

DOCTRINA

Tratamiento jurídico penal de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes

Criminal legal treatment of the commercial sexual exploitation of children and adolescents

Javiera Ilabaca Turri 

Abogada, Chile

RESUMEN El texto analiza el tratamiento jurídico penal que se otorga al fenómeno de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, respecto del favorecimiento de la prostitución infantil y la obtención de servicios sexuales de adolescentes, a la luz de las exigencias impuestas por los tratados suscritos por el Estado en la materia, y de las consideraciones dogmáticas respecto de los tipos penales establecidos en los artículos 367 y 367 ter del Código Penal. Se revisan las principales características del fenómeno y el tratamiento que se le otorga desde el derecho internacional de los derechos humanos, para luego analizar los tipos penales desde la perspectiva de los elementos del tipo, el bien jurídico tutelado, sus alcances y deficiencias, su suficiencia con relación a las obligaciones asumidas y la fenomenología.

PALABRAS CLAVE Explotación sexual comercial, prostitución infantil, libertad e indemnidad sexual, consentimiento, intercambio.

ABSTRACT The text analyses the criminal legal treatment given to the phenomenon of commercial sexual exploitation of children and adolescents, particularly with respect to the promotion of child prostitution and the obtaining of sexual services from adolescents, in the light of the requirements imposed by the treaties signed by the State in this area, and the dogmatic considerations that are made with respect to the criminal offences established in articles 367 and 367 ter of the Criminal Code. The main characteristics of this phenomenon and its treatment under international human rights law are reviewed, followed by an analysis of the criminal offences from the perspective of the elements of the offence, the legal good protected, their scope and shortcomings, their sufficiency in relation to the obligations assumed and the characteristics of the phenomenon itself.

KEYWORDS Commercial sexual exploitation, child prostitution, sexual freedom and indemnity, consent, exchange.

Introducción

La explotación sexual comercial (ESC) es una realidad poco visibilizada en nuestra sociedad, pero que en los últimos años ha dado que hablar, principalmente a raíz de denuncias realizadas en el contexto de vulneraciones que sufren los niños, niñas y adolescentes (NNA) bajo la custodia del Estado.

A nivel nacional se ha avanzado tímidamente hacia el reconocimiento de esta como una grave vulneración, pero la incorporación de sanciones penales no ha estado exenta de críticas desde la dogmática, aludiendo que se penalizan cuestiones relativas a la moral y ajenas a los principios del derecho penal liberal. A lo largo de este trabajo se pretende dar cuenta del estado del fenómeno y las obligaciones internacionales en nuestra legislación. Al mismo tiempo, demostrar que las posiciones doctrinarias escépticas a la penalización de estas conductas poseen una errada comprensión del fenómeno de la ESC y de la influencia del intercambio económico en la formación y valoración del consentimiento de los NNA que son víctimas de este tipo de agresión. Esto se puede explicar a partir de la incorrecta utilización de los términos «prostitución» y «servicios sexuales» para describir las conductas típicas.

Para ello, se analizará la legislación penal relativa a las manifestaciones más explícitas de la ESC, esto es, los tipos penales de los artículos 367 y 367 ter del Código Penal,¹ que sancionan las conductas de favorecimiento de la prostitución infanto-juvenil, y de la obtención de servicios sexuales de adolescentes. Se tendrá como marco de referencia el conjunto de instrumentos internacionales que han establecido parámetros y obligaciones a efectos de contribuir a la lucha contra esta grave vulneración, así como también las principales características del fenómeno.

Se busca responder la pregunta por la satisfacción de dichos estándares y obligaciones en la sanción penal de la ESC, para lo cual es necesario revisar la comprensión dogmática que poseen estos delitos, sus requisitos y el bien jurídico que dicen tutelar. En tal sentido, se dará cuenta de las implicancias que tiene decidirse por cada bien jurídico, de la justificación de sancionar estos delitos de manera autónoma, y las deficiencias que podrían observarse respecto de cada uno tanto en su formulación legal como en la interpretación que la doctrina ha dado en general respecto de sus requisitos.

1. En adelante, todas las referencias a artículos se referirán al Código Penal chileno, salvo expresa distinción.

El fenómeno de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes

Dentro de las diversas formas en que puede manifestarse la violencia sexual en contra de NNA, se encuentra la ESC (Cillero, 2021: 27; Scheechler, 2021: 519),² la que junto a la trata para la explotación sexual es considerada como una de las más extremas (Orjuela y Rodríguez, 2012: 7) y una grave vulneración a sus derechos humanos, toda vez que los convierte en objetos sexuales destinados a la satisfacción sexual o el interés lucrativo de terceros (González, 2012: 75).

A este respecto, resulta clarificadora la interpretación que sostiene Rodríguez (2012: 202) sobre la relación género-especie que hay entre la explotación sexual y la ESC, donde el elemento común de explotación dice relación con un aprovechamiento, situaciones de dominación o coacción, las cuales requieren la existencia de relaciones de desigualdad o asimetrías de poder entre el explotador y su víctima; mientras que el elemento distintivo se encuentra en el fin lucrativo o comercial que se encuentra involucrado en la especie. Así, el carácter comercial viene dado porque se desarrolla en un contexto de transacciones pecuniarias (Ramírez, 2014: 9).

Por su parte, la naturaleza sexual, propia de ambos tipos de explotación, implica la utilización del cuerpo de la víctima para proporcionar placer o excitación, ya sea para sí (como sería en el caso de aquel que actúa como cliente que recurre a los servicios sexuales), como para un tercero, caso en el cual la naturaleza sexual de la explotación viene dada por el carácter de los servicios que ofrece el facilitador (Rodríguez, 2012: 204).

El intercambio como elemento diferenciador de los tipos de explotación sexual, se identifica con la entrega o promesa de entrega de dinero, bienes u otros materiales a cambio de algún acto de naturaleza sexual que realice un NNA para con un adulto. Este lleva, de manera incorrecta, a responsabilizar socialmente al NNA del involucramiento en la actividad sexual, asumiendo que existe algún grado de aceptación o consentimiento de su parte pues accede al pago o regalo y obtiene un beneficio a cambio del servicio sexual que otorga (Consejo Nacional de la Infancia, 2014: 14).

Dentro de las diversas definiciones, la Organización Internacional del Trabajo, OIT, establece que la ESC se produce cuando se utiliza o involucra a un menor de 18 años, en actividades sexuales, eróticas o pornográficas para satisfacer los intereses y deseos de terceros, o de sí mismo, a través del pago (o promesa de pago) de una remuneración económica o en especies de diverso tipo, o incluso, bajo amenazas.

2. La Observación General número 13 del Comité de los Derechos del Niño establece una definición amplia de la violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes en la que incluye: « b) La utilización de un niño con fines de explotación sexual comercial; d) La prostitución infantil, la esclavitud sexual, la explotación sexual en el turismo y la industria de viajes, la trata (dentro de los países y entre ellos) y la venta de niños con fines sexuales y el matrimonio forzado».

A esta definición se añade por parte de la organización no gubernamental *End Child Prostitution And Trafficking*, ECPAT,³ que esta explotación puede darse a través de la fuerza física, coacción o amenaza, o bien por otros factores más complejos, entre los que se incluyen la asimetría de poder con la persona explotadora, y las relaciones de confianza que pueden ser aprovechadas por esta (ECPAT-España, 2020: 10). En nuestro país se ha establecido, en este contexto, la existencia de una modalidad de «padrinazgo», la cual involucraría el consentimiento de la familia del NNA, o algún miembro de esta, en una suerte de relación sentimental o protectora del niño con un adulto y que importaría la recepción de un beneficio económico o material a cambio (Fiscalía Nacional, 2021: 12).

Como se señaló, la calificación de la explotación sexual como comercial viene dada por la naturaleza económica de ese intercambio a través del cual se materializa. Este carácter, adicionalmente, desvaloriza la conducta de explotación en cuanto mercantiliza el cuerpo del NNA que es vulnerado, lo transforma en un objeto que es susceptible a ser comprado y vendido, sujeto a las lógicas de la oferta y demanda de clientes explotadores que recurren a estos servicios, alterando la concepción que el NNA otorga al supuesto consentimiento que entrega en esta relación. Es este mismo carácter transaccional el que permite tratar la ESC como tipos penales autónomos aun cuando pueda afectar los mismos bienes jurídicos que se tutelan a través de tipos penales comunes.

Se trata, asimismo, de un fenómeno multicausal que puede manifestarse de diversas formas, incluyéndose la utilización de NNA en prostitución, pornografía, la explotación en contexto de turismo sexual y la trata de personas con fines sexuales.

Los factores que contribuyen al desarrollo de la ESC infanto-juvenil son múltiples, dentro de los cuales se encuentra la vulnerabilidad social como principal causa (ECPAT-España, 2020: 12), a lo que se suma el tráfico de drogas y el mal uso de tecnologías de información (ECPAT-Internacional, 2014: 27). Igualmente, existen factores sociales y culturales, asociados a una cultura machista y patriarcal que naturaliza la violencia sexual con niños, y familiares, con relación a dificultades para generar ambientes protectores de derechos.⁴

La realidad de la ESC en Chile se encuentra escasamente visibilizada en cifras, hallándose mediciones en 2004, que cifraban en más de 3.700 NNA víctimas de alguno de estos delitos, de los cuales un 80% es de sexo femenino (ECPAT-Internacional, 2014: 27-28). Además, de acuerdo con el Sistema de Apoyo a Fiscales, hubo alrededor de 2.600 investigaciones penales por delitos asociados a este fenómeno entre el 2005

3. Esta organización trabaja para acabar con la prostitución y el tráfico de niños, y ha sido el impulsor y copatrocinador de los tres congresos mundiales sobre la explotación sexual infantil.

4. Tercer marco para la acción contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes, 2017: 12.

y 2017, siendo el delito de promoción o facilitación de la prostitución de menores el que alcanza mayor proporción (45,9%).⁵

De las cifras recién expuestas, por las características propias del fenómeno y el contexto en el cual se desarrolla, ha de concluirse que la ESC es también una forma de violencia de género, entendiendo por tal la violencia dirigida contra las mujeres o niñas por su sexo o identidad de género, afectándolas de forma desproporcionada (Maqueda, 2007: 33; Díez Ripollés, 2000: 95; Cillero, 2021: 31-32).⁶

Hoy en día, a pesar de los significativos avances nacionales e internacionales en materia de reconocimiento, visibilización, prevención y criminalización de la ESC, el fenómeno sigue vigente y adaptándose a nuevas formas de desarrollo (principalmente a través del uso de tecnologías de información), y se considera que una de las barreras para enfrentar el problema y adoptar las decisiones necesarias, dice relación con las dificultades conceptuales y el lenguaje que se utiliza para referirse a este tipo de agresión sexual (ECPAT-España, 2020: 10-11).

Desde las ciencias sociales relacionadas al abordaje y estudio de este fenómeno se invita a dejar de hablar de prostitución infantil y referirse únicamente a la explotación sexual, ya que ello permite visibilizar las relaciones de poder y sometimiento que son propias de la lógica de compraventa que impera en esta dinámica, al mismo tiempo que refuerza la idea de que los NNA carecen de consentimiento cuando hablamos de ESC, y complejiza aún más la relación de poder existente (Condon y otros, 2013: 19-20; Child Rights Connect , 2005: 13-15).

Marco normativo internacional respecto de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes

A partir de la década de los noventa se comienza a abordar globalmente el fenómeno de la ESC de NNA, sin perjuicio que puede encontrarse un primer reconocimiento en el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, celebrado en Nueva York en 1950; el cual obliga a los Estados a castigar penalmente diferentes formas de participar en la prostitución ajena (inducción, concertación y explotación). Si bien este no se encuentra referido explícitamente a los niños, pues refiere a personas en genérico, sin distinción de edades, cumple una función complementaria en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Convención de los Derechos del Niño del año 1989 (CDN), relativo al traslado y retención ilícita de

5. Tercer marco para la acción contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes, 2017: 15.

6. Igualmente se manifiestan 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 pornografía; y la Recomendación general número 19, 1992, Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer.

niños (Ramírez, 2014: 47). La principal diferencia, sin embargo, es que el Convenio de 1950 establece que las conductas punibles en este sentido han de estar asociadas a una finalidad, es decir, a la satisfacción de las pasiones de otros, cuestión que, como se verá, no es exigida en los posteriores instrumentos internacionales que instan a los Estados a la criminalización y castigo de la ESC (Ramírez, 2014: 109).⁷

Un primer reconocimiento explícito se encuentra en la CDN, en su artículo 19, obliga a los Estados a adoptar medidas para proteger a los niños en contra de toda forma de perjuicio o abuso, malos tratos o explotación, incluyendo el abuso sexual; el artículo 32, reconoce el derecho a ser protegidos contra la explotación económica y de cualquier actividad que pueda ser riesgosa para su desarrollo; y, principalmente, el artículo 34 compromete la protección en contra de toda forma de explotación y abuso sexual, obligando a los Estados a impedir toda forma de incitación o coacción para la dedicación a actividades sexuales ilegales, la explotación sexual del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales, y en espectáculos o materiales pornográficos.

La terminología utilizada en la CDN marca un importante reconocimiento de la calidad de víctima de los NNA en este fenómeno, toda vez que no alude a la prostitución infantil, sino a la explotación sexual en la prostitución, enfatizando el carácter abusivo por sobre el elemento propio que caracteriza la prostitución como una actividad de ejercicio voluntario y tradicionalmente vinculado a una forma de trabajo. Como señala el Grupo de las ONG para la Convención sobre los Derechos del Niño, el concepto de prostitución infantil no permite reconocer que los NNA son incapaces de tomar una decisión informada para prostituirse, de manera que es un concepto que impide expresar adecuadamente el fenómeno y el daño psicológico y físico que se infringe a los niños que se involucran en estos actos, y no enfatiza que son los adultos quienes propician la explotación a través de su demanda de niños como objetos sexuales (Child Rights Connect, 2005: 14).

En el Primer Congreso Mundial al respecto, de 1996 en Estocolmo, se dio origen a una primera Declaración y Agenda para la Acción, que define el fenómeno como una

violación fundamental de los derechos del niño. Esta 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 es tratado como un objeto sexual y una mercancía. La explotación sexual comercial de los niños constituye una forma de coerción y violencia

7. Como se verá más adelante, la exigencia de una finalidad específica no es baladí, y tiene implicancias a la hora de formular las tipificaciones legales de los delitos que se pretenden sancionar. En ese sentido, el no exigir la satisfacción de los deseos del otro como elemento subjetivo de intención trascendente del tipo penal podría permitir que dentro del concepto de favorecimiento de la prostitución infantil tenga cabida la figura del cliente, mientras que su incorporación vuelve necesaria la creación de un nuevo tipo penal que llene tal vacío de punibilidad.

contra los niños, que puede implicar el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud.⁸

En dicha declaración se reconocen varios factores socioeconómicos que exacerbaban la vulnerabilidad de los NNA que son buscados para efectos de ser sometidos a este tipo de explotación, y se realiza un llamado a los Estados a promulgar el carácter delictivo de la ESC y otras formas de explotación, de manera tal que se garantice la efectiva sanción de sus perpetradores y la protección e impunidad de las víctimas involucradas.

Por su parte, el Convenio 182 de la OIT, de 1999 y ratificado por Chile el 2000, incluye en su artículo tercero 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. Además, obliga a los Estados parte a tomar las medidas necesarias para prohibir y eliminar estas peores formas de trabajo.

En el 2000 se aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía (ratificado por Chile el 2003), que obliga a los Estados a prohibir la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, para lo cual define cada una de estas conductas en el artículo segundo entendiendo por prostitución «la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución».⁹

Asimismo, obliga a sancionar penalmente, inclusive en grado de tentativa, a quien ofrece, entrega o acepta a un niño con fines de explotación sexual; la oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución; y la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con fines de explotación sexual. Otra de las obligaciones impuestas es la sanción de las conductas con penas adecuadas a su gravedad.

En el Segundo Congreso Mundial en Yokohama el 2001 se reafirma el compromiso internacional a luchar y combatir contra la ESC y se aprecia una tendencia a expandir el concepto de explotación sexual hacia formas no comerciales. Se reconoce la necesidad de hacer frente a nuevas formas de explotación, asociadas al desarrollo de tecnologías.

Posteriormente, en el Tercer Congreso Mundial, llevado a cabo en Río de Janeiro, en 2008, se insta a los Estados a definir, prohibir y criminalizar todos los actos de explotación sexual de NNA, ya sin la calificación de comercial, de manera que no

8. Declaración del Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños (Declaración de Estocolmo), aprobada el 28 de agosto de 1996, párr. 5.

9. Artículo segundo del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil.

importe la edad de consentimiento que se establezca en cada legislación, ni el matrimonio o las prácticas culturales de cada país, inclusive cuando el adulto desconozca la edad del niño respecto de quien ejerce explotación.

A estos deben agregarse los instrumentos referidos a la violencia de género, principalmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, «Convención de Belem do Pará», de 1994 y ratificada por nuestro país dos años después. Esta convención, reconociendo que la violencia contra las mujeres es una grave violación a los derechos humanos, refiere explícitamente a la prostitución forzada y la trata como formas de violencia respecto de las cuales los Estados asumen la obligación de tomar todo tipo de medidas, incluyendo legislación penal, necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Asimismo, la Recomendación General número 19 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer reconoce que ciertas actitudes tradicionales que consideran a la mujer como subordinada o que le asignan roles estereotipados perpetúan la violencia de género y contribuyen al desarrollo de conductas comprendidas dentro de la explotación sexual, refiriéndose explícitamente a la difusión de pornografía y a las representaciones de la mujer como objeto sexual antes que como persona.

En general estos son los instrumentos internacionales que generan un marco de comprensión e interpretación relevante a la hora de analizar el escenario de cada país respecto al abordaje de este fenómeno, las conductas que han de prohibirse, los medios comisivos que han de considerarse, grados de desarrollo, entre otros.

Historia de la regulación nacional de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes

Ya en la primera versión original del Código Penal de 1874 se encontraba una disposición que criminalizaba la promoción de la explotación sexual de menores en el artículo 367, que disponía

el que, habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviese o facilitase la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de ciento a cinco mil pesos.

Se estructuraba este delito con dos conceptos distintos: la «prostitución de menores», respecto del cual parte de la doctrina consideraba que tutelaba la moralidad pública, la que se vería «ofendida con la prostitución y, en especial, por la normalidad en la motivación del trato sexual en el que incurre el menor» (González, 1986: 62-63); mientras que la corrupción se refería a la «acción por la cual se hace nacer en el menor, en forma prematura o torcida, todo lo relativo a la sexualidad» (González, 1986:

63), tutelándose como bien jurídico el adecuado y normal desarrollo de la sexualidad (González, 1986: 65).

De acuerdo a Etcheberry, lo esencial de la «prostitución» radicaba en la existencia de un trato sexual frecuente, donde lo relevante era el acceso carnal o el lucro, y no la persona, destacando que no se sancionaba la prostitución en sí misma ni a la persona que requiriere de dichos servicios, sino la ocupación de lenocinio, es decir, las actividades de promoción o facilitación, comprendiendo la instigación, excluyendo las hipótesis de uso de fuerza, intimidación o engaño, y requiriendo de habitualidad, esto es, de multiplicidad de clientes y actos, además de prolongación en el tiempo. Respecto del abuso de confianza o autoridad, el autor reconocía que tal circunstancia se daba cuando el autor se valía de relaciones de autoridad o confianza respecto de la víctima para desarrollar las acciones típicas (Etcheberry, 1998: 78-79).

Con la Ley 19.617 del año 1999 se modifica este delito, eliminando la referencia a la corrupción de menores, la cual queda comprendida dentro de las diversas categorías de abusos sexuales que se introducen, y en lo demás el delito no sufre alteraciones.

Recién en 2004, a través de la Ley 19.927 se recoge de manera comprensiva el fenómeno de la explotación sexual, regulándose específicamente la producción, comercialización, almacenamiento y adquisición de material pornográfico infantil y, en lo relevante a la ESC, la tipificación del delito de obtención de servicios sexuales de menores. Todas estas modificaciones buscaban ampliar la protección de los NNA ante vulneraciones constitutivas de abusos y explotación sexual, y cumplir las obligaciones que imponían diversos instrumentos internacionales ratificados, principalmente la CDN y el Protocolo Facultativo al respecto (Rodríguez, 2016: 311).

En relación con el delito de promoción o facilitación de la prostitución, la habitualidad o abuso de autoridad o confianza dejan de ser requisitos típicos y pasan a ser un elemento agravatorio, añadiéndose la hipótesis del engaño.

Se agrega, un nuevo delito bajo el artículo 367 ter que sanciona la obtención de servicios sexuales de adolescentes, mediante el pago de una retribución, y siempre que no concurren las circunstancias de los delitos de violación y estupro.

En el siguiente apartado se analizarán los tipos penales establecidos en los artículos 367 y 367 ter actuales a efectos de establecer si recogen suficientemente el fenómeno de la ESC de acuerdo con lo dispuesto en los diversos instrumentos internacionales señalados, y las características propias que se reconocen al fenómeno. El análisis dará cuenta de las implicancias que tiene decidirse por el bien jurídico tutelado por cada tipo penal, las posibilidades de sancionar adecuadamente el fenómeno a través del recurso a delitos y formas de autoría y participación comunes, las deficiencias que podrían observarse respecto de cada uno, tanto en su formulación legal como en la interpretación que la doctrina da en general y/o respecto de sus requisitos.

Delitos de promoción o facilitación de la prostitución de menores

A partir del 2004, el artículo 367 sanciona la promoción o facilitación de la explotación sexual infantil. Con este delito se busca incriminar aquellas conductas que inciden en el mercado de la explotación sexual infantil, prohibiendo de manera autónoma aquellas conductas que afectan a los NNA, habida cuenta que el hecho principal, la prostitución en sí no constituye delito (Ossandón, 2013: 457).

Concepto de prostitución de menores

El concepto de prostitución no se encuentra definido legalmente, pero el Protocolo Facultativo la define como «la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otro tipo de retribución» (Ramírez, 2014: 52-57, 83-84). Señala Rodríguez (2016: 295) que no existe acuerdo a nivel jurisprudencial ni doctrinario respecto de dicho concepto, pudiendo encontrarse diversos enfoques.

Puede ser entendida como la «prestación de un servicio de carácter sexual a cambio de una contraprestación de carácter económico, avaluable en dinero» (Gómez, 2005: 16). Algunos enfatizan en el carácter mercantil de la actividad (Garrido, 2010: 344); otros ponen el acento en la pluralidad de contactos a los que se ve enfrentada la víctima; mientras que para otro grupo lo característico sería que el ofrecimiento o entrega de servicios sexuales se realiza de manera indiscriminada, sin considerarse la persona que los solicita (Etcheberry, 1998: 80). Para Rodríguez, la valoración debe comprender todos estos elementos de manera conjunta, considerando que el vocablo prostitución supone el ejercicio más o menos permanente del comercio sexual, de manera tal que es necesario que la víctima haya realizado tales conductas en más de una ocasión y en contextos diversos (2016: 295).

Siguiendo la definición del Protocolo Facultativo, pueden identificarse al menos tres elementos esenciales a la ESC: un componente económico; la instrumentalización; y las actividades sexuales. En relación con el primero, se configura por la entrega o promesa de entrega de una retribución, directamente al NNA o bien a un tercero, como podría ser el intermediario facilitador.

El carácter de dicha retribución no se encuentra del todo clara en tanto ha de definirse si debe consistir en dinero o de alguna especie avaluable económicamente (como podrían ser drogas, alimento, dinero, habitación, etcétera). Al respecto, Matus y Ramírez sostienen que debe consistir en dinero en tanto la definición que entrega el diccionario respecto del concepto de prostitución así lo refiere (Matus y Ramírez, 2021: 222).

Por el contrario, el contexto desde el cual se desarrolla la discusión y la normativa internacional en materia de la ESC da cuenta que por retribución ha de entenderse cualquier prestación avaluable económicamente, y no solamente el dinero, lo cual

puede verse claramente explicitado en la normativa de la Oficina Internacional del Trabajo (2007: 2), así como en la formulación legal que se realiza del delito de obtención de servicios sexual (artículo 367 ter), el que admite la posibilidad de que el que accede a tales servicios sexuales pueda hacerlo a cambio de prestaciones de cualquier naturaleza. La incorporación de esta norma sancionadora de la conducta del cliente, permite sostener la amplitud de concepto de intercambio que tiene a la vista el legislador, y que puede extenderse al delito de favorecimiento (Pérez, 2017: 179).

Respecto a la instrumentalización, referido a la utilización de un niño en estas dinámicas, da cuenta de la naturaleza del fenómeno, asociada a la falta de consentimiento válido y la relación abusiva y asimétrica entre los participantes (Pérez, 2017: 177; González, 2017: 149).

Por último, la definición de lo que se entenderá por actividades sexuales en el contexto de la ESC es una de las cuestiones fundamentales, pues delimita el tipo de conductas que se entenderán incorporadas y, por ende, jugará un rol fundamental a la hora de determinar si únicamente se comprenden acciones sexuales que implican algún grado de inmediatez en el contacto corporal o si puede extenderse a situaciones en que no exista tal contacto, por ejemplo, promover o facilitar que un menor participe en líneas telefónicas eróticas donde sólo interactúa con su voz para procurar la excitación del otro.

Al respecto, cabe entender que la referencia a actividades sexuales, en plural, da cuenta de que caben en tal concepto actos de diversa naturaleza mientras revistan connotación lúbrica (Rodríguez, 2016: 296). Así, debe favorecerse una comprensión en sentido amplio que pueda dar cabida a «todo acto sexual que adquiera relevancia penal al amparo del resto de los delitos sexuales» (González, 2017: 151).

A efectos de establecer qué tipos de actos pueden incorporarse dentro de dicha categoría, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas sostiene que por servicios sexuales ha de entenderse «aquella actividad tendiente a lograr la satisfacción de un deseo sexual»,¹⁰ lo que puede extenderse a este delito.

De acuerdo con estas consideraciones, el tipo penal es amplio en cuanto a las conductas que pueden ser facilitadas o promovidas respecto de un NNA utilizando como elemento de convicción la promesa y/o entrega de una retribución avaluable económicamente, abarcando conductas constitutivas de acceso carnal, introducción de objetos, acciones de significación y relevancia sexual en términos de los artículos 366 ter y 366 quáter.

Esta construcción doctrinaria y jurisprudencial respecto a qué actos se encuentran comprendidos no ha estado exenta de críticas pues, como sostiene Rodríguez (2006: 19), la amplitud del concepto lleva a equiparar acciones de significación sexual que son valoradas distintamente en cuanto a su penalidad. No comparto esta visión

10. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 91-2019, 17 de diciembre 2019.

ya que este delito busca sancionar una conducta distinta, independiente del acto de significación sexual que efectivamente se realice respecto del NNA, tal como se desarrollará en los siguientes apartados.

Como ha podido verse la interpretación del concepto de prostitución no es unánime y su extensión trae repercusiones a la hora de determinar si el tipo se ha configurado, de manera que resulta del todo necesario que conste una definición legal única que permita deslindar sin ambigüedades y de acuerdo al objeto de protección lo que ha de entenderse por esta (Ramírez, 2014: 114).

Conducta típica: promover y facilitar

En relación con la conducta típica, se sanciona la promoción y facilitación, esto es, la incitación a un menor a ejercer el comercio sexual proveyendo servicios sexuales a cambio de retribución. La facilitación hace referencia a la entrega de condiciones para que se desarrolle la actividad (espacio físico, contacto con clientes, entre otras) (Winter, 2018: 62-63), tratándose de actos de cooperación para la realización de esta (Rodríguez, 2016: 293; Etcheberry, 1998: 80). Se sancionan, así, conductas realizadas por un tercero que pone a disposición de otro/a la oportunidad, las condiciones y/o el cuerpo del NNA para la ESC.

La promoción, en cambio, implica una «conducta análoga a la instigación delictiva», esto es, inducir o formar la resolución en otro a ejecutar un acto o desarrollar este tipo de actividad (Rodríguez, 2016: 293). Se puede entender que lo que interesa al legislador es que «el motivo por el cual incurre en el trato sexual, no sea debido a la acción de un tercero» (González, 1986: 62). En este caso, la conducta se desarrolla entre el autor y el NNA que se busca convencer o invitar a ejercer el comercio sexual, de manera que cabe preguntarse si la norma de comportamiento puede ser definida como una diferente a la que es quebrantada en el delito de facilitación, pues en tal caso podrían darse supuestos de concurso en que un mismo autor realice ambas conductas respecto de una misma víctima.

En la doctrina nacional, una parte analiza el tipo penal sin hacer distinciones entre ambos verbos típicos (Matus y Ramírez, 2021: 222); mientras que la mayoría los considera comportamientos alternativos y autónomos que configuran por sí solos el tipo penal (Carnevali, 2012: 15-16; Rodríguez, 2016: 293).

Ambas conductas deben ser realizadas con dolo y en compañía de la intención de satisfacer deseos de otros, de manera que se trata de un delito de tendencia interna trascendente. Si la actividad se desarrollase para la propia satisfacción del autor entonces se configuraría el delito establecido en el artículo 367 ter, o la inducción a delitos como la violación, estupro o abuso, según las circunstancias del caso (Aguilar, 2015: 163).

En relación con la naturaleza típica de las conductas, la doctrina dominante afirma que se trata de conductas activas, basándose en los verbos que se utilizan para

describir la conducta (Garrido, 2010: 308; Etcheberry, 1998: 78; Rodríguez, 2016: 293). Una posición minoritaria admite la posibilidad de comisión por omisión de estos delitos, al sostener que la promoción consiste en una actitud activa, mientras que la facilitación puede ser cometida por omisión por parte de quienes tienen un deber jurídico especial de cuidado respecto de los NNA, deber que se extiende a sacarlos del estado de prostitución en el cual podrían encontrarse y a sustraerlos del accionar de facilitadores (González, 1986: 112-115; Ossandón, 2013: 456-461).

Resulta necesario precisar que la ley no exige que el sujeto activo actúe motivado por algún ánimo de lucro, de modo tal que la conducta se verificará cuando sea realizada con el propósito de satisfacer a otro, o cuando los actos objetivamente tiendan a ello (Etcheberry, 1998: 82).

En lo relativo a la naturaleza del delito, tanto la Corte Suprema¹¹ como la doctrina mayoritaria consideran que se trata de un delito de mera actividad, resultando punible su desarrollo en grado de tentativa, más no frustrado (Matus y Ramírez, 2021: 222; Garrido, 2010: 346; González, 2017: 163; Ossandón, 2013: 461). Por el contrario, una minoría sostiene que se trataría de un delito de resultado que se consuma cuando el menor efectivamente realiza actos de prostitución, y en tal sentido admitiría la sanción instancias de desarrollo frustradas y tentadas (Carnevali, 2012: 17; Rodríguez, 2016: 296). Fundamentan esta postura en base al concepto mismo de prostitución, el cual supondría un ejercicio constante del comercio sexual, y en cuestiones de orden penológico, toda vez que «se debe evitar que la persona que solo pone en peligro la indemnidad sexual de un menor sea castigada con una pena más alta que la que corresponde aplicar a quien efectivamente lesiona dicho interés» (Rodríguez, 2016: 296).

En este punto considero que la facilitación es un delito de mera actividad, respecto del cual basta que el autor realice actos que sean potencialmente aptos para facilitar, sin que sea necesario que la explotación sexual infantil efectivamente se produzca. Esto debido a la naturaleza de los verbos típicos empleados, que dan cuenta de una acción exigida, mas no de la producción de un estado (González, 1986: 128-129; Cabrera Martín, 2019: 250). No obstante, la conducta asociada a la promoción exige la existencia de un resultado, pues de lo contrario implica un adelantamiento de las barreras punitivas incompatible con los principios del derecho penal liberal.

Sujeto pasivo y activo

En relación con el sujeto activo, este es indeterminado, pudiendo ser hombre o mujer, y podrían eventualmente verse incluidos adolescentes.

11. Corte Suprema, rol 5576-2007, 7 de agosto 2008.

Al respecto, una interpretación adecuada al trasfondo sociológico propio del fenómeno y características de este, permiten sostener que cuando se trata de adolescente la imputabilidad respecto de las conductas facilitadoras en las cuales se podrían ver involucrados debe ser analizada diferenciadamente, considerando la naturaleza del bien jurídico tutelado y la etapa de desarrollo en la cual se encuentran.¹²

Asimismo, ha de verse si la conducta ha sido realizada con dolo, o si se enmarca dentro de la lógica propia de la ESC donde puede entenderse que la comprensión de los actos de un adolescente inmerso en tales dinámicas impide atribuirle responsabilidad. Se puede considerar que no existiría dolo en razón de la existencia de un error de prohibición directo que afecte a los NNA que actúan como favorecedores, si se establece que no estaban en conocimiento de que la acción realizada se encuentra prohibida; y que sería invencible en razón de la edad de estos (Cabezas, 2019: 469-470).

Respecto al sujeto pasivo, el tipo penal los identifica como «los menores de edad», comprendiéndose todos los NNA menores de 18 años. La doctrina, en cambio, suele acotar el ámbito de aplicación de este delito únicamente a los adolescentes, esto es, a los mayores de catorce y menores de dieciocho años, reservando las categorías de participación y delitos comunes de violación impropia y abuso sexual del artículo 366 bis, a aquellos menores de 14 (Aguilar, 2015: 157).

Esta adecuación que realiza la doctrina, si bien es acorde al tratamiento que nuestra legislación le otorga a los menores de catorce años en relación a la valoración de su consentimiento en materia de delitos sexuales (se entiende que estos carecen de capacidad de consentir), y resulta coherente con la tipificación del delito de obtención de servicios sexuales, parece, no obstante, alejada de la racionalidad que hay detrás de la autonomía de este tipo penal. El legislador ha decidido sancionar de manera independiente la conducta de quien actúa como intermediario respecto de quien finalmente interactúa con el NNA que se utiliza en la ESC, para ello entiende que no se trata de conductas accesorias.

Lo que se busca con este tipo penal es prevenir que el proceso de formación y desarrollo de la sexualidad de los NNA se vea perjudicado por terceros que interfieran en tal proceso y los pasen a convertir en objetos de comercio sexual (González, 2017: 156). Es justamente esto lo que lo delimita y distingue de otros delitos que atentan contra la esfera de la sexualidad y que se articulan sobre la base de la prevención de que se realicen actos concretos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual. Así, concuerdo con Etcheberry en cuanto una interpretación adecuada debiera ser extensiva a todos los menores de 18 años, sin distinción (1998: 81).

Un planteamiento similar sostiene la legislación española, incluso establece una penalidad agravada en aquellos casos en que el favorecimiento se realiza respecto de sujetos considerados incapaces de prestar un consentimiento válido, al mismo tiem-

12. En este sentido, Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 2276-2019, 24 de diciembre 2019.

po que instituye una regla de concurso real entre los delitos de favorecimiento de la ESC y los demás actos o agresiones que se cometieren en contra del NNA.¹³

Esta forma de comprender el delito resulta armónica con la concepción de este ilícito como autónomo y que exige la concurrencia de una intención específica, esto es, satisfacer los deseos de otro, pues da cuenta que lo que ha pretendido sancionar el legislador son aquellas actividades accesorias al ejercicio del comercio sexual.

Si bien pudiera pensarse que el tratamiento sistemático que se otorga en nuestro país a los delitos que afectan la integridad sexual nos podría llevar a supuestos de concurso aparente en aquellos casos en que una persona favorezca la ESC de un niño o niña (menor de 14 años), lo cierto es que se trataría de un concurso real entre este delito y la inducción o participación en la comisión de delitos de violación impropia (artículo 362) o de abusos sexuales impropios (artículo 366 bis) (Matus y Ramírez, 2021: 221).¹⁴

Hipótesis agravada: habitualidad, abuso de confianza o autoridad, o engaño

Por último, el tipo penal establece hipótesis agravadas ante la concurrencia de habitualidad, abuso de confianza o autoridad, o engaño.

En relación con la habitualidad, se señaló que este era un requisito típico en la primera formulación legal y hasta el año 2004. Parte de la jurisprudencia ha entendido que se encuentra referido únicamente al sujeto activo, es decir, se aplicará cuando este ejecute reiteradamente las conductas típicas, con independencia de la unidad o pluralidad de sujetos pasivos.¹⁵ Una interpretación similar sostienen algunos autores (González, 1986: 123; Aguilar, 2015: 166-167), al analizar el requisito de habitualidad previo a la modificación de la Ley 19.927, donde conciben que este abarca tanto la ejecución de múltiples actos respecto de un mismo sujeto pasivo, como la ejecución de un mismo acto respecto de varias víctimas.

Por el contrario, Rodríguez sostiene que la habitualidad ha de estar referida a la cantidad de sujetos pasivos afectados por las conductas del sujeto activo (Rodríguez, 2016: 298). Esta interpretación es sostenible en cuanto hace referencia a la conducta de promover, en tanto efectivamente la persona se induce en una ocasión y no permite reiteración, tal como indica González (González, 1986: 112), «se promueve algo que aún no lo es». Sin embargo, cuando se trata de facilitación, no existen impedimentos

13. Así lo establece el Código Penal Español en su artículo 188 número 1: «El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. Si la víctima fuera menor de dieciséis años, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses».

14. En el mismo sentido: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, rol 44-2005, 8 de agosto 2005.

15. Corte de Apelaciones de Concepción, rol 509-2012, 8 de octubre 2012.

para considerar que pueda tratarse de una conducta habitual aun cuando se ejerza respecto de un mismo sujeto pasivo.

Respecto a los supuestos de abuso de autoridad o confianza, se trata de casos relacionados con el aprovechamiento de vínculos de superioridad del sujeto activo respecto de la víctima, los que no necesariamente han de ser normativos o jurídicos, sino pueden ser sociales e informales (Rodríguez, 2016: 297). Lo relevante es que se abuse de ellos de modo tal que a través de ese aprovechamiento se logren ejecutar las conductas típicas.

Por último, el engaño dice relación con un modo de obtener el «consentimiento» del NNA, un modo que induce a error relativo al alcance y significación de la conducta que se está favoreciendo. La incorporación de este elemento como agravante da cuenta que para el legislador no es relevante el consentimiento en este tipo penal, pero sí le agrega un desvalor adicional el hecho de que este sea dolosamente manipulado (Díez Ripollés, 2000: 75-78).

Bien jurídico tutelado por el delito de promoción o facilitación de la prostitución de menores

No es pacífica la discusión en la doctrina nacional respecto al bien jurídico que cautela este delito, materia que tiene profundas repercusiones en relación con la justificación de criminalizar estas conductas. Se señala que la regulación penal en materia de delitos sexuales debe ser limitada a cierto tipo de acciones, estableciendo cuatro parámetros: aquellas que afectan la libertad sexual; que afectan el libre desarrollo de la sexualidad de impúberes e incapaces (indemnidad); las que atentan de manera grave a la moralidad pública; y las que «refieren a la explotación lucrativa por terceros de la actividad sexual» (González, 1986: 8-9).

Cierta parte de la doctrina considera que se trataría de un delito contra la honestidad cuyo bien jurídico sería la moralidad pública (Rodríguez, 2016: 292; González, 1986: 62; Winter, 2018: 134), de tal manera que carecería de justificación su penalización y esta conllevaría a desproporciones en cuanto a la penalidad, que llegan a ser consideradas como impresentables.¹⁶ Para ello, Rodríguez sostiene que basta remitirse a categorías de autoría y participación ya establecidas, como la instigación, asociable a la conducta típica de promover, y la cooperación, a la que podría reconducirse el verbo facilitar utilizado en la descripción del tipo, para sancionar estas conductas a título de delitos sexuales comunes tales como la violación, el estupro o la obtención de servicios sexuales (Rodríguez, 2016: 292-293).

16. Contrario a esta apreciación es Díez Ripollés, quien sostiene respecto de la prostitución que «dentro de estos comportamientos se encuentran algunos de los atentados más graves contra la libertad sexual, superiores incluso al delito de violación» (Díez Ripollés, 2020: 987).

Además de no concordar con que el bien jurídico tutelado sea la honestidad o moralidad pública, considero que la propuesta es insuficiente para abarcar la totalidad de casos que pretende. En primer lugar, porque las conductas de promoción que serían remitidas a la instigación se producen en relación a la víctima (Ossandón, 2013: 457), a la cual se le induce a realizar una conducta que no es antijurídica (cabe tener en cuenta que la víctima no será imputada por ningún delito respecto de su propia actividad sexual), de manera que solo podría llegar a interesar al derecho penal en caso que configurase alguna hipótesis de coacción o amenaza, lo cual no alcanza a comprender la totalidad del desvalor de la conducta ni alcanza a conductas constitutivas de un mero engaño.

En segundo lugar, el gran problema de esta forma de interpretar el delito de facilitación como una reconducción a título de cooperación o complicidad es que las conductas desarrolladas por el proxeneta están orientadas a «auxiliar, posibilitar, ayudar o contribuir a que una persona se prostituya» (Aguilar, 2015: 162), lo cual necesariamente debe realizar con la finalidad, con dolo directo, de satisfacer el deseo sexual de otro, de manera que su conducta no necesariamente alcanzará a comprender el desvalor de la acción que efectivamente realice el tercero que acceda a la ESC de un NNA. Así, si el móvil es uno distinto a aquel establecido, se deberá responder como inductor de algún delito de violación, abuso o estupro, o, si busca la satisfacción de sus propios deseos, como autor del delito de obtención de servicios sexuales de menores (Aguilar, 2015: 162).

Por otro lado, contrarios a esta propuesta interpretativa se han manifestado autores que han considerado los delitos vinculados al fenómeno de ESC como pluriofensivos, afectando tanto la libertad sexual como la honestidad, resaltando que el legislador ha avanzado hacia la protección de la seguridad de la libertad en el desarrollo sexual (Matus y Ramírez, 2021: 216-221).

En este sentido, teniendo en cuenta las características propias del fenómeno, se estaría tutelando la libertad sexual concebida como «el interés de la persona en no participar en una interacción sexual» (Bascañán, 2009: 1). Se entiende que el consentimiento que otorgaría la víctima para participar en las actividades sexuales promovidas o facilitadas por el autor sería inválido, ya sea por carecer de capacidad de decisión suficiente o por encontrarse en situaciones de algún grado de dependencia o abuso (Díez Ripollés, 2020: 958).

Otros interpretan que se cautela la libertad sexual individual (Maqueda, 2007: 6), en tanto se trataría de conductas que, motivadas por el lucro, vulneran la facultad de la víctima de «conducir libremente su vida sexual, afectando su desarrollo» (Aguilar, 2015: 156), o bien, la «adecuada educación en el ejercicio de la sexualidad» (Muñoz,

2021: 253). Al respecto, en la jurisprudencia se pueden encontrar pronunciamientos en este sentido.¹⁷

En un sentido similar, Scheechler sostiene que, alejándose de la dicotomía entre libertad e indemnidad, lo tutelado por estos delitos es la protección del menor para que se logre un normal desarrollo sexual, entendido como una «manifestación del libre desarrollo de la personalidad derivado del valor de la dignidad humana» (Scheechler, 2021: 530-531), y que ello se aleja de concepciones morales en cuanto permite interpretaciones científicas de lo que puede considerarse como normal o adecuado a la edad o grado de madurez del NNA.

Todas las propuestas que identifican el bien jurídico protegido con la libertad sexual o la autodeterminación sexual, tienen como piedra de tope común el problema de la valoración del consentimiento y, en tal sentido, el reconocimiento de la autonomía progresiva de la voluntad de los NNA, especialmente en los casos en que la víctima adolescente ha manifestado su voluntad de participar en actos de ESC facilitados por un tercero.¹⁸

Dejando de lado lo viciado que tal consentimiento podría estar en base a la naturaleza propia del fenómeno de la explotación sexual (Gómez, 2005: 16-17) y el hecho de que se desenvuelve en circunstancias que restan validez al consentimiento que ha prestado (Rodríguez, 2016: 175); este tipo de casos excepcionales también quedarán fuera de penalización en razón de la falta de antijuridicidad material, esto es, por falta de lesividad en tanto no se estaría afectando el bien jurídico que se pretende tutelar, tal como lo ha sostenido la Corte de Apelaciones de Valparaíso.¹⁹

En relación con la indemnidad sexual como objeto de protección, esta suele estar ligada al concepto de intangibilidad y asociada a los menores de catorce años e incapaces, respecto de quienes no se reconoce autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito de su propia sexualidad (Muñoz, 2021: 204). Otros sostienen una interpretación más amplia de este bien jurídico, ligándola al derecho de todo individuo a no sufrir detrimentos en el plano de su sexualidad, de manera que no es privativo a un segmento etario de los menores y a los incapaces (Rodríguez, 2016: 175; Winter, 2018: 7).

Dentro de los defensores de la indemnidad sexual como objeto de tutela con este delito, se puede encontrar al menos un pronunciamiento jurisprudencial al respec-

17. Así, Primer Tribunal de Juicio Oral de Santiago, rol 13-2019, 02 de abril 2019. En el mismo sentido: Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, rol 173-2012, 29 de junio 2012.

18. Se dejan fuera los casos de niños y niñas menores de 14 años ya que se entiende que el legislador no les reconoce capacidad para decidir al respecto, constituyendo delito de violación impropia del artículo 362 del Código Penal, toda interacción sexual —con las excepciones que indica— aun cuando hubiere prestado consentimiento y no se configuraren ninguna de las hipótesis establecidas en los artículos 361 y 363 del mismo cuerpo legal.

19. Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol número 2276-2019, 24 de diciembre 2019.

to, donde no se reconoce ningún tipo de validez al consentimiento prestado por un adolescente.²⁰ Asimismo, Garrido Montt sostiene que «la intermediación dirigida a facilitar la ejecución promiscua de la actividad sexual, amerita reproche penal únicamente cuando afecta la indemnidad sexual del menor; no radica, por consiguiente, en el abuso ni en la finalidad lucrativa que moviliza al sujeto activo» (Garrido, 2010: 344).

En relación a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido, y haciendo uso de la reconstrucción aludida por Mañalich (Mañalich, 2014: 39), respecto de la propuesta de Garden y Shute, a efectos de establecerla como objeto de tutela en el delito de violación, puede entenderse que aquel que facilita o promueve la explotación sexual infantil estaría igualmente «objetualizando» a la víctima en tanto reduce la valía de su cuerpo a su mero valor de uso. Este concepto, puede ser también identificado como el derecho a la intangibilidad, que tiene por base la prohibición de instrumentalizar al individuo, de modo que no sea utilizado como un objeto sexual por parte de terceros que busquen satisfacer sus deseos sexuales, y que se entiende incorporado dentro de la indemnidad o integridad sexual (Rodríguez, 2016: 176-177; Winter, 2018: 7; Rodríguez, 2009: 332-333).

Teniendo presentes estas interpretaciones, se torna complejo esclarecer los motivos por los que se ha sostenido que este delito carece de justificación criminal por solo tutelar la honestidad sexual. Más complejo se torna cuando hay defensores de dicha posición que, al mismo tiempo, reconocen la legitimidad de la intangibilidad, en tanto expresión de la indemnidad sexual, como bien jurídico a tutelar, y que justamente tiene por base la prohibición de utilizar al otro como un objeto sexual, lo que ocurre en los casos de facilitación de la ESC (Rodríguez, 2016: 176).

En definitiva, existen formas de justificar la criminalización de las conductas de promoción o facilitación como delito autónomo, ya sea que se considere que se tutela la libertad sexual de las víctimas, en tanto afecta su autodeterminación sexual, o bien en razón de la indemnidad sexual, extendida en este caso a todo menor de 18 años, y que busca prohibir las conductas de instrumentalización y objetualización del cuerpo de las víctimas para fines sexuales. Por razones de texto pareciera que esta última sería una justificación plausible, en tanto la descripción típica alude a «los menores de edad», sin distinción etaria. Asimismo, una comprensión holística del fenómeno de la ESC impide considerar que la decisión de ejercer el comercio sexual se trate de una que ha sido adoptada libremente.

20. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz, rol 16-2007, 10 de noviembre 2007.

Delito de obtención de servicios sexuales de menores

El artículo 367 ter sanciona aquellas conductas asociadas a la figura del cliente de la ESC, aquel que acepta o requiere del servicio sexual que será realizado con un adolescente, razón por la cual suele ser también denominado como delito de favorecimiento de la prostitución impropio.

La incorporación de la sanción al cliente de ESC vino a llenar un vacío de punibilidad respecto de aquellos sujetos que accedían a tratos sexuales remunerados para la satisfacción de sus propios intereses (dejando con esto fuera la posibilidad de ser sancionados a título del artículo 367), respecto de los cuales concurría un «consentimiento libre» por parte del adolescente, por lo que no se configuraban las hipótesis establecidas en los artículos 361 y 363.²¹

Esta falta de punibilidad se contradecía con las exigencias internacionales asumidas por el Estado en relación con sancionar toda conducta favorecedora de la explotación sexual infantil, considerando también a los consumidores del comercio sexual. Esta obligación se desprende de la manifestación de intenciones del Protocolo Facultativo, el que insta a realizar esfuerzos para reducir el mercado de consumidores de ESC de NNA; como por la falta de referencias en este al propósito de satisfacer los deseos propio o ajenos en la prohibición de estas conductas, de manera que incorpora a los clientes consumidores de la ESC de NNA.

A diferencia de lo que pudo observarse en el delito de favorecimiento de la prostitución de menores, nos encontramos acá con un tratamiento diferenciado en relación con la valoración que se otorga al elemento de intercambio, propio de la naturaleza del fenómeno de la ESC, en cuanto se configura como un elemento objetivo del tipo, requisito esencial para su configuración, el que puede ser entregado u ofrecido directamente al adolescente, o a un tercero que actúe como intermediario.

Conducta típica

Se sanciona la obtención de algún servicio sexual que sea «proveído» por parte de un adolescente, el cual haya consentido en dicho trato a cambio de la remuneración prometida, ofrecida y/o entregada por el ofensor. Se pueden identificar al menos tres elementos relevantes de clarificar para la configuración del tipo penal: la obtención, el concepto de servicios sexuales y la remuneración.

Dado que este delito «requiere de la ejecución de dos conductas: el pago de la retribución y la realización de una actividad de índole sexual» (Rodríguez, 2016: 303), parte de la doctrina concluye que se trata de uno de mera actividad que se consuma con

21. Respecto al rol del consentimiento como elemento que permite excluir la ilicitud de una conducta, ya sea por atipicidad o por falta de antijuridicidad, y las diferencias entre ausencia y vicios de este según se trata de un delito de violación o de estupro, véase Rojas, 2020.

independencia de la efectividad del pago prometido, es decir, basta la realización de algún acto de significación y relevancia sexual en contra de un adolescente por la cual se hubiere ofrecido o prometido una retribución avaluable económicamente, más allá de si esta es realmente entregada al ofendido (Aguilar, 2015: 175; Rodríguez, 2016: 303-304).

Una posición minoritaria ha sostenido que se trata de un delito de resultado, esto en atención al verbo «obtuvo» utilizado en la descripción típica (Cabrera Martín, 2019: 263).²² A pesar de parecer opiniones contrapuestas, el resultado exigido por estos se relaciona con el servicio sexual «convenido», mientras que lo sostenido por quienes lo consideran un delito de mera actividad también exige la concreción de dicha conducta, más no del pago. En ese sentido, comparto que se trata de un delito de mera actividad en el cual será necesario que se concrete la acción de significación sexual, más no el pago, para que se consuma el delito (Garrido, 2010: 347; Cabrera Martín, 2019: 263).

Respecto al elemento de remuneración o promesa de tal, puede consistir en cualquier especie o prestación que sea avaluable económicamente, con el requisito fundamental de que este debe tener una relación causal tal que permita afirmar que el servicio sexual únicamente fue otorgado en tanto fue motivado por la oferta de retribución, en ese sentido se reafirma que mediante este se denigra al adolescente transformándolo en un objeto de comercio (González, 2017: 152; Carnevali, 2012: 16).

En relación con lo que ha de entenderse por servicios sexuales, hay defensores de un concepto restrictivo a actos asociados a acceso carnal y otros que lo consideran como comprensivo de todo acto de significación y relevancia sexual. Los defensores de un concepto restrictivo, sostienen que únicamente han de comprenderse los actos constitutivos de acceso carnal (vía oral, anal o vaginal) (Bullemore y Mackinnon, 2009: 186) y la introducción de objetos prevista en el artículo 365 bis, pues la inclusión del abuso sexual (propio e impropio, de los artículos 366 ter y quáter, respectivamente) implicaría igualar la penalidad para los casos en que se actúe con y sin abuso, lo cual carecería de sustento (Rodríguez, 2016: 303; Rodríguez, 2006: 19).²³

Por el contrario, mayoritariamente se entiende que se trata de un concepto amplio, en los mismos términos que se entiende respecto del favorecimiento de la ESC infantil, que comprende por tales todos aquellos que implican actos de significación sexual, es decir, de aquellos actos motivados por el deseo sexual, dentro de los cuales se encuentran tanto las conductas constitutivas de acceso carnal e introducción de objetos, como los abusos sexuales en general de acuerdo a lo establecido en el artículo 366 ter (Matus y Ramírez, 2021: 223; Aguilar, 2015: 173).²⁴ Como lo señala la

22. En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 209-2019, 17 de diciembre 2019.

23. También: Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, rol 173-2012, 29 de junio 2012.

24. También: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota, rol 08-2011, 8 de marzo 2011; Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, rol 85-2021, 30 de agosto 2021.

jurisprudencia, el concepto se edifica en función de la forma en que se atenta contra la libertad sexual, más allá del acto de significación sexual realizado.²⁵

Esto es coherente con la historia de la ley, donde se discute respecto a qué conductas se contemplarían. Se observa que la redacción originalmente propuesta por la Cámara de diputados hacía referencia a «servicios sexuales propios de la prostitución», lo cual fue considerado como redundante;²⁶ mientras que la Comisión de Constitución del Senado advierte que el concepto de «servicios sexuales» se corresponde con un término indeterminado de amplio alcance, que incluye conductas diversas al acceso carnal.²⁷

A este respecto, y tal como se sostuvo anteriormente respecto del delito de favorecimiento de la ESC, comparto las argumentaciones relativas a un concepto amplio en relación con lo que ha de entenderse por servicios sexuales.

Por último, es necesario precisar que el tipo penal, a pesar de hacer referencia a «servicios sexuales» en modo plural, no requiere de habitualidad por parte de las víctimas, ni de la realización de varios actos de significación sexual a su respecto para configurar el tipo, de manera que basta un acto para la configuración del tipo y admite la reiteración de acuerdo a las reglas generales.²⁸

Sujeto activo y pasivo

Se trata de un tipo penal con sujeto activo genérico, al igual que como ocurre con el favorecimiento del artículo 367. Es necesario que concurra dolo, esto es, tener conocimiento de que se contrata el servicio sexual de un adolescente a cambio de una contraprestación avaluable económicamente, de manera que se excluye la comisión culposa (Aguilar, 2015: 175).

Respecto del sujeto pasivo, en cambio, se identifica claramente que contempla a los adolescentes, esto es, a los mayores de 14 y menores de 18 años. Como se verá a continuación, se requiere que el sujeto pasivo consienta en el trato, de lo contrario deberá pasar a revisarse la posible configuración de algún otro tipo penal acorde a la materia.

25. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 209-2019, 17 de diciembre 2019.

26. Historia de la Ley 19.927, *Informe de Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados*, en Sesión 39, de 4 de septiembre 2002, pp. 18-19.

27. Historia de la Ley 19.927, *Primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado*, 10 de septiembre 2003, p. 27.

28. Así se ha pronunciado la jurisprudencia: Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2172-2013, 6 de septiembre 2013; Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 933-2012, 13 de agosto 2012.

Circunstancias comisivas: relación con las circunstancias de violación o estupro

Durante la discusión legislativa, la primera formulación de este delito no incluía referencia a alguna de las circunstancias comisivas de este delito, y se proponía la redacción en los siguientes términos: «El que, a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtuviere servicios sexuales por parte de personas mayores de 14 pero menores de 18 años de edad, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo».²⁹

Fue recién en el segundo trámite legislativo que la Comisión de Constitución del Senado decidió incorporar una regla de exclusión respecto de aquellos casos en que concurrieren las circunstancias del estupro o la violación junto con el trato sexual remunerado.³⁰ Sin embargo, no se suscitaron mayores discusiones al respecto y terminó siendo aprobado. De esta manera, si concurre alguna de las circunstancias de la violación o del estupro se deberán preferir los tipos penales que correspondan según el tipo de acción sexual que se hubiere llevado a cabo.³¹

Las circunstancias establecidas en los artículos 361 y 363 dicen relación con el consentimiento, respecto del cual se reconoce por nuestro legislador que a partir de los 14 años las personas están en condiciones de decidir libremente respecto de la disposición y abstención en materia de interacciones sexuales. En ese sentido, se sancionan a título de violación (artículo 361) aquellas interacciones en las cuales ha faltado plenamente el consentimiento; y a título de estupro (artículo 363) aquellas en las cuales este ha estado viciado, en atención a la asimetría de posiciones en las cuales se encuentran víctima y agresor. El denominador común dentro de las hipótesis del artículo 363 es el elemento de aprovechamiento de una situación de superioridad, el que implica una relación de desigualdad donde el agresor se vale de su control y dominio sobre la víctima para satisfacer sus deseos sexuales, sin reportar con ello algún beneficio al ofendido (Guzmán, 2015: 156-157).

Si bien resulta del todo sensato que ante la ausencia de consentimiento el tipo del 367 ter se vea desplazado en favor de aquellos delitos cometidos bajo las circunstancias del artículo 361, pues se trata de actos que no pueden enmarcarse dentro de la lógica propia que envuelve al concepto de «trato sexual remunerado», el cual requiere necesariamente de algún grado de manifestación de voluntad; no resulta tan clara la racionalidad que hay detrás de la regla de exclusión ante la concurrencia de alguna de las circunstancias del estupro.

29. Historia de la Ley 19.927, *Informe de Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados*, en Sesión 39, 4 de septiembre 2002, p. 45.

30. Historia de la Ley 19.927, *Segundo Informe de Comisión de Constitución del Senado*, 15 de octubre 2003, p. 22.

31. Al respecto: Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, rol 85-2021, 30 de agosto 2021.

La aplicación subsidiaria de este tipo penal cuando concurren las circunstancias del 363 deja sin consideración alguna el hecho que haya mediado intercambio en el acto de significación sexual realizado y la influencia que este ha tenido en la formación del consentimiento de la víctima.

Como ha señalado Pérez, el elemento de intercambio en base al cual se estructura el tipo penal no resulta inocuo respecto del consentimiento del adolescente que accede a «prestar servicios», por lo que se entiende que no se trata de un consentimiento libremente prestado, sino más bien de uno inválido,³² en tanto

El dinero puede tener un poder distorsionador sobre los menores y su libertad de decisión en la esfera sexual, que hace que se produzca una asimetría de poder entre los participantes en la relación sexual, que dificulta hablar de una verdadera decisión tomada en libertad y que afecta al propio proceso de conformación de la misma y de su desarrollo personal en el contexto sexual (Pérez, 2017: 180).

La retribución se configura como el elemento central que permite persuadir, forzar o manipular a la víctima para que se involucre con el adulto, constituyendo así una forma de coerción posibilitada por la posición asimétrica en que se encuentran y la situación económicamente mejorada del agresor, lo que confluye en que el consentimiento aparentemente otorgado por el adolescente no sea espontáneo, sino motivado y condicionado por la remuneración.³³

Bajo este entendido, existen al menos dos circunstancias establecidas en el artículo 363 que entran en especial conflicto ante la ESC tipificada en los términos del 367 ter, esto es, el aprovechamiento de relaciones de dependencias, y el abuso del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

En relación con la modalidad comisiva establecida en el artículo 363 número 2, esto es, aprovechamiento de una relación de dependencia, se considera que esta relación en que se encuentra el adolescente respecto del sujeto activo constituye un estado de subordinación en el cual la víctima consiente al acto por el hecho de encontrarse condicionada por dicha situación de sumisión; se trata de una relación de verticalidad que resulta determinante al momento de prestar el consentimiento (Moller, 2011: 3). Caben dentro de esta categoría las hipótesis de aprovechamiento de una situación económica de dependencia (Politoff y otros, 2004: 267).

Respecto a la obtención de servicios sexuales puede sostenerse algo similar, en cuanto se constata «la existencia de un consentimiento viciado en la medida en que el sujeto se aprovecha de las dificultades ajenas, lo que implica un vínculo de sub-

32. En tanto el adolescente carece de «la capacidad para comprender el sentido y la trascendencia de su decisión en este ámbito» (Díez Ripollés, 2000: 75-78).

33. Así también: Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 209-2019, 17 de diciembre 2019; y Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, rol 173-2012, 29 de junio 2012.

ordinación derivado de la situación de la víctima» (Daunis, 2015: 111); de modo tal que podrían configurarse situaciones en las cuales el cliente explotador mantiene conductas reiteradas que terminan por crear una relación de dependencia económica por parte del adolescente agredido; o bien que dicha relación de subordinación económica sea determinante para la obtención y mantenimiento de relaciones sexuales, de manera que se torna difícil determinar cuál delito es aquel que se está configurando realmente.

Por su parte, el abuso de una situación de grave desamparo establecido en el artículo 363 número 3, se refiere al desamparo físico o moral (Winter, 2018: 32), a un estado de abandono, que puede ser permanente o transitorio (Aguilar, 2015: 85), y de carácter grave, que resulta determinante para acceder a realizar el acto sexual.

En la obtención de servicios sexuales bien puede ocurrir que la víctima se encuentre en tal situación (Santibáñez, 2015: 166). Especialmente cuando se consideran las particularidades del fenómeno de la ESC donde la grave vulnerabilidad económica (equiparable a la circunstancia de abuso del grave desamparo) constituye uno de los principales factores.

Para distinguir qué tipo penal corresponde, la pregunta que cabría hacerse es qué determinó en primer lugar la manifestación del consentimiento viciado: la situación abusiva en los términos del artículo 363, o la entrega o promesa de una remuneración, según el 367 ter; y, seguidamente, ¿cabe otorgar alguna importancia al elemento retribución ante la concurrencia de las circunstancias del estupro?

El análisis de la historia de la ley no permite responder estas preguntas, ni tampoco aporta ideas claras que permitan justificar la exclusión entre estos tipos penales. La única opción que deja el legislador como solución expresa es considerar que habría un concurso aparente de leyes que se resuelve en razón del principio de especialidad.

Esto permite concluir que el tipo penal no recoge adecuadamente el fenómeno de la ESC a este respecto, y podría haberse formulado de manera diversa. Por ejemplo, mediante la inclusión de la retribución como una circunstancia más del 363, eliminando para ello el artículo 367 ter.³⁴ Esta opción permitiría integrar de una manera más armónica el fenómeno de la ESC en nuestra legislación penal, habida cuenta que la regulación que rige las agresiones sexuales respecto de los adolescentes se remite a las circunstancias establecidas en dicho artículo como requisito necesario para la configuración del tipo. Así, quedaría más claro que la concurrencia de un pago se trata de una forma de abuso que invalida el consentimiento y, en tal sentido, atenta contra la libertad sexual.

Otra forma sería mantener ambos tipos penales, sin la regla de exclusión, y establecer como elemento agravatorio de la pena asignada al delito de obtención de servi-

34. Idea propuesta a lo largo de la discusión legislativa, pero, no tuvo acogida y, sin discusión relevante, fue rechazada manteniéndose la tipificación actual.

cios sexuales, la concurrencia de alguna circunstancia de abuso del artículo 363.³⁵ Esta opción, si bien resulta comprensiva de la naturaleza del fenómeno, vuelve compleja la justificación de su naturaleza autónoma, pues daría cuenta de la agresión de un mismo bien jurídico, respecto del cual concurrirían dos modalidades de afectación relativas al abuso que invalida el consentimiento.

Por último, se podría conservar ambos tipos penales, con regla de exclusión, e instaurar como elemento agravatorio de la pena la concurrencia del elemento intercambio cuando el tipo penal cede a favor de las circunstancias del artículo 363.

Bien jurídico tutelado

La sanción a modo de delito autónomo de acciones de significación que recaigan sobre un adolescente por el mero hecho de mediar un intercambio económico tampoco ha estado exenta de críticas, tal como ocurrió en parte de la dogmática española al momento de incorporarse este nuevo delito. Se sostuvo por parte de un sector que se trataba de un delito desproporcionado y que se alejaba de los predicamentos propios del derecho penal liberal pues implicaba una intromisión en las motivaciones que llevan a una persona, respecto de la cual se reconoce capacidad de consentir en su sexualidad, únicamente por tratarse de un trato sexual remunerado, lo cual conlleva a disparidades valorativas en relación a la sistemática de la regulación penal en materia de delitos sexuales (Pérez, 2017: 197).

Esta crítica es la misma que sostenían en Chile quienes consideraban que el bien jurídico tutelado en el delito de favorecimiento de la ESC de NNA era el de la honestidad o moralidad pública. Como refieren Rodríguez y Guzmán, el castigo de esta conducta carecería absolutamente de justificación pues han sido ejecutadas en pleno ejercicio de la libertad sexual que la legislación le reconoce a los adolescentes, y de manera libre y voluntaria, por lo que únicamente se estaría tutelando la moralidad (Rodríguez, 2016: 303; Guzmán, 2016: 118). Concuerdan con esta posición, Politoff, Matus y Ramírez (Politoff y otros, 2004: 285), quienes sostienen que se trataría de resguardar la honestidad sexual, de tal manera que la justificación no estaría en la protección de la libertad ni la indemnidad sexual, sino de la moral sexual colectiva, buscando que la prostitución no pase a ser una forma de ejercicio habitual de la sexualidad de los adolescentes (Pérez: 2017: 179).

Se dio también esta discusión durante la tramitación legislativa, donde se hizo presente que, en la formulación originalmente propuesta (la cual no hacía referencia a la falta de concurrencia de las circunstancias de la violación o el estupro), «no hay bien jurídico alguno que proteger, pues se trata de actos consentidos, libres y volunta-

35. La legislación española tipifica en este sentido, lo cual no ha estado exento de críticas. Véase: Pérez, 2017.

rios de dos personas, existiendo un precio de por medio [...] se sanciona la conducta por considerarla socialmente reprobable, pero no hay ningún interés o bien jurídico que ampara». ³⁶ Se sostenía durante la discusión en el Senado que esta figura estaría representando una presunción de abuso, es decir, que el cliente habría incurrido en alguna de las hipótesis del estupro, ³⁷ lo cual sería insostenible a la luz del principio de lesividad.

Sin embargo, la razón por la cual se mantuvo en discusión, y finalmente fue incluido en nuestra legislación penal, está en la consideración del elemento intercambio como una forma de abuso no contemplada dentro de las circunstancias del artículo 363; abuso que afecta la posibilidad de tener relaciones sexuales libremente, entendiéndose que la libertad sexual, en tanto derecho al libre desarrollo de la sexualidad, se vería afectada. ³⁸

En esta línea, con la cual concuerdo, también se ha manifestado la jurisprudencia, al considerar que tutela el derecho a un adecuado desarrollo sexual en el contexto del reconocimiento de la libertad y autonomía de los adolescentes (Díez Ripollés, 2000: 69, 75; Scheechler, 2021: 530-531), protegiendo que su sexualidad no sea convertida en objeto o mercancía para satisfacer deseos sexuales de tercero. ³⁹

La concurrencia del elemento intercambio impide considerar que el consentimiento ha sido libre y espontáneo, pues ha condicionado negativamente el ejercicio de su sexualidad. Por lo tanto, tal como ha dicho la jurisprudencia, la protección de la libertad sexual se ve reforzada en cuanto incluye en la tipificación una referencia a las circunstancias de los delitos de violación y estupro. ⁴⁰

Análisis de los delitos a la luz de las obligaciones de los tratados internacionales y las características del fenómeno de explotación sexual comercial

Como se señaló anteriormente, la CDN obliga a los Estados a tomar todas las medidas de carácter penal apropiadas para impedir la incitación o coacción para que los NNA se dediquen a actividades ilegales de carácter sexual y la explotación sexual en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales (Cillero, 2021: 40-42).

36. Historia de la Ley 19.927, *Primer Trámite Constitucional: Sala de Diputados*. Discusión en Sala del 11 de septiembre 2002, p. 27.

37. Historia de la Ley 19.927, *Primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado*, del 10 de septiembre 2003, p. 27.

38. Historia de la Ley 19.927, *Primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado*, del 10 de septiembre 2003, p. 27.

39. Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, rol 13-2019, 02 de abril 2019.

40. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 209-2019, 17 de diciembre 2019; y Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, rol 173-2012, 29 de junio 2012.

Respecto a la primera obligación, se entiende cumplida en esta materia, en razón de la sanción de las conductas de favorecimiento propio e impropio de la ESC de NNA, en virtud del concepto amplio que se ha ido construyendo dogmáticamente respecto de los actos que se entienden comprendidos dentro de los conceptos de prostitución y de servicios sexuales.

A su vez, el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, establece la obligación de sancionar penalmente, incluso en grado de tentativa, tanto a quien ofrece, entrega o acepta a un niño con fines de explotación sexual, como la oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con tales finalidades. En ese sentido, dichas conductas se encuentran contempladas dentro de los conceptos de favorecimiento (vinculado aquí al ofrecimiento y entrega, verbos que pueden entenderse comprendidos dentro de la facilitación) y obtención de servicios sexuales (referido a la conducta de aceptación), de manera que se cumple con esta obligación y se logra abarcar a todos los involucrados en el mercado de la ESC, siendo acorde a la intención manifiesta de reducir este mercado.

Respecto a la sanción de todos los grados de desarrollo del delito, esto dependerá si se considera un delito de resultado o de mera actividad. En lo relativo al delito de obtención de servicios sexuales, hay cierto consenso en cuanto a su naturaleza de delito formal de actividad, de manera que únicamente admite sanción a título de consumación o tentativa; pero parte de la jurisprudencia ha sostenido que más bien se trata de un delito de resultado, por tanto, admitiría también sanción cuando sea frustrado. Mientras que, en lo concerniente del delito de favorecimiento, también hay posiciones disímiles en cuanto a la naturaleza de la facilitación, y acuerdo en relación con la naturaleza de delito de resultado.

Más allá de este cumplimiento formal a las exigencias establecidas en los instrumentos internacionales ratificados, se constata que la criminalización de estas conductas no ha resultado pacífica y ha dado lugar a importantes discusiones relativas a la naturaleza del bien jurídico tutelado y la justificación de su penalización. Considero que parte del problema dice relación con la falta de comprensión del fenómeno de ESC que hay detrás de los acotados tipos penales, y la utilización de un lenguaje que no logra dar cuenta de aquello que pretende ser protegido.

En primer lugar, nuestra legislación penal hace uso del término prostitución, el cual histórica y culturalmente es asociado a la noción de voluntariedad y consentimiento. La prostitución ha sido habitualmente concebida como una forma de trabajo, con diferentes grados de aceptación y regulación a lo largo de la historia (Cabrera Morales, 2019: 100-105); y como un contrato enmarcado en una lógica transaccional (Pateman, 1995: 260-263). Esta forma de conceptualizar el delito contribuye únicamente a responsabilizar socialmente al NNA que es involucrado en tales dinámicas, y no permite dar cuenta que la decisión de adentrarse o continuar en tales actividades

no ha sido libre y espontánea, sino manipulada de manera abusiva por un adulto que, perjudicando su derecho a explorar su sexualidad de manera acorde a su etapa de desarrollo, lo induce o le facilita los medios para que un tercero utilice su cuerpo como un objeto susceptible de ser comercializado (Condon y otros, 2013: 19-20; Child Rights Connect, 2005: 13-15).

Es por esto que el Protocolo establece una definición de la prostitución que parte de la base de la instrumentalización de la cual son víctimas los NNA. Sin la idea de utilización es fácil caer en la tentación de considerar que se trata de criminalizar una conducta que ha sido desplegada de manera voluntaria y que únicamente estaría siendo considerada como contraria a las buenas costumbres.

Esta misma lógica se usa al aludir a «servicios sexuales», implicando que hay una lógica comercial, de un trato o contrato en igualdad de condiciones, cuando en realidad existe un abuso por parte de aquel cliente explotador que, mediante el ofrecimiento o la entrega de un bien susceptible de ser avaluado económicamente, impide que el adolescente disponga de su libertad sexual de manera plenamente libre (Pérez, 2017: 180; Guzmán, 2016: 118).

Lo anterior lo ha referido la jurisprudencia al analizar dicho delito, respecto del cual ha sostenido que el empleo de la palabra servicios, si bien tiene variadas acepciones, en el contexto del mercadeo hace referencia a conductas orientadas a la satisfacción de necesidades de clientes.⁴¹

Asimismo, la exclusión del tipo penal ante la concurrencia de circunstancias del artículo 363 resulta del todo contraria a la naturaleza del fenómeno, la cual es reconocida en el Preámbulo del Protocolo Facultativo y en los Congresos internacionales para luchar en su contra, los cuales dan cuenta que las circunstancias socioeconómicas y sociales estructurales exacerbaban la vulnerabilidad de este grupo etario. Así, la remisión a un delito sexual común conlleva a la invisibilización del fenómeno, dejando fuera la importancia del elemento intercambio en el desarrollo de los eventos y la formación del consentimiento de la víctima. Se perpetúa así la cifra negra que impide la toma de conciencia necesaria para hacer frente a esta forma de explotación.

Si bien la regulación de la ESC en nuestro país tiene defectos, como los mencionados en referencia a los tratados internacionales, y puede ser mejorada, cabe destacar que con ella se logran sancionar conductas que atentan gravemente a la integridad sexual de los NNA, al utilizar sus cuerpos como meros objetos destinados a la satisfacción del otro, otorgando un beneficio lucrativo a cambio, que altera su voluntad, afectando con ello su libertad sexual y el derecho a autodeterminarse sexualmente de acuerdo a la etapa de desarrollo en la que se encuentran.

41. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 209-2019, 17 de diciembre 2019.

Conclusiones

A la luz del ejercicio analítico realizado en torno al fenómeno de la ESC y su abordaje penal, cabe concluir que nuestra legislación penal sanciona deficientemente la ESC en cuanto la formulación de los tipos penal que son más característicos de esta no logran dar cuenta de la naturaleza de dicho fenómeno. En ese sentido, la conceptualización que se ha realizado provoca confusiones relativas a la voluntariedad de las conductas y a la naturaleza del bien jurídico que se busca tutelar. Una interpretación comprometida con el derecho internacional de los derechos humanos y comprensiva de las características de esta grave forma de vulnerar los derechos de los NNA, permite comprender que las relaciones motivadas por la obtención de una remuneración son interacciones abusivas que comparten las justificaciones por las cuales se sancionan todas aquellas agresiones en la esfera de la sexualidad en las cuales el consentimiento se ha visto afectado.

Así, en el delito del artículo 367, el concepto de prostitución, además de carecer de una definición única, lo que puede llevar a confusiones en relación a la calidad de las actividades sexuales y la extensión del tipo penal, desvirtúa la realidad en relación a la voluntariedad y el consentimiento que se otorga por parte del NNA. Esto ha llevado a que se cuestione su necesidad de criminalización por solo tutelar la moralidad, cuando en realidad se puede justificar ya sea por la vía de proteger la indemnidad sexual, como por la tutela del derecho a la libertad de autodeterminación sexual.

En relación con el delito de obtención de servicios sexuales, la deficiencia se observa en lo acotado del tipo, en cuanto remite a figuras comunes de los delitos sexuales cuando concurren las circunstancias señaladas en el artículo 363, las cuales son características del fenómeno, de manera que se invisibiliza el elemento del intercambio y con ello la realidad de la explotación. Asimismo, la utilización del concepto de servicios sexuales, asociada comúnmente con la idea de prestación, conlleva erróneamente a considerar que ha habido voluntariedad por parte del adolescente que, en realidad, se ha visto envuelto de manera abusiva en una interacción sexual en la cual el elemento del intercambio figura como motivación principal que, afectando su libertad sexual, lo lleva a involucrarse; en tal sentido parece más asertivo referirse a acciones de significación sexual y relevancia, según la terminología de nuestro Código Penal.

Mientras no se modifiquen correctamente estos tipos penales se continuará perpetuando la deuda tenemos como sociedad en relación al reconocimiento de la ESC como una grave vulneración.

Referencias

- AGUILAR, Cristián (2015). *Delitos sexuales: Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming. Doctrina y Jurisprudencia*. 3.^a ed. Santiago: Editorial Metropolitana.
- BASCUÑÁN, Antonio (2009). «Derecho penal sexual moderno: ¿Afirma seriamente lo que dice?». Disponible en <https://bit.ly/3FFxdf6>.
- BULLEMORE, Vivian y John Mackinnon (2009). *Curso de Derecho Penal. Tomo 3. Parte Especial*. 2.^a ed. Santiago: Legal Publishing.
- CABEZAS, Carlos (2019). «Delito de facilitación de la prostitución de menores de edad. Absolución de la imputada». *Revista de Ciencias Penales*, 46: 465-480.
- CABRERA MARTÍN, Myriam (2019). *La victimización sexual de menores en el Código Penal Español y en la política criminal internacional*. Madrid: Dykinson.
- CABRERA MORALES, Natalia (2019). «Prostitución ¿Es necesario castigar? Una propuesta feminista para Chile». *Revista Política Criminal*, 14 (18): 95-151.
- CARNEVALI, Raúl (2012). «Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico, de favorecimiento a la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales». *Informe para la Defensoría Penal Pública*. Disponible en <https://bit.ly/3HqASPF>.
- CHILD RIGHTS CONNECT (2005). *Semantics or substance? Towards a shared understanding of terminology referring to the sexual abuse and exploitation of children*. Disponible en <https://bit.ly/3uDR6Nh>.
- CILLERO, Miguel (2021). «Violencia y Victimización de Niños, Niñas y Adolescentes: estándares internacionales para su erradicación y protección jurídica». En Miguel Cillero, Francisco Maldonado y Ester Valenzuela Rivera (editores), *Protección frente a la violencia contra niños, niñas y adolescentes en Chile: Aspectos jurídicos y sociales* (pp. 3-58). Santiago: Legal Publishing.
- CONDON, Fabiana, Milka da Cunha y Andrea Tuana (2013). *Explotación sexual de niños, niñas y adolescentes: Manual sobre conceptos básicos y herramientas de intervención*. Disponible en <https://bit.ly/3Bm2NMs>.
- CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA (2017). «Caracterización de las formas de Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes». *ONG Raíces*. Disponible en https://www.ongraices.org/admin/doctos/doc_49.pdf.
- DAUNIS, Alberto (2015). «La nueva criminalización del proxenetismo». *Revista Penal*, 36: 105-121.
- DECLARACIÓN DEL CONGRESO MUNDIAL CONTRA LA EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE LOS NIÑOS (1996). Disponible en: <http://www.csecworldcongress.org/sp/stockholm/index.html>.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. (2000) «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6: 69-101.

- . (2020). *Política Criminal y Derecho Penal: Estudios. Volumen 2*. 3.^a ed. Madrid: Tirant Lo Blanch.
- ECPAT INTERNACIONAL (2014). *Informe de monitoreo de país sobre la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*. Disponible en <https://bit.ly/3ULt9yb>.
- . (2016). *Orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y abusos sexuales*. Disponible en <https://bit.ly/3FhwfnV>.
- END CHILD PROSTITUTION AND TRAFFICKING, ECPAT España (2020). *IV Plan de acción contra la explotación sexual de la infancia y la adolescencia*. Disponible en <https://bit.ly/3uGrZJW>.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1998). *Derecho Penal: Parte Especial. Tomo 4*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FISCALÍA NACIONAL (2021). *Guía para el abordaje de los delitos de explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes: Aspectos fenomenológicos, victimológicos y marco normativo*. Disponible en: <https://bit.ly/3WaTnLV>.
- GARRIDO MONTT, Mario (2010). *Derecho penal: Parte Especial. Tomo III*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GÓMEZ, Manuel (2005). «Derecho penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (7): 1-35.
- GONZÁLEZ, Manuel (1986). *El delito de promoción o facilitación de corrupción o prostitución de menores: Análisis dogmático y crítico del artículo 367 del Código Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GONZÁLEZ, María Marta (2012). «La protección penal de los menores en la esfera sexual a la luz del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3 (8): 71-118.
- . (2017). «La explotación sexual de los menores: el caso de la prostitución del menor». *Cuadernos de Política Criminal*, 2 (122): 133-185.
- GUZMÁN, José Luis (2016). «Evaluación y racionalización de la reforma de los delitos contra la libertad sexual». *Revista de Ciencias Sociales*, 68: 105-136.
- GUZMÁN, Karen (2015). «El consentimiento de la víctima en los delitos contra la libertad sexual». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 62: 151-170.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2014). «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno: Una reconstrucción desde la teoría de las normas». *Ius et Praxis*, 20 (2): 21-70.
- MATUS, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez (2021). *Manual de derecho penal chileno. Parte Especial*. 4.^a ed. Santiago: Tirant Lo Blanch.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa (2007). «¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?». *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 4: 1-43. Disponible en <https://bit.ly/3USpuP7>.

- MOLLER, Edmundo (2011). «El delito de estupro: Una mirada teleológica». *Leyes y Sentencias*, 115: 1-18.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (2021). *Derecho Penal Parte Especial*. México: Tirant Lo Blanch.
- ORJUELA, Liliana y Virginia Rodríguez (2012). *Violencia sexual contra los niños y niñas: Abuso y explotación sexual infantil*. Madrid: Save the Children España, 1-33.
- OSSANDÓN, María Magdalena (2013). «Comisión por omisión del delito de favorecimiento de la prostitución de menores». En Juan Pablo Mañalich (coordinador), *La ciencia penal en la Universidad de Chile* (pp. 435-461). Santiago: Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- PATEMAN, Carole (1995). *El contrato sexual*. Barcelona: Anthropos.
- PÉREZ, Esteban (2017). «Tratamiento penal del cliente en la prostitución infantil y en otras actividades sexuales remuneradas con menores». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3 (17): 167-223.
- POLITOFF, Sergio, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez (2004). *Lecciones de derecho penal chileno: Parte especial*. Santiago: Jurídica de Chile.
- RAMÍREZ, María Cecilia (2014). *La regulación penal de la prostitución infantil: derecho internacional, de la Unión Europea y comparado: especial referencia a los sujetos involucrados*. Berlín: Dictus Publishing.
- ROJAS, Natalia (2020). *Delitos sexuales. El consentimiento y el perdón de la víctima: un análisis del delito de estupro*. Santiago: Hammurabi.
- RODRÍGUEZ, María José (2009). «Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios». En Francisco Alvarez, *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: La política criminal europea* (pp. 321-340). Madrid: Tirant Lo Blanch.
- . (2012). «El Código Penal y la Explotación Sexual Comercial Infantil». *Estudios Penales y Criminológicos*, 32: 197-246.
- RODRÍGUEZ, Luis (2006). «Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto del Código Penal». *Revista Política Criminal*, 1: 1-19.
- . (2016). *Delitos sexuales*. 2.ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SANTIBÁÑEZ, María Elena (2015). «Los delitos sexuales tradicionales y sus principales modificaciones». En Blanca Bórquez y María Teresa Corvera (coordinadoras), *Violencia sexual contra la infancia: el avance legislativo y sus desafíos* (pp. 145-184). Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- SCHEECHLER, Christian (2021). «La protección jurídico penal de los NNA frente a la violencia sexual en Chile (visión panorámica, caracterización y suficiencia de la regulación)». En Miguel Cillero, Francisco Maldonado y Ester Valenzuela (editores), *Protección frente a la violencia contra niños, niñas y adolescentes en Chile: Aspectos jurídicos y sociales* (pp. 511-556). Santiago: Legal Publishing.

WINTER, Jaime (2018). *Delitos contra la indemnidad sexual*. Santiago: Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial.

Sobre la autora

JAVIERA ILABACA TURRI es abogada por la Universidad de Chile, Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Talca (2021). Abogada asesora en la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional Ministerio Público. Su correo electrónico es javi.ilabaca@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0002-2142-4668>. Este trabajo corresponde a la tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Talca.

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro

(acastro@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rej.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

cej@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)