



**OFICIO N° 606/2021**

**ANT.:** Proyecto de ley que introduce un nuevo párrafo al título VII del Libro II del Código Penal relativo al proxenetismo, explotación sexual comercial y pornografía de niños, niñas y adolescentes (Boletín N° 14440-07).

**MAT.:** Remite observaciones al proyecto de ley que introduce un nuevo párrafo al título VII del Libro II del Código Penal relativo al proxenetismo, explotación sexual comercial y pornografía de niños, niñas y adolescentes (Boletín N° 14440-07).

**SANTIAGO, 28 de julio de 2021**

**DE: SRTA. PATRICIA MUÑOZ GARCÍA  
DEFENSORA DE LA NIÑEZ  
DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ**

**A: HONORABLE DIPUTADO SR. MARCOS ILABACA CERDA  
PRESIDENTE COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO  
CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS  
CONGRESO NACIONAL**

Junto con saludarle cordialmente, en mi calidad de Defensora de los Derechos de la Niñez, en razón del mandato legal establecido para nuestra institución, **destinada a la promoción, difusión y protección de los derechos de que son titulares los niños, niñas y adolescentes en territorio nacional**, y en cumplimiento y ejercicio de las facultades contempladas, particularmente en las letras h), i), y k) del artículo 4° de la ley N°21.067, que Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, es que **remito a Ud. observaciones al Proyecto de ley que introduce un nuevo párrafo al título VII del Libro II del Código Penal relativo al proxenetismo, explotación sexual comercial y pornografía de niños, niñas y adolescentes (Boletín N° 14440-07)**, moción que actualmente se conocen en primer trámite constitucional por vuestra Comisión.

Como es de su conocimiento, la Defensoría de los Derechos de la Niñez es una corporación autónoma de derecho público, creada por la ley N°21.067, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que **tiene por objeto la difusión, promoción y protección de los derechos de que son titulares los niños, niñas y adolescentes**, de acuerdo a la Constitución Política de la República, a la Convención Sobre los Derechos del Niño y a los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, así como a la legislación nacional, velando por su interés superior. Por otra parte, la **Observación General N°2**, del Comité de Derechos del Niño, aborda *“El papel de las instituciones nacionales independientes de los derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño”*, estableciendo que las instituciones nacionales independientes de derechos humanos, como lo es la Defensoría de los Derechos de la Niñez, **representan un importante mecanismo para promover y asegurar la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.**

Además, dentro de las atribuciones legales de la Defensoría de la Niñez se señala, entre otras, las correspondientes a *“Emitir informes y recomendaciones que tengan por objeto la promoción o protección de derechos de los niños”, “Observar y hacer seguimiento a la actuación de los órganos de la Administración del Estado, a personas jurídicas que tengan por objeto la promoción o protección de derechos de los niños y a organizaciones que puedan afectar con sus acciones tales derechos, de acuerdo a un plan que se elabore para estos efectos” y “Velar porque los responsables de formular las políticas públicas nacionales, incluidas las económicas, tengan en consideración los derechos del niño, al establecer y evaluar planes, políticas y*



programas”, que corresponden a las letras h), i) y k) del artículo 4° de la ley N°21.067 que crea esta institución.

El proyecto de ley dado como antecedente se refiere a una **materia primordial en cuanto a la protección, trato y acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes pues la violencia sexual consistente en su explotación es una forma de violencia contra niños, niñas y adolescentes y se trata de una de las peores formas de violación a los derechos humanos posible**. Es por lo anterior que la Defensoría de la Niñez remite sus observaciones y recomendaciones generales al proyecto de ley en comento.

## **1. RELEVANCIA DEL PROYECTO DE LEY POR CONCEBIR A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE DERECHO**

El abuso y la explotación sexual infantil, en todas sus formas, constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y de los derechos del niño a la protección y los cuidados necesarios para su bienestar, de hecho, la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes ha sido catalogada como una de las violaciones más severas a los derechos humanos. Una de las obligaciones que contiene la Convención sobre los Derechos del Niño es precisamente que los Estados deben asegurar la protección de ellos y ellas contra toda forma de violencia.

El artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del niño, en su N° 1 establece que *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”*.

Además, la misma Convención señala, en su artículo 34, que *“Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: 29 a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.”*

El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 13, sobre el *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, de 2011, analiza especialmente el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño en varias dimensiones, entre ellas, la jurídica. Se aboga por una protección basada en el enfoque de derechos y la dignidad del niño dejando atrás el sistema tutelar<sup>1</sup>. Se define, además, la violencia para efectos de dicha Observación General como *“toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”*<sup>2</sup>, es decir de una manera amplia, dado que, en general, se asocia la violencia sólo a maltrato físico o síquico.

En ese sentido, es evidente que **uno de los aspectos de la violencia es el abuso y explotación sexual** y ambos han sido definidos por el Comité de los Derechos del Niño entre otras cosas como:

- a) *La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal o psicológicamente perjudicial*
- b) *La utilización de un niño con fines de explotación sexual comercial.*
- c) *La utilización de un niño para la producción de imágenes o grabaciones sonoras de abusos sexuales a niños.*
- d) *La prostitución infantil, esclavitud sexual, la explotación sexual en turismo y la industria de viajes, la trata (dentro de los países y entre ellos), y la venta de niños con fines sexuales y el matrimonio forzado. Muchos niños sufren abusos sexuales que, pese a no mediar la fuerza o la coerción físicas, son intrusivos, opresivos y traumáticos.*

Además, se debe considerar dentro de la violencia la que se comete a través de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC)<sup>3</sup>.

Es entonces que, de forma simplificada, se puede diferenciar tres modos fundamentales en los que se manifiesta la violencia de naturaleza sexual contra niños, niñas y adolescentes<sup>4</sup>:

<sup>1</sup> CIDENI, Compendio de Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, 2018, pag 88. Disponible en; <http://www.cideni.org/wp-content/uploads/2019/01/Compendio-de-Observaciones-Generales-del-Comite%CC%81-de-los-Derechos-del-Nin%CC%83o-CIDENI.pdf>

<sup>2</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 13, 2011, párr. 4. Disponible en <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG13.pdf>

<sup>3</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 13, 2011, párr. 25 y 31. Disponible en <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG13.pdf>



- Abuso sexual infantil con o sin contacto físico.
- Imágenes de abuso sexual a través de las TIC.
- Explotación sexual infantil y trata de personas.

El proyecto de ley ante el cual nos encontramos se aboca a los dos últimos puntos, en particular a la explotación sexual infantil. De todos modos, no podemos dejar de mencionar que estos delitos se relacionan también con otro delito, que es el de trata de personas, por sus elementos comunes en relación con su fenomenología y, por supuesto, dentro de la acción desplegada por criminalidad organizada. A raíz de ello, se requieren definiciones precisas y especiales y la generación de potentes técnicas de investigación reforzadas que permitan una detección y persecución penal oportuna y eficiente de los delitos considerando, además y como aspecto clave y central, el tratamiento protector de las personas que son víctimas de aquellos delitos, asegurándoles debidamente el acceso a la justicia y la reparación.

## 2. FENOMENOLOGÍA

La explotación sexual infantil no es un fenómeno reciente, pero se ha venido reconociendo en los últimos años, de hecho, recién en 1999, la Organización Internacional del Trabajo la consideró como una de las peores formas de trabajo infantil.

En 1996 se llevó a cabo, en Estocolmo, el Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Infantil, que definió este fenómeno como ***“La explotación sexual comercial de los niños es una violación fundamental de los derechos del niño. Esta comprende el abuso sexual por adultos y la remuneración en metálico o en especie al niño o niña y a una tercera persona o varias. El niño es tratado como un objeto sexual y una mercancía. La explotación sexual comercial de los niños constituye una forma de coerción y violencia contra los niños, que puede implicar el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud”***<sup>5</sup>.

La explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes es una grave violación a los derechos humanos, siendo una práctica abusiva –y delictiva- que devasta la integridad física y psicosocial de ellas y ellos. En su comisión, un adulto se aprovecha de la condición de vulnerabilidad (etaria, social, emocional, de género, entre otras) de una niña, niño o adolescente para satisfacer sus deseos sexuales, entregándole a cambio un pago en dinero, especies, regalos o algo tan intangible como amparo o protección. Si bien el niño, niña o adolescente puede ser obligado a una situación de explotación sexual a través de la fuerza física o amenazas, también puede ser persuadido a participar en ese tipo de actividades sexuales como resultado de factores más complejos y con matices, ya sean humanos o situacionales, **incluyendo de manera esencial el desequilibrio de poder entre la víctima y el agresor**<sup>6</sup>, por lo que el consentimiento queda ajeno a las consideraciones que permitan configurar estos delitos.

Se estima que en el mundo existen alrededor de 10 millones de niños y niñas explotados sexualmente y América Latina aporta una cifra considerable<sup>7</sup> a esa dramática estadística.

Existen, reconocidamente, cuatro modalidades del delito de explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes:

- Relaciones sexuales a cambio de dinero, regalos, favores u otros (Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía)
- Utilización de niños en la pornografía
- Explotación en el ámbito del turismo y viajes
- Trata de NNA con fines de explotación sexual (Naciones Unidas, Palermo, 2000)

Hay organismos que consideran un quinto tipo, así, la OIT señala que también cabe el uso de niños, niñas y adolescentes en espectáculos sexuales (públicos o privados)<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Save The Childre: Violencia sexual contra los niños y las niñas. Abuso y explotación sexual infantil, pág 8, año 2012. Disponible en: [https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/violencia\\_sexual\\_contra\\_losninosylasninas.pdf](https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/violencia_sexual_contra_losninosylasninas.pdf)

<sup>5</sup> Declaración de la reunión realizada en Estocolmo con motivo del Congreso Mundial contra Explotación Sexual Comercial de los Niños Estocolmo, 24 de agosto de 1996, párr. 5. Disponible en: [http://white.lim.ilo.org/ipec/documentos/decla\\_estocolmo.pdf](http://white.lim.ilo.org/ipec/documentos/decla_estocolmo.pdf)

<sup>6</sup> ONG Raíces, Estudio “Caracterización de las formas de Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes”, año 2017, página 12. Disponible en: <http://www.creciendoconderechos.gob.cl/docs/Caracterizacio%CC%81n-ESCNNA.pdf>

<sup>7</sup> Subsecretaría de Salud Pública – Subsecretaría de Redes Asistenciales (ministerio de Salud), ORIENTACIONES TÉCNICAS “Detección, atención y primera respuesta en salud a personas víctimas de trata, tráfico ilícito de migrantes y explotación sexual y comercial de niños, niñas y adolescentes” 2017, pág 51. Disponible en: <http://tratadepersonas.subinterior.gov.cl/media/2019/03/OT-Trata-de-Personas-y-ESCNNA-2018.pdf>

<sup>8</sup> <https://www.ilo.org/ipec/areas/CSEC/lang-es/index.htm>



Por ende, nos encontramos más que ante “un delito”, ante un **fenómeno delictivo multicausal**. Se señala, por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes se comprende bajo el marco de la violencia sexual, sin embargo, se diferencia de otros delitos sexuales como el abuso sexual infantil por una característica fundamental, centrada en el intercambio. **La ESCNNA siempre supone la intervención de distintos actores (desde el/la explotador/a, facilitador/a, cliente) que median a través del establecimiento de relaciones de poder del adulto/a con niñas, niños y adolescentes, materializadas a través de transacciones en dinero, especies, regalos, favores, u otra forma de intercambio asimétrico, en que la voluntad de la víctima se encuentra inhibida**<sup>9</sup>.

### 3. ANÁLISIS EN PARTICULAR DE LAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS PROPUESTAS

#### 3.1. Creación del Párrafo VI bis; “Proxenetismo, explotación sexual comercial y pornografía de niños, niñas y adolescentes”.

El proyecto de ley en comento no sólo modifica las normas que anuncia en su nombre, sino que crea un párrafo especial, en el Título VII del Libro Segundo del Código Penal, denominado “Crímenes y Delitos contra el Orden de las Familias, contra la Moral Pública y contra la Integridad Sexual”, donde se contienen delitos como el aborto, el abandono de niños, violación y otros delitos sexuales.

La **Defensoría de la Niñez considera adecuada la inclusión del nuevo Párrafo VI bis, dado que permite reconocer la fenomenología específica de la explotación sexual y diferenciarlo así de otros delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes**. En efecto, el nuevo párrafo reconoce la fenomenología específica, con sus requisitos particulares, lo cual obedece a la adecuación que debe realizar el legislador a la evolución de los delitos, recoger la fenomenología, la victimología, el delito mismo, las formas de cometerlo y debe además reconocer la forma de investigarlos.

Es relevante también el lenguaje utilizado, **dado que se puede apreciar que al niño, niña o adolescente no se le trata como un prestador, sino que como lo que es, una víctima**, poniendo en el centro la responsabilidad del autor del delito, como proxeneta o explotador. Además, se celebra el hecho de reconocer como víctimas a personas menores de 18 años, en todo su ciclo vital, desde la infancia hasta la adolescencia.

Finalmente, el hecho de mantener un orden en los tipos penales (eliminación del artículo 366 quinquies y creación o modificación de otros) y hacer una mejor descripción de los mismos, se considera un avance para la persecución de estos delitos con el fin de reparar a víctimas niños, niñas y adolescentes.

#### 3.2. Proxenetismo y explotación sexual comercial

Como ya se ha señalado el proyecto de ley introduce modificaciones al artículo 367 y 367 ter, donde quedan recogidos estos delitos.

- [Artículo 367](#)

**Respecto del lenguaje utilizado**, la Defensoría de la Niñez recalca el hecho de que se elimine la expresión “*prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro*” por la **expresión “explotación sexual de una persona menor de 18 años”**, dado que esta terminología reconoce la complejidad de este delito en su conjunto, poniendo el énfasis en la conducta del que promueva o facilite dicha explotación más que, como en la actualidad, centrar el ilícito en una inexistente y supuesta “voluntariedad” de la víctima y eliminando un factor externo que es satisfacer los deseos de otro, recogiendo así la realidad de los tiempos y del fenómeno de la explotación sexual.

**Respecto de la pena, la Defensoría de la Niñez recomienda que ésta se aumente**. El artículo 367 establece una pena de presidio menor en su grado máximo para un delito extremadamente grave, que tiene como víctimas a NNA, cuando una persona o varias se están aprovechando de ellos y ellas y, además, la mayoría de las veces lucrando con su indemnidad e integridad sexual. **Como hemos señalado, este delito daña a niños, niñas y adolescentes, y su pena es sólo la de un simple delito, cuando debiese ser considerada como un crimen**. Por lo demás el que se aprovecha tiene la misma pena que el que obtiene la realización de estos actos, conforme lo establecido en el artículo 367 ter.

La petición anterior no es antojadiza, el Estado de Chile ha sido criticado por disponer de una pena de simple delito para estos hechos. Como es sabido, el Estado de Chile realiza un informe todos los años por

<sup>9</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tercer Marco para la acción contra la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes 2017-2019, pág. 11. Disponible en: <https://www.sernatur.cl/wp-content/uploads/2020/07/Tercer-Marco-para-la-Accio%CC%81n-documento2017-2019.pdf>



la trata de personas y, en los últimos años, Chile ha estado catalogado en el Tier 1 (máximo nivel) en el Informe del Departamento de Estados de los Estados Unidos de América, aunque una de las observaciones más comunes, como punto negativo, ha sido precisamente el de la pena de la explotación sexual infantil<sup>10</sup>.

**Respecto de agravantes de responsabilidad**, el inciso segundo, modifica una agravante de este delito ya que, hasta ahora, sólo se da cuando existe habitualidad, abuso de autoridad, confianza o engaño, que son circunstancias de difícil prueba e incluso de difícil concurrencia, por las lógicas de poder que este delito conlleva de parte del autor, donde no siempre se da un abuso de autoridad o engaño sino más bien se explota en virtud de otras razones, como las que establece el proyecto de ley, que pone el foco en la dependencia personal o económica y la habitualidad.

**Finalmente se entrega una definición de explotación sexual**, con el fin de satisfacer la necesidad de tener un tipo penal definido. La Defensoría de la Niñez observa que dicha definición no necesariamente está acorde a otras definiciones del Código Penal, lo que puede inducir a error o a malas interpretaciones. El proyecto de ley señala que *“se entenderá por explotación sexual la utilización de una persona menor de dieciocho años para la realización de una acción sexual o de una acción de significación sexual con ella a cambio de cualquier tipo de retribución”*. Esta definición no se ajusta a las otras definiciones relacionadas que tiene este cuerpo normativo, **ya que limita la explotación sexual a una acción sexual o a una acción de significación sexual**. Es dable recordar que el artículo 366 ter define, respecto de los delitos de violación, estupro y abuso sexual, la acción sexual como *“cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”*.

**Es por ello que la Defensoría de la Niñez teme que con dicha definición se dejen fuera actos graves como el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, en las circunstancias descritas en el artículo 367 propuesto, independiente, por supuesto de los concursos de delitos que se puedan configurar.**

Se deben observar las definiciones que mantienen nuestro ordenamiento jurídico, dado que explotación sexual también tiene una definición propia en el artículo 411 quáter, al tipificar el delito de trata de personas con un concepto más bien casuístico y al no permitir el derecho penal las analogías, esta definición debe hacerse de manera correcta.

- [Artículo 367 ter](#)

Respecto del artículo 367 ter, la Defensoría de la Niñez celebra especialmente la propuesta de modificación, sobre todo considerando que este delito es conocido como *“el delito del cliente”* partiendo de la base que una persona podía obtener *“prestaciones sexuales”* en el contexto de explotación sexual. Sin perjuicio de ese aspecto positivo, mantenemos la misma observación que para la definición del artículo anterior.

- [Artículos 367 quáter a sexies](#)

En relación con los delitos relacionados con la pornografía infantil, la Defensoría de la Niñez considera que su tipificación dentro del contexto de explotación sexual infantil es correcta, sobre todo si considera normas de competencia como el hecho de los accesos en territorio nacional.

### **3.3. Propuestas de incorporación adicionales a las presentadas en este Proyecto de Ley**

La regulación de un fenómeno como la explotación sexual infantil y la pornografía infantil, debe ser consistente y armónica con otros delitos regulados en nuestra legislación, tal como se vio en la sección sobre definiciones. **Es por ello que la Defensoría de la Niñez recomienda, además, incorporar las siguientes modificaciones:**

- Se recomienda modificar el artículo 368 ter, que hace referencia a los artículos 366 quinquies y 374 bis, que permite la clausura de locales que se hayan utilizado para estos efectos, dado que ya existía como medida anteriormente y resulta necesario adaptarlo a esta nueva tipificación.
- No se comprende por qué no existe una agravante para funcionarios públicos que cometan estos delitos dentro del ejercicio de sus funciones, dado que existe una particular gravedad en la lógica de poder establecida, donde la asimetría entre imputado y víctima puede acrecentarse aún más.

<sup>10</sup> Departamento de Estado, Estados Unidos de América, 20 Informe Anual de Trata de Personas, pág 159. Disponible en: <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/06/2020-TIP-Report-Complete-062420-FINAL.pdf>



Esta agravante no sería una novedad nuestro Código Penal ya que se encuentra establecida en la normativa de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas.

- Al ser este delito de una gravedad indiscutible, se recomienda por la Defensoría de la Niñez establecer una norma especial de reincidencia, como la tiene el artículo 411 septies del Código Penal, a propósito de la trata de personas, y establecer que se considerarán las sentencias dictadas en el extranjero, aunque no se hayan cumplido.
- Se recomienda, además, sobre todo al elevar la pena del artículo 367, que se puedan aplicar para los delitos de este párrafo VI B, las técnicas especiales de investigación establecidas en el artículo 222 del Código Procesal Penal o en el artículo 411 octies del mismo cuerpo legal.

#### 4. SISTEMATIZACIÓN DE RECOMENDACIONES

1. Mantener la línea del Proyecto de Ley, por reconocer la explotación sexual como un fenómeno distinto y no culpabilizar a la víctima, al poner en el centro a los hechos.
2. En ese sentido, se recomienda adecuar las definiciones establecidas, con el fin de que sean armónicas con el Código Penal y la regulación de delitos de esta especie.
3. Atender a la gravedad del fenómeno delictivo y aumentar de pena para el delito de explotación sexual infantil, realizando adecuaciones e incorporaciones específicas para agravar las penas a funcionarios públicos, establecer normas de reincidencia y, además, técnicas especiales de investigación.
4. Invitar al Ministerio Público de Chile al debate de esta propuesta legislativa, con el fin de que pueda dar su opinión al respecto, además de aportar el análisis de los delitos que ha registrado dicha institución, permitiendo así favorecer la regulación armónica de la legislación penal y procesal penal, tanto para la persecución efectiva como la adecuada protección a las víctimas y testigos.

Valorando la iniciativa legislativa observadas en este Oficio, esperando que las recomendaciones de la Defensoría de los Derechos de la Niñez sean acogidas y que, de este modo, avance a una legislación penal que proteja a los niños, niñas y adolescentes, le saludo cordialmente y quedamos disponibles para cualquier otro requerimiento o intervención institucional que esta tramitación legislativa demande.



**PATRICIA MUÑOZ GARCÍA**  
**ABOGADA**  
**DEFENSORA DE LA NIÑEZ**  
**DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ**

MMT/ERL/mmo

Distribución:

- Destinatario
- Gabinete Defensoría de la Niñez

PMG/MLM/ERL  
N°:606

