



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



Tesis para optar al grado de:

Magíster en Derecho (Legum Magister) Mención Derecho y Procesos Penales.

“El delito de trato sexual remunerado con menores de edad en Chile”.

Prof. Dr. José Luis Guzmán Dálbora.

N. Pilar González Martignoni.

Valparaíso, noviembre de 2014

Índice

Índice	Página
Abstract	Pág. 2
Introducción	Pág. 3
Capítulo I. "Antecedentes, Desarrollo y Bien Jurídico del Delito"	Pág. 7
1. Antecedentes	Pág. 8
2. El delito de trata sexual reconociendo con conciencia de culpabilidad y el consentimiento que la explotación sexual constituye delito.	Pág. 9
3. Bien jurídico afectado	Pág. 14
3.1 La libertad sexual como bien jurídico	Pág. 14
3.2 La intimidad sexual como bien jurídico	Pág. 21
3.3 La integridad física como bien jurídico	Pág. 23
3.4 El desarrollo de la personalidad y el desarrollo sexual inherente de los niños, niñas y adolescentes como bien jurídico en el delito de trata sexual reconocido con conciencia de culpabilidad	Pág. 25
Capítulo II. "Medios típicos, grado de culpabilidad, objeto material y modo propio"	Pág. 33
1. La conducta	Pág. 35
2. El error	Pág. 46
3. Objeto material y modo propio	Pág. 52
Capítulo III. Modos de consumación y posibilidad de la tentativa	Pág. 53
1. Consumación	Pág. 53
2. Tentativa	Pág. 56

A Suzu.

Índice.

Índice.	
Abstract.	Pág.1
Introducción	Pág. 2
Capítulo I. “Antecedentes, Noción y Bien Jurídico del Delito”.	Pág. 5
1. Antecedentes.	Pág. 5
2. El delito de trato sexual remunerado con menores de edad y su vinculación con la explotación sexual comercial infantil.	Pág. 9
3. Bien jurídico afectado.	Pág. 14
3.1 La libertad sexual como bien jurídico.	Pág. 19
3.2 La indemnidad sexual como bien jurídico.	Pág. 21
3.3 La integridad sexual como bien jurídico.	Pág. 23
3.4 El desarrollo de la personalidad o el desarrollo sexual inalterado de los niños, niñas y adolescentes como bien jurídico en el delito de trato sexual remunerado con menores de edad.	Pág. 26
Capítulo II. “Núcleo típico, medio de ejecución, objeto material y sujeto pasivo”.	Pág. 33
1. La conducta.	Pág. 35
2. El medio.	Pág. 46
3. Objeto material y sujeto pasivo.	Pág. 52
Capítulo III. Momento consumativo y posibilidad de la tentativa.	Pág. 53
1. Consumación.	Pág. 53
2. Tentativa.	Pág. 56

Conclusiones.

Pág. 61

Bibliografía.

Pág. 64

Abstract.

El trato sexual remunerado con menores de edad fue introducido como delito por la ley 19.927 de 14 de enero de 2004 que sanciona a las personas que mediante dinero u otra prestación de cualquier naturaleza obtienen servicios sexuales de personas menores de edad pero mayores de 14 años, siempre que no concurren las circunstancias de los delitos de violación o estupro. Este trabajo analiza su tipo penal, el bien jurídico protegido, el núcleo típico, el objeto material, el medio comisivo, el sujeto pasivo y el momento consumativo de éste y su posibilidad de sanción a título de tentativa.

Trato sexual remunerado/núcleo típico/prestaciones sexuales/consumación/tentativa.

Introducción.

Con la promulgación de la ley 19.927 el 14 de enero de 2004, se incorporó a nuestro código punitivo el artículo 367 ter, que sanciona a las personas que mediante dinero u otra prestación de cualquier naturaleza obtienen servicios sexuales de personas menores de edad pero mayores de 14 años, siempre que no concurran las circunstancias de los delitos de violación o estupro.

El trabajo que se presenta tiene analiza el tipo penal contemplado en la norma citada, con el fin de determinar cuál es el bien jurídico protegido, la suficiencia del núcleo típico, de su objeto material y del medio comisivo descrito por la norma, para finalizar con el análisis del momento consumativo del delito, su principio de ejecución y la posibilidad de sancionar la tentativa del mismo.

Esta tesis consta de tres capítulos.

El primer capítulo se titula “Antecedentes, Noción y Bien Jurídico del Delito”. En él se trata el contexto que explica la tipificación del delito de trato sexual remunerado con menores de edad en nuestro país, tarea para lo cual fue necesario acudir a la normativa supranacional imperante en esta materia. Para determinar el bien jurídico se analizaron todos aquellos propuestos por la doctrina respecto a los delitos que atentan contra la indemnidad o integridad sexual de los menores, tratándolos de manera individual y comparativamente, decantando ello en la proposición de el desarrollo sexual inalterado como bien jurídico fundamentalmente protegido en este tipo penal.

El capítulo segundo denominado, “Núcleo típico, medio de ejecución, objeto material y sujeto pasivo”, entra de lleno en el corazón del delito. El núcleo típico está

compuesto por un verbo recto y su complemento típico, para determinarlo ha sido necesario considerar las conductas típicas y sus modalidades de ejecución que satisfacen el tipo, adentrándose en las profundidades sociológicas y legales de la determinación de lo que se entiende por “prestaciones sexuales”, ejercicio en que fue necesario diferenciar y comparar este delito de otros tipos penales a la luz de los compromisos adoptados por nuestro país en convenios y protocolos internacionales.

Todo ello sin dejar de lado, la debida atención que ha detenerse en la vaguedad que presenta el delito de trato sexual remunerado con menores de edad y sus implicancias en el orden constitucional de nuestro país respecto al principio de legalidad penal.

En lo que se refiere al objeto material se aborda la problemática que se genera respecto a las prestaciones distintas en dinero, mediante el cual se obtiene el servicio sexual del menor. Al efecto, fue necesario adentrarse en algunos institutos del derecho de familia explicados en una relación contextual propia de la Teoría Integral de la Protección a la Infancia.

Concluye este capítulo con la consideración del objeto y sujeto pasivo que en este tipo convergen en identidad.

El capítulo tercero, “Momento consumativo y posibilidad de la tentativa”, versa sobre estos dos aspectos del *itercriminis* y corona el estudio de este delito engranando las conductas que configuran la prestación sexual y el ofrecimiento del precio, con la problemática que se genera al determinar el momento en que se inicia el acto o prestación sexual que consuma el delito. Sin dejar de considerar el amplio espectro conductual del concepto de prestación sexual y su dificultad de fraccionamiento, que podrá presentarse sólo antes de iniciada cualquier conducta de corte sexual, lo que lleva a la conclusión que

ello sólo podrá darse al momento del ofrecimiento del precio y aceptación de éste por el menor, configurándose el delito como tentado.

Finaliza la tesis con una reseña sintética de las conclusiones efectuadas a lo largo de su desarrollo.

Capítulo I.

Antecedentes, Noción y Bien Jurídico del Delito.

1. Antecedentes.

Durante las últimas décadas ha sido una preocupación en nuestro país el establecer medidas de resguardo para los menores de edad en materia de su indemnidad o libertad sexual. Es así como nuestros cuerpos legales se han ido adecuando a la normativa internacional con el fin de sancionar, entre otras figuras, la explotación comercial sexual infantil en sus diversas formas.

Con la entrada en vigencia de la ley 19.927 el 14 de enero de 2004, se incorpora el artículo 367 ter a nuestro Código penal, que viene a sancionar el trato sexual remunerado con menores de edad, mayores de catorce años, sin la concurrencia de las modalidades comisivas de la violación o del estupro.

En efecto, la norma citada dispone:

“El que, a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtuviere servicios sexuales por parte de personas mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será castigado con presidio menor en su grado máximo”.

La ley 19.927 tiene su génesis en la moción Parlamentaria de la diputada señora María Pía Guzmán y del diputado señor Patricio Walker, y con ella se busca modificar el Código penal, de procedimiento penal y procesal penal en materia de delitos de pornografía infantil. Sin embargo, ni en su exposición de motivos o fundamentos, ni en el proyecto

original, encontramos el delito de trato sexual remunerado con menores de edad, pues dicho proyecto estaba destinado principalmente a la sanción de conductas relacionadas con la pornografía infantil. Es por la indicación de los diputados María Antonieta Saa y del diputado señor Guillermo Ceroni, que se incorpora el tipo penal que tiene por finalidad sancionar al cliente que obtenga servicios sexuales de menores de edad mediante precio u otras prestaciones¹.

Es así como se estima por parte de los legisladores que el artículo 367 ter viene a cerrar el círculo de protección en materia de explotación sexual comercial infantil, por cuanto ya no sólo se sanciona a quien favorece la prostitución de un menor de edad, sea habitualmente o no², sino que también se sanciona al cliente del menor explotado, con independencia que exista intermediación de un tercero, o éste obtenga por sí los servicios sexuales de un menor de edad mayor de 14 años³.

Las modificaciones introducidas a nuestra legislación penal y procesal penal por la ley 19.927 tienen como objetivo adecuar nuestra normativa a los compromisos asumidos por Chile mediante la suscripción de tratados internacionales, como la Convención Internacional de los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de niños en la pornografía; el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; la Declaración de Estocolmo adoptada en el Primer Congreso Mundial Contra la Explotación Sexual Comercial Infantil, celebrado en dicha ciudad en 1996, así como el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo, que incluye entre las

¹ Historia de la ley. Primer trámite constitucional Cámara de Diputados.

² El artículo 367 del Código penal, que sanciona el favorecimiento a la prostitución, fue modificado por la ley 19.927, eliminando del tipo legal la exigencia de la habitualidad en el favorecimiento, para otorgarle una relevancia sólo para efectos de aumentar la pena, como lo señala el inciso segundo de la norma.

³ Historia de la ley. Segundo trámite constitucional Cámara de Diputados.

peores formas de trabajo infantil, la explotación sexual comercial infantil, todos compromisos que fueron ratificados en el Congreso de Yokohama en el 2001 y en el Tercer Congreso Mundial sobre el tema, realizado en el año 2008 en Río de Janeiro⁴.

Cabe destacar que La Convención Internacional de los Derechos del Niño, reconoce la necesidad de brindar protección a los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de abuso y explotación sexual, al disponer en sus artículos 19 y 34 lo siguiente:

Artículo 19: *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.*

Artículo 34: *“Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:*

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;*
- b) La explotación del niño en la prostitución⁵ u otras prácticas sexuales ilegales;*

⁴ Segundo Marco para la Acción Contra la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes 2012 – 2014. Ministerio de Justicia, Gobierno de Chile.

⁵ La Convención Internacional de los Derechos del Niño así como otros instrumentos normativos aludidos o que se aludirán en el presente trabajo utilizan la expresión “prostitución infantil” como una modalidad de la explotación sexual comercial infantil, sin embargo, existe consenso sobre la inconveniencia del término, pues se corre el riesgo de legitimar, al menos culturalmente, esta modalidad de explotación sexual comercial infantil, como se hace con la prostitución adulta. Además, el término prostitución infantil puede hacer pensar de manera errada que los niños y niñas víctimas se encuentran en dicha situación a partir de actos voluntarios, autónomos y libres. Por ello, no es adecuado utilizar tampoco términos como prostituto o prostituta para referirse a los niños, niñas y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial infantil, ni otros como

c) *La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos*".

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo en su Convenio 182 incluye entre las peores formas de trabajo infantil la explotación sexual comercial infantil por ser una violación fundamental de los derechos de la niñez y la adolescencia, pues a través de ésta se expone a los niños, niñas y adolescentes a un temprano y forzado inicio de su vida sexual con un único objeto comercial. Es así, como en la letra b) de su artículo 3° señala: "A los efectos del presente Convenio, la expresión las peores formas de trabajo infantil abarca: b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas"⁶.

También destaca el artículo 3° del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, cuando establece que:

"Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:

a) *En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2:*

cliente, para el explotador. Es preferible referirse a ellos como explotado o explotada sexualmente y para referirse al término prostitución infantil utilizar denominaciones como "intercambios sexuales directos", "relaciones" o "actos sexuales remunerados. *Abuso sexual infantil y explotación sexual comercial infantil en América Latina y el Caribe. Informe genérico situacional.* Save the Children - Suecia. Bogotá, D.C., 13 de diciembre de 2006.cfr. pág. 16. En el mismo sentido, *Organización Internacional/ Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil. Explotación sexual comercial. Contenidos mínimos en materia de penalización de la ESC de personas menores de edad, según las normas internacionales.* Documento de trabajo con recomendaciones para Centroamérica, Panamá y República Dominicana. San José, Costa Rica. Oficina Internacional del Trabajo, 2004. cfr. pág. 22.

⁶ Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. 87° Reunión de Ginebra, junio de 1999.

i) *Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de:*
 a. *Explotación sexual del niño...*"

En consecuencia, se puede afirmar que es en cumplimiento de tales compromisos⁷ que en el año 2004 se introdujo una serie de modificaciones a nuestra legislación penal y procesal penal mediante la dictación de la ley N° 19.927 de 2004, que, entre otras figuras, incorporó como conducta típica la obtención de servicios sexuales de menores de edad, sancionando de esta forma la figura del "cliente", como nuevo sujeto activo del delito, a quien se impone la pena de presidio menor en su grado máximo.

2. El delito de trato sexual remunerado con menores de edad y su vinculación con la explotación sexual comercial infantil.

La explotación sexual comercial infantil fue tratada en el Primer Congreso Mundial Contra la Explotación Sexual Comercial Infantil celebrado en Estocolmo en 1996, y su contenido quedó plasmado en el punto 5° de su Declaración y Programa de Acción al entenderla como: "una violación fundamental de los derechos de la niñez. Ésta comprende el abuso sexual por adultos y la remuneración en metálico o en especie al niño o niña y a una tercera persona o varias. El niño o niña es tratado como un objeto sexual y una mercancía. La explotación sexual comercial de la niñez constituye una forma de coerción y violencia contra los niños y niñas, que puede implicar el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud"⁸.

Según la Declaración de Estocolmo adoptada en el Congreso antes citado, la explotación sexual comercial infantil consiste en la utilización de personas menores de 18

⁷ Así se manifiesta en la propia Historia de la Ley 19.927.

⁸ Declaración y Programa de Acción Primer Congreso Mundial contra la explotación Sexual Comercial de los Niños. Estocolmo, Suecia, 27-31 de agosto de 1996.

años de edad en relaciones sexuales remuneradas, pornografía y espectáculos sexuales en donde exista un intercambio económico o pago de otra índole para la persona menor de edad o para un tercero intermediario.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo y el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil de la misma organización, describe la explotación sexual comercial infantil como “la utilización de personas menores de edad en actividades con fines sexuales donde existe un pago o promesa de pago o de otra índole para la niña, el niño o adolescente o para quien comercia sexualmente con ellos”⁹.

El Instituto Interamericano del Niño la entiende como “una actividad esencialmente económica, de carácter comercial y mercantil, que somete a niños, niñas y adolescentes al trabajo de comercio y de la industria del sexo, en los ámbitos nacional e internacional”¹⁰.

Save the Children, por su parte la describe como la “utilización de un niño o niña con fines sexuales, a cambio de retribuciones en dinero o en especie, aunque ello no quiere decir necesariamente, que éstas lleguen a sus manos; es frecuente que redes delincuenciales (sic), proxenetas o incluso las propias familias de los niños y las niñas sean los destinatarios de tales retribuciones. Esta utilización vulnera los derechos humanos de niños y niñas en especial los derechos a la dignidad, la igualdad, la autonomía, la salud y el bienestar físico y mental de las víctimas”¹¹.

⁹ Organización Internacional del Trabajo/ Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil. op.cit., pág.7.

¹⁰ *La Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes en América Latina*. Segunda edición. Programa de Promoción Integral de los Derechos del Niño Instituto Interamericano del Niño (IIN), Montevideo, 2003, pág. 20.

¹¹ *Abuso sexual infantil y explotación sexual comercial infantil en América Latina y el Caribe*. Informe genérico situacional. Save the Children - Suecia. op. cit., pág. 20

Finalmente, en nuestro país, el Servicio Nacional de Menores 'la describe como "una violación de los derechos humanos que ocurre cuando una persona o un grupo de personas involucra a un niño/a o a un adolescente en actividades sexuales, para la satisfacción de los intereses y deseos de otras personas o de sí mismo, a cambio de una remuneración económica u otro tipo de beneficio o regalía"¹².

Entre los elementos que configuran la explotación sexual comercial infantil podemos identificar claramente los siguientes¹³:

a. Explotación: el Diccionario de la Real Academia Española define en su tercera acepción "explotar" como "utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera". En consecuencia, nos encontramos con la necesaria existencia de una relación de desigualdad o un desequilibrio de poder entre el explotador y su víctima, el que puede tener diversos orígenes o factores determinantes, ya sea por encontrarse el explotador en una situación de superioridad sobre la víctima, impidiéndole el uso y disfrute de su libertad, o bien por una mayor edad, posición económica, amenaza, etc.

b. La naturaleza sexual de dicha explotación: se identifica con la utilización del cuerpo de la víctima, que en este caso necesariamente debe ser un niño, niña o adolescente, con el objeto de proporcionar placer, excitación o gratificación para su autor. Sin embargo, este placer, excitación o gratificación, también puede beneficiar a un tercero, quien sin tener un contacto sexual con la víctima, ejerce un control sobre ella con el fin de explotarla, beneficiándose de ella, actuando en su calidad de intermediario.

¹² Servicio Nacional de Menores, *Términos de Referencia del Estudio de Explotación, Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes*, diciembre 2002.

¹³ Sobre el particular véase Rodríguez Mesa, María José, "El Código Penal y la Explotación Sexual Comercial Infantil", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, 197-246, págs. 202-208 y *Abuso sexual infantil y explotación sexual comercial infantil en América Latina y el Caribe*. op. cit.

c. Remunerada o comercial: elemento que lo distingue de la explotación sexual infantil, pues en este caso, se requiere la concurrencia de un interés comercial, la cosificación de la víctima, alcanzando el menor, en algunos casos, el carácter de mercancía. En todo caso, la remuneración ofrecida no necesariamente debe ser en dinero, sino que puede ser en especies, como ropa, alimentos, regalos, drogas, entre otras. Este elemento o componente es el que hace que la explotación sexual comercial infantil se distinga de la explotación sexual infantil, pues como se verá, la explotación comercial es una variante de ésta, ya que en la primera no concurre el elemento económico o comercial que se traduce en la pago de sumas de dineros o de otras especies, pues se trata sólo de acciones de significación sexual por parte de un adulto con menores de edad sin que medie ninguna contraprestación.

d. De niños, niñas o adolescentes. Este es el elemento esencial de la explotación sexual comercial infantil, entendiéndolo como tal a todo menor de 18 años, según lo establece la Convención Internacional de los Derechos del Niño en su artículo 1º, al definir al niño como “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad”, independientemente de la edad de consentimiento sexual establecida en la legislación penal de cada país, entendiéndose por tal “la edad por debajo de la cual, a los efectos de una acción penal, se asume la ausencia de consentimiento, sin importar la existencia o no de dicho consentimiento”¹⁴.

Ahora bien, de las definiciones dadas, y de los elementos que conforman la explotación sexual comercial infantil, se aprecia que ésta puede adoptar distintas variantes, tales como:

¹⁴ Rodríguez Mesa, op. cit., pág. 207.

- a. Actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad.
- b. Pornografía con utilización de imágenes de personas menores de edad.
- c. Tráfico internacional de personas menores de edad para explotación sexual comercial infantil.
- d. Trata de personas menores de edad con fines de explotación sexual comercial infantil.
- e. Venta de niños, niñas y adolescentes.
- f. Turismo sexual
- g. Esclavitud sexual.
- h. Proxenetismo.
- i. Rufianería.

De las distintas formas que puede adoptar la explotación sexual comercial infantil, la que interesa para los fines del presente trabajo, es aquella que comprende la obtención de actividades sexuales remuneradas con menores de edad, las que se definen como “una modalidad de explotación sexual comercial infantil mediante la cual se paga o promete pagar a una persona menor de edad para mantener relaciones sexuales con ella, siendo quien realiza esta actividad denominado como cliente explotador”¹⁵.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, entiende por prostitución infantil “la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución (...)”, entendiéndose que con esta definición se refiere a la obtención de actividades sexuales remuneradas, con las salvedades que se han hecho valer precedentemente en relación al concepto de prostitución infantil.

¹⁵ Organización Internacional/ Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil. op.cit. pág.7.

Finalmente, *Save the Children* define las actividades sexuales remuneradas como la “realización de actos sexuales de cualquier naturaleza con niños, niñas o adolescentes a cambio de dinero, bienes o servicios”¹⁶.

Por su parte, la UNICEF define al “cliente-explotador” como “la persona que paga o promete pagar a un niño, niña o adolescente, o a un tercero, para que esa persona menor de edad realice actos sexuales directamente con ella”¹⁷.

En consecuencia, resulta evidente que existe una marcada relación entre la explotación sexual comercial infantil y el artículo 367 ter nuestro Código Penal, pues en éste se castiga al denominado *cliente explotador* que obtiene una prestación sexual remunerada, lo que implica en definitiva, una modalidad de ésta.

3. Bien jurídico afectado.

Es un hecho que toda conducta típica implica la afectación de un bien jurídico, puesto que los tipos penales necesariamente manifiestan una protección de los mismos. Es por ello que el bien jurídico cumple una función teleológica otorgándole un sentido al tipo penal, así como también cumple una función limitadora del *ius puniendi*, toda vez que no puede el legislador crear tipos penales que no afecten un bien jurídico.

Por estos motivos resulta necesario identificar el bien jurídico afectado en el delito de trato sexual remunerado con menores de edad. Más aún, cuando se tiene en consideración la manifiesta discordancia entre la edad para consentir en el acto sexual

¹⁶ *Abuso sexual infantil y explotación sexual comercial infantil en América Latina y el Caribe*. op. cit. pág 12.

¹⁷ Unicef. *Conceptos básicos sobre explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*. Disponible en <http://www.unicef.org/lac/1.conceptosbasicos.pdf>. última visita 18.01.2014.

heterosexual¹⁸ por parte de un adolescente y la de consentir en actos sexuales mediante el pago de un precio u otra prestación. En efecto, la edad de consentimiento sexual en nuestro país es a los 14 años, así se desprende el artículo 362 del Código penal, el cual sanciona como autor del delito de violación a quien acceda carnalmente por vía vaginal, anal o bucal a toda persona menor de 14 años; en cambio, para ejercer el comercio sexual, sin que dicha actividad sea considerada delictiva por parte de quien la obtiene hay que tener 18 años cumplidos.

En consecuencia, puede surgir la interrogante de por qué el legislador penal ha decidido sancionar la conducta de quien mediante precio u otras prestaciones realiza una actividad sexual remunerada con un menor de edad mayor de 14 años, cuando se entiende que ese adolescente tiene la capacidad para consentir en el acto sexual heterosexual, si quiere, con una persona que considerablemente lo supere en edad, pero, si ese adulto- que incluso también puede ser otro adolescente,- paga, ya sea en dinero o especies, la conducta por parte de éste se torna típica.

En definitiva, y aún cuando la prostitución no es un concepto que se aconseje a aplicar a explotación sexual comercial infantil, podemos encontrar en los fundamentos normativos que se han tenido en vista por los distintos países para establecer su política regulatoria sobre tal actividad, respuestas a la sanción del cliente que obtiene servicios sexuales del menor de edad.

En efecto, entre los diversos modelos normativos que tratan o abordan la prostitución, que se pueden reducir principalmente a cuatro, encontramos el denominado reglamentarismo, al abolicionismo, el prohibicionismo y el modelo laboral, de legalización

¹⁸ El artículo 365 de nuestro Código penal sanciona a quien acceda carnalmente a menor de 18 años de su mismo sexo, de lo que se desprende que los menores de 18 años y mayores de 14 homosexuales no pueden consentir en el acto sexual.

o regulacionista¹⁹. Entre éstos, destacan dos modelos por regular la prostitución no forzada y que puede entenderse en relación con la figura en estudio, con las salvedades hechas, respecto a la denominación de prostitución: a) el prohibicionismo, que culpabiliza a la prostituta de la existencia de tal actividad, además de la conducta de quienes se benefician del ejercicio de la prostitución; b) el modelo abolicionista, el cual incrimina no a la persona que ejerce la prostitución, sino sólo a quienes lucran del ejercicio de la misma, es decir, a quienes la promueven, mediante el proxenetismo, así como también a quienes obtienen los servicios sexuales de la persona prostituida²⁰.

Estas corrientes se han visto influidas por el feminismo, es así como el feminismo liberal lo ha hecho respecto del modelo legalizador, pues considera a la prostitución como un trabajo legítimo, rechazando la idea de que sea un acto degradante de venta del propio cuerpo. Al contrario, el feminismo socialista, entiende que el capitalismo explota el trabajo de las prostitutas para beneficio de quienes controlan los medios productivos, pues las prostitutas “son simplemente mujeres que rechazan la pobreza vendiendo aquello con lo que otras mujeres no comercian²¹”, por lo que postulan el castigo de quienes se benefician financieramente por el ejercicio de la prostitución. Y en el extremo, se ubica el feminismo radical o estructuralista que identifica la prostitución como una forma de violencia de género y de dominación por parte del género masculino, señalando que la mujer no puede consentir con el ejercicio libre de tal actividad, puesto que entiende que todo ejercicio de la prostitución es de por sí forzada. Esta última postura propugna no sólo la criminalización de quienes obtienen provecho económico de la prostitución, sino que también de aquellos que permiten perpetuarla, como lo son los clientes.

¹⁹ Véase, por todos, Villacampa Estiarte, Políticas de Criminalización de la prostitución: análisis críticos de su fundamentación y resultados, en *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª época, N° 7, enero de 2012, págs., 81-142.

²⁰ Villacampa Estiarte, op. cit. cfr., pág.88

²¹ Aronson Gregg, “Seekin a consolidated feminist voice for prostitution in the US”. En *Rutgers Journal of Law & Urban Policy*, 3, 2006, pág. 365. Citado por Villacampa Estiarte, op. cit. pág. 89.

Es así como incluso extrapolando estos argumentos es posible encontrar fundamentos similares para el castigo de la explotación sexual comercial infantil, pues tanto en la postura abolicionista de la prostitución como en los fundamentos represivos de la primera, encontramos que el trabajo sexual remunerado constituye una forma de violencia en que se impone el género (o bien un adulto), por sobre el consentimiento de la persona prostituida o explotada.

En todo caso, y con el fin de alcanzar una mayor comprensión respecto a los motivos que inspiran la sanción del trato sexual remunerando con menores de edad, resulta indispensable determinar cuál es el bien jurídico afectado por el tipo penal contenido en el artículo 367 ter, siendo necesario previo a ello, identificar, al menos someramente, los principales bienes jurídicos que la doctrina ha desarrollado y entendido como afectados en los delitos que atentan contra la esfera de la sexualidad en general, para luego adentrarnos en el bien jurídico del delito que nos ocupa.

Durante las dos últimas décadas, en especial, con las modificaciones que han sufrido los códigos penales iberoamericanos, así como el español, italiano, portugués, sueco, y del Reino Unido^{22 23} en materia de delitos que atentan contra la esfera de la

²² Cfr. Ramírez Guzmán, María Cecilia, “*La regulación penal de la prostitución infantil*” *Derecho Internacional, de la Unión Europea y Comparado. Especial referencia los sujetos involucrados*. Dictus Publishing, Santiago de Chile/Lleida 2008, págs. 87-90.

²³ Importante resulta destacar aquellas legislaciones penales que introdujeron el tipo penal en estudio. España, en el año 1999 introdujo en su Código penal el artículo 187.1 que sanciona a quien “*solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz*”. Perú, con las modificaciones introducidas por la ley N° 28.251 de 8 de junio de 2004, introdujo a su Código penal el artículo 179 – A que sanciona al “*usuario - cliente*”, estableciendo el siguiente tipo penal “*el que, mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una persona de catorce y menor de dieciocho años, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años*” En Ecuador, si bien es cierto no existe una figura penal similar a la chilena, se sanciona lo que doctrinariamente se ha denominado *turismo sexual*; en efecto, el artículo 528.10 incorporado por la ley 2005-2 2045, de 23 de junio de 2005, prescribe: “*el que, por cualquier medio, adquiera o contrate actividades turísticas, conociendo que implican servicios de naturaleza*

sexualidad, la doctrina penal identifica más de un bien jurídico, desarrollando sus contenidos con la firme intención de suprimir cualquier elemento o idea moralizante de ellos.

Doctrinariamente existen dos posiciones bien marcadas:

- a. Quienes sostienen que la totalidad del sistema penal en materia de delitos que signifiquen atentados sexuales tiende a la protección de la libertad sexual, reconociendo, sin embargo, que en determinados casos la tutela se orienta, además, a otros intereses, como el “adecuado proceso de formación de menores e incapaces”²⁴;
- b. Quienes sostienen que el bien jurídico tutelado es la libertad sexual –respecto de las personas que se encuentran capacitadas para autodeterminarse en el plano de la sexualidad– y, alternativamente, la indemnidad o intangibilidad sexual en el caso de los menores e incapaces, como lo propone, por ejemplo, Muñoz Conde²⁵.

sexual con personas menores de dieciocho años de edad, será sancionado con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años”. En el mismo sentido el Código penal para el Distrito Federal de México, en su artículo 186 dispone: “Comete el delito de turismo sexual el que: II. Viaje al interior del Distrito Federal o de éste al exterior, por cualquier medio, con el propósito de realizar o presenciar actos sexuales con una persona menor de dieciocho años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o de persona que no tiene capacidad de resistir la conducta, se le impondrá de siete a catorce años de prisión y de dos mil a cinco días multa”. Sobre este tipo último tipo penal, resulta importante la legislación penal mexicana que ubica el delito bajo el epígrafe “Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad cometidos en contra de las personas mayores y menores de dieciocho años de edad o personas que no tengan capacidad para comprender el significado del hecho o personas que no tengan la capacidad de resistir la conducta”, con ello determina desde ya el bien jurídico afectado, evitando las discusiones que se plantean sobre el tema a nivel nacional.

²⁴ Véase, por todos, Rodríguez Collao. “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”, en *Política Criminal, Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*. Centro de Estudio de Derecho Penal, Universidad de Talca, 2006, n° 1, A1, págs. 1-19. pág.7.

²⁵ Ídem, pág. 8.

A estas posturas debemos agregar una más reciente que entiende que el bien jurídico en los delitos que afectan la esfera de la sexualidad de menores de edad es la integridad sexual, y que se tratará más adelante.

3.1 La libertad sexual como bien jurídico.

Se entiende que la libertad sexual es una dimensión de la libertad personal, por tanto, un atributo inherente a la persona que, en este caso, se circunscribe a la esfera de su sexualidad²⁶.

Miguel Bajo Fernández define la libertad sexual como “facultad de disponer del propio cuerpo sin más limitaciones que el respeto por la libertad ajena y, al mismo tiempo, como facultad de repeler agresiones sexuales de otro”²⁷.

Por su parte, Orts Berenguer entiende por libertad sexual la facultad o capacidad de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad; es decir, en el ámbito de la actividad relacionada con el impulso venéreo y su excitación y satisfacción, la que comprende la libertad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento; utilizar y servirse del propio cuerpo sin más limitaciones que las derivadas del respeto a la libertad ajena, escoger el compañero sexual y rechazar proposiciones no deseadas²⁸.

En el mismo sentido se pronuncia Guzmán Dálbora al describirla como “la facultad del individuo de gobernar su vida sexual, es decir, de conducirla de acuerdo con sus propios deseos e inclinaciones, ya en lo que respecta al tipo de vinculación o tratos carnales que

²⁶ Véase, por todos, Rodríguez . *Delitos sexuales: de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 19.617 de 1999*. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2000, segunda edición, pág. 60.

²⁷ Citado por Rodríguez Collao. *Delitos Sexuales*, ed. cit., pág. 61.

²⁸ Orts Berenguer, *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, cfr., págs. 25 y 26.

establezca con otros, ya en lo que concierne al recipiendario o *partenaire* de aquéllos, y de oponerse a la intervención ajena que pretenda imponerle actuaciones que no quiera, pero, en uno y otro caso, respetando el ejercicio de la paralela libertad en los demás”²⁹.

De los conceptos entregados, resulta evidente que la libertad sexual comprende tanto un aspecto positivo como otro negativo. El primero de ellos alude a la facultad que tiene toda persona de ejercer libremente cualquier comportamiento sexual y con cualquier persona, o bien, abstenerse de ello. Y, el segundo, comprende el derecho que tiene toda persona de no verse conminada o involucrada por otro individuo en una actividad sexual de cualquier naturaleza sin haber prestado su consentimiento.

La libertad sexual como bien jurídico único en los delitos que atentan contra la esfera de la sexualidad ha sido cuestionada por la doctrina mayoritaria³⁰, en cuanto se argumenta que existen atentados sexuales que no afectan la capacidad de autodeterminación de un individuo para el acto sexual. Ello ocurre en el caso en que las víctimas sean un impúber o un sujeto que se encuentre totalmente privado de sentido, pues no tienen la capacidad cognitiva para entender el significado de su actuar.

Se sostiene que en la base de toda libertad se encuentra la posibilidad real de ejercerla, lo que no ocurre en estos casos, por lo que no se vería un atentado en contra de esa libertad.

En contra de tal planteamiento, Díez Ripollés sostiene, que la libertad sexual sigue siendo el bien jurídico protegido por antonomasia en los delitos que atentan la esfera de la

²⁹ Guzmán Dálbora, “Apreciación y Reprobación de la Reforma de los Delitos contra la Honestidad en Chile”, en *Anuario de Derecho Penal*, de Lima, núm. 1999-2000, págs. 201-244, pág. 205.

³⁰ Véase por todos Díez Ripollés, “El Objeto de Protección del Nuevo Derecho Penal Sexual”, en *Anuario de Derecho Penal*, de Lima, núm. 1999-2000, págs. 51-81, pág. 52 (nota 4).

sexualidad, independientemente de la edad del sujeto pasivo o de sus capacidades cognitivas, toda vez que “los bienes jurídicos protegen situaciones o relaciones de la realidad social, y no meros derechos o facultades subjetivos o, dicho de otro modo, intereses sociales y no simples pretensiones subjetivas”³¹. Además, de entender que la libertad sexual forma parte de la libertad personal, en la cual queda comprendida a su vez, el libre desarrollo de la personalidad y, en consecuencia, el desarrollo sexual inalterado o libre desarrollo sexual³².

3.2 La indemnidad sexual como bien jurídico.

Frente a las críticas expresadas más arriba, la doctrina ha complementado la gama de bienes jurídicos protegidos en materia de delitos que afectan la esfera de la sexualidad, señalando que, en los casos en que el sujeto pasivo se trata de un impúber o un enajenado mental transitorio o permanente, nos encontramos con un atentado a su indemnidad sexual.

Se entiende que con la sanción de las conductas que implican una actividad sexual con sujetos que no tienen capacidad de autodeterminación sexual, o bien no la han alcanzado, lo que se pretende proteger es “el normal y libre desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual”, en el caso de los menores de edad; y “en el caso del incapaz o deficiente mental, evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales”^{33 34}.

³¹ Diez Ripollés, op. cit. cfr., págs. 52-53.

³² *Ibidem*.

³³ Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte especial*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 12ª ed., 1999, pág. 196.

³⁴ En este mismo sentido, cfr. Carmona Salgado, Concepción. *Delitos contra la Libertad Sexual*. En Cobo del Rosal, Manuel (Dir.): *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*. 2 vols. Marcial Pons, Madrid, 1996. Vol. II pág. 348.

Los sujetos de protección en aquellos delitos que atentan contra la indemnidad sexual, son generalmente los menores y las personas con discapacidad mental, pues “al carecer de la suficiente aptitud volitiva y cognitiva, no pueden ejercer una libertad sexual, precisamente porque carecen de total autodeterminación”³⁵, por lo que se busca proteger el desarrollo sexual alejado de cualquier daño, sea físico o psíquico que la actividad sexual pueda ocasionarle, cuando se trate de menores; y, en el caso de las personas con discapacidad mental, se les protege de cualquier injerencia perturbadora que pueda provocarle el involucramiento sexual con terceros.

En definitiva, lo que se busca es prevenir la instrumentalización de que puede ser objeto menores e incapaces por parte de terceros que se involucren sexualmente con éstos, con el fin de permitir que las personas que carecen de suficiente capacidad volitiva y cognitiva para comprender el alcance significado y trascendencia de los actos sexuales se mantengan al margen de los mismos hasta que completen un desarrollo físico, psíquico y espiritual que permitan un normal y adecuado ejercicio de la función sexual futura³⁶, en el caso de menores; así como prevenir que terceros se involucren sexualmente con quienes se encuentran privados de razón por cualquier causa, con el fin de instrumentalizar el cuerpo de éstos para la satisfacción de sus deseos sexuales.

Un concepto distinto respecto a la indemnidad sexual mantiene Rodríguez Collao, quien la entiende ya no desde la perspectiva de la capacidad de comprensión del acto sexual, sino de la afectación a los intereses individuales que producen tales conductas, independientemente de que se haya asentido en ellas o no. En efecto, define a la indemnidad sexual como el derecho “a no experimentar perturbación o daño en sus

³⁵ Oxman Vilches, *Libertad Sexual y Estado de Derecho en Chile (Las Fronteras del Derecho Penal Sexual)*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2007, pág. 135.

³⁶ Reyna Alfaro, “El nuevo tratamiento de los delitos sexuales”, en *Los Delitos contra la Libertad y la Indemnidad Sexual (enfoque dogmático y jurisprudencial)*, Jurista Editores, Lima, 2005, cfr., págs. 132-133.

aptitudes físicas, psíquicas o emocionales, como resultado de su involucramiento en un contexto sexual”³⁷, independientemente que dicha perturbación o daño efectivamente se produzca, pues los que a su entender la ley considera, es la mera potencialidad de afectación que le asigna a las distintas hipótesis penales, sea o no que el sujeto pasivo esté en condiciones de captar el sentido de la acción ejecutada³⁸.

3.3 La integridad sexual como bien jurídico.

Con la aprobación de la ley 19.927, el título VII del Libro II del nuestro Código penal sufrió modificaciones, incorporándose a éste la frase “integridad sexual” por lo que su epígrafe pasó a denominarse “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública y la integridad sexual”. Por su parte, también el Código orgánico de tribunales fue modificado por esta ley, específicamente el numeral 10 del artículo 6º, incorporando de modo expreso los conceptos de integridad e indemnidad sexual³⁹. Con esta modificación se entrega una importante señal en relación con los bienes jurídicos protegidos en este tipo de delitos, otorgando al intérprete ciertas directrices al momento de determinar el bien jurídico de los delitos ubicado bajo su epígrafe.

El concepto de integridad sexual pone su acento en el normal o correcto desarrollo de la sexualidad de menores e incapaces, repudiando las intromisiones por parte de adultos en dicho ámbito, pero también en la libertad para disponer de la sexualidad propia, la que

³⁷ Rodríguez Collao, *Delitos Sexuales*, ed., cit., pág. 64.

³⁸ Ídem, cfr., págs. 126 y 127.

³⁹ Código orgánico de tribunales, artículo 6º. “*Quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República que a continuación se indican: 10. Los sancionados en los artículos 366 quinquies, 367 y 367 bis N° 1, del Código Penal, cuando pusieren en peligro o lesionaren la indemnidad o la libertad sexual de algún chileno o fueren cometidos por un chileno o por una persona que tuviere residencia habitual en Chile; y el contemplado en el artículo 374 bis, inciso primero, del mismo cuerpo legal, cuando el material pornográfico objeto de la conducta hubiere sido elaborado utilizando chilenos menores de dieciocho años.*”

implica escoger y practicar la opción sexual que se desee con el compañero sexual que también se desee, así como la libertad de no verse forzado o compelido a desarrollar actividades sexuales no deseadas.

En hispanoamérica el concepto de integridad sexual ha sido tratado en profundidad por los autores argentinos, pues tiene una data mayor que en nuestro país. En efecto, en 1999 el artículo 1° de la ley 25.087 sustituyó el epígrafe denominado “delitos contra la honestidad” por el de “delitos contra la integridad sexual”.

Es así como Arocena identifica la integridad sexual con la “incolumidad sexual”, entendiendo esta última como “el derecho de las personas que tienen capacidad de expresar válidamente su voluntad, a tener un libre y consciente trato sexual o a no tenerlo contra su voluntad, y el derecho a la intangibilidad sexual de quienes, por ser menores de ciertas edades o incapaces, no pueden manifestar válidamente su consentimiento”^{40 41}.

Creus define la integridad sexual como el normal ejercicio de la sexualidad que se asienta sobre la libertad del individuo, cuya vigencia se prepara mediante la normalidad del desarrollo de la sexualidad en él mismo, que depende tanto de circunstancias individuales cuanto del entorno social⁴².

Por su parte Donna identifica la integridad sexual con la libertad sexual cuando se trata del mayor de 18 años, y el libre desarrollo sexual en caso de menores de dicha edad, teniendo en consideración que nadie puede introducirse en la esfera sexual ajena, sin la voluntad de la otra persona, con capacidad para consentir y, menos aún, respecto de quien

⁴⁰ Arocena, *Delitos contra la integridad sexual*, Advocatus, Córdoba, 2001, págs. 24 y 28.

⁴¹ En el mismo sentido Reinaldi, *Los delitos sexuales en el Código penal argentino*, Marcos Lexer, Córdoba, 1999, pág.3.

⁴² Citado por Figari. *Delitos de índole sexual: doctrina nacional actual*. Ediciones Jurídicas de Cuyo, Mendoza, 2003, págs. 40-41.

no la tenga o no pueda hacerlo⁴³.

En nuestro país, Molina sostiene que con la introducción del bien jurídico integridad sexual, el legislador vino a dar una solución a las discusiones doctrinales que se planteaban sobre el tema, al entender que el concepto de integridad sexual, como bien jurídico protegido, abarca la totalidad de los tipos penales ubicados bajo el epígrafe, además de entender que la integridad sexual forma parte de la integridad personal, siendo una proyección de ésta, en la que se comprende el bienestar físico, psíquico y emocional del individuo.⁴⁴ Entendida de esta forma, la integridad sexual forma parte de la salud de cada individuo, entendida ésta última como “un estado de completo bienestar físico mental y social y no sólo ausencia de afecciones o enfermedades”⁴⁵.

Dada la suficiente amplitud que contiene el concepto de integridad sexual al comprender aquellos atentados sexuales en contra de quienes se encuentran capacitados para autodeterminarse en el plano sexual, como de quienes aún no han alcanzado tal capacidad, o bien no la tienen por encontrarse privados de razón, es que ha sido preferido al momento de titular el epígrafe que encabeza los delitos de significación sexual del Anteproyecto del código penal del año 2005^{46 47}.

⁴³ Ídem, pág.42.

⁴⁴ Molina Cantillana, *Delitos de pornografía infantil*. Librotecnia, Santiago de Chile, 2008, cfr. pág.57.

⁴⁵ Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

⁴⁶ El Título IV del libro II del Anteproyecto del Código Penal, se titula “Delitos contra la integridad sexual”. Cfr., “Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal” en *Política Criminal, Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*. Centro de Estudio de Derecho Penal, Universidad de Talca, 2006, n° 1, D1, págs. 1-19.

⁴⁷ Sobre el particular, véase Rodríguez Collao, “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”, en *Política Criminal, Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*. Centro de Estudio de Derecho Penal, Universidad de Talca, 2006, n° 1, A1, págs. 1-19.

3.4 El libre desarrollo de la personalidad o el desarrollo sexual inalterado de los niños, niñas y adolescentes como bien jurídico en el delito de trato sexual remunerado con menores de edad.

Pese a que nuestro país incorporó como delito la obtención de actividades sexuales remuneradas de menores de edad hace ya diez años, no existen muchos estudios o bibliografía que traten el tipo penal, ni menos el bien jurídico afectado. Por ello, para su determinación, se ha debido recurrir a la normativa internacional de protección de los derechos a la infancia, especialmente en materia de explotación sexual comercial infantil, en su variante de actividades sexuales remuneradas, existiendo un consenso mayoritario en entender que el bien jurídico protegido en los delitos que sancionan este tipo de práctica es el libre *desarrollo de la personalidad* de las niñas, niños, adolescentes, o el *desarrollo sexual inalterado*, el que se ve afectado, en el caso de chileno, al ser la víctima mayor de 14 años (donde la relación sexual no es considerada como violación en razón de la edad), por factores concurrentes como el aprovechamiento de la edad, la existencia de una relación desigual de poder entre la persona menor de edad y el “cliente-explotador” o quien realice la transacción para tener relaciones sexuales con aquella, por la cosificación y comercialización del cuerpo y por la práctica de la sexualidad en etapas tempranas del desarrollo de las personas con las secuelas y lesiones que deja en la vida de éstas⁴⁸.

Se entiende que el libre desarrollo de la personalidad comprende la oportunidad de formarse física, mental, emocional y socialmente en condiciones de igualdad. Siendo estos aspectos los que precisamente se afectan cuando a un niño, niña o adolescente se le remunera para obtener sus servicios sexuales. Afectación que no sólo atenta en contra de su persona sino también en contra de su desarrollo físico, mental, emocional y/o psíquico,

⁴⁸ Organización Internacional/ *Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil*, op.cit., cfr. págs. 24 y 25.

tanto en el momento de la comisión del delito, como de cara al futuro, pues el desarrollo de la personalidad de un niño, niña o adolescente víctima de explotación sexual comercial, no será el mismo que el de otro niño, niña o adolescente que no ha sufrido la comisión de delito alguno⁴⁹.

La protección jurídico-penal que se otorga a los niños, niñas y adolescentes respecto de las actividades sexuales remuneradas tiene su fundamento en el hecho que se subentiende que éstas no pueden ser prestadas en forma libre y voluntaria por éstos, puesto que siempre implican una forma de abuso por parte del explotador, quien se encuentra en una posición dominante y favorecida respecto del niño, niña o adolescente explotado. Se trata de relaciones basadas en la dominación-subordinación, donde las personas explotadoras aprovechan la condición de menor de edad, de género- ya que se presenta más frecuentemente en niñas - y de la vulnerabilidad social de la víctima, pues es más visible en los sectores pobres⁵⁰.

Se parte de la base que los adolescentes no cuentan con el suficiente grado de madurez para autodeterminarse en conductas que impliquen por su parte el ejercicio de actividades sexuales remuneradas, pese a que sí la tienen para relacionarse heterosexualmente con cualquier persona, siempre y cuando no concurran las circunstancias comisivas del delito de violación o las del estupro.

En consecuencia, los adolescentes entre los 14 y 18 años de edad se encuentran en una situación ambigua respecto al libre desarrollo de su sexualidad, puesto que se les

⁴⁹ Estudio Jurídico-Penal relativo a la Explotación Sexual Comercial Infantil en el Estado de Jalisco: Fundamentos jurídicos-penales y político-criminales para su prevención y sanción. México, Distrito Federal. Oficina para Cuba y México de la Organización Internacional del Trabajo. 2005. cfr., pág. 56.

⁵⁰ *Estudio de la explotación sexual comercial infantil y adolescente en Chile*. Lima: OIT/ Oficina Regional para las Américas / Programa IPEC Sudamérica, 2004. 154 pág.(Serie: Documento de Trabajo, 191) cfr., pág. 19.

reconoce libertad sexual, pero en forma restringida, por lo que con la sanción del cliente-explotador que obtiene un trato sexual remunerado con éstos, lo que se protege es el desarrollo inalterado de su sexualidad, o incluso, de su personalidad.

Ahora bien, resulta completamente extrapolable la opinión de Rodríguez Collao en relación el sentido de considerar que lo que la ley desvalora en este delito no es la efectiva lesión en el futuro desarrollo sexual o en el normal desarrollo de la personalidad del adolescente víctima de este delito, pues aun cuando se entiende que el trato sexual remunerado produce una afectación psicológica, física, mental, emocional y social, no es posible determinar en cada caso concreto su efectiva ocurrencia, pues manifestaciones de esta afectación pueden producirse incluso en la etapa de adultez de la víctima, o incluso no llegar a producirse⁵¹.

Esta protección tiene su fundamento en la doctrina de la Protección Integral de la Infancia⁵² cuya fuente principal es la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que impulsa el resguardo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a cualquier acto que implique una vulneración de sus derechos, en todo ámbito, y entre ellos, los que dicen relación con la sexualidad, por lo que las actividades relacionadas con la

⁵¹ Rodríguez Collao. *Delitos sexuales*, ed. cit. cfr., págs. 126 y 127.

⁵² La Protección Integral de los Derechos de la Infancia comprende un conjunto de leyes, políticas y servicios necesarios en todos los ámbitos sociales —especialmente en el ámbito del bienestar social, la educación, la salud y la justicia— para apoyar la prevención de los riesgos relacionados con la protección y las respuestas que se otorgan en este sentido. (UNICEF, Estrategia de Protección de la Infancia del UNICEF, E/ICEF/2008/5/Rev.1, 20 de Mayo de 2008, cfr., pág. 12.). Según el Instituto Interamericano del Niño, un sistema de protección integral es básicamente un diseño organizacional y operativo concebido para la implementación de las políticas públicas de infancia y adolescencia, que tiene como paradigma la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Este sistema trata de estructurar y sistematizar el relacionamiento entre todos los actores a los efectos de dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (citado por Morlachetti, *Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe*. Enero, 2013). O bien, “El conjunto de órganos, entidades, mecanismos e instancias a nivel nacional, regional y local orientados a respetar, promover, proteger, restituir y restablecer los derechos de los niños y niñas y reparar el daño ante la vulneración de los mismos establecidos por la legislaciones nacionales de infancia. (idem pág.12).

obtención de sus servicios sexuales en forma remunerada son fuertemente repudiadas.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño en ese sentido constituye el principal fundamento de la penalización de este delito y de que su extensión en el ámbito de protección se amplíe a todas las víctimas menores de 18 años de edad⁵³, independientemente de la edad para el consentimiento del acto sexual que haya fijado la normativa penal de cada país. Con ello se atacan las prácticas sociales que miran como aceptable y normal la “prostitución” de adolescentes de 12 o 14 a 18 años de edad, bajo el entendido de que en tales edades se cuenta con la “libertad” suficiente para decidir si “ejercen el comercio sexual” o no, cuando en realidad esta población es la más vulnerable a la violencia sexual⁵⁴.

Por estos motivos, existe expresa recomendación por parte de los organismos internacionales de tipificar como delito las conductas que impliquen la práctica de servicios sexuales remunerados de menores de edad. En efecto, la Organización Internacional del Trabajo y el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil establece expresamente que las actividades sexuales remuneradas son conductas que deben ser sancionadas como delitos de explotación sexual comercial infantil según la legislación internacional, al señalar: “con el reconocimiento internacional de que las diferentes formas de explotación sexual comercial infantil configuran violaciones graves a los derechos humanos de las personas menores de edad, y de la obligación de los Estados de sancionar penalmente estas conductas, es necesario que las propuestas de reforma a la legislación nacional se encuentren apegadas a lo que las convenciones establecen, por el rango

⁵³ Cabe hacer presente que la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 1º define lo que debe entender por niño o niña, disponiendo: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

⁵⁴ Morlachetti, “Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe”, *CEPAL-UNICEF UNI/12/001*, .pág. 24.

constitucional que éstas tienen para los Estados Partes”, ubicando estas actividades en su primera recomendación de tipificación penal⁵⁵.

Por su parte, y en el mismo sentido, la Declaración de Río recomienda expresamente la sanción penal de este tipo de prácticas, al disponer en su numeral 28) como obligación para los países adherentes que “Definan, prohíban y criminalicen, en cumplimiento de las normas internacionales existentes sobre derechos humanos, todos los actos de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en su jurisdicción, sin importar la edad de consentimiento establecida o el matrimonio o la práctica cultural, incluso cuando el adulto no sepa la edad del niño”⁵⁶.

Conjugando la normativa internacional y los protocolos adoptados por Chile en materia de prevención y castigo a la explotación sexual comercial infantil, con la doctrina penal, y amparándonos en tipos penales que se encuentran directamente relacionados con el de trato sexual remunerado con menores de edad, como el de favorecimiento a la prostitución, se puede afirmar que ésta es concordante con la primera, al existir acuerdo en que el bien jurídico afectado es el “normal desarrollo de la sexualidad”⁵⁷ o el desarrollo sexual inalterado del menor de edad.

En efecto, los estudios sobre la materia avalan el daño inmediato que enfrentan los niños, niñas y adolescentes víctimas de la explotación sexual comercial infantil, quienes se

⁵⁵ Organización Internacional del Trabajo/ Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil, op.cit., pág. 20.

⁵⁶ *Declaración de Río de Janeiro y Llamado a la Acción para prevenir y detener la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes*. Tercer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes.

⁵⁷ Véase por todos Figari. *Delitos de índole sexual*, ediciones jurídicas de Cuyo, Mendoza, 2003, pág. 272; y De Luca. y López Casariego. *Delitos contra la integridad sexual*, Hammurabi. Buenos Aires, 2009, pág. 159. también Orts Berenguer Enrique, *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 56, Serrano Gómez, y Serrano Maíllo. *Derecho Penal Parte Especial*. 16a. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 246. Reinaldi, op.cit. pág.148.

ven expuestos, en los casos más graves, a la violencia física por parte de sus explotadores. Además, de reportar en la mayoría de los casos sentimientos de vergüenza, culpa y baja autoestima a lo que se suman embarazos no deseados, enfermedades de transmisión sexual, personalidad con efectos traumáticos producidos por la violencia física y emocional, pesadillas, insomnio y depresión que puede llevar hasta el suicidio y adicción a drogas⁵⁸.

Estos efectos no son otros distintos a los que se han identificado por parte de las corrientes feministas socialistas y radicales. Las primeras entienden que el capitalismo explota el trabajo de las prostitutas para beneficio de quienes controlan los medios productivos, pues las prostitutas “son simplemente mujeres que rechazan la pobreza vendiendo aquello con lo que otras mujeres no comercian⁵⁹”, por lo que postulan el castigo de quienes se benefician financieramente por el ejercicio de la prostitución. Y, las segundas, y en un punto extremo, identifica la prostitución como una forma de violencia de género y de dominación por parte del género masculino, señalando que la mujer no puede consentir con el ejercicio libre de tal actividad, puesto que entiende que todo ejercicio de la prostitución es de por sí forzada. Esta última postura propugna no sólo la criminalización de quienes obtienen provecho económico de la prostitución, sino que también de aquellos que permiten perpetuarla, como lo son los clientes⁶⁰.

De esta forma, si se sostiene que en mujeres adultas prostituidas existe una explotación económica y son incapaces de prestar un consentimiento válido para el desarrollo de tal actividad, es perfectamente posible concluir, que el adolescente explotado sexualmente o bien que comercializa con su cuerpo, claramente no se encuentra en un

⁵⁸ Abuso sexual infantil y explotación sexual comercial infantil en América Latina y el Caribe. Informe genérico situacional. Save the Children - Suecia. op. cit., cfr., pág 48-53.

⁵⁹ Aronson Gregg, “Seekin a consolidated feminist voice for prostitution in the US”. En *Rutgers Journal of Law & Urban Policy*, 3, 2006, pág. 365. Citado por Villacampa Estiarte, op. cit. pág. 89.

⁶⁰ Villacampa Estiarte, op. cit. cfr., pág.88

Capítulo II.

Núcleo típico, medio de ejecución, objeto material y sujeto pasivo.

Por regla general, los tipos penales están compuestos por un verbo rector más alguna referencia al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar o a la ocasión, y también a los medios.

Por su parte, el núcleo típico, se compone también generalmente por un verbo rector, como por ejemplo, en el delito de homicidio, el verbo matar. Sin embargo, suele suceder que el verbo rector no sea suficiente para determinar la conducta antijurídica y por tal razón, vaya acompañada de un complemento que puede consistir en las características propias del sujeto activo, o bien, en el medio empleado en la ejecución de la conducta⁶¹.

Pero además, existen tipos penales, a los cuales Jiménez de Asúa denomina “anormales”, en los cuales se incorporan elementos subjetivos o elementos normativos, dejando de ser una mera descripción objetiva de la conducta sancionada⁶².

En este último caso nos encontramos con el tipo penal en estudio, en efecto, el núcleo típico del delito de trato sexual remunerado con menores de edad, es el de “obtener mediante precio u otra prestación de cualquier naturaleza servicios sexuales de una persona mayor de catorce pero menor de dieciocho años”.

De esta forma, nos encontramos con un verbo rector que consiste en obtener y su complemento directo lo conforman los servicios sexuales, cuya obtención sanciona la

⁶¹ Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, tomo III, Losada S.A. 5ª ed., Buenos Aires, 1950, cfr., pág. 801.

⁶² *Ibidem*

norma.

En el caso de la figura en estudio, el mantener relaciones sexuales con un adolescente o bien obtenerlas de su parte, sin que medien las circunstancias descritas respecto de los delitos de violación o estupro, puede ser una conducta perfectamente lícita. Sin embargo, cuando tales servicios se obtienen de parte de un menor de edad mayor de catorce años y tienen como contraprestación el pago de una suma de dinero o de cualquier otra especie, la conducta inmediatamente se vuelve típica para quien obtiene los mismos.

Como se aprecia en este caso, del sólo verbo rector del tipo penal no se puede apreciar la conducta que el legislador sanciona, por lo que debió ser necesario que la misma fuera acompañada por la referencia a un medio, además de la referencia al sujeto pasivo.

En consecuencia, y adelantando a lo que se concluirá sobre el tema, el tipo penal del delito de trato sexual remunerado con menores de edad se conforma por:

1. Conducta: obtener servicios sexuales.
2. Medio: dinero o la prestación de cualquier naturaleza.
3. Objeto material: la víctima.
4. Sujeto pasivo: menor de edad mayor de 14 años.

1. La conducta.

La conducta consiste en “obtener servicios sexuales”. Obtener, según la Real Academia Española de la Lengua, significa “alcanzar, conseguir y lograr algo que se merece, solicita o pretende”⁶³ por lo que no es posible deducir acción típica alguna por parte de quien concede o entrega lo buscado.

En primer lugar, se requiere que el sujeto activo obtenga “servicios sexuales”, por lo que resulta necesario determinar el sentido y alcance de la frase dada por el legislador penal. Es imprescindible para comprender el proceso de vinculación social que el legislador sanciona, saber con claridad en qué consisten estos servicios, es decir, cuál es la acción típica necesaria para la configuración del tipo penal y cuáles conductas se deben obtener en definitiva por parte de la víctima del delito.

Por servicio se entiende la “acción y efecto de servir”⁶⁴, por “sexual” aquello “perteneciente o relativo al sexo”⁶⁵ y finalmente por sexo, en su tercera y cuarta acepción, según la Real Academia de la Lengua Española, se entiende a los “órganos sexuales” y al “placer venéreo”.

Sin embargo, aún cuando se obtenga el significado de cada uno de los vocablos que componen la frase “servicios sexuales”, no es posible comprender de una forma inmediata el sentido de la misma.

⁶³ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, primera acepción. Disponible en www.rae.es última visita 04 de mayo de 2014.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

De esta forma lo que parece ser una descripción meramente objetiva de una conducta, no se satisface en su comprensión con la sola percepción sensorial, sino que requieren para su aprehensión un proceso intelectual o valorativo, adquiriendo estos “servicios sexuales” la calidad de elementos normativos del tipo penal.

En efecto, el concepto de “servicios sexuales” claramente requiere de un proceso de valoración empírico-cultural al momento de determinar si la conducta desplegada por el agente puede transformarse en típica, pues se debe determinar si la misma satisface no sólo las circunstancias previstas por el tipo penal, sino que si lo hace en estrecha relación con el bien jurídico tutelado por éste⁶⁶.

El problema radica en que por mucho que el juicio de atribución que se realice vaya en directa relación con el bien jurídico, al constituir los “servicios sexuales” elementos normativos del tipo penal, lo revisten de una incertidumbre que afecta la función de garantía que el mismo está llamado a cumplir, pues deja al intérprete la misión de llevar a cabo tal atribución lo que implica estar sujeto a un juicio valorativo que puede caer en la indeterminación y subjetivismo⁶⁷.

Lo anterior repercute inmediatamente en la afectación al principio de legalidad, que en nuestro país tiene una consagración constitucional en el artículo 19 N° 3 inciso 7° y 8° y, además, legal, al encontrarse establecido en el artículo 1° y 18 del Código penal.

El principio de legalidad implica, en términos generales, que “no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando exista una ley que incrimina el hecho

⁶⁶ Bustos Ramírez y Hormazábal Malareé, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Trotta. Madrid, 2006.cfr. pág 197.

⁶⁷ *Ibidem*.

respectivo, estableciendo además, la clase de castigo a que se encuentra sometido”⁶⁸.

Además, de este principio también se desprende que no hay delito ni pena sin ley previa, escrita y estricta, y, sobre este último elemento la doctrina nacional considera que la ley penal debe contener expresa y determinadamente la conducta que sanciona, lo que se denomina también mandato de determinación o taxatividad, siendo obligación del legislador tipificar el delito describiendo los elementos subjetivos, objetivos o normativos que conforman la conducta sancionada⁶⁹.

De esta forma, si el artículo 19 N°3 inciso 8° dispone: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”, resulta obligación para el legislador penal determinar con precisión la conducta que se sanciona.

En el delito de trato sexual remunerado con menores de edad, al contener un elemento normativo de carácter empírico-cultural como lo es el concepto de “servicios sexuales” otorga una cuota de incertidumbre que atenta contra el principio de taxatividad de la norma penal, lo que a la luz del principio de legalidad, no está permitido. En consecuencia, es posible llegar incluso a concluir que se está frente a una ley penal incompleta, pues ésta no satisface la necesaria obligación de contemplar con exactitud la conducta que se sanciona, lo que deberá ser determinado por el Tribunal Constitucional en su caso, al momento de pronunciarse sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma en cuestión, si fuere requerido para ello.

⁶⁸ Náquira, *et al.* “Principios y penas en el Derecho penal chileno” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-r2, p. r2:1-r2:71. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>, pág. 5.

⁶⁹ *Ibidem.*, cfr., pág. 6.

Habiendo precisado lo anterior, es necesario determinar el sentido y alcance de la frase “servicios sexuales”.

Como se señaló, lo sexual se relaciona con lo “perteneciente o relativo al sexo” y por sexo se entiende a los “órganos sexuales” y al “placer venéreo”, pero la duda surge si de esta interpretación literal es posible entender el proceso de vinculación social que el legislador sanciona, y la respuesta es no.

En primer lugar, no es posible afirmar que lo sexual se refiere, conecta o tiene relación sólo con lo genital o con el acto sexual, sino que muy por el contrario, es posible sostener que alcanza un espectro que traspasa esta genitalidad abriéndose camino al erotismo⁷⁰.

La conducta sexual humana se basa en proceso de orden psicológico y fisiológico afectada por influencias sociales y culturales, en las que se presentan cuatro características: el erotismo, la vinculación afectiva, la reproducción y el sexo genético y físico de cada persona, dependiendo de cuáles sean los gustos y necesidades de cada ser humano, se producirán una serie de conductas sexuales distintas⁷¹.

Así las cosas, no podemos circunscribir el servicio sexual, por ejemplo, sólo al acto sexual en la forma prevista en el tipo de violación y estupro, esto es, al “acceso carnal” constituido por la penetración vaginal, anal o bucal en el cuerpo de la víctima, pues de ser así se debiera concluir que la intención del legislador al momento de sancionar el trato sexual remunerado con menores de edad comprende sólo la conducta de acceder carnalmente a adolescentes a cambio de un precio u otra especie de cualquier naturaleza, lo

⁷⁰ Véase Guzmán Dálbora, op. cit.

⁷¹ Véase “La conducta sexual” en sitio web de la Federación española de sociedad de sexología, disponible en <http://www.fess.org.es/conducta-sexual.php>

que no se condice con la teoría de la protección integral de los derechos de la infancia, por lo que necesariamente debemos entender que los servicios sexuales comprenden otros actos de significación sexual, distintos a la mera cópula.

En este sentido se pronuncia la Organización Internacional del Trabajo y el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil quienes recomiendan al momento de tipificar la conducta de obtención de servicios sexuales remunerados de menores de edad, utilizar un concepto central que es el de “actividades sexuales”, el cual no se restringe al coito, pues el tipo penal debe comprender cualquier otra forma de relación sexual que implique el acercamiento físico-sexual de quien paga por el cuerpo de las personas menores de edad. Concluyendo que “la noción de “actividades sexuales” debe ser entendida de manera más amplia que “relaciones coitales” (introducción del pene en la vagina) para que abarque otras formas como lo es el sexo oral, anal o tocamientos sexuales a cambio de un pago⁷².

Concordando con tal postura, es posible concluir que el concepto de servicios sexuales no sólo abarca las relaciones sexuales obtenidas por precio, sino también cualquier otro acto de significación y de relevancia sexual. En efecto, si se acepta que el bien jurídico afectado por el delito de trato sexual mediante precio con menores de edad es el desarrollo sexual inalterado de los adolescentes, adquiere sentido entender que no sólo el acceso carnal mediante el pago de un precio es la acto que logra perturbar o afectar el bien jurídico tutelado, pues claramente cualquier acto de significación y de relevancia sexual puede provocar tal resultado.

⁷²Organización Internacional de Trabajo/ Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil. op.cit. pág. 21.

Refuerza esta idea el hecho que el delito de trato sexual remunerado encuentre su ubicación bajo el epígrafe del título VII denominado “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual” pues es posible concluir que se refiera a cualquier acto sexual que afecte la integridad sexual de un adolescente como se verá. Por tal razón hubiera sido recomendable que el legislador, al igual como lo hizo con el tipo penal del artículo de abuso sexual, hubiese hecho una remisión a la norma al artículo 366 ter para la determinación de la conducta reprochada por el tipo penal en estudio.

Cabe destacar que en el Anteproyecto del Código Penal de 2005, el tipo penal de trato sexual remunerado con menores de edad se formula en los términos propuestos, esto es, haciendo referencia a actos de significación sexual y relevancia⁷³.

Ahora bien, siguiendo la doctrina⁷⁴ sobre lo que debe entenderse por actos de significación sexual, hay un sector que entiende que su determinación debe ser efectuada utilizando parámetros objetivos, tales como “la aptitud de la conducta para excitar el instinto sexual de una persona según los cánones vigentes en la comunidad de que se trate”⁷⁵, o la circunstancia de haber intervenido en el acto los genitales sea de la víctima o del autor. En cambio, para otro sector, el carácter sexual del acto dependerá de un aspecto subjetivo, consistente en la intención con que actúe el agente. Finalmente, hay quienes sostienen que debe tomarse en consideración tanto los aspectos objetivos como subjetivos, debiendo en consecuencia tratarse de un acto que diga relación con el sexo, desde el punto de vista objetivo y, además, debe realizarse con el ánimo de satisfacer los instintos sexuales de su autor.

⁷³ Anteproyecto Código Penal. 2005. Art. 108. El acceso carnal o la realización con o por parte de un menor de un acto de significación sexual y relevancia, obtenidos a cambio de dinero u otra prestación de carácter pecuniario, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimos a medio.

⁷⁴ Por todos Rodríguez, op. y ed. cit. págs. 199-200.

⁷⁵ *Ibidem*. pág. 199.

Para mayor precisión, *Save the Children* ilustra sobre las conductas constitutivas de abuso sexual, las que de mediar un pago por parte de quien las obtiene constituyen el delito en comento, señalando las siguientes:

- a) Hacer comentarios sexuales frente al niño o niña.
- b) Obligar al niño o niña a mostrar sus genitales o a ver los genitales del otro/a.
- c) Masturbarse frente al niño o niña u obligarle a que lo haga frente al abusador o abusadora.
- d) Mostrarle al niño o niña revistas, fotos o películas pornográficas.
- e) Utilizar al niño o niña para la elaboración de material pornográfico como fotos o videos.
- f) Tener relaciones sexuales en presencia de un niño o niña.
- g) Masturbar al niño/a u obligarle a masturbar al agresor o agresora.
- h) Llevar a cabo tocamientos de sus genitales y de otras partes del cuerpo con intención de obtener placer.
- i) Dar besos de carácter sexual en cualquier parte del cuerpo del niño/a, u obligarle a besar los genitales del abusador o abusadora.
- j) Realizar una penetración vaginal, anal u oral con el pene, dedos u otros objetos⁷⁶.

Es posible concordar en que todos los actos arriba descritos tienen un carácter y contenido sexual, sin embargo, dado la configuración del tipo penal en estudio, no todas ellas configuran el delito de trato sexual remunerado con menores de edad.

El tipo penal sanciona al agente por la conducta de “*obtener servicios sexuales*”, por ello es necesario precisar que la víctima, esto es el adolescente, debe desplegar alguna

⁷⁶*Abuso sexual infantil y explotación sexual comercial infantil en América Latina y el Caribe*, op. cit., cfr., págs. 18 a 19.

acción de carácter sexual destinada a satisfacer el deseo del agente, pues precisamente estas deben ser *obtenidas* de ella y para éste, lo que se desprende claramente de la frase “*por parte de...*”.

Por otra parte, y siguiendo con una interpretación gramatical sobre este punto, si lo que se obtiene es un “*servicio*” entendido como “acción y efecto de servir”⁷⁷, lo normal es que este se preste, otorgue o entregue, por lo que necesariamente se requiere de una conducta, aunque sea pasiva, por parte del menor.

Por lo anterior, quedan excluidas las conductas en que el menor no realice actividad sexual alguna, como lo son las de determinar a un menor a ver los genitales de otro, presenciar actos de masturbación, determinarlo a ver o escuchar material pornográfico, tener relaciones sexuales o mantener conversaciones de tal carácter en su presencia. En estos últimos casos, la conducta se encuadra en el tipo penal de corrupción de menores previsto y sancionado en el inciso final del artículo 366 quáter, siempre que concurren las modalidades establecidas en el numeral 1º del artículo 361 o cualquiera de las enumeradas en el artículo 363 del Código penal y se trate de menores de edad mayores de 14 años, que es el tramo etario que en esta caso nos avoca.

En cuanto la conducta consistente en utilizar al niño o niña para la elaboración de material pornográfico como fotos o videos, en nuestro país ella configura un delito especial previsto y sancionado en el artículo 366 quinquies del Código penal.

En este orden de ideas, si se lleva a cabo una interpretación sistemática del tipo penal de trato sexual remunerando con menores de edad, con el de violación del artículo 361, de

⁷⁷ Diccionario de la Lengua, op. cit., primera acepción.

abuso sexual tipificado en el artículo 366, más su complemento del artículo 366 ter y el de corrupción de menores del artículo 366 quáter, todos del Código penal, sumado a lo propuesto por *Save the Children*, con las salvedades hechas, es posible sostener que los “servicios sexuales” comprenden:

- a) El acceso carnal vaginal, anal o bucal a una menor de edad mayor de catorce años a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, sin que medien las circunstancias descritas en los tipos penales de violación ni estupro.
- b) Cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aún cuando no hubiere contacto corporal con ella, realizado con menores de edad mayores de catorce años a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza.
- c) La determinación de una persona menor de edad pero mayor de catorce años sin mediar ninguna de las circunstancias de la violación o estupro, para realizar acciones de significación sexual delante suyo, o bien con terceros en su presencia, a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza⁷⁸.

De esta forma, es posible sostener que los servicios sexuales corresponden a un conjunto de conductas que ejecutadas conjuntamente o en forma separada, tanto por el sujeto activo, como por la víctima, implican un involucramiento sexual, donde quedan comprendidos actos tales como: la penetración anal, vaginal o bucal, besos y/o tocamientos en los genitales de la víctima, la determinación de la víctima a masturbarse ante el agente, y

⁷⁸ Se incluye las conductas establecidas en el delito de corrupción de menores del artículo 366 quáter, en que las que no medien fuerza o intimidación ni las circunstancias del estupro, pues tales conductas están excluidas del tipo penal de trato sexual mediante precio con menores de edad, pero sí se debe estar presentes en el delito de corrupción de menores de edad.

la determinación de realizar para realizar conductas sexuales con terceros en presencia del agente, entre otras.

Siendo determinante, tal como lo propone Dos Reis Alves⁷⁹, para saber si se está frente a un acto de carácter sexual o no, que éste sea de aquellos que los seres humanos generalmente realizan motivados por el instinto sexual, conclusión perfectamente extrapolable al concepto de servicio sexual.

En este sentido, e incluso en forma más amplia también, Aguilar sostiene que “los servicios sexuales deben entenderse como la realización de actos de relevancia y de significancia sexual descritos en los artículos 361 inciso 1°, 365 bis, 366 ter y 366 quáter”⁸⁰.

Por su parte, los tribunales se han pronunciado en el mismo sentido, entendiendo que los servicios sexuales son aquellos que implican actos de significación sexual, y que están motivados por el instinto sexual del agente.⁸¹ Así, el Tribunal Oral de Antofagasta condenó por esta figura al acreditarse que el acusado obtuvo servicios sexuales de una menor de 14 años de edad, consistentes en sexo oral, práctica que se conoce como *fellatio in ore*, previo pago de una suma de dinero⁸².

En todo caso, sea cual fuere la conducta del agente, dentro de las ya detalladas, resulta necesario además concluir, que lo determinante para diferenciar este tipo penal de otros tipos similares o relacionados, como el de estupro o corrupción de menores, será el

⁷⁹ Citado por Rodríguez Collao, op. y ed. cit. pág. 200.

⁸⁰ Aguilar Aranela, *Manual de delitos sexuales: legislación chilena: doctrina y jurisprudencia*. Metropolitana. Santiago de Chile. 2006, pág. 161.

⁸¹ Tribunal Oral de Valparaíso, 18 de noviembre de 2005, RIT 148-2005.

⁸² Tribunal Oral de Antofagasta, 23 de octubre de 2004, RIT 116-204.

pago de un precio, sea en dinero o en especies, que media entre el autor y el menor respecto de quien se obtiene el servicio sexual. En efecto, si tal como se señaló en los antecedentes de este trabajo, lo que se busca es cerrar el círculo sancionatorio respecto de quienes tienen una participación activa en la explotación sexual comercial infantil, lo que hace precisamente esta figura es castigar aquellas conductas que anteriormente resultaban impunes aún cuando las mismas fueran obtenidas por precio, sea en dinero o en especies, pues de no mediar las circunstancias de la violación o estupro respecto del acto sexual ejecutado con el adolescente, o bien las modalidades de este tipos penales en los caso del actos de constitutivos del delito de abusos sexual, o finalmente la fuerza o modalidades comisivas del delito de estupro en el caso de la corrupción de menores, la conducta del agente sería impune, ya que a partir de los catorce años se cuenta con la capacidad para consentir en el acto sexual heterosexual.

De todas formas, al momento de efectuar el juicio de atribución de la conducta al tipo legal, se debe necesariamente hacer en mira del bien jurídico, pues no es típica cualquier acción que naturalmente se corresponda con la contenida en el tipo, sino sólo aquella a la que le da tal significación el bien jurídico protegido y que además se realiza con las circunstancias que están previstas en el tipo de que se trate”⁸³.

Finalmente, importante resulta mencionar que el carácter sexual de la conducta debe serlo para el sujeto activo, pues en el deben concurrir los elementos subjetivos del tipo penal.

⁸³ Bustos/ Hormazábal. op., cit., cfr., pág. 197.

2. El medio.

Como se adelantó, existen tipos penales en que el verbo rector no es indiciario de la antijuridicidad y sólo adquiere tal carácter cuando se pone en relación en el medio⁸⁴. En el caso del delito de trato sexual remunerado con menores de edad, el medio de ejecución del delito, esto es, el dinero o la prestación de cualquier naturaleza por el cual se obtienen los servicios sexuales, es lo que otorga sentido al reproche penal de la conducta.

Será el pago de un precio, sea que este efectivamente se pague o no como se verá en el capítulo siguiente, lo que determinará que la conducta desplegada por el agente sea constitutiva del delito de trato sexual remunerado con menores de edad, pues el tipo penal parte del supuesto básico que no deben concurrir ninguna de las modalidades de los delitos de violación ni estupro. Por lo tanto, se trata de actos sexuales “consentidos” entre el menor, mayor de catorce años, y el sujeto activo, y que de no mediar este intercambio de carácter económico, serían impunes para quien los obtiene.

En consecuencia, este es el elemento que le da sentido y determina al tipo penal, ya que si tenemos presente que los menores de dieciocho años pero mayores de catorce pueden mantener libremente una vida sexual heterosexual activa sin que ello constituya delito para ningunos de los intervinientes en el acto, el legislador ha estimado que cuando en ello ha mediado el pago de un precio o una prestación de cualquier naturaleza, el hecho se vuelve típico para quien paga el dinero u otorga la prestación en equivalencia.

Hecha esta precisión, resulta necesario determinar en qué consiste precisamente este medio comisivo, y en especial, cuál es el sentido y alcance que se le debe otorgar a la frase “prestaciones de cualquier naturaleza”.

⁸⁴ Jiménez de Asúa. op., cit., pág. 817.

En efecto, no existe duda en lo que se debe entender por el vocablo dinero, pero distinta es la situación con la frase "prestaciones de cualquier naturaleza" por medio de la cual también se puede cometer el delito en comento.

El concepto de prestaciones de cualquier naturaleza es uno de los más complejos de determinar, pues atendida las distintas modalidades en que puede desarrollarse una relación de explotación sexual comercial infantil, el pago en dinero será una de las tantas formas en que se concretará la explotación, pero no en pocas ocasiones será a través de regalos, droga, alimentación, vestimenta, protección, entre otros.

Es sabido que en las actividades sexuales comerciales se encuentran las que se desarrollan en un sector estructurado y otras que se desarrollan en un sector no estructurado. En el ámbito de la industria sexual estructurada el sexo es un bien comercial como cualquier otro. En este caso, el explotador ofrece un contrato limitado y explícito que establece, por ejemplo, el pago de una suma de dinero a cambio de un "servicio" sexual especificado, se trata al sexo como un bien comercial como cualquier otro tipo de bien, se trata de lo que comúnmente conocemos como prostitución. En cambio, en el sector no estructurado, explotadores y explotados participan en intercambios más difusos y menos pormenorizados, en los que los explotados prestan servicios sexuales, los que van acompañados incluso de trabajos como limpiar, cocinar, hacer las compras, por nombrar sólo algunos, a cambio de una serie de beneficios, como por ejemplo, una cama para descansar de noche, una ducha de agua caliente, alimentos, dinero, vestimenta, un sitio donde vivir, droga, etc.⁸⁵.

⁸⁵ *El explotador sexual*. Documento preparado para el 2º Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, celebrado en Yokohama, Japón, del 17 al 120 de diciembre de 2001. Cfr., págs. 9 y 10. Disponible en <http://www.csecworldcongress.org/> última visita 04 de mayo de 2014.

En consecuencia, es posible encontrar servicios sexuales prestados por adolescentes en un sistema estructurado, en el que en definitiva ofrecen sus servicios a cambio de una suma de dinero. Pero, también encontramos servicios sexuales prestados por adolescentes en un sistema no estructurado, en el cual sus servicios sexuales son retribuidos con distintas prestaciones, en este último caso, podemos ubicar las conductas que quiso sancionar el legislador penal, cuando se refiere a prestaciones de cualquier naturaleza, las que precisamente son las más difíciles de determinar en una interacción sexual de tales características, bordeando incluso tales conductas, con las señaladas para el tipo penal de estupro.

En efecto, en esta última clase encontramos por ejemplo, “adultos relativamente ricos que pueden brindar apoyo financiero a largo plazo a una familia pobre bajo el entendimiento que esto les da derecho a mantener una relación sexual abusiva con alguno de los niños de la familia, casarse, cohabitar con el menor, salir con él o ella o adoptarlo, usándolos sexualmente y haciéndole obsequios o proporcionándoles respaldo económico a cambio”⁸⁶, lo que es conocido en la explotación sexual comercial infantil, como “padrinazgo” o en América central como “papis”.

Resulta difícil de determinar entonces en qué punto la explotación de los niños ya no es una explotación comercial sexual, sino que es simplemente una de las tantas formas de abuso sexual que deriva a otros tipos penales, especialmente al delito de estupro, y sobre todo en aquellas modalidades de abuso o prevalimiento de “una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está a cargo de su custodia, educación o cuidado, o tiene una relación laboral con ella; o bien abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima”⁸⁷.

⁸⁶ *El explotador sexual*. Op., cit., cfr., págs. 9 y 10.

⁸⁷ Código penal chileno, artículo 363.

También resulta difícil determinar en qué punto la actividad sexual con adolescentes en las que median regalos, alimentación y protección, no es otra cosa que una forma de expresión de amor o bien una expresión de las muchas formas de desigualdad en la relaciones, en que una de las partes ejerce un poder económico sobre la otra, y que incluso son aceptadas socialmente, y que sin embargo, cuando un adulto se aprovecha de ella respecto de un niño con el fin de explotarlo sexualmente, está transgrediendo claramente los códigos y las convenciones sociales que rigen las relaciones entre los adultos y los niños, lo que es repudiado.

En esta última situación se encuentra el caso de los denominados “papis” o “padrinos”, hombres de mayor edad que brindan a sus parejas sexuales, incluso a las adolescentes, apoyo financiero a largo plazo o regalos, alojamiento, acceso a entretenimientos y a un estilo de vida que de otra manera no estaría alcance de las jóvenes. En contextos como éste el “papi” mantiene relaciones sexuales con el niño, pero resulta difícil determinar si ellas se obtienen mediante el pago de tales prestaciones y si las mismas constituyen “prestaciones de cualquier naturaleza” en los términos que establece el tipo penal, por lo que si el niño en cuestión ha llegado a la edad mínima de libre consentimiento, generalmente las conductas del agente no son sancionadas⁸⁸.

En todo caso, importante resulta recalcar que no sólo es necesario que la prestación pueda ser evaluada en dinero, sino que también lo es vincularla con el bien jurídico, conjugando las demás circunstancias concurrentes, pues de lo contrario puede ser posible castigar, como lo sostienen correctamente Politoff, Matus y Ramírez, “el amor, la amistad, o el simple disfrute mutuo de la sexualidad con personas mayores de 14 años, sentimientos

⁸⁸ *El explotador sexual*. Op., cit., cfr. págs. 18-42.

y cuidados propios del darse a sí mismos recíprocamente”⁸⁹ y que perfectamente pueden darse entre una persona mayor de edad y un adolescente.

Por los motivos expuestos, se ha llegado incluso a sostener que, todo intento por diferenciar completamente la explotación sexual comercial infantil con la del abusos sexual propiamente tal, ya sea analítica o temporalmente, como también de la explotación sexual respecto de las actividades sexuales consentidas, está llamado a no obtener resultados satisfactorios. Hay quienes sostienen que resulta más útil pensar que se trata de un proceso continuo y aceptar que en algunos casos la explotación sexual de los niños forma parte de una esfera indefinida entre lo comercial y lo no comercial, en especial cuando estos casos se refieren a los niños que han llegado a la edad mínima de libre consentimiento, pero que aún no han cumplido los 18 años, en las que incluso se entiende que no hay explotación, sino una actividad sexual consentida⁹⁰.

En todo caso, y tal como lo sostiene Oxman, la frase “prestaciones de cualquier naturaleza” debe ser interpretada de forma restrictiva, lo que lleva a la conclusión de que se trata de una prestación equivalente al dinero, sin embargo, se disiente del autor cuando sostiene “se debe rechazar cualquier interpretación que exprese que no necesariamente debe ser monetaria”⁹¹, pues como ya se ha visto, en la práctica del trato sexual remunerado no estructurado, estas prestaciones pueden consistir en especies, bastando que ellas sean valuables en dinero, siendo expresamente tales prestaciones también consideradas por el legislador penal para efectos de configuración del tipo penal.

⁸⁹ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte Especial*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2004. Pág. 265.

⁹⁰ *Ibidem.*, Op., cit., cfr. págs. 9-10.

⁹¹ Oxman Vilches, *Libertad sexual y Estado de Derecho en Chile: Las fronteras del derecho penal sexual*. 1ª edición. Librotecnia. Santiago de Chile. 2000, págs. 187-188.

De lo dicho, resulta claro que desde el prisma de la doctrina de la Protección Integral de la Infancia existe explotación sexual comercial infantil en aquellos casos en que se obtienen servicios sexuales a cambio de prestaciones distintas a dinero, como regalos, drogas, alimentación, vestimenta u otros, y que desde el punto de vista penal, se encuadra en el delito en estudio, el punto es cómo diferenciarlo de otros delitos, en especial, respecto a aquellas modalidades de estupro, doctrinariamente denominadas por prevalimiento, en la que el agente *abusando de una relación de superioridad* respecto de la víctima obtiene su anuencia para la práctica del acto sexual, sean anal, vaginal o bucal, mediando también ciertas prestaciones avaluables en dinero.

En ambos casos nos encontramos frente a un tipo de explotación sexual comercial infantil, pero en el caso del delito de estupro, lo que hace el autor es *abusar de su superioridad* para obtener del adolescente su consentimiento en la práctica del acto sexual. En cambio, en el delito de trato sexual remunerando con menores de edad no se requiere de este ánimo abusivo del agente, sino que basta con que obtenga la prestación sexual mediante el pago de dinero u otras especies, sin requerir del autor siquiera un conocimiento del eventual desamparo en que se podría encontrar la víctima .

De esta forma, aquellos casos en que el autor *abusando* de la relación de dependencia que a su respecto tiene la víctima, o bien, del grave desamparo en que ésta se encuentra, además le paga en dinero o en especies a fin de obtener su consentimiento en el acto sexual, deberá ser sancionado por estupro.

Ahora bien en la práctica, las escasas sentencias que se encuentran respecto de este tipo penal, condenan relaciones sexuales obtenidas de adolescentes mediante el pago de una suma de dinero y que se prestan dentro de un sistema estructurado, lo que no admite mayores dificultades. Así lo podemos ver en el denominado caso *operación Heidi*, en la

que se desbarata una red de explotación sexual comercial infantil, siendo condenados los denominados *clientes* por el delito de en comento⁹².

3. Objeto material y sujeto pasivo.

Si el objeto material “es aquel sobre el cual recae físicamente la acción delictiva”⁹³, en el delito de trato sexual remunerado con menores de edad éste se encuentra constituido por la propia víctima, específicamente por su cuerpo, quien además es el sujeto pasivo del delito.

Sobre el particular, sólo resulta importante destacar que en este delito, y a diferencia de otros, el objeto material y el sujeto pasivo corresponden a la persona de la víctima, conformándose una trilogía en que se identifican estos tres conceptos.

En consecuencia, en el delito de trato sexual remunerando con menores de edad, es posible identificar el objeto material del mismo, el sujeto pasivo y la víctima en la persona del menor de edad mayor de catorce años respecto de quien se obtiene el servicio sexual mediante el pago de dinero u otra especie.

⁹² Ver sentencias dictadas por el Séptimo Juzgado de Garantía causa RIT N° 670-2013 RUC N° 1200785890-4.

⁹³ Bustos/ Hormazábal. op. cit. pág. 204.

Capítulo III

Momento consumativo y posibilidad de la tentativa.

Se han analizado las distintas dificultades que se presentan con el tipo penal de trato sexual remunerado con menores de edad, en especial, aquellas relacionadas con la determinación de la conducta y lo que debe entenderse por “servicio sexual”, así como también respecto al alcance que se le debe otorgar a la frase “prestaciones de cualquier naturaleza” con las que se puede remunerar a la víctima de este delito.

Resta entonces determinar el momento consumativo del tipo penal en estudio, además de analizar la posibilidad de sancionar sus grados imperfectos de ejecución.

1. Consumación.

Como se señaló en el capítulo II, los servicios sexuales que el agente obtiene mediante el pago de dinero u otras prestaciones comprenden un conjunto de actos de contenido sexual, que pueden ser ejecutados conjunta o separadamente, y que pueden consistir tanto en la cópula misma o bien en otras conductas, como por ejemplo, en la determinación de un adolescente a efectuar en su cuerpo o el del agente actos masturbatorios, tocamientos y/o besos en los genitales.

De esta forma, el servicio sexual que el agente puede obtener de su víctima va desde la mínima agresión al bien jurídico desde un punto de vista penal, como podrían ser tocamientos con contenido sexual, hasta actos que impliquen la penetración anal o vaginal; o bien, comenzar en los primeros y terminar en estos últimos, por lo que, la determinación del momento consumativo del tipo penal no está exenta de dificultades.

Sin embargo, es posible adelantar que el momento consumativo del tipo penal se agotará con el comienzo de ejecución de las conductas que comprenden los servicios sexuales, sean las primeras o las últimas dadas en el ejemplo anterior.

Esta indeterminación respecto al momento consumativo del delito de trato sexual remunerado con menores de edad, no se presenta en otros tipos penales que afectan bienes jurídicos relacionados con la indemnidad y/o integridad sexual o con el desarrollo sexual inalterado de los menores de edad, pues en la mayoría de estos delitos, el momento consumativo del tipo penal implica una conducta unívoca, como por ejemplo, la penetración anal, vaginal o bucal de la víctima por parte del sujeto activo. En el tipo penal en estudio, al igual como ocurre en el de abuso sexual, no existe una precisión en la conducta dada por el tipo penal, comprendiendo éstos una variedad de modalidades de ejecución, pudiendo ejecutarse separadas, conjunta o sucesivamente, lo que impide un fraccionamiento intelectual o material de las mismas en esta etapa, como se explicará más adelante.

Ahora bien, y con el objeto de precisar el momento en que se consuma el delito, es posible señalar que si el verbo rector del tipo penal es *obtener*, el momento consumativo será aquel en que el sujeto obtenga el servicio sexual del adolescente mediante el pago de un precio, lo que ocurrirá tan pronto se da comienzo de ejecución a los primeros actos que comprendan un involucramiento sexual, pues con ellos principian los actos ejecutivos unívocos y directos que implican la realización total de la conducta sancionada por el tipo penal, sin faltar ninguna para su complemento.

Tema aparte es el pago del precio, y a su respecto es importante destacar que aun cuando el pago de un precio es determinante para la configuración del tipo penal, en el sentido de que el servicio sexual debe obtenerse mediando éste, resulta irrelevante para la

consumación del mismo, que éste sea pagado antes o después de ejecutada la acción sexual, así como también que éste sea efectivamente pagado por el sujeto o no, bastando sólo el ofrecimiento del agente de remunerar el servicio sexual sumado al involucramiento sexual con la víctima.

En efecto, no puede sostenerse que resulta necesario para la consumación del tipo penal, que el sujeto activo pague efectivamente el dinero o entregue las otras prestaciones de cualquier naturaleza al menor, pues, de lo contrario, quedaría a su entero arbitrio la configuración del delito, puesto que si después de obtenido el servicio sexual el sujeto se arrepiente y no paga lo prometido, el delito no se consumaría, pese a haber mediado el contacto sexual requerido, lo que resulta inaceptable, ya que el bien jurídico de todas formas se vio lesionado.

En este sentido se pronuncia Aguilar al sostener que se “este delito por su naturaleza formal o de simple actividad se consumará al realizarse contra el sujeto pasivo, cualquier acto de corte sexual y relevancia por el cual se hubiere ofrecido dinero u otra prestación con independencia al pago efectivo por el trabajo requerido...”⁹⁴.

De esta forma, y como ya se señaló, basta el ofrecimiento de remunerar el servicio sexual y la realización de cualquier acto de índole sexual – en los términos ya vistos- para que el delito se entienda consumado. Sobre el particular, llama la atención el tipo penal español que sanciona en su artículo 187.1 a quien “*solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz*”, de esta forma, se castiga el sólo acto de “solicitar” la relación sexual a un menor de edad, independientemente de su aceptación o de que ésta llegue efectivamente a prestarse, lo que al parecer, resulta una exacerbación de la protección que se le debe otorgar al bien jurídico,

⁹⁴ Aguilar Aranela, op.cit. pág. 163.

anticipando la sanción penal a actos preparatorios al castigarlos como consumados.

2. Tentativa.

El artículo 7° del Código penal en su inciso final, define cuándo debemos entender que existe tentativa al señalar: “*Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento*”.

Doctrinariamente, la tentativa es definida como “la manifestación, por actos inequívocos, de la intención de cometer un delito, que no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente”⁹⁵.

Ahora bien, para afirmar si un determinado delito puede ser sancionado en sus grados imperfectos de ejecución la doctrina, en forma mayoritaria, acude a la clásica distinción, también creada doctrinariamente, entre delitos de resultados y delitos de mera actividad.

Los delitos materiales o de resultado se definen como aquellos en que para que se entiendan consumados, la acción humana debe causar un resultado distinto al de la mera conducta desplegada. El profesor Garrido Montt define al delito de resultado como “aquel que por exigencias de la descripción típica requiere, para consumarse, además de la realización de la acción o de incurrir en la omisión en que consiste, de la producción de un

⁹⁵ Definición dada por Jiménez de Asúa en prólogo de Frías Caballero, Jorge, *El Proceso Ejecutivo del Delito. Ensayo de dogmática jurídica penal sobre el art. 42 del código penal*. Segunda Edición. Buenos Aires. Bibliográfica Argentina. 19956. Pág. 41. cita 1.

efecto material determinado, diverso del actuar u omitir”⁹⁶. Por su parte, Cury señala que los delitos de resultado son aquellos en que el legislador ha incluido dentro del tipo penal, tanto la acción del sujeto como su resultado, de manera que el delito no se perfeccionará o consumará salvo que se produzcan tanto la acción como su resultado⁹⁷.

Por el contrario, los delitos formales o de mera actividad son “aquellos que se perfeccionan con la sola conducta del agente sin que se requiera para ello la producción de un resultado material, no obstante lo cual, la conducta puede en determinados casos fraccionarse intelectual y físicamente”⁹⁸.

Por tanto, se concluye que los delitos de mera actividad, se consuman por el sólo comportamiento humano, sin que sea necesario una modificación en el mundo exterior, como resultado distinto de la conducta del sujeto activo.

También hay quienes abandonado esta clásica distinción, adoptan un criterio distinto, clasificando los delitos, con independencia a su resultado, en delitos unisubistentes y de ejecución compuesta⁹⁹. Los primeros, “son aquellos delitos en los que basta un acto único para perfeccionarse”¹⁰⁰ y, los segundos, “son aquellos que presentan una objetividad material constituida de actos temporalmente separables”¹⁰¹. De esta forma, y en lo que nos interesa, podemos encontrar delitos en los que un acto único puede consumarlos, denominados unisubistentes, y delitos en que el momento consumativo puede alcanzarse

⁹⁶ Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal, Parte General. Nociones fundamentales de la teoría del delito*. Primera Edición. Santiago de Chile. Jurídica de Chile, 1992, pág. 252.

⁹⁷ Cury, Enrique. *Derecho Penal: Parte general*. Séptima Edición ampliada. Santiago Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2005, pág. 291.

⁹⁸ Garrido Montt, Mario. *Etapas de ejecución del delito: Autoría y participación*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1984, pág. 169.

⁹⁹ Véase por todos Frías Caballero. Op. cit. pág. 200. En Chile, Garrido Montt, Mario. *Etapas de ejecución del delito: Autoría y participación*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1984, pág. 169.

¹⁰⁰ Frías Caballero. Op. cit. pág. 200.

¹⁰¹ *Ibidem*. pág. 201.

gradualmente, esto es, “recorriendo un camino”, desde el primer acto ejecutivo, hasta verificarse la lesión jurídica, delito que es denominado de ejecución compuesta¹⁰².

Es así como se sostiene que pueden existir delitos de mera actividad unisubistentes y delitos de mera actividad de ejecución compuesta, y sólo respecto de estos últimos cabrá la tentativa.

En el caso del delito de trato sexual remunerado con menores de edad, no existe duda de que nos encontramos frente a un delito de mera actividad, puesto que no se requiere ningún cambio en el mundo exterior, para que el delito se entienda consumado. Por lo que resta determinar si la conducta puede o no fraccionarse, alcanzando con ella el momento consecutivo en forma gradual, o por el contrario no admite fracción alguna y sólo a través de un único acto se consuma el delito.

Sobre este punto, y atendida las distintas modalidades de ejecución por medio de las cuales se puede ejecutar el delito de trato sexual remunerado con menores de edad, las que como ya se señaló, pueden consistir en la cópula o u tras actos de significación y relevancia sexual, este punto podrá variar en uno u otro caso, dependiendo del plan ejecutivo diseñado por el autor.

En efecto, María Acale Sánchez sostiene que “todos los delitos y, no sólo los de mera actividad, son divisibles en varios actos, unas veces porque así se deriva de la letra de la ley y otras porque así se deriva del plan ejecutivo diseñado por el autor en el caso concreto: la conjunción de ambos factores es la que va a determinar el iter criminis de cualquier tipo penal de forma que habrá ocasiones en que si bien atendiendo a la letra de la ley sea posible la tentativa, por el contrario, en el caso concreto ésta haya de excluirse o a la

¹⁰² *Ibidem*.

inversa, que según el criterio legal se dificulte la admisión de la tentativa, pero que en el caso concreto, sea el plan diseñado por el autor el que haga posible esta fase de imperfecta ejecución”¹⁰³.

En consecuencia, y siguiendo a Acale Sánchez, en el delito de trato sexual remunerado con menores de edad, el agente puede diseñar un plan ejecutivo en que su conducta admita un fraccionamiento. Esta división o fraccionamiento deberá ocurrir, en todo caso, antes de iniciar cualquier acto de significación sexual y relevancia con la víctima en los términos ya expuestos, pues, como se señaló, con la ejecución de tales conductas el delito se consuma.

Como el tipo penal esta compuesto de la conducta de obtener servicios sexuales, y su complemento es el pago de una suma de dinero u otra especie, resulta factible que el autor divida su conducta, entre el ofrecimiento y pago del precio, y la efectiva prestación del servicio sexual de que se trate. Así, el ofrecimiento de remunerar los servicios sexuales, sumado a la aceptación del menor para prestarlos, implica un acto unívoco y directo para dar comienzo a la ejecución del tipo penal, para el evento que no lleguen a desplegarse conductas que impliquen un involucramiento con contenido sexual entre sujeto activo y víctima, en tal caso es posible afirmar que el delito se encuentra tentado, pues faltaron una o más conductas para que delito se perfeccionase.

Es difícil encontrar actos distintos al ofrecimiento de remunerar una prestación sexual que impliquen actos preparatorios ejecutivos y directos tendientes a la concreción del tipo penal, y que sean posibles de sancionar a título de tentativa, pues como se señaló,

¹⁰³ Acale Sánchez, María. Consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado Natural. Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_07.pdf. Última visita 16.10.2014. pág. 107.

todos aquellos actos que en sí comprendan un involucramiento sexual serán suficientes para dar por satisfecho todos los elementos del mismo, y por tanto, para entender por consumado el delito.

Conclusiones

El desarrollo de las ideas e instituciones legales efectuadas a través de esta tesis, ha arribado a las siguientes conclusiones:

1. La incorporación del artículo 367 ter al Código penal fue efectuada en cumplimiento de los tratados y protocolos internacionales suscritos por Chile.
2. El tipo penal sanciona lo que desde la Teoría Integral de la protección de los Derechos de la Infancia se denomina “explotación sexual comercial infantil”.
3. El bien jurídico de este delito es el desarrollo sexual inalterado de un niño o niña adolescente.
4. El núcleo típico está compuesto por un verbo rector (obtener) y su complemento directo (los servicios sexuales).
5. La difusión de la conducta consistente en obtener los servicios sexuales linda con el principio de la legalidad penal.
6. El concepto de servicio sexual es de tal extensión que abarca desde la mínima agresión desde el punto de vista penal al bien jurídico, para culminar a la mayor agresión este, consistente en la realización de la cópula.
7. Dentro de aquella extensión se exige que le menor realice una actividad sexual, esto es, que se él o ella quien preste, otorgue o entregue el servicio sexual.

8. Tratándose de un delito cuya víctima - por regla general- se encuentra en una condición de vulnerabilidad, para diferenciarlo del delito de estupro, en especial en aquellas modalidades ejecutivas que impliquen una prestación "de cualquier naturaleza" (como alimentación, vestimenta, estudios, techo, drogas, etc.), se requiere que el agente no abuse de tal condición, pues en tal caso su conducta deriva al tipo penal de estupro.
9. Las prestaciones distintas al dinero, por medio de las cuales se obtiene el servicio sexual, conlleva un sin número de posibilidades que sólo mientras sean avaluables en dinero, serán suficientes para satisfacer el tipo penal, teniendo presente los deslindes con aquellas relaciones entre adulto y menor que consistan en genuino amor y protección.
10. Lo anterior permite concluir que todas aquellas prestaciones sexuales que se obtienen de menores de edad, que no sea a cambio de dinero, sean difícilmente punibles.
11. El objeto material y sujeto pasivo se identifican con la víctima conformando así una trilogía.
12. El momento consumativo del tipo se agota con el comienzo de ejecución de la conducta que comprende los servicios sexuales.
13. El pago efectivo del precio no es determinante para la consumación del tipo penal, pues basta su ofrecimiento y aceptación por parte del menor, sumado al desarrollo de la actividad sexual, sea que el precio se pague o no efectivamente.
14. El plan de ejecución delictivo desarrollado por el autor será el que determine la

posibilidad de sanción de su conducta a título de tentativa; de mediar la posibilidad de fraccionarla, ésta sólo podrá presentarse con anterioridad al inicio de cualquier acto de significación sexual, lo que generalmente coincidirá con el ofrecimiento y aceptación del precio, momento en que, de no haberse desarrollado las conductas señaladas, el delito se encontrará tentado.

BIBLIOGRAFÍA

1. *Abuso sexual infantil y explotación sexual comercial infantil en América Latina y el Caribe. Informe genérico situacional. Save the Children - Suecia.* Bogotá, D.C., 13 de diciembre de 2006.
2. Acale Sánchez, María. Consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado Natural. Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_07.pdf. Última visita 16.10.2014. pág. 107.
3. Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal” en *Política Criminal, Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales.* Centro de Estudio de Derecho Penal, Universidad de Talca, 2006, nº 1, D1, págs.1-19.
4. Aguilar Aranela, Cristián F. *Manual de delitos sexuales: legislación chilena: doctrina y jurisprudencia.* Metropolitana. Santiago de Chile. 2006.
5. Aronson Gregg, “Seekin a consolidated feminist voice for prostitution in the US”. En *Rutgers Journal of Law & Urban Policy*, 3, 2006.
6. Avances y desafíos en el enfrentamiento de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en Chile: Informe de seguimiento 2009. ONG raíces 2009. Santiago de Chile. 1ª edición.
7. Arocena, Gustavo A. *Delitos contra la integridad sexual,* Advocatus, Córdoba, 2001.
8. Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malareé, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.* Trotta. Madrid, 2006.
9. Carmona Salgado, Concepción. *Delitos contra la Libertad Sexual.* En Cobo del Rosal, Manuel (Dir.): *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial.* 2 vols. Marcial Pons, Madrid, 1996. Vol. II.

10. Convención Internacional de los Derechos del Niño Niña y Adolescentes.
11. Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. 87° Reunión de Ginebra, junio de 1999.
12. Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949, vigente desde 1951.
13. Constitución de la Organización Mundial de la Salud.
14. Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal: Parte general*. Séptima Edición ampliada. Santiago Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2005. pág. 291.
15. Declaración y Programa de Acción Primer Congreso Mundial contra la explotación Sexual Comercial de los Niños. Estocolmo, Suecia, 27-31 de agosto de 1996.
16. *Declaración de Río de Janeiro y Llamado a la Acción para prevenir y detener la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes*. Tercer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes.
17. De Luca. y López Casariego. *Delitos contra la integridad sexual*, Hammurabi. Buenos Aires, 2009.
18. Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, primera acepción. Disponible en www.rae.es última visita 04 de mayo de 2014.
19. Díez Ripollés, José Luis. "El Objeto de Protección del Nuevo Derecho Penal Sexual", en *Anuario de Derecho Penal*, de Lima, núm. 1999-2000, págs. 51-8.
20. *El explotador sexual*. Documento preparado para el 2° Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, celebrado en Yokohama, Japón, del 17 al 20 de diciembre de 2001. Cfr., págs. 9 y 10. Disponible en <http://www.csecworldcongress.org/> última visita 04 de mayo de 2014.
21. Estudio Jurídico-Penal relativo a la Explotación Sexual Comercial Infantil en el Estado de Jalisco: Fundamentos jurídicos penales y político-criminales para su

- prevención y sanción. México, Distrito Federal. Oficina para Cuba y México de la Organización Internacional del Trabajo. 2005.
22. Figari, Rubén Enrique. *Delitos de índole sexual: doctrina nacional actual*. Ediciones Jurídicas de Cuyo, Mendoza, 2003.
 23. Frías Caballero, Jorge, *El Proceso Ejecutivo del Delito. Ensayo de dogmática jurídica penal sobre el art. 42 del código penal*. Segunda Edición. Buenos Aires. Bibliográfica Argentina. 1956.
 24. Garrido Montt, Mario. Derecho Penal, Parte General. Nociones fundamentales de la teoría del delito. Primera Edición. Santiago de Chile. Jurídica de Chile, 1992.
 25. Garrido Montt, Mario. Etapas de ejecución del delito: Autoría y participación. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1984.
 26. Guzmán Dálbora, José Luis. “Apreciación y Reprobación de la Reforma de los Delitos contra la Honestidad en Chile”, en *Anuario de Derecho Penal*, de Lima, núm. 1999-2000, págs. 201-244.
 27. Historia de la Ley 19.927. disponible en: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Administrador/Mis%20documentos/Downloads/HL19927.pdf>. Última visita 24.10.2014.
 28. Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de derecho penal*, tomo III, Losada S.A. 5ª ed., Buenos Aires, 1950.
 29. “La conducta sexual” en sitio web de la Federación española de sociedad de sexología, disponible en <http://www.fess.org.es/conducta-sexual.php>
 30. Luca, Javier Antonio y López Casariego, Julio. Delitos contra la integridad sexual. Hamurabi. Buenos Aires. 2009.
 31. Molina Cantillana, *Delitos de pornografía infantil*. Librotecnia, Santiago de Chile, 2008.

32. Morlachetti, *Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe*. Enero, 2013.
33. Muñoz Conde, Francisco. *Derecho penal, Parte especial*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 12ª ed., 1999.
34. Náquira, et al. "Principios y penas en el Derecho penal chileno" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-r2, p. r2:1-r2:71. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>.
35. *Organización Internacional/ Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil. Explotación sexual comercial. Contenidos mínimos en materia de penalización de la ESC de personas menores de edad, según las normas internacionales*. Documento de trabajo con recomendaciones para Centroamérica, Panamá y República Dominicana. San José, Costa Rica. Oficina Internacional del Trabajo, 2004.
36. Orts Berenguer, *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
37. Oxman Vilches, Nicolás. *Libertad sexual y Estado de Derecho en Chile: Las fronteras del derecho penal sexual*. 1ª edición. Librotecnia. Santiago de Chile. 2000.
38. Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte Especial*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2004.
39. Reinaldi, Víctor F. *Los delitos sexuales en el Código penal argentino*, Marcos Lexer, Córdoba, 1999.
40. Rodríguez Collao, Luis. "Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal", en *Política Criminal, Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*. Centro de Estudio de Derecho Penal, Universidad de Talca, 2006, n° 1, A1, págs. 1-19.

41. Ramírez Guzmán, María Cecilia, “*La regulación penal de la prostitución infantil*” *Derecho Internacional, de la Unión Europea y Comparado. Especial referencia los sujetos involucrados*. Dictus Publishing, Santiago de Chile/Lleida 2008.
42. Rodríguez Mesa, María José, “El Código Penal y la Explotación Sexual Comercial Infantil”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, 197-246.
43. Segundo Marco para la Acción Contra la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes 2012 – 2014. Ministerio de Justicia, Gobierno de Chile.
44. Servicio Nacional de Menores, Términos de Referencia del Estudio de Explotación, Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes, diciembre 2002.
45. UNICEF. *Conceptos básicos sobre explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*. Disponible en <http://www.unicef.org/lac/1.conceptosbasicos.pdf>. última visita 18.01.2014.
46. UNICEF, Estrategia de Protección de la Infancia del UNICEF, E/ICEF/2008/5/Rev.1, 20 de Mayo de 2008.
47. Villacampa Estiarte, Políticas de Criminalización de la prostitución: análisis críticos de su fundamentación y resultados, en *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª época, N° 7, enero de 2012.