

COMISIÓN DE ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL 2013

PROPUESTA DE REGULACIÓN

DELITOS DE SIGNIFICACIÓN SEXUAL

*(Incesto, exhibicionismo, proxenetismo, prostitución y pornografía de menores)*

ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ

Santiago, 21 de septiembre de 2013

## I. TEXTO PROPUESTA

### 1. Establecer las siguientes definiciones legales:

- a) pornografía, la representación por cualquier medio, de imágenes de acciones de significación sexual explícita en la que sean exhibidos genitales, destinada a provocar la excitación sexual del receptor;
- b) pornografía de menores, la que incluye la representación de un menor de 18 años participando en una acción de significación sexual, o la representación de los genitales de un menor de 18 años;
- c) prostitución de un menor de edad, la utilización de un menor de edad para la realización de acciones de significación sexual con él a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;

### 2. Introducir como inciso tercero del Art. N de la propuesta sobre delitos contra la libertad sexual, relativo a agravantes, la siguiente disposición:

“El tribunal estimará como una agravante calificada la circunstancia de cometerse cualquiera de los delitos previstos en este título contra un ascendiente o descendiente por consanguinidad o contra una hermana o hermano consanguíneo, conociendo las relaciones que los ligan; si se cometiere con un descendiente, hermana o hermano menor de 18 años, el tribunal podrá estimarla como una agravante muy calificada. El tribunal estimará también como agravante calificada la circunstancia de cometer el delito contra un descendiente por afinidad menor de 18 años o contra la hija o el hijo menor de 18 años del o de la actual cónyuge o conviviente, siempre que la víctima se encuentre bajo el propio cuidado o dependencia o bajo el cuidado o dependencia de otro integrante de la propia familia.”

---

Alternativa: Introducir dentro de los atentados sexuales contra menores de edad la siguiente disposición<sup>1</sup>:

Art. K bis. *Incesto con menor.* El que, conociendo las relaciones que los ligan, realizare el coito por vía vaginal o anal con un descendiente por consanguinidad o con una hermana o hermano consanguíneo, menor de 18 años, será sancionado con reclusión o multa.

Con la misma pena será sancionado el que, conociendo las relaciones que los ligan, realizare el coito por vía vaginal o anal con un descendiente por afinidad menor de 18 años, o con la hija o el hijo menor de 18 años de su actual cónyuge o conviviente, siempre que el menor se encuentre bajo su cuidado o dependencia o bajo el cuidado o dependencia de otro integrante de su familia.

Cuando se cometiere simultáneamente incesto y otro atentado sexual contra el menor de edad se impondrá la pena correspondiente al otro atentado, estimándose el incesto como una agravante calificada.

---

<sup>1</sup> En caso de aprobarse esta alternativa, puede mantenerse la agravante especial para los casos de abuso de mayor de edad cometidos por quienes tienen la respectiva relación de parentesco. Además, debe modificarse la siguiente norma adecuadora incluida en la propuesta sobre delitos contra la libertad sexual (lo modificado se subraya): “Art. Z. Sustitúyese el artículo 4° de la Ley 20.084 por el siguiente: “Art. 4°. *Exención de pena por delitos sexuales.* Los adolescentes se encuentran exentos de pena por el delito de incesto con una hermana o hermano consanguíneo menor de 18 años previsto en el inciso segundo del artículo K bis, y por los delitos previstos en los artículos F, G y H del Código Penal en relación con la circunstancia 4ª del artículo F.”

**3. Establecer entre los delitos contra el orden público las siguientes disposiciones:**

*§ N. Exhibicionismo, proxenetismo y prostitución y pornografía de menores*

Art. A. *Exhibicionismo*. El que, sin el consentimiento de otro, exhibiere ante él sus partes genitales o lo molestore realizando ante él acciones de significación sexual, será sancionado con reclusión o multa.

Con la misma pena será sancionado el que, sin el consentimiento de otro, exhibiere ante él imágenes pornográficas o le enviare material pornográfico mediante correo postal o electrónico.

Se entiende que no es consentida la exhibición que se realiza en espacios de libre acceso al público o en medios de comunicación social, a menos que sea precedida de advertencia oportuna y que para el destinatario de la advertencia sea fácilmente evitable presenciarla.

Si la exhibición no consentida y realizada en espacios de libre acceso al público o en medios de comunicación social causare molestia masiva, la pena será reclusión, multa o prisión de 1 a 3 años.

Art. B. *Exhibicionismo ante impúber*. El que realizare las acciones señaladas en el artículo anterior ante un menor de 12 años o le ofreciere material pornográfico, será sancionado con reclusión o multa, siempre que el hecho no fuere constitutivo del delito sancionado por el artículo [remisión a la interacción de significación sexual con impúber].

Art. C. *Proxenetismo*. El que habitualmente y con ánimo de lucro promoviere o facilitare la prostitución de una persona mayor de 18 años, explotándola en razón de su dependencia personal o económica, será sancionado con reclusión, multa o prisión de 1 a 3 años.

Lo dispuesto en el inciso precedente no será aplicable si el hecho fuere constitutivo de un delito sancionado con igual o mayor pena por alguna disposición de los párrafos 1 o 2 del título N [remisión a abusos sexuales]. En tal caso, el tribunal podrá estimar la habitualidad y el ánimo de lucro como una sola circunstancia agravante.

Art. D. *Prostitución de menores*. El que prostituyere a un menor de 18 años será sancionado con reclusión, multa o prisión de 1 a 3 años. Tratándose de mayores de 12 años, si las circunstancias del hecho excluyeren la explotación de la dependencia personal o económica del menor, la pena será de reclusión o multa, pudiendo el tribunal prescindir de ella.

Con las mismas penas será sancionado el que promoviere o facilitare la prostitución de un menor de 18 años.

El que habitualmente y con ánimo de lucro promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad será sancionado con prisión de 1 a 5 años.

Art. E. *Pornografía de menores*. El que produjere, distribuyere, divulgare, importare, exportare, ofreciere o vendiere pornografía de menores será sancionado con reclusión, multa o prisión de 1 a 3 años.

Art. F. *Tentativa*. La tentativa de cometer el delito previsto en el inciso primero del artículo D y en el artículo E punible.

En el caso del inciso primero del artículo D, cuenta como tentativa la recepción del menor ofrecido o entregado con fines de prostitución.

En el caso del Art. E, cuenta como tentativa la posesión de pornografía de menores con el propósito de distribuirla, divulgarla, exportarla, importarla, ofrecerla o venderla.

Art. G. *Concurso con delitos contra la libertad sexual de los menores.* Lo dispuesto en el artículo D no será aplicable si el hecho fuere constitutivo de un delito sancionado con igual o mayor pena por otra disposición del título Y [remisión a delitos contra la libertad sexual]. En tal caso, el tribunal podrá estimar la habitualidad y el ánimo de lucro, si concurrieren en el que favorece o facilita la prostitución, como una sola circunstancia agravante.

Si con ocasión de la producción de pornografía de menores de edad se cometiere alguno de los delitos previstos en el título Y [remisión a delitos contra la libertad sexual] se impondrá la pena correspondiente a ese delito, estimándose la circunstancia como una agravante calificada.

Art. H. *Concurso con el delito de trata de personas.* El proxenetismo respecto de una persona que ha sido víctima del delito de trata de personas previsto en el artículo [remisión], la prostitución de un menor que ha sido víctima de ese delito, o la producción de pornografía con él, se sancionará conforme a dicha disposición, debiendo el tribunal estimar el hecho en la determinación de la pena.

## II. FUNDAMENTACIÓN GENERAL

Esta propuesta complementa la propuesta sobre delitos contra la libertad sexual (en adelante “PDLS”), haciéndose cargo de las normas punitivas que sancionan comportamientos que conforme a la regulación tradicional no constituyen atentados sexuales, es decir, no son delitos de abuso contra una víctima. Tales son:

- (i) el incesto (Art. 375 CP);
- (ii) el exhibicionismo (Art. 373 CP);
- (iii) la pornografía (Art. 374 CP);
- (iv) la pornografía infantil y juvenil (Arts. 366 quinquies, 374 bis, 374 ter CP);
- (v) el proxenetismo (Art. 411 ter CP; entre 1995 y 2010, Art. 367 bis CP), y,
- (vi) la prostitución juvenil e infantil, comprensiva del proxenetismo y de la acción sexual realizada con el menor de edad en relación con una contraprestación (Arts. 367, 367 ter CP).

La propuesta descansa en dos ideas regulativas: (a) reformular los delitos tradicionales como delitos que implican un abuso menos grave, el peligro de abuso o al menos la ofensa de alguna persona, (b) cumplir satisfactoriamente los imperativos de punición establecidos en los Arts. 2 y 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<sup>2</sup>. Las dos ideas se encuentran en tensión, en la medida en que el Protocolo prescinde de toda consideración al consentimiento del menor como razón para excluir la ilicitud de su prostitución o de su uso en la producción de pornografía. En tanto esa tensión no pueda resolverse sin incumplir el protocolo, la propuesta prioriza su cumplimiento.

Con tal propósito, se propone tres grupos de reglas, que responden a consideraciones sistemáticas diversas:

- (1) establecer definiciones legales de pornografía, pornografía de menores y prostitución de menores,
- (2) establecer una agravante especial para los abusos y atentados sexuales, sustitutiva del delito de incesto, y
- (3) establecer los delitos de exhibicionismo, exhibicionismo ante impúber, proxenetismo, prostitución de menores y pornografía de menores en un mismo párrafo, entre los delitos contra el orden público.

---

<sup>2</sup> Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

### III. FUNDAMENTACIÓN PARTICULAR

#### 1. Definiciones

La propuesta parte de la base que la PACP contemplará en el título ii de su libro primero un artículo que establezca un catálogo de definiciones legales. Dentro de ese catálogo se propone incluir las definiciones de prostitución y pornografía infantil 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, y una definición de pornografía. La definición de “acción sexual” (Art. L PDLS) también debería ser incluida en este catálogo.

Las definiciones adoptadas del Protocolo<sup>3</sup> han sido adaptadas al contexto de la regulación de la PACP: en vez de “infantil” y “niño” se usa las expresiones “de menores” y “menor” o “menor de 18 años”, con el fin de evitar la infantilización de los adolescentes, y se asocia la descripción de las acciones al concepto de acción de significación sexual, que es la base de la descripción típica en la regulación de la PDLS.

La definición de pornografía es, deliberadamente restrictiva, en un doble sentido. Por una parte exige la exhibición de las partes genitales de los intervinientes en las acciones de significación sexual, excluyendo con ello de las prohibiciones penales el material erótico más leve o *soft porno*. Por otra parte, exige la consideración de la excitación del espectador del material como finalidad de su producción o exhibición, excluyendo con ello la representación de la sexualidad humana que tiene un sentido expresivo predominantemente estético.

De no establecerse un artículo en el título ii del libro primero de la PACP que contemple definiciones legales, estas disposiciones deben ser incluidas en la regulación que se propone en el punto 3.

#### 2. Regulación del incesto

En relación con la noma que prohíbe el incesto, se propone dos ideas regulativas, una principal y otra subsidiaria. Ambas reducen el ámbito de la prohibición: la primera lo reduce al ámbito de los delitos de abusos y atentados sexuales, considerando al incesto como una agravante de esos delitos; la segunda lo reduce al incesto con persona menor de 18 años, entendido como atentado contra esa persona.

En ambos casos se reconoce parcialmente la vigencia de la prohibición del incesto como tabú sexual de la cultura. La manera como la propuesta principal reconoce el tabú es reforzando penalmente la expectativa de abstención sexual de la víctima de un abuso (agresión o simple abuso) o atentado (de púberes o impúberes) cuando el autor mantiene con ella la relación de parentesco constitutiva del tabú. Dada la subordinación a la comisión de un abuso o atentado sexual, la propuesta prescinde de restringir la relevancia de la infracción del tabú atendiendo a las características de la acción de significación sexual realizada (coito vaginal o anal), entendiendo que, en tanto agravante, toda acción de significación sexual es relevante como frustración de la expectativa asociada al tabú. En

---

<sup>3</sup> Art. 2-b): “A los efectos del presente Protocolo: (...) b) Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;” Art. 2-c): “A los efectos del presente Protocolo: (...) c) Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.”

virtud del tabú la ley penal entiende que es más intensa esa voluntad de abstención sexual y que por lo tanto su quebrantamiento o desconocimiento reviste mayor gravedad. Con todo, no cabe duda que la propuesta implica también una erosión parcial de la vigencia del tabú, en la medida en que la ley penal deja de afirmarlo como prohibición entre personas capaces de consentir mutuamente en la realización de acciones sexuales que lo contravienen. En este punto, la propuesta considera que el tabú del incesto debe seguir la misma suerte que el imperativo cristiano de castidad: ser dejado a la virtud según la concepción de un determinado modo de vida.

La propuesta subsidiaria (alternativa) no va tan lejos en la reducción del ámbito del delito de incesto. Acepta la despenalización de la infracción a la prohibición tratándose de adultos que consienten en la realización de la acción sexual, pero mantiene su penalización respecto del adulto que comete incesto con un menor de 18 años. Tratándose de menores de 12 años, ambas propuestas coinciden, dado el carácter de atentado al menor que reviste el coito con una persona de esa edad independientemente de la relación de parentesco que el autor tenga con el menor. La diferencia se encuentra en el tratamiento dado al incesto con el menor de 18 pero mayor de 12 años, que la propuesta penal despenaliza y la propuesta subsidiaria hace punible. Dado que este delito de incesto con menor de edad se independiza de la punibilidad de la acción sexual conforme a las reglas que definen los demás abusos y atentados, se hace necesario precisar qué acción sexual es constitutiva del delito. La propuesta define la acción del modo más restringido concebible en un sistema que prescinde de diferencias en consideración al género de los intervinientes, esto es, restringiéndola al coito vaginal o anal, ya sea en rol pasivo o activo.

La idea que subyace a esta propuesta alternativa es la consideración de las relaciones familiares más estrechas como un espacio social de indemnidad sexual del menor. Eso implica declarar al menor sexualmente intocable para sus familiares más cercanos y restringir con ello también su autonomía sexual respecto de la realización de acciones con esos familiares. La solución tiene una semejanza estructural manifiesta con la prohibición de la homosexualidad masculina juvenil que adoptan los países que mantuvieron históricamente la prohibición de la homosexualidad masculina consentida entre adultos cuando la derogan, como fue el caso del Reino Unido, la República Federal Alemana y Austria, y como sigue siendo el caso en Chile (Art. 365 CP). La vigencia del tabú, que la ley ya no afirma entre adultos, sigue afirmándose respecto del trato sexual con menores, entendida como una medida de protección del desarrollo de la madurez sexual del adolescente. Con todo, entre una y otra prohibición existe una diferencia fundamental, en la medida en que la prohibición del incesto restringe mínimamente el ámbito de realización de la sexualidad del adolescente. La ley no puede afirmar respecto de todo adulto lo que sí puede afirmarse del familiar adulto más cercano del menor, esto es, que es garante de un espacio social de indemnidad sexual del menor, en interés del mejor desarrollo de su sexualidad.

En ambas propuestas la regulación se abre a un supuesto adicional al incesto, construido sobre la base de la regulación de la violencia intrafamiliar. La idea que subyace a este nuevo supuesto es la consideración de las relaciones domésticas más estrechas entre un adulto y un menor también como un espacio social de indemnidad sexual del menor, aunque no correspondan a relaciones de parentesco por consanguineidad. Esta indemnidad se reconoce como expectativa intensificada de abstención sexual de la víctima, en la primera propuesta, y como declaración de intangibilidad sexual del menor en la segunda propuesta.

### 3. Delitos de exhibicionismo, exhibicionismo ante impúber, proxenetismo, prostitución de menores y pornografía de menores

§ N La ubicación sistemática que se propone para este grupo de delitos es un párrafo especial dentro del título dedicado a los delitos contra el orden público. El epígrafe del párrafo es nominativo, renunciando a una caracterización legal del bien jurídico protegido. En parte se trata de delitos de perturbación en el marco de la interacción social (exhibicionismo); en parte, de delitos de peligro abstracto contra la libertad sexual (exhibición a impúber, prostitución y pornografía de menores), y en parte de delitos de explotación (proxenetismo).

En principio, el proxenetismo y los delitos relacionados con menores (exhibicionismo ante impúber, prostitución y pornografía de menores) podrían ser tratados en un párrafo 5 del título que se propuso en la PDLS, quedando en este párrafo solamente el exhibicionismo. Sin embargo, la propuesta considera más importante poner de manifiesto cuán excesiva es la protección de los menores ordenada por el Protocolo en comparación con la protección brindada por la prohibición de los auténticos delitos de atentado contra menores, evitando con ello las confusiones como la que incurrió la Ley 19.927, que trató la participación en la producción de pornografía juvenil e infantil (Art. 366 quinquies) como un atentado contra el menor púber o impúber sin mencionar siquiera la clase de acción realizada o tolerada por el menor. Esa confusión hizo posible que la Ley 20.526 sancionara, también como atentado sexual al menor, la acción de quien lo determina a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad, con significación sexual, sin requerir para efectos de la punibilidad la participación en la producción de esas imágenes o grabaciones. La única manera de poner término a estas confusiones deliberadas de la política legislativa chilena es poner de manifiesto la distancia moral que existe entre involucrar a un menor en la realización de acciones de significación sexual y traficar representaciones con significación sexual de su persona.

El proxenetismo escapa a la consideración anterior, en la medida en que es definido como un delito de explotación. No obstante, dado que la explotación no satisface el umbral de relevancia de la lesión de la libertad sexual definido por la coacción, el aprovechamiento de la ausencia de voluntad o de situaciones de indefensión, la infracción de deberes de cuidado y el abuso de potestades jurídicas, se justifica su tratamiento sistemático diferenciado. Corrobora esa decisión el hecho de tipificárselo como un delito de desplazamiento y habitualidad.

Art. A El Art. A sanciona el exhibicionismo como un delito de ofensa a otro. Es decir, un delito que no alcanza el nivel del daño que es propio de la coacción, pero cuya punibilidad no se fundamenta en la mera infracción de normas culturales, sino en la molestia ocasionada a otro. El exhibicionismo es un delito de perturbación de la expectativa de ausencia de significación sexual que se tiene respecto del comportamiento ajeno en la interacción

social, especialmente en espacios públicos y medios de comunicación masivos. Naturalmente, la molestia es causada por la frustración de una expectativa que afirmada la vigencia de una determinada moral social sexual. Pero la ausencia de ofensa a algún individuo implica la irrelevancia jurídico-penal de la infracción de la norma cultural, quedando la reacción estatal contra esa infracción relegada al marco del derecho infraccional o de pura prevención.

El exhibicionismo se concreta en cuatro hipótesis: (i) exhibición de genitales, (ii) exhibición molesta de acciones de significación sexual, (iii) exhibición de pornografía, (iv) envío de pornografía por correspondencia postal o electrónica. En los cuatro casos la acción no debe ser consentida por el receptor de la exhibición y para los tres primeros casos hay una calificación cuando la molestia causada por la exhibición es masiva.

Dado que el delito de exhibicionismo es usualmente un caso de uso indebido de espacios públicos o medios de comunicación el Art. A clarifica el hecho de que en dichos espacios rige una regla que asume el carácter no consentido de las exhibiciones anteriores. Al mismo tiempo, se genera la posibilidad de constatar ese consentimiento incluso en los espacios públicos y medios de comunicación –la ley penal no refuerza directamente la norma cultural, sino la expectativa individual que se basa en ella-. Para tal efecto se usa dos criterios materiales –la advertencia oportuna y la fácil evitación- que permiten atribuir consentimiento tácito a quien presencia la exhibición. Naturalmente, el uso de espacios públicos y medios de comunicación está sujeto a normas legales y reglamentarias que pueden establecer prohibiciones más exigentes que el Art. A. La sanción de la infracción de esas prohibiciones queda entregada a la responsabilidad infraccional.

Art. B. El Art. B establece una norma especial para sancionar la exhibición ante menores impúberes, incluyendo la hipótesis de ofrecerles pornografía. La distinción entre el Art. A y el Art. B reproduce la lógica paternalista de los delitos contra la libertad sexual.

Dada la posibilidad de que cualquiera de las acciones descritas por el Art. B correspondan a un contexto caracterizado por la interacción de significación sexual con el menor (Art. K de la PDL), se clarifica el carácter subsidiario del Art. B en relación con la norma que sanciona el atentado sexual al impúber.

Art. C. El Art. C sanciona el proxenetismo, en parte restringiendo y en parte ampliando el alcance de la norma vigente (Art. 411 ter CP), que fuera introducida como Art. 397 bis por la Ley 19.409 (D.O. 07.09.1995). Entendida como sanción de la explotación, la norma vigente presume de derecho que la entrada o salida del país de la persona dedicada a la prostitución le genera una situación de vulnerabilidad. La norma que se propone abandona esa presunción y exige la constatación de la explotación, entendida como aprovechamiento de una situación de dependencia personal o económica de la persona dedicada a la prostitución<sup>4</sup>. Esa dependencia

---

<sup>4</sup> La fuente de esta distinción se encuentra en el § 180a-(1) CP alemán; esta disposición se refiere a la dirección de prostíbulos, distinción que no se considera necesario recoger.

puede proceder de la condición de inmigrante ilegal –caso paradigmático de dependencia personal- o de cualquier otra circunstancia. Al mismo tiempo, la norma exige habitualidad y ánimo de lucro en el autor, dando a entender con ello que el fundamento de la punibilidad no se encuentra en la lesión de la libertad sexual de la persona prostituida –la explotación de un adulto no satisface el umbral de punibilidad de la protección de la libertad sexual-, sino en la combinación de enriquecimiento ilícito y peligro de afectación masiva del libre desarrollo de la personalidad.

Naturalmente, la explotación puede coincidir con situaciones de agresión o abuso sexual en el sentido de la PDLS. En tal caso, se dispone la aplicación de la norma relativa a la agresión o abuso, y la estimación facultativa de las circunstancias del proxenetismo –habitualidad y ánimo de lucro- como agravante simple.

Art. D El Art. D satisface el imperativo de punición establecido en los Arts. 2-b) y 3.1-b) 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<sup>5</sup>. En este contexto, “prostituir” significa “utilizar un menor de edad para la realización de acciones de significación sexual con él a cambio de remuneración o cualquier otra retribución”. El autor del delito es, por lo tanto, quien participa en la interacción de significación sexual. La descripción de la acción abarca por lo tanto desde la realización de acciones sexuales con el menor hasta cualquiera de las formas de interacción de significación sexual que no implican acción sexual (Art. J PDLS).

El tercero que coopera a la prostitución del menor –el que ofrece o entrega al niño, en el sentido del Protocolo- queda comprendido por la fórmula tradicional del Código Penal chileno, que sanciona al que “promoviere o facilitare” la prostitución del menor.

Finalmente las acciones previas a la prostitución, realizadas por el autor –la posesión o adquisición del menor a que se refiere el Protocolo- quedan cubiertas por la punibilidad de la tentativa, establecida por el Art. F.

Los imperativos de punición del Protocolo prescinden de toda exigencia de constatación de la explotación del menor. Esta actitud es razonable cuando se trata de impúberes: en tal caso, la prostitución constituye un modo particularmente grave de comisión de atentados sexuales contra el impúber. Pero tratándose de púberes la regla implica su infantilización, al desconocer absolutamente cualquier manifestación de su voluntad en orden a consentir la interacción de significación sexual. La justificación de esta infantilización es una consideración de peligro abstracto: la asimetría generada por la diferencia de edad es portadora de un riesgo inherente de abuso. La propuesta acepta esta premisa en la tipificación del delito de prostitución de menores, pero la somete a control crítico estableciendo una defensa afirmativa para el acusado, que puede conducir a su impunidad o a la

---

<sup>5</sup> Cfr. *supra*, nota 2; Art. 3-1: “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: (...) b) La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2;”

exclusión de la pena privativa de libertad. Esa defensa afirmativa requiere probar: (i) que el menor tenía una edad igual o superior a los 12 años al momento de la interacción de significación sexual, (ii) que la contraprestación no tuvo el carácter de explotación, en el sentido del delito de proxenetismo. Esta defensa afirmativa es indispensable para mantener consistencia con la PDLS y se basa en la propia Convención de los Derechos del Niño, que exige entender el principio del interés superior del menor, establecido en su Art. 3.1, tomando en consideración la voluntad manifiesta de las personas menores de edad y respetando el núcleo de autonomía personal garantizado por sus derechos a la libertad de expresión (Art. 13) y de pensamiento (Art. 14), así como su derecho a la vida privada (Art. 16). Ciertamente, la idea de que un menor pueda ser y libremente consentir su prostitución resulta contraintuitiva; pero eso se debe a que la calificación de una situación como “prostitución” implica su consideración como explotación del menor, esto es, su “uso” en sentido estricto. Esa consideración es precisamente lo que debe excluirse para que opere la defensa afirmativa.

Finalmente, para el caso de que la promoción o facilitación de la prostitución de menores satisfaga las condiciones de punibilidad del proxenetismo, se establece una calificación.

Los casos en que la prostitución coincida con atentados sexuales contra el menor son tratados por reglas especiales, los Arts. G y H.

Art. E El Art. E regula la pornografía de menores, reproduciendo las reglas de los Arts. 2-c) y 3-1-c) del Protocolo<sup>6</sup>. A diferencia de la prostitución de menores, salvo por la hipótesis de producción de pornografía, los actos tipificados por la prohibición de la pornografía de menores no implican la realización de una interacción de significación sexual con el menor. Para el caso en que la hipótesis producción de pornografía sí lo implique, hay una regla especial, el Art. G inciso segundo.

A diferencia del Art. 374 bis, introducido por la Ley 19.927, la propuesta sigue rigurosamente la regulación del Protocolo:

- (i) incluye la producción de pornografía como una hipótesis de consumación mixta alternativa (la Ley 19.927 la trató como atentado al menor: Art. 366 quinquies CP);
- (ii) prescinde de las hipótesis de “comercializar” y “exhibir” la pornografía; la primera, por redundante; la segunda, por corresponder al delito de exhibicionismo;
- (iii) somete la hipótesis de posesión de pornografía a su carácter de acto previo y orientado a la realización de los demás actos de tráfico de pornografía; el modo consistente de darle este tratamiento es calificándola de tentativa, tal como lo hace el artículo F.

---

<sup>6</sup> Cfr. *supra*, nota 2; Art. 3-1: “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: (...)c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2.

- Art. F El Art. F establece la punibilidad de la tentativa de prostitución *stricto sensu* del menor, esto es, su uso en una interacción de significación sexual. Tratándose del tercero, la punibilidad del favorecimiento y la facilitación ya implican un adelantamiento de la punición respecto del uso del menor en esa interacción. La acción correlativa al favorecimiento o facilitación, esto es, la recepción del menor que se ofrece o entrega, en el sentido del Art. 3-1-c) del Protocolo, es declarada como tentativa.  
El Art. F también establece la punibilidad de la tentativa del tráfico de pornografía de menores. La posesión de pornografía con finalidad de traficar con ella es declarada como tentativa.
- Art. G El Art. G regula los casos en que la comisión de prostitución o producción de pornografía de menores coincida con la comisión de un delito contra la libertad sexual del menor.  
Tratándose de la prostitución del menor, la solución es la misma adoptada para el proxenetismo: la propuesta lo considera como un delito subsidiario, de modo tal que si las circunstancias implican agresión, abuso o atentado, se sanciona exclusivamente dicho delito; la habitualidad y ánimo de lucro, que aquí califican y no fundamentan la punibilidad, dan origen a una atenuante simple facultativa.  
Tratándose de la producción de pornografía de menores, se dispone su consideración como una agravante calificada obligatoria. La razón de la diferencia de tratamiento se encuentra en que la producción de pornografía implica una utilización del menor que excede la interacción de significación sexual a la que se lo constriñe, compele o induce. La realización de las demás hipótesis alternativas mixtas del delito de pornografía quedan sujetas a las reglas concursales generales. La propuesta distingue así nítidamente entre la intervención en un delito contra la libertad sexual del menor con motivo u ocasión de la producción de pornografía, y la mera intervención en la producción de pornografía de menores. Asimismo, somete el primer caso a las reglas de protección de la libertad sexual de los menores, sin alterarlas por el hecho de que se produzca pornografía con la participación de un menor.
- Art. H El Art. H regula la situación concursal entre el delito de trata de personas y los delitos de proxenetismo, prostitución de menor y pornografía de menor cometidos con la víctima de la trata de personas. Dado que la situación corresponde a un caso de concurso aparente por hecho posterior copenado, se sustrae el caso a la aplicación de las reglas sobre concurso de delitos, disponiéndose la consunción de los últimos. La apreciación de la comisión del delito de proxenetismo, prostitución de menor y pornografía de menor tiene su lugar en la determinación de la pena.
- Jurisdicción El Art. 3-1 del Protocolo obliga a adoptar las medidas para que la legislación penal del Estado alcance también a los delitos de venta de niños, prostitución de menores y pornografía de menores cometidos fuera del territorio nacional. Este imperativo puede entenderse de dos maneras:

(i) como una regla que impone (y por lo tanto autoriza) el ejercicio de jurisdicción extraterritorial bajo el principio pasivo de la personalidad;

(ii) como una regla que impone (y por lo tanto autoriza) el ejercicio de jurisdicción extraterritorial bajo el principio de la jurisdicción universal.

En su sentido (ii) la regla queda comprendida por el Art. 4 N° 9 PACP. Respecto de su sentido (i) se hace necesario que la remisión que corresponde establecer en relación con la expresión “delitos de significación sexual” utilizada por el Art. 4 N° 7 PACP incluya los Arts. D y E; también correspondería extenderla al Art. B.

Santiago, 21.09.2103