

19. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

DELITO DE FACILITACIÓN DE PROSTITUCIÓN DE MENORES DE EDAD. ABSOLUCIÓN DE LA IMPUTADA

I. CONDENA PENAL REQUIERE DE AFECTACIÓN DE BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR EL TIPO PENAL. PRINCIPIOS DE LESIVIDAD Y PROPORCIONALIDAD. INSUFICIENCIA PROBATORIA PARA ACREDITAR AFECTACIÓN DE LA INDEMNIDAD SEXUAL DE LA ADOLESCENTE POR EL ÚNICO EVENTO DE PROSTITUCIÓN. II. INEXISTENCIA DE DOLO DIRECTO POR PARTE DE LA ADOLESCENTE ACUSADA DE FACILITAR LA PROSTITUCIÓN. PARTE DE LA DOCTRINA LE HA ASIGNADO UN CARÁCTER PLURIOFENSIVO A LOS DELITOS QUE VERSAN SOBRE LA PROSTITUCIÓN DE MENORES

HECHOS

Ministerio Público deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que absolvió a la acusada de la acusación del delito de facilitación de prostitución de menores de edad. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones rechaza el recurso de nulidad interpuesto.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Valparaíso*

ROL: *2276-2019, 24 de diciembre de 2019*

PARTES: *Ministerio Público con Bahitiare Berna Monroy*

MINISTROS: *Sra. Eliana Victoria Quezada M., Sra. María Cruz Fierro R. y Fiscal Judicial Sra. Mónica Milagros González A.*

DOCTRINA

- La imposición de una sanción de naturaleza penal, que representa la última ratio del Estado, requiere de la afectación de los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal, punto en el cual cabe destacar lo señalado por el profesor Rodríguez Collao, en cuanto a dar cumplimiento a los principios de lesividad y proporcionalidad, de manera tal que el castigo solo se imponga en aquellos casos en que exista un efectivo detrimento a los derechos de una persona. En este caso, los antecedentes vertidos en la audiencia no permiten entender que se haya afectado la indemnidad sexual de –la adolescente– de una mayor manera, atentos a que la autodeterminación*

de aquella en materia sexual no se vio mayormente vulnerada, pues fue su propia determinación la que la conllevó a la realización de la prostitución, libre de injerencia de –la acusada– y libre de cualquier tipo de abuso. A lo anterior; debe unirse que al momento de declarar –la adolescente– en estrados no se denotó en ella, en modo alguno, ningún tipo de afección o correlato emocional, que suele estar presente en los delitos de índole sexual, lo que puede explicarse por haberse tratado de un único evento en el que se vio involucrada, por lo que pese al transcurso de años desde la época de los hechos hasta esta fecha, igualmente dicha circunstancia llama la atención. Y habiéndose tratado de un único evento de prostitución no se estima tampoco que se haya afectado gravemente dicho bien jurídico, por corresponder a un hecho aislado. por consiguiente, los sentenciadores explican claramente las razones de la decisión absoluta y la concurrencia o no del dolo de parte del hechor como asimismo el determinar si en la especie, existió afectación del bien jurídico protegido, esto es, la autodeterminación sexual de la víctima que sustentan la causal invocada por el recurrente, constituyen cuestiones de hecho que corresponde determinar a los jueces del fondo, conforme a la valoración de la prueba rendida en juicio, lo que es materia de una causal distinta que no fue invocada en el presente recurso (considerandos 3° y 5° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

- II. *En armonía con lo razonado por los sentenciadores del grado, esta Corte tiene presente que el ilícito consiste en la promoción o facilitación de la prostitución de menores para satisfacer los deseos de otro, con habitualidad o abuso. La promoción se identifica con la idea de instigación a la prostitución, mientras que la facilitación con la cooperación en la iniciativa de dedicarse a la prostitución, debiendo configurarse el tipo mediante dolo directo. En otras palabras, el reproche se encuentra dirigido solo a quien facilitare o promoviere dicha actividad, siendo una agravante si ocurriere en forma habitual o abusando de una relación de superioridad o confianza o mediante engaño. De concurrir estas circunstancias, la alta penalidad asignada al delito ha generado críticas por parte de la doctrina, especialmente en circunstancias que aún se discute la reprochabilidad de la conducta, en tanto vestigios de solo querer direccionar un determinado orden moral en materia sexual. Con el fin de otorgar un sentido a los delitos que versan sobre la prostitución de menores, parte de la doctrina les ha asignado un carácter pluriofensivo. Bajo esta perspectiva se tutelaré, por un lado, la moralidad sexual colectiva y, por otro, la libertad del menor en cuanto a su desarrollo natural de la sexualidad. Al respecto, el profesor Rodríguez Collao, nos indica que el fundamento de la incriminación es la necesidad de proteger a los menores frente a la situación de especial vulnerabilidad en que estos se encuentran en razón de su edad, frente a los abusos de que*

podieren ser víctimas por parte de personas más experimentadas. En razón de este último argumento podríamos extender, una vez más, la ratio legis tras la exoneración de responsabilidad penal otorgada por el artículo 4° de la Ley Penal de Responsabilidad Penal Adolescente al presente artículo 367 del Código Penal, al encontrarse los partícipes de la conducta en un marco de simetría, integrando como elemento tácito del tipo la condición de superioridad etaria del sujeto activo como condición necesaria para configurar la situación de vulnerabilidad en que debiese encontrarse la víctima (considerando 4° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CL/JUR/11073/2019

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 1°, 15, 367 inciso 1° del Código Penal; 4° de la Ley N° 20.084.*

FACILITACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN Y DOLO DIRECTO

CARLOS CABEZAS CABEZAS
Universidad de Antofagasta

La sentencia en comento, y parece relevante indicarlo desde un inicio, es una interesante decisión sobre la facilitación de la prostitución de menores de edad y puede ser saludada con beneplácito en cuanto decisión, aunque parece ser una oportunidad perdida por los sentenciadores para incidir más agudamente acerca del contenido de la culpabilidad.

Como puede apreciarse, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha considerado absolver a la imputada por dos motivos que, técnicamente, dicen relación con dos elementos del delito distintos (pero como apreciaremos más adelante, íntimamente conectados). Por una parte, la antijuridicidad material de la conducta, en términos que, por la edad tanto del sujeto activo y del sujeto pasivo y la relación horizontal entre ambas, la incidencia sobre el bien jurídico tutelado –en este caso y correctamente individualizado en la indemnidad sexual de la menor de edad– es inexistente. En efecto, es dudoso que el peligro concreto contra el desarrollo normal de la sexualidad de la menor se haya visto comprometido con una relación sexual, aun cuando esta haya sido realizada a cambio de una suma de dinero, dado el contexto en que se desarrolló el hecho. Es indudable que los adolescentes no pueden ser considerados seres intangibles al sexo, pues eso sería incoherente con un desarrollo y una autonomía progresivos. Con todo, quizás falta aquí un análisis más profundo de la sexualidad tal y como hoy se desarrolla entre los jóvenes y menores de edad, habida cuenta que la

sexualización y la realización de conductas preocupantes podría ser considerada un argumento en contra de la decisión de esta sentencia y de los argumentos entregados por la Corte¹.

El segundo motivo por el cual la Corte absuelve a la menor de autos y que parece ser el principal, es la falta de dolo. Los sentenciadores concluyen que no habría concurrido el dolo directo exigido por la norma.

Como puede leerse en la sentencia, ello se basa en que, dadas las características de la relación de amistad entre ambas, la edad de las mismas y la interacción que produjo el hecho (la presunta víctima habría solicitado ella misma el contacto luego que su amiga le contara que ya lo había hecho con el mismo sujeto por una cantidad de dinero) se excluiría el dolo directo en razón que la imputada no habría actuado con la voluntad de concretar el tipo penal de la facilitación de la prostitución infantil.

La forma en que la Corte resuelve el problema trae a colación nuevamente la vieja distinción entre la teoría de la voluntad y la teoría del conocimiento en materia de dolo.

Como bien sabemos, la teoría de la voluntad implica que, para la existencia de dolo, es necesario no tanto el conocimiento de las consecuencias de la acción, sino que, determinante, es la voluntad orientada a la realización de ese tipo penal. En tanto, la teoría del conocimiento hace reposar dicha distinción en el conocimiento de las consecuencias de la acción que se emprende, subvalorando la voluntad del sujeto activo².

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso parece inclinarse, como por lo demás es una constante en nuestra jurisprudencia, por la teoría de la voluntad: los antecedentes presentados “permiten descartar que aquella haya sido la voluntad que estuvo presente en la conducta realizada por Bahitiare”.

Sin perjuicio que ello, a mi entender, resulta correcto, parece necesario hacer algunas precisiones. Técnicamente la duda que presenta la sentencia es cual es el argumento para entender que no haya dolo y la salida, igualmente técnica, para descartarlo. Ello, porque, aunque la teoría del error de prohibición es un producto del finalismo, esta ha sido abrazada, con matices, por el clasicismo penal –más cercano al neokantismo– en donde lo que no se presenta es la conciencia de la

¹ Ello, además, pues hay dudas razonables que se trate de un delito pluriofensivo. Cfr. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Derecho penal, parte especial*, (Santiago, 2003), p. 246.

² A propósito de las diversas concepciones de estas teorías, véase CURY, Enrique, *Derecho penal, parte general* (Santiago, 2009) pp. 318 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “El caso del Cinturón”, en Sánchez-Ostiz, Pablo (edit.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, (Madrid, 2011), pp. 193-205.

antijuridicidad o del injusto. El sujeto cree que lo que hace no está prohibido por el derecho (error de prohibición directo) o, si bien sabe que lo que ha hecho está prohibido por el derecho, cree incorrectamente, estar amparado en una causal de justificación (error de prohibición indirecto).

Las consecuencias en una y otra teoría del delito son diversas: mientras que para el neokantismo se excluye precisamente el dolo (el cual se encuentra en sede de culpabilidad), para el finalismo se excluye la tipicidad, al estar el dolo en dicha sede. También, como sabemos, las consecuencias de ambos errores son distintas según se trate de errores vencibles e invencibles.

Sin embargo, la sentencia comentada no considera la existencia de un error –que en la impostación teórica de los sentenciadores debería haber estado presente– sino que simplemente descartan la existencia del dolo directo por “falta de voluntad”.

La decisión, en este sentido, es criticable por dos razones. La primera es de índole técnica. Para descartar el dolo directo, los sentenciadores simplemente han razonado que faltando la voluntad, falta este tipo de dolo, lo que no es exactamente correcto. Para la existencia del dolo, de cualquier clase, es preciso también el conocimiento del significado de los hechos –la consciencia de la antijuridicidad– porque para querer que se produzca algo, debo saber cuales son las consecuencias de dicho obrar. En el caso del dolo directo, sé que mis acciones producirán indefectiblemente un determinado resultado, el cual además *quiero*. En el caso de los restantes tipos de dolo, ese querer está subordinado a la realización de otros fines, mientras que el conocimiento puede ser seguro –dolo de segundo grado– o probable –dolo eventual–.

Pues bien, para descartar el dolo directo, la sentencia razona adecuadamente, pero ese razonamiento no se cristaliza técnicamente en un argumento dogmático robusto. Las razones para descartarlo dicen relación, más bien, con que imputada y víctima parecían no tener consciencia que la acción realizada *era una acción de facilitación de la prostitución y de prostitución*. Ello se evidencia, cuando los sentenciadores afirman, algo confusamente, “De ahí que pese a que Bahitiare haya incurrido en un acto de prostitución sexual, que podría ser constitutivo de delito (pues como se ha dicho actualmente no se requiere de habitualidad), se ha estimado que en la especie, dicho actuar no fue realizado con el dolo directo necesario para integrar dicho tipo penal, justificándose así su absolución”.

Lo que han querido indicar los sentenciadores, presumo, es que esa falta de voluntad viene mediada por el deficiente conocimiento de lo injusto de sus actos, lo que debería haber llevado a absolver por la presencia de un error directo de prohibición, posiblemente invencible dada la edad de las involucradas.

Ello, además, habría sido preferible, toda vez que de aplicar el criterio de la sentencia llevaría a la paradoja que la voluntad del sujeto activo puede hacer des-

aparecer la culpabilidad, lo que evidentemente no es efectivo, al menos en sede de dolo. El dolo no se determina por los motivos y su ausencia tiene un claro recurso técnico para eliminarlo. Sobre todo en un contexto donde las conductas de los adolescentes están cada vez más abiertas a la realización de actos de significación sexual, incluso a edades muy tempranas³.

³ Véase al efecto SCHEECHLER, Christian, “Aspectos fenomenológicos y políticos-criminales del sexting. Aproximación a su tratamiento a la luz del Código Penal chileno”, en *Política criminal*, 27 (2019), pp. 376-418.

CORTE DE APELACIONES:

Valparaíso, veinticuatro de diciembre de dos mil diecinueve.

VISTO:

En estos antecedentes provenientes del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, RIT O-333-2019; RUC 1600812847-6, seguidos por Promover o facilitar la prostitución de menores, caratulados: “Ministerio Público contra Bahitiare Victoria Berna Monroy”, comparece el Fiscal Adjunto de Valparaíso don Hernán Martínez Landeros quien deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia de fecha veintitrés de octubre de dos mil diecinueve, que absolvió a la acusada Berna Monroy del delito de facilitación de prostitución de menores de edad del artículo 367 inciso 1º del Código Penal.

Como motivo de nulidad se esgrime el contemplado en el artículo 373 letra b) del Código procesal penal en relación a los artículos 1º y 367 del Código Penal.

Declarado admisible el recurso, su vista tuvo lugar ante esta Quinta Sala el día 27 de noviembre del actual, audiencia a la que asistieron los repre-

sentantes del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública, Sr. Esteban Cruz Lozano y Sra. Manuela Vitolo Camiruaga, quienes efectuaron sus alegaciones en pro y en contra del recurso, respectivamente.

CONSIDERANDO:

Primero: Que la causa de nulidad invocada es la infracción de los artículos 1º y 367 del Código Penal, argumentándose al efecto que el tribunal del grado dio por acreditado que: “El día 23 de agosto de 2016, la acusada Bahitiare Victoria Berna Monroy concertó por la red social *Facebook* una cita para el día 26 de agosto de ese mismo año, entre el acusado Manuel Cristian Rojas Díaz y la adolescente menor de edad de nombre Javiera, de iniciales J.P.C.S., de 16 años 8 meses, con la finalidad de que ambos mantuvieran relaciones sexuales a cambio de dinero, para lo cual el acusado Manuel Rojas Díaz pagaría la suma de \$ 120.000 a la menor ya indicada de los cuales \$ 20.000.- debían posteriormente ser entregados a la acusada.

Fue así que, que con fecha 26 de agosto de 2016, Javiera viajó desde su domicilio ubicado en la ciudad de

Valparaíso hasta la ciudad de Ovalle, haciendo uso de un pasaje de bus adquirido y facilitado por el acusado Manuel Cristian Rojas Díaz, con quien se encontró al llegar a dicha ciudad, donde mantuvo efectivamente relaciones sexuales consentidas vía vaginal en el Hotel Panorámico ubicado en el kilómetro 8,5 del sector Los Llanos de la Chimba en la comuna de Ovalle, a cambio de dinero, entregando a Javiera, por dichos servicios sexuales, la suma acordada previamente de \$ 120.000”.

Sin perjuicio de lo anterior, los sentenciadores explican que dictaron sentencia absolutoria por no concurrir el elemento subjetivo esencial del dolo, sin perjuicio que además no se habría demostrado suficientemente la afectación del bien jurídico protegido, pues la autodeterminación de la víctima no se habría visto vulnerada, ya que fue su propia voluntad la que la llevó a cometer actos de prostitución, libre de cualquier tipo de abuso, lo que se sustenta en que el acto de prostitución se llevó a cabo en una sola oportunidad, sin que se viera afectada gravemente su indemnidad sexual.

La recurrente estima por su parte, que la imputada colmó los elementos del tipo exigidos para configurar el delito en comento. Y en cuanto al dolo, es el propio Tribunal que reconoce que el objetivo de la imputada era concertar una cita con fines sexuales, actividad por la cual obtendría un porcentaje, la suma de \$ 20.000, dando cuenta ello, en forma meridiana que tenía pleno conocimiento y voluntad en los términos

que la doctrina exige para configurar el dolo exigido por la norma.

En cuanto a la no afectación del bien jurídico protegido, la impugnante precisa que las consideraciones del tribunal no pueden tener cabida en la especie, dado que sin duda la indemnidad sexual fue afectada, atendido el acceso carnal a la menor, y una sola actividad de sexo por dinero implica la afectación del bien jurídico, no siendo posible que la autodeterminación de la víctima no se haya visto afectada, pues se trata de una menor de edad que no tenía libertad absoluta en materia sexual como la tiene un adulto, precisamente por su nivel de desarrollo moral, volitivo cognitivo, siendo por ello que el legislador ha establecido ciertas limitaciones a su libertad sexual, sin distinguir, como ocurre en el caso de autos, que el sujeto activo sea o no un menor de edad.

Segundo: Que el delito en comento se encuentra contenido en el artículo 367 del Código punitivo, que dispone: “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”.

Tercero: Que en el fundamento décimo del fallo impugnado se expresa el razonamiento de los sentenciadores para justificar la decisión absolutoria a favor de Bahitiare Berna Monroy,

señalándose al efecto: “Que tal como se dio a conocer a los intervinientes, se estimó que en este caso pese a que los presupuestos fácticos que se contenían en la acusación fueron debidamente acreditados, aquellos no alcanzaban a integrar el tipo penal del inciso primero del artículo 367 del Código Penal, toda vez que de la prueba no se desprendió la concurrencia del elemento subjetivo esencial para colmarlo, cual es, el dolo. Sin perjuicio, además, de considerarse que en la especie no se demostró suficientemente la afectación del bien jurídico protegido.

En efecto, el delito por el cual se le formularon cargos a Bahitiare Berna Monroy está establecido en el inciso primero del artículo 367 del Código Penal, que sanciona al que promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro.

En cuanto al bien jurídico protegido por aquel tipo penal, los autores Politoff, Matus y Ramírez, en su obra *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, parte especial, (segunda edición, pág. 282 y ss.) sostienen que “en este delito lo que se protege es la indemnidad sexual del menor, tanto desde la perspectiva del desarrollo y formación sexual de este (seguridad de la libertad) como del abuso ajeno y, naturalmente, la honestidad en materias sexuales, respecto de quienes ya se han desarrollado y formado plenamente en este ámbito, cuya prostitución –mientras sean menores de edad– parece incompatible con las valoraciones sociales dominantes”.

Último aspecto acerca del cual, el profesor Luis Rodríguez Collao, en

su obra *Delitos Sexuales* (segunda edición, págs. 291 y siguientes), señala “queda de manifiesto que la intención del legislador fue sancionar la inmoralidad que atribuye a la conducta de quien favorece el comercio sexual, aunque éste se realice en condiciones que carezcan de aptitud para lesionar los intereses de una persona determinada”; a lo que agrega el autor que en estas circunstancias, el intérprete ha de dar preeminencia a la letra de la Carta Fundamental y atribuir a la norma del artículo 367 del Código Penal un sentido que efectivamente satisfaga los requerimientos de la perspectiva constitucional de lesividad y proporcionalidad; y que el castigo sólo se imponga en aquellos casos en que exista un efectivo detrimento a los derechos de una persona.

En cuanto a las conductas típicas, siguiendo al profesor Rodríguez Collao, existe consenso en la doctrina que “promover significa inducir o inclinar a otro hacia la realización de un determinado comportamiento. Se trata, en consecuencia, de una actitud análoga a la instigación delictiva y que consiste, básicamente, en formar en otro individuo la resolución de ejecutar un acto o desarrollar una determinada actividad: en este caso la prostitución. Respecto del término facilitar, hay acuerdo también en que éste alude a cualquier acto de cooperación que haga posible o más expedito el desarrollo del comercio sexual”. El mismo autor reconoce, que respecto del término prostitución, no existe en cambio consenso, pues “mientras algunos ponen énfasis en el carác-

ter mercantil de esta actividad, es decir, en que ella implica el ejercicio de actos sexuales a cambio de un precio; otros enfatizan la pluralidad de contactos interpersonales a que se ve enfrentada la persona que la ejerce; y otros, en fin, señalan que el factor determinante es que la entrega de los favores sexuales se realiza indiscriminadamente, esto es, sin consideración a la persona que los solicita”, postulando en definitiva el autor que “la determinación de este aspecto será el resultado de un juicio de valor basado, precisamente, en una consideración conjunta de todos ellos”. Y continuando con las reflexiones a propósito del vocablo prostitución, agrega “por otra parte, en virtud del sentido natural y obvio del vocablo prostitución (que supone el ejercicio más o menos permanente del comercio sexual) será necesario que el menor haya sido victimizado en más de una oportunidad, obviamente, en contextos situacionales diversos. Ello, pese a que en la propia historia de la ley se consigna el deseo de criminalizar, a través de la modalidad simple, a quien en sólo una ocasión promueve o facilita la prostitución de un menor, para evitar la dificultad que revestía probar las circunstancias de habitualidad o el abuso de confianza o autoridad cuando constituían el tipo básico”.

En cuanto a los sujetos del delito, siguiendo a los mismos autores, el sujeto activo puede ser cualquier persona; mientras que el sujeto pasivo, se exige que sea un menor de edad, es decir, una persona que no haya cumplido los 18 años de edad.

Y finalmente, en lo que dice relación con el elemento subjetivo, siguiendo lo señalado por el profesor Rodríguez Collao “el tipo formula un requerimiento expreso en orden a que el hechor ha de actuar motivado por el propósito de satisfacer los deseos de otro. Tal exigencia, sin duda, es superflua, porque la prostitución constituye en sí misma una vía de satisfacción del impulso sexual para quienes entran en contacto con las personas que la ejercen. De manera que no resulta imaginable una conducta de favorecimiento de la prostitución que no tenga entre sus objetivos el brindar satisfacción sexual a otras personas”... “Pese a que la exigencia de que el sujeto actúe para satisfacer los deseos de otro no dice relación con el dolo, sino que alude a una motivación, debe entenderse que el tipo en verdad exige la concurrencia de dolo directo. Tanto en el caso de la conducta de promover como en la de facilitar el comercio sexual, tal requerimiento deriva de que esas acciones presuponen un sentido de dirección de la voluntad que resulta incompatible con la idea de dolo eventual”. Que el análisis previamente realizado resulta ser indispensable en el presente caso, atendida la particularidad del mismo, que obliga a efectuar un examen acabado y no uno exegético y pobre que conllevaría a entender que habiéndose acreditado formalmente y de una manera objetiva los presupuestos fácticos contenidos en la acusación fiscal, tendría que haberse emitido necesariamente una decisión de condena.

En efecto, de lo probado en juicio y de acuerdo a la nomenclatura usada por el profesor Rodríguez, la conducta típica que realizó Bahitiare no fue el de promover la prostitución, sino que de facilitarla, pues aquella no indujo ni inclinó a Javiera ni formó en ella la resolución en orden a prostituirse; sino que realizó actos de colaboración que permitieron que aquella lo hiciera, al haber actuado de intermediaria entre Javiera y el tercero, coordinando lo necesario para que dicha prostitución se llevara a cabo, lográndose así, la realización de un único acto de prostitución, en una sola oportunidad, entre Javiera y el tercero, que ameritaría en la actual redacción del tipo penal contenido en el artículo 367 del Código Penal, su sanción, pues como es sabido con la reforma introducida por la Ley N° 19.927 la habitualidad quedó relegada a constituir una circunstancia agravante, en el inciso segundo de la norma.

No obstante, y tal como se anunció, las particularidades que se dan en el presente caso, conllevan a la realización de un examen mayor.

En primer término, cabe señalar que tanto Bahitiare que es el sujeto activo, como Javiera que es el sujeto pasivo del delito, eran menores de edad, ya que, al momento de ocurrir los hechos, la primera de las nombradas tenía 17 años 1 mes de edad, mientras que la segunda tenía 16 años 8 meses de edad.

La primera reflexión que nace de lo que se viene constatando radica en que esta particularidad relativa a

la edad del sujeto activo escapa a lo que usualmente se constata en los delitos de facilitación de la prostitución infantil, en que son adultos quienes actúan como sujetos activos en contra de víctimas menores de edad, actuando a su respecto, como proxenetas. No es eso lo que acontece en este caso, en que una menor de edad –Bahitiare– actúa frente a otra menor de edad –Javiera–, de edades por cierto bastante similares.

La segunda consideración que puede realizarse respecto de la edad del sujeto activo dice relación con las características especiales del grupo etario en el que se encuentra, pues se halla en proceso de formación, que amerita incluso que tanto a nivel internacional como nacional se establezcan legislaciones especiales a su respecto.

Por lo que si bien es cierto que atentos a la doctrina ya referida, no existe ninguna distinción respecto del sujeto activo que comete el delito, por lo que en teoría también podría perpetrarlo una menor de edad, como es el caso de Bahitiare, dicha situación es igualmente relevante al momento de realizar el análisis enunciado. Es más, basta constatar que los textos y autores que se refieren al delito, no reparan ni se ponen en caso alguno en esta hipótesis en que sea una menor de edad que actúe respecto de otra menor de edad, de edades como se ha dicho cercanas.

A dicha circunstancia especial referida a la edad del sujeto activo y del sujeto pasivo, debe unirse además otra peculiaridad, cual es la existencia entre Bahitiare y Javiera, de una relación de amistad, que se mantenía desde que

eran pequeñas, por bastantes años, quienes además vivían cerca, por lo que el contacto entre ellas era frecuente y cercano, dando paso a la existencia de una confianza estrecha entre ambas, como dos amigas adolescentes, con cánones y códigos propios de su edad.

Se suma a lo ya dicho, la minoría de edad del sujeto activo y pasivo, así como también la relación de amistad y confianza que había entre ambas, la génesis de los hechos traídos a juicio, pues con motivo de la relación cercana que existía entre Bahitiare y Javiera, en una relación horizontal, es que la primera de las nombradas le cuenta a la segunda, que había ido a la ciudad de Ovalle a mantener sexo con un sujeto a cambio de dinero, quien le había parecido confiable, pues la había tratado bien, siendo de este modo, con aquella información tenida como antecedente por Javiera, que ella, de muto propio y sin ningún tipo de interferencia en su voluntad por parte de Bahitiare, le indica a esta que también quería hacer lo mismo, o sea, tener relaciones sexuales a cambio de dinero, según pudo colegirse, con el mismo individuo con el que Bahitiare había estado con antelación, atendida la experiencia que ella había tenido con este, solicitándole así que le hiciera el contacto con dicho individuo, a lo que accede Bahitiare actuando de intermediaria con aquel tercero, llevándose así a efecto el contacto entre Bahitiare y el tercero, a fin de que Javiera mantuviera relaciones sexuales con este a cambio de dinero (del cual le correspondería un porcen-

taje) las que se llevaron a efecto los días posteriores.

En el escenario planteado cabe entonces preguntarse por el elemento subjetivo presente en la acusada Bahitiare Berna Monroy, en cuanto a si efectivamente aquella actuó en los hechos con dolo directo, que es el requerido en este delito, que no admite otras formas según lo reconoce la doctrina imperante. Por lo que necesariamente habrá que dilucidar si Bahitiare ejecutó su acción, conociendo y queriendo la realización del hecho típico por el cual se formularon los cargos y que en la especie, atendida la naturaleza del mismo, cual es la facilitación de la prostitución infantil, no puede ser otro que la voluntad resuelta y dirigida a la realización de actos de prostitución por parte de Javiera, en el entendido que Bahitiare haya de un modo incidido en el actuar de esta última, determinando o dirigiendo su voluntad en tal sentido, incluso en la hipótesis de facilitación que se ha tenido por establecida.

Ante la duda planteada, cabe señalar que las particularidades que se dan en este caso y que ya fueron enunciadas previamente, permiten descartar que aquella haya sido la voluntad que estuvo presente en la conducta realizada por Bahitiare.

Para tales efectos ha de tenerse también en consideración el trasfondo sociológico que subyace al fenómeno de la prostitución infantil que afecta, principalmente a niños o niñas con carencias de distinto orden como afectivas, sociales y económicas, por lo que se busca generar entornos de

protección contra atentados que afectan la autodeterminación sexual de los menores, frente a actos de terceros que los introducen en el comercio y en la explotación, quienes actúan a su respecto como proxenetas, iniciándolos en una situación atentatoria de sus derechos que incluso puede ser catalogada como un tipo de esclavitud.

Nada de aquello se observa en el presente caso. Como se ha dicho fue Javiera en quien nació, sin injerencia alguna que proviniera de parte de Bahitiare, la determinación de realizar actos de prostitución, requiriendo información en tal sentido, en lo que insistió posteriormente ante el olvido de esta última, dinámica en la cual necesariamente ha de tenerse en consideración la circunstancia de tratarse de dos menores de edad, adolescentes, entre quienes existía una relación horizontal y cercana, que en una única dinámica, por tratarse de un hecho aislado, se vieron envueltas en un acto de prostitución ajeno a cualquiera forma de explotación sexual, que incluso era visto como un favor o una ayuda que Bahitiare le estaba haciendo a su amiga Javiera a requerimiento de esta, en los términos utilizados por ambas, acerca de lo cual por lo demás, ni siquiera Javiera entendió o asimiló que Bahitiare se estuviera aprovechando de ella, tal cual lo indicó expresamente al declarar, precisando que no le tomó el peso a la situación, la que no le parecía grave.

De ahí que pese a que Bahitiare haya incurrido en un acto de prostitución sexual, que podría ser constitutivo de delito (pues como se ha dicho actual-

mente no se requiere de habitualidad), se ha estimado que en la especie, dicho actuar no fue realizado con el dolo directo necesario para integrar dicho tipo penal, justificándose así su absolución.

Desde ya cabe dejar sentado que el delito de facilitación de la prostitución sexual infantil, requiere, además, de un elemento subjetivo específico, descrito en el mismo tipo penal, cual es que el acto se haya realizado con la finalidad de satisfacer los deseos de otro, lo que se probó en la especie desde que Bahitiare actuó en los hechos con la finalidad de complacer los deseos de Manuel Cristián Rojas Díaz. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que conforme lo indicara el profesor Rodríguez Collao, “tal exigencia, sin duda, es superflua, porque la prostitución constituye en sí misma una vía de satisfacción del impulso sexual para quienes entran en contacto con las personas que la ejercen. De manera que no resulta imaginable una conducta de favorecimiento de la prostitución que no tenga entre sus objetivos el brindar satisfacción sexual a otras personas”.

En lo que dice relación con las dudas planteadas a propósito de la real afectación de los bienes jurídicos protegidos por la norma, cabe señalar, que como se adelantó previamente, el delito de facilitación de la prostitución infantil, es pluriofensivo, pues afecta la indemnidad sexual y la moralidad pública.

Respecto de aquellos bienes jurídicos los autores Politoff, Matus y Ramírez, en la obra ya citada, indican que “en este delito lo que se protege es

la indemnidad sexual del menor, tanto desde la perspectiva del desarrollo y formación sexual de éste (seguridad de la libertad) como del abuso ajeno y, naturalmente, la honestidad en materias sexuales, respecto de quienes ya se han desarrollado y formado plenamente en este ámbito, cuya prostitución –mientras sean menores de edad– parece incompatible con las valoraciones sociales dominantes.

Necesariamente y tal como se ha adelantado, la imposición de una sanción de naturaleza penal, que representa la última ratio del Estado, requiere de la afectación de los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal, punto en el cual cabe destacar lo señalado por el profesor Rodríguez Collao, en cuanto a dar cumplimiento a los principios de lesividad y proporcionalidad, de manera tal que el castigo solo se imponga en aquellos casos en que exista un efectivo detrimento a los derechos de una persona.

En este caso, los antecedentes vertidos en la audiencia no permiten entender que se haya afectado la indemnidad sexual de Javiera de una mayor manera, atentos a que la autodeterminación de aquella en materia sexual no se vio mayormente vulnerada, pues fue su propia determinación la que la conllevó a la realización de la prostitución, libre de injerencia de Bahitiare y libre de cualquier tipo de abuso. A lo anterior; debe unirse que al momento de declarar Javiera en estrados no se denotó en ella, en modo alguno, ningún tipo de afección o correlato emocional, que suele estar presente en los delitos de

índole sexual, lo que puede explicarse por haberse tratado de un único evento en el que se vio involucrada, por lo que pese al transcurso de años desde la época de los hechos hasta esta fecha, igualmente dicha circunstancia llama la atención. Y habiéndose tratado de un único evento de prostitución no se estima tampoco que se haya afectado gravemente dicho bien jurídico, por corresponder a un hecho aislado.

En cuanto a la honestidad, cabe señalar que como se desprende de lo sostenido por los autores en esta materia, merece reparos, ya que obedece al orden moral que, por razones éticas, limita las manifestaciones sexuales que se estiman contrarias a las valoraciones dominantes en una colectividad. En este punto cabe preguntarse por el concepto de moralidad o reglas morales que puede poseer una menor de edad, como en el caso de Bahitiare, de 17 años 1 mes a la ocurrencia de los hechos, respecto de quien más allá de haber señalado en la audiencia que el resto de la gente vería los hechos de una mala manera, que es como aconteció, no se vislumbra que haya internalizado aquella reflexión, lo que pudo constatarse al momento de referirse a los acontecimientos, de un modo ligero, sin tomarle mayor peso, pese a que actualmente tiene 20 años de edad. Por lo demás, no se estima que en las circunstancias en las que estos se verificaron, en una sola oportunidad, se haya afectado gravemente dicho bien jurídico.

Que de este modo y por las razones que se han explicado pormenorizada-

mente es que estos sentenciadores, por esta vía, acogiendo en parte las alegaciones de la Defensa, decidió absolver a la acusada Bahitiare Berna Monroy de los cargos formulados en su contra; disintendiéndose así de las alegaciones del Ministerio Público que fueron consignadas en el considerando tercero.

Cuarto: Que en armonía con lo razonado por los sentenciadores del grado, esta Corte tiene presente que el ilícito consiste en la promoción o facilitación de la prostitución de menores para satisfacer los deseos de otro, con habitualidad o abuso. La promoción se identifica con la idea de instigación a la prostitución, mientras que la facilitación con la cooperación en la iniciativa de dedicarse a la prostitución, debiendo configurarse el tipo mediante dolo directo. En otras palabras, el reproche se encuentra dirigido solo a quien facilitare o promoviere dicha actividad, siendo una agravante si ocurriere en forma habitual o abusando de una relación de superioridad o confianza o mediante engaño. De concurrir estas circunstancias, la alta penalidad asignada al delito ha generado críticas por parte de la doctrina, especialmente en circunstancias que aún se discute la reprochabilidad de la conducta, en tanto vestigios de solo querer direccionar un determinado orden moral en materia sexual. Con el fin de otorgar un sentido a los delitos que versan sobre la prostitución de menores, parte de la doctrina les ha asignado un carácter pluriofensivo. Bajo esta perspectiva se tutelaré, por un lado, la moralidad sexual colectiva y, por otro, la libertad

del menor en cuanto a su desarrollo natural de la sexualidad.

Al respecto, el profesor Rodríguez Collao, nos indica que el fundamento de la incriminación es la necesidad de proteger a los menores frente a la situación de especial vulnerabilidad en que estos se encuentran en razón de su edad, frente a los abusos de que pudieren ser víctimas por parte de personas más experimentadas.

En razón de este último argumento podríamos extender, una vez más, la *ratio legis* tras la exoneración de responsabilidad penal otorgada por el artículo 4° de la Ley penal de Responsabilidad Penal Adolescente al presente artículo 367 del Código Penal, al encontrarse los partícipes de la conducta en un marco de simetría, integrando como elemento tácito del tipo la condición de superioridad etaria del sujeto activo como condición necesaria para configurar la situación de vulnerabilidad en que debiese encontrarse la víctima.

Quinto: Que por consiguiente, los sentenciadores explican claramente las razones de la decisión absoluta y la concurrencia o no del dolo de parte del hechor como asimismo el determinar si en la especie, existió afectación del bien jurídico protegido, esto es, la autodeterminación sexual de la víctima que sustentan la causal invocada por el recurrente, constituyen cuestiones de hecho que corresponde determinar a los jueces del fondo, conforme a la valoración de la prueba rendida en juicio, lo que es materia de una causal distinta que no fue invocada en el presente recurso.

Sexto: Que conforme a lo razonado precedentemente, se procederá a rechazar el arbitrio impetrado.

Por estas consideraciones y visto además, lo dispuesto en los artículos 372 y siguientes y 384 del Código procesal penal, se declara:

Que se rechaza el recurso de nulidad deducido por el Fiscal Adjunto de Valparaíso don Hernán Martínez Landeros en contra de la sentencia de fecha veintitrés de octubre del año en curso, dictada por el Tribunal de

Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, la que en consecuencia, no es nula.

Redactada por la ministra Sra. Quezada.

Pronunciada por la Quinta Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, integrada por la ministra Srta. Eliana Quezada Muñoz, la ministra Interina Sra. María Cruz Fierro Reyes y la Fiscal Judicial Sra. Mónica González Alcaide.

Rol N° Penal 2276-2019.