



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**EL TRABAJO SEXUAL EN EL DEBATE FEMINISTA Y SU TRATAMIENTO EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL CHILENO**

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

CAROLINA ALEJANDRA SEPÚLVEDA VARELA

19.238.102-9

Profesora guía: DRA. ROCÍO LORCA FERRECCIO

SANTIAGO

2019

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES GENERALES	15
1. El feminismo	15
1.1. Las principales corrientes del Feminismo.....	16
1.1.1. El feminismo liberal.....	16
1.1.2. El feminismo socialista.....	17
1.1.3. El feminismo radical.....	18
2. La prostitución.....	19
2.1. Antecedentes históricos y evolución de la prostitución	20
2.2. La prostitución como trabajo sexual	23
3. Trata de personas versus trabajo sexual	24
3.1. Concepto de trata de personas	24
CAPÍTULO II: LAS POSTURAS DEL FEMINISMO ANTE EL TRABAJO SEXUAL ..	27
1. La postura abolicionista.....	28
2. La postura regulacionista.....	34
CAPÍTULO III: LA REGULACIÓN DEL TRABAJO SEXUAL Y LOS DELITOS RELACIONADOS A LA PROSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL CHILENO.....	41
1. Los modelos de regulación posibles.....	42
1.1. El modelo reglamentarista.....	42
1.2. El modelo abolicionista.....	43
1.3. El modelo prohibicionista	45
1.4. El modelo laboral o de legalización	46
2. Los delitos relacionados con la prostitución.....	46

2.1.	Los delitos relacionados a la prostitución de menores.....	47
2.1.1.	La forma delictiva del artículo 367: la promoción o favorecimiento de la prostitución infantil	48
2.1.2.	La forma delictiva del artículo 367 ter: obtención recompensada de servicios sexuales de menores de edad	51
2.1.3.	Algunos problemas respecto al bien jurídico protegido por estos delitos ..	52
2.2.	Los delitos relacionados con la trata de personas	55
2.2.1.	La forma delictiva del artículo 411 quáter: trata de personas con fines de explotación sexual o laboral	56
2.2.2.	La forma delictiva del artículo 411 ter: ¿trata de personas voluntaria?	62
3.	Análisis de la regulación penal chilena de la prostitución a la luz del Feminismo ...	66
	CONCLUSIONES.....	73
	BIBLIOGRAFÍA	75

A mis padres y hermanas,
por acompañarme en este proceso.
Y, sobre todo, a mis compañeras feministas,
porque nuestra lucha inspiró esta tesis.

*“Entonces, cuando estoy conversando con una mujer prefiero no preguntarle
qué tipo de explotación ha podido tolerar, sino hablar sobre
cómo luchamos juntas para ampliar las posibilidades”.*

Silvia Federici

RESUMEN

Este trabajo aborda, en primer lugar, el intenso debate que desde hace ya varias décadas se viene produciendo al interior del feminismo en torno a la problemática de la prostitución o trabajo sexual –según la denominación que se favorezca–, exponiendo los principales argumentos tanto de la tesis abolicionista como de la tesis regulacionista. Luego, se realiza un análisis sistemático de los tipos penales relacionados a la prostitución que el ordenamiento jurídico penal chileno actual contempla, para luego determinar a qué modelo paradigmático de regulación del trabajo sexual se acerca la legislación criminal chilena, con el objeto de analizarla críticamente tanto a la luz del abolicionismo como del regulacionismo, siendo esta última la postura que se favorece en esta memoria.

INTRODUCCIÓN

Suele hablarse de la prostitución como el “oficio más antiguo del mundo”, y aunque en la actualidad sigue siendo una realidad innegable alrededor de todo el globo, muy poco se habla sobre el tema en nuestro país. Al día de hoy, en Chile este tópico tan controversial no ha sido tratado en el debate público ni en la discusión académica; tampoco, sorprendentemente, en los círculos de organizaciones políticas y sociales feministas que han proliferado los últimos años como producto del renacer del movimiento feminista chileno que podríamos situar a fines de 2016, con la fuerte movilización social en reacción a la violencia machista que acuñó la consigna “Ni Una Menos”.

A pesar de su larga data, la prostitución constituye todavía una actividad cubierta por un velo de misterio, ilegalidad e inmoralidad, aunque por otra parte parece ser -al menos- pasivamente aceptada por la sociedad como algo “inevitable”, justamente pues se entiende que ha existido desde siempre. No obstante aquello, el tratamiento legal de la prostitución es una cuestión sumamente disímil entre los países occidentales, y varía de Estado en Estado según criterios difíciles de identificar. Así, por ejemplo, Holanda es famosa por tener una regulación que permite el ejercicio de la prostitución¹, mientras que en Suecia el consumo de servicios sexuales es constitutivo de delito², y en Estados Unidos se criminaliza tanto la conducta de la persona que se prostituye, como la del proxeneta y del cliente³.

De larga data son también las intensas discusiones que el fenómeno de la prostitución ha suscitado dentro del feminismo en algunos lugares del mundo. A pesar de aquello, el movimiento feminista se encuentra francamente dividido en lo que a este tema respecta. El nudo principal de la división estriba en si la prostitución constituye una forma de perpetuar la desigualdad y la dominación masculina sobre las mujeres y por lo tanto dicha práctica debería ser abolida, o si, en cambio, la actividad que realizan esas mujeres puede ser producto de una decisión voluntaria que debe ser reconocida como trabajo, y por lo tanto reconocidos derechos

¹ María Pilar Lampert, *Comercio sexual*. Informe elaborado para la Comisión Permanente de Derechos Humanos, Nacionalidad y ciudadanía, del Senado. Biblioteca del Congreso Nacional, 6.

² María Pilar Lampert, *Comercio sexual*, 7.

³ Patricia Canales, *La regulación de la prostitución en la legislación comparada*, Serie de Estudios N°325, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, 2005, 7. Disponible en formato PDF en https://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro325.pdf, consultado en agosto de 2018.

laborales a quienes lo ejercen⁴. Esta es una discusión que aún no se ha dado muy intensamente en el feminismo chileno.

En la presente memoria se expondrá cuáles han sido las formas en que el feminismo (o más bien, *los feminismos*) se ha planteado frente a la cuestión de la prostitución, llegando a dividirse principalmente en dos posturas o tesis marcadamente diferenciadas: la tesis abolicionista y la tesis regulacionista. Sometiendo ambas posturas a un análisis crítico, se tomará partido por la tesis regulacionista, para sostener que es posible y necesaria una alianza entre el feminismo y las trabajadoras sexuales⁵. Luego se revisará la manera en que se aborda actualmente la prostitución en el ordenamiento jurídico penal chileno, a la luz de las tesis expuestas.

Para realizar el análisis recién mencionado, se comenzará con un primer capítulo que estará referido a los antecedentes generales y los conceptos preliminares necesarios de ser aclarados a modo de marco teórico para la mejor lectura y comprensión de esta memoria. En este capítulo se abordarán los siguientes puntos: primero, qué es o qué debemos comprender por “feminismo” y las diversas vertientes que se encuentran dentro de él; y luego, en qué consiste la prostitución, las diferentes formas de entenderla y denominarla, y la necesidad de diferenciarla de la trata o el tráfico de personas.

Una vez establecido aquello, el segundo capítulo se ocupará de analizar cuál ha sido la relación entre el feminismo y el trabajo sexual, para pasar a revisar en profundidad, primero, la tesis abolicionista, que plantea que la prostitución es siempre y necesariamente una forma de explotación de la mujer y que por lo tanto debe abolirse, y, luego, la tesis regulacionista, que considera la prostitución como un trabajo que debe ser reconocido y regulado como tal, con la finalidad de asegurar la protección de las trabajadoras sexuales. En esta sección se examinarán los argumentos políticos y filosóficos en que se basa cada una de esas posturas, y ambas serán analizadas críticamente, sometiéndolas a las objeciones de la rival, a partir de la amplia y diversa

⁴ Marta Lamas, “¿Prostitución, trabajo o trata? Por un debate sin prejuicios”, en *Debate Feminista* 50 (2014): 160-86.

⁵ Gemma Nicolás, “Planteamientos feministas en torno al trabajo sexual” (2005), ponencia publicada en www.descweb.org, p. 1.

bibliografía producida por autoras feministas de distintas corrientes políticas y diversos lugares del mundo.

El tercer capítulo estará dedicado a analizar el tratamiento que el ordenamiento jurídico chileno le otorga actualmente a la prostitución. Para ello, primero se realizará una breve revisión de los modelos de regulación paradigmáticos existentes a nivel comparado para el tratamiento de esta problemática, con el objeto de ofrecer un panorama general de las posibilidades de regulación del trabajo sexual que han existido en la historia reciente y que existen en la actualidad. Posteriormente se analizarán las conductas típicamente relevantes asociadas a la prostitución que el Código Penal chileno contempla en la actualidad, esto es, los delitos relacionados con la prostitución de menores establecidos en los artículos 367 y 367 ter, además de las formas delictivas relacionadas con la trata de personas contempladas en los artículos 411 ter y 411 quáter, para llegar a constatar que en realidad el ámbito de la “prostitución voluntaria” no se encuentra penalmente tipificado, lo cual nos permite marcar la línea divisoria entre aquellas conductas que efectivamente son constitutivas de delito y aquellas que en realidad consisten en un ejercicio del trabajo sexual voluntario. Todo esto, con el objeto de determinar a qué modelo de regulación de la prostitución se acerca el ordenamiento jurídico chileno y reflexionar en torno a sus problemáticas, a la luz de las teorías feministas.

En suma, el objetivo último de esta memoria es hacer una contribución al debate en torno al trabajo sexual, tanto a la reflexión política que debe darse urgentemente dentro del movimiento feminista chileno, como a la discusión jurídica respecto de cuál debiese ser el tratamiento legal de esta actividad.

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES GENERALES

En este capítulo se entregarán algunos elementos básicos que servirán de marco teórico para la exposición y análisis que se realizará en el resto de esta memoria.

1. El feminismo

No resulta demasiado fácil definir qué es el feminismo, debido a la multiplicidad de dimensiones, enfoques y corrientes que sobre ese concepto confluyen. Para aproximarnos al concepto de feminismo, me remitiré a la definición que construye la psicóloga feminista española Victoria Sau:

“El feminismo es un movimiento social y político que se inicia formalmente a finales del siglo XVIII –aunque sin adoptar todavía esta denominación– y que supone la toma de conciencia de las mujeres, como grupo o colectivo humano, de la opresión, dominación, subordinación y explotación de que han sido y son objeto por parte del colectivo de los varones en el seno del patriarcado... lo cual las mueve a la acción para la liberación de su sexo, con todas las transformaciones de la sociedad que aquella requiera”⁶.

Como se desprende de tal definición, el feminismo tiene múltiples dimensiones: por un lado es una teoría, por otro es una militancia o movimiento social y político, y por otro es una práctica cotidiana, es decir, una praxis que implica una forma de entender el mundo y de vivir en él⁷.

Desde su surgimiento durante el período de la Ilustración hasta la actualidad, el feminismo ha tenido un profundo y amplio desarrollo, lo cual ha significado que ha sufrido diversas mutaciones a lo largo del tiempo, y se ha expresado de diferentes formas según el momento histórico en que se ha encontrado⁸. Además, con el desarrollo teórico y político del

⁶ Victoria Sau, *Diccionario Ideológico Feminista*. Vol. 2. (Barcelona: Icaria Editorial, 2001).

⁷ Ana de Miguel, *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, 6ta edición. (Barcelona: Ediciones Cátedra, 2015), 29.

⁸ Samara de las Heras, “Una aproximación a las teorías feministas”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* 9 (enero 2009): 45-82.

feminismo, han surgido en su seno diversas corrientes, muy distintas entre sí, diferenciándose tanto en sus matrices de análisis como en sus estrategias y apuestas políticas. Por ello, la verdad es que es muy difícil hablar de “*el feminismo*”, como si fuera posible referirnos a una apuesta teórica y política única. En virtud de esta consideración, muchas teóricas feministas han sostenido que en realidad debiésemos hablar de *los* feminismos, para dar cuenta de esta pluralidad de enfoques y planteamientos que tienen en común el fin último de terminar con las relaciones de dominación del sexo masculino sobre el femenino y conseguir la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio de que pueden existir profundas diferencias sobre cómo alcanzarla⁹.

Por esta razón, en este trabajo hablaremos de Feminismo, con *F* mayúscula, para referirnos al conjunto de los feminismos, a esa tradición de apuestas que comparten la búsqueda por la igualdad entre los sexos.

1.1. Las principales corrientes del Feminismo

Para contextualizar mínimamente el panorama actual del Feminismo, se realizará una somera exposición sobre sus principales corrientes contemporáneas, sin adentrarnos en el desarrollo propiamente histórico de las teorías feministas. Las corrientes que aquí se identifican, se diferencian en virtud de las distintas perspectivas que tienen sobre la caracterización de la situación en que se encuentran las mujeres y el origen de esa situación, y serán presentadas de esta forma ya que será necesario para el análisis que en el segundo capítulo se hará respecto a la relación que ha tenido el Feminismo con la prostitución.

1.1.1. El feminismo liberal

Podemos decir que el feminismo liberal nace ya con la Ilustración, ligado fuertemente a los ideales del liberalismo clásico, y se caracteriza principalmente, en palabras de Ana de Miguel, por “definir la situación de las mujeres como una de desigualdad (y no de opresión o explotación) y por postular la reforma del sistema hasta lograr la igualdad entre los sexos”¹⁰. De esta forma, las feministas liberales, aún hoy y al igual que en la época ilustrada, reivindican la

⁹ De las Heras, “Una aproximación...”, 75.

¹⁰ Ana de Miguel, “Los feminismos”, en *Diez palabras clave sobre mujer*, dir. Celia Amorós (Pamplona: Verbo Divino, 2000), 15.

igualdad, la libertad y la autonomía de las mujeres, demandando principalmente cambios en la institucionalidad, sin proponer cambios estructurales en el sistema actual¹¹. Se trata de un feminismo centrado en las libertades y la igualdad formal, que se concretó, por ejemplo, en el *movimiento sufragista* del siglo XIX y principios del XX, que tomó como principal bandera de lucha la demanda por el derecho a voto femenino, y también al trabajo y al espacio público en general.

Desde una perspectiva crítica, podemos decir que el feminismo liberal sólo busca la integración de las mujeres en el mundo capitalista del trabajo asalariado y la cultura, pues entienden que de este modo las mujeres alcanzarían la autonomía y la libertad en un plano de igualdad a los hombres¹². En este sentido, el feminismo liberal pone un énfasis particular en la mujer como individuo, renunciando a un análisis estructural o sistémico, y reivindica principalmente la igualdad, libertad y autonomía de cada mujer¹³. Esta tesis es fuertemente cuestionada desde la izquierda del Feminismo por considerarla sesgada e insuficiente, en cuanto no cuestiona en ninguna medida -sino que más bien legitima- la existencia de un sistema que de forma estructural genera mecanismos de opresión y explotación de género, de clase y de raza, por lo cual se obvia o desconoce la especificidad de la problemática de las mujeres trabajadoras y de las mujeres indígenas o negras, entre otras¹⁴. Es justamente aquella falta de crítica estructural lo que genera el nacimiento de nuevas matrices de pensamiento feminista.

1.1.2. El feminismo socialista

El feminismo socialista sostiene, en términos simples, que la situación a la que se encuentran sometidas las mujeres no es solamente una situación de desigualdad, sino que una situación de opresión, que está dada por la confluencia de los sistemas capitalista y patriarcal¹⁵. Las feministas socialistas buscaron complementar el análisis marxista con el análisis feminista del cual el primero carecía completamente. Así, plantean que para comprender y transformar la realidad no basta con el análisis del capitalismo, sino que es necesario también entender la

¹¹ De las Heras, “Una aproximación...”, 58.

¹² Alicia Puleo, “Lo personal es político: el surgimiento del feminismo radical”, en *Teoría feminista: de la Ilustración a la Globalización*, coords. Celia Amorós y Ana de Miguel (Madrid: Minerva Ediciones, 2005), 35-68.

¹³ Elena Beltrán y Virginia Maquieira (eds.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, (Madrid: Alianza Editorial), 87.

¹⁴ De Miguel, “Los feminismos”, 12.

¹⁵ De las Heras, “Una aproximación...”, 59.

posición particular de la mujer en este sistema, ya que sobre ella existe una forma particular y específica de opresión que no es inmediatamente atribuible a la explotación de clase.

Al interior del feminismo socialista se discute cómo se relacionan ambos sistemas de dominación. Por una parte, la teoría de los sistemas dobles plantea que el patriarcado es un sistema autónomo que se combina con el capitalismo y así le otorga una nueva forma a las relaciones de clase, mientras que, por otra parte, la teoría unitaria plantea que no existe un sistema patriarcal autónomo y separado del capitalismo sino que más bien se trata de un solo sistema actualmente indivisible –el capitalismo patriarcal– en el cual se encuentran integradas las relaciones de opresión de género¹⁶. Sin perjuicio de esta discusión –relevante por cierto, pero algo más específica–, las feministas socialistas convergen en la idea de que la opresión de género no puede ser entendida sin considerar otras relaciones de opresión o explotación, como las relaciones de clase o la opresión racial. Y plantean, en pocas palabras, que para terminar con la situación de opresión de la mujer, se debe transformar la sociedad toda, a partir de una estrategia de emancipación que integre tanto la perspectiva anticapitalista como la antipatriarcal.

El feminismo socialista ha sido criticado bajo el argumento de que se trataría de un análisis excesivamente economicista, en el sentido de que parece reconducir sin más la situación de opresión de la mujer al sistema de producción capitalista, con lo cual se invisibilizan los aspectos socio-culturales, psicológicos y sexuales de la dominación sobre el género femenino, cuestiones que –dicen quienes realizan esta crítica– no pueden ser inmediatamente atribuibles al capitalismo.

1.1.3. El feminismo radical

El feminismo radical tiene sus orígenes en Estados Unidos durante la década de los sesenta, y surge a partir de la crítica que las mujeres hicieron a los movimientos sociales de izquierda del momento por no tomarse en serio la relevancia del feminismo y de sus demandas, por lo cual deciden organizarse de forma autónoma¹⁷. Las feministas radicales se separaron de la izquierda tradicional y pusieron su atención en las relaciones de poder que no eran originadas

¹⁶ Cinzia Arruzza, “Reflexiones degeneradas: Patriarcado y capitalismo”, publicada en <https://marxismocritico.com/2016/03/08/reflexiones-degeneradas-patriarcado-y-capitalismo/> (consultada el 20 de agosto de 2018).

¹⁷ De las Heras, “Una aproximación...”, 63.

por la explotación económica, esas que hasta el momento no habían sido analizadas por el feminismo socialista¹⁸. A partir de aquello acuñaron el eslogan “*Lo personal es político*” para identificar las esferas de la vida que históricamente habían sido relegadas al ámbito de lo privado, y que constituyen “centros de dominación patriarcal” de los cuales los varones se benefician económica, sexual y psicológicamente¹⁹. Así, las radicales se alejan principalmente de la comprensión individualista del feminismo liberal.

En consecuencia, el feminismo radical sostiene que el patriarcado es un sistema de dominación sexual, que constituye además “el sistema básico de dominación sobre el que se levantan el resto de las dominaciones como la de clase y raza”²⁰. En consecuencia, las mujeres constituyen una clase oprimida por parte de la clase dominante, los hombres. Por lo tanto, su estrategia política se sitúa desde la autonomía –es decir, desde la organización en espacios *puramente feministas*–, y el separatismo –esto es, la organización exclusivamente entre mujeres–.

2. La prostitución

No resulta tan fácil determinar en qué consiste la prostitución sin expresar desde ya una postura respecto a su legitimidad o ilegitimidad como actividad. En términos muy generales, y con el interés de delimitar el concepto de prostitución de forma restringida y neutral, podemos entenderla como la actividad de quien mantiene relaciones sexuales con otras personas por dinero. En resumen, se trata del intercambio de sexo a cambio de dinero²¹. No obstante, es necesario distinguir la prostitución de otras relaciones comerciales en que existe un intercambio de dinero por alguna actividad relacionada con el sexo, como son las casas de masajes, ciertos clubes nocturnos, páginas de pornografía pagada, entre otros²².

Está claro que la prostitución tiene una connotación moral y social que va mucho más allá de la definición recién ofrecida, y que es un fenómeno en que intervienen múltiples factores

¹⁸ Alicia Puleo. “Lo personal es político: el surgimiento del feminismo radical”, en *Teoría feminista: de la Ilustración a la Globalización*, coords. Celia Amorós y Ana de Miguel (Madrid: Minerva Ediciones, 2005), 35-68.

¹⁹ De Miguel, “Los feminismos”, 17-19.

²⁰ De Miguel, “Los feminismos”, 8.

²¹ Patricia Canales, “La regulación de la prostitución en la legislación comparada”, Serie de Estudios N°325, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, 2005, 7.

²² Canales, “La regulación de la prostitución...”, 7.

que la hacen una actividad más compleja que el mero intercambio de sexo por dinero. Como es de esperar, sobre el concepto básico que ofrecimos se erigen distintas formas de entender el fenómeno de la prostitución, las cuales serán tratadas en profundidad en el Capítulo II de este trabajo.

2.1. Antecedentes históricos y evolución de la prostitución

Como se comenzó exponiendo en este trabajo, la prostitución se ha caracterizado como “el oficio más antiguo del mundo”. Y efectivamente, ya desde la antigüedad la prostitución se ejerce con distintos fines: en algunas sociedades, con fundamentos religiosos, en otras con fines lucrativos, y en otras incluso para satisfacer servicios hospitalarios²³. En las sociedades de aquel tiempo –Babilonia, Grecia, Roma, Egipto– la prostitución era al menos tolerada²⁴.

Durante la Edad Media, caracterizada por la consolidación de la Iglesia Católica y de la influencia de las ideas moralistas de pensadores como Tomás de Aquino, la prostitución se constituyó como una realidad existente e inevitable, pero se ejercía de manera clandestina, ocultándose detrás de la fachada de tabernas en cuyas puertas se colgaba un ramo para indicar que ahí se toleraba su ejercicio. A partir de allí nace el concepto de “rameras”²⁵. Ocurría así ya que se consideraba la prostitución como una actividad obscena, inmoral; en definitiva, constituía un pecado²⁶. Así, la prostitución clandestina era perseguida y sancionada por la ley, estableciéndose castigos pecuniarios para las prostitutas, y cuando éstas no podían pagar el monto, pagaban la pena con azotes²⁷.

Luego, en la Edad Moderna se mantiene la visión de la prostitución como una actividad pecaminosa, y comienza a vislumbrarse la tendencia de regularla desde un enfoque de seguridad e higiene pública, y se la reduce a un mero problema sanitario²⁸. No se problematiza aún la

²³ Natalia Ulloa, “Mujeres y prostitución voluntaria: ¿ejercicio de autonomía? Análisis desde la teoría feminista y el derecho comparado” (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 2017), 20.

²⁴ José Rivera Restrepo, “Apuntes jurídicos sobre la prostitución en Chile”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 365.

²⁵ José Ferro Veiga, *Prostitución: ¿regularizar o perseguir?* (Jaén: Editorial Zumanque, 2013), 7.

²⁶ M. Carmen Peris, “La prostitución valenciana en la segunda mitad del siglo XIV” en *Revista d’historia medieval* 1 (1990): 179-199.

²⁷ Ulloa, “Mujeres y prostitución voluntaria...”, 21.

²⁸ Encarnación Carmona, “¿Es la prostitución una vulneración de derechos fundamentales?”, en SIERRA, R. (coord.) *Prostitución y trata, marco jurídico y régimen de derechos*, 46.

prostitución desde el punto de vista de las personas que la ejercen, de modo que éstas se siguieron encontrando en la indefensión.

De una u otra forma, se podría decir que la prostitución se ha legitimado o al menos tolerado a lo largo de los siglos, manteniendo la idea de que se trata de “la profesión más antigua del mundo”, a pesar de que siempre se ha comprendido como una actividad inmoral y pecaminosa²⁹.

Fue recién a fines del siglo XIX que la prostitución comenzó a entenderse como un “problema social de las mujeres y niñas que se dedican, o se fuerzan, a su ejercicio”³⁰. De la mano de esta comprensión vinieron las primeras voces que empezaron a manifestarse contra la prostitución, principalmente las anarquistas, socialistas y feministas de la época³¹.

Por otra parte, en Chile, a pesar de que no existe mucho tratamiento historiográfico sobre el asunto, hay registros de que el fenómeno de la prostitución existe ya desde el período colonial³². Durante ese período, las mujeres campesinas migraron del campo a la ciudad para sobrevivir a la crisis de la economía rural, instalando pequeños comercios donde ofrecían comida, alojamiento y servicios sexuales³³. Estos lugares, denominados *chinganas*³⁴, se constituyeron como centros de cultura campesina, en que los servicios sexuales prestados por las mujeres no se pagaban en dinero, sino que se retribuían por medio de favores según las posibilidades y medios de cada quien³⁵.

A partir de 1830, con el proceso de crecimiento urbano, del comercio y la llegada masiva de comerciantes extranjeros a los puertos chilenos, la prostitución se configuró ya propiamente como intercambio de sexo por dinero³⁶. Luego, a comienzos del siglo XX, dada la crisis política

²⁹ María Dolores Delgado, “La prostitución de mujeres: fuentes para su legitimación”, en *Revista Internacional de Éticas Aplicadas* 16 (2014): 143-160.

³⁰ Ulloa, “Mujeres y prostitución voluntaria”, 21.

³¹ Delgado, “La prostitución de mujeres”, 146. No nos adentraremos en esto, ya que nos referiremos a ello en profundidad en el Capítulo II.

³² Gabriel Salazar, *Labradores, Peones y Proletarios: formación y crisis de la sociedad chilena del siglo XIX* (Santiago: Editorial Lom, 2000), 92.

³³ Salazar, “Labradores, Peones y Proletarios”, 281-289.

³⁴ Salazar, “Labradores, Peones y Proletarios”, 92.

³⁵ Giselle Rodríguez, “Trabajadoras sexuales: Relaciones de trabajo invisibilizadas” (Tesis para optar al grado de socióloga, Universidad de Chile, 2012).

³⁶ Rodríguez, “Trabajadoras sexuales”, 12.

y económica que vivía el país, el comercio sexual tuvo un gran auge ya que la crisis tuvo durísimos efectos en las clases populares, lo cual llevó a que las mujeres populares salieran a buscar trabajos a las ciudades, ya fuera “como lavanderas, cocineras, vendedoras o prostitutas”³⁷.

En Santiago, la prostitución se ejercía en distintas “modalidades” y tuvo a lo largo de la historia distintos focos o sectores donde se ubicaba principalmente. Fue a partir de fines del siglo XIX que la elite comenzó a debatir acerca del fenómeno en nuestro país, siempre mirándola con escándalo a pesar de lo frecuentemente que los hombres de la clase dominante acudían a burdeles y otros lugares donde se ofrecían servicios sexuales³⁸.

A partir de aquello, la prostitución se reglamentó por primera vez en 1896 con fines higiénicos y sanitarios. De este modo, el ejercicio de esta actividad se encontraba autorizado mientras se practicase voluntariamente y se inscribiese en los registros municipales ubicados en la Oficina de Casas de Tolerancia³⁹.

Más tarde, resulta interesante constatar que a partir de la Dictadura cívico-militar se produjeron importantes transformaciones en la sexualidad en general, y en particular en la prostitución⁴⁰. Con la imposición e implementación del nuevo sistema neoliberal, se generó una alta desocupación y cesantía en la clase trabajadora, lo cual provocó que la prostitución tuviera un nuevo auge, ya que las mujeres buscaban en ella una forma de sustentar a sus familias⁴¹.

Luego, según la investigación de la socióloga Giselle Rodríguez, con la consolidación del sistema neoliberal en Chile “se pierde el vínculo social que se establecía entre los hombres que acudían al burdel y las trabajadoras que ahí laboraban, pues se comienza a dibujar con más fuerza la figura de *empresa del sexo*, que opera en la actualidad”⁴².

³⁷ Rodríguez, “Trabajadoras sexuales”, 13

³⁸ Rodríguez, “Trabajadoras sexuales”, 15.

³⁹ Alberto Góngora, *La prostitución en Santiago. 1813-1931*, 2ª Edición (Santiago: Editorial Universitaria, 1999), 39.

⁴⁰ Rodríguez, “Trabajadoras sexuales”, 17.

⁴¹ Teresa Lastra, *Las otras mujeres* (Santiago: Colección APRODEM, 1997).

⁴² Rodríguez, “Trabajadoras sexuales”, 18.

Si bien en este trabajo no se abordará la realidad del ejercicio de la prostitución en Chile, sino que el tratamiento que el ordenamiento jurídico nacional hace de esa actividad en general, cabe mencionar que en la actualidad la prostitución se ejerce ya no en burdeles o prostíbulos, sino que en locales como café-topless, night clubs y saunas donde la actividad se realiza de forma encubierta y clandestina. Además, se ejerce de forma independiente, muchas veces en las calles, o a través del sistema de *agencias*, que publicitan sus servicios por internet⁴³.

2.2. La prostitución como trabajo sexual

Como ya se ha mencionado en varias oportunidades, la prostitución parece ser tan antigua como la sociedad, y se ha entendido históricamente como una práctica pecaminosa e inmoral. Por eso, algunas autoras han planteado que debemos dejar de ocupar el término *prostitución*, ya que es un término que se refiere de forma denigratoria a quien presta servicios sexuales, y bajo este concepto las mujeres que ejercen dicha actividad han sido estigmatizadas sexual, moral, patológica y criminalmente⁴⁴. Dado lo anterior, se ha planteado que para referirnos al intercambio de relaciones sexuales por dinero deberíamos hablar derechamente de *trabajo sexual*, para visibilizar el *proceso de trabajo* que esta actividad implica⁴⁵.

Por supuesto, la utilización del concepto de trabajo sexual no es pacífica, y más bien es utilizada, justamente, por quienes defienden el reconocimiento de la prostitución como un trabajo, y por lo tanto los derechos de quienes lo ejercen. La mirada contraria sostiene que hablar de *trabajo sexual* implicaría invisibilizar lo que la prostitución en realidad es: una forma de explotación, denigración y violencia contra las mujeres⁴⁶. Sin perjuicio de que esta discusión será abordada con mayor profundidad en el Capítulo II, en adelante se utilizará el concepto de trabajo sexual para hacer referencia a la actividad de quienes ejercen la prostitución de manera voluntaria, diferenciándola así de la trata de personas, que será tratada a continuación.

⁴³ Rodríguez, “Trabajadoras sexuales”, 22.

⁴⁴ Marta Lamas, “¿Prostitución, trabajo o trata? Por un debate sin prejuicios”, en *Debate Feminista* 50 (2014): 160-86.

⁴⁵ Rodríguez, “Trabajadoras sexuales”, 33.

⁴⁶ Lamas, “¿Prostitución, trabajo o trata?”, 164.

3. Trata de personas versus trabajo sexual

Para discutir sobre trabajo sexual, y particularmente para plantear la necesidad de su reconocimiento como trabajo, es necesario distinguirlo del fenómeno de la trata de personas con fines de explotación sexual, a pesar de que los sectores abolicionistas consideren que trata y prostitución no deben separarse⁴⁷.

3.1. Concepto de trata de personas

El fenómeno de la globalización ha dado lugar a un “nuevo orden de género”, en palabras de la autora Luisa Posada, el cual ha generado consecuencias como la feminización del trabajo precarizado (poco calificado y poco remunerado), la feminización de la supervivencia y la feminización del movimiento migratorio⁴⁸. En este contexto, una de las formas actuales más graves de violencia patriarcal la constituye el fenómeno de la trata de personas y, más particularmente, la trata de mujeres con fines de explotación sexual.

Para entender el concepto de trata de personas nos remitiremos al Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del año 2000 (en adelante, el Protocolo de Palermo contra la Trata de Personas), en cuyo artículo 3° se establece que la trata de personas consiste en:

“[...] la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las

⁴⁷ Silvia Chejter, “La prostitución: debates políticos y éticos”, en *Nueva Sociedad* 265 (septiembre-octubre 2016), 58-76.

⁴⁸ Luisa Posada, “Argumentos y contra-argumentos para un debate: sobre trata y prostitución”, en *Ex aequo* 26 (2012), 121-134.

prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”⁴⁹.

Como vemos, la definición de *trata* del Protocolo de Palermo incluye no sólo la explotación sexual sino que el trabajo en talleres o industrias, el doméstico y el del campo, aunque siempre los casos que generan mayor escándalo son los vinculados al trabajo sexual, aun cuando estadísticamente su ocurrencia sea menor a la de otras formas de trabajo forzado⁵⁰. Ahora bien, la trata de personas con fines de explotación sexual tiene la particularidad de orientarse principalmente a ocupar a las víctimas para el ejercicio de la prostitución, de modo que estas situaciones se caracterizan por el engaño, la coacción, la coerción, la amenaza o la subordinación que se ejerce sobre la persona que es obligada a prostituirse, razón por la cual no cabe esgrimir que existe voluntad de parte de una persona que, en realidad, no *se prostituye* sino que *es prostituida*⁵¹.

Resulta pacífica la afirmación de que la existencia de coacción, amenaza u otro tipo de coerción sobre la víctima implica la exclusión de su acción voluntaria y por lo tanto cabe hablar, en esos casos, de trata de personas. No obstante, las corrientes abolicionistas plantean que en la práctica es imposible diferenciar a las mujeres víctimas de trata de aquellas que no lo son, ya que ambas son de igual forma explotadas sexualmente⁵². Por su parte, algunas feministas regulacionistas plantean que la equiparación entre prostitución y trata de personas es una estigmatización racista y xenófoba, ya que legitima las políticas estatales que relacionan conceptualmente migración y delincuencia, políticas que terminan persiguiendo a las personas que migran en búsqueda de mejores oportunidades de vida⁵³. Esto genera un nudo particularmente problemático, porque aunque ambas corrientes consideren que la trata es intolerable y por lo tanto se vuelven necesarias políticas de persecución penal, los criterios según

⁴⁹ Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptado el 15 de noviembre de 2000, en vigor desde el 25 de diciembre de 2003.

⁵⁰ Marta Lamas, “Feminismo y prostitución, la persistencia de una amarga disputa” en *Debate Feminista* 51 (2016), 18-35, 23.

⁵¹ Lamas, “¿Prostitución, trabajo o trata?”, 180.

⁵² Chejter, “La prostitución”, 65.

⁵³ Dolores Juliano, “El trabajo sexual en la mira. Polémicas y estereotipos”, *Cadernos Pagu* 25 (2005), 79-106.

los cuales considerar la existencia o inexistencia de trata son tan disímiles que la propia definición común de trata queda en cuestión⁵⁴.

Es indudable que la trata de personas es una cuestión difícil porque además está íntimamente relacionada con la vulnerabilidad que genera la condición de migrante ilegal y las dificultades a las que se enfrentan las mujeres para conseguir trabajos legales, por lo cual la distinción entre prostitución y trata de mujeres no es una cuestión de blanco y negro⁵⁵. Entonces, “más que un claro contraste entre trabajo libre y trabajo forzado, lo que existe es un *continuum* de relativa libertad y relativa coerción”⁵⁶. Aunque también se discute cuál es el contenido de esa *voluntad* que –“supuestamente”, dicen las partidarias del abolicionismo– está involucrada en el trabajo sexual, el ejercicio de diferenciación entre trata de personas y prostitución voluntaria debe estar puesto en distinguir entre aquello que constituye, efectivamente, un delito de coacción y de violencia contra las mujeres⁵⁷, y lo que constituye, al menos, una elección⁵⁸.

⁵⁴ Chejter, “La prostitución”, 65.

⁵⁵ Chejter, “La prostitución”, 65.

⁵⁶ Lamas, “Feminismo y prostitución”, 24.

⁵⁷ Posada, “Argumentos y contra-argumentos”, 122.

⁵⁸ Lamas, “¿Prostitución, trabajo o trata?”, 177.

CAPÍTULO II: LAS POSTURAS DEL FEMINISMO ANTE EL TRABAJO SEXUAL

En este capítulo se analizará el debate que se ha producido en el seno del Feminismo en torno al fenómeno de la prostitución. Como se mencionó en la introducción de esta memoria, éste es un debate que hasta el día de hoy se encuentra abierto en el movimiento feminista y que sigue produciendo fuertes tensiones y divisiones dentro de él. Dada la escasez actual de literatura nacional existente actualmente sobre la materia, las referencias estarán hechas principalmente a autoras provenientes de Estados Unidos y Europa, ya que en esos lugares el intenso debate se ha extendido a lo largo de ya varias décadas.

La discusión feminista en torno a la prostitución es profundamente compleja y tiene varias aristas y dimensiones, por lo cual los argumentos que se esgrimen de una y otra parte de la disputa son variados. De todas formas, es posible afirmar que a este respecto el Feminismo se escinde en dos corrientes, aunque con diversos matices al interior de cada una: la postura abolicionista y la postura regulacionista o reglamentarista.

Algunas autoras plantean que la cuestión que demarca la línea divisoria entre ambas posturas es la pregunta de si la prostitución es una forma de dominación masculina sobre las mujeres o si, en cambio, ejercer la prostitución es fruto de una decisión libre y voluntaria sobre su sexualidad⁵⁹. Sin embargo, la discusión va más allá de la pregunta por la libertad, la autonomía o la voluntad de la decisión de ejercer la prostitución. En ese sentido, existen otras razones -más convincentes, a mi parecer- por las cuales defender una postura regulacionista.

En realidad, es posible decir que, más bien, lo que divide al Feminismo en dos posturas antagónicas en torno a este tema es la pregunta de *qué hacer* con la prostitución, interrogante que es respondida teniendo en cuenta una diversidad de factores y razones. Ésta parece ser la forma adecuada de formular el problema, ya que plantearlo en términos de si la prostitución constituye una forma de opresión y explotación o si es una decisión libre y voluntaria, reduce al regulacionismo a una postura sumamente liberal, en tanto dicha distinción sugiere que la tesis regulacionista no reconoce o no es capaz de reconocer la medida en que la prostitución efectivamente constituye una forma de trabajo explotado. Aquello es errado, puesto que dentro

⁵⁹ Nicolás, "Planteamientos feministas", 1. En el mismo sentido lo plantea Ana de Miguel, *Neoliberalismo sexual*, 49.

de esta tesis existen distintas formas de justificar la necesidad de una regulación para el trabajo sexual, que no se limitan a un análisis liberal.

Como veremos en profundidad en este capítulo, la tesis regulacionista plantea en general la necesidad de la reglamentación legal del trabajo sexual para el reconocimiento de los derechos de las trabajadoras sexuales, mientras que la tesis abolicionista se plantea rotundamente contraria a la regulación del ejercicio de la prostitución –en cualquiera de sus formas, incluso cuando es voluntaria–. A pesar de que estas posturas se muestran claramente irreconciliables entre sí, vale decir que ambas se plantean con el objetivo de velar por los intereses y derechos de las mujeres prostitutas o trabajadoras sexuales, según la denominación que favorezcan⁶⁰.

1. La postura abolicionista

En términos simples, la posición abolicionista es aquella que se plantea siempre y en todo caso contraria a la prostitución, y particularmente a su regulación legal y su reconocimiento como un trabajo. Al interior del feminismo abolicionista, hay diferencias respecto a cuál debe ser la respuesta estatal o jurídica frente a la realidad ineludible de la prostitución en el mundo, pero lo que tienen en común es la idea de que ésta no puede ser reconocida como “un trabajo más”⁶¹.

La problematización en torno a la prostitución dentro del movimiento, o más bien de la “tradición” feminista, encuentra sus orígenes en el movimiento sufragista en el Reino Unido durante la segunda mitad del siglo XIX, siendo las mujeres de este movimiento las primeras que se ocuparon de cuestionar críticamente la ideología patriarcal que se veía expresada en la histórica normalización que rodeaba a la prostitución y que la entendía como algo necesario de proporcionar a los ciudadanos varones, aunque por supuesto en este momento histórico aún no se acuñaba el concepto de *patriarcado*⁶². En este contexto, las sufragistas se enfrentaron a la diferenciación decimonónica de dos esferas separadas de la vida, la pública y la privada, y en ese sentido criticaron la doble moral sexual de la época, una que permitía la existencia de

⁶⁰ Beatriz Gimeno, *La prostitución* (Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2012), 32.

⁶¹ De Miguel, *Neoliberalismo sexual*, 49.

⁶² Ana de Miguel, “Los inicios de la lucha feminista contra la prostitución”, *Brocar* 35 (2011): 315-334.

“mujeres públicas” como algo normal y natural para los hombres de las clases medias y altas, al mismo tiempo que predicaban el encierro en la esfera privada para sus esposas e hijas⁶³.

En este inicio incipiente de la lucha feminista contra la prostitución, la feminista inglesa Josephine Butler fue la pionera más importante y destacada. Butler se enfrentó al reto de denunciar las *Contagious Disease Acts* (“Leyes de enfermedades contagiosas”), también conocidas como *CD Acts*⁶⁴, que no eran sino manifestaciones de la “ideología social y sexual Victoriana”⁶⁵. Estas leyes, que habían sido aprobadas por el Parlamento en 1864, 1866 y 1869, regulaban la prostitución en las ciudades y puertos militares, con el objeto de controlar las enfermedades venéreas que se estaban expandiendo, pues se culpaba a las prostitutas de provocar el deterioro de la salud y del bienestar de toda la población. Estas leyes otorgaban a los hombres, magistrados, policías y médicos, el control sobre el cuerpo de las mujeres, con el supuesto objetivo de una mejora de la salud pública⁶⁶. Además, se las presionaba para firmar el consentimiento de someterse a exámenes médicos agresivos y denigrantes, lo cual fue denunciado por las activistas feministas como inmoral e inconstitucional⁶⁷. Butler lideró la fundación, en 1869, de la *Ladies’ National Association for the Repeal of the Contagious Diseases Acts*⁶⁸ como organización de mujeres separatista en Inglaterra, y a nivel internacional se formó la *International Women’s Association*, que buscaba coordinar esfuerzos internacionales por la abolición del sistema de regulación estatal de la prostitución. Gracias a estos esfuerzos, las *CDAs* fueron derogadas en Inglaterra en 1886⁶⁹.

A modo de síntesis, las primeras posturas feministas contra la legitimación de la prostitución se dieron en la segunda mitad del siglo XIX, ligadas estrechamente al movimiento sufragista en Inglaterra⁷⁰. Cabe decir, no obstante, que si bien estas feministas quisieron *defender* a las prostitutas de las graves vulneraciones que las *Acts* implicaban para sus derechos, se trató de una “relación de autoridad entre las mujeres adultas de clase media y las jóvenes de

⁶³ De Miguel, “Los inicios de la lucha feminista...”, 326.

⁶⁴ Judith Walkowitz, “The Politics of Prostitution”, 124.

⁶⁵ Judith Walkowitz, *Prostitution and Victorian Society. Women, Class and the State* (Cambridge: Cambridge University Press: 1980), 69.

⁶⁶ De Miguel, “Los inicios de la lucha feminista...”, 324.

⁶⁷ Walkowitz, “The Politics of Prostitution”, 124.

⁶⁸ Walkowitz, “The Politics of Prostitution”, 124.

⁶⁹ Walkowitz, “The Politics of Prostitution”, 127.

⁷⁰ De Miguel, “Los inicios de la lucha feminista...”, 332.

clase trabajadora que, aunque protectora y cuidadosa, era jerárquica y de custodia”⁷¹. Se trató, entonces, de un movimiento de mujeres de clase media-alta que quisieron ayudar a sus “hermanas caídas”⁷².

Como vemos, es a partir de las feministas sufragistas inglesas que comienza a tomar cuerpo la idea de la prostitución como una institución clave del poder de los hombres sobre las mujeres, “un reflejo y reproductor del mismo”⁷³.

Esta idea también fue parcialmente compartida por las feministas socialistas del siglo XIX, siendo las más importantes Clara Zetkin y Alejandra Kollontai, junto con la feminista socialista francesa Flora Tristán⁷⁴. Kollontai fue más allá de la crítica que las sufragistas hicieron a las CDAs y la doble moral sexual, y expresó ya en 1921 que los factores causantes de la prostitución eran “los salarios bajos, las desigualdades sociales, la dependencia económica de la mujer respecto al hombre”⁷⁵. En pocas palabras, las feministas socialistas entendieron la prostitución como un fenómeno inevitablemente ligado al capitalismo, reconociendo también que ésta “refuerza la desigualdad en las relaciones entre los sexos”⁷⁶. Conforme a aquello, las teóricas marxistas de comienzos del siglo XX centraron su crítica en el sistema económico y no tanto en la prostitución en sí misma, como sí lo harían las feministas radicales unas cuantas décadas después.

A pesar de la férrea lucha que las feministas de fines del XIX dieron contra las formas de control de la prostitución que claramente vulneraban la dignidad de las prostitutas, fue el feminismo radical a partir de la década de los 70’ del siglo pasado el que retomó y profundizó las críticas a la prostitución, principalmente protagonizadas por Andrea Dworkin, Catherine Mackinnon y Kathleen Barry. En términos generales, lo que hizo el feminismo radical fue centrar en la sexualidad los mecanismos de opresión de las mujeres, y desde esta perspectiva analizaron la prostitución como una de las instituciones fundamentales del patriarcado en tanto sistema de dominación sexual de los hombres sobre las mujeres. También se ocuparon de aplicar

⁷¹ Walkowitz, “The Politics of Prostitution”, 125.

⁷² Walkowitz, *Prostitution and Victorian Society*, 88.

⁷³ De Miguel, “Los inicios de la lucha feminista...”, 325.

⁷⁴ De Miguel, “Los inicios de la lucha feminista...”, 320.

⁷⁵ Alejandra Kollontai, “Prostitution and ways of fighting it”, *Workers’ Dreadnought*, 24.

⁷⁶ Kollontai. “Prostitution and ways of fighting it”, 9.

este análisis a la pornografía, por considerarla atentatoria contra la dignidad de la mujer y fuente de opresión y violencia masculina sobre las mujeres⁷⁷. Por esta razón, las posturas radicales anti-prostitución se encuentran la gran mayoría de las veces -si es que no siempre- ligadas a las posturas anti-pornografía. Para estos efectos, feminismo radical es prácticamente sinónimo de feminismo abolicionista.

La prostitución es para las feministas abolicionistas un pilar primordial en el sistema de “supremacía masculina” –es decir, el patriarcado–, ya que cumple la función de crear o constituir la “masculinidad”, elevando el estatus de los hombres mediante el acto de usar a la clase subordinada –las mujeres– específicamente para aquello que representan en ese sistema⁷⁸. Bajo este entendimiento, el sistema de clases es un sistema de clases sexuales, en que los hombres constituyen la clase dominante y las mujeres la clase dominada: por eso se trata de un sistema de dominación o supremacía masculina⁷⁹. En este sistema, “las mujeres son subordinadas como una clase, en base a su sexo biológico y a través de su sexualidad”⁸⁰, de manera tal que la prostitución de mujeres es la institución que permite a los hombres constituirse como clase dominante justamente mediante el uso de aquella parte del cuerpo de la mujer que indica su estatus de segunda clase.

Kathleen Barry, socióloga estadounidense y fundadora de la ONG abolicionista *Coalición Contra el Tráfico de Mujeres* (en inglés, CATW), plantea derechamente que la prostitución es en realidad “esclavitud sexual de la mujer”, y cuando habla de esclavitud sexual no distingue entre la prostitución voluntaria y la trata de personas, pues ésta es siempre y en todo caso una forma de dominación sexual y por lo tanto no cabe hacer dicha distinción⁸¹. Barry reconoce que la prostitución “es a la vez un síntoma de un orden social injusto y una institución que explota económicamente a las mujeres”, sin embargo, plantea inmediatamente que el poder económico no es la variable causal puesto que bajo ese análisis quedan sin identificar ni impugnar las dimensiones sexuales del poder⁸². Esta comprensión la aleja del entendimiento que las feministas socialistas habían ofrecido unas décadas antes y que siguen sosteniendo en la

⁷⁷ Nicolás, “Planteamientos feministas en torno al trabajo sexual”, 10.

⁷⁸ Sheila Jeffreys, *The Idea of Prostitution* (Melbourne: Spinnifex Press, 1997), 194.

⁷⁹ Andrea Dworkin, *Pornography. Men Possessing Women* (New York: Penguin Group, 1989), 36.

⁸⁰ Jeffreys, *The Idea of Prostitution*, 194.

⁸¹ Kathleen Barry, *Esclavitud sexual de la mujer*. (Barcelona: LaSal, 1987).

⁸² Barry, *Esclavitud sexual de la mujer*, 23.

actualidad. De esta forma, para Barry la prostitución es una forma de explotación sexual que, a su vez, es “el fundamento de la subordinación de las mujeres y la base sobre la cual se construye y hace pública la discriminación contra las mujeres”⁸³.

Así, la prostitución es siempre explotación, denigración y violencia contra las mujeres, razón por la cual no puede ser reconocida como un trabajo⁸⁴. Y, dado que no se concibe la posibilidad de que exista en la prostitución un ejercicio de voluntad propia, toda relación sexual en este contexto de esclavitud sexual será una violación⁸⁵. En este sentido, Andrea Dworkin, una de las teóricas más importantes contra la prostitución y la pornografía, plantea que la prostitución es intrínsecamente abusiva y que se parece a una “violación grupal” (*gang rape*) más que a cualquier otra cosa⁸⁶. Por esa razón, las abolicionistas se refieren a quienes ejercen el trabajo sexual como mujeres *prostituidas*, ya que no consideran que pueda haber lugar para el ejercicio voluntario del trabajo sexual⁸⁷.

El feminismo abolicionista ha sostenido que las prostitutas son las víctimas del patriarcado por excelencia y su situación es expresiva de la posición que todas las mujeres ocupan bajo este sistema, en términos tales que:

“la prostituta simboliza el valor de la mujer en la sociedad. Es el paradigma de la subordinación social, sexual y económica de la mujer, en la que su estatus es la unidad básica con la cual se mide el valor de todas las mujeres, y al cual todas las mujeres pueden ser reducidas”⁸⁸.

Ana de Miguel, autora española y férrea defensora del feminismo abolicionista más contemporáneo, define la prostitución como “una práctica por la que los varones se garantizan el acceso al cuerpo de las mujeres”, y que en ese sentido implica la materialización más clara

⁸³ Kathleen Barry, *The Prostitution of Sexuality* (New York: New York University Press, 1995), 21.

⁸⁴ Lamas, “¿Prostitución, trabajo o trata?”, 164.

⁸⁵ Barry, *Esclavitud sexual de la mujer*, 53.

⁸⁶ Andrea Dworkin, “Prostitution and Male Supremacy”, *Michigan Journal of Gender and Law* 1 (1993): 1-12.

⁸⁷ De Miguel, *Neoliberalismo sexual*, 157.

⁸⁸ Evelina Giobbe, “Confronting the Liberal Lies About Prostitution”, *The Sexual Liberals and the Attack on Feminism*, ed. Dorchen Leidholdt and Janice Raymond (New York: Pergamon, 1990): 67-81.

del derecho patriarcal, que es el derecho incuestionable de todo varón a disponer del cuerpo de las mujeres a cambio de dinero⁸⁹.

Bajo este paradigma, la prostitución constituye una escuela de desigualdad humana, que se sostiene sobre lo que Ana de Miguel denomina “ideología de la prostitución”, consistente en:

“[...] un conjunto de definiciones favorables a que los hombres vayan con mujeres prostituidas. Y a que las mujeres lo acepten, «hagan la vista gorda» o declaren que no les importa. Esta ideología sostiene, por un lado, que los hombres tienen derecho a satisfacer sus necesidades sexuales. Por otro, que la sociedad tiene que proporcionarles, de una u otra forma, un mercado de mujeres para satisfacer esas necesidades”.⁹⁰

Por todo lo anterior, las abolicionistas se niegan rotundamente a la regulación legal de la prostitución y al reconocimiento de los derechos de las prostitutas en tanto trabajadoras, ya que ello implicaría la legitimación institucional de la explotación y dominación sexual de las mujeres, es decir, la legalización de la ideología de la prostitución. Plantean que la regulación conllevaría la normalización de esta forma de esclavitud sexual porque se abandonaría la reflexión sobre sus raíces, y traería consecuencias más negativas aún, aunque no es claro cuáles serían esas consecuencias, además de la supuesta normalización y legitimación de dicha actividad⁹¹.

Por estas mismas razones, las abolicionistas son contrarias a la distinción entre prostitución voluntaria y trata de personas, ya que, como se expuso, no es posible afirmar que el consentimiento o la voluntad puedan constituir la línea divisoria entre ambos conceptos, en tanto aquello que se pretende denominar prostitución voluntaria o trabajo sexual no es más que explotación y dominación sexual, tanto como lo es la prostitución forzada o trata de personas. Una muestra de aquello es la Coalición Contra el Tráfico de Mujeres -fundada por Kathleen Barry-, que en su página web utiliza los términos “prostitución” y “tráfico” como sinónimos⁹², ya que lo que busca es eliminar toda forma de comercio sexual con el argumento de que la

⁸⁹ De Miguel, *Neoliberalismo sexual*, 48.

⁹⁰ De Miguel, *Neoliberalismo sexual*, 157.

⁹¹ De Miguel, *Neoliberalismo sexual*, 151.

⁹² Sitio web oficial de la [Coalition Against Trafficking in Women](#).

prostitución estimula el tráfico⁹³. La propia Barry sostiene que la distinción entre la prostitución “libre” y la “forzada” que se ha institucionalizado mediante la regulación fomenta el tráfico de mujeres⁹⁴. En definitiva, las abolicionistas entienden que entre trata y prostitución existe una relación directa, y que la unánime condena feminista a la trata de personas con fines de explotación sexual debería traducirse a su vez en la condena a la prostitución en tanto institución que la favorece y que, en último término, la hace posible⁹⁵.

2. La postura regulacionista

El discurso anti-prostitución y anti-pornografía de las feministas radicales que a partir de los años 70’ prácticamente hegemonizó el debate feminista, en particular en Estados Unidos, no fue apoyado por todas las feministas. Así, el Feminismo estadounidense y europeo se polarizó en torno a estos temas durante los años 80’, desencadenando lo que se ha denominado las “guerras del sexo” (*sex wars*) al interior del movimiento feminista⁹⁶.

Cabe decir también que no sólo las activistas y académicas feministas se involucraron en el debate. De hecho, el impulso del regulacionismo estuvo dado cuando, a partir de los años 70’, las prostitutas empezaron a organizarse incipientemente para que su oficio fuese considerado un trabajo legal y, en consecuencia, les fueran asegurados derechos básicos en tanto trabajadoras⁹⁷. En este contexto, en los últimos años de la década de los 70’, la prostituta Carol Leigh acuñó el término “trabajo sexual” para poder describir la labor que ella y otras trabajadoras desarrollaban en el comercio sexual, esperando que este término pudiera unir a las trabajadoras y ser una alternativa al estigma de la palabra *prostituta*, además de “reconocer el trabajo que hacemos en vez de definirnos por nuestro estatus”⁹⁸.

Se habla, incluso, de una alianza entre feministas y prostitutas, cuando en 1973 Kate Millett publicó su libro *Prostitution Papers*, reconocido como el primer intento por parte de una

⁹³ Julia O’Connell y Bridget Anderson, “The Trouble with ‘Trafficking’”, en *Trafficking and Women’s Rights*, coords. Christien van den Anker y Jeroen Doomernik (Palgrave: Hampshire, 2006), 14.

⁹⁴ Barry, *The Prostitution of Sexuality*, 103.

⁹⁵ Posada, “Argumentos y contra-argumentos...”, 122.

⁹⁶ Lisa Duggan y Nan D. Hunter, *Sex Wars: Sexual Dissent and Political Culture*, 10th Ed (New York: Routledge, 2006), 1.

⁹⁷ Lamas, “¿Prostitución, trabajo o trata?”, 165.

⁹⁸ Carol Leigh, “Inventing Sex Work”, en *Whores and Other Feminists*, coord. Jill Nagle (New York: Routledge, 1997), 203.

intelectual feminista, de otorgar un espacio para que las prostitutas tuvieran voz propia en el debate⁹⁹.

Por otra parte, el feminismo liberal, dado que no compartía en lo absoluto la matriz de análisis del feminismo radical que predominaba en esta discusión, tampoco compartió su postura en torno a considerar la prostitución siempre y en todo caso como una forma de esclavitud sexual. Las feministas liberales afirman que la prostitución es una forma más de ejercicio de la libertad individual inherente a todo ser humano, ya que, como se dijo en el primer capítulo de esta memoria, esta corriente del Feminismo no identifica la situación de desventaja de las mujeres en la sociedad como una de opresión o de explotación que a su vez sea explicativa de fenómenos como la prostitución¹⁰⁰. Para las feministas liberales, entonces, toda la pregunta debe estar puesta en torno a la existencia o inexistencia de consentimiento libre y voluntario en el ejercicio del comercio sexual, puesto que parten de la premisa de que existe tal cosa como un consentimiento *verdaderamente* libre. Por lo tanto, la prostitución será una opción legítima para las mujeres mientras ésta sea tomada libremente, es decir, sin ser forzadas ni coaccionadas.

Algunas feministas también criticaron a las abolicionistas de ser conservadoras y puritanas, ante lo cual formaron un discurso propio al interior de este debate: el denominado feminismo pro-sexo (*pro-sex feminism*)¹⁰¹. Esta corriente del feminismo regulacionista defiende la posibilidad de las mujeres a explorar y definir su propia sexualidad, lo cual implica también la posibilidad de elegir la prostitución como un trabajo y actividad legítima que no define su estatus personal. Sostienen, también, que el ejercicio del trabajo sexual sería una forma de transgresión de los mandatos patriarcales impuestos a la sexualidad femenina, puesto que contrarían el rol sexual hegemónico que les corresponde en tanto mujeres, esto es, el papel de mujeres decentes¹⁰².

Bajo este enfoque, la voz propia de las trabajadoras sexuales cobra relevancia, ya que consideran que nadie debe decir por ellas si su trabajo es opresivo, dañino o humillante, en tanto

⁹⁹ Daniela Heim, “La prostitución a debate: el abolicionismo desde la perspectiva de la defensa de los derechos de las trabajadoras sexuales”, *Nueva Doctrina Penal* 2 (2006): 441-467.

¹⁰⁰ Ángeles Jareño, “La política criminal en relación con la prostitución: ¿abolicionismo o regulación?”, *Prostitución y trata, marco jurídico y régimen de derechos* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007): 215.

¹⁰¹ Nicolás, “Planteamientos feministas...”, 19.

¹⁰² Cristina Garaizabal, “El estigma de la prostitución”, en *La Prostitución a Debate. Por los Derechos de las Prostitutas* (Madrid: Ediciones Taiasa, 2007): 48.

no existen verdades absolutas extrapolables a todas las personas sobre el trabajo sexual o el propio cuerpo¹⁰³. El feminismo pro-sexo busca demostrar, además, que el trabajo sexual voluntariamente decidido como estrategia de vida puede empoderar a las mujeres, darles poder y autonomía y, sobre todo, independencia personal y económica, ya que muchas veces ésta es la mejor opción que tienen ante un panorama mundial en que las mujeres ocupan los puestos de trabajo más informales y peor remunerados¹⁰⁴.

Ana de Miguel tilda al regulacionismo de ser una “postura neoliberal”¹⁰⁵. Sin embargo, esta afirmación resulta en extremo reduccionista, ya que los argumentos de las feministas regulacionistas van más allá de la mera pregunta por la libertad de la decisión, y en general también se analiza desde esta postura el contexto y las condiciones estructurales en que se inserta el fenómeno de la prostitución. Además, con esta afirmación la feminista abolicionista española desconoce y omite el análisis que algunas autoras han hecho tomando posición a favor del reconocimiento de la prostitución como un trabajo desde una matriz de pensamiento marxista que no sólo supera sino que se opone al punto de vista del feminismo liberal.

Desde este punto de partida, la crítica está puesta, muy acertadamente a mi parecer, en relevar que las feministas abolicionistas parecen olvidar que el problema que reconocen en la prostitución es en realidad un problema universal bajo el capitalismo, consistente en lo que Marx llamaba “la coacción silenciosa de las relaciones económicas”¹⁰⁶. El problema que detectan algunas regulacionistas, es que parecería no incomodar que las mujeres vendan su fuerza de trabajo en condiciones deleznable, pues únicamente hay escándalo respecto a la explotación sexual y no ante otras formas de explotación de la fuerza de trabajo femenina. El argumento regulacionista puede ser entonces, desde los análisis más recientes del feminismo marxista o socialista, caracterizado como uno en contra del “excepcionalismo del trabajo sexual”¹⁰⁷.

El análisis del feminismo socialista entonces vuelve a poner el foco en el trabajo en términos marxistas, y por lo tanto no niega la explotación implicada en la prostitución; por el

¹⁰³ Nicolás, “Planteamientos feministas...”, 27.

¹⁰⁴ Garaizabal, “El estigma de la prostitución”, 48.

¹⁰⁵ De Miguel, *Neoliberalismo sexual*, 49.

¹⁰⁶ Kathi Weeks, *The Problem with Work: Feminism, Marxism, Antiwork Politics, and Postwork Imaginaries* (Durham, NC: Duke University Press, 2011), 57.

¹⁰⁷ Heather Berg, “Working for Love, Loving for Work: Discourses of Labor in Feminist Sex-Work Activism”, *Feminist Studies* 40 (2014): 693-721.

contrario, reconoce su carácter de trabajo justamente en virtud de la identificación de aquello, a diferencia de las abolicionistas. Sin embargo, plantean, el trabajo sexual no es explotación debido a algo particular o característico relativo al sexo, sino que lo es porque es trabajo bajo el sistema capitalista. Y en este sentido, el trabajo sexual es un elemento muy relevante para un análisis de la interseccionalidad entre el capitalismo y el patriarcado¹⁰⁸, ya que en realidad, la complejidad del fenómeno de la prostitución no reside meramente en el carácter de *mujer* de la prostituta, per se, sino que “en el grado en que su pobreza, su género, su raza, su sexualidad, su edad, su religión, su estatus legal, su apariencia, o sus capacidades, pueden ser usados en su contra en la extracción de plusvalor de su trabajo”¹⁰⁹. Y la pregunta por la manera en que estos factores afectan a las trabajadoras sexuales tiene poco que ver con la presencia o ausencia de libertad formal entre una trabajadora sexual cualquiera y sus clientes. Más bien, la explotación de las trabajadoras sexuales depende de un número variable de “segundas pieles” estructurales de opresión que se conectan y superponen¹¹⁰.

El aporte de las feministas marxistas en este sentido es que mantener el foco crítico en el trabajo al hablar de trabajo sexual, nos permite movernos de la dicotomía “elección” versus “esclavitud” que entrapa a las liberales, defendiendo la primera, y a las radicales, defendiendo la segunda, y abre paso a una crítica estructural al sistema político-económico capitalista. Y bajo esa mirada estructural, la prostitución no es –como consideran las radicales– un pilar constitutivo del heteropatriarcado o del sistema de supremacía masculina, sino que es una consecuencia de las formas de explotación y opresión, de clase y de género, que concurren bajo el capitalismo patriarcal.

En un sentido que aporta al argumento contra el excepcionalismo del trabajo sexual, la filósofa Martha Nussbaum reflexiona en torno a éste, poniendo también la vista en la cuestión del trabajo, y plantea claramente, en un fragmento que merece ser reproducido:

“Todos nosotros, con excepción de quienes son ricos de manera independiente y los desempleados, recibimos dinero por el uso de nuestro

¹⁰⁸ Brooke Meredith Beloso, “Sex, Work, and the Feminist Erasure of Class”, *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 38 (2014): 47-70.

¹⁰⁹ Beloso, “Sex, Work, and...”, 62.

¹¹⁰ Beloso, “Sex, Work, and...”, 62.

cuerpo. Profesores, obreros, abogados, cantantes de ópera, prostitutas, médicos, legisladores, todos hacemos cosas con partes de nuestro cuerpo y recibimos a cambio un salario. Algunas personas reciben un buen salario, y otras no; algunas tienen cierto grado de control sobre sus condiciones laborales, otras tienen muy poco control; algunas tienen muchas opciones de empleo, y otras tienen muy pocas. Y unas son socialmente estigmatizadas y otras no lo son”¹¹¹.

En consecuencia, se reconoce que en el trabajo sexual, como en cualquier otro, hay explotación; el problema es que “la explotación de una actividad de servicios que se encuentra al margen de la regulación laboral se da sin derechos laborales y con formas que generan exclusión y violencia”¹¹². Entonces, el término “explotación sexual” conlleva una fuerte connotación negativa que no se aplica a los demás trabajos, donde también existe explotación, generando lo que la propia Nussbaum reconoce como estigmatización social.

Por otra parte, es también especialmente controversial la postura de las regulacionistas en torno a la relación entre trabajo sexual y trata o tráfico de personas, en tanto ellas plantean que es necesario separar y diferenciar ambos fenómenos, ya que pueden y deben ser desligados¹¹³. Las organizaciones de trabajadoras sexuales y de derechos humanos plantean que si la prostitución se prohíbe o penaliza es imposible establecer estándares laborales y sanitarios, y es precisamente la ausencia de regulación la que alienta formas de trabajo forzado, en parte porque desvía la imprescindible lucha contra el tráfico hacia la finalidad de abolir toda clase de comercio sexual. Debido a esta necesidad, y frente a la posición abolicionista que ya desde su fundación tomó la CATW, se creó en 1994 la Alianza Global Contra el Tráfico de Mujeres (en inglés, GAATW), organización que sí distingue entre la forma de prostitución forzada que efectivamente implica el tráfico, y la prostitución voluntaria como -al menos- potencial forma de trabajo¹¹⁴.

¹¹¹ Martha Nussbaum, *Whether from Reason or Prejudice: Taking Money for Bodily Services*, 27 J. Legal Stud. 693 (1998), 1.

¹¹² Lamas, “Feminismo y prostitución”, 25.

¹¹³ Posada, “Argumentos y contra-argumentos...”, 127.

¹¹⁴ Jeffreys, *The Idea of Prostitution*, 307.

Esto también es relevante porque cuando no se distingue entre prostitución forzada y voluntaria, se invisibiliza la voz y se niega la agencia de las trabajadoras sexuales autoorganizadas, “quienes consideran la prostitución como una opción consentida y cuya dignidad como personas está más ligada al hecho de que sean reconocidas como sujetos de derecho que al uso del sexo”¹¹⁵. Una objeción generalizada del feminismo regulacionista a las abolicionistas es que su visión resulta excesivamente victimista, en tanto anulan cualquier posibilidad de capacidad de agencia o decisión a las trabajadoras sexuales, de modo que son prácticamente reducidas a sujetas incapaces, en la espera de ser salvadas. Es lo que Laura Agustín ha denominado “maternalismo”¹¹⁶. Y el problema de aquello es que:

“Buscar salvar nuestras almas por medio de salvar a las prostitutas es imaginar que, bajo el capitalismo, nuestros privilegios no se compran a expensas de la explotación de otra persona. Es imaginar que algunos de nosotros estamos por sobre la ley del capital y que el capitalismo no es un sistema adversarial de suma cero”.¹¹⁷

Otra de las críticas particularmente relevantes que las regulacionistas hacen a las abolicionistas es la afinidad o cercanía que su postura muchas veces tiene con el Estado policial y sus políticas de persecución penal. Porque, ya sea mediante la criminalización de la prostituta, del cliente o del proxeneta, lo cierto es que impulsar la persecución estatal del trabajo sexual implica, de hecho, otorgar a los órganos persecutores del Estado legitimidad en el uso del *ius puniendi*. De esta forma, la lucha de las abolicionistas de la prostitución tiene frecuentemente, aunque de forma inconsciente, propósitos opuestos a los que defienden las feministas abolicionistas del derecho penal y/o de la cárcel, ya que éstas ven en la criminalización del trabajo sexual un camino más que lleva de la pobreza a la prisión y a las policías como otra fuente de opresión para las trabajadoras sexuales¹¹⁸. En esta línea de argumentación, Elizabeth Bernstein –una importante exponente del regulacionismo– considera que, al reformular el comercio sexual como “tráfico de mujeres”, el activismo feminista abolicionista ha

¹¹⁵ Debora Daich, “¿Abolicionismo o reglamentarismo? Aportes desde la antropología feminista”, 80.

¹¹⁶ Laura Agustín, *Sex at the Margins. Migration, Labour Markets and the Rescue Industry* (Londres: Zed Books, 2007)

¹¹⁷ Beloso, “Sex, Work and...”, 66.

¹¹⁸ Beloso, “Sex, Work and...”, 65.

transnacionalizado un discurso que alienta una política punitiva, asumiendo el imperativo punitivo neoliberal¹¹⁹. Las reflexiones de la criminología crítica parecen concluir, además, que este discurso resulta contraproducente, ya que la excesiva intervención del sistema penal ante problemas sociales termina criminalizando a quienes más los padecen¹²⁰.

En resumen, son muchísimos y variados los argumentos que se sitúan de este lado del debate feminista sobre el trabajo sexual. Lo que tienen en común las distintas visiones que en esta sección fueron expuestas es que difieren del feminismo radical-abolicionista que considera que la prostitución es una forma de esclavitud sexual, para pasar a redefinirla como trabajo sexual. Si bien se reconoce que sin duda alguna existen factores sociales, culturales, económicos y de raza, entre otros, que llevan a las mujeres a ejercer esta actividad, se reconoce también, al menos, la posibilidad de que se trate de una elección. Y esta elección no implica una total autonomía, sino simplemente la decisión de optar entre las -muchas veces- reducidas posibilidades que están a su alcance¹²¹.

Tomar una posición regulacionista tampoco implica defender el trabajo sexual como una práctica deseable. Simplemente, se busca aportar herramientas de análisis que posibiliten una mirada que no resulte ni moralizadora ni estigmatizante¹²². Por eso, se sostiene bajo esta postura que, en virtud de los distintos argumentos que fueron expuestos, mantener el ejercicio voluntario de la prostitución en la ilegalidad es una táctica equivocada, y más bien debe propugnarse por el reconocimiento de esta actividad como un trabajo, lo cual conlleva necesariamente el reconocimiento y aseguramiento de derechos laborales a las trabajadoras sexuales que hoy se encuentran en una situación de absoluta desprotección.

¹¹⁹ Elizabeth Bernstein, "Carceral politics as gender justice? The 'traffick in women' and neoliberal circuits of crime, sex and rights", en *Theor Soci* 44 (2012), 233-259.

¹²⁰ Lamas, "Feminismo y prostitución...", 27.

¹²¹ Lamas, "¿Prostitución, trabajo o trata?", 177.

¹²² Heim, "La prostitución a debate...", 14.

CAPÍTULO III: LA REGULACIÓN DEL TRABAJO SEXUAL Y LOS DELITOS RELACIONADOS A LA PROSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL CHILENO

Como se planteó ya en la introducción de este trabajo, los Estados occidentales han adoptado distintas formas para tratar legalmente un fenómeno tan complejo y controversial como lo es la prostitución. Este capítulo tiene como objetivo hacer una sistematización del tratamiento legal que el ordenamiento jurídico chileno le otorga a la prostitución en términos generales, y a partir de aquello analizar a qué modelo paradigmático de regulación se acerca la regulación chilena. Con tal finalidad, se analizará cuál es el ámbito de punibilidad de la prostitución en nuestro ordenamiento jurídico penal, para efectos de diferenciarla de las formas de comercio sexual efectivamente contempladas como delitos en la regulación chilena, en atención a la problemática que en el capítulo anterior se esbozó respecto a la relación entre trabajo sexual y trata de personas para la explotación sexual. En definitiva, se busca determinar si es que y en qué medida el ordenamiento jurídico penal chileno traza la línea de diferenciación entre la prostitución voluntaria y la prostitución forzada.

Para ello, se expondrá en una primera sección cuáles son los diferentes modelos que los Estados occidentales han adoptado para tratar el fenómeno y la realidad de la prostitución, junto con trazar un panorama general del estado actual de esta cuestión a nivel comparado, exponiendo algunos ejemplos internacionales emblemáticos de cada modelo de regulación. Se expondrán las principales características del modelo reglamentarista, el abolicionista, el prohibicionista, y el más reciente modelo laboral o de legalización. En segundo lugar, se realizará un análisis pormenorizado de las conductas típicas asociadas a la prostitución que la regulación penal chilena sanciona actualmente, para concluir determinando entonces cuál es el espacio en que la prostitución voluntaria se encuentra fuera del ámbito típico de los delitos contemplados en el Código Penal. Esto nos permitirá establecer a qué modelo de regulación del trabajo sexual se acerca o asemeja el sistema de regulación chileno, y a partir de aquello hacer un análisis de éste a la luz de las posturas del feminismo abolicionista y del feminismo regulacionista que fueron expuestas en el capítulo anterior de esta memoria.

1. Los modelos de regulación posibles

Como ya se mencionó, la forma en que los países occidentales han regulado históricamente y regulan hoy en día la prostitución, es tremendamente disímil. Las opciones legislativas que los Estados han adoptado en torno a esta cuestión se han sistematizado tradicionalmente en torno a tres modelos: el reglamentarista, el prohibicionista y el abolicionista. Además, se ha añadido de manera más reciente el modelo laboral o de legalización del trabajo sexual, que se ha implementado en mayor o menor medida en algunos países principalmente europeos, y que a pesar de tener en común con el modelo reglamentarista la semejanza de ser formas de permisión estatal de la prostitución, se diferencian en virtud del contenido de esa permisión. Por supuesto, todos estos modelos adquieren distintos matices al ser adoptados por uno u otro Estado, pero resultan útiles como esquemas de referencia.

1.1. El modelo reglamentarista

En primer lugar, el modelo reglamentarista tiene sus orígenes la Europa del siglo XIX, en que la prostitución era oficialmente tolerada y regulada jurídicamente ya que se veía como un mal aceptable pero moralmente reprochable, por lo cual se regulaba con el único objetivo de resguardar el orden y la salud pública que se consideraban afectados con su existencia. Este modelo, aunque establece una regulación para el comercio sexual, no tiene en ninguna medida la vista puesta en las trabajadoras sexuales, sino que, por el contrario, se yergue sobre la idea de que las mujeres prostitutas son las responsables de la expansión de enfermedades venéreas contagiosas. Ante aquello, la forma de reglamentación que se asumía era la zonificación de la ciudad para establecer los espacios en que se podía llevar a cabo el comercio sexual, además de determinarse la obligatoriedad de controles sanitarios periódicos para garantizar su “salubridad”¹²³.

Dentro de este modelo, el mejor ejemplo lo constituyen las *Contagious Diseases Acts* a las que nos referimos en el capítulo anterior de esta memoria, leyes en reacción a las cuales se gestó el incipiente movimiento abolicionista de Josephine Butler. Como ya se mencionó anteriormente, las mujeres del movimiento liderado por Butler combatieron esta regulación que

¹²³ Carolina Villacampa, “Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados” en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 7 (enero 2012), 81-142.

sometía a las prostitutas a rigurosos controles policiales y brutales exámenes médicos, que expresaban la potestad que el Estado tenía para perseguir y controlar los cuerpos de las mujeres.

En Latinoamérica se reguló la prostitución de manera muy similar a fines del siglo XIX, lo cual se explica debido no sólo a la preocupación por la higiene pública y profilaxis social que se atribuía a la prostitución, sino también porque era parte de las políticas del control de la sexualidad¹²⁴. Así, Buenos Aires reglamentó la prostitución en 1875, Montevideo en 1886, Santiago en 1896 y Valparaíso en 1898¹²⁵.

En la actualidad, algunos países de la Unión Europea contemplan regulaciones que se acercan al reglamentarismo decimonónico. En Grecia, por ejemplo, se encuentra prohibida la prostitución que se ejerce en lugares públicos, pero está permitida si se realiza en un departamento privado; para trabajar legalmente las mujeres necesitan un “certificado de profesión”, y además deben registrarse en el Departamento de Sanidad y someterse a chequeos médicos regulares, ya que de lo contrario cometen un delito¹²⁶.

En suma, la característica fundamental del modelo reglamentarista es que se ocupa de la prostitución como un problema de orden público, razón por la cual se regula como un tema administrativo más, generalmente a través de reglamentos u otras normas infralegales que permiten la restricción de los espacios de trabajo de las prostitutas y la vigilancia policial y sanitaria, situándola burocráticamente “al mismo nivel que escuelas, dispensarios médicos, y aseo y ornato, entre otros”¹²⁷.

1.2. El modelo abolicionista

En segundo lugar, el modelo abolicionista fue adoptado por la mayoría de los países de Europa occidental durante el siglo XX, desde que a finales del siglo XIX el movimiento abolicionista se extendiera y cobrara gran relevancia. Este modelo de regulación se identifica

¹²⁴ Ana Gálvez, “La prostitución reglamentada en Latinoamérica en la época de la modernización” en *Revista Historia* 396 volumen 7 número 1 (2017): 89-118.

¹²⁵ Luis Prunés, *La prostitución. Evolución de su concepto hasta nuestros días. El neo-abolicionismo ante el nuevo Código Sanitario en Chile*. (Santiago: Liga Chilena de Higiene Social, 1926), 35.

¹²⁶ Ruth Pinedo, “Características psicosociales, calidad de vida y necesidades de las personas que ejercen prostitución” (Tesis Doctoral Facultad de Psicología, Universidad de Salamanca, 2008), 44.

¹²⁷ Gálvez, “La prostitución reglamentada...”, 93.

con lo que en el capítulo anterior caracterizamos como el feminismo abolicionista, de modo que la legislación se piensa sobre la base de que la reglamentación implica la formalización de la esclavitud de las mujeres¹²⁸. El modelo abolicionista, supuestamente en aras de la protección de la dignidad femenina, busca eliminar y erradicar la prostitución, para lo cual se utiliza la herramienta penal mediante la criminalización del proxeneta, del cliente y de cualquiera que se beneficie de esta práctica, dejando fuera del ámbito de punibilidad a la prostituta, ya que ésta es considerada una víctima de la esclavitud y por tanto no se le atribuye responsabilidad penal¹²⁹. A pesar de aquello, es innegable que la penalización de la prostitución en muchísimos casos permite que se ejerza sobre ellas –y particularmente sobre las migrantes– acoso policial, trato arbitrario, y detenciones y deportaciones¹³⁰.

El modelo abolicionista tuvo su gran triunfo con la dictación del Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949, en el cual se estableció que existe entre la prostitución y la trata una relación inherente. De esta forma, se indica en dicha normativa que:

“(...) la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad”.

El abolicionismo encuentra actualmente su mayor expresión en la regulación implementada en Suecia a partir de 1999, que tiene su punto de partida en la consideración de que cualquier forma de prostitución constituye una manifestación de la violencia de género y que todas las mujeres que la ejercen en realidad son víctimas¹³¹. En el famoso modelo sueco se encuentra tipificada penalmente la compra de servicios sexuales, y a partir de la Ley contra el Proxenetismo del año 2005 se criminaliza también la conducta de cualquier persona que

¹²⁸ Villacampa, “Políticas de criminalización...”, 83.

¹²⁹ Pinedo, “Características psicosociales, calidad de vida...”, 42.

¹³⁰ Juliano, “El trabajo sexual en la mira”, 101.

¹³¹ Carolina Villacampa, “Políticas criminalizadoras de la prostitución en España”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 15 (volumen 6, 2013): 1-40.

promueva o explote relaciones sexuales casuales mediadas por dinero, además de estar penalizado el uso de locales, apartamentos y habitaciones para la prostitución¹³².

1.3. El modelo prohibicionista

En tercer lugar, el modelo prohibicionista aparece como la forma más conservadora y reaccionaria de tratar el fenómeno, en tanto el Estado sanciona penalmente a todas las partes que intervienen en la prostitución: las que se dedican a ella, las que organizan o las que explotan, y también a quienes hacen uso de ella¹³³. Conforme a este modelo, la prostituta también es considerada delincuente y no una víctima, por lo cual ésta también tiene responsabilidad penal en el hecho. En consecuencia, el modelo prohibicionista constituye la expresión más dura del poder punitivo estatal sobre la prostitución y las mujeres que la ejercen.

Esta forma de regulación constituye la situación más perjudicial para las personas que ejercen la prostitución, dado que se ven compelidas a realizar su trabajo en completa clandestinidad, sin que por ello el negocio desaparezca. Esta forma de regulación, además, las deja en una situación de total dependencia respecto a terceras personas que lucran con su trabajo a cambio de protección para ellas.

Uno de los pocos países que actualmente adopta abiertamente el modelo prohibicionista es Estados Unidos. El ejercicio de la prostitución se encuentra prohibido en casi todos los Estados, excepto en unos cuantos Condados del Estado de Nevada, y se incrimina tanto la conducta de las trabajadoras sexuales como de quienes se benefician con el ejercicio de la prostitución, esto es, proxenetas y propietarios de burdeles. Si bien en este contexto la conducta de las propias prostitutas sólo constituye un *misdemeanor* o delito menos grave, alrededor de la mitad del total de mujeres que se encuentran en prisión en Estados Unidos lo están por cargos relacionados con la prostitución¹³⁴.

¹³² Villacampa, “Políticas de criminalización de la prostitución”, 112.

¹³³ Pinedo, “Características psicosociales, calidad de vida...”, 40.

¹³⁴ Gregg Aronson, “Seeking a consolidated feminist voice for prostitution in the US” en *Rutgers Journal of Law & Urban Policy* 357, volumen 3, (primavera 2006), 357-388.

1.4. El modelo laboral o de legalización

Aunque algunos autores clasifican este modelo como una especificidad del modelo reglamentarista, esta nueva forma de regulación en realidad merece un tratamiento específico. Este modelo surge hace poco más de una década, con el avance de la autoorganización de las trabajadoras sexuales y el reclamo que éstas han realizado por el reconocimiento de su labor como un trabajo y el consecuente reconocimiento de sus derechos humanos y laborales en tanto trabajadoras. Lo que está en la base de este modelo es la idea de que la única forma de defender los derechos humanos y laborales de las personas que ejercen la prostitución es dotando de un estatuto jurídico a quienes desarrollan esta actividad¹³⁵.

A este modelo de regulación corresponden los sistemas adoptados por Holanda a fines de 1999 y por Alemania en el año 2000. En Holanda, el ejercicio de la prostitución se encuentra permitido mientras se cumplan ciertas normas requeridas, debiendo ejercerse ésta en locales que tienen que ser inspeccionados en términos de salud y seguridad para obtener la autorización requerida, pero no existe un registro de prostitutas ni obligación de chequeos médicos sobre éstas. Consecuentemente, la regulación holandesa garantiza a las trabajadoras sexuales los mismos derechos que al resto de los trabajadores, y las carga con los mismos deberes. Por otra parte, y mientras el trabajo sexual voluntario se encuentra permitido y regulado, se tipifican delitos como la explotación sexual, la prostitución de menores y todas las formas de tráfico de personas¹³⁶.

2. Los delitos relacionados con la prostitución

El Código Penal chileno contempla, hoy en día, cuatro disposiciones cuyas descripciones típicas hacen referencia a alguna conducta relacionada con la prostitución, aunque cabe decir desde ya que ninguna de ellas tipifica el *ejercicio* de la prostitución propiamente tal. Dichas disposiciones, que serán analizadas a continuación, se encuentran actualmente en los artículos 367, 367 ter, 411 ter y 411 quáter, respectivamente.

¹³⁵ Pinedo, “Características psicosociales, calidad de vida...”, 42.

¹³⁶ Pinedo, “Características psicosociales, calidad de vida...”, 42.

Para el mejor análisis de estas disposiciones, podemos agruparlas en dos categorías, en atención a los dos contextos en que el legislador penaliza ciertas conductas relativas a la prostitución: en primer lugar, cuando se trata de prostitución infantil; y, en segundo lugar, cuando se produce en un contexto de trata de personas. A continuación, se revisará en detalle cada una de dichas disposiciones.

2.1. Los delitos relacionados a la prostitución de menores

No cabe duda de que la prostitución infantil es una de las expresiones más graves de la explotación de niños y niñas que existe actualmente en el mundo globalizado, y probablemente la forma más extrema de violación de sus derechos humanos¹³⁷. Ante esta situación, la Convención Internacional de los Derechos del Niño en su artículo 34 establece la obligación que los Estados Partes tienen de proteger a los y las menores contra todas las formas de explotación y abusos sexuales, obligación que se desarrolla en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía del año 2000, el cual fue promulgado por el Estado chileno en 2003¹³⁸. En este contexto, el año 2004 se dictó la Ley N°19.927, que criminalizó la conducta del cliente que accede a prostitución infantil, además de tipificar diversas figuras delictivas relacionadas a la pornografía infantil, destinadas a regular todo el *ciclo de material pornográfico*, desde su producción hasta su adquisición¹³⁹.

El Código Penal chileno actualmente contempla dos figuras típicas directamente relacionadas con la prostitución de menores: el delito de favorecimiento de la prostitución del artículo 367 y el de obtención de servicios sexuales de menores del artículo 367 ter. Estos delitos se encuentran contemplados en el párrafo 6° del Título VII del Libro II, bajo el epígrafe que reza “Del estupro y otros delitos sexuales”, ubicación que comparten con el estupro, la sodomía, el abuso sexual de menores de edad en sus distintas formas, y la producción de material

¹³⁷ Esteban Pérez Alonso, “Tratamiento penal del cliente en la prostitución infantil y en otras actividades sexuales remuneradas con menores” en *Revista de Derecho Penal y Criminología* (enero 2017): 167-223.

¹³⁸ Decreto 225 del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado con fecha 8 de agosto de 2003 y publicado con fecha 6 de septiembre de 2003.

¹³⁹ Raúl Carnevali, “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”, Informe en Derecho N°2 para la Defensoría Penal Pública (agosto 2012).

pornográfico infantil. En esta sección se analizarán ambas figuras delictivas, su alcance típico, y algunos problemas relativos a su fundamentación.

2.1.1. La forma delictiva del artículo 367: la promoción o favorecimiento de la prostitución infantil

Con anterioridad al proceso de reformas que a partir del año 1999 se hicieron a los así llamados “delitos sexuales” en el Código Penal, éste contemplaba en su artículo 367 lo que se conocía como el delito de *corrupción de menores*, que consistía en “promover o facilitar la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro”, siempre que dicha conducta se realizara “habitualmente o con abuso de autoridad o confianza”.

La Ley N°19.617 de 1999 eliminó de esta disposición la expresión “o corrupción”, y luego la Ley N°19.927 de 2004 lo modificó nuevamente, manteniendo el núcleo típico consistente en la promoción o facilitación de la prostitución de menores de edad, pero eliminando el elemento de habitualidad como un elemento básico del tipo y transformándolo en una circunstancia calificante del delito en cuestión, además de incorporar el *engaño* como circunstancia agravante¹⁴⁰. En la actualidad, entonces, la disposición del artículo 367 reza:

“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.

Si concurriere habitualidad, abuso de autoridad o de confianza o engaño, 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.”

Como expresa este artículo, lo que se sanciona es la promoción o facilitación de la prostitución de menores siempre que tales conductas estén motivadas por el propósito de *satisfacer los deseos de un tercero*, de modo tal que el núcleo típico de la norma se encuentra

¹⁴⁰ Ley N°19.617 que “Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación”, promulgada el 1 de julio de 1999 y publicada el 12 de julio de 1999. Ver también la Ley N°19.927 que “Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil”, promulgada el 5 de enero de 2004 y publicada el 14 de enero de 2004.

constituido por la conducta del tercero que colabora en la “gestión” de los servicios sexuales prestados por una persona menor de dieciocho años¹⁴¹. En pocas palabras, se sanciona en esta disposición la actividad que se asocia a la figura del proxeneta.

Según esta norma, la acción del tercero puede consistir en “promover” o “facilitar” la prostitución de un menor, lo cual hace surgir la pregunta de si se trata de palabras sinónimas o si en realidad denotan acciones distintas. Es pacíficamente aceptado que en realidad se trata de conductas diferentes. Por un lado, la *promoción* de la prostitución consiste en “tomar la iniciativa en determinar a otro a dedicarse a la prostitución”, lo cual sería una conducta análoga a la *instigación delictiva*, mientras que la *facilitación* constituye una conducta menos activa que la promoción, en tanto implica “solamente una modalidad de cooperación a una iniciativa ajena” en el sentido de volver posible o más expedito el desarrollo del comercio sexual¹⁴². Se trata, además, de comportamientos alternativos, de modo tal que basta que concurra uno de ellos para que se configure el delito, y la concurrencia de ambas acciones no implica una agravación de la responsabilidad del autor¹⁴³. Por otro lado, esta acción de promoción o facilitación, después de la reforma introducida por la Ley N°19.927, no requiere ser una conducta habitual, de modo que el delito se configuraría ya desde el primer acto de promoción o facilitación¹⁴⁴.

Por otra parte, es necesario establecer qué significa *prostitución* para efectos de esta norma. Sobre este punto no existe consenso absoluto en la doctrina, pero resulta más o menos pacífico sostener que para determinar la existencia del *ejercicio de la prostitución* se debe realizar un análisis conjunto de varios factores, de modo tal que se entenderá por prostitución el ejercicio de actividades sexuales a cambio de un precio, al cual pueden acceder una pluralidad indeterminada de personas, que además se realiza de forma más o menos permanente o habitual por parte de la persona prostituida¹⁴⁵.

¹⁴¹ Luis Rodríguez Collao, *Delitos Sexuales* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000), 225.

¹⁴² Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal*, Tomo IV, 3ª Ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997), 78. En el mismo sentido, Luis Rodríguez Collao, *Delitos Sexuales*, 228.

¹⁴³ Rodríguez Collao, *Delitos Sexuales*, 228.

¹⁴⁴ Jorge Mera et al., *Código Penal Comentado* (Santiago: Legal Publishing Chile, 2011), 634, pie de página N° 160.

¹⁴⁵ En detalle, Manuel González Jara, *El delito de promoción o facilitación o corrupción o prostitución de menores* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986), 75. En el mismo sentido, Luis Rodríguez Collao, *Delitos Sexuales*, 229; Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal*, T. IV., 79.

Ahora bien, el inciso segundo del artículo 367 establece tres circunstancias en virtud de cuya concurrencia el marco penal básico se ve ampliado en un grado, esto es, cuando la promoción o facilitación de la prostitución de menores se realiza con habitualidad, con abuso de autoridad o confianza, o con engaño. Las últimas dos circunstancias son poco problemáticas: hay abuso de autoridad o confianza cuando el sujeto se vale de las ventajas que tiene en virtud de la relación de autoridad o de confianza que tiene con respecto al menor prostituido (padre, guardador, maestro, cuidador, etc.), mientras que el engaño puede ser entendido en este contexto como el abuso de la inexperiencia o la ignorancia sexual del menor¹⁴⁶. El elemento de *habitualidad*, sin embargo, produce mayor dificultad interpretativa, ya que surge la pregunta de “si se exige pluralidad de víctimas, o si basta con una sola, pero existiendo multiplicidad de actos, y si es necesaria o no la existencia de diversos amantes de la prostituida”¹⁴⁷. Ante esta cuestión se ha dicho que:

“la *habitualidad* exige una reiteración de actos 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 revela a su vez en el agente una inclinación o tendencia a la realización de tales actos”¹⁴⁸.

Esta forma de entender la habitualidad tiene sentido y guarda coherencia con la comprensión de que es justamente este elemento lo que justifica en parte la existencia de un delito de favorecimiento de la prostitución de menores como un título de imputación distinto al mero título de participación como cómplice (o incluso como autor-inductor) de un delito de violación, estupro o abuso sexual.

Para cerrar el análisis de este delito, cabe decir que el sujeto pasivo de esta figura delictiva es un “menor de edad” respecto del cual el legislador no entrega un rango etario específico, de modo tal que se entenderá como sujeto pasivo cualquier niño, niña o adolescente menor de 18 años¹⁴⁹. A este respecto surge la interrogante de si tiene relevancia para la

¹⁴⁶ Etcheberry, *Derecho Penal*, 79.

¹⁴⁷ Etcheberry, *Derecho Penal*, 79.

¹⁴⁸ Mario Garrido Montt, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo III, 4ª Ed., (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002), 345. En el mismo sentido, aunque identificando la habitualidad con la *costumbre o hábito*, Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal*, 79.

¹⁴⁹ Eduardo Libretti, “Consideraciones de interés sobre el delito de favorecimiento de la prostitución infantil” (Tesis para optar al grado de Magíster, Universidad de Chile, 2016), 15.

configuración del delito el potencial consentimiento del o la menor prostituida, en respuesta a lo cual los profesores Politoff, Matus y Ramírez han sostenido que “existe delito aun cuando la prostitución se verifique con el consentimiento de la víctima”¹⁵⁰. Considero que ésta es la interpretación acertada de la norma, nuevamente en función de comprender y justificar su existencia como una figura diferenciada de los delitos que afectan directamente la indemnidad sexual de las y los menores de edad¹⁵¹. En un sentido similar, existe consenso en la doctrina respecto a que este delito también se configura cuando se promueve o facilita la prostitución de *un menor ya prostituido*, justamente debido a que “no es la conducta disipada del menor lo que se castiga, sino la del tercero mayor que la promueve o facilita con el móvil de satisfacer los deseos de otro”¹⁵².

2.1.2. La forma delictiva del artículo 367 ter: obtención recompensada de servicios sexuales de menores de edad

La Ley N°19.927 también introdujo la tipificación de un nuevo delito bajo el artículo 367 ter del Código Penal. Bajo esta nueva disposición, se castiga con presidio menor en su grado máximo al que:

“a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtuviere servicios sexuales por parte de personas mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro”.

A esta figura delictiva también se le ha dado el nombre de favorecimiento de la prostitución impropio, en relación con el artículo 367 recién analizado.

Con esta nueva disposición se castiga, entonces, a la parte que podríamos denominar “cliente” o a quien “contrata” los servicios sexuales ofrecidos por parte de una o un menor de dieciocho pero mayor de catorce años. Cabe decir que esta norma sólo contempla como sujetos pasivos del delito a personas entre catorce y dieciocho años, ya que acceder a “servicios

¹⁵⁰ Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 2^{da} Ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 283.

¹⁵¹ Juan Pablo Mañalich, “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas” en *Revista Ius et Praxis* Año 20 N°2 (2014), 21-70.

¹⁵² Garrido Montt, *Derecho Penal*, T.III., 346.

sexuales” de parte de menores de catorce años será en todo caso constitutiva del delito de violación del artículo 362 o de la forma de abuso sexual del artículo 366 bis.

Para la configuración de este delito, a diferencia del que fue anteriormente revisado, el consentimiento del menor de entre catorce y dieciocho años sí tiene una relevancia central, dado que el inciso final del artículo 367 ter consagra expresamente que sólo se configurará este hecho punible cuando no medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro. De este modo, para efectos de la aplicación de esta disposición, “debe tratarse de un menor que practica voluntariamente la prostitución”, voluntariedad cuya concurrencia debe ser acreditada para desplazar la sanción a título de violación, estupro o abuso¹⁵³.

Por otra parte, vale decir que la expresión “prestaciones de cualquier naturaleza” debe ser entendida necesariamente como prestaciones evaluables en dinero, ya que de lo contrario se llegaría al sinsentido de considerar punible “el amor, la amistad o el simple disfrute mutuo de la sexualidad”, actividades que evidentemente “suponen las prestaciones de tiempo, compañía, afecto y cuidados propios del darse a sí mismo recíprocamente”¹⁵⁴.

Este delito viene, de una u otra forma, a complementar la figura del artículo 367, que de hecho era criticado dado que, antes de la reforma mencionada, el favorecimiento de la prostitución de menores significaba una sanción de conductas accesorias respecto de un hecho principal atípico, puesto que se castigaba a quien *favorecía* la prostitución, pero no a quien *se veía favorecido*¹⁵⁵. De tal manera, este hecho punible implica la sanción del tercero cuyos deseos se satisfacen mediante la promoción o facilitación que realiza el autor del delito contemplado en la disposición del artículo 367, aunque por supuesto también pueden darse de manera completamente independiente.

2.1.3. Algunos problemas respecto al bien jurídico protegido por estos delitos

Un interesante debate se ha producido en torno a la pregunta de cuál es el bien jurídico que los delitos relacionados a la prostitución de menores buscan proteger, llegando incluso al

¹⁵³ Carnevali, “Algunas precisiones respecto de...”, 18.

¹⁵⁴ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones, Parte Especial*, 285.

¹⁵⁵ Rodríguez Collao, *Delitos Sexuales*, 227.

cuestionamiento de la necesidad de su tipificación. En este sentido, algunos autores han planteado que lo razonable sería que estos delitos fuesen suprimidos ya que lo que les corresponde, en estricto rigor jurídico, es la calificación según las reglas generales de autoría y participación como instancias de complicidad, inducción o autoría directa de los delitos de violación, estupro o abuso sexual¹⁵⁶.

Respecto a la pregunta sobre el bien jurídico protegido, se han planteado diversas respuestas posibles. La primera es la que entregan los profesores Politoff, Matus y Ramírez, quienes sostienen que el delito de favorecimiento de la prostitución protege la indemnidad sexual del menor, tanto desde la perspectiva del desarrollo y formación sexual de éste como del abuso ajeno, para lo cual se busca evitar que ejerza la prostitución¹⁵⁷. En contra de esta comprensión, se ha dicho que en realidad lo único que estos delitos tutelan es una *moral sexual colectiva* que se opone a que la prostitución se vuelva un modo natural o normal del ejercicio de la sexualidad, por lo que la tipificación de estos delitos no puede ser explicada desde la perspectiva de la libertad e indemnidad sexual de los menores¹⁵⁸. Una tercera alternativa constituye una respuesta ecléctica, que considera que en realidad se trata de delitos que tienen un carácter pluriofensivo, ya que por un lado buscar la protección de la moralidad sexual colectiva y, por otro, la libertad del menor en cuanto al desarrollo natural de su sexualidad¹⁵⁹.

El punto que probablemente causa mayor complejidad respecto a la determinación del bien jurídico protegido por estos delitos es la constatación de que éstos en realidad castigarían conductas que podrían ser punibles por la vía de la violación, del abuso sexual o del estupro, y que más bien parecería ser que la tipificación de estas figuras se encuentra guiada únicamente por el afán intervencionista de prohibir expresamente, a través de la herramienta penal, las relaciones sexuales remuneradas con menores.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Rodríguez Collao, *Delitos Sexuales*, 227. En el mismo sentido, Carnevali, “Algunas precisiones respecto de...”, 15.

¹⁵⁷ Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, Tomo I, (Santiago: Editorial Libromar, 2014), 357.

¹⁵⁸ Pérez Alonso, “Tratamiento penal del cliente...”, 179. En este sentido, Manuel González Jara, *El delito de promoción...*, 62.

¹⁵⁹ Carnevali, “Algunas precisiones respecto de...”, 15.

¹⁶⁰ Pérez Alonso, “Tratamiento penal del cliente...”, 195.

Considero que la forma de darle una interpretación sistemática y útil a estos delitos es comprender que tanto el delito de promoción o facilitación de la prostitución de menores como el delito de obtención recompensada de servicios sexuales de menores, constituyen delitos de peligro abstracto contra la indemnidad sexual de la cual son titulares los menores de edad. En este sentido, el peligro abstracto no puede ser entendido como la mera puesta en riesgo de un bien jurídico, ya que bajo esa interpretación no tiene demasiado sentido la tipificación de un delito de peligro cuando ya existe una robusta protección de ese bien jurídico a través de delitos de lesión como la violación, el estupro y el abuso sexual¹⁶¹. Más bien, el peligro abstracto tiene que comprenderse como una situación en la cual se ven afectadas las condiciones generales de seguridad necesarias para una disposición racional sobre un bien jurídico, de modo tal que ese peligro generado impide que el bien jurídico cumpla la función que tiene como medio posibilitador o facilitador de la libertad y el libre desarrollo de las personas.¹⁶²

Bajo esta comprensión, es posible darle sentido a la existencia de delitos asociados tanto a la prostitución de menores como a la pornografía infantil, en cuanto ámbitos que son vistos como espacios en los cuales los derechos de las y los niños corren un altísimo riesgo de vulneración, o se consideran derechamente vulnerados¹⁶³. Así, lo que la sanción de las conductas asociadas a la prostitución infantil expresa es que éstas constituyen formas de menoscabo de la indemnidad sexual en el sentido de una puesta en peligro abstracta, ya que implican un riesgo para las condiciones que permiten el aprovechamiento libre de dicho bien jurídico¹⁶⁴. En definitiva, estos delitos entendidos como delitos de peligro abstracto tienen un contenido de injusto autónomo que explica su existencia como delitos independientes de aquellos delitos de lesión contemplados en el párrafo 6° del Título VII.

La caracterización de estas figuras delictivas como delitos de peligro abstracto tiene sentido justamente cuando reparamos en el hecho de que para su configuración no se requiere que la indemnidad sexual del menor prostituido haya llegado a verse lesionada o en riesgo de vulneración, puesto que en ambos tipos delictivos la voluntariedad del menor es compatible con

¹⁶¹ Esa comprensión de los delitos de peligro puede verse en Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal*, Tomo I, *Parte General* (Santiago: Editorial Jurídica, 1997), 227.

¹⁶² Urs Kindhäuser, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, *InDret* 1 (2009), 15.

¹⁶³ Esta es la razón que inspira la tipificación de dichos delitos, como consta en la Historia Fidedigna de la Ley N°19.927. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5733/>

¹⁶⁴ Kindhäuser, “Estructura y legitimación...”, 15.

la consumación del delito; de hecho, y a mayor abundamiento, en el delito del artículo 367 ter esta voluntariedad es un requisito, como precisamos más arriba.

En este mismo sentido, el profesor Mañalich ha sostenido que, a favor de esta interpretación,

“se manifiesta decisivamente el hecho de que en ellas se hable –siempre en plural– de ‘menores de edad’, o bien de ‘menores de 18 años’, o bien de ‘mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad’, para caracterizar a los individuos sobre quienes ha de incidir la acción respectivamente sometida a prohibición. Técnicamente, en razón de esto mismo, esos mismos individuos no ostentan el estatus de víctimas”¹⁶⁵.

A esta conclusión también aporta el hecho de que el delito de promoción o facilitación de la prostitución de menores, como sostiene el profesor Garrido Montt, tiene que ser entendido como un delito de mera actividad, ya que el tipo se conforma con que el sujeto activo promueva o facilite la prostitución, sin exigir que ésta efectivamente se concrete¹⁶⁶. Nuevamente, porque un delito de peligro abstracto no requiere que el bien jurídico cuya protección se busca se vea lesionado.

Ahora bien, todo lo aquí sostenido sólo tiene como objetivo poder dar una interpretación sistemática a los delitos relacionados con la prostitución de menores, y nada dice sobre la legitimidad de dichas disposiciones, que en cualquier caso expresan una clara concepción del legislador respecto al ejercicio de la prostitución.

2.2. Los delitos relacionados con la trata de personas

En el primer capítulo de esta memoria nos referimos a la trata de personas como un fenómeno que se enmarca en un “nuevo orden de género” global caracterizado por la

¹⁶⁵ Mañalich, “La violación como delito...”, 25.

¹⁶⁶ Garrido Montt, *Derecho Penal*, T.III, 344. En contra de esta afirmación se posiciona Rodríguez Collao, quien entiende que este delito tiene que ser concebido como un delito de resultado, justamente para “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”. Luis Rodríguez Collao, *Delitos Sexuales*, 229.

feminización del trabajo precarizado, de la supervivencia y del movimiento migratorio¹⁶⁷. En esta sección revisaremos cómo el ordenamiento jurídico chileno se ha hecho cargo de la trata de personas en tanto fenómeno normativo.

La trata de personas apareció por primera vez en el Código Penal chileno en el año 1995, cuando la Ley N°19.409 incorporó al Código Penal el tipo penal de trata de personas con fines de prostitución, ubicado en el entonces artículo 367 bis, más conocido como el delito de “trata de blancas”, consistente básicamente en facilitar el traslado de mujeres de un lugar a otro para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, existiendo una figura simple en la cual la víctima consiente dicha situación, y una figura calificada para casos en que había falta de voluntad o voluntad viciada de la víctima¹⁶⁸. La Ley N°20.507 de 2011 derogó ese artículo e incorporó al Código Penal un nuevo párrafo 5 bis, bajo el Título VIII del Libro II, titulado “De los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas”¹⁶⁹. Bajo este título se incorporó el delito de tráfico ilícito de inmigrantes y se reformó el delito de trata de personas, de modo tal que trasladó el inciso primero del artículo 367 bis al actual artículo 411 ter, y se incorporó un nuevo artículo 411 quáter que amplió la comprensión de la trata de personas y la adecuó a los estándares internacionales impuestos por el Protocolo de Palermo.

2.2.1. La forma delictiva del artículo 411 quáter: trata de personas con fines de explotación sexual o laboral

El delito de trata de personas con fines de explotación sexual y de explotación laboral del artículo 411 quáter fue incorporado al Código Penal el año 2011, en virtud de la obligación internacional que el Estado de Chile adquirió al ratificar el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (en lo sucesivo, Protocolo de Palermo contra la trata de personas) y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (en lo sucesivo, Protocolo de Palermo contra el tráfico de migrantes), ambas

¹⁶⁷ Posada, “Argumentos y contra-argumentos...”, 122.

¹⁶⁸ Ley N°19.409 que “Agrega artículo 367 bis al Código Penal”, promulgada el 31 de agosto de 1995 y publicada el 7 de septiembre de 1995.

¹⁶⁹ Ley N°20.507 que “Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal”, promulgada el 1 de abril de 2011 y publicada el 8 de abril de 2011.

complementarias de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹⁷⁰.

El tipo penal de la trata de personas del artículo 411 quáter tiene una estructura muy similar a la que señala el artículo 3° del Protocolo de Palermo¹⁷¹. Para efectos de una mejor comprensión, podemos analizar el tipo en tres aspectos separados: los verbos rectores que describen la conducta del autor, las circunstancias comisivas que indican falta de consentimiento o voluntad viciada de la víctima, y las hipótesis de explotación que operan como elementos subjetivos del tipo¹⁷².

En primer lugar, las conductas punibles contempladas por este artículo son “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas”, conductas todas que no suponen el cruce de fronteras y que por lo tanto pueden ser realizadas dentro, desde y hacia el territorio nacional¹⁷³. Se ha entendido que *captar* significa cualquier acción para atraer o reclutar a una persona; *transportarla* o *trasladarla* es llevarla de un lugar a otro; y *acogerla* o *recibirla* es admitirla en su compañía, casa o comunidad. La distinción entre estos dos últimos términos estriba en que la *recepción* implica recibir a la víctima en un tiempo y lugar determinados, mientras que la *acogida* significa recibir a la víctima en un tiempo más prolongado de tiempo. Cabe decir, además, que el inciso final del artículo 411 quáter establece que serán considerados autores quienes “promuevan, faciliten o financien” la ejecución de las conductas ya mencionadas. Este inciso permite castigar la conducta de quienes participan sólo de forma

¹⁷⁰ Claudia Cárdenas, “Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación al delito de trata de personas”, 149.

¹⁷¹ El artículo 411 quáter reza: “*El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.*”

Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito”.

¹⁷² Francisco Soto, “La asistematicidad en el tratamiento jurídico de los delitos vinculados a la trata de personas establecidos en el Código Penal a partir de la Ley N°20.507” (Tesis para optar al grado de Magíster, Universidad de Chile, 2013), 33.

¹⁷³ Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal*, T.I., 254.

indirecta en la comisión del delito, lo cual es particularmente relevante en delitos detrás de los cuales suelen haber verdaderas organizaciones o empresas criminales¹⁷⁴.

La doctrina ha caracterizado este tipo penal como un delito de emprendimiento, entendidos éstos como delitos en que “el autor participa una y otra vez en una empresa criminal iniciada o no por él, en la cual cada participación es punible por sí sola, pero, en atención al sentido de la ley, su reiteración no puede ser sometida a las reglas concursales comunes”¹⁷⁵. La configuración de este delito como un delito de emprendimiento permite abarcar como conductas sancionables todas las formas posibles de desarrollo y participación en el delito, de manera tal que se puede castigar a todos quienes participan de la empresa criminal en cualquiera de sus etapas¹⁷⁶.

En segundo lugar, el tipo penal exige que concurren ciertas circunstancias comisivas para que las conductas mencionadas, que aisladamente consideradas son lícitas, sean punibles. Estas situaciones son requisitos del tipo ya que son indicativas de la falta de voluntad o de la voluntad viciada de la víctima que es utilizada para las actividades de explotación que el propio tipo también establece.

Según el artículo 411 quáter, para que se configure el delito de trata de personas debe concurrir alguna de las siguientes circunstancias: violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos para la obtención del consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. Interesa hacer notar acá que el tipo penal equipara aquellas situaciones indicativas de falta de consentimiento con aquellas que son indicativas solamente de un consentimiento con vicios, otorgándoles la misma pena y reproche. Conforme a aquello, para este delito resulta igualmente reprochable el uso de coacción –que genera ausencia o falta de voluntad– que el uso de engaño –clásica forma de viciar la voluntad–.

La concurrencia de una de estas circunstancias es un requisito indispensable para la configuración del tipo; si ella no concurre o no es acreditada en el proceso, la conducta

¹⁷⁴ Soto, “La asistematicidad en el tratamiento...”, 18.

¹⁷⁵ Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y M^a Cecilia Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. (Santiago: Editorial Jurídica, 2004), 189.

¹⁷⁶ Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal*, Tomo I, 264.

consistente en la ejecución de alguna de las acciones mencionadas más arriba será atípica. La excepción a esta regla se encuentra expresamente establecida en el inciso segundo del artículo 411 quáter, que señala que si la víctima es un menor de dieciocho años no será necesaria la concurrencia de circunstancia comisiva alguna para la imposición de la pena que, en este caso, es incluso mayor a la pena asociada a la trata de personas mayores de edad. Esta excepción guarda completa coherencia con la regulación de los delitos relacionados a la prostitución de menores que revisamos recién, en el sentido de que se prescinde de cualquier consideración al eventual consentimiento del menor.

En tercer lugar, el tipo del artículo 411 quáter contiene como elementos subjetivos del tipo que la conducta se realice *para que* las víctimas sean objeto de alguna forma de explotación sexual, explotación laboral o extracción de órganos. A este respecto, podemos sostener que el delito de trata de personas es un *delito de tendencia interna trascendente*, específicamente un *delito de resultado cortado*, en el sentido de que el autor debe obrar con la finalidad de alcanzar algo que se encuentra más allá de la realización íntegra del tipo objetivo, y “lo que está más allá del tipo objetivo consiste en algo distinto de la conducta del propio sujeto”¹⁷⁷. Lo que esto significa es que la conducta desplegada por el autor debe tener por finalidad alguna de las hipótesis de explotación que el tipo contempla, sin requerirse para la consumación del delito que ésta efectivamente se haya producido. En razón de aquello, no cabe duda alguna de que se trata de un *delito de mera actividad*, ya que las hipótesis de explotación que el tipo contempla no lo integran como un resultado exigido, sino que solamente como elementos subjetivos específicos, distintos del dolo.

Respecto de las hipótesis de explotación que este delito contempla, interesa relevar que, a diferencia de lo que establecía el delito de *trata de blancas* del derogado artículo 367 bis, el delito del artículo 411 quáter prevé no sólo la prostitución sino que la explotación sexual en términos generales y también la explotación laboral y la extracción de órganos¹⁷⁸. De esta forma,

¹⁷⁷ Mera et al., *Código Penal Comentado*, 88.

¹⁷⁸ El artículo 367 bis, derogado por la Ley N°20.507, rezaba: “*El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales.*

No obstante, se impondrán las penas señaladas en el artículo anterior en los siguientes casos: 1.- Si la víctima es menor de edad; 2.- Si se ejerce violencia o intimidación; 3.- Si el agente actúa mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza; 4.- Si el autor fuere ascendiente, descendiente, marido, hermano, tutor, curador

se supera la usual vinculación entre trata de personas y prostitución como términos homologables. Se ha dicho que la *finalidad de explotación sexual* implica el sometimiento de la víctima tanto para que ejerza la prostitución por cuenta ajena como para la producción de material pornográfico por cuenta ajena, aunque la disposición legal sólo contempla expresamente esta última¹⁷⁹. Parece claro que la prostitución forzada, como se configura en los delitos de trata de personas, efectivamente constituye una forma de explotación sexual, como exige el artículo 411 quáter. Por otra parte, podemos englobar bajo el concepto de *explotación laboral* las hipótesis que el Código Penal identifica expresamente como “trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta”.

Lo que tienen en común estas hipótesis de explotación es que buscarían volver de la persona víctima un “objeto” o una “cosa” con la que se puede comerciar y transar en el mercado, como si se tratara de una mera mercancía, lo cual afecta directamente al atributo inherente y más relevante de toda persona: su dignidad humana. A propósito de aquello, se discute en la doctrina si la dignidad humana es un bien jurídico susceptible de ser protegido por el derecho penal, o si más bien son otros bienes jurídicos los que esta norma busca proteger. La mayoría de la doctrina plantea que la dignidad humana no es un bien jurídico, y que hay que diferenciar entre la dignidad como atributo de la persona y “aquellos elementos que posibilitan su conservación en el disfrute de dicha prerrogativa”¹⁸⁰. La dignidad humana sería, en realidad, de donde derivan los derechos personalísimos cuya protección sí está dada, entre otros, por el Derecho penal¹⁸¹.

La pregunta que surge consecuentemente es, entonces, cuál es el bien jurídico que busca proteger la tipificación de la trata de personas con fines de explotación. Se ha planteado generalmente que se trata de un *delito pluriofensivo*, que pondría en peligro la libertad individual, la seguridad personal, la libertad o indemnidad sexual, y la integridad física y la

o encargado de la educación de la víctima; 5.- Si el agente se vale del estado de desamparo económico de la víctima; 6.- Si existe habitualidad en la conducta del agente”.

¹⁷⁹ Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal*, Tomo I, 260.

¹⁸⁰ José Luis Guzmán Dálbora, “La trata de personas y el problema de su bien jurídico” en *Revista Procesal Penal* 62 (2011): 9-19.

¹⁸¹ Raúl Carnevali, “La trata de personas y la normativa internacional. Algunas consideraciones de su regulación en Chile”, *Revista de Diritto Penale Contemporaneo* (2013), 170-186.

salud de las víctimas, pluralidad que en gran parte se deriva de la diversidad de formas de explotación que la misma disposición contempla¹⁸².

En función de aquello, se ha discutido si la trata de personas del artículo 411 quáter corresponde a un delito de peligro concreto o de peligro abstracto, ya que se descarta de partida que se trate de un delito de lesión dada la falta de exigencia de efectividad de la explotación para la consumación del delito. Parte de la doctrina nacional sostiene que la distinción entre el peligro concreto y el peligro abstracto está en el grado de afectación o riesgo que significan para el bien jurídico, de modo tal que los delitos de peligro concreto se caracterizan por crear un riesgo efectivo para el bien jurídico protegido, mientras que los delitos de peligro abstracto no requieren la verificación procesal de que el bien jurídico en cuestión haya estado efectivamente en riesgo¹⁸³. Bajo esta concepción, sería posible sostener que la trata de personas con fines de explotación es un delito de peligro abstracto.

Sin embargo, y siguiendo la conceptualización de los delitos de peligro que utilizamos para caracterizar el delito de facilitación de la prostitución de menores, lo correcto es entender el delito de trata de personas con fines de explotación como un delito de peligro concreto, en cuanto éstos se caracterizan por poner al bien jurídico en una situación en la cual solamente depende de una casualidad que tal bien sea menoscabado en su sustancia o no, es decir, la comisión del delito implica una puesta en peligro concreta¹⁸⁴. Esta caracterización de la trata de personas tiene sentido ya que, insistimos, el tipo no exige que la explotación se produzca efectivamente para entender consumado el delito, y lo que en realidad interesa es que el autor del delito haya puesto todo de su parte para que la explotación sexual o laboral se concretara, quedando fuera de su voluntad estrictamente individual que esto ocurra o no, por lo cual lo que su conducta en realidad hace es poner la libertad y la integridad de la víctima en un peligro concreto. Esta caracterización de la trata de personas como un delito de peligro concreto tiene relevancia para diferenciarla de la hipótesis de trata que contempla el artículo 411 ter, que revisaremos inmediatamente a continuación.

¹⁸² Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal*, Tomo I, 253.

¹⁸³ Garrido Montt, *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, 253. En el mismo sentido, Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 211.

¹⁸⁴ Kindhäuser, “Estructura y legitimación...”, 15.

2.2.2. La forma delictiva del artículo 411 ter: ¿trata de personas voluntaria?

El artículo 411 ter, introducido el año 2011 por la Ley N°20.507 ya mencionada, mantuvo la redacción de la denominada trata de blancas contenida en el derogado artículo 367 bis en su variante “simple”, prescindiendo de las circunstancias que calificaban el delito por falta de voluntad de la víctima. De esta forma, se tipificó un delito “de trata de personas con exclusiva finalidad de prostitución”, pero que se encuentra desprovisto de las circunstancias comisivas que el propio Protocolo de Palermo prevé como necesarias para la configuración del delito de trata respecto de víctimas adultas, en tanto circunstancias que develan una voluntad viciada por parte de éstas. Así, actualmente el artículo 411 ter establece que:

“El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales”.

Como vemos, las conductas típicas de este delito son las mismas y tienen el mismo significado que las conductas que contempla el artículo 367 para el delito de favorecimiento de la prostitución infantil, esto es, “promover” y “facilitar”. Tienen, sin embargo, una diferencia muy relevante, ya que en el tipo previsto por el artículo 367 lo que se favorece es directamente la prostitución de los menores, mientras que en el delito contemplado en el artículo 411 ter lo que se favorece es el traslado de personas hacia dentro o hacia fuera del país, y sólo de forma indirecta dichas conductas están encaminadas a que estas personas efectivamente ejerzan la prostitución.

Las conductas desplegadas por el autor, consistentes en la promoción o facilitación, deben tener como objeto el ingreso o egreso del país de personas, pero no se requiere que la persona efectivamente entre o salga del país para que el delito se encuentre consumado, y menos aún se requiere que se concrete la finalidad que el autor tiene de que esa persona ejerza la prostitución¹⁸⁵. Hasta aquí, resulta complejo determinar qué hace punible la conducta de

¹⁸⁵ Cárdenas, “Sobre ciertos problemas...”, 164. La misma afirmación realiza Garrido Montt, *Derecho Penal*, Tomo III, 348, quien indica que se trata de un delito de mera actividad, aunque refiriéndose al actualmente fenecido

promover o facilitar que otra persona entre o salga del país, considerando además que ese ingreso o egreso puede ser perfectamente legal, y que por otra parte el ingreso ilegal de personas se encuentra cubierto por el artículo 411 bis que tipifica el delito de tráfico de migrantes. Pues bien, la ilicitud de estas conductas está dada por el elemento subjetivo del tipo consistente en que quien las realiza debe hacerlo *para que* los sujetos pasivos de su conducta ejerzan la prostitución, aunque aquello de hecho no ocurra.

En este punto es de particular relevancia dar cuenta de que el tipo contempla solamente *una* hipótesis de finalidad que debe tener el autor al realizar la conducta típica: que ésta se encuentre dirigida a que el sujeto pasivo *ejerza la prostitución*. A diferencia de lo que ocurre en el artículo 411 quáter, la hipótesis que vuelve ilícita la conducta del autor se encuentra limitada única y exclusivamente al ejercicio de la prostitución, no contemplándose ninguna otra forma de explotación, ni tampoco elemento de abuso o coacción alguno que permita calificar ese ejercicio de la prostitución como un menoscabo para la persona que lo realiza. Al parecer, el legislador considera de antemano que la prostitución implica un menoscabo para quienes ingresan o salen del país para ejercerla.

Fácil resulta notar que, nuevamente en comparación al artículo 411 quáter, la figura delictiva del artículo 411 ter no exige circunstancia comisiva alguna, es decir, no se requiere que el autor utilice algún medio a través del cual se vulnere o vicie la voluntad del sujeto pasivo. Más bien, para que se configure este delito debe justamente *faltar* la violencia, intimidación, engaño o alguna otra forma de viciar la voluntad de la víctima, dado que si alguna de dichas circunstancias concurren, se encontraría configurado el delito de trata de personas con fines de explotación del artículo 411 quáter, que exige necesariamente la concurrencia de alguna de aquéllas¹⁸⁶.

A partir de aquella constatación se puede fácilmente caer en la cuenta de que, entonces, el delito que estamos revisando tipifica la promoción o facilitación de la entrada o salida al país de personas (mayores de edad, además) para que éstas ejerzan la prostitución *de forma*

artículo 367 bis. En contra de esta afirmación, tanto Matus y Ramírez como Rodríguez Collao consideran que la entrada o salida de personas del país tiene que concretarse para que el delito se encuentre consumado. Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal*, 271.

¹⁸⁶ Cárdenas, “Sobre ciertos problemas...”, 162.

voluntaria, configurándose entonces una especie de “trata no forzada”¹⁸⁷. Sin embargo, dicha denominación es una contradicción en los términos, ya que la trata de personas exige siempre una anulación o falta de consentimiento de la víctima objeto de la trata, de modo tal que “cuando existe pleno consentimiento de la persona objeto de la conducta no existirá trata”¹⁸⁸. La pregunta que inevitablemente surge es, ¿qué propósito tiene esta norma entonces, si la trata de personas ya cubre suficientemente las hipótesis de explotación sexual y laboral? ¿Qué función tiene este delito, y qué bienes jurídicos se supone viene a proteger?

Un primer motivo posible sería uno relativo a la mera utilidad procesal, consistente en que este delito en realidad sirve para evitar que el Ministerio Público tenga la necesidad de probar el doblegamiento de la voluntad de la víctima, y permite así que el ente persecutor cuente con un tipo penal residual para aquellos casos en que no pueda acreditar las circunstancias comisivas que exige el delito de trata de personas del artículo 411 quáter¹⁸⁹. El legislador, entonces, quiso contemplar un régimen más flexible para el ejercicio de la prostitución.

Dejando de lado esa primera consideración, que se muestra del todo insuficiente para justificar la existencia de este delito, algunos autores nacionales han planteado que se trata de un delito que busca proteger la libertad ambulatoria, la seguridad personal y la libertad sexual de las mujeres (bajo la comprensión de que los sujetos pasivos de este delito son primordialmente personas de sexo femenino). Por supuesto, esta justificación se basa en la asunción de que el hecho de trasladar a una persona a otro país genera por sí mismo una situación de desamparo y riesgo para su seguridad, y que “la dedicación continua a la prostitución va limitando en ese sentido sus posibilidades vitales”¹⁹⁰.

Otras posiciones consideran que con el castigo de la trata voluntaria se oculta la persecución de la mera inmoralidad que se le atribuye a la conducta de quien favorece el comercio sexual, “aunque éste se realice en condiciones que carezcan de aptitud para lesionar

¹⁸⁷ Carnevali, “La trata de personas y...”, 14.

¹⁸⁸ Alberto Daunis Rodríguez, “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, en *Indret* 1 (2010), 8. Resulta interesante también la reflexión que el profesor Rodríguez Collao hizo respecto al delito de trata de blancas del derogado artículo 367 bis, sosteniendo que la aplicabilidad de la hipótesis simple de dicho artículo era prácticamente inaplicable, puesto que la indemnidad sexual es un bien jurídico disponible, por lo tanto “habremos de convenir en que la voluntad del sujeto excluye la ilicitud del hecho incriminado”.

¹⁸⁹ Guzmán Dálbora, “La trata de personas y...”, 16.

¹⁹⁰ Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal*, 269.

los intereses de una persona en concreto”¹⁹¹. Esta comprensión implica que en realidad este tipo penal no busca la protección de bien jurídico alguno, sino que más bien pretende guiar la conducta de los ciudadanos a través de ideas morales, lo cual implica una abierta contravención a los fundamentos que legitiman y limitan el *ius puniendi* en un Estado de Derecho¹⁹².

Considero que la mejor manera de comprender la existencia de este delito es conceptualizándolo como un delito de peligro abstracto, en los términos en que se caracterizó también el delito de favorecimiento de la prostitución de menores del artículo 367 ter, esto es, entendiendo que el legislador pretende proteger ciertos bienes jurídicos personalísimos – principalmente la libertad individual y la libertad sexual– por la vía de prohibir situaciones que afectan las condiciones generales de seguridad necesarias para la disposición racional sobre esos bienes jurídicos¹⁹³. Lo que pretendería el legislador, desde esta perspectiva, es evitar la formación de una especie de “mercado” de prostitución de migrantes, dado que *desconfía* del comercio sexual como un espacio donde la libertad sexual pueda ser ejercida sin ser dañada o menoscabada.

Dicha conceptualización permite entender por qué se produce una tremenda disparidad entre el artículo 411 ter y el artículo 411 quáter, aun cuando ambos parecerían tener el mismo objeto de protección: es la disparidad que obviamente se produce entre la protección de un bien jurídico frente a un peligro concreto y la protección de ese mismo bien jurídico frente a un peligro abstracto¹⁹⁴. Por esta razón es comprensible que el delito de “trata voluntaria” sea un delito sin víctima, en tanto éste no implica vulneración alguna a la libertad individual ni a la libertad sexual del sujeto pasivo del delito, dado que concurre su consentimiento libre de vicios; por lo tanto, la conducta del autor sólo puede ser entendida como un “menoscabo *sui generis*” que explica por qué la redacción del artículo 411 ter habla de “personas” y no de “la víctima”¹⁹⁵.

Esta afirmación, no obstante, nada dice respecto a la legitimidad de esta forma de protección de los bienes jurídicos asociados a la libertad sexual, y menos aún del paradigma

¹⁹¹ Guzmán Dálbora, “La trata de personas y...”, 17. También Rodríguez Collao, *Delitos Sexuales*, 227.

¹⁹² Michael Flores, “La problemática del bien jurídico protegido por la figura del artículo 411 ter del Código Penal chileno” (Tesis para optar al grado de magíster en Derecho, Universidad de Chile. 2014), 6.

¹⁹³ Urs Kindhäuser, “Estructura y...”, 15.

¹⁹⁴ Mañalich, “La violación como delito...”, 25.

¹⁹⁵ Urs Kindhäuser, “Estructura y...”, 14.

moral que le subyace. Por el contrario, esta norma expresa con bastante claridad una determinada concepción de la prostitución que pasaremos a analizar y criticar a continuación.

3. Análisis de la regulación penal chilena de la prostitución a la luz del Feminismo

Como podemos ver, el ordenamiento jurídico penal chileno no contempla una regulación sistemática de la prostitución, sino que por el contrario sólo se ocupa de ella de manera fragmentaria, en relación con dos grandes ámbitos: la prostitución de menores y la trata de personas. Respecto de la primera esfera de casos, podemos constatar que el Código Penal prevé la punibilidad de la conducta de todas las partes que participan en el comercio sexual infantil, excepto la del propio menor: se castiga tanto a quien facilita el ejercicio de la prostitución – típicamente, el proxeneta–, como a quien obtiene mediante remuneración los servicios sexuales de algún menor –esto es, el cliente–. Lo interesante de esta regulación es que la punibilidad de dichas conductas no depende de si el o la menor en cuestión consintió en prestar servicios sexuales o no, ya que su voluntad es completamente irrelevante para la configuración de estos delitos, lo cual a primera vista parece ser incongruente con el resto de la regulación que sí le reconoce a los menores de entre catorce y dieciocho años la posibilidad de consentir sexualmente. Lo que esto demuestra es que el legislador refuerza la protección de la indemnidad sexual de los menores de dieciocho años a través del establecimiento de delitos de peligro abstracto que buscan asegurar que las condiciones generales de seguridad en que ése bien jurídico se ejerce no se vean afectadas por la existencia de una práctica que se considera peligrosa, como es el comercio sexual.

Lo cierto es que aquello puede parecernos perfectamente razonable, puesto teniendo en consideración los riesgos a los que hoy indefectiblemente se encuentran expuestas quienes ejercen la prostitución, determinamos que no estamos dispuestos a que menores de edad corran esos riesgos. Ahora, que ello nos parezca razonable no implica dejar de ver que en esa regla ya se expresa una cierta concepción y valoración de la prostitución.

Respecto al ámbito de la trata de personas, la regulación trata el comercio sexual en términos bastante disímiles. Por una parte, la trata de personas con fines de explotación sanciona lo que sin duda alguna constituye una forma de prostitución forzada, en tanto el autor del delito coacciona o engaña –o utiliza algún otro medio– a la víctima para que ésta, sin que concurra su voluntad o ésta se encuentre viciada, ejerza el comercio sexual o sea sometida a otro tipo de

explotación sexual o laboral. A este respecto, abolicionistas y regulacionistas estarían de acuerdo en que se trata de una conducta que debe ser sancionada y perseguida penalmente porque constituye una forma inaceptable de sometimiento y de vulneración de derechos y libertades básicas. Por otra parte, encontramos en el artículo 411 ter una disposición legal que sanciona a quien realiza conductas que colaboran a que otra persona entre o salga del país con la intención de ejercer la prostitución de forma voluntaria y consentida, sin mediar clase alguna de engaño o coacción. De aquello podemos colegir que el legislador busca evitar que se produzca un “mercado” de servicios sexuales de mujeres migrantes –puesto que se trata de un fenómeno mayoritariamente femenino–, ya que considera que éste puede significar un menoscabo a las condiciones generales de seguridad que permiten a las mismas mujeres desarrollar su libertad sexual.

Sin perjuicio de lo dicho, y a pesar de la falta de sistematicidad en el tratamiento de este tema, lo que podemos constatar a partir del análisis de la regulación es que la prostitución voluntaria ejercida por mayores de edad, tanto nacionales como extranjeras, no se encuentra prohibida por ninguna norma penal¹⁹⁶.

La pregunta ahora entonces es, una vez constatado aquello y teniendo a la vista el esquema de regulación que adopta nuestro ordenamiento jurídico penal, ¿a qué modelo de regulación paradigmática de la prostitución se corresponde el modelo chileno?

Aunque la regulación nacional no se condice exactamente con ninguno de los modelos paradigmáticos reseñados al comienzo de este capítulo, parece ser que guarda un mayor grado de cercanía con el modelo abolicionista, el cual se caracteriza por considerar que la prostitución es siempre y en todo caso una forma de explotación y de violencia contra las mujeres, de la cual ellas son víctimas; consecuentemente, el rol de la regulación legal es limitar su ámbito de ejercicio en la mayor medida posible, ya que dedicarse a la prostitución no es en ningún caso una actividad verdaderamente libre y voluntaria.

La principal razón para sostener aquello se encuentra, sin duda alguna, en el artículo 467 ter, que tipifica una figura que se ha llamado “trata voluntaria” o “trata no forzada”. Esa denominación en realidad es una contradicción en los términos, puesto que la trata requiere de la ausencia de voluntad o de la voluntad viciada de la víctima, según el propio Protocolo de

¹⁹⁶ Cárdenas, “Sobre ciertos problemas...”, 165.

Palermo. Lo que esa denominación busca mostrar es que se trata de situaciones en que la conducta desplegada por el autor es idéntica o muy similar a la que caracteriza el delito de trata de personas –facilitar el traslado de otra persona y acciones relacionadas–, pero en las cuales concurre el consentimiento del sujeto pasivo –es decir, del migrante–, a pesar de lo cual la conducta sigue siendo punible por el solo hecho de que dicha acción se encuentre encaminada a que el sujeto pasivo ejerza la prostitución. Nos encontramos, entonces, ante un delito cuya tipicidad –de forma bastante excepcional– no se ve excluida por la concurrencia del consentimiento de la supuesta víctima respecto de un bien jurídico completamente disponible, como es la libertad sexual¹⁹⁷.

Algo enteramente similar aparece en los delitos relativos a la prostitución de menores de edad, ya que si bien el ordenamiento jurídico penal le reconoce libertad sexual a los mayores de catorce y menores de dieciocho años, este reconocimiento se restringe absolutamente si en el ejercicio de esa libertad el o la menor decide ejercer el comercio sexual. Esta limitación, sin duda, guarda coherencia con la protección intensificada a la que se encuentra sometida la libertad sexual de los menores de entre catorce y dieciocho años, “en atención a la distintiva vulnerabilidad que estaría asociada al temprano ejercicio de su sexualidad” y, también, a la distintiva vulnerabilidad asociada al ejercicio del comercio sexual¹⁹⁸. Sin embargo, esta forma de protección intensificada no tiene ningún sentido cuando su objeto de protección está constituido por personas mayores de dieciocho años de edad a las cuales el ordenamiento jurídico reconoce una libertad sexual *completa*, que por lo tanto sólo requerirá de protección penal cuando dicho bien jurídico sea vulnerado a través de un contacto sexual que tenga lugar mediante alguna de las circunstancias que contempla el delito de violación y que se caracterizan por implicar la falta de voluntad de la víctima en el acto sexual.

Para las feministas abolicionistas, al contrario de lo que acabamos de sostener, esta forma de protección intensificada que desconoce el consentimiento de las mujeres para ejercer la prostitución no sólo tiene sentido, sino que es una cuestión necesaria para la protección de la

¹⁹⁷ Se discute en la doctrina si el consentimiento constituye un criterio de atipicidad o una causa de justificación. Aunque dicha distinción no es particularmente relevante para la discusión que acá se trata, cabe decir que esta memoria asume la primera posición. Para detalles en torno a este debate, Urs Kindhäuser, “Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el Derecho Penal” en *Teoría de las normas y sistemática del delito*, (Lima: ARA Editores, 2008), 13-38.

¹⁹⁸ Juan Pablo Mañalich, “La violación como delito contra la indemnidad sexual”, 26.

seguridad y libertad de estas mismas. Recordando lo que se planteó en el segundo capítulo de esta memoria, las abolicionistas niegan la posibilidad de que pueda existir en la prostitución un ejercicio de voluntad propia, por lo cual toda relación sexual en este contexto será en realidad constitutiva de violación y en consecuencia una vulneración a la libertad sexual de la mujer. Bajo este paradigma, entonces, cobra sentido la disposición del artículo 411 ter que prescinde de la voluntad de la persona que migra para ejercer el trabajo sexual.

La pregunta que surge, no obstante, es por qué esta forma de “protección intensificada” sólo existe respecto de las migrantes, en atención a que no existe ningún delito que tipifique el proxenetismo o la facilitación de la prostitución en términos generales. Y la respuesta más aceptada a esta pregunta consiste en que la voluntad del migrante que decide trasladarse a otro país para ejercer la prostitución se niega “al estar su decisión condicionada por múltiples factores externos que determinan completamente su elección”¹⁹⁹.

Desde el punto de vista de la tesis que caracterizamos como feminismo regulacionista, el artículo 411 ter carece de toda razonabilidad y es más bien expresivo de una concepción abolicionista del trabajo sexual que invisibiliza, anula y niega la capacidad de agencia y decisión de las mujeres que migran y toman la decisión, dentro del probablemente acotado espectro de posibilidades que tienen, de ejercer el trabajo sexual.

Resulta necesario hacer notar, además, que esta regla, aunque no haya sido creada con esa intención, tiene inevitablemente un sesgo xenófobo, puesto que sólo va a perseguir el mercado de la prostitución de mujeres migrantes, lo cual en ningún caso significa una forma de protección para ellas. Por el contrario, esta forma de regulación no sólo no las protege sino que fomenta una “imagen miserabilista de las mujeres, vistas como incapaces de defender sus derechos o de desarrollar opciones propias”²⁰⁰. Vale la pena insistir aquí en que quienes defendemos la tesis regulacionista no planteamos que el ejercicio de la prostitución sea una opción ideal para las mujeres, sino que simplemente “como en el caso de las restantes labores y trabajos, no se trata de una opción libre, dado que se realiza para satisfacer necesidades

¹⁹⁹ Alberto Daunis Rodríguez, “Sobre la urgente...”, 25.

²⁰⁰ Dolores Juliano, *Excluidas y marginales: una aproximación antropológica*, 2ª Ed., (Valencia: Universitat de Valencia, 2006), 198.

económicas”, y por lo tanto abogamos por el reconocimiento de esa alternativa como una decisión tomada legítimamente, dentro de ese espectro limitado de opciones²⁰¹.

La excepcionalidad de la regla del artículo 411 ter, como es de suponer, ha generado muchas preguntas respecto a cuál es la razón que subyace a la tipificación de este extraño delito. En respuesta a esta interrogante, se ha dicho que la *ratio legis* de esta norma sería “la evitación de la explotación del hombre por el hombre, presumiéndose la falta de voluntad o la voluntad viciada por parte del sujeto pasivo de la conducta, aun cuando ella sea plenamente capaz”²⁰². Frente a esto, desde el feminismo regulacionista podemos reparar en que esta respuesta expresa claramente un razonamiento al que denominamos *excepcionalismo del trabajo sexual*²⁰³. Porque, como vimos, el “verdadero” delito de trata de personas comprende tanto la finalidad de explotación sexual como la servidumbre o reducción a esclavitud y la extracción de órganos, mientras que la “trata voluntaria” sólo contempla la finalidad de *ejercicio de la prostitución*, sin siquiera exigir que dicho ejercicio se realice en condiciones que sean indicativas de alguna forma de vulneración de la libertad, la seguridad o la integridad física de quien lo ejerce.

Así las cosas, puede ocurrir que una persona facilite a un migrante su entrada al país para que éste –que ha prestado su consentimiento– trabaje en una determinada obra donde se le paga menos del sueldo mínimo, no se respeta la jornada máxima de trabajo y no se le alimenta, por dar un ejemplo, y el legislador hace ojos ciegos ante esta situación. Pero, por dar otro ejemplo, sí será punible la conducta de quien facilita la entrada al país de una migrante que pretende, voluntariamente, ejercer la prostitución en una agencia de *escorts*, donde le pagan una cantidad considerable de dinero y donde quizás puede incluso escoger a sus clientes. Desde una tesis regulacionista, aquello carece de toda sensatez, y más bien parece dar cuenta de una concepción que en realidad no está preocupada por la explotación que pueden sufrir las mujeres, sino que por la forma que toma el ejercicio de su sexualidad.

No debe entenderse a partir de aquella reflexión que el regulacionismo busca legitimar la explotación simplemente porque ésta sea consentida. Por el contrario, lo que busca es dejar de hacer la distinción entre formas o esferas de explotación, para que el foco pueda estar puesto

²⁰¹ Juliano, *Excluidas y marginales*, 198.

²⁰² Flores, “La problemática del bien jurídico...”, 70.

²⁰³ Berg, *Working for love, loving for work*, 694.

en asegurarnos de que en ningún ámbito en que el ser humano se desarrolle exista abuso o vulneración.

CONCLUSIONES

A modo de conclusión, podemos decir que el Código Penal chileno contempla asistemáticamente una diversidad de disposiciones que sólo de forma indirecta se refieren a la prostitución. Del análisis de dichas disposiciones aparece que el legislador chileno claramente criminaliza la prostitución cuando ésta es ejercida por menores de 18 años, por medio de tipificar como delito tanto la conducta de los terceros que favorecen la prostitución de esos y esas menores como la de quienes hacen uso y remuneran esos servicios sexuales, en los artículos 367 y 367 ter, respectivamente. Junto con aquello, también se encuentra tipificada la trata de personas de personas con fines de explotación sexual y laboral en el artículo 411 quáter, además de la figura delictiva del artículo 411 ter que tipifica una especie de “trata de personas para la prostitución voluntaria”.

A partir del análisis de estas disposiciones, podemos establecer que la prostitución voluntaria ejercida por personas mayores de 18 años, nacionales o extranjeras, no es constitutiva de delito, ni para quien la ejerce, ni para quien la consume, ni para quien la favorece o intermedia. Sin perjuicio de aquella indubitable constatación, el artículo 411 ter del Código punitivo –que consagra la denomina “trata no forzada”– parece ser expresivo de la concepción que el legislador tiene de la prostitución como un ámbito que implica un particular riesgo para la libertad y la integridad de las mujeres que migran desde o hacia el territorio nacional, razón por la cual pretende limitar las posibilidades de que las mujeres realicen dicha actividad aun cuando lo hagan de forma voluntaria, a través de castigar la conducta de quien facilita su entrada o salida del país para que ella pueda ejercer el comercio sexual.

Teniendo todo lo anterior en consideración, no resulta tan fácil catalogar el sistema de regulación chileno dentro de alguno de los modelos paradigmáticos de regulación del trabajo sexual, dado que si bien el Código Penal no criminaliza directamente el ejercicio de la prostitución voluntaria, sí contempla la norma del artículo 411 ter cuya complejidad, en parte, se muestra justamente en que parece expresar una desaprobación a la actividad de quienes migran para ejercer la prostitución voluntaria. En consecuencia, es posible afirmar que el sistema jurídico chileno se acerca más a un modelo abolicionista, ya que no penaliza directamente el ejercicio de la prostitución pero sí ciertas conductas relacionadas a ella cuando concurren ciertas circunstancias: cuando se trata de prostitución infantil, cuando se trata de

prostitución forzada en un contexto de trata de personas, y también cuando, tratándose de personas que entran o salen del territorio nacional ayudadas por otras, ésta se ejerce de forma voluntaria.

Desde la perspectiva del feminismo abolicionista se podría decir que esta regulación parece del todo insuficiente para hacerse cargo del fenómeno de la prostitución, ya que deja una laguna de punibilidad en la que cabe todo el resto de casos de ejercicio de la prostitución ya que, como dijimos, el ejercicio de la prostitución voluntaria por parte de mayores de edad no se encuentra prohibida. Para las abolicionistas, el concepto de “prostitución voluntaria” no es más que una falacia que busca ocultar la realidad, y por lo tanto cualquier forma de ejercicio de la prostitución debe ser desalentada por el Estado a través de la persecución de quienes se favorezcan con ella a través de la explotación de las mujeres prostituidas, es decir, de los proxenetas y de los clientes. En ese sentido, es claro que la regulación legal chilena resultaría completamente insuficiente a los ojos de una feminista abolicionista.

Para una feminista regulacionista, por el contrario, esa laguna de punibilidad no sólo es razonable sino que necesaria, en tanto no existe ninguna razón que legitime al *ius puniendi* estatal para perseguir y castigar la decisión voluntaria de una persona de ofrecer servicios sexuales remunerados, ni directa ni indirectamente. A mayor abundamiento, desde una perspectiva regulacionista es completamente cuestionable el artículo 411 ter del Código Penal, que de forma indirecta castiga la prostitución voluntaria ejercida por personas migrantes, dado que afirmar que en esos casos existe necesariamente una vulneración a la libertad individual o sexual de las mujeres es, en realidad, hacer caso omiso de la voluntad y capacidad de agencia de esas mismas mujeres.

BIBLIOGRAFÍA

- Agustín, Laura. 2007. *Sex at the Margins. Migration, Labour Markets and the Rescue Industry*, Londres: Zed Books.
- Aronson, Gregg. 2006. Seeking a consolidated feminist voice for prostitution in the US. *Rutgers Journal of Law & Urban Policy* 357, volumen 3, (primavera): 357-388.
- Arruzza, Cinzia. Reflexiones degeneradas: Patriarcado y capitalismo, publicada en <https://marxismocritico.com/2016/03/08/reflexiones-degeneradas-patriarcado-y-capitalismo/> (consultada el 20 de agosto de 2018).
- Barry, Kathleen. 1987. *Esclavitud Sexual de la Mujer*. Barcelona: LaSal.
- _____. 1995. *The Prostitution of Sexuality*. New York: NYU Press.
- Beloso, Brooke Meredith. 2012. Sex, Work, and the Feminist Erasure of Class. *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 38 (septiembre): 47-70.
- Berg, Heather. 2014. Working for Love, Loving for Work: Discourses of Labor in Feminist Sex-Work Activism. *Feminist Studies* 40: 693-721.
- Bernstein, Elizabeth. 2012. Carceral politics as gender justice? The ‘traffick in women’ and neoliberal circuits of crime, sex and rights. *Theor Soci* 44: 233-259.
- Cárdenas, Claudia. 2013. Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación al delito de trata de personas. Informe en Derecho publicado por la Defensoría Penal Pública: 139-169.
- Carnevali, Raúl. 2012. 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. Informe en Derecho N°2 para la Defensoría Penal Pública. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6670-2.pdf> (consultado 10 de diciembre 2018)

- _____. 2013. La trata de personas y la normativa internacional. Algunas consideraciones de su regulación en Chile. *Revista de Diritto Penale Contemporaneo* 4: 170-186.
- Canales, Patricia. 2005. La regulación de la prostitución en la legislación comparada, Serie de Estudios N°325, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago.
- Chejter, Silvia. 2016. La prostitución: debates políticos y éticos. *Nueva Sociedad* 265 (septiembre-octubre): 58-76.
- Daich, Debora. 2012. ¿Abolicionismo o reglamentarismo? Aportes de la antropología feminista para el debate local sobre la prostitución. *Revista Runa* 33: 71-84.
- Daunis Rodríguez, Alberto. 2010. Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas. *Indret* 1.
- De las Heras, Samara. 2009. Una aproximación a las teorías feministas. *Revista de Filosofía, Derecho y Política* 9 (enero): 45-82.
- De Miguel, Ana. 2000. Los feminismos. *Diez palabras clave sobre mujer*, dir. Celia Amorós Pamplona: Verbo Divino.
- _____. 2011. Los inicios de la lucha feminista contra la prostitución. *Brocar* 35: 315-334.
- _____. 2016. *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, 6ta Edición. Barcelona: Ediciones Cátedra.
- Delgado, María Dolores. 2014. La prostitución de mujeres: fuentes para su legitimación. *Revista Internacional de Éticas Aplicadas* 16: 143-160.
- Duggan, Lisa y Hunter, Nan. 2006. *Sex Wars: Sexual Dissent and Political Culture*. New York: Routledge.
- Dworkin, Andrea. 1989. *Pornography. Men Possessing Women*. New York: Penguin Group.
- _____. 1993. Prostitution and Male Supremacy. *Michigan Journal of Gender and Law* 1: 1-12.

- Etcheberry, Alfredo. 1997a. *Derecho Penal*, Tomo I, *Parte General*, 3ª Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- _____. 1997b. *Derecho Penal*, Tomo IV, *Parte Especial*, 3ª Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Fernández, María Cecilia. 2011. El comercio sexual en Chile: ambigüedades y contradicciones discursivas. *Anagramas* 9 (enero-junio): 71-81.
- Flores, Michael. 2014. “La problemática del bien jurídico protegido por la figura del artículo 411 ter del Código Penal chileno”, Tesis para optar al grado de magíster en Derecho, Universidad de Chile.
- Gálvez, Ana. 2017. La prostitución reglamentada en Latinoamérica en la época de la modernización. *Revista Historia* 396 volumen 7 número 1: 89-118.
- Garaizabal, Cristina. 2007. El estigma de la prostitución. *La Prostitución a Debate. Por los Derechos de las Prostitutas*. Madrid: Ediciones Talasa.
- Garrido Montt, Mario. 2002. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II. 3ª Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- _____. 2010. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III. 4ª Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Gimeno, Beatriz. 2012. *La prostitución*. Barcelona: Edicions Bellaterra.
- Giobbe, Evelina. 1990. Confronting the Liberal Lies about Prostitution. En *The Sexual Liberals and the Attack on Feminism*, coords. Dorchen Leidholdt and Janice Raymond, 67-81. New York: Pergamon.
- González Jara, Manuel. 1986. *El delito de promoción o facilitación o corrupción o prostitución de menores*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Guzmán Dálbora, José Luis. 2011. La trata de personas y el problema de su bien jurídico. *Revista Procesal Penal* 62: 9-19.

- Heim, Daniela. 2006. La prostitución a debate: el abolicionismo desde la perspectiva de la defensa de los derechos de las trabajadoras sexuales. *Nueva Doctrina Penal* 2: 441-467.
- Jareño, Ángeles. 2007. La política criminal en relación con la prostitución: ¿abolicionismo o legalización? *Prostitución y trata, marco jurídico y régimen de derechos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jeffreys, Sheila. 1997. *The Idea of Prostitution*. Melbourne: Spinnifex Press.
- Juliano, Dolores. 2005. El trabajo sexual en la mira. Polémicas y estereotipos. *Cadernos Pagu* 25: 79-106.
- _____. 2006. *Excluidas y marginales: una aproximación antropológica*, 2ª Ed. Valencia: Universitat de Valencia.
- Kindhäuser, Urs. 2008. Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el Derecho Penal. *Teoría de las normas y sistemática del delito*. Lima: ARA Editores.
- _____. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. *InDret* 1.
- Kollontai, Alexandra. 1921. Prostitution and ways of fighting it. *Workers' Dreadnought* (agosto).
- Lamas, Marta. 2014. ¿Prostitución, trabajo o trata? Por un debate sin prejuicios. *Debate Feminista* 50: 160-86.
- Lamas, Marta. 2016. Feminismo y prostitución: la persistencia de una amarga disputa. *Debate Feminista* 51 (mayo): 18-35.
- Lampert, María Pilar. 2014. Comercio sexual. Informe elaborado para la Comisión Permanente de Derechos Humanos, Nacionalidad y ciudadanía, del Senado. Biblioteca del Congreso Nacional.
- Leigh, Carol. 1997. Inventing Sex Work. En *Whores and Other Feminists*, coord. Jill Nagle. New York: Routledge.

- Libretti, Eduardo. 2016. Consideraciones de interés sobre el delito de favorecimiento de la prostitución infantil. Tesis para optar al grado de Magíster, Universidad de Chile.
- Mackinnon, Catherine. 1993. Prostitution and Civil Rights. *Michigan Journal of Gender and Law* 1: 13-31.
- Mañalich, Juan Pablo. 2014. La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista Ius et Praxis* Año 20 N°2: 21-70.
- Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. 2014. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, Tomo I. Santiago: Editorial Libromar.
- Mera, Jorge, et al. 2011. *Código Penal Comentado Parte General*. Santiago: Editorial Legal Publishing.
- Miller, Coty, y Haltiwanger, Nuria. 2004. Crime and Punishment Law Chapter: Prostitution and The Legalization/Decriminalization Debate. *Georgetown Journal of Gender and the Law* 5: 207-897.
- Nicolás, Gemma. 2005. Planteamientos feministas en torno al trabajo sexual, ponencia publicada en www.descweb.org.
- Nussbaum, Martha. 1998. Whether from Reason or Prejudice: Taking Money for Bodily Services. *Journal of Legal Studies* 27 (enero): 693-724.
- O'Connell Davidson, Julia y Anderson, Bridget. 2006. "The Trouble with 'Trafficking'". En *Trafficking and Women's Rights*, coords. Christien L. van den Anjer y Jeroen Doomernik. Hampshire: Palgrave Macmillan.
- Outshoorn, Joyce. 2004. The Politics of Prostitution. Women's Movements, Democratic States and the Globalisation of Sex Commerce. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pateman, Carol. 1995. *El Contrato Sexual*. México: Universidad Autónoma Metropolitana.

- Pérez Alonso, Esteban. 2017. Tratamiento penal del cliente en la prostitución infantil y en otras actividades sexuales remuneradas con menores. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (enero): 167-223.
- Peris, M. Carmen. 1990. La prostitución valenciana en la segunda mitad del siglo XIV. *Revista d'història medieval* 1: 179-199.
- Pinedo, Ruth. 2008. Características psicosociales, calidad de vida y necesidades de las personas que ejercen prostitución. Tesis Doctoral Facultad de Psicología, Universidad de Salamanca.
- Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. 2004. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*, 2ª Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- _____. 2004. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 2ª Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Posada, Luisa. 2012. Argumentos y contra-argumentos para un debate: sobre trata y prostitución. *Ex aequo* 26: 121-134.
- Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptado el 15 de noviembre de 2000, en vigor desde el 25 de diciembre de 2003.
- Prunés, Luis. 1926. *La prostitución. Evolución de su concepto hasta nuestros días. El neo-abolicionismo ante el nuevo Código Sanitario en Chile*. Santiago: Liga Chilena de Higiene Social.
- Puleo, Alicia. 2005. Lo personal es político: el surgimiento del feminismo radical. En *Teoría feminista: de la Ilustración a la Globalización*, coords. Celia Amorós y Ana de Miguel, 35-68. Madrid: Minerva Ediciones.
- Rivera Restrepo, José. 2017. Algunos apuntes jurídicos sobre la prostitución en Chile. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 148 (enero-abril): 316-392.

- Rodríguez Collao, Luis. 2000. *Delitos Sexuales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Rodríguez, Giselle. 2012. *Trabajadoras sexuales: Relaciones de trabajo invisibilizadas*. Tesis para optar al grado de socióloga, Universidad de Chile.
- Salazar, Gabriel. 1985. *Labradores, Peones y Proletarios: formación y crisis de la sociedad chilena del siglo XIX*. Santiago: Editorial Lom.
- Sau, Victoria. 2001. *Diccionario Ideológico Feminista*. Vol. 2. Barcelona: Icaria Editorial.
- Soto, Francisco. 2013. *La asistematicidad en el tratamiento jurídico de los delitos vinculados a la trata de personas establecidos en el Código Penal a partir de la Ley N°20.507*. Tesis para optar al grado de Magíster, Universidad de Chile.
- Ulloa, Natalia. 2017. *Mujeres y prostitución voluntaria: ¿ejercicio de autonomía? Análisis desde la teoría feminista y el derecho comparado*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile.
- Villacampa, Carolina. 2012. *Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados*. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 7 (enero): 81-142.
- _____. 2013. *Políticas criminalizadoras de la prostitución en España*. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Crimonología* 15 (volumen 6): 1-40.
- Walkowitz, Judith. 1980a. *The Politics of Prostitution*. *Signs*, 6 (otoño): 123-135.
- _____. 1980b. *Prostitution and Victorian Society. Women, Class and the State*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Weeks, Kathi. 2011. *The Problem with Work: Feminism, Marxism, Antiwork Politics, and Postwork Imaginaries*. Durham: Duke University Press.