

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Graduados
Magíster en Derecho Penal

**“CONSIDERACIONES DE INTERÉS SOBRE EL DELITO DE
FAVORECIMIENTO DE LA PROSTITUCIÓN INFANTIL”**

Alumno: Eduardo Libretti Peña.
Profesor Guía: Germán Ovalle Madrid.
Año 2016.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	- 2 -
--------------------------	--------------

CAPITULO I. EL DELITO DE FAVORECIMIENTO DE LA PROSTITUCIÓN INFANTIL	
EN CHILE	- 10 -
1. Análisis del tipo penal.....	- 10 -
1.1 Bien Jurídico protegido	- 11 -
1.2 Conductas típicas	- 12 -
1.3 Los sujetos del delito.	- 14 -
1.4 Faz subjetiva del tipo.	- 15 -
1.5 Iter criminis.	- 18 -
1.6 Autoría y participación.	- 19 -
2. Concepto y análisis de la hipótesis de habitualidad y reiteración. Problemas concursales y normativos.....	- 20 -
3. Concepto y análisis de hipótesis de abuso de autoridad, de confianza o engaño.....	- 30 -

CAPITULO II. ANALISIS COMPARADO DEL DELITO DE FAVORECIMIENTO DE LA PROSTITUCIÓN INFANTIL.....	- 33
--	-------------

-	
1. La situación de Argentina. Antecedentes de la norma.....	--
33 -	
1.1. Regulación legal de los delitos de corrupción de menores y prostitución.....	- 32-
1.1.1 Tipicidad	- 35
-	
a. Tipo objetivo	- 35 -
a.1 Acción de Corromper	-35-
a.2 Acción de Prostituir	-37-
a.3 Promover o Facilitar	-38-
a.4 La promoción y facilitación de la prostitución de menores.....	-41-
b. Tipo subjetivo.....	- 42 -
b.1 El dolo	- 42-
c. Los elementos subjetivos del tipo.....	-- 43
-	
c.1 Ánimo de Lucro.....	-43-
c.2 La satisfacción de deseos propios o ajenos.....	-43-
d. Sujeto Activo o Pasivo	-44-
1.1.2. Figuras Agravadas.....	-45-
a. Engaño.....	-46-

b.	Violencia.....	-47-
c.	Amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción.....	-47-
d.	Ascendientes.....	-47-
e.	Hermano, tutor o persona encargada de la educación o guarda.....	-48-
2.	La situación de España... ..	- 48
-		
2.1	Análisis ratio legis del art.188 del Código Penal Español.....	- 50 -
2.2.	Modificaciones legales.....	- 51 -
a.	Antecedente Histórico.....	-52-
b.	Bien jurídico protegido: “Libertad sexual y dignidad personal”.	- 58 -
2.3.	Requisitos del tipo penal.....	- 59 -
a.	Del sujeto activo.	- 60 -
b.	Conducta delictiva.....	- 61 -
	CAPITULO III.PROPUESTASDE INTERPRETACIÓN	- 63 -
1.	Principio In Dubio Pro Reo.....	-63-
	CONCLUSIONES	-66-
	BIBLIOGRAFÍA	- 68 -
	JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EXTRANJERA	-71-

INTRODUCCIÓN.

La presente investigación tiene por objeto desarrollar un análisis crítico del tipo penal de favorecimiento de la prostitución, modificado por la Ley N° 19.617 de 1999, como por la Ley N° 19.927 del año 2004.

La primera de las reformas suprimió la referencia a la corrupción de menores y, la segunda, incorporó -como agravantes- las circunstancias de *habitualidad*, *abuso de autoridad o confianza* y el *engaño*. En consecuencia, para estar frente a este delito, basta que se promueva o facilite la prostitución para satisfacer los deseos de otro. En definitiva, con esta modificación al Código Penal, se busca sancionar el ciclo completo de la conducta típica.

La Ley N° 19.927, además, aumentó las penas, mediante la supresión del límite inferior. Por otro lado, a través de esta modificación se incorporó la pena accesoria de inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios, empleos o profesiones en el ámbito de la educación que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad y se dispuso el cierre del establecimiento o local comercial -pudiendo aplicarse también como medida cautelar- cuando corresponda.

En el ámbito procesal, estas modificaciones legislativas han tenido por finalidad superar ciertas dificultades probatorias que presentaba el elemento objetivo de la *habitualidad o abuso*,¹ como consta en la discusión parlamentaria sobre el tema, ya que con esta ley se pretendió entregarle al juez herramientas para acreditar tanto el

¹ Vid. Carnevali Rodríguez, Raúl "Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales". Defensoría Penal Pública Informe en Derecho N° 2, Agosto 2012, p.13.

delito como la participación, v.gr. agente encubierto, interceptación de comunicaciones, etc.²

A modo ilustrativo, conviene revisar los cambios en base al siguiente cuadro:

<p>Artículo 367. “El que promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro.</p>	<p>Sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo.</p>	<p>Si concurriere habitualidad abuso de autoridad o de confianza o engaño.</p>	<p>Se impondrán las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales”.</p>
---	--	--	---

En el delito de favorecimiento de la prostitución infantil, se castiga al que a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtuviere servicios sexuales por parte de menores de edad. El bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, apuntando al mantenimiento de un adecuado desarrollo sexual del menor, el derecho a no padecer de algún daño o perturbación y, en definitiva, a mantener una normal evolución de su sexualidad.

Este tipo de delitos tiene especial importancia en lo que se conoce como turismo sexual, en que los padres o adultos responsables ofrecen a menores de edad para satisfacer los deseos sexuales de otros; así como también en casos en que menores en condiciones de vulnerabilidad abandonan sus hogares y comienzan a

² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley 19.927. Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. p.p. 166.

realizar estas prácticas, como una forma de procurarse ingresos para cubrir sus necesidades básicas.

La prostitución infantil es un fenómeno social que afecta, principalmente, a niños con carencias afectivas, sociales y económicas. Debido a esto, se busca generar entornos de protección contra este tipo de atentados que afectan la autodeterminación sexual de los menores, entendiendo por autodeterminación sexual, como el proceso evolutivo y progresivo tendiente a generar la construcción de su identidad sexual.³ Dicha protección debe ser entendida como preventiva frente al fenómeno de la prostitución.

Cuando hablamos de prostitución infantil, debemos tener en consideración tres aspectos fundamentales, a saber:

- ✓ Implícitamente se está entregando la responsabilidad de la acción típica al niño, niña o adolescente;
- ✓ Hay países en que la prostitución es un delito. Con ello eventualmente, se podría criminalizar por dicha acción al niño, niña o adolescente, que a su vez es víctima de la misma.
- ✓ Se considera una de las formas más atroces de abuso de poder de un adulto sobre un niño y una forma moderna de esclavitud.

La literatura ha identificado como factores para la producción de estos fenómenos abusivos, las importantes desigualdades en la distribución del ingreso e incluso en el propio gasto público, respecto de los montos destinados a salud, vivienda, educación, entre otros aspectos. Las víctimas de este tipo de abusos son -en su mayoría- niñas, no obstante afectar a un número cada vez mayor de niños tanto de las zonas urbanas como rurales, en su mayoría entre 14 y 18 años. La forma de ingreso de estos menores al mundo del comercio sexual, se realiza mediante el engaño y secuestro. Hay situaciones, incluso, donde los propios padres venden a sus hijos o se trata de menores prófugos de sus hogares o de niños que se prostituyen por su propia

³ Cfr. Blanco G., Luis. "Prostitución Infantil, Tráfico de menores y Turismo Sexual" Ensayo socio jurídico de la explotación sexual, comercio infantil. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires Argentina, 2008, p.68

iniciativa para poder mejorar su nivel de vida, o para adquirir bienes de consumo⁴. Esta referencia se enfoca principalmente desde el ámbito socioeconómico, siendo indispensable la consideración de aspectos culturales fuertemente arraigados, como la naturalización social del fenómeno, con la consecuente invisibilización del mismo o un entorno de violencia fuertemente legitimado. En este sentido, los niños, niñas y adolescentes que son prostituidos, suelen presentar múltiples situaciones de vulneraciones previas.

El niño en situación de calle y en el entorno de la prostitución, va generando mecanismos de adaptación a este ambiente, que afectan la posterior inserción en otros ámbitos, lo que provoca efectos negativos, profundos y permanentes. Las víctimas, quienes frecuentemente, no reciben la protección jurídica adecuada, son tratados como criminales, y no les queda más remedio que volver a ingresar al círculo vicioso de abuso y explotación, en niveles cada vez más elevados de riesgo personal.⁵

Como señalamos, diversas son las causas de la explotación y difícil su resolución. La inequidad, la migración, la urbanización y la desintegración familiar, son algunas de estas causas. Del mismo modo, influyen concepciones culturales, históricas y permanentes de discriminación contra niñas y mujeres, el materialismo y consumismo⁶ y el consiguiente deterioro de los sistemas de apoyo culturales y comunitarios tradicionales.

Esta situación deja marcas que pueden tardar años en desaparecer. Los niños pierden su confianza en los demás, particularmente en los adultos, al igual que su autoestima y dignidad. También pueden desarrollar síntomas de tensión post

⁴ *Ibíd.*

⁵ Blanco G., Luis. *Op. Cit.*, p. 85.

⁶ Blanco G., Luis. *Op. Cit.*, p. 86, quien al respecto señala que la compulsión a poseer, comprar, alquilar, alimentada por la publicidad, revistas y los medios de ocio, estimula a aquellos que no aprecian a sus hijos y no respetan sus derechos y están dispuestos a comerciar con ellos a cambio de otros bienes más valorados. En algunas partes del mundo los propios niños, enfrentados a la competencia de sus compañeros de grupo y al deseo de “estar a su altura”, venden sus cuerpos a cambio de dinero para comprar bienes de consumo que, de otro modo, serían inaccesibles para ellos. Estos niños y niñas están explotados por las circunstancias, por una sociedad que les dice constantemente que la posesión es más importante que la dignidad.

traumática, tales como la depresión, violencia, pérdida de autocontrol, inclinación hacia la auto mutilación, llegando incluso al suicidio.

Las consecuencias físicas son de larga data, no sólo como consecuencia del maltrato, los golpes, las torturas, quemaduras y privaciones sufridas, sino también por la falta de alimentos, luz, libertad ambulatoria embarazos precoces y por el sin número de enfermedades a las que son expuestos como cáncer cervical y enfermedades de transmisión sexual. Asimismo, los estudios demuestran altos niveles de consumo de estupefacientes, los que son utilizados para mantener a los niños en el estatus quo y también para paliar el hambre y la desesperanza.

Las tendencias actuales de los organismos internacionales y nacionales que se preocupan de este tema y de otros relacionados con la protección de niños, niñas y adolescentes, más que hablar de favorecimiento de la prostitución infantil, prefieren hablar de explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, la que definen de la siguiente manera:

*“Aquella actividad en que un adulto utiliza a una persona menor de 18 años con propósitos sexuales a cambio de dinero o de algunos “favores” como amparo o protección”.*⁷ Su abreviación es la sigla ESCNNA (Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes) o ESCIA (Explotación Sexual Comercial Infantil Adolescente).

Asimismo, es definido como *“Todo tipo de actividad en que una persona usa el cuerpo de un niño, niña o adolescente para sacar ventaja o provecho de carácter sexual y/o económico basándose en una relación de poder; considerándose explotador tanto aquel que intermedia u ofrece la posibilidad de la relación a un tercero, como el que mantiene la misma con el niño, niña o adolescente, no importando si la relación es frecuente, ocasional o permanente”*⁸.

⁷ Explotación Sexual Comercial Niños, Niñas y Adolescentes ESCNNA Material didáctico para la prevención, detección temprana y protección de niños, niñas y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial. ONG RAICES. p. 2.

⁸ Asociación Chilena pro Naciones Unidas, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, Fundación Margen, Instituto Interamericano del Niño, Ministerio de Justicia. Santiago, Chile, junio 2000.

En Chile, si bien no existen datos actualizados, existen estudios que nos entregan algunas orientaciones al respecto.

En efecto, se estima que al menos 3.719 niños/as y adolescentes son víctimas de explotación sexual comercial en Chile (SENAME, OIT, Universidad ARCIS, 2004, Estudio de la explotación sexual comercial infantil y adolescente en Chile). No obstante, la experiencia de trabajo con las víctimas lleva a plantearse la necesidad de considerar que muchas de las formas de ESCNNA son poco visibles y ameritan una profundización a través de otros estudios.

Las edades de las víctimas oscilan entre los 10 y 18 años. El 80% son mujeres, y el 20%, hombres.

Estudios recientes (OIM) demuestran que Chile es país de origen, destino y tránsito de trata de personas. Un estudio de ONG Raíces demuestra la existencia de casos de trata de Niños, Niñas y Adolescentes con fines de explotación sexual comercial. En un alto porcentaje son casos de trata interna (74%) (ONG Raíces, OIM, 2007, Estudio exploratorio de trata con fines de explotación sexual en niños, niñas y adolescentes)⁹.

Durante el año 2013 se inició un nuevo estudio de prevalencia del fenómeno a cargo también de ambas instituciones, como parte de los compromisos adquiridos por éstas en el Segundo Marco para la Acción que ha orientado la política contra la ESCNNA entre el 2012 y el 2014. Los resultados de este último estudio, sin embargo, no están aún disponibles¹⁰.

⁹ Explotación Sexual Comercial Niños, Niñas y Adolescentes ESCNNA Material didáctico para la prevención, detección temprana y protección de niños, niñas y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial. ONG RAÍCES. p. 4.

¹⁰ Informe de monitoreo de país sobre la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. Chile. p. 27.

La presente investigación será de naturaleza teórica. Se utilizará el método dogmático y dentro de la dogmática, la sistematización. El método de investigación será de carácter bibliográfico, exploratorio y descriptivo, pues está orientada a generar argumentos que puedan ser asumidos por las comunidades especializadas.

En el capítulo I, analizaremos críticamente el tipo penal en nuestro ordenamiento jurídico, con especial énfasis en las hipótesis de habitualidad y reiteración, sus problemas concursales y la afectación al principio *non bis in idem*. Para ello recurriremos a la doctrina nacional y al análisis de fallos recientes dictados por nuestros Tribunales de Justicia.

En el capítulo II, realizaremos un análisis comparado, considerando los casos específicos de Argentina y España, por su mayor proximidad jurídica y cultural. En este caso, analizaremos la doctrina y fallos dictados por el Tribunal Supremo Español, referidos a la materia.

Finalmente, en el capítulo III, presentaremos nuestras conclusiones y propuestas, a la luz del principio *indubio pro reo*, entregando criterios de interpretación que puedan contribuir a superar los problemas creados por la ambigüedad normativa.

CAPITULO I. EL DELITO DE FAVORECIMIENTO DE LA PROSTITUCIÓN INFANTIL EN CHILE

1. Análisis del tipo penal.

El artículo 367 del Código Penal, tradicionalmente dio cabida a un tipo que sancionaba a quien, "*habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad, para satisfacer los deseos de otro (...)*".¹¹

Este tipo penal se encontraba dentro del título VII bajo el epígrafe de "Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad públicas", junto con el estupro, incesto y otros de connotación sexual. De lo anterior ya se puede observar la confusión entre moral y derecho¹².

Este tipo fue reformado con la Ley N° 19.617, de 12 de julio de 1999 y posteriormente por la Ley 19.927 de 14 de enero de 2004, sancionando la promoción y facilitación de los actos de prostitución de menores, pero con un *plus*, esto es, que los actos de prostitución de menores se hagan con la finalidad de satisfacer los deseos de un tercero. No se trata, pues, de castigar a quien ejerce la prostitución ni a quien se relaciona carnalmente con la persona prostituida, ni a quien obtiene algún grado de

¹¹ El artículo 367 fue tratado y aprobado por la Comisión Redactora del Código Penal Chileno en la sesión N° 71 de 10 de abril de 1872. No se promovió debate alguno en torno al artículo, y la Comisión se limitó a reproducir el precepto del Código español de 1848.

¹² Una crítica a la protección de bienes jurídicos como el orden de las familias y la moralidad pública, puede verse en Mera Figueroa, Jorge, *Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica ConoSur Limitada, Santiago, 1998, p. 125 a 130.

satisfacción sexual o económica con el desarrollo de esta actividad, sino simplemente, a quien actúa como “promotor y/o facilitador de la misma”.

El ámbito de aplicación del delito es reducido, por una parte, está estructurado sobre la base de dos conductas muy marginales, respecto de lo que es la esencia del comercio sexual, a saber, promover y facilitar; y, por otra parte, se agrava el castigo cuando el sujeto activo abusa de una relación de superioridad o confianza, o cuando incurre habitualmente en aquellas conductas”.¹³ Estos últimos elementos son decisivos en el ilícito, toda vez que, si el sujeto activo o victimario utiliza la fuerza, la intimidación, la amenaza, o bien el engaño para cometer el delito, se podría producir un desplazamiento a tipo penal distinto del favorecimiento a la prostitución.

1.1. Bien Jurídico protegido

En el delito de favorecimiento a la prostitución infantil, es la voluntad del adulto la que se impone a la del niño, niña o adolescente, para la realización del acto sexual. Es por ello que la doctrina está conteste en que el bien jurídico protegido en este tipo es más de uno, pues que se trataría de un delito pluriofensivo, en el que se vulneraría la libertad sexual de la víctima y la moral sexual social, a saber:

“Mucho se ha discutido acerca de cuál es el bien jurídico protegido respecto de los delitos que apuntan a la prostitución de menores, e incluso, acerca de la necesidad de su tipificación, pues no pocos entienden que en estos casos se alude más bien a la moral sexual colectiva. (...)Atendido lo expuesto y a fin de dar un sentido a los delitos examinados, podría entenderse que tienen un carácter pluriofensivo. Por una parte pretende salvaguardar la moralidad sexual colectiva y, por

¹³ Rodríguez Collao, Luis. “Delitos Sexuales” Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2000), p.225.

*otro, la libertad del menor en cuanto a su desarrollo natural de la sexualidad”.*¹⁴

En este sentido, es fundamental tener claridad respecto de qué se debe entender por libertad sexual. Al respecto, esta debe entenderse como el derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de la sexualidad¹⁵, y por moralidad sexual, aquella parte del orden moral que limita, por razones éticas, las manifestaciones del instinto sexual contrarias a una pacífica convivencia dentro de una colectividad.¹⁶

1.2. Conductas típicas.

Según la doctrina mayoritaria, el término “promover” significa; *“inducir o inclinar a un individuo a una actividad determinada, en este caso la prostitución”*. Respecto del término “facilitar”, hay acuerdo también, desde el punto de vista doctrinario, que éste alude a cualquier acto de cooperación que haga posible o más expedito el desarrollo del comercio sexual.

La Real Academia de la Lengua Española define “promover”, como *“iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro; tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo”*. Definiendo la palabra “facilitar” como *“hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin; proporcionar o entregar”*.¹⁷ Como se aprecia, existe una coincidencia entre los significados doctrinarios relativos a “promover y facilitar”, y las definiciones entregadas por el uso prescriptivo del lenguaje.

Las conductas de promoción o facilitación de la prostitución de un menor, aparecen planteadas como comportamientos de características alternativas, en este

¹⁴ Carnevali Rodríguez, Raúl. Departamento de Estudios. Informe en Derecho, “Algunas Precisiones Respecto de los Delitos de Producción de Material Pornográfico Infantil, de Favorecimiento a la Prostitución de Menores y de Obtención de Servicios Sexuales”. N° 2/ 2012/ agosto.p.14-15.

¹⁵ Cfr. Dona E., Edgardo. “*Derecho Penal Parte Especial*”, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, (1999), p. 14.

¹⁶ Rodríguez Devesa, José María, Serrano Gómez, Alfonso. “Derecho Penal Español”. Parte Especial. Editorial DYKINSON. Madrid-España. (1994) p.170.

¹⁷ <http://www.rae.es/obras-academicas/diccionarios/diccionario-de-la-lengua-espanola>.

sentido, basta la concurrencia de uno de ellos para que se configure el ilícito, y si en un caso en concreto concurren ambas acciones, promover y facilitar, no se provocaría una agravación de responsabilidad. Además, como se trata de un delito que requiere por parte del autor una actitud de promoción o facilitación del comportamiento del menor, esta especial forma de realización excluiría el castigo a título de omisión. El tipo no distingue si el menor comenzó esta actividad con el proxeneta o continuó a su amparo una prostitución ya iniciada con antelación a dicha intermediación.

A diferencia de lo que ocurre con los verbos rectores que sirven de base a las conductas típicas de este delito, la doctrina y la jurisprudencia no han logrado un acuerdo en el significado del término “prostitución”. Para algunos quienes colocan el acento en el carácter mercantil de la actividad de prostituirse- supondría el ejercicio de actos sexuales a cambio de un precio. Para otros autores, en cambio, se debe poner énfasis en la cantidad de contactos interpersonales a los que la persona que se prostituye se ve enfrentada. Una tercera postura, sostiene que el factor determinante para definir prostitución, es la entrega de favores sexuales de manera indiscriminada, esto es sin consideración a las personas que los solicitan.¹⁸

Así, Etcheberry señala, que el concepto central en este delito es la prostitución, la que ha sido definida por Soler como “la actividad consistente en entregarse habitualmente a tratos sexuales con personas más o menos determinadas, que eventualmente lo requieran”. El fin de lucro concurre habitualmente, aunque no es indispensable¹⁹. Si bien para este autor, el lucro no es esencial para configurar el tipo penal, para otros autores lo es, entre ellos Politoff, Matus y Ramírez²⁰. Sin embargo, ninguno de los factores anteriormente expuestos permiten determinar por sí mismos si los actos ejercidos por una persona son constitutivos de prostitución; de este modo, a juicio de Rodríguez Collao, lo que se necesita es una configuración conjunta de los elementos antes expuestos.

¹⁸ Cfr. Rodríguez Collao, Luis. Op. Cit., pp.228-229.

¹⁹ Etcheberry Alfredo, “*Derecho Penal*”, Tomo IV, tercera edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. (1997) p.77. En el mismo sentido resolvió el Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, en sentencia de fecha 7 de agosto de 2012, causa RUC 0901073660-6.

²⁰ La *Prostitución*, es el comercio sexual ejercido públicamente, con el propósito de lucrar. Politoff Sergio, Matus Jean Pierre y Ramírez María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Segunda Parte. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, (2004), p.284.

Ahora bien, para que el tipo penal se configure, es necesario que el sujeto activo promueva o facilite los actos de prostitución, pero la figura no se satisface sólo con la promoción o facilitación de los actos, sino que el tipo realiza una exigencia adicional, esto es, que se materialice efectivamente el acto de comercio sexual con los menores. Por lo anterior, esta figura delictiva es un auténtico delito de resultado, que exige la efectiva materialización del comercio sexual. En otras palabras, es necesario que la víctima efectivamente se prostituya a consecuencia de los actos de promoción o favorecimiento que hubiere realizado el hechor. Esta exigencia, no sólo deriva del empleo del vocablo prostitución, sino también, de la necesidad de evitar que la persona que sólo pone en peligro la indemnidad sexual de un menor, sea castigada con una pena más alta que la que corresponde aplicar a quien efectivamente lesiona dicho interés.²¹

Luego y para una posición de la doctrina, en virtud del sentido natural y obvio del vocablo prostitución (que supone el ejercicio más o menos permanente del comercio sexual), será necesario que el menor haya sido victimizado en más de una oportunidad; obviamente, en contextos situacionales diversos, porque si alguien promueve o favorece en una sola oportunidad el acceso carnal (u otro acto de la misma índole), aunque haya mediado una oferta de los favores sexuales del menor y el pago de un precio, en estricto rigor, no cabe hablar de prostitución, sino de instigación o de complicidad respecto de los delitos de violación, estupro o abuso sexual, según corresponda.

1.3 Los sujetos del delito.

En este tipo penal, el sujeto activo puede ser cualquier persona, hombre o mujer, toda vez que, el legislador no hace ninguna distinción al respecto. Pero cuando hablamos de actos de favorecimiento de la prostitución realizados con abuso de autoridad o confianza, el sujeto activo tendrá que ser una persona que está investida

²¹ Cfr. Rodríguez Collao, Luis. Óp. Cit., p.229.

de una cierta autoridad o depositaria de confianza y debe prevalecerse de esta autoridad o confianza para generar los actos de prostitución del menor.²²

En cuanto al sujeto pasivo, es necesario que sea un “menor de edad”, sin embargo el legislador no entrega un rango etario como referencia, de manera que se entenderá al efecto que se refiere a un niño, niña o adolescente, menor de 18 años, sin diferenciación en cuanto al sexo, requiriendo el consentimiento de la víctima para la verificación del delito, pues, como se mencionó, si mediara alguna forma de coacción se produciría un desplazamiento del tipo penal.

“La doctrina ha discutido ampliamente acerca de si el individuo que ya ha ejercido la prostitución puede o no ser considerado como sujeto pasivo de este delito. Algunos opinan que la persona prostituida sólo podría ser sujeto pasivo del delito, en el caso de la conducta de facilitar la prostitución ajena, porque, esta hipótesis, se concreta en un acto de cooperación a una actividad, que es el fruto de una decisión ya tomada por parte de quien la ejerce. Pero agregan, que la persona prostituida no podría ser sujeto pasivo de este delito, en el caso de la promoción del comercio sexual ajeno, porque esta conducta implica el inclinar o instigar a otra persona hacia el ejercicio de aquella actividad, cosa que sólo podría darse respecto de quien aún no hubiera ejercido actos de prostitución.”²³

1.4 Faz subjetiva del tipo.

Cuando se habla de la faz subjetiva del delito de favorecimiento a la prostitución infantil, lo que exige el legislador es que en la motivación de la conducta del sujeto activo, esto es, en la promoción o facilitación de la prostitución, esté presente el dolo, pero no cualquier dolo, sino que el dolo directo, que debe ser entendido como “el conocimiento del hecho que integra el tipo penal, acompañado por la voluntad de

²² Cfr. Rodríguez Collao, Luis. Óp. cit, p.232.

²³ Ibidem.

*realizarlo o, al menos, por la aceptación de que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria”*²⁴

Para la doctrina, *la faz subjetiva del tipo en los delitos dolosos se caracteriza por una rigurosa coincidencia entre la finalidad y el hecho típico objetivo*, es decir, entre la faz subjetiva y la faz objetiva de la acción. Sin embargo, es posible que otros elementos subjetivos, trascendentes al dolo, integren también ese contenido.²⁵

Respecto de la faz subjetiva del delito, se exige un dolo directo, esto es, una voluntad resuelta y dirigida hacia la realización de los actos de la prostitución, voluntad que exige un conocimiento previo de los diversos elementos que componen la conducta ilícita prohibida, en especial, la minoría de edad del sujeto pasivo.²⁶

Ahora, de modo copulativo, el tipo penal formula un requerimiento adicional al ejercicio de actos de prostitución, pues se exige que sean realizados “para satisfacer los deseos de otro”. Esta exigencia implica suponer, necesariamente, que debe actuar con dolo directo, sin perjuicio de reconocer que este mismo constituye un elemento subjetivo del injusto, al tratarse de un determinado móvil o tendencia que requiere el tipo para su castigo, que no resulta incompatible con el ánimo de lucro, sino más bien inherente al mismo. Si el agresor tiene un móvil diverso o realiza la conducta para satisfacer sólo sus propios deseos sexuales, deberá responder como inductor de violación impropia (art. 361, 363, 366) o bien como autor de favorecimiento a la prostitución de menores impropia (art. 367 ter).²⁷

En el mismo sentido que el explicitado por Aguilera Aranela, se manifiesta el profesor Mario Garrido Montt, quien, al referirse al tipo subjetivo, señala que supone un dolo directo y que no admitiría figuras culposas. Aún más, este autor descarta la posibilidad de comisión de este delito con dolo eventual, ya que la exigencia de dolo

²⁴ Urzúa Cury, Enrique, “Derecho Penal”. Parte General, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. (1998).p.249.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz, doña María Angélica Mulatti Oyarzo, don Rodrigo Gómez. RUC: 0600733970 2. RIT: 16 2007.

²⁷ Cfr. Aguilera, Aranela, Cristian. “*Delitos Sexuales*”, cit. nota nº 79, p.150-151.

directo emana de las mismas modalidades que caracterizan a las conductas incriminadas, relativas a la habitualidad y el hacer prevalente. A su juicio, ambas modalidades requieren de una voluntad resuelta, dirigida a la realización de actos de prostitución. Así, el sujeto activo del delito debe actuar con un móvil de satisfacción de deseos ajenos, elemento de intención trascendente, y por ende, no es necesario que se cumpla el acto de prostitución, sino que se haga con la intencionalidad de satisfacción de los deseos del otro, del tercero, y por consiguiente, si los móviles del agente eran satisfacer deseos propios no nos encontramos frente a esta figura penal por faltar el elemento subjetivo; un comportamiento de este tipo puede configurar un delito diverso como el estupro o la violación.²⁸

A su vez, el profesor Etcheberry al referirse a la faz subjetiva del tipo penal señala:

“La acción que se sanciona es una conducta accesoria a la prostitución misma, consistente en promoverla o facilitarla. Esta ocupación, llamada clásicamente lenocinio, ha sido objeto de variada reglamentación y tratamiento punitivo. La actividad consistente en promover la prostitución significa tomar la iniciativa en determinar a otro a dedicarse a la prostitución. Queda aquí comprendida la instigación a prostituirse, pero cuando se ha llegado al uso de fuerza, intimidación o engaño para que otro se dedique a la prostitución, frecuentemente el delito se desplazará hacia otras figuras”.²⁹

Politoff, Matus y Ramírez, en su libro de Derecho Penal, Parte Especial, comparten la idea que la conducta referida debe ser realizada para satisfacer deseos de otro y así expresan que:

²⁸ Cfr. Garrido Montt, Mario “Derecho Penal Parte Especial Tomo III” Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile año 2002. p. 423.

²⁹ Etcheberry, Alfredo “Derecho Penal Parte Especial Tomo IV Tercera Edición, Revisada y actualizada (1998), Editorial Jurídica de Chile, p. 78.

“(...) lo que este delito castiga es la actividad de promover o facilitar la prostitución de menores, para satisfacer los deseos ajenos, aun en el supuesto de que no se proceda con ánimo de lucro”.³⁰

Y agregan que:

“(...) si la actividad tiene la finalidad de satisfacer los apetitos propios del mismo sujeto que la realiza (como quien "contrata" habitualmente los servicios sexuales de un grupo de menores), no se comete este delito, sino el del nuevo art. 367 ter”.³¹

Como se puede apreciar, existe consenso en doctrina nacional en cuanto a la exigencia de la satisfacción de los deseos de otro, y que cualquier cambio en este elemento de intención trascendente, establecido a través de la frase “satisfacción de los deseos de otro”, como por ejemplo la intención de satisfacción de deseos propios, configurará la comisión de otras figuras delictivas.

1.5 Iter Criminis.

En el tipo penal en comento, la mayor parte de la doctrina lo considera como un delito de resultado³², por lo que puede ser sancionado en grado de consumado, esto es, una vez que el niño, niña o adolescente ha sido prostituido, permitiendo a su vez la tentativa y el delito frustrado. Asimismo, otra parte importante de la doctrina lo considera como un delito de mera actividad³³, de manera que no cabe el delito en grado de frustrado. Para Garrido Montt, al tratarse de un delito de mera actividad solo puede configurarse en la fase de consumado, descartando el delito frustrado y tentado.

³⁰ Politoff, Matus, Ramírez, “Lecciones de derecho penal Chileno Parte Especial” Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile Santiago de Chile Junio de 2005, p. 283.

³¹ Politoff, Matus, Ramirez, op cit, p. 284

³² Son delitos de resultado aquellos tipos cuyo contenido consiste en la producción de un efecto separado espacio-temporalmente de la conducta. La producción de ese resultado constituye la consumación formal del tipo. Debido a la existencia de este lapso de tiempo desde la realización de la acción hasta la producción del resultado, caben otros riesgos, intervenciones posteriores de terceros, del autor o de la propia víctima, que pueden ser dolosas, imprudentes o fortuitas, comisivas u omisivas y que pueden tener importantes consecuencias en la imputación del resultado pudiendo llegar incluso a condicionar la necesidad del castigo. Además, el resultado debe ser la proyección del riesgo que la acción creaba. <http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/delitosderesultadoydemeraactividad.html>.

³³ Los delitos de mera actividad son aquellos cuya descripción y contenido material se agota en la realización de una conducta, sin que se exija la producción de un resultado distinto del comportamiento mismo. <http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/delitosderesultadoydemeraactividad.html>.

No obstante lo anterior, Rodríguez Collao entiende que el delito de favorecimiento de la prostitución corresponde a una hipótesis de resultado, de manera que no existe inconveniente alguno para que se configuren respecto de él tanto la tentativa como el delito frustrado. Esto último ocurrirá cada vez que la víctima, en el caso del favorecimiento con abuso de autoridad o confianza, o las víctimas en el caso del favorecimiento habitual, no logren prostituirse, por una causa ajena a la voluntad del hechor y pese a haber efectuado este último, todo lo necesario para que aquello se concretara. Habrá, por su parte, tentativa respecto del favorecimiento abusivo -señalando cuando el sujeto realice actos que impliquen facilitar o promover la prostitución, pero insuficientes para obtener la producción del resultado y respecto del favorecimiento habitual, también cuando aquél los ejecute de un modo cuantitativamente insuficiente para lograr que se configure la habitualidad.³⁴

Por su parte, para Aguilar Aranela, sólo es posible la tentativa como grado de desarrollo imperfecto, en el caso de que la conducta típica se realice de forma fraccionada, faltando uno o más actos para su complemento, excluyéndose la frustración.³⁵

1.6 Autoría y participación.

El autor material corresponderá al que ejecute directamente la conducta típica, esto es, al facilitador o promotor de los actos de prostitución infantil, en la medida que los realice sirviéndose de alguna de las modalidades que prevé la ley, siendo, a su vez, autores cooperadores o partícipes, en su caso, los que actúen habitualmente en todos los actos con el autor ejecutor, ya que si la asistencia es parcial, es decir, en sólo alguno de ellos, deberá castigársele por la figura simple prevista en el inciso 1° del artículo 367 del Código Penal. Interpretar lo contrario, implicaría sancionarlos con un disvalor mayor al de la conducta desplegada por ellos mismos y similar a la del proxeneta habitual, lo que repugna al principio de culpabilidad. De otra parte, quienes

³⁴ Cfr. Rodríguez Collao, Luis. "op. cit, pp. 235-236.

³⁵ Cfr. Aguilar, Aranela, Cristian. Op. cit, p.151.

actúen con el autor inmediato, sin abuso de autoridad o de confianza o engaño, sólo serán castigados por el tipo simple de prostitución de menores, por cuanto la relación particular del primero con el ofendido, solamente se les podría comunicar cuando en ellos también concurriere (artículo 64 inciso 1°).³⁶

Así, en su modalidad de favorecimiento habitual, el delito es de sujeto indiferente, de manera que no es exigible ningún requisito de orden personal en relación con el autor, ni hay restricciones en cuanto a la posibilidad de castigar a quienes actúen en calidad de partícipes. Esta última afirmación, sin embargo, merece algunas precisiones. En primer término, puesto que el tipo exige habitualidad para el castigo del autor directo o material, por lo que el mismo requisito habrá de exigirse en relación con quienes actúen como coautores o partícipes, porque no es jurídicamente admisible que formas de intervención menos disvaliosas quedaran entregadas a la exigencia de menores requisitos que los que rigen para el autor. En su modalidad de abuso de autoridad o confianza, el delito sólo puede ser ejecutado por la persona en quien concurra alguna de esas relaciones, lo que constituye el fundamento de la incriminación. De otro modo, la ejecución de un solo acto de favorecimiento de la prostitución es penalmente irrelevante. En esta hipótesis, la infracción asume la calidad de delito especial propio y el castigo de los partícipes quedará supeditado a la posición que se adopte en materia de comunicabilidad en relación con esa clase de figuras delictiva.³⁷

2. Concepto y análisis de la hipótesis de habitualidad y reiteración. Problemas concursales y normativos.

La hipótesis de la habitualidad, en este tipo penal, se relaciona fundamentalmente a la costumbre alcanzada por el sujeto activo del delito, a través de la repetición de hechos o conductas análogas, consistentes en promover o facilitar la prostitución de niños, niñas o adolescentes, de manera que la habitualidad se

³⁶ Cfr. Aguilar, Aranela, Cristian. Op.cit, p.157.

³⁷ Cfr. Rodríguez Collao, Luis. "Delitos Sexuales" Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2000), p.235.

configuraría por la ocurrencia de dos o más actos de comercio sexual, afectando a varios sujetos pasivos, o bien al mismo (puede existir pluralidad o unidad de víctimas).

Para la mayoría de la doctrina nacional, existe habitualidad en la reiteración de actos que tiene un carácter de permanencia en el tiempo (dos o más actos) y a juicio de Etcheverry, esto haría presumir una costumbre. En este sentido, la habitualidad se produce cuando el sujeto activo, en su calidad de administrador de un prostíbulo acepta a un niño, niña o adolescente que se prostituya, o bien cuando hay un proxeneta que fomenta la actividad sexual.

No debemos olvidar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 367 del Código Penal, que tipifica el delito de favorecimiento a la prostitución infantil, la habitualidad en la conducta constituye una figura agravada, y, por ende, tiene una pena mayor.

El delito de favorecimiento de la prostitución infantil, es un delito de carácter formal, por lo que, al concurrir una hipótesis de habitualidad, el hechor lo realiza reiteradamente en el tiempo por lo que no cabe su punición de una forma diferenciada, sino por el conjunto de los actos desplegados por aquél, sin importar, en consecuencia, el número de veces que una o más víctimas se hubiera prostituido.³⁸

Se entenderá por delito reiterado; *“aquel en que se han cometido varias infracciones iguales o similares, que aún no han sido objeto de una pena”*. Para algunos autores constituye más bien una especie de reincidencia.

Por otra parte, el delito continuado es el resultado de una respuesta jurisprudencial, doctrinaria y finalmente legal frente a casos en que una pluralidad de acciones u omisiones resultan mejor aprehendidos penalmente desde una perspectiva unitaria, que se debe distinguir de otras figuras similares, como los delitos complejos, en que el tipo exige la ejecución de dos o más acciones diferentes y que incluso pueden afectar bienes jurídicos diversos; de los delitos permanentes, en los que su naturaleza está dada por una situación fáctica en que cada instante de su ejecución

³⁸ Cfr. Aguilar, Aranela, Cristian. Óp. cit, p.160.

puede ser imputado a su consumación; de los delitos con pluralidad de acciones, en que al propio tipo penal le resulta indiferente que la acción descrita se cometa una o varias veces; y de los delitos habituales, cuyo fundamento está dado, precisamente, por la necesidad que la conducta se ejecute reiteradamente, atendido que esta figura presupone la comisión de varios actos típicos que podrían ser sancionados de manera independiente, pero que por alguna razón que es donde radica la parte medular de su interés penal- resulta más apropiado sancionarlas como un todo unitario.³⁹

Actualmente la jurisprudencia de los tribunales ha ido cambiando, y ha comenzado a reconocer en el delito de favorecimiento a la prostitución infantil (entre otros), un delito de carácter continuado, al apuntar a la diversidad de acciones que conlleva este tipo penal, las que son consideradas desde una perspectiva unitaria para la sanción a imponer.

Es por lo anterior que recibe un tratamiento de delito continuado, el que si bien legalmente no está consagrado, ha sido recogido por la jurisprudencia y doctrina mayoritaria.⁴⁰

No obstante, esta hipótesis sólo será posible cuando se realice bajo la modalidad de habitualidad, no así cuando se realice con abuso de autoridad, confianza o engaño, pues en ese caso existen ataques individuales al bien jurídico protegido por la norma. En este sentido, los autores cuando hacen referencia al tratamiento del delito continuado explicitan que la hipótesis del *delito continuado* es, por lo menos en nuestro ordenamiento jurídico, una creación del derecho consuetudinario que, para una parte importante de la literatura, importa el reconocimiento de una unidad natural de acción. Se habla de un delito continuado para referirse a varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, considerada en forma independiente, realiza completamente las exigencias de tipos delictivos de la misma especie, no obstante lo

³⁹ "El delito continuado". Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología Universidad de Sevilla Profesor: Sr. José Luis Serrano González Alumno: Pablo Andrés Freire Gavilán Pasaporte: 12.421.861-6 País: Chile.p.4.

⁴⁰ Cfr. por todos, GARRIDO MONTT II, 342. Oo., aislada, es la de CURY II, 271, quien propone castigar el delito continuado como una especie de concurso medial, según la regla del art. 75

cual han de ser tratadas como un todo y castigadas como un sólo hecho punible, en virtud de la relación especial que media entre ellas.

Entre los criterios que han sido desarrollados para entender que nos encontramos ante una hipótesis de delito continuado, se pueden mencionar: la unidad del bien jurídico afectado, la igual naturaleza del objeto material, la unidad temporal, la unidad de propósito, la consideración social del conjunto de hechos, criterios de economía procesal derivados de la imposibilidad material de pesquisar el detalle de cada uno de los actos que componen el conjunto, e incluso la manifiesta inequidad derivada de aplicar las reglas concursales comunes.

En el derecho alemán, se ha intentado encontrar su justificación -como lo expresa Claus Roxin- en la resolución de casos extremos de unidad de acción; así, la jurisprudencia alemana usó el delito continuado para resolver las problemáticas que planteaban las reglas concursales, solución que ha sido cuestionada debido a que genera problemas de política criminal como la benevolencia en la aplicación de la pena, donde la determinación judicial de la pena pierde exactitud.⁴¹

En atención a estos efectos perniciosos, la Sala Penal del Tribunal Federal Alemán, ha limitado la aplicación del delito continuado al señalar que las disposiciones legales sobre pluralidad de hechos son suficientes para poder abarcar la determinación de la pena de acuerdo a un desvalor global. Esto provoca que la aplicación del delito continuado en derecho alemán es cada vez más una excepción. Aún más, se ha limitado y excluido la aplicación de estos a algunos delitos, como los abusos sexuales, estafas y delitos tributarios.

Ahora bien, los siguientes son sus requisitos de procedencia:

- 1- Homogeneidad de la forma de comisión (unidad de injusto, objetivo de acción).
Ello supone que las disposiciones penales se infringen a través de actos

⁴¹ Cfr. Roxin Claus, "Derecho Penal Parte General", Editorial Civitas, Tomo II, 1997, p.769.

individuales que deben bastarse en la misma norma y que también el curso del hecho debe presentar los mismos requisitos externos e internos.

- 2- Además los actos individuales deben menoscabar el mismo bien jurídico.
- 3- Para la delimitación del delito continuado es determinante el carácter unitario del dolo.⁴²

Analizando estos requisitos, a la luz de la reiteración de conductas de favorecimiento de la prostitución, creo que se dan cada uno ellos y es posible su entendimiento como un delito continuado.

En cuanto bien jurídico se refiere, y tal como se señaló previamente, se trata de un delito pluriofensivo en que se afecta más de un bien jurídico. Por un lado, la libertad sexual de la víctima y, por otro, la moral sexual social de una o más personas, con una finalidad de producción de la excitación sexual para la satisfacción de los deseos sexuales de otro, que se debe realizar, como lo hemos señalado, sólo con dolo directo. Desde este prisma se cumple con el primer requisito del delito continuado.

En este sentido, la jurisprudencia tanto extranjera como nacional ha realizado reconocimientos a la aplicación del delito continuado en casos de reiteración de conductas⁴³.

⁴² Cfr. Roxin Claus, op.cit, p.771.

⁴³ En este sentido el Tribunal Supremo Español en 1995 en Recurso de Casación 3085/1994 en su considerando quinto, desarrolló los requisitos que debe tener el delito continuado, estableciendo que:

"Para la admisión de un delito continuado se hace preciso: a) una pluralidad de hechos, ontológicamente diferenciables, que no hayan sido sometidos al enjuiciamiento y sanción por el órgano judicial, es decir, que, aguardando su conocimiento por el Tribunal, se hallen alineados y pendientes para ello en el mismo proceso; b) existencia de un dolo unitario, no renovado, de un plan alternativo en el que campea unidad de resolución o de propósito, que es, realmente, la razón más acusada, como alma de la plural dinámica comisiva, para fundir las varias acciones en un solo haz estimativo, hablándose también de una culpabilidad homogénea capaz de ligar las diversas infracciones, y en la que cabe incardinar tanto el dolo planificado como el aprovechamiento de idéntica ocasión; motivando ello que aparezcan como episodios diversos, como fragmentada ejecución, de una real y única programación, los distintos actos sólo interpretables correctamente en clave de unidad; c) unidad de precepto penal violado, entendida en el sentido de que las múltiples actuaciones queden subsumidas en idéntico tipo penal o en semejantes y emparentadas figuras criminosas; d) homogeneidad en el modus operandi, resultando afines las técnicas operativas desplegadas, las modalidades comisivas puestas a contribución; e) identidad de sujeto activo, lo que no es óbice para la posible implicación de unos terceros en colaboración con aquél, cuyas cooperaciones limitadas y singulares quedarían, naturalmente, fuera del juego de la continuidad; f) en general, no se hace precisa identidad de sujetos pasivos, si bien su concurrencia habría de valorarse adecuadamente como dato, altamente indiciario, de la presencia de una continuidad delictiva; g) los bienes jurídicos atacados no han de ser acentuadamente personales, salvo el honor y la honestidad, dado que la incidencia en bienes tan enraizados o inherentes al ser humano, tan trascendentales y primarios para su normal inserción en la vida, imposibilita todo intento unificativo o aglutinador; h) las diversas acciones deben haberse desenvuelto en el mismo o aproximado

La jurisprudencia nacional ha admitido el delito continuado en materia de delitos sexuales. Así, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua en Recurso de Nulidad 138/2007, en los considerandos cuarto y quinto de la sentencia, acoge la hipótesis de delito continuado en un caso de abuso sexual.⁴⁴

Por su parte, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, en causa rol 32-2009 rechazó esta hipótesis como aplicable a los delitos de abusos sexuales en el considerando quinto, argumentando que la agresión sexual causada por el acusado a la víctima en el transcurso de un año, constituye un delito reiterado y no un delito continuado.⁴⁵

En este sentido, es posible la construcción de un delito continuado, pero bajo las exigencias de la doctrina y con la prevención establecida por la Corte de Apelaciones de Valdivia, esto es con la exigencia de unidad de acción, aun cuando parte de la doctrina señala que es imposible la apreciación de un delito continuado, a la luz del bien jurídico tutelado, como es la libertad sexual, entendido este como un bien jurídico personalísimo que es vulnerado por cada ataque del agente, lo que exigiría un castigo a título individual. No obstante lo anterior, pese a que la jurisprudencia ha sido oscilante, reconoce tímidamente esta figura.

entorno espacial, sin un distanciamiento temporal disgregador que las haga aparecer ajenas y desentendidas las unas de las otras, lo que habrá de apreciarse en cada supuesto con parámetros de lógica y racionalidad”

⁴⁴ ICA de Rancagua Recurso de Nulidad Rol Corte 138-2007. *Establece que el tratadista Alfredo Echeverry en su obra Derecho Penal, parte general, Tomo II, a propósito de la Unidad y Pluralidad de delitos sostiene que la unidad de delito está dada por la valoración única del hecho realizado, unidad que puede obedecer a una unidad natural de acción y una unidad jurídica de acciones naturalmente diversas. De esta forma estamos en presencia de una unidad natural de acción, cuando el delito está configurado por un comportamiento único, preciso y determinado. Precizando además que tratándose de la unidad jurídica de acción se puede producir entre otros casos cuando hay conexión de continuidad, la que da origen al delito continuado, indicando como requisitos para la existencia de este tipo de delito los siguientes; a) pluralidad de actos; b) unidad de lesión jurídica; y c) conexión entre las acciones. Por su parte Politoff, Matus y Ramírez, en su obra Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, señalan que el presupuesto del delito continuado estriba en la reiteración de varios hechos que, considerados separadamente, podrían estimarse constitutivos de varias realizaciones típicas del mismo delito, pero por algún criterio externo, se consideran como unidad. Los criterios a que se hace referencia se deben agregar el cumplimiento con los requisitos que señala el autor Echeverry, agregándose a ellos, aunque parezca obvio, la unidad de autor.*

Indicándose en el fallo impugnado, la existencia de los requisitos necesarios para estimar el comportamiento reiterado del acusado como un solo delito de abuso sexual, manteniéndose de esta forma un propósito de unidad de actos en las dos oportunidades en que repitió su accionar de significación sexual en la misma forma. En una materia totalmente diversa a los delitos sexuales, la Excelentísima Corte Suprema en la causa rol número 1494-2007, acogió la tesis de delito continuado en materia de fraude al fisco quien en el considerando vigésimo noveno de la sentencia, acoge la hipótesis de delito continuado. Igualmente, los tribunales orales han ido acogiendo la doctrina del delito continuado, pero esta situación no es pacífica.

⁴⁵ ICA de Valdivia Recurso de Nulidad Rol Corte 32-2009. Considerando Quinto.

Ahora bien, en nuestra opinión, al ejecutarse estos delitos de habitualidad, de una forma reiterada en el tiempo, no sería posible efectuar una punibilidad diferenciada, sin importar en consecuencia, el número de veces que una o más víctimas se han prostituido. En este mismo sentido opina Aguilar Arela, entre nosotros. Así, resulta más propio hablar de delito continuado que de delito reiterado.

La costumbre adquirida por el sujeto activo mediante la repetición de hechos análogos de promover o facilitar la prostitución de menores de edad, es lo que suele denominarse como “habitualidad”, requisito que se da tanto en el caso de la unidad o pluralidad de víctimas, por cuanto no dice relación con ello sino exclusivamente con el hechor. Dicho de otra forma, la habitualidad concurre con la repetición de la conducta típica, durante cierto espacio temporal, en relación a una víctima o a varias de ellas.⁴⁶ Así, el favorecimiento agravado de la prostitución de menores consiste en promover o facilitar la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, de forma habitual, con abuso de autoridad, de confianza o engaño.⁴⁷

El profesor Alfredo Etcheberry, citando al maestro Carrara, ha señalado que el único motivo para exigir la habitualidad en el sujeto que comete el delito, es la protección de la moral pública y la protección de las buenas costumbres, los que no se lesionan con un acto singular y transitorio, sino que por el hecho de hacer oficio o profesión el lenocinio, aunque no sea una ocupación exclusiva. Para Carrara, no es suficiente la multiplicidad de actos, ni le es exigible la multiplicidad de víctimas, sino que más bien, para estar en hipótesis de habitualidad, se requiere multiplicidad de personas de las cuales una puede ser la víctima y las demás sus amantes o clientes. El mismo autor plantea que no sería exigible estrictamente la profesionalidad, sino que al menos cumpla con el carácter de ser una actividad lucrativa o que sea una fuente de ingresos. Ahora bien, no hay lugar a dudas que es indispensable la existencia de una multiplicidad de actos de promoción o favorecimiento de la prostitución, durante un tiempo más o menos prolongado, que permita afirmar la costumbre o hábito.⁴⁸

⁴⁶ Cfr. Aguilar, Aranela, Cristian. Op.cit, p. 155.

⁴⁷ Cfr. Aguilar, Aranela, Cristian. “op.cit, p.154.

⁴⁸ Etcheverry, Alfredo “Derecho Penal Parte Especial Tomo IV Tercera Edición, Revisada y actualizada (1998), Editorial Jurídica de Chile, p. 79.

Politoff, Matus, Ramírez en su obra Derecho Penal Chileno parte especial, expresan que la habitualidad, para estos efectos, sería la costumbre adquirida por el agente del delito, que se produce por la repetición de hechos análogos como es la promoción o facilitación de actos de prostitución o corrupción de menores continuamente-. Así, habitualidad se entendería como la concurrencia de dos o más actos de prostitución de un mismo o varios menores.⁴⁹ Conforme a la experiencia común, se puede concluir (presumir judicialmente) que hay habitualidad cuando el sujeto activo es regente de un prostíbulo y acepta en él durante algún tiempo a menores de edad para el ejercicio de la prostitución.⁵⁰

Para Garrido Montt, la habitualidad exige una reiteración de actos sea de promoción o facilitación, por lo menos más de uno, sea en relación a una única persona que se prostituye o a distintas, lo que envuelve a su vez en el agente una inclinación o tendencia a la realización de tales actos. Lo anterior es compartido por el profesor Rodríguez Collao y Aguilar Aranela, para quien la habitualidad se da cuando se realizan tres o más actos de prostitución. En este sentido Rodríguez Collao, plantea que para interpretar correctamente al precepto en estudio, esta habitualidad debe referirse a las personas que resultan afectadas con el comportamiento ilícito.

Como podemos ver, la doctrina nacional mayoritaria considera como elementos comunes a la multiplicidad de actos, su permanencia en el tiempo, todo lo cual pueda hacer presumir costumbre o hábito. Podríamos incluso aventurarnos a dar un concepto de "habitualidad", dentro del marco del delito en comento, entendiéndola como aquella reiteración de actos de prostitución de menores, consistente en dos o más actos, con multiplicidad de víctimas, permanente en el tiempo y que puedan presumir hábito o costumbre.

Ahora bien, esta concepción doctrinaria de la habitualidad, presenta un problema, toda vez que si entendemos que los actos de prostitución de menores se

⁴⁹ Politoff, Matus, Ramírez, "Lecciones de derecho penal Chileno Parte Especial" Segunda Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile Santiago de Chile Junio de 2005, p. 284.

⁵⁰ Ibidem.

dan con *habitualidad* en su ejercicio, sería parte integrante del tipo penal y daría aplicación a lo señalado en el artículo 63 inciso primero del Código Penal Chileno, esto es “*No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo*”. Como es bien sabido, el artículo 63 del Código Penal., es la principal fuente positiva de la llamada prohibición de doble valoración, que es un corolario del principio *non bis in ídem*. Sin embargo, ni este principio ni su corolario se encuentran consagrados constitucionalmente en nuestro país. Sólo para clarificar lo anterior, para la determinación de la pena, la "prohibición de doble valoración" implica, en su forma más simple, que en principio no es posible utilizar en la medición judicial los elementos que ya ha tenido en cuenta el legislador al tipificar una conducta, ni aquellos que afectan a todos los delitos de la misma naturaleza. En ambos casos, se trata de situaciones ya valoradas por el legislador, y esa valoración se ha traducido en un cierto marco punitivo⁵¹. En este sentido, la norma del artículo 367 inciso 2, vulnera el principio de *non bis in ídem*, porque vulnera el artículo 63 inciso primero del Código Penal Chileno, pues una de las interpretaciones del artículo 63 y que se ha recogido en doctrina, es que la inherencia de la agravante al delito deriva de las circunstancias concretas en las que se comete, circunstancias que no están en manos del autor modificar o cuya modificación no le incumbe ya que para cometer actos de favorecimiento de la prostitución se requiere habitualidad y esto está ya inserto en la misma forma de comisión y por lo tanto, cuando se usa como efecto agravatorio, se vulnera el artículo 63 del Código Penal.

El artículo 367 del Código Penal señala:

“El que promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo.

⁵¹ VV.AA “Textos y Cometarios del Código Penal Chileno” Tomo I Editorial Jurídica de Chile año 2002, p.350.

Si concurriere habitualidad, abuso de autoridad o de confianza o engaño, se impondrá las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales”.

De esta manera, el legislador ha contemplado una figura base de promoción o facilitación, que como bien se ha señalado, tiene un elemento subjetivo, cual es la intencionalidad de satisfacción de los deseos de otro, lo que lleva a concluir que estas conductas son realizadas con dolo directo. El hechor, al promover o facilitar la prostitución de menores en forma habitual, lo hace reiteradamente en el tiempo, por lo que no cabe su punibilidad diferenciada, sino por el conjunto de actos desplegados por aquél, sin importar, en consecuencia el número de veces que una o más víctimas se hubiera prostituido.

Así también he señalado que el reconocimiento del principio de *non bis in ídem* se ha justificado en el derecho nacional a partir del artículo 63 del Código Penal y así, la doctrina nacional ha desarrollado tres supuestos en los que procede su aplicación:

- 1- Cuando la agravante constituye por sí misma un delito especialmente penado por la ley.
- 2- Cuando la ley ha expresado una circunstancia agravante al describir y penar un delito
- 3- Cuando la circunstancia agravante es de tal manera inherente al delito, que sin su concurrencia éste no puede cometerse.⁵²

En el artículo 367 del Código Penal, la circunstancia agravante es inherente al delito, como anteriormente afirmamos, pues los actos de prostitución para la mayoría de la doctrina nacional, se cometen con habitualidad. Así entendida las cosas, la forma de redacción del artículo 367 del Código Penal no es armoniosa, siendo imposible interpretar esta norma como un todo, sin vulnerar el principio de *non bis in ídem*. En este sentido el inciso primero del artículo 367 señala: “*El que promoviere o facilitare la*

⁵² Cfr.VV.AA “Textos y Comentarios del Código Penal Chileno” Tomo I. Editorial Jurídica de Chile año 2002, p. 350-352

prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo”.

Como bien lo señala Politoff, Matus, Ramírez, esta conducta se manifiesta en “*promover o facilitar*”, lo que significa incitar a un menor a prostituirse o mantener por cualquier medio el ejercicio de la prostitución ya iniciada por aquel.⁵³

Asimismo, Garrido Montt cuando hace referencia a la conducta de promoción de la prostitución señala que “promover”, es inducir o inclinar a otros a dedicarse al comercio sexual, y “facilitar” es posibilitar el ejercicio de la prostitución, como sería proporcionar los medios para ese efecto (rufianismo, proxenetismo).⁵⁴

Al hacer referencia a la prostitución, señalamos que una de sus características era su ejercicio de forma habitual y reiterada en el tiempo provocando una o múltiples víctimas. En el ejercicio de los actos de prostitución se encuentra inserta la habitualidad.

Esto se relaciona íntimamente con la agravación de responsabilidad del inciso segundo del artículo 367, por cuanto exige habitualidad, vulnerándose así el principio *non bis in ídem* debido a que la prostitución de menores, como hemos señalado, se realiza en forma habitual, de manera reiterada en el tiempo, por lo que no sería posible un castigo diferenciado.

Sin embargo, esta distinción no ha sido acogida en algunos casos por la Jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia. Así, la sentencia de primera instancia dictada por el TOP de Melipilla, en causa Rit 22-2011, en sus considerandos Quincuagésimo Cuarto y siguientes, los sentenciadores, erradamente a juicio del suscrito, estimaron concurrente la agravante del artículo 351 del Código Procesal Penal, por el sólo hecho de existir a más de una víctima en la causa, pese a que

⁵³ Politoff, Matus, Ramírez, “Lecciones de derecho penal Chileno Parte Especial” Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile Santiago de Chile Junio de 2005, p. 283

⁵⁴ Garrido Montt, Mario “Derecho Penal Parte Especial Tomo III” Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile año 2002. p. 422.

aquella circunstancia es parte de la conducta típica, no pudiendo ser doblemente valorada para agravar la responsabilidad penal de los encartados.

3. Concepto y análisis de hipótesis de abuso de autoridad, de confianza o engaño

Antes de referirme al concepto y análisis de las hipótesis de abuso de autoridad, de confianza o engaño, quisiera dejar establecido que éstas constituyen circunstancias agravantes del tipo penal en estudio.

3.1 Concepto de abuso de autoridad:

Dicho concepto, consiste en “*valerse o aprovecharse de la posición de autoridad que se tiene sobre el niño, niña o adolescente, ya sea, detentando la calidad de padre o madre, tutor, maestro entre otras formas, para que éste realice el comercio sexual*”.⁵⁵

3.2 Concepto de abuso de confianza:

“*Está determinado por la relación de familiaridad o amistad que media entre el agente o sujeto activo y el niño, niña o adolescente, para que realice la actividad sexual ilícita*”.⁵⁶

Se ha sostenido -acertadamente a nuestro juicio- que el término *confianza*, debe ser entendido en un sentido amplio, esto es, representado por el sentimiento de seguridad de que uno no será objeto de agresiones delictuales de parte de una determinada persona. No está tomado, en consecuencia, en otras acepciones más restringidas, como podría ser la certeza acerca de la honorabilidad de cierto individuo o la admisión de una persona a la propia esfera de intimidad.⁵⁷

55 http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502013000100007&script=sci_arttext.

56 http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502013000100007&script=sci_arttext.

57 http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502013000100007&script=sci_arttext.

3.3 Concepto de engaño:

Podemos definirlo como; *“Falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre”*.⁵⁸

En este sentido, para Garrido Montt, abusar de la autoridad o confianza significa:

“Prevalerse en alguna forma, o aprovecharse de la situación que tiene aquel que posee autoridad sobre el menor (el padre o madre, el tutor, el maestro, entre otros) o la relación de confianza que media entre el agente y ese menor (el empleado doméstico, el amigo íntimo) para inducirlo a facilitarle la actividad sexual ilícita”.⁵⁹

Por su parte, el profesor Etcheberry, en su obra Derecho Penal Parte Especial hace referencia a esta modalidad comisiva del delito, destacando lo siguiente:

“Ocurre tal circunstancia cuando para promover o facilitar la prostitución se vale el sujeto de las ventajas en que lo coloca la relación de autoridad o de confianza que tiene con respecto a la víctima (padre, guardador, maestro, criado, autoridad de un establecimiento de educación, curación, reclusión, etc.). En este caso no se requiere habitualidad por parte del sujeto activo, pero no debe olvidarse que el concepto mismo de prostitución supone una actividad más o menos permanente o habitual por parte de la persona prostituida. En suma, por parte del sujeto activo bastará con promover o facilitar una sola vez la prostitución, pero para dar por acreditada la prostitución será preciso exigir una conducta habitual en quien la ejerce”.⁶⁰

⁵⁸ <http://lema.rae.es/drae/>

⁵⁹ Garrido Montt, Mario “Derecho Penal Parte Especial” Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (2002) .p. 423.

⁶⁰ Etcheberry, Alfredo “Derecho Penal Parte Especial Tomo IV Tercera Edición, Revisada y actualizada (1998), Editorial Jurídica de Chile, p.79.

CAPITULO II. ANALISIS COMPARADO DEL DELITO DE FAVORECIMIENTO DE LA PROSTITUCIÓN INFANTIL.

1. La situación de Argentina: Antecedentes de la norma.

Los antecedentes de la norma en el derecho argentino se remontan a Tejedor, quien incluyó en el título de *“Los Crímenes y Delitos contra la Honestidad”*, la siguiente figura: *“El que habitualmente, o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de 20 años, para satisfacer los deseos de otro, será castigado con un año de prisión”*. El proyecto de Código Penal seguía casi textualmente al Código Penal Español de 1850. En la nota, se afirmaba: *“Es necesario que se entregue habitualmente a este comercio (...). La ley ha querido que se establezca bien el oficio, la profesión infame (...). En relación al tráfico habitual que es el elemento central de este delito. El antecedente se encuentra en el Código de Baviera, esta situación no es compartida por toda la doctrina argentina, Molinario y Aguirre Obarrio, en su posición de defensa de la no tipificación del depravador directo”*.⁶¹

A nuestro juicio, con la reforma actual se tiende de dar una mayor protección al derecho de toda persona humana a elegir qué conducta sexual tendrá en su vida, sin que el Estado pueda dar una indicación sobre cuál es la normalidad sexual, ya que, de acuerdo al artículo 19 de la Constitución Nacional que tutela la autonomía ética del hombre, la decisión sobre este punto queda en manos de cada individuo. Esto lleva a que la corrupción de mayores no puede estar tipificada nunca como delito.⁶²

⁶¹ Cfr. Dona E. Edgardo. *“Derecho Penal Parte Especial”*, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, (1999), pp. 445-446.

⁶² Cfr. Dona E. Edgardo. Op. cit, p.131.

1.1 Regulación legal de los delitos de corrupción de menores y prostitución.

Las normas en comento disponen:

“ARTICULO 125. - *El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años.*

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999).”

ARTICULO 125 bis — *El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediare el consentimiento de la víctima.*

(Artículo sustituido por art. 21 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTICULO 126 — *En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:*

1. *Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento*

de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.

3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

(Artículo sustituido por art. 22 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)". ⁶³

1.1.1 Tipicidad.

a. Tipo objetivo:

a.1 Acción de corromper.

Cuando el legislador se refiere al delito de corrupción de menores, no contempla una descripción clara de lo que se deberá entender por tal, entregando al intérprete esta determinación. En este sentido, es fundamental que la precisión del concepto o la descripción de la acción de corromper, sea de carácter objetivo evitando consideraciones morales o religiosas que se apartan del derecho.

Como una manera de resolver el problema, la doctrina argentina mayoritaria recurrió a la experiencia italiana para delimitar los tipos penales de corrupción.

⁶³ <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#17>.

Como ejemplo de esta aclaración, autores como Núñez definieron la corrupción como la depravación de la conducta sexual en sí misma. Así entendida las cosas, se quiere afirmar que la depravación puramente moral, de los sentimientos e ideas sexuales, no se encuadra en el ámbito de los artículos 125 y 126 del Código Penal, ya que estos artículos se relacionan con el efecto de esos sentimientos e ideas sobre el comportamiento de la persona en el ámbito sexual. De esta forma, la deformación de la práctica sexual de la víctima es el claro efecto de la deformación de los sentimientos e ideas sexuales. En consecuencia, la doctrina expresa que la corrupción moral de la persona sería un acto preparatorio y los artículos citados anteriormente, sólo se refieren los actos de corrupción física. Otros autores sostienen que corromper significa depravar y lo anterior teniendo un sentido esencialmente psicológico y moral, de manera que se puede hablar de conducta corrupta o corruptora, aquella que deja una huella moral profunda en el ámbito psíquico de la víctima, con una clara afectación del sentido natural, biológico y sano de la sexualidad. Sin embargo, el problema así entendido, deja de lado el aspecto psíquico y fisiológico, dando demasiado énfasis al aspecto moral.⁶⁴

En definitiva debe perderse de vista cuáles son los énfasis en la comisión de este delito, esto es, la sexualidad sana del sujeto pasivo, la consideración de aspectos psicológicos y fisiológicos, sin resaltar excesivamente lo religioso o lo moral.

De esta forma, parecía lógica la fórmula de Soler, en el sentido de que el acto sexual debe ser -a los efectos de la corrupción- perverso en sí mismo o en su ejecución y prematuro, debido a la práctica lujuriosa habitual y precoz, despertada antes de lo que es natural, entendiendo que estas prácticas deben ser ejercidas en el cuerpo del niño, niña o adolescente, o bien, en su presencia, exponiéndolo a una situación sexualizada inapropiada para su edad.

⁶⁴ Cfr. Dona E., Edgardo. "*Derecho Penal Parte Especial*", Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, (1999), pp.448-449.

Para Dona, este tipo penal constituye un delito de mera actividad, por lo cual será suficiente la realización por parte del sujeto activo de actuaciones tendientes a someter al sujeto pasivo al comercio sexual o su corrupción para que se configure. En cuanto al logro del resultado, éste influirá en la medición de la pena.

La jurisprudencia ha sido vacilante, principalmente por la falta de descripción de conductas en el tipo penal. Así, la sala VII de la Cámara del Crimen afirmó: "No configura corrupción un fugaz tocamiento genital, que ni siquiera llegó a ser un acto de masturbación y carece, por ende, de eficacia objetiva para perjudicar el sano sentido de la identidad de la víctima". La sala IV consideró que había corrupción de menores en la conducta del reo que hizo un frotamiento contra los glúteos de una niña de 4 años de edad. La misma sala consideró corrupción de menores, "la conducta de quien accedió carnalmente por vía anal a una joven de 17 años aunque hubiera mediado su consentimiento". En igual dirección se consideraron corrupción de menores los tocamientos, caricias y roces que hizo el reo a un niño de 12 años, siendo ambos del mismo sexo. Finalmente, también se ha dicho que "la corrupción consiste en la depravación que rebaja la moral sexual de la víctima con relación a todas las personas".⁶⁵

Los fallos referidos precedentemente dejan de manifiesto la falta de uniformidad de criterios de la jurisprudencia en esta materia, debido a una falta de precisión en la determinación de lo que debe ser entendido como acción de corromper.

a.2 La acción de prostituir.

Cuando se habla de "prostituir", diversas han sido las consideraciones en la doctrina argentina. Así, para unos, no es otra cosa sino la actividad de entregarse habitualmente a tratos sexuales con personas más o menos determinadas, que

⁶⁵ Cfr. Dona E. Edgardo. Op. cit, pp.450-451.

eventualmente lo requieran, mientras que para otros, la acción de prostituir es la depravación de los motivos generadores del trato sexual.

Así, señalan como requisitos básicos de esta acción la indeterminación de los sujetos beneficiados con la actividad sexual y por otro lado, la habitualidad. Igualmente se expresa que no es prostitución la realización del acto sexual en forma irregular y accidental, sino que se requiere que se trate de un estado, pero un estado que se construye sobre la base de la transferencia de dinero para permitir el acceso sexual.

Ahora bien, es necesario aclarar, como bien se expresa en los artículos 125 y 126 del Código Penal de la Nación Argentina, que entre los conceptos de prostitución y corrupción existe una clara diferencia y por lo tanto no actúan en forma convergente, y así, quien promueve o facilita el trato sexual normal pero lucrativo de una menor, promueve o facilita la prostitución, pero no la corrupción.

La jurisprudencia ha tenido distintos criterios, así ha señalado que "Constituye el delito de facilitación de la prostitución de un mayor de 12 años y menor de 18 (art. 125, inc. 2o, Cód. Penal) la conducta del procesado que mantuvo, en tres o cuatro ocasiones, relaciones sexuales por vía anal, cumpliendo el rol pasivo, con el menor, dado que la desviada conducta sexual observada por el acriminado reviste entidad corruptiva suficiente para torcer de su normal cauce el instinto sexual del menor, o para mantener o agravar la realización de actos depravados por parte del mismo, dándose el elemento subjetivo requerido por el tipo penal, por el fin de satisfacer deseos sexuales propios".⁶⁶

a.3 Promover o facilitar.

Son conductas totalmente diferentes la promoción de la corrupción y la facilitación de la prostitución, motivo por el cual ambas serán tratadas separadamente.

⁶⁶ Cfr. Dona E., Edgardo. Op. cit, p.453.

La promoción o facilitación de la corrupción de menores, significa procurar o potenciar, respecto de aquél cuya conducta sexual no está depravada en sus modalidades, o también excitar la depravación ya existente.

Sin embargo, en este punto, Viazzi señaló que "no se corrompe lo que ya está corrompido, como no se rompe lo que ya está roto", posición que, en nuestra doctrina, se expresa a través de las palabras de Soler: "Una persona sólo una vez puede ser corrompida; los actos posteriores ya no pueden imputarse como corrupción. Si no son imputables a título de facilitar la prostitución, deberán considerarse impunes". En igual sentido, Fontán Palestra, afirmó que no hay bien jurídico en el caso del menor corrompido. Esta idea, fue seguida parcialmente por Gómez, quien distinguía según fuera promoción o facilitación de la corrupción y así rechazó la posibilidad del delito en el caso de la promoción pero, en cambio, la aceptó en el caso de la facilitación, ya que es posible crear un ambiente propicio para que un menor corrompido se corrompa más.⁶⁷

La jurisprudencia ha señalado que:

"El delito de corrupción es de carácter formal y no exige que la víctima sea una persona no corrupta. En consecuencia, es irrelevante a los efectos del reproche penal que el menor víctima haya consentido en ejecutar los actos aquí juzgados poniendo de resalto su catadura moral y quizás la circunstancia de que estaba ya corrompida, pues todo acto realizado en una línea de conducta hace que esa conducta se afiance por reiteración de los mismos, los que conforme sea su calidad llevarán al hombre que los ejecuta al vicio o a la virtud. En el caso de autos no cabe duda de que los actos ejecutados han constituido un escalón más en la corrupción del menor, aun cuando se aceptara la tesis de que el menor víctima estaba ya iniciado en el vicio".⁶⁸

⁶⁷ Cfr. Dona E, Edgardo. Op. cit, p.455.

⁶⁸ Ibidem.

También se ha resuelto que:

“La promoción de la corrupción se consuma con el acto idóneo de depravar, sin que sea requerido que la víctima se corrompa, bastando con el peligro de que ello ocurra o pueda generarlo. El resultado corruptor debe estar contenido en la intención del agente, siendo imprescindible el dolo directo, esto es, que el agente no sólo busca satisfacer sus propios deseos sino que además piensa obtener satisfacción de la posterior actividad corrompida de la víctima. El verbo 'promover' indica la existencia de una actividad destinada a lograr la efectiva corrupción, aunque la misma no se concrete”.⁶⁹

Contrariamente a lo antes resuelto, se ha decidido que:

"Debe absolverse a los procesados del delito de promoción y facilitación de la corrupción de una menor de 21 años y mayor de 18, porque no es posible promover y facilitar la corrupción de lo ya corrupto, dado que la damnificada se entregó voluntariamente con provocación y ansiedad sexual, accediendo sin limitación ni recato en copular con los tres hombres, en una reunión que por sí sola sugería, o al menos no podía dejar de preverse, la posibilidad de acabar en una orgía".⁷⁰

En consecuencia, el significado de la palabra "promover" que se encuentra en el tipo penal, dice relación con el mantenimiento o exacerbación de un estado, cual es el aumento de la perversión sexual y no sólo se conforma con la iniciación de algo. Así, estos actos no son otra cosa sino la enseñanza, el consejo, el orden y el ejemplo, aptos para determinar la depravación de la conducta sexual del menor, sin que necesariamente la víctima se corrompa, sino que por el contrario, será suficiente el peligro de que ello ocurra o pueda generarlo. Aquí, el dolo directo es elemento fundamental, en tanto en cuanto el agente no sólo busca satisfacer sus propios

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Cfr. Dona E, Edgardo. Op. cit., p.456.

deseos, sino que además, busca la satisfacción que provocará la actividad corrompida de la víctima.

Desde el punto de vista gramatical, cuando se habla de “facilitar”, se hace referencia al acto de hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin y así, se parte de la base que el menor ya tiene la idea de corromperse, sin embargo, será el sujeto activo quien le proporcionará los medios que se necesiten o allana los obstáculos que se presenten para que el menor cumpla su propósito. Por lo tanto, la corrupción se facilitará cuando el sujeto pasivo le suministra los medios necesarios para que la víctima del delito, que quiere corromperse lo haga, ya desarrollando actividades, ya manteniéndolas, ya aumentándolas.⁷¹

Finalmente y según vengo señalando, la gran diferencia entre promoción y facilitación es que, en la primera, el impulso hacia la creación del estado de corrupción proviene del sujeto activo, y en la segunda proviene de la víctima, limitándose el agente a alinear con el plan de la víctima.

a.4 La promoción y facilitación de la prostitución de menores.

En este sentido la legislación argentina, es clara al establecer que promover y facilitar la prostitución de un niño, niña o adolescente, constituyen acciones distintas entre sí y no necesariamente complementarias, lo cual se desprende de los propios artículos 125 y 125 bis, que sancionan la promoción y facilitación de la prostitución de menores de 18 años y de una persona (en términos genéricos), respectivamente. Conforme a lo señalado, la doctrina argentina también entiende que existen diferencias entre las conductas o acciones mencionadas.

Sin embargo, la diferencia entre los conceptos de promoción y facilitación de la prostitución se diluye. Así, se dice promover la prostitución quien la inicie o la mantiene, como lo señalamos en los apartados anteriores; mientras que, facilitará la

⁷¹ Cfr. Dona E, Edgardo. Op. cit., p.457.

prostitución quien entregue las herramientas necesarias para que el menor cumpla su objetivo y por lo tanto, la norma, en el caso argentino, no afecta al cliente que tiene relaciones con la menor, ya que no facilita la prostitución, sino que realiza propiamente el acto para el cual otros lo facilitaron, por ejemplo, dando una habitación, etcétera.⁷²

b. Tipo subjetivo:

b.1 “El dolo”.

En este tipo penal, sólo se admite el dolo directo, por lo cual la culpa queda absolutamente excluida. Antes de la reforma introducida por la Ley 25.087, junto al dolo se exigían elementos de carácter subjetivos especiales, como el ánimo de lucro y la satisfacción de los deseos propios o ajenos, pero actualmente estos elementos del tipo subjetivo han sido eliminados.

Antes de la reforma introducida por la ley 25.087 de 1999 al Código Penal de la Nación Argentina, este tipo penal exigía, junto con el dolo, concurrencia de elementos subjetivos especiales, consistentes en el ánimo de lucro y la satisfacción de deseos propios o ajenos, elementos éstos que han sido eliminados del tipo.

El dolo en este tipo de delito debe ser directo; aquí no es admisible la culpa, lo que excluye acciones en las que se pueda favorecer la corrupción o prostitución del menor, como enviar a una hija a un país extranjero con la finalidad de estudiar y entre los riesgos está la posibilidad de prostitución de la misma.

Así, hubo un caso de menores húngaras, en el país trasandino, quienes llegaron con la intención de trabajar en un cabaret. Ellas bailaban y alternaban con la gente y volvían acompañadas por el dueño del lugar o su señora a la casa donde vivían. A raíz de una denuncia, el Juez de instrucción entendió que el imputado había cometido el tipo penal de corrupción, ya que se exponía a las menores a un ambiente

⁷² Cfr. Dona E. Edgardo. “*Derecho Penal Parte Especial*” Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, (1999), p.459.

propicio a la depravación de la conducta sexual. La Cámara del Crimen sobreseyó al procesado, afirmando que no había relación causal entre su acción y la depravación de la conducta de las menores.⁷³

c. Los elementos subjetivos del tipo.

En cuanto a los elementos subjetivos, la ley exige la concurrencia de elementos especiales, a saber:

c.1 El ánimo de lucro.

En este tipo de delitos contemplados en los artículos 125 y 126 del Código Penal Argentino se establece que el autor tiene una conducta finalista orientada a la obtención de una ganancia material que puede consistir o no en dinero, autor que, ordinariamente recibe el nombre de proxeneta. Para que se entienda consumado el delito, es indiferente que el provecho se obtenga efectivamente o no, bastando que se haya integrado a los planes del autor.

c.2 La satisfacción de deseos propios o ajenos.

Es importante señalar que la ley, al hacer referencia a los deseos ajenos, se refiere a los deseos sexuales de otra persona, de eso no hay duda. Sin embargo, la doctrina discute si estos deseos ajenos deben ser de personas indeterminadas o personas determinadas, distintas del autor, que pudo o no, haber intervenido en el delito como cómplice o instigador y también a personas indeterminadas y por supuesto extrañas al delito. De esta forma, se ha señalado que una cosa es que el autor tenga presente, al actuar, que la corrupción o la prostitución de la víctima, terminará en la satisfacción de deseos ajenos, pero una cosa distinta es que se quiera satisfacer

⁷³ Cfr. Dona E. Edgardo. "*Derecho Penal Parte Especial*" Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina (1999), pp. 459-460.

deseos ajenos, que es lo que reclama el tipo. Así el tipo penal no permitiría la satisfacción de deseos de personas indeterminadas.

En cuanto este punto, debemos tener en cuenta que lo que se pretende es la satisfacción de los deseos sexuales propios de quien recurre al servicio de prostitución, pero también se satisfacen los intereses del tercero que brinda el servicio, en definitiva, de quien corrompe al sujeto pasivo.

Ahora bien, utilizando el proyecto del Código de 1906 y la opinión del señor Rivarola, uno de sus redactores, se afirma que también se trata de los deseos sexuales del autor del hecho. En la actualidad, se ha vuelto sobre este punto, en la doctrina Argentina por Aguirre Obarrio, quien con los mismos antecedentes que Núñez, llega a la conclusión contraria, afirmando que el caso de seducción directa no encuadra en la norma. Por ende, no hay que olvidar que la acción descrita se refiere a un tercero, en cuanto al hecho de la corrupción y que los deseos propios son de ese tercero, iguales que el deseo de lucro. Así, ejemplifica su postura señalando, que si se prohíbe hablar por teléfono, ello se refiere a cualquiera, pero si se prohíbe facilitar o promover hablar por teléfono, esto no se refiere a quien hable, sino al que lo facilita. Pero quizás el argumento más sólido que trae a colación, es que los creadores de la norma, Rivarola tanto como Moreno, siempre pensaron que la fórmula incluida en sus proyectos se refería exclusivamente a casos de terceros.⁷⁴

d. Sujeto activo y pasivo.

Respecto al sujeto activo, rigen las reglas generales y así podrá serlo cualquier persona, hombre o mujer.

⁷⁴ Cfr. Dona E, Edgardo. Op. cit., pp.462-463.

En cambio, el sujeto pasivo, para algunos autores, no podrá ser el menor corrupto, mientras que otros autores sostienen que cualquier menor es susceptible del delito de corrupción.

En cuanto a la penalidad imputable, la ley hace un distingo según la edad del menor. Si éste fuere menor de 13 años, la pena será de seis a diez años de reclusión o presidio. Si es menor de 18 años, la pena será de tres a diez años reclusión o presidio. Por último, cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, si mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.

Se hace presente que la mayoría de edad en la República Argentina es de 18 años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 126 de su Código Civil.⁷⁵

1.1.2 Figuras agravadas ⁷⁶

En el actual Código Penal de la Nación Argentina, se contempla en el artículo 126, las figuras agravadas:

ARTICULO 126 — *En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:*

1. *Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro*

⁷⁵ <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>

⁷⁶ Artículo 125. El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda. (Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999).

medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

2. *El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.*

3. *El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.*

Quando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

(Artículo sustituido por art. 22 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012).

a) Engaño.

Se induce a la víctima a error a través de simulaciones del objetivo del autor que lleva a la víctima a intervenir en ellos, como es el caso de hacer participar al menor en juegos que no entiende, pero que tienen un claro sentido depravador, o el que indica Núñez, que consiste en llevar a la víctima a un prostíbulo haciéndole creer que es un pensionado para menores, donde se los guardará o cuidará, o el que señala Gavier, consistente en hacerle creer que es un tratamiento médico, cuando son prácticas perversas⁷⁷.

⁷⁷ Cfr. Dona E, Edgardo. "op. cit.", p.144.

Para que se configure esta circunstancia agravatoria es necesaria por una parte, la víctima pueda ser engañada, pues de no mediar engaño se vuelve al tipo básico; y por otra parte, es necesario que su consentimiento se haya obtenido debido a su error.

b) Violencia.

Es la fuerza física ejercida por el autor sobre la víctima con el fin de vencer su resistencia. En este punto hay que distinguir la violencia que se realiza a los efectos de que la víctima quiebre su resistencia para el acto depravador, por un lado, de la violencia que puede ir en el acto corruptor o depravador, como ser un acto sádico, que los autores llaman violencia concomitante, por el otro. La primera, encuadra dentro de la agravante, habida cuenta de que tiene como fin vencer la resistencia de la víctima; en cambio la segunda no agrava porque forma un todo con el acto corruptor en sí. El uso de medios hipnóticos o narcóticos está comprendido en los términos de la violencia (artículo 78, Código Penal)⁷⁸.

c) Amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción.

Se entiende en esta agravante cualquier medio de intimidación o de coerción de la voluntad de la víctima, incluyéndose el abuso de autoridad como forma de intimidación o coerción. Sin duda, entran en esta agravante las amenazas de sufrir un mal futuro, tanto para ella, como para terceros. También está incluida como agravante la intimidación que puede hacer una persona que se encuentre en una posición de mayor jerarquía y utiliza esta posición en contra de la víctima.⁷⁹

⁷⁸ Cfr. Dona E, Edgardo. Op. cit., p.145.

⁷⁹ Cfr. Dona E., Edgardo. O. cit, p.145.

Este tipo de circunstancia provoca un sometimiento tal en la víctima que logra anular su voluntad o libre determinación.

d) Ascendientes.

Se entiende los que son por consanguinidad, ya sean legítimos o no, como también los ascendientes por afinidad. No hay limitación de grado.

La jurisprudencia expresó al respecto: "La práctica permanente de la relación sexual en el curso de tres años mantenida por el padre con su hija de 12 años configura el delito de corrupción calificada, ya que descompone la moral de un menor, pues tratándose del progenitor y no de una relación circunstancial sino constante no se necesita de mayores excesos lascivos para que el sentido moral de la hija sufra una desviación traumatizante en su futura salud mental".⁸⁰

e) Hermano, tutor o persona encargada de la educación o guarda.

En el concepto de hermano se debe entender tanto al legítimo como al ilegítimo, tanto bilateral, como unilateral. El tutor puede ser el nombrado por los padres, el legítimo o el dativo.

La jurisprudencia ha sostenido que: "Procede aplicar la agravante del último párrafo del artículo 125 del Código Penal, por tratarse el acusado de la persona encargada de la educación de la menor a quien por esta circunstancia se le debe mayor acatamiento. Lo que interesa es la influencia, la autoridad moral de quien era director de la escuela cuando la menor cursaba como alumna regular". Igualmente: "Cabe aplicar el agravamiento de 'bajo la guarda' si los niños víctimas del delito de corrupción hacían campamentos bajo el control y responsabilidad del acusado, ya que la calificante no requiere de una específica, prolongada e ininterrumpida permanencia, ni especial relación parental jurídica o fáctica no prevista expresamente por la ley".⁸¹

⁸⁰ Cfr. Dona E., Edgardo. O. cit, p.145.

⁸¹ Cfr. Dona E., Edgardo. O. cit, p.146.

2. La situación de España.

La prostitución, esto es, la relación sexual (de cualquier tipo) realizada a cambio de una retribución económica, no es delito, pues es un acto propio de la esfera de libertad del individuo.⁸²

Cuando se habla de prostitución, es importante considerar que se puede enfocar desde distintos ángulos. Para algunos sería desde una perspectiva de salud o higiene pública, en cuanto es posible transmitir o contagiar enfermedades venéreas con esta actividad, para otros desde un planteamiento moralista social enfocado en la causa de la relación sexual, esto es, a cambio de dinero.

A partir de las modificaciones introducidas al Código Penal Español después de 1995, queda establecido con mayor claridad que el bien jurídico protegido en este delito es la libertad sexual de las personas, considerando además el desarrollo y formación del niño, niña o adolescente. Ahora bien, el pre citado cuerpo legal regula este injusto en el Capítulo V del Título VIII.

El Código Penal Español ha sufrido variadas modificaciones. Así, en 1995 se configuró el delito de determinación a la prostitución, construido en base a la tutela de la libertad sexual, incriminando de esta forma conductas que comportan la cercenación de la toma de decisiones en la esfera de la autodeterminación sexual. Y en efecto, las conductas típicas, centradas en determinar el ejercicio de la prostitución o el mantenimiento de las mismas, quedaron férreamente limitadas a las conductas “*lato sensu*” coactivas, comprensivas tanto de modalidades violentas o intimidatorias, como de conductas fraudulentas, o bien al prevalimiento de situaciones de necesidad o de superioridad en relación a la víctima. Se trataba, y en parte sigue tratándose ahora, de recoger una serie de medios típicos alternativos en los que se verificaba la determinación en condiciones de ausencia o limitación de libertad, al ejercicio de la

⁸² Cfr. Bustos Ramírez Juan, “Obras Completas. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Segunda Edición. Santiago de Chile.2009.p.201.

prostitución o a su mantenimiento. En todas estas modalidades se aprecia un consentimiento viciado, producto de la intervención de un engaño o ardid, o bien por la compulsión que padece la víctima por su situación de vulnerabilidad, de pobreza. Modalidades típicas concernientes al abuso de situación de necesidad o superioridad al empleo de medios coactivos.⁸³

2.1 Análisis ratio legis del art.188 del Código Penal Español.

El Artículo 188 del Código Penal español establece:

1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. Si la víctima fuera menor de dieciséis años, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Si los hechos descritos en el apartado anterior se cometieran con violencia o intimidación, además de las penas de multa previstas, se impondrá la pena de prisión de cinco a diez años si la víctima es menor de dieciséis años, y la pena de prisión de cuatro a seis años en los demás casos.

3. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación.

b) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

⁸³ Cfr. Quinteros Olivares Gonzalo, "Comentarios al Nuevo Código Penal" 4ta Edición, Thompson Aranzandi, 2004, p.994.

c) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se impondrá, además, una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

e) Cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas.

f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

4. El que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, será castigado con una pena de uno a cuatro años de prisión. Si el menor no hubiera cumplido dieciséis años de edad, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión.

5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.”⁸⁴

Análisis.

De acuerdo al actual artículo 188, se desprende la existencia de dos tipos distintos: uno básico (artículo 188. 1 CP) y otro agravado (artículo 188. 3 CP):

a) **Tipo básico** (artículo 188.1); comprende varias modalidades alternativas de comisión: *inducir, promover, favorecer o facilitar* la prostitución de un menor de edad o incapaz, todas ellas calificadas por cierto sector doctrinal como meras formas de "participación".

b) **Tipo agravado** (artículo 188. 3); el fundamento de la agravación-prevalimiento específico la condición de vulnerabilidad de la víctima conforme a su edad, enfermedad o discapacidad; que el sujeto activo se valga de su

⁸⁴ Código Penal y Legislación Complementaria. Actualizada al 31 de julio de 2015. Madrid-España.

superioridad o parentesco con el sujeto pasivo; valerse su condición autoridad, agente de ésta o funcionario público; cometer el injusto dos o más personas; pertenecer a una asociación u organización para cometer el delito. Impone penas superiores en grado a las señalados en el numeral 1.

2.2. Modificaciones legales.

a. Antecedente histórico.

La ley de 21 de julio de 1904, promulgada haciendo honor a los compromisos contraídos por España en el Convenio internacional de París de 15 julio de 1902, modificó, entre otros, el Código Penal de 1870 y en particular, el artículo 438 en lo concerniente al delito de favorecimiento de la prostitución de menores.

La prostitución o corrupción de menores ofende a la moral pública. No hay acuerdo entre los escritores sobre qué ha de entenderse por prostitución y qué es lo que sea corrupción. Sin ánimo de entrar en las polémicas levantadas en torno al concepto de prostitución consideramos tal, la entrega de una mujer a los apetitos deshonestos de cualquiera que la solicite mediante precio. Corrupción es la perversión de una mujer.

El Código castigaba en su artículo 438:

Al que habitualmente promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de una persona menor de veintitrés años.

Es uno de los llamados delitos de hábito. Bajo el imperio del Código de 1870, el Tribunal Supremo exigía para la habitualidad la repetición de un hecho por tres veces, influido por la definición contenida en el Código de 1848 a propósito de la atenuante de embriaguez. Suprimido el párrafo segundo de dicha atenuante, el concepto de habitualidad queda abandonado hoy al prudente arbitrio del juzgador. Según la jurisprudencia, se presume siempre en las dueñas de casas de citas o de lenocinio, las

cuales se reputan autoras (por omisión de la diligencia que exige su industria), aunque se hallen ausentes en el momento de la recepción de una menor en su establecimiento, sin que tampoco se admita la alegación del error acerca de la edad, pues se afirma que sólo la presentación de la partida de nacimiento es prueba fehaciente y exculpatoria. Doctrina ésta que muestra un rigor que si podría justificarse acaso en los procedimientos gubernativos, contradice la tesis comúnmente admitida en orden a la eficacia exculpatoria del error, cuando es esencial como sucede en estos casos.

2° Al que para satisfacer los deseos de un tercero con propósitos deshonestos, facilitare medios o ejerciera cualquier género de inducción en el ánimo de menores de veintitrés años, aun contando con su voluntad, y el que mediante promesas o pactos los indujere a dedicarse a la prostitución, tanto en territorio español como para conducirlos con el mismo fin al extranjero.

3° El que con el mismo objeto ayude o sostenga con cualquier motivo o pretexto la continuación de la corrupción o la estancia de menores de veintitrés años en casas o lugares de vicio.

Este caso y del número precedente son delitos de intención, pues de lo que se trata es de satisfacer los deseos deshonestos de un tercero, determinado o indeterminado. En todas las figuras hasta ahora enumeradas, la responsabilidad se agrava para el que realiza el hecho estando constituido en autoridad.

4° La persona bajo cuya potestad legal estuviere un menor, y que con noticia de la prostitución o corrupción de éste por su permanencia o asistencia frecuente a casa o lugares de vicio, no le recoja para impedir su consumación en tal estado y sitio, y no le ponga en su guarda o a disposición de la autoridad, si careciere de medios para su custodia. A estas omisiones equipara el Código las mismas conductas realizadas por el que, aun careciendo de potestad legal sobre el menor, le tuviere al tiempo del extravío de éste en su domicilio y confiado a su guarda y ejerciera sobre él de hecho una autoridad familiar o ético-social (artículo 439).

Estos delitos son de omisión propia. El deber omitido es el de asistencia moral, que incumbe a las personas mencionadas.⁸⁵

Algunas consideraciones respecto del artículo 438 del Código Penal Español de esa época.

- ✓ Como se aprecia de la norma citada precedentemente, la prostitución solo podía tener como sujeto pasivo de la acción a una mujer. A diferencia de hoy en día, en que el sexo del sujeto pasivo es irrelevante, pudiendo ser cualquier persona.
- ✓ Por otra parte, tanto la prostitución como la corrupción de menores, eran delitos que se consideraba que afectaban el honor de las personas. Lo cual no nos sorprende atendido el contexto histórico de su regulación. Actualmente el bien jurídico protegido es la libertad sexual y la dignidad personal. Particularmente respecto de los menores de edad se considera además su desarrollo sexual normal.
- ✓ La habitualidad, de conformidad con lo dispuesto por el Tribunal Supremo de la época, lo configuraba un mínimo de 3 repeticiones. La legislación vigente no se pronuncia sobre este requisito tan específico para configurar la habitualidad.
- ✓ Otro elemento a considerar, es la edad. El artículo 438 del Código Penal, consideraba menores de edad a las personas hasta los veintitrés años,

⁸⁵ Cfr. Antón Omeca J. y Rodríguez Muñoz J.A.; Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II. Madrid- España. (1949). p.p 269 y 270.

rango etario que en estos tiempos no es aplicable, toda vez que, la mayoría de edad se alcanza a los 18 años.⁸⁶

- ✓ Para la doctrina de la época, la prostitución infantil era un delito de intención, toda vez que pretende la satisfacción de los deseos de un tercero. Actualmente la mayor parte de la doctrina lo considera como un delito de resultado, esto es, tipos cuyo contenido consiste en la producción de un efecto separado espacio-temporalmente de la conducta. La producción de ese resultado constituye la consumación formal del tipo.

En este sentido, es fundamental la modificación introducida al Código Penal por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995. Algunos autores han señalado sobre esta modificación lo siguiente:

“En términos generales puede afirmarse que la reforma operada en este Capítulo por el CP de 1995 fue positiva, ya que aportó sustanciosas mejoras a la regulación hasta entonces vigente en el ámbito de los "Delitos relativos a la prostitución", bastante anacrónica y del todo obsoleta. Simplificó considerablemente el número de figuras delictivas existentes bajo la derogada normativa, clarificando los correspondientes tipos penales al disminuir su exagerado casuismo y su confusa y reiterativa reglamentación. Hizo igualmente desaparecer la inexplicable incongruencia punitiva presente en el derogado CP de castigar más severamente la conducta consistente *en favorecer* la prostitución cuando quienes la ejercían eran personas mayores de edad que cuando se trataba de menores, eliminando, al propio tiempo, ciertas hipocresías legales subyacentes a determinados tipos sancionadores del negocio del comercio camal (v.gr., los relativos al rufianismo y proxenetismo financiero), que en la práctica se materializaban en la impunidad de las respectivas

⁸⁶ Real Decreto Ley N°33, 16 de noviembre de 1978, sobre mayoría de edad, que modifica al Código Civil Español, en su artículo 19.

conductas castigadas en ellos, debido al alto grado de tolerancia social reinante en torno a las mismas".⁸⁷

Por su parte, la redacción dada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril (B.O.E. núm. 104, de 1 de mayo) expresó:

1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Será castigado con las mismas penas el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.
3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior y además la pena de Inhabilitación absoluta de seis a doce años, a los que realicen las conductas descritas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
4. Si las mencionadas conductas se realizaren sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciada o mantenerla en una, situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores.
5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.⁸⁸

Como señale, el legislador de 1995 configuró el delito de determinación a la prostitución de acuerdo con el criterio sistemático básico, esto es, la tutela de la libertad sexual y así, toda conducta contraria a esta libertad, que prive al individuo de la

⁸⁷ Cfr. Cobo del Rosal Manuel. "Derecho Penal Español", Parte Especial. Segunda edición, revisada y puesta al día con las últimas reformas. Madrid- España. (2005). p.308.

⁸⁸ Clemente Duran, Carlos. "Código Penal con Jurisprudencia sistematizada", 2º Edición, Editorial Tiro lo Blanch, Valencia (2006), p. 659.

especie humana de la posibilidad de tomar una decisión libre y consentida en la esfera de su autodeterminación sexual será punible y en consecuencia, las conductas típicas centradas en determinar el ejercicio de la prostitución o el mantenimiento de la misma quedaron férreamente limitadas a las conductas «lato sensu» coactivas, comprensivas tanto de modalidades violentas o intimidatorias, como conductas fraudulentas o bien, al prevalimiento de situaciones de necesidad o de superioridad con relación a la víctima. Se trataba, y en parte sigue tratándose, de recoger una serie de medios típicos alternativos en los que se vivificaba la determinación, en condiciones de ausencia o limitación de libertad, al ejercicio de la prostitución o a su mantenimiento. El presupuesto típico de todas estas modalidades era un consentimiento “prima facie” ausente, viciado. La reforma de 1999 reafirma como modalidad de comisión de este delito a la compulsión existencial que padece la víctima por sus situaciones de vulnerabilidad, relativas al engaño o ardid o, pobreza o temor, sumadas a las ya conocidas, relativas al abuso de su situación de necesidad o superioridad y empleo de medios coactivos.⁸⁹

El artículo citado supra, fue modificado por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, el cual da medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (B.O.E. núm. 234. de 30 de septiembre de 2003), siendo su redacción originaria como sigue:

1. El que determine, coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Incurrirán, además, en la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevaliéndose de su condición de autoridad pública, agente de ésta o funcionario público.
3. Si aquellas conductas se ejercieren sobre persona menor de edad o incapaz, se impondrá la pena superior en grado.

⁸⁹ Cfr. Quinteros Olivares Gonzalo, “Comentarios al Nuevo Código Penal” 4ta Edición, Thompson Arzandi, 2004, pp.339-340.

El contexto de una opción de política criminal básica, fue la opción del legislador español, quien optó por no incriminar las conductas satelitales libremente ejercidas, no obstante lo anterior, la reforma al Código Penal del año 2003 rompe esta sistemática, ya que incrimina conductas que anteriormente no eran punibles; así, la mera explotación, aun cuando fuera consentida, de un mayor de edad, con la agravación de haber usado al menor, provoca que la norma del artículo 187 del Código Penal Español quede sin sentido al expulsar todas las hipótesis previstas en esta disposición referidas al lucro por explotación. Esta incriminación al proxenetismo como tal, sin realizar distinciones, retrotrae la legislación española, en esta materia, a situaciones previas al Código Penal de 1995.⁹⁰

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio de 2010, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en su apartado cuadragésimo octavo y cuadragésimo noveno, los delitos de favorecimiento a la prostitución, reestructurando su composición.⁹¹

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de 2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995⁹², de 23 de noviembre, modifica al Código Penal, quedando el artículo 188, con su redacción actual. Con esta reforma se propende alcanzar un sistema penal más ágil y coherente y a la creación de nuevas figuras penales, a la que se adecuan algunos delitos a fin de brindar una respuesta acorde a los nuevos tiempos

⁹⁰ Cfr. Quinteros Olivares Gonzalo, "Comentarios al Nuevo Código Penal" 4ta Edición, Thompson Arazandi, 2004, p.340.

⁹¹ <http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>. Cuadragésimo octavo. Los actuales apartados 2 y 3 del artículo 187 pasan a ser apartados 3 y 4, se modifica el apartado 1 y se añaden dos nuevos apartados 2 y 5, quedando redactados como sigue: «1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz será castigado con las penas de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá al que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz. 2. El que realice las conductas descritas en el apartado 1 de este artículo siendo la víctima menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años. 5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores e incapaces.» Cuadragésimo noveno. El actual apartado 4 pasa a ser apartado 5 y se modifican los apartados 2, 3 y 4 del artículo 188, que quedan redactados como sigue: «2. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de cuatro a seis años. 3. El que lleve a cabo la conducta prevista en el apartado anterior, siendo la víctima menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años. 4. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años. b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades. c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.»

⁹² Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. <http://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf>.

a la delincuencia, como asimismo a responder a los compromisos internacionales adquiridos por España.

b. Bien jurídico protegido: “Libertad sexual y dignidad personal”.

Todos los delitos agrupados en el Capítulo V Título VIII, tienen en términos generales como bien jurídico protegido la libertad sexual y con ella la dignidad personal, de quienes se encuentran en riesgo de ser compelidos de cualquier forma al ejercicio de la prostitución y la de quienes ya la ejercen, para el supuesto de que quieran dejar de trabajar con su propio cuerpo. En este sentido no debemos perder de vista que para determinar con mayor y mejor precisión el bien jurídico protegido se deben considerar las características personales del sujeto pasivo y el injusto de que se trate.

Tratándose de los siguientes tipos penales: prostitución, explotación sexual y corrupción de menores, (menores de 18 años de edad) el interés tutelado será la indemnidad sexual, esto es, su respectivo derecho a no sufrir interferencias por parte de terceros, en el bienestar psíquico y un adecuado proceso de formación sexual; en el caso de las personas mayores de 18 años, el bien jurídico protegido es la libertad sexual.

Este tipo de delitos ha obligado a los Estados a suscribir convenios internacionales ya que, sin duda alguna, este es un fenómeno global que debe ser fuertemente reprimido y que lleva a convertir a la persona en mercadería de uso público que se ofrece al mejor postor, debiendo reprimirse penalmente una actividad en la que el afán de lucro desconoce la dignidad de la persona humana afectando su libertad, especialmente en su ámbito sexual. Así también lo ha entendido la jurisprudencia al señalar que: “El bien jurídico protegido es la libertad sexual, o sea, el derecho de todas las personas a la autodeterminación sexual, si bien, tratándose de

menores, se extiende a la libre formación de la sexualidad hasta el momento de poder ejercer la autodeterminación”.⁹³

2.3. Requisitos del tipo penal.

Los requisitos establecidos para el tipo penal en comento, son los siguientes:

1º) Que el sujeto pasivo sea un menor de 18 años o un incapaz, según la definición que da el art. 25 del Código Penal ⁹⁴, es decir, una persona que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernarse por sí misma, debiendo entenderse, para los casos como el presente, que esa facultad de gobierno ha de referirse al ámbito de lo sexual.

En este sentido es necesario hacer presente que en los injustos en que la edad constituye un requisito legal, es fundamental establecer si se trata de delitos dolosos o si es posible en un tipo culposo o imprudente.

En este ilícito solo cabe el tipo doloso, en cuanto al delito imprudente no es posible por la estructura típica, toda vez que la falta de conocimiento (como el error inevitable o evitable) elimina el dolo y esa conducta quedaría sin sanción penal. Este injusto no admite la tentativa.

2º) El núcleo de la acción delictiva, ha de consistir en inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución del mencionado menor o incapaz. Todo lo anterior se encuentra reforzado por la jurisprudencia española en fallo del STS 1016 del año 2003, en sus considerandos 2 al 7º.⁹⁵

3º) Finalmente, si trata del tipo agravado se requerirá tener una calidad especial.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Artículo 25. A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.

⁹⁵ Cfr. Quinteros Olivares Gonzalo, “Comentarios al Nuevo Código Penal” 4ta Edición, Thompson Aranzandi, 2004, p.657.

a. Del sujeto activo.

La jurisprudencia española ha señalado que: “La conducta delictiva no queda limitada a quien se enriquece con las relaciones sexuales que mantiene un tercero con los menores a cambio de dinero, sino que también comprende a quienes mantienen directamente dichas relaciones sexuales con los menores, sin con ello se induce, promueve, favorece o facilita su prostitución” (STS 1743/99, 9-12). Pero también se ha señalado que el intermediario es sujeto activo de este tipo de delitos, así la jurisprudencia nos ilustra señalando que: “Sujeto activo del delito puede ser cualquiera, tanto el que actúa de intermediario en la operación como el que da el dinero a cambio de su propio goce libidinoso, o cuantos participan en el hecho bien en calidad de inductores, cooperadores necesarios o cómplices. Muy particularmente puede serlo el "cliente" que se beneficia del sexo ajeno y paga el servicio recibido, como acordó esta sala en reunión plenaria de 12.2, 99”.⁹⁶

Así, vemos que el sujeto activo del injusto, puede ser cualquier persona (hombre o mujer) que se enriquezca o tenga un trato sexual con niño, niña o adolescentes. En este sentido cabe traer a colación la siguiente sentencia: “....S.T.S. 2/7/2003...el sujeto activo del delito puede ser, tanto el que actúa de intermediario en la operación como el que da el dinero a cambio de su propio goce sexual, o cuantos participan en el hecho bien en calidad de inductores, cooperadores necesarios o cómplices.”⁹⁷ Conforme a lo expuesto puede tener la calidad de cliente, o de quien mantiene directamente la relación sexual con el sujeto pasivo; quien se enriquece con el comercio sexual actuando como intermediario en la operación; y quien interviene como inductores, cooperadores necesarios o cómplices. Salvo en el caso del tipo agravado en que se requiere de una cierta calidad como detentar la condición de autoridad, agente o funcionario público.

⁹⁶ Ibídem.

⁹⁷ Cfr. Bustos Ramírez Juan, “Obras Completas. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Segunda Edición. Santiago de Chile.2009.p.203.

Obviamente, el sujeto pasivo en este tipo penal puede ser cualquier niño, niña o adolescentes.

En cuanto a la participación, ésta es sancionable tratándose de la promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución de menores de edad, como actividad accesoria y por supuesto que para ser sancionada deben cometerse dolosamente.

b. Conducta delictiva: “Inducción, promoción, favorecimiento o facilitación”.

La jurisprudencia española ha sido clara al tratar cuál es la conducta que debe ser considerada como delictiva. Así, ha expresado que: “Sólo se comprenden los actos de iniciación o mantenimiento en la prostitución y de este modo, sólo son delictivas las relaciones sexuales que inician a los menores en la prostitución o que les inducen a continuar en esa situación a cambio de dinero”.⁹⁸

En definitiva y como en forma clarificadora se expresa en otro fallo: “Lo que hemos de tener en cuenta para determinar si existe o no este delito es el comportamiento del sujeto activo del delito en cuanto que constituye esa inducción o facilitación que puede servir para una futura prostitución o como obstáculo para un abandono, nunca imposible, de quien ya la ejerce. Comportamiento que, desde esta perspectiva, ha de tener un doble contenido, pues ha de tratarse de realización de acto o actos de significación sexual y, además, a cambio de una contraprestación económica. Sin tal doble contenido no se concibe que pueda haber una incitación a la prostitución”⁹⁹. Así entendidas las cosas y como lo he expresado en esta investigación, no se comprenden actos aislados de prostitución; de esta forma, incluso, aunque el agente conozca que el sujeto pasivo es menor o incapacitado.

Al igual que en nuestra legislación la conducta prohibida y constitutiva del tipo penal es la de promover o facilitar la prostitución, para satisfacer los deseos de otro. “Promover”; es iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro, y

⁹⁸ Ibídem.

⁹⁹ Clemente Duran, Carlos. “Código Penal con Jurisprudencia sistematizada”, 2º Edición, Editorial Tiro lo Blanch, Valencia (2006), p.657.

“Facilitar”; es hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin¹⁰⁰, conceptos que coinciden con los descritos por nuestra doctrina a propósito de este delito.¹⁰¹

CAPITULO III. PROPUESTAS DE INTERPRETACIÓN NORMATIVA.

1.- Principio In Dubio Pro Reo.

Como respuesta frente a la problemática de aplicar la norma de una manera más certera a la luz de los principios del Derecho Penal, encontramos como una solución adecuada, la aplicación del principio *in dubio pro reo*. Cuando nos referimos a este principio, para los efectos de este trabajo, lo primero que debemos tener en consideración, es lo dispuesto en el artículo 351 del Código Procesal Penal, en relación a la reiteración de crímenes o simples delitos, a saber:

Artículo 351. Reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie. En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de la misma especie se impondrá la pena correspondiente a las

¹⁰⁰ Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición.

¹⁰¹ Como por ejemplo lo ilustra don Alfredo Etcheverry, para quien la actividad de promover la prostitución significa tomar la iniciativa en determinar a otro a dedicarse a la prostitución, y comprende la instigación; en tanto facilitar para él es una conducta menos activa que la anterior y supone ya solamente una modalidad de cooperación a una iniciativa ajena (Derecho Penal, parte especial, tercera edición actualizada, pág. 78). Por su parte, “prostitución” es el comercio sexual ejercido públicamente, con el propósito de lucrarse (Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial, segunda edición actualizada, de los autores Politoff, Matus y Ramírez, pág. 283). Podemos entonces entender que ya comete este delito el que incita o estimula a un menor para ejercer el comercio sexual, máxime si le facilita los medios para hacerlo, y los autores están contestes en que es irrelevante que el menor ofendido haya estado ya prostituido, porque comete también el delito el que incita a un menor a mantener por cualquier medio la prostitución ya iniciada (Politoff, Matus y Ramírez, y Etcheverry, obras citadas). (...) Esto es, no debe apuntar a satisfacer los deseos propios de los autores o agentes, en cuyo caso se estaría en la hipótesis de otro tipo penal, como podría ser en el de la violación o estupro.

diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados.

Si, por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos.

Podrá, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguirse este procedimiento, hubiere de corresponder al condenado una pena menor.

Para los efectos de este artículo, se consideraran delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico.

Por otra parte, además debemos considerar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 367 del Código Penal, que establece una pena mayor (aumentada en uno o más grados), en los casos en que concurre la circunstancia de la “habitualidad”. En este sentido, la pregunta que nos debemos formular es: ¿Qué norma debe prevalecer al momento de dictar una sentencia?

La respuesta, por cierto, no es pacífica, toda vez que se divide entre una parte de la doctrina y de la jurisprudencia que señala que siempre debe primar el principio pro reo, inclinándose por aquello que favorece al condenado y otra parte de ella que señala que debe primar la norma específica, esto es, el inciso segundo del artículo 367 del Código Penal; otros señalan que debe aplicarse en estos casos el artículo 351 del Código Procesal Penal. En este último sentido se encuentran las sentencias Rit: 33-2003 del TOP de Curicó y Rit. 1-2003 del TOP de La Serena.¹⁰²

¹⁰² Cerda San Marín Rodrigo; Hermosilla Iriarte Francisco. “Repertorio de Jurisprudencia del Código Procesal Penal”; Primera Edición. Editorial La Araucana Limitada. Año 2004. p.p. 429 y 436.

Por su parte el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, RIT N° 239-2007, aplica indistintamente ambos preceptos mencionados, para sancionar el delito de violación reiterada y el delito de promoción de la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, en carácter habitual.¹⁰³

Considerando que lo favorable u odioso de una norma puede deberse a diversas circunstancias, como bien lo expresó Cousiño, la solución que propongo para interpretar la norma del artículo 367, inciso segundo del Código Penal y lo preceptuado por el artículo 351 del Código Procesal Penal, que dice relación con lo señalado por Jiménez de Asúa, en cuanto "Ha de estimarse como ley más benigna la que haga imposible la penalidad del acusado o de lugar a una pena menos grave, ya porque modifique los elementos constitutivos del tipo de delito, las circunstancias calificativas o las condiciones objetivas de punibilidad, o porque introduzca nuevas causas eximentes o atenuantes o suprima algunas agravantes, o porque modifique favorablemente la definición de tentativa o los grados de codelincuencia, o porque aumente el número de las causas extintivas de la responsabilidad criminal o acorte los plazos de prescripción, o altere en sentido más benigno, la graduación de las penas, su número, su entidad o su duración o el número y naturaleza de las penas accesorias, ya porque señale a un concreto delito un género de pena más benigna o de duración más breve, o bien, en caso de leyes procesales penales, cuando éstas hagan imposible, por ejemplo, la punición del acusado o aumenten las garantías de su defensa".¹⁰⁴

En este sentido, y en concordancia con lo señalado por Cousiño, para aplicar una u otra disposición, esto es, ya sea el artículo 367 inciso 2 del CP o bien, aplicar la norma del artículo 351 del CPP, se deberían seguir los siguientes criterios diferenciadores:

1º Lo favorable u odioso de una ley debe juzgarse en el caso en concreto, pues, como he dicho, no siempre se va a deducir de su comparación en abstracto. Para esto, el juez debe considerar paralelamente el resultado a que se llegaría con una y otra ley

¹⁰³ Fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, don Felipe Ortiz de Zárate Fernández, doña Raquel Ross Maldonado y don Andrés Provoste Valenzuela. RUC N° 0700425469-9.RIT N° 239-2007, de 21 de febrero de 2008. Considerando décimo quinto.

¹⁰⁴ Cousiño Mac Iver, Luis "*Derecho Penal Chileno*", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1era Edición, 1975, p.128.

y aplicar la más benévola. Esta es la jurisprudencia del Landsgencht en Alemania, según cita de Maurach, quien afirma que: "Más benigna, es la ley más favorable en el caso concreto".¹⁰⁵

- 2º La decisión sobre lo favorable u odioso de una ley, corresponde exclusivamente a los jueces, sin que pueda dejarse la elección al reo, por razones evidentes de orden público. En este sentido, Cuello Calón apoya esta última solución, por considerarla más racional, ya que nadie está en mejores condiciones para conocer las disposiciones que le son más beneficiosas.
- 3º Debe atenderse primordialmente a la naturaleza intrínseca de la pena, antes que a su quantum, pues es evidente que hay penas que, no obstante su mayor duración, resultan menos odiosas y aflictivas que otras más cortas, como sería el caso de las privativas de derechos frente a las privativas de libertad. Sin embargo, este criterio no es absoluto y, en caso de grandes desproporciones, es posible llegar a soluciones distintas como la de estimar más benigna una prisión de sesenta días a pesar de ser privativa de libertad, que una relegación perpetua por un largo tiempo.
- 4º Siguiendo este orden de ideas, después de analizar la determinación de la pena con ambas normas, es posible dar un sentido a la aplicación de las mismas, para determinar si la aplicación de la norma del 367 inciso segundo del Código Penal, es más beneficioso que la del artículo 351 del Código Procesal Penal, no siendo posible una aplicación en abstracto. Lo que sí está claro, a estas alturas, es que una aplicación conjunta vulneraría el principio de *non bis in ídem* y sería una aplicación contraria al reo. Por ende, toda interpretación de una norma debe mirar la sanción más adecuada, racional y proporcional al grado de reproche penal en la conducta desvalorada.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Cousiño Mac Iver, op.cit, p.129.

¹⁰⁶ Cfr. Cousiño Mac Iver, Luis "Derecho Penal Chileno", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1era Edición, 1975, pp. 128-129.

CONCLUSIONES.

A lo largo de este trabajo he podido constatar, que como bien señala Rodríguez Collao, nos encontramos ante un injusto o, si se quiere, frente a un delito que se comete en forma habitual o reiteradamente en el tiempo. De esta manera, si se dan las condiciones anteriormente expuestas, la misma ley, en el artículo 367 inciso segundo del Código Penal, agrava la responsabilidad penal del infractor, aumentándola en uno o más grados. Así también, y como lo ha señalado la jurisprudencia española, no se cometen actos aislados de prostitución, castigándose, únicamente, la figura de mantenimiento del estado de prostitución. Esta idea es apoyada por el profesor Soler, quien al analizar el tipo penal en el derecho Argentino, señala que los actos sexuales deben ser efectos de la corrupción, perverso, lujurioso y habitual.

Finalmente y considerando lo expuesto por el derecho comparado y nacional, se valida la interpretación, anteriormente expuesta, del artículo 367 inciso 2º del Código Penal, en tanto que no es posible dar aplicación a la hipótesis de reiteración del

351 del Código Procesal Penal, por cuanto el propio artículo 367 inciso 2º contempla una figura agravada, especial, para este delito, en caso de mantenerse la conducta en el tiempo, esto es, tener un carácter de habitual, de manera que la aplicación del artículo 351 ya citado, implicar necesariamente una doble calificación del mismo tipo penal, vulnerándose lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal.

BIBLIOGRAFÍA.

1. Antón Omeca J. y Rodríguez Muñoz J.A.; Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II. Madrid- España. (1949).
2. Aguilar, Aranela, Cristian. *“Delitos Sexuales Doctrina y jurisprudencia”*, Segunda edición, Editorial Metropolitana, Santiago, abril (2012).
3. I. Arroyo Zapatero, I. Berdugo Gómez de la Torre, J.C. Ferré Olivé, N. García Rivas, J.R. Serrano Piedecabras, J.M^a Terradillos Basoco; Comentarios al Código Penal. Iuste. Madrid- España. (2007).
4. Asociación Chilena pro Naciones Unidas, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, Fundación Margen, Instituto Interamericano del Niño, Ministerio de Justicia. Santiago, Chile, junio 2000.
5. Informe de Comisión Constitución, Legislación y Justicia a la Cámara de Diputados. Boletín 2906-07, 14 de mayo de 2003. Biblioteca del Congreso Nacional.

6. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, *“El Derecho penal sexual moderno: ¿afirma seriamente los que dice?”*, 2009 [en línea] [fecha de consulta: 4 de agosto de 2011] disponible:
http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Bascunan_PV.pdf
7. Blanco G.; Luis. *“Prostitución Infantil Tráfico de menores y Turismo Sexual” Ensayo socio jurídico de la explotación sexual, comercio infantil* Editorial Ad HOC, Buenos Aires Argentina, 2008.
8. Boletín Oficial del Estado. Miércoles 23 de junio de 2010. <http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>.
9. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. <http://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf>.
10. Bustos Ramírez, Juan. *“Obras Completas. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II”*. Segunda edición. Ediciones Jurídicas de Santiago. Santiago de Chile. Año 2009.
11. CANALES NETTLE, Patricia. *“La Regulación de la Prostitución en la Legislación Comparada”*. [en línea] Serie Estudios N° 325 – Biblioteca del Congreso Nacional [fecha de consulta: 4 de julio de 2011] Disponible en: http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro325.pdf.
12. Carnevali Rodríguez, Raúl *“Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales”*. Defensoría Penal Pública Informe en Derecho N° 2, Agosto 2012.
13. Cerda San Marín Rodrigo; Hermosilla Iriarte Francisco. *“El Código Procesal Penal”*; Segunda Edición Actualizada. Ed. Librotecnia. Año 2006.
14. Cerda San Marín Rodrigo; Hermosilla Iriarte Francisco. *“Código Penal”*; Segunda Edición Actualizada. Ed. Librotecnia. Año 2006.
15. Cerda San Marín Rodrigo; Hermosilla Iriarte Francisco. *“Repertorio de Jurisprudencia del Código Procesal Penal”*; Primera Edición. Editorial La Araucana Limitada. Año 2004.
16. Cobo del Rosal Manuel. *“Derecho Penal Español”*. Parte Especial. Segunda edición, revisada y puesta al día con las últimas reformas. Madrid- España. (2005).

17. Clemente Duran, Carlos. *“Código Penal con Jurisprudencia sistematizada”*, 2º Edición, Editorial Tiro lo Blanch, Valencia (2006).
18. Compilación Normativa. Edición 2015. Código Penal. ADEF Chile.
19. Compilación Normativa. Edición 2015. Código Procesal Penal. ADEF Chile.
20. Código Penal y Legislación Complementaria. Actualizada al 31 de julio de 2015. Madrid-España.
21. Cousiño Mac Iver, Luis *“Derecho Penal Chileno”*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, 1975.
22. Constitución Política de la República de Chile. Ed. Lexis Nexis. Año 2006.
23. Cury Urzua, Enrique *“Derecho Penal Parte General”* Ediciones Universidad Católica de Chile; Séptima Edición, Marzo 2005.
24. Cury Urzua, Enrique, *“Derecho Penal”. Parte General, Tomo I”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.(1998)
25. Díez Ripollés, José Luis, *“El Derecho penal ante el sexo”*, Barcelona, Editorial Bosch S.A., 1981, pág. 255.
26. Dona E., Edgardo. *“Derecho Penal Parte Especial”*, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni. Editores, Buenos Aires, Argentina, (1999).
27. Dona E. Edgardo. *“Delitos contra la Integridad Sexual. Segunda Edición Actualizada”*, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, (1999).
28. Etcheberry, Alfredo *“Derecho Penal Parte Especial. Tomo IV”* Tercera Edición, Revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, (1998).
29. Explotación Sexual Comercial Niños, Niñas y Adolescentes ESCNNA Material didáctico para la prevención, detección temprana y protección de niños, niñas y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial. ONG RAICES.
30. Garrido Guzmán, Luis, *“La prostitución: estudio jurídico y criminológico”*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1992.
31. Garrido Montt, Mario *“Derecho Penal Parte Especial. Tomo III”* Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002.
32. Gimbernat Ordeit. *“Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal”*. Madrid 1999.
33. Gonzalez Jara, Manuel A.: *“El delito de promoción o facilitación de corrupción o prostitución de menores”*. Santiago. Año 1986.

34. Hassemer, *"Fundamentos del Derecho Penal"*. Barcelona 1984. (Traducción F. Muñoz Conde/L Arroyo Zapatero).
35. <http://www.rae.es/obras-academicas/diccionarios/diccionario-de-la-lengua-espanola>.
36. <http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/delitosderesultadoydemeraactividad.html>.
37. <http://lema.rae.es/drae>.
38. http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502013000100007&script=sci_arttext.
39. <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#17>.
40. <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>
41. Informe de monitoreo de país sobre la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. Chile. (2014).
42. Larenz, *"Metodología de la ciencia del Derecho"*. Barcelona, 1994. (Traducción. Rodríguez Molinero).
43. Mir Puig Santiago. *"Derecho Penal; Parte General"*. Octava Edición. Ed. B de F. Año 2008.
44. Muñoz Sáez, Tamara. "La regulación del comercio sexual en Chile a la luz del derecho penal sexual moderno", monografía.
45. Novoa Monreal Eduardo. *"Curso de Derecho Penal Chileno"*. Año 1984.
46. Politoff, Matus, Ramírez, *"Lecciones de derecho penal Chileno Parte Especial"* Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile Santiago de Chile Junio de 2005.
47. Politoff, Matus, Ramírez. *"Lecciones de Derecho Penal Parte General"* Editorial Jurídica de Chile, segunda edición noviembre de 2004.
48. Quinteros Olivares Gonzalo, *"Comentarios al Nuevo Código Penal"*. 4ta Edición, Thompson Arazandi, 2004.
49. Quinteros Olivares Gonzalo, *"Comentarios a la parte especial del Derecho Penal"*, 5ta Edición, Thompson Arazandi, 2005.
50. Real Decreto Ley N°33, 16 de noviembre de 1978, sobre mayoría de edad, que modifica al Código Civil Español, en su artículo 19.
51. Rodríguez Collao, Luis. *"Delitos Sexuales"*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2000).
52. Rodríguez Collao, Luis. "Sobre la regulación de los delitos contra la integridad

- sexual en el Anteproyecto de Código Penal”.
53. Rodríguez Devesa, José María, Serrano Gómez, Alfonso. “Derecho Penal Español”. Parte Especial. Editorial DYKINSON. Madrid-España. (1994).
 54. Roxin Claus, “*Derecho Penal Parte General*”. Editorial Civitas, Tomo II, 1997.
 55. Sáez, Carolina y Aravena, Fabián. “*El derecho a ejercer el comercio sexual en Chile*”. 2008 [en línea] [fecha de consulta: 4 de julio de 2011] Disponible en:http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Carolina-Saez_1252892295.pdf,
 56. Suarez-Mira Rodríguez, Carlos, Judel Prieto, Angel, Pinol Rodríguez, José Ramón; Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. Editorial Thomson Civitas. Madrid- España. (2007).
 57. Velásquez, “*Derecho Penal, Parte General*”. Santiago 2009.
 58. Vera Azúcar/Sepúlveda Sánchez. “*Aproximaciones a los bienes jurídicos protegidos y a las cuestiones concursales en el ámbito de los delitos vinculados a la pornografía infantil*”. Revista Jurídica del Ministerio Público. Año 2009.
 59. Vid. Carnevali Rodríguez, Raúl “Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales “Defensoría Penal Pública Informe en Derecho N° 2, Agosto 2012.
 60. VV.AA “*Textos y Cometarios del Código Penal Chileno*”. Tomo I Editorial Jurídica de Chile año 2002.
 61. Zaffaroni Eugenio Raún. “*Manual de Derecho Penal; Parte General*”. Ed. Ediar, 2006.

JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EXTRANJERA.

62. STS Español Recurso de Casación 3085/1994.
63. ICA de Rancagua Recurso de Nulidad Rol Corte 138-2007.
64. ICA de Valdivia Recurso de Nulidad Rol Corte 32-2009.

65. Sentencia TOP Melipilla. Rit 22-2011.
66. Recurso de Nulidad Itma. Corte de Apelaciones de San Miguel, en causa Rit 22-2011, del TOP de Melipilla.
67. Sentencia TOP Puente Alto, de 07 de agosto de 2012, causa RUC 0901073660-6.
68. Sentencia 6º TOP Santiago, causa RUC 0900842045-6 Rit 764-2010.
69. Sentencia TOP de Santa Cruz, de 10 de noviembre de 2007, causa RUC: 0600733970 2. Rit 16 - 2007.
70. Sentencia del TOP de Iquique, de 21 de febrero de 2008, causa RUC: N°0700425469-0. Rit N° 239-2007.