penal quedarán exentas de responsabilidad criminal siempre que concurren las siguientes circunstancias: los actos típicos sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación realizada; guarden proporcionalidad con la finalidad de la investigación y no constituyan una provocación al delito. En todo caso, para imputar al agente encubierto un hecho delictivo, el juez que instruya la causa iniciada frente al agente deberá, una vez tenga conocimiento de la intervención del funcionario de la Policía Judicial en calidad de agente encubierto, requerir informe de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal que autorizó la intervención del agente encubierto. Una vez evacuado este informe, el juez instructor resolverá "lo que a su criterio proceda", expresión legal que debe conectarse necesariamente con la concurrencia, en el caso concreto, de las circunstancias específicas que la propia ley de enjuiciamiento criminal, de forma asistemática, configura como causas personales de exclusión de la pena.

## V. REFLEXIÓN FINAL

Los criterios plasmados en convenciones y acuerdos internacionales, de progresiva implantación en la legislación nacional, obligan a realizar una reflexión global. La necesidad de contrarrestar organizaciones criminales de signo transnacional y de conferir respuesta inmediata a sectores de opinión convulsionados por el impacto derivado del conocimiento, a través de los medios de comunicación, de hechos delictivos de específica gravedad, está generando una legislación, de signo sustantivo y procesal, que, cada vez de forma más expansiva, está cuestionando principios generales del Derecho Penal y Procesal. Se asiste a una progresiva criminalización de comportamientos cada vez más alejados del bien jurídico protegido (fenómeno de adelantamiento de las barreras de protección punitiva) a la vez que se incrementan los poderes de actuación policial desvinculados de la iniciativa y dirección judicial (figuras de entrega vigilada; agentes encubiertos). La cuestionable eficacia de la técnica hiperrepresiva<sup>12</sup> y el peligro de expansión de técnicas jurídicas excepcionales (en el sentido de elaboradas como respuesta *ad hoc* para determinados fenómenos criminales)<sup>13</sup> obliga a contemplar, a la luz de las exigencias del Estado de Derecho, con cierto recelo una política de transposición lineal al nivel normativo de postulados cimentados en razones de estricta política electoral.

---

12. Como botón de muestra obsérvese los efectos de la política penal en materia de drogas.

13. Véase, en este sentido, la amalgama de tipos delictivos para los que se prevé la figura del agente encubierto; así mismo, la previsión, en el artículo 55 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, de la delación de las organizaciones criminales de tráfico ilegal de personas por parte del extranjero que ha accedido a territorio nacional de forma no legal, y la compensación, en su caso, con la exención de responsabilidad administrativa y la concesión de un permiso de residencia temporal.