



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

Facultad de Derecho

**Departamento de Ciencias Penales**

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL TIPO PENAL DE  
ABUSOS SEXUALES Y DE LA FIGURA DEL *CHILD*  
*GROOMING* A PARTIR DE UNA  
INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL  
ARTÍCULO 366 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL**

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

ALUMNO:

ISMAEL SALVADOR SIERRA CONTRERAS

PROFESOR GUÍA: VIVIAN BULLEMORE GALLARDO

Santiago, Chile

2011

A mis ídolos, Samuel y Mariana, de cuyas intimidantes vertientes de sabiduría me aprovecho de  
nutrir día a día.

A mis amigos y amigas, colegiales y universitarios, también maestros fundamentales, autores  
intelectuales y materiales de entrega descontrolada (y de admirable paciencia) hacia mi  
complejidad de persona.

A mis primeros padres, Orlando y Eliana, Rubén y Luisa, y a mis segundos padres, Marcelino y  
Ximena, que con sus doce manos en conjunto me guiaron heroicamente a explorar (y descubrir)  
este océano infinito que es la vida.

I.S.

## TABLA DE CONTENIDO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUCCIÓN .....</b>  | <b>1</b>  |
| <br><b>CAPÍTULO 1</b>  |           |
| <b>El delito de abuso sexual. Orígenes y fundamentos jurídicos .....</b>   | <b>4</b>  |
| <b>1.1. Introducción: el abuso sexual como una forma de violencia sexual<br/>(una perspectiva psicológica) .....</b> | <b>4</b>  |
| <b>1.2. Los abusos deshonestos. Conceptualización. Características.....</b>  | <b>8</b>  |
| <b>a. Conceptualización .....</b>  | <b>9</b>  |
| <b>a.1. Ubicación sistemática.....</b>   | <b>9</b>  |
| <b>a.2. Bien jurídico protegido.....</b>   | <b>9</b>  |
| <b>a.3. Tipo objetivo.....</b>   | <b>9</b>  |
| <b>a.4. Tipo subjetivo.....</b>  | <b>9</b>  |
| <b>b. Problemáticas que plantea la figura penal del abuso deshonesto.....</b>  | <b>10</b> |
| <b>b.1. Vaguedad conceptual en la conducta tipificada.....</b>   | <b>10</b> |
| <b>b.2. Determinación del sujeto pasivo.....</b>   | <b>10</b> |
| <b>b.3. Interpretación sistemática.....</b>  | <b>11</b> |

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1.3. Las leyes 19.617 y 19.927 y la reforma de delitos sexuales en Chile.</b>   |           |
| <b>La creación del delito de abuso sexual. ....</b>                                | <b>12</b> |
| <b>a. Historia de la ley 19.617.....</b>   | <b>12</b> |
| <b>a.1. Fundamentos y objetivos del proyecto de ley .....</b>                      | <b>12</b> |
| <b>a.2. Discusión parlamentaria de la ley 19.617</b>                               |           |
| <b>que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal</b>              |           |
| <b>y otros cuerpos legales en materia relativa al delito de violación .....</b>    | <b>13</b> |
| <b>b. Historia de la ley 19.927 .....</b>  | <b>24</b> |
| <b>b.1. Fundamentos y objetivos.....</b>   | <b>24</b> |
| <b>b.2. Discusión parlamentaria de la ley 19.927</b>                               |           |
| <b>que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal</b>              |           |
| <b>y otros cuerpos legales en delitos de pornografía infantil.....</b>             | <b>26</b> |
| <b>c. Estado actual del tipo penal de abusos sexuales:</b>                         |           |
| <b>resumen de los avances y modificaciones más importantes</b>                     |           |
| <b>efectuados por las leyes 19.617 y 19.927.....</b>                               | <b>29</b> |
| <b>c.1. Modificaciones sustantivas .....</b>                                       | <b>30</b> |
| <b>c.2. Innovaciones de la leyes 19.617 y 19.927 .....</b>                         | <b>31</b> |
| <b>c.3. Modificaciones de penalidad .....</b>                                      | <b>31</b> |
| <b>1.4. Análisis de los abusos sexuales a partir de la teoría del delito .....</b> | <b>31</b> |
| <b>a. Ubicación sistemática y denominación.....</b>                                | <b>32</b> |

|   |           |
|---|-----------|
| <b>b. Bien jurídico protegido.....</b>                                    | <b>32</b> |
| <b>c. Tipicidad objetiva.....</b>   | <b>37</b> |
| <b>c.1. Abuso sexual propio con personas mayores de catorce años:</b>     |           |
| <b>art. 366 y art. 366 ter del Código Penal.....</b>                      | <b>38</b> |
| <b>c.1.1. El concepto de abuso del artículo 366 del Código Penal.....</b> | <b>39</b> |
| <b>c.1.2. El concepto de “acción sexual distinta del acceso carnal”</b>   |           |
| <b>del art. 366 del Código Penal .....</b>                                | <b>43</b> |
| <b>c.1.3. Modalidades de ejecución del delito de abuso sexual:</b>        |           |
| <b>artículos 366 y 366 bis del Código Penal .....</b>                     | <b>51</b> |
| <b>c.1.4. Artículo 366 bis (abuso sexual propio con menores</b>           |           |
| <b>de catorce años).....</b>  | <b>55</b> |
| <b>c.1.5. Artículo 365 bis (abuso sexual propio agravado) .....</b>       | <b>56</b> |
| <b>c.2. Abusos sexuales impropios o indirectos:</b>                       |           |
| <b>el caso del artículo 366 quáter del Código Penal.....</b>              | <b>57</b> |
| <b>d. Tipicidad subjetiva .....</b>                                       | <b>59</b> |
| <b>e. Antijuridicidad .....</b>   | <b>60</b> |
| <b>f. Iter criminis.....</b>  | <b>60</b> |
| <b>g. Autoría y participación.....</b>                                    | <b>61</b> |

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1.5. Límites de aplicación del tipo penal de abusos sexuales.<br/>Conductas incluidas en los artículos 365 bis, 366, 366 bis,<br/>366 ter y 366 quáter del Código Penal.....</b> | <b>64</b> |
| <b>a. Conductas incluidas en el tipo penal de abusos sexuales directo<br/><br/>(arts. 366, 366 bis y 366 ter del Código Penal).....</b>   | <b>64</b> |
| <b>b. Conductas incluidas en el tipo penal de abusos sexuales indirecto<br/><br/>(arts. 366 quáter del Código Penal) .....</b>  | <b>65</b> |
| <b>1.6. El abuso sexual en las legislaciones extranjeras,<br/>y en especial, el derecho español.....</b>  | <b>66</b> |
| <b>a. Derecho comparado .....</b>   | <b>66</b> |
| <b>b. El derecho penal sexual español: el título VIII del Código Penal español.....</b>   | <b>69</b> |
| <b>b.1. Las agresiones sexuales .....</b>   | <b>70</b> |
| <b>b.2. Los abusos sexuales.....</b>  | <b>71</b> |

## **CAPÍTULO 2**

**La condena penal de conductas de connotación sexual instigadas**

**a través de medios cibernéticos hacia un menor de edad a título**

**de abuso sexual. Análisis de la sentencia del Primer Tribunal**

**Oral en lo Penal de Santiago, RIT 111-2008.....**73

|   |    |
|---|----|
| 2.1. Argumentos de hecho y de derecho de la sentencia ..... | 73 |
| 2.2. Análisis crítico de la decisión judicial .....         | 76 |

### **CAPÍTULO 3**

|  |           |
|--|-----------|
| <b>El <i>child grooming</i> y su castigo penal. Un análisis histórico, social y jurídico .....</b> | <b>81</b> |
|--|-----------|

|   |           |
|---|-----------|
| <b>3.1. El derecho penal y sus principios básicos. ....</b> | <b>81</b> |
|---|-----------|

|  |           |
|--|-----------|
| <b>a. Orígenes del derecho penal .....</b> | <b>81</b> |
|--|-----------|

|   |           |
|---|-----------|
| <b>b. La doctrina penal del garantismo.....</b> | <b>82</b> |
|---|-----------|

|   |           |
|---|-----------|
| <b>c. Principios orientadores del derecho penal .....</b> | <b>83</b> |
|---|-----------|

|  |           |
|--|-----------|
| <b>c.1. La última ratio y el carácter fragmentario del derecho penal .....</b> | <b>84</b> |
|--|-----------|

|                                    |           |
|------------------------------------|-----------|
| <b>c.2. El bien jurídico .....</b> | <b>85</b> |
|------------------------------------|-----------|

|   |           |
|---|-----------|
| <b>c.3. El principio de legalidad .....</b> | <b>86</b> |
|---|-----------|

|  |           |
|--|-----------|
| <b>c.4. El principio de proporcionalidad .....</b> | <b>87</b> |
|--|-----------|

|  |           |
|--|-----------|
| <b>c.5. El principio de culpabilidad .....</b> | <b>87</b> |
|--|-----------|

|  |           |
|--|-----------|
| <b>c.6. El principio del hecho .....</b> | <b>88</b> |
|--|-----------|

|  |           |
|--|-----------|
| <b>3.2. La sociedad contemporánea y el derecho penal. ....</b> | <b>88</b> |
|--|-----------|

|   |           |
|---|-----------|
| <b>a. Del derecho penal de la ilustración al derecho penal postindustrial. Síntesis .....</b> | <b>88</b> |
|---|-----------|

|   |           |
|---|-----------|
| <b>b. La sociedad del riesgo como consecuencia del derecho penal postindustrial. Características. Consecuencias. ....</b> | <b>89</b> |
|---|-----------|

|   |            |
|---|------------|
| <b>c. La sociedad de la información y del conocimiento en el contexto social moderno.</b> |            |
| <b>Relación con la sociedad del riesgo.....</b>   | <b>90</b>  |
| <b>d. Los medios de comunicación en la sociedad de la información</b>                     |            |
| <b>y del conocimiento. Influencia de los medios en la percepción</b>                      |            |
| <b>ciudadana del delito. Vinculación con el derecho penal simbólico.....</b>              | <b>91</b>  |
| <b>3.3. El derecho penal frente a la sociedad actual.....</b>                             | <b>94</b>  |
| <b>a. El derecho penal de la sociedad del riesgo y de la información.</b>                 |            |
| <b>Fundamentos teóricos.....</b>  | <b>94</b>  |
| <b>b. El derecho penal del enemigo y el expansionismo.....</b>                            | <b>95</b>  |
| <b>c. Las posturas doctrinales frente a este nuevo modelo social</b>                      |            |
| <b>y la política criminal derivada de ellas: el derecho penal mínimo,</b>                 |            |
| <b>el derecho penal de la segunda y tercera velocidad, la resistencia garantista.....</b> | <b>97</b>  |
| <b>d. La criminalización de las conductas de connotación sexual:</b>                      |            |
| <b>los abusos sexuales, el <i>child grooming</i>, la pornografía.....</b>                 | <b>99</b>  |
| <b>3.4. Suficiencia de las medidas político-criminales adoptadas.....</b>                 | <b>101</b> |
| <b>a. La acción penal contra las nuevas formas de criminalidad en Chile.</b>              |            |
| <b>El caso del <i>child grooming</i>.....</b>   | <b>101</b> |
| <b>a.1. Concepto de <i>child grooming</i>.....</b>  | <b>102</b> |
| <b>a.2. Normativa internacional en materia de <i>child grooming</i>.....</b>              | <b>103</b> |
| <b>a.3. Regulación del <i>child grooming</i> en Chile.....</b>                            | <b>104</b> |



|   |     |
|---|-----|
| <b>a.3.1. Proyecto de ley que introduce modificaciones al Código Penal, para sancionar la seducción de menores y otros abusos contra menores por medios virtuales (Boletín 5751-07)</b> ..... | 104 |
| <b>a.3.2. Proyecto de ley que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil (Boletín 5837-07)</b> .....                | 106 |
| <b>b. Justificación de la penalización del <i>child grooming</i>. Evaluación</b> .....  | 109 |
| <b>b.1. La política criminal detrás de la delincuencia sexual</b> .....   | 109 |
| <b>b.2. El derecho penal y su instrumentalización a través del Estado, los medios de comunicación y los intereses políticos</b> .....   | 110 |
| <b>b.3. Concepto de delito en la criminalidad sexual</b> .....  | 113 |
| <b>b.4. Crítica a la penalización de la criminalidad sexual</b> .....   | 117 |
| <b>b.4.1. Eficiencia y derecho penal sexual</b> .....   | 117 |
| <b>b.4.2. Principios de la dogmática penal que otorgan sentido a la legislación del derecho penal sexual</b> .....  | 118 |
| <b>b.5. Crítica a la penalización del <i>child grooming</i> y posibles alternativas de sanción en el Derecho</b> .....  | 119 |

**CAPÍTULO 4**

**Conclusiones .....128**

**Bibliografía .....135**

**Anexo.....145**

## RESUMEN

El autor realiza un análisis jurídico del tipo penal de abusos sexuales, tanto en la legislación chilena como en la extranjera, con la finalidad de comprender el alcance de una sentencia recientemente dictada en nuestro país, y que también es revisada en este trabajo, que condena penalmente a título de abuso sexual una conducta que es constitutiva de la figura conocida internacionalmente como “*child grooming*”. En base a este análisis, y considerando las diferencias conceptuales y de contenido jurídico entre las conductas de abuso sexual y del *child grooming*, el autor se propone revisar la necesidad y merecimiento de pena de estas últimas, para lo cual estudia la vigencia de los principios jurídicos que sustentan el derecho penal, desde sus orígenes en la Revolución Francesa, en relación al día de hoy, con el objeto de precisar los fundamentos de la intervención penal en materia de criminalidad sexual, y especialmente, de los abusos sexuales y el *child grooming*.

## INTRODUCCIÓN

Nuestro país ha enfrentado grandes dificultades en materia de delitos sexuales. Una de ellas es la falta de vinculación entre los valores que protegen las figuras penales en materia sexual y los valores que en este ámbito son defendidos por la sociedad. El ejemplo más ilustrativo de lo anterior es el antiguo delito de abusos deshonestos.

Para abordar esta problemática, y dada la alta tasa de delitos sexuales que hemos tenido en nuestro país durante estos últimos diez años, se dictó en 1999 la ley 19.617, que creó normas especiales respecto de los delitos de estupro, abuso sexual y la corrupción de menores; seguida de la ley 19.927, que creó la figura del abuso sexual agravado y modificó los artículos 366 bis, 366 ter y 366 quáter del Código Penal.

Sin embargo, esto tampoco ha servido para lograr avances significativos en materia de delitos sexuales en nuestro país. Si bien la ley 19.617 (y su posterior 19.927) han sido más claras en comparación a la antigua normativa (abusos deshonestos), su actual redacción respecto de los delitos de abusos sexuales contemplados en los artículos 365 bis, 366, 366 bis, 366 ter y 366 quáter del Código Penal es sumamente defectuosa y genera muchos vacíos legales, tanto en lo que respecta a los abusos sexuales cometidos directamente vía contacto físico, como en lo que respecta a los abusos sexuales cometidos indirectamente o sin contacto físico.

De ahí que el Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, a través de un fallo de reciente publicación, condene conductas de connotación sexual realizadas por menores de edad (e instigadas por un hombre de mayor edad) a través de medios cibernéticos a título de abuso sexual del artículo 366 quáter del Código Penal.

Aun cuando pareciera estar correcta dicha decisión, surgen algunas interrogantes: ¿Es jurídicamente válido sostener que una conducta, por más connotación sexual que tenga, y realizada a una gran distancia del sujeto activo, sea considerada como abuso sexual? ¿Cuál es la verdadera naturaleza jurídica de dicha conducta? ¿Tiene vinculación con la figura del “*child grooming*”, aún no instaurada como delito en nuestro país?

En este contexto, estudiaremos jurídicamente los delitos de abusos sexuales directos (o que requieren contacto físico) e indirectos (que no requieren contacto físico), con el fin de evaluar el estado actual de la legislación, precisar el contenido de esta figura delictual, analizar la decisión jurídica de dicho tribunal, verificar su vinculación con la figura del *child grooming* (en los términos en que se ha planteado en los proyectos de ley actualmente en tramitación en el Congreso Nacional), y analizar la fundamentación de la criminalidad sexual en nuestro país, en cuanto a necesidad y merecimiento de pena.

## **OBJETIVOS**

### **i) Objetivos generales**

- a) Analizar la estructura jurídica del delito de abuso sexual (radicado en los actuales artículos 365 bis, 366, 366 bis, 366 ter y 366 quáter del Código Penal) en sus orígenes históricos y en la actualidad, desde la óptica de la teoría del delito.
  
- b) Examinar la experiencia comparada (legislación extranjera) en materia de abusos sexuales.
  
- c) Estudiar la sentencia referida en la introducción de este trabajo, conforme a la cual se condena a un individuo por el delito de abuso sexual del artículo 366 quáter del Código Penal por realizar conductas constitutivas de un delito que no existe en nuestro país (el *child grooming*).
  
- d) Revisar los proyectos de ley que proponen crear el tipo penal del *child grooming* en el artículo 366 quáter del Código Penal.

### **ii) Objetivos específicos**

- a) Establecer el alcance jurídico del tipo penal de abusos sexuales (que pueden cometerse tanto por vía directa como por vía indirecta) y el(los) interés(es) jurídico(s) protegido(s).

- b) Evaluar la legitimidad de la argumentación jurídica que sustenta la condena por el artículo 366 quáter y su posible asimilación a la figura del *child grooming*.
- c) Delimitar las diferencias jurídicas entre la figura de los abusos sexuales contenida en el Código Penal en relación a la figura del *child grooming*, y la eventual necesidad de su vinculación.
- d) Analizar el estado y la vigencia de la política criminal de nuestro país en materia de criminalidad sexual, y específicamente, respecto del delito de abusos sexuales y la figura del *child grooming*.

## CAPÍTULO 1

### El delito de abuso sexual. Orígenes y fundamentos jurídicos.

#### **1.1. Introducción: El abuso sexual como forma de violencia sexual: una perspectiva psicológica<sup>1</sup>**

El abuso sexual es una conducta que ha sido objeto de análisis de diversas ciencias sociales, y por lo mismo, es imposible analizar sus alcances a partir de un solo punto de vista. Entendiendo la conducta de abuso sexual como una de las variadas formas de violencia sexual, en este apartado revisaremos el concepto de abuso sexual, desde una perspectiva psicológica.

El abuso es considerado un capítulo de la violencia sexual, que a su vez es parte de un fenómeno más global: el de la violencia como expresión de la dominación, que se expresa de distintas maneras. En este sentido, se han categorizado las distintas clases de abusos sexuales que pueden existir, sea según si existe o no contacto físico, según la víctima o según la personalidad de los abusadores. Por ejemplo, dentro del grupo de los abusos sexuales con contacto físico, (criterio muy relacionado con el tema que estamos analizando) es posible distinguir a lo menos tres subcategorías: i) el incesto, entendido como el contacto físico sexual o relación sexual con un pariente de consanguineidad lineal (padre/madre, abuelo/abuela) o por hermano/a, tío/a, sobrino/a; incluye también el contacto físico sexual con figuras que están cubriendo de manera estable el papel de los padres (padres adoptivos, parejas estables); ii) violación, entendida como un contacto físico sexual o relación sexual por una persona adulta, exceptuando los casos señalados en el apartado anterior; iii) vejación sexual, entendida como una conducta sexual con un menor cuando tal contacto incorpora estimulación o gratificación de las necesidades o deseos sexuales de otra persona, lo que incluye el tocamiento intencionado de los genitales o partes íntimas, incluyendo los pechos, área genital, lado interno de los muslos o nalgas, o las ropas que cubren estas zonas, por parte del perpetrador hacia el niño. También se incluyen dentro de la

---

<sup>1</sup> Para el análisis respecto al concepto psicológico de abuso sexual y los métodos usados para su medición científica, nos basamos en las explicaciones entregadas en: CONDEMARÍN, Patricia y MACURAN, Greter. Peritajes psicológicos sobre los delitos sexuales. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 13-14.

categoría de abuso sexual las siguientes conductas: a) penetración digital (inserción de un dedo en la vagina o en el ano); b) coito vaginal o anal; c) caricias (tocar o acariciar los genitales de otro, incluyendo forzar a masturbar para cualquier contacto sexual, menos la penetración); d) obligar al niño a que se involucre en contactos sexuales con animales; e) implicar a menores de edad en conductas o actividades que tengan que ver con la producción de pornografía; f) promover la prostitución infantil; g) obligar a los niños a ver actividades sexuales de otras personas; h) peticiones sexuales y el voyeurismo.

Con todo, se ha señalado que uno de los elementos más importantes que sustenta la evaluación pericial en los casos de abuso sexual en la actualidad se refiere a los indicadores psicológicos extraídos del modelo clínico de Summit, que incluyen, además del relato de la víctima, indicadores de sospecha según período evolutivo, que varían según sea la edad preescolar (conductas hipersexualizadas y/o autoeróticas, conductas regresivas, comprensión detallada e inapropiada para la edad de comportamientos sexuales, etc.), según sean escolares (mentiras, delincuencia, coerción sexual hacia otros niños, problemas con figuras de autoridad, etc.), adolescentes (prostitución, drogadicción, excesiva inhibición sexual, anorexia, etc.), adultos (trastornos psiquiátricos graves, disfunciones sexuales, trastornos de la alimentación) u otras (miedo a tener algo malo en los genitales, depresión, secretividad, automutilación, etc.) Junto con ellos, se han citado otros indicadores de abuso sexual, según Le Boeuf: i) indicadores físicos (dificultades para andar y sentarse, se queja de picor o dolor en la zona, ropa interior rasgada, manchada, etc.); ii) indicadores de comportamiento en el niño (parece reservado o rechazante con conductas infantiles, comete acciones delictivas o se fuga, tiene escasa relación con sus compañeros, etc.); iii) conducta del cuidador (extremadamente protector o celoso del niño, alienta al niño a implicarse en actos sexuales, prostitución en presencia del cuidador, sufrió abuso sexual en su infancia, etc.), los cuales conformarían un modelo de validación del abuso sexual, lo que significa que si los elementos anteriores están presentes en un niño y algún cuidador, entonces puede sostenerse que ha ocurrido abuso sexual. De esta manera, los elementos anteriormente señalados constituyen el marco referencial desde donde se estructura la evaluación psicológica en materia de delitos sexuales, especialmente en el mundo iberoamericano, que parte de dos premisas esenciales: i) se supone la existencia de perfiles psicopatológicos que predisponen la participación en un delito, y por ello, se profundiza en la comprensión clínica de este perfil como vía para comprender la posible ejecución de un delito



por parte de un sujeto; ii) se asume que la presencia de sintomatología psicológica resulta una consecuencia detectable de que el abuso sexual ha ocurrido, y por ello, la pericia psicológica se centra en la constatación de esta sintomatología, la que es relacionada directamente con el evento de abuso.

Con todo, Ibaceta ha señalado que existen otros factores que deben considerarse en la materia: “Aun así, no es posible establecer que la agresión sexual sea un factor etiológico único y específico en el desarrollo de los cuadros mencionados. Tampoco se puede establecer que los efectos de la agresión sexual deriven en un síndrome único y homogéneo.

De esta forma, la mirada ha estado centrada en poder describir aquellas características de la agresión sexual que parecen predecir el desarrollo de sintomatología más grave, o bien de efectos importantes en las distintas esferas del desarrollo. Al respecto, se ha señalado que los siguientes factores se deben considerar al momento de ponderar el riesgo y la gravedad de la aparición de psicopatología posterior:

1. La frecuencia y duración de la experiencia abusiva. Agresiones sexuales repetidas y crónicas se asocian a consecuencias más graves en las víctimas.
2. El tipo de agresión sexual. La presencia de contacto genital y penetración sexual parece agravar los efectos de las agresiones sexuales.
3. La utilización de violencia y/o coerción para cometer las agresiones se relacionan con mayor efecto sintomático sobre las víctimas.
4. El vínculo de la víctima con el agresor. La presencia de un vínculo previo se relaciona con la utilización abusiva de la confianza, de la diferencia de poder y autoridad para llevar a cabo las agresiones. A mayor cercanía vincular la relación se torna indescodificable, casi impredecible y con ello las vivencias del proceso traumático (por ejemplo, el miedo, la culpa y la vergüenza) y del secreto se instalan dramáticamente.
5. Si hubo develación, es importante conocer la reacción de los padres, la familia y el entorno. En tal sentido, se estima que la percepción positiva del cuidado paterno, esto es, creer, movilizarse para proteger y buscar la sanción del agresor, resulta ser un factor protector

crucial para disminuir las posibilidades de desarrollo de sintomatología posterior. Por el contrario, una actitud generalizada de incredulidad o de minimización por parte de la familia y del entorno significativo, así como también una reacción hostil del padre no agresor tras la apertura del abuso, se relacionan directamente con un peor pronóstico de recuperación del daño.”<sup>2</sup>

Otros factores que le asignan mayor gravedad a los posibles efectos de las agresiones sexuales serían: la existencia de múltiples agresores, la presencia de múltiples maltratos (por ejemplo, abuso del padre conjuntamente con maltrato físico y psicológico de la madre) y haberse encontrado en riesgo vital producto de las agresiones sufridas.

Por otra parte, y en relación a las consecuencias psicológicas derivadas de los delitos sexuales, el profesor Rodríguez Collao<sup>3</sup> ha sintetizado las clases de secuelas que devienen en el terreno psicológico de las víctimas, según importantes estudios científicos publicados a la fecha. En este sentido, señala, es un lugar común sostener que las agresiones y abusos sexuales son sucesos capaces de producir trastorno de estrés postraumático, entendida ésta como una entidad clínica que define los síntomas y secuelas provocados por un acontecimiento traumatizante, como una guerra, un accidente, un desastre natural o el hecho de que una persona haya tenido que enfrentar situaciones límites en el campo delictivo, como la tortura y la agresión sexual, desarrollando síntomas de los que la ciencia propone como parámetros para esta clase de trastorno tales como el miedo – que en situaciones extremas puede ser catalogado de terror -, la confusión, el sentimiento de indefensión, la rabia, el desconcierto, la vergüenza, la humillación, la autoinculpación, la tristeza y la ira, y en el ámbito psicofisiológico, los temblores, taquicardia, dolor, tensión muscular, respiración jadeante y paralización.

Además, se sostiene que un porcentaje elevado de víctimas padece reexperimentación persistente del acontecimiento desencadenante. Los recuerdos recurrentes e intrusivos suelen mantenerse en

---

<sup>2</sup> IBACETA, Francisco. Agresión sexual en la infancia y viaje al futuro: clínica y psicoterapia en la edad adulta. [En línea] Centro de Terapia del Comportamiento. *Terapia Psicológica*, 2007, Vol. 25, Nº 2, pp. 189-198. <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-48082007000200010&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-48082007000200010&script=sci_arttext)> [Fecha de consulta: 24.06.10.]

<sup>3</sup> Estas explicaciones están basadas en el artículo: RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. La figura cualificada de abuso sexual del artículo 365 bis del Código Penal. *En*: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho. Delito, Pena y Proceso, Homenaje a Tito Solari, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 357- 369.

esta clase de víctimas durante lapsus prolongados, que en muchos casos superan los tres años, y generalmente aparece en ellas un malestar psicológico intenso frente a determinadas situaciones que la persona asocia mentalmente con el suceso traumático, entre las que se cuenta la mayor parte de las actividades con sentido o contenido erótico.

Por otra parte, se ha sugerido que la gravedad del comportamiento sexual abusivo está determinada en gran medida por el incremento de la gravedad de los problemas psicológicos (ansiedad, depresión, trastornos del sueño, problemas sexuales, ideas suicidas) y físicos; y es en base a este criterio que se ha obtenido la conclusión, basada en argumentos jurisprudenciales y científicos, conforme a la cual los actos que implican penetración (vaginal, anal u oral) son aquellos que tienen un mayor merecimiento de pena en atención a que la víctima los internaliza como de mayor intensidad, en cuanto implican traspasar los límites corporales.<sup>4</sup>

A la luz de estos elementos de juicio, la sola conclusión de que es imposible señalar con certeza qué efectos psicológicos en concreto se pueden derivar de determinadas conductas de abuso sexual en cada caso, no significa que los menores gocen de desprotección penal por esta clase de conductas. Que no sea posible determinar con precisión una “regla general” en cuanto a consecuencias psicológicas en los menores respecto de estas conductas implica con mayor razón un poderoso ejercicio del derecho en cuanto a establecer mecanismos de protección en los menores en el ámbito penal.

En este entendido, dada la amplitud de elementos a considerar para catalogar una determinada conducta como abuso sexual, entenderemos la dificultad que existe al legislar sobre el derecho penal sexual. A la luz de los conceptos revisados, repasaremos la evolución del derecho penal sexual en nuestro país, y si tiene algún nexo con lo anteriormente expuesto.

## **1.2. Los abusos deshonestos. Conceptualización. Características.**

Para comenzar, analizaremos el delito de abusos deshonestos (hoy derogado), dado que es el antecedente directo del actual delito de abuso sexual.

---

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 367.

## a) Conceptualización

### a.1) Ubicación sistemática

El delito de abusos deshonestos se ubicaba, originalmente, en el epígrafe del título VII del libro II del Código Penal, titulado: “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”.<sup>5</sup>

### a.2) Bien jurídico protegido

Sistemáticamente, el delito de abusos deshonestos estaba ubicado después de las disposiciones penales acerca del estupro, incesto y sodomía. Por esta razón, se entendía que su contenido era distinto al de estos tipos penales, más aún considerando que al tratarse de un abuso, es un atentado a la voluntad de otra persona afectada. En consecuencia, el bien jurídico protegido en este caso era la libertad sexual.<sup>6</sup>

### a.3) Tipo objetivo

Etcheberry sostiene que el abuso deshonesto consiste en realizar sobre otra persona actos que no lleguen al acceso carnal ni vayan encaminados a él, que sean objetivamente aptos para ofender la honestidad o pudor de la otra persona, y que no sean libremente consentidos por ésta.<sup>7</sup>

### a.4) Tipo subjetivo

Para Etcheberry es el dolo propio de toda infracción penal, la conciencia por parte del agente de la idoneidad de su acto para ofender la honestidad de la víctima.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> La ley 19.927, promulgada el 05.01.2004, en su artículo 1º, N° 4, reemplazó el epígrafe del Título VII del Libro II del Código Penal por “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual.”, cinco años después de la agregación de los arts. 366, 366 bis, 366 ter y 366 quáter al Código Penal efectuada por la ley 19.617, que creó la figura de abuso sexual. La expresión “integridad sexual” fue necesariamente agregada en atención a esta nueva formulación del delito de abuso sexual, ya que era insuficiente la denominación anterior en este nuevo contexto legal.

<sup>6</sup> GARRIDO, Mario. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 1998. pp. 313-314.

<sup>7</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. Parte Especial. Tercera Edición Actualizada. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 70.

<sup>8</sup> Idem.

Para Garrido Montt, el tipo subjetivo de este delito no sólo está configurado por el dolo antes señalado, sino que también por un elemento subjetivo especial: el ánimo libidinoso, es decir, la acción de tocamiento de la víctima con un fin lúbrico, abusando de ella.

Sin embargo, hay autores que agregan un elemento negativo a este tipo: la ausencia en el agente del propósito de realizar el coito con la víctima, o lo que es lo mismo, el dolo debe limitarse al abuso deshonesto, ya que de lo contrario estaríamos frente a una tentativa de violación y no de abuso deshonesto.<sup>9</sup>

## b) Problemáticas que plantea la figura penal del abuso deshonesto

### b.1) Vaguedad conceptual en la conducta tipificada

En primer lugar, el legislador nada dice sobre el significado de la expresión “deshonestamente”. La doctrina<sup>10</sup> es unánime en señalar que dicha expresión apunta a la lascividad, es decir, un abuso deshonesto es un atentado al pudor por medio de actos lascivos no consentidos.

En segundo lugar, el legislador penal no especificó qué clase de conducta constituye un abuso deshonesto. La doctrina<sup>11</sup> ha precisado los elementos que debe tener la conducta constitutiva de abuso deshonesto: i) la conducta referida no debe alcanzar a la violación (sea heterosexual o sodomítica); ii) la conducta debe ser apta para ofender la honestidad o el pudor de la víctima (y sin su consentimiento).

### b.2) Determinación del sujeto pasivo

El antiguo artículo<sup>12</sup> 366 del Código Penal sindicaba como sujeto pasivo de este delito a toda persona entre doce y dieciocho años, y establecía como circunstancia agravante cualquiera de las mencionadas en el art. 361 (víctima menor de doce años), aunque sea mayor de veinte años la persona de quien se abusa.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Para ETCHEBERRY, este elemento negativo es indiscutido; no así para GARRIDO MONTT. Véase: ETCHEBERRY, Alfredo, ob. cit., p. 70; GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., p. 315.

<sup>10</sup> En este sentido, ETCHEBERRY, Alfredo, ob. cit., pp. 68-69; GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., p. 314.

<sup>11</sup> Íbid.

<sup>12</sup> En adelante, art.

<sup>13</sup> La ley 19.221, en su artículo 9º, de 1993, cambió el límite máximo de edad del sujeto pasivo en el abuso deshonesto “simple” (sin agravante), pasando de veinte a dieciocho años, olvidando modificar la

Esta redacción no dejaba claro quién era sujeto pasivo del delito al momento de concurrir las agravantes de éste, porque a primera vista parece absurdo que sea agravante del abuso de un mayor de doce años que la víctima sea menor de doce.

Para Etcheberry<sup>14</sup>, éste es un delito con pluralidad de hipótesis, cuya lectura debe ser la siguiente:

- Se penan los abusos deshonestos cometidos sobre persona de uno u otro sexo, si la víctima tiene entre doce y dieciocho años de edad, siempre que no intervenga fuerza o intimidación, ni la víctima esté privada de razón o sentido.

- Se penan los abusos deshonestos cometidos en persona menor de doce años, aunque no haya fuerza ni intimidación, ni esté privada de razón o sentido (delito agravado).

- Se penan los abusos deshonestos cometidos sobre persona mayor de doce años y sin límite superior de edad, siempre que se use de fuerza o intimidación o la víctima esté privada de razón o sentido por cualquier causa (delito agravado).

### b.3) Interpretación sistemática

A la época de entrada en vigencia del Código Penal, el legislador entendió que la moralidad pública y la honestidad eran los bienes jurídicos protegidos en el delito de abusos deshonestos. Sin embargo, a medida que el tiempo fue pasando, los valores de la sociedad fueron cambiando, lo que en la práctica se tradujo en la instauración de un nuevo bien jurídico protegido; vale decir, se reemplazaba la protección de la moralidad pública y la honestidad por la protección de la libertad sexual.<sup>15</sup>

Por ello es errático considerar al abuso deshonesto como un delito contra la honestidad (sobre todo, desde un punto de vista sistemático), siendo necesario reformular la estructura de este tipo penal.)

---

expresión “aun cuando sea mayor de veinte años la persona de quien se abusa”. Esto originó enormes problemas interpretativos.

<sup>14</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, ob. cit., p. 71.

<sup>15</sup> En este sentido: COX, Juan Pablo. Los abusos sexuales. Aproximación dogmática. Fundación Fernando Fueyo. Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, 2003, pp. 65-67.

### **1.3. Las leyes 19.617, 19.927 y la reforma de delitos sexuales en Chile. La creación del delito de abuso sexual.**

La ley 19.617, publicada en el Diario Oficial con fecha 12 de Julio de 1999, contiene cuatro artículos permanentes que modifican el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, la Ley 18.216, sobre medidas alternativas a las penas privativas de libertad y el D.L. 321 sobre libertad condicional.

El art. 1º N° 11 de dicha ley creó los artículos 366, 366 bis, 366 ter y 366 quáter del Código Penal, normas que reemplazan el antiguo abuso deshonesto por la nueva figura de abuso sexual.

Posteriormente, la ley 19.927, en materia de abusos sexuales, en su art. 1 N° 8, publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de enero del 2004, agregó a estas normas la figura del art. 365 bis (abuso sexual agravado), y en su art. 1 N°s 9, N° 10, N° 11 y N° 12 modificó los artículos 366, 366 bis, 366 ter y 366 quáter respectivamente.

Para un mejor estudio de estos antecedentes, revisaremos la historia legislativa de las leyes que dieron origen a esta nueva sistematización de los delitos sexuales en Chile: la ley 19.617 y la ley 19.927.

#### **a) Historia de la Ley 19.617**

A continuación analizaremos la ley 19.617 que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación.

##### a.1) Fundamentos y objetivos del Proyecto de Ley

###### a.1.1) Fundamentos

Durante el primer trámite constitucional del Proyecto, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia hizo presente los fundamentos de éste en los siguientes términos: el problema de la violencia sexual en Chile, según la opinión pública, reviste una gravedad tal que debe abordarse por el Estado con urgencia. Pero eso no es todo, ya que hay más problemas de fondo que deben atacarse: estadísticamente se estima que existen muchísimos hechos no denunciados (lo que se puede explicar porque en una gran mayoría de los casos, el agresor es un conocido, amigo o

familiar de la víctima, situación que la opinión pública desconoce), y además, en un altísimo porcentaje, las víctimas de estos delitos sexuales son menores de edad.<sup>16</sup>

En síntesis, los fundamentos de este Proyecto dicen relación con:<sup>17</sup>

- i) Abordar el fenómeno histórico de la violencia sexual en Chile, particularmente, en materias vinculadas al delito de violación y cuyos efectos negativos se han agudizado en las últimas décadas.
- ii) Percepción de la población sobre la gravedad del problema y la urgente necesidad de intervención del Estado en su tratamiento integral que se evidencie en una mayor y más efectiva seguridad ciudadana.
- iii) Protección más eficaz a los menores.

#### a.1.2) Objetivos<sup>18</sup>

- i) Tratamiento moderno, integral y coherente de todos los tipos penales que tienen por objeto la protección de la libertad sexual de las personas.
- ii) Mejorar la eficacia de la prevención, prueba y sanción de este tipo de delitos, agilizando la pesquisa judicial, facilitando el acceso de las víctimas a la justicia, y dotando al tribunal de medios más eficaces tanto para la comprobación de la identidad del delincuente y su sanción, como para proteger al ofendido con posterioridad al hecho.
- iii) Reducir sustancialmente los índices de “cifra negra” respecto de los atentados sexuales.

#### a.2) Discusión parlamentaria de la Ley 19.617 que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materia relativa al delito de violación

A continuación, nos remitimos a señalar los argumentos más relevantes de la discusión parlamentaria y la evolución del debate en torno a los contenidos de la ley 19.617.

---

<sup>16</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el Proyecto de Ley que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación, Boletín N° 1048-07-1.

<sup>17</sup> Para este apartado nos basamos en las explicaciones de: TOBAR, Juan Carlos. Violencia Sexual. Análisis de la Nueva Ley. Temuco, Pehuén Editores, Escuela de Derecho, Universidad Católica de Temuco, 1999, pp. 20-21.

<sup>18</sup> Ibid.<sup>17</sup>



- **Mensaje del Ejecutivo**

El Proyecto original del Ejecutivo proponía modificaciones al Código Penal en torno a la violación (sujetos activos y pasivos tanto hombre como mujer, sanción a la tentativa de violación, derogación de la violación sodomítica, la apreciación de la prueba en conciencia, y una serie de medidas destinadas a la prevención y rehabilitación de los condenados).<sup>19</sup>

- **Inspiración y objetivos del proyecto de ley**<sup>20</sup>

Una vez aprobado en general el Proyecto por la Comisión, y considerando la indicación hecha por el Gobierno en relación a ampliar el objetivo del proyecto y realizar modificaciones a otras figuras penales relacionadas por los delitos sexuales<sup>21</sup>, se decidió enfrentar la problemática de los delitos de agresión sexual penal desde un punto de vista sistemático e integral, lo que se traducía en modificar todos los delitos incluidos en el Título VII del Libro II del Código Penal. Bajo este prisma, se señaló que el proyecto aparece inspirado por una doble filosofía: la defensa de los valores que en la civilización occidental unen amor, sexualidad y familia y la acentuación de la importancia que debe tener el concepto de libertad sexual individual en el ordenamiento positivo, en sus dos vertientes, una positiva (la libre disposición por la persona de sus propias potencialidades sexuales, tanto en el comportamiento particular como frente a los demás) y una negativa (el derecho de la persona a no verse involucrada sin su consentimiento por otra persona en un contexto sexual).<sup>22</sup>

Producto de ello, el resultado fue el siguiente: el artículo 1, en el N° 11 del Proyecto, agrega un artículo (364) para sancionar el delito de abuso sexual en contra de una persona (derogando el antiguo art. 366 relativo a los abusos deshonestos), que señala lo siguiente:

---

<sup>19</sup> Mensaje de S.E. el Presidente de la República, en: CÁMARA DE DIPUTADOS, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el Proyecto de Ley que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación, Boletín N° 1048-07-1, pp. 2111-2112.

<sup>20</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS, Boletín N° 1048-07-1, Primer Trámite Constitucional, Sesión 1°, 21.05.1995.

<sup>21</sup> Puesto que toda modificación de un cuerpo legal penal debe incorporar la consideración sistemática de los tipos penales relacionados entre sí, así como su vinculación con las demás figuras de ese cuerpo, a fin de armonizar la tutela a los distintos bienes jurídicos protegidos, conservando las debidas proporciones en la penalidad. Ver: CÁMARA DE DIPUTADOS, Boletín N° 1048-07-1, ob. cit., p. 24.

<sup>22</sup> Esta filosofía está referida a la totalidad de los delitos sexuales exceptuando el acoso sexual y la sodomía. Ver: CÁMARA DE DIPUTADOS, Boletín N° 1048-07-1, ob. cit., p. 28.

Artículo 364. El que sin cometer los delitos de violación ni estupro realizare otros actos de abuso sexual en contra de una persona, ejecutando dichos actos respecto de ella, o haciendo que ésta los ejecute a él, o sobre sí misma o sobre un tercero, con alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361 o exigidas en el artículo 363, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Será de aplicación en este delito lo prescrito en el art. 362.<sup>23</sup>

Se señaló, además, que la expresión “abusos deshonestos” es equívoca, toda vez que lo deshonesto puede referirse a acciones no necesariamente de índole sexual.<sup>24</sup>

- **Fundamentos de la sustitución del artículo 366 por los artículos 366, 366-A, 366-B y 366-C**<sup>25</sup>

La Comisión acogió favorablemente el punto relativo a que la finalidad del artículo 364 fue sustituir el delito de abusos deshonestos. Sin embargo, no se compartió la fórmula usada en el primer trámite constitucional (realizar actos de abuso sexual en contra de una persona no constitutivos de violación o estupro), ya que no distingue suficientemente la naturaleza sexual de la conducta realizada y su carácter abusivo, ni establece el límite mínimo del abuso sexual, en el sentido de exigir –o no– un contacto corporal entre el agresor y la víctima, o entre ésta y un tercero, situación esta última cuestionable de acuerdo a la antigua doctrina que postula que estos delitos no admiten autor mediato. Todo ello produce una incongruencia con la tipificación de los delitos de estupro y violación, ya que es inconsistente que, por una parte, éstos exijan la realización de un acto sexual por parte del autor del delito, y por otra, el abuso sexual contenga supuestos en que el autor no realiza conducta sexual alguna, sino que constriñe o determina a otros a realizarla, lo que podría alterar completamente las reglas sobre participación en la comisión de estos otros delitos. Por otra parte, se advirtió que la penalidad del abuso sexual debería ser más severa cuando se realiza sobre una persona menor de doce o catorce o catorce años, que cuando se realiza sobre una persona mayor de edad, tal como se distingue en la

---

<sup>23</sup> Esta discusión aprobó un art. 362 que contenía una agravante de responsabilidad penal que concurría cuando había un determinado grado de parentesco de la víctima respecto del agresor. En: Ver: CÁMARA DE DIPUTADOS, Boletín N° 1048-07-1, ob. cit., p. 46.

<sup>24</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS, Boletín N° 1048-07-1, ob. cit., p. 32.

<sup>25</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS, Informe de la Comisión Mixta recaído en el proyecto que modifica los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación, Boletín N° 1048-07, pp. 98 y ss.

violación. Por estas razones la Comisión estimó preferible considerar las distintas hipótesis de conductas de abuso sexual.<sup>26</sup>

Después de esta discusión, la Comisión decidió reemplazar el artículo 366 (ex-abusos deshonestos) por cuatro artículos: 366, 366-A, 366-B y 366-C:<sup>27</sup>

Artículo 366: La nueva redacción del artículo 366 no alteró en lo esencial la estructura del delito de abusos deshonestos (que pasan a llamarse abusos sexuales), definiendo la conducta típica como la realización abusiva de una acción sexual distinta del acceso carnal, (dejando en claro la naturaleza residual de este delito respecto de los delitos de violación y estupro) cuyo sujeto pasivo puede ser una mujer mayor de doce años o un varón de catorce.

Respecto a la expresión “abusivamente”, la Comisión sostuvo que sirve como nexo entre la acción delictiva y los medios comisivos (los mismos que en el caso de la violación y el estupro), manteniendo una estricta correspondencia con la punición del acceso carnal.

Artículo 366-A: Regula el abuso sexual contra menores impúberes, distinguiéndolo del abuso sexual contra mayores o menores púberes del artículo 366.

Artículo 366-B: Regula normativamente el contenido de la expresión “acción sexual”, con las siguientes consideraciones: i) por regla general, exige el contacto corporal entre el agresor y la víctima, pero no es necesario que haya contacto de la piel desnuda de uno y otro, ya que también el tocamiento realizado por encima de la ropa de la víctima puede configurar el delito; ii) existiendo contacto corporal entre el hechor y la víctima, no se exige ánimo lascivo en el primero, sino que basta con que la acción tenga una significación sexual, lo que se determinará atendiendo las pautas sociales que definen la sexualidad; iii) se exige que la acción sea de relevancia, a fin de excluir casos de poca entidad, como un tocamiento fugaz o un beso por sorpresa; iv) excepcionalmente, se acepta también la calidad de acción sexual para conductas que no supongan contacto corporal entre agresor y víctima, siempre y cuando afecten la zona genital o anal de la víctima y sean realizadas con ánimo lascivo por el agresor. En este caso, la referencia a una tendencia interna del autor es necesaria para comprender situaciones, como

---

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Idem.

sucede con la introducción de objetos, que no fuesen susceptibles de calificación como “sexuales” según las pautas sociales.

Artículo 366-C: Incorpora dos nuevas hipótesis delictivas destinadas a proteger a los menores impúberes de que los involucren en un contexto sexual: i) la realización de acciones de significación sexual no constitutivas de “acción sexual” en los términos anteriores, ya sea del autor del delito enfrente del menor o de éste enfrente de aquél, o bien de la exhibición de acciones de significación sexual de un tercero, ya sea en presencia o en imágenes, efectuada con la intención de obtener la excitación sexual. Ésta es una hipótesis de abuso del menor impúber que sobrepasa los límites de punibilidad del delito de abuso sexual, ya que presupone la ausencia de contacto corporal o afectación de los genitales o el ano, y se establece en atención a la necesidad de brindar una protección razonablemente exhaustiva al menor que aún carece de capacidad de autodeterminación sexual; ii) la utilización de menores impúberes para la producción de material pornográfico, entendida en la perspectiva de un abuso sexual y no de un atentado a las buenas costumbres. Respecto a esta última hipótesis, se incorporó una definición legal de lo que debe entenderse por material pornográfico: los impresos, grabaciones magnetofónicas, las fotografías o las filmaciones, que, apelando a la excitabilidad sexual del lector, auditor o espectador, describan o representen la desnudez, la sexualidad o las funciones fisiológicas humanas o animales de un modo tal que apreciados globalmente carezcan de significado ético, artístico, científico, terapéutico o educativo. Cabe agregar que se discutió la penalidad aplicable a este artículo 366-C, conviniéndose finalmente en establecer la penalidad de reclusión menor en su grado mínimo a medio, y como forma de coordinar mejor las penalidades, hacer alternativa la pena de multa para la exhibición u oferta de pornografía, elevando su monto actual.<sup>28</sup>

En consecuencia, la Comisión aprobó las normas anteriormente descritas de la siguiente forma:<sup>29</sup>

“Artículo 366. El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una mujer mayor de doce años o un varón mayor de catorce años, será castigado:

1º Con reclusión menor en cualquiera de sus grados, cuando el abuso consistiera en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361.

---

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Idem.

2º Con reclusión menor en sus grados mínimo a medio, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuera menor de edad.

Artículo 366-A. El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una mujer menor de doce años o con un varón menor de catorce años, aun cuando no concurren las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363, será castigado con la pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados.

Artículo 366-B. Para los efectos de los dos artículos precedentes, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, así como el acto ejecutado con ánimo lascivo que afecte los genitales o el ano de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal suyo con el agresor.

Artículo 366-C. El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una mujer menor de doce años o un varón menor de catorce años, los hiciere ver o escuchar material pornográfico o los determinare a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo a medio.

Con la misma pena será castigado el que empleare mujeres menores de doce años o varones menores de catorce años en la producción de material pornográfico.

Para efectos de lo dispuesto en este artículo, se entenderá por material pornográfico los impresos, las grabaciones magnetofónicas, las fotografías o las filmaciones que, apelando a la excitabilidad sexual del lector, auditor o espectador, describan o representen la desnudez, la sexualidad o las funciones fisiológicas humanas o animales de un modo tal que apreciados globalmente carezcan de significado ético, artístico, científico, terapéutico o educativo.”

**- Modificaciones aprobadas por el Senado<sup>30</sup>**

“Artículo 366. El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de doce años, será castigado:

1º Con reclusión menor en cualquiera de sus grados, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361.

2º Con reclusión menor en sus grados mínimo a medio, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuera menor de edad.

Artículo 366-A. El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de doce años, aun cuando no concurren las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363, será castigado con la pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados.

Artículo 366-B. Para los efectos de los dos artículos precedentes, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales o el ano de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella.

Artículo 366-C. El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de doce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o la determinare a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo a medio.

Con la misma pena será castigado el que empleare personas menores de doce años en la producción de material pornográfico.”

---

<sup>30</sup> DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, Legislatura 336ª Extraordinaria, Sesión 1ª, en miércoles 30 de Septiembre de 1997, pp. 88-89. No obstante, es preciso aclarar que anteriormente se propuso reformular el art. 366-C, entregando un concepto objetivo de pornografía y estableciendo diferencias por sexo entre las edades de los sujetos pasivos. Dichas proposiciones fueron rechazadas puesto que, en el caso de la pornografía, dicho concepto no puede ser definido por la ley, sino que debe ser entregado a la jurisprudencia, y en el caso de las edades de los sujetos pasivos, se quiso mantener la regla pareja, o la misma edad tanto para el caso de los varones como el de las niñas. Ver: DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, Legislatura 335ª Ordinaria, Sesión 33ª, en martes 09 de Septiembre de 1997, pp. 295-296.

**- Circunstancias de la violación como agravantes o como elementos constitutivos del tipo penal del art. 366<sup>31</sup>**

La diputada Guzmán sugirió que el artículo 366 contemple como agravante la concurrencia de alguna de las circunstancias de la violación, ya que en la modificación que plantea el Senado dichas circunstancias se incorporarían al tipo y desaparecerían como agravantes específicas, lo que sería más benigno para el hechor. En este sentido, el profesor Bascuñán señaló que, en atención a que la doctrina y jurisprudencia han entendido que la concurrencia de alguna de las circunstancias de la violación es una circunstancia típica, que la pena se establezca como si hubiera agravante es una forma anómala de fijar la sanción de un tipo calificado, ya que, de otra forma, podría sostenerse que la segunda parte del artículo 366 atentaría contra el principio non bis in idem, porque está utilizando como agravante circunstancias que a la vez estarían comprendidas en la descripción de la conducta típica. Agregó que el proyecto describe y pena el abuso sexual con un menor de doce años en el artículo 366-A, bajo el principio que la pena del abuso sexual del menor de doce años debe ser más grave que el estupro del menor entre doce y dieciocho años, y por eso el artículo 366 N° 2 establece una pena menor que el artículo 366-A, manteniendo la diferencia de penalidad, y que no es posible subir el marco mínimo de esta pena porque este delito abarca todo tipo de acciones sexuales desde el umbral mínimo de punición, y para este caso ha de tener la pena menor del simple delito. Termina señalando que si se elevase la pena, se alentaría a una interpretación restrictiva, porque el juez, frente a una pena grave, tenderá a sancionar solamente las conductas de mayor entidad.

El diputado Bustos aclaró que el proyecto ha reducido considerablemente el ámbito de los abusos sexuales, que antes tenían mucha connotación porque comprendían los casos del acceso carnal anal y bucal (que ahora se han desplazado hacia la violación y el estupro), con lo que tendrán una pena superior, y los abusos sexuales se aplicarán a hechos residuales mucho menos graves, y por lo tanto, las penas son adecuadas.

La Comisión Mixta sugirió aumentar el tramo de las penas del artículo 366 cuando concurren las circunstancias de la violación y el estupro, castigando dicha hipótesis con presidio o reclusión menores en sus grados medio a máximo.

---

<sup>31</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS, Informe de la Comisión Mixta recaído en el proyecto que modifica los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación, Boletín N° 1048-07, pp. 99- 103.

**- Acción sexual comprensiva de la autoría mediata en el artículo 366-B<sup>32</sup>**

El diputado Bustos, a propósito de la imposibilidad de realizar autoría mediata en los atentados sexuales planteada por la doctrina, sugirió redactar la definición de acción sexual que contempla este precepto de manera tal que pueda abarcar la acción tanto cuando es realizada sobre sí mismo como si se realiza mediante otra persona, para considerar ambas situaciones, ya que si se alude a “cualquier” acto de significación sexual se comprendería precisamente la realización de la conducta por medio de otra persona y el caso de que se obligue una persona a realizarla sobre sí misma.

El profesor Bascañán señaló que la propuesta busca resolver el problema de estructurar el tipo de abuso sexual de manera que contemple los casos de autoría que no son de propia mano, lo que exige una tipificación de los delitos distinta a la que tiene el Código Penal chileno. Para solucionarlo se debió tipificar la violación por fuerza como “el que constriñere a otro mediante violencia o amenaza a tolerar la penetración”, y en el caso de los abusos, “el que consintiere a otro mediante violencia o amenaza a realizar una acción sexual”. En este sentido se explica la propuesta del diputado Bustos de que con la expresión “cualquiera” se entrega al desarrollo jurisprudencial que, sobre la base de esta definición y lo dispuesto en el artículo 15 del Código Penal, vaya construyendo las formas de autoría o de autoría mediata que sean funcionalmente equivalentes a la realización por la propia mano, si ello es posible.

**- La boca como órgano de afección por la acción sexual: su inclusión en un tipo penal especial o la aplicación de las reglas generales sobre delitos de coacción<sup>33</sup>**

Algunos diputados opinaron que, tratándose del acceso carnal, hay una relación del órgano bucal con el órgano genital y ahí la significación sexual de la conducta es manifiesta; y cuando no hay acceso carnal, si se abre esta posibilidad de la introducción de objetos que no son corporales en la boca, se extendería demasiado el tipo, por lo que dicha conducta debería ser sancionada conforme a las reglas generales sobre los delitos de coacción.

---

<sup>32</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS, Informe de la Comisión Mixta recaído en el proyecto que modifica los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación, Boletín N° 1048-07, ob. cit., pp. 100-101.

<sup>33</sup> Ibidem.



Por el contrario, otros diputados sostuvieron que la inclusión de la boca era una consecuencia lógica de considerarla también como medio comisivo de los delitos de violación y estupro, y que la preocupación de ampliar en exceso el tipo penal no se justifica, desde el momento que el mismo artículo exige que se trate de un “acto de significación sexual y de relevancia”. Por otra parte, el senador Aburto dejó constancia de su desacuerdo con la última frase del artículo 366-B, ya que a su juicio debe exigirse contacto corporal con la víctima.

**- Menores entre 12 y 18 años deben ser protegidos penalmente al verse involucrados en acciones de significación sexual o producción y difusión de material pornográfico<sup>34</sup>**

Considerando las explicaciones del profesor Bascuñán, quien señaló que para el caso de los menores de doce años, no es posible aplicar los criterios propios de la libertad personal para los fines de protección de la indemnidad sexual del menor (puesto que son fácilmente manipulables en sus actos de voluntad), que sí son aplicables en el caso de los menores púberes, cuyas decisiones y deseos son más serios, y que por lo tanto, en este último caso las acciones sexuales de significación sexual cometidas contra esta clase de menores deben estar regladas por una normativa especial, la Comisión Mixta estimó que la protección que se brinda respecto de las acciones sexuales en determinadas circunstancias debería extenderse también a los mayores de doce años pero menores de dieciocho cuando se les hace participar en las acciones de significación sexual o en la producción o difusión de material pornográfico.

**- Aumento de penalidad del artículo 366<sup>35</sup>**

Algunos integrantes de la Comisión se declararon partidarios de mantener la pena anteriormente contemplada por el Senado de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, porque las acciones de significación sexual del artículo que se analiza son menos graves que las acciones sexuales que pueden ser constitutivas de abuso sexual, lo que hace obvio que la pena debe también ser menos severa, lo que afectaría la coherencia de la penalidad y podría producir un efecto negativo desde el punto de vista de la política criminal, en la medida que, si se equiparan las penas, el legislador estaría debilitando relativamente el reproche social que merece el abuso sexual, dado que, en la práctica, si ambos grupos de conductas delictivas recibiesen la misma

---

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS, Informe de la Comisión Mixta recaído en el proyecto que modifica los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación, Boletín N° 1048-07, ob. cit., p. 103.

pena, el delincuente estaría incentivado para perpetrar el delito más grave, cual es el abuso sexual, y no el menor. No obstante, la mayoría de la Comisión Mixta discrepó de estas apreciaciones, estimando que la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio es excesivamente baja, por lo que optó por fijar la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados.

**- Uniformidad de nomenclatura de los artículos<sup>36</sup>**

El diputado Bustos sugirió uniformar la nomenclatura de todos los artículos del Código Penal que se modifican o incorporan mediante este proyecto de ley y que llevan la misma numeración inicial (diferenciarlos con los vocablos latinos bis, ter, quater, etc., en vez de letras en el orden del abecedario).

**- Modificación definitiva de los artículos 366, 366-A, 366-B y 366-C por los artículos 366, 366 bis, 366 ter y 366 quáter<sup>37</sup>**

Luego de toda la discusión efectuada después del tercer trámite constitucional, las normas que en definitiva fueron aprobadas para integrarse al proyecto de ley fueron las siguientes:

“Artículo 366. El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de doce años, será castigado:

1º Con reclusión menor en cualquiera de sus grados, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361.

2º Con reclusión menor en sus grados mínimo a medio, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere menor de edad.

Artículo 366 bis. El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de doce años, cuando no concurren las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363, será castigado con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados.

---

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, Sesión 13ª (Anexo de documentos), a jueves 05 de Noviembre de 1998, Informe de la Comisión Mixta recaído en el proyecto que modifica los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación, Boletín N° 1048-07, p. 591.

Si concurre alguna de esas circunstancias, la pena será de reclusión menor en sus grados medio a máximo.

Artículo 366 ter. Para los efectos de los dos artículos anteriores, se entenderá por acción sexual 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.

Artículo 366 quáter. El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de doce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o la determinare a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, será castigado con reclusión menor en cualquiera de sus grados.

Con la misma pena será castigado el que empleare un menor de doce años en la producción de material pornográfico.

También se sancionará con igual pena a quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de doce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1º del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363.”

## **b) Historia de la ley 19.927**

A continuación, revisaremos brevemente los aspectos más relevantes de la ley 19.927 que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal y de Procedimiento Penal en delitos de pornografía infantil.

### **b.1) Fundamentos y objetivos**

Basándose en la insuficiencia de la regulación legal en materia de pornografía infantil (ya que a la fecha no existía norma alguna que regulara el tráfico ni la posesión de material pornográfico infantil, la sanción al delito de utilización de menores en la producción de material pornográfico es poco efectiva, etc.), la ley 19.927 se propone regular los siguientes puntos:

-Incluir un concepto legal de pornografía infantil: Se ha estimado útil definir la expresión “pornografía infantil” pues así se pueden incluir supuestos fácticos que han sido incorporados en la legislación comparada, tales como las imágenes con “niños virtuales”. Es necesario también que el concepto de pornografía infantil abarque todas formas en que se puede cometer el delito, para evitar que de otro modo queden impunes.

-Establecer en 18 años la edad de protección legal de las víctimas en los delitos de pornografía infantil: Se sigue así la tendencia del derecho comparado en orden a aumentar la edad de “consentimiento” válido en las acciones relacionadas con la producción de material pornográfico. Se establece de este modo concordancia con la Convención Internacional de los derechos del Niño que fija en 18 años el margen de protección legal.

-Sancionar como delito la distribución, difusión, transmisión, importación, exportación, con o sin fines de lucro de pornografía infantil: Es conveniente incluir esta conducta en la respectiva tipificación penal por cuanto se trata de acciones directas relacionadas con la “red de oferta y demanda” de pornografía infantil.

-Sancionar la posesión de pornografía infantil: La tendencia sostenida del derecho comparado es sancionar penalmente la adquisición y posesión dolosa de la pornografía infantil, excluidas bajo determinados supuestos, las situaciones de recepción accidental o no solicitada.

-Aumentar las penas aplicables a los que participan en delitos de pornografía infantil: Atendida la naturaleza y características de las acciones, la entidad de los bienes jurídicos protegidos y la necesidad de que las penas sean proporcionadas, efectivas y disuasorias.

-Establecer una sanción penal especial para quienes integren organizaciones criminales dedicadas a prácticas relacionadas con pornografía infantil.

-Establecer el comiso de los bienes que provengan de las actividades relacionadas con la pornografía infantil.

-Establecer normas de procedimiento que otorguen facultades especiales a fiscales del ministerio público, jueces y agentes policiales para investigar y acreditar los delitos relacionados con la pornografía infantil.

-Establecer normas que permitan juzgar a nacionales y residentes que cometan delitos de pornografía infantil en el extranjero.<sup>38</sup>

b.2) Discusión parlamentaria de la ley 19.927 que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal y de Procedimiento Penal en delitos de pornografía infantil.

A continuación señalaremos los elementos de la discusión parlamentaria que dicen relación específicamente con el delito de abusos sexuales.

**- Aumentar la edad del sujeto pasivo en los delitos de abuso sexual y violación<sup>39</sup>**

Los diputados Pía Guzmán e Ignacio Walker presentaron una indicación substitutiva al proyecto de ley, en la cual se optó por modificar la edad del sujeto pasivo (de 12 a 14 años) en los delitos de violación y de abuso sexual.

El fundamento de esta modificación está en argumentos de tipo técnico-biológicos: conforme al parecer de diversos especialistas, a la edad de 12 años un niño - hombre o mujer – no cuenta aún con las capacidades cognitivas mínimas para tomar una decisión que pueda tener fuertes repercusiones en su vida y su aspecto emocional se encuentra en proceso de aprendizaje de vínculos con otras personas, por lo que es susceptible de ser manipulado por alguien mayor, lo que lo coloca en desventaja y en una situación de incapacidad de decidir conjuntamente con tal persona. Asimismo, sus capacidades físicas y sexuales están comenzando a desarrollarse, pero ello no significa que tal hecho vaya unido a un desarrollo afectivo, cognitivo y social. Es decir, la posibilidad de sentir deseo sexual y de tener información sobre el tema, no significa que sus actos sean la expresión de su voluntad informada y consciente. Por lo demás, la gran mayoría no está capacitada para prever las consecuencias de sus actos y en la búsqueda de su identidad resulta altamente influenciable.

De esta manera, se acordó sustituir en los artículos 361, 361, 363, 366, 366 bis y 366 quáter, la expresión “doce” por “catorce”.

---

<sup>38</sup> HISTORIA DE LA LEY 19.927. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. [En línea] [<http://recursoslegales.bcn.cl/jspui-rl/bitstream/10221.3/3801/1/HL19927.pdf>] <Fecha de consulta: 24.04.10.>

<sup>39</sup> HISTORIA DE LA LEY 19.927. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, ob. cit., pp. 32-36.

### **- Utilización de animales u objetos para la comisión de abuso sexual<sup>40</sup>**

La diputada Soto propuso incluir en los arts. 361, 362 y 363 los términos “o utilizare animales con ese fin” con el objeto de regular una situación muy habitual en los abusos sexuales: la utilización de objetos.

A partir de esta propuesta se generó un largo debate en que se objetó, por una parte, la necesidad de la concurrencia del ánimo lascivo, dado lo dificultoso de su prueba, como lo innecesario de su inclusión por cuanto en una prestación de carácter medicinal, la intencionalidad resultaba absolutamente inocua tratándose de este tipo de delitos, y, por la otra, que resultaba necesario incluirlo por cuanto en caso contrario podrían sancionarse conductas inofensivas, así como también que, en el caso de los animales, la ley los comprendía en la calidad de objetos, los representantes del Ejecutivo plantearon que lo más razonable en estos casos, vale decir, la introducción de objetos o el empleo de animales, era que se les sancionara como abuso sexual agravado, con la misma penalidad asignada a la violación, para lo cual propusieron agregar un inciso final a los artículos 366 y 366 bis del siguiente tenor:

“Si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos materiales de cualquier índole por vía vaginal o anal o en el empleo de animales con ese fin, la pena será de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio si la víctima fuere mayor de 14 años o de presidio mayor en cualquiera de sus grados si fuere menor de esa edad.”.

El Diputado señor Bustos estimó demasiado amplios los términos “objetos materiales de cualquier índole” como también lo excesivo de equiparar la penalidad a la de la violación.

La Diputada señora Guzmán reiteró su parecer acerca de que la inclusión de tales expresiones, dificultaba enormemente la prueba, lo que haría inaplicable la figura. Dijo entender que la referencia era a objetos que pudieran ser introducidos, circunstancia que dejaba fuera la posibilidad de elementos médicos, toda vez que en tales casos, el ánimo o intención era distinto.

La Comisión aprobó la proposición por mayoría de votos, dejando constancia de la disconformidad de los Diputados señores Burgos y Bustos con la penalidad establecida, como

---

<sup>40</sup> HISTORIA DE LA LEY 19.927. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, ob. cit., pp. 54-56.

también la del último nombrado con las expresiones “objetos materiales de cualquier naturaleza”.

Posteriormente, los representantes del Ministerio de Justicia propusieron una nueva modificación en cuanto a la penalidad establecida en los números 1° y 2° del artículo 366 y en los dos incisos del artículo 366 bis, señalando que:

a) en los casos previstos en el artículo 366, es decir, la realización de acciones de carácter sexual abusivas, distintas al acceso carnal con una persona mayor de 14 años, concurriendo en ello las circunstancias propias del delito de violación, se sancionaría con presidio menor en sus grados medio a máximo;

b) si, por el contrario, la acción se efectuare concurriendo las circunstancias propias del delito de estupro y se tratase de un mayor de 14 años pero menor de 18, la sanción sería de presidio menor en su grado medio.

c) en las situaciones sancionadas por el artículo 366 bis, es decir, la realización de acciones de carácter sexual distintas al acceso carnal con una persona menor de 14 años, con el consentimiento de ésta y, por lo mismo, sin que concurra ninguna de las circunstancias propias de la violación o del estupro, la sanción sería de presidio menor en sus grados medio a máximo.

d) si, a la inversa, la acción se efectuare con la concurrencia de la primera circunstancia del artículo 361, es decir, fuerza o intimidación, la sanción sería presidio menor en su grado máximo.

En atención a estos argumentos, la Comisión aprobó las siguientes modificaciones:<sup>41</sup>

i) En el art. 366:

Sustitución del término “doce” por “catorce”.

Reemplazar en el N° 1 las expresiones “reclusión menor en cualquiera de sus grados” por “presidio menor en sus grados medio a máximo”.

---

<sup>41</sup> HISTORIA DE LA LEY 19.927. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, ob. cit., pp. 87-89.

Sustituir en el N°2 las expresiones “reclusión menor en sus grados mínimo a medio” por “presidio menor en su grado medio”.

Agregar el siguiente inciso segundo:

“Si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos materiales de cualquier índole por vía vaginal o anal o se utilizaren animales en ello, la pena será de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.”

ii) En el art. 366 bis:

En su inciso primero, sustituir la expresión “doce” por “catorce”, y reemplazar los términos “reclusión menor en cualquiera de sus grados” por “presidio menor en sus grados medio a máximo”.

Agregar el siguiente inciso segundo:

“Si la acción se realizare con la concurrencia de fuerza o intimidación, la pena será de presidio menor en su grado máximo, pero si sólo concurriere alguna de las circunstancias señaladas en los números 2° y 3° del artículo 361 o alguna de las del artículo 363, la pena será de presidio menor en sus grados medio a máximo.”

Agregar el siguiente inciso tercero:

“Si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos materiales de cualquier índole por vía vaginal o anal o se utilizaren animales en ello, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados.”

### **c) Estado actual del tipo penal de abusos sexuales: resumen de los avances y modificaciones más importantes efectuados por las leyes 19.617 y 19.927**

Para simplificar la revisión del delito de abusos sexuales, efectuaremos una comparación entre su estructura previa a la reforma legislativa y su estado actual, con sus modificaciones y agregaciones, en atención a los antecedentes revisados a lo largo de este capítulo.



c.1) Modificaciones sustantivas

A grandes rasgos, las modificaciones legislativas las podemos resumir en el cuadro N° 1:

Cuadro N° 1: Abusos deshonestos y los abusos sexuales en las leyes 19.617 y 19.927

| <b>Aspectos modificados</b> | <b>Abusos deshonestos</b>  | <b>Abusos sexuales</b>  |
|-----------------------------|--|---|
| Tipo objetivo               | “El que abusare deshonestamente de otro”.  | “Acción sexual” (acto de significación sexual y de relevancia mediante contacto corporal con la víctima).   |
| Tipo subjetivo              | La norma no exige un elemento subjetivo especial, más allá del dolo propio de la conducta.               | La norma no exige un elemento subjetivo especial, más allá del dolo propio de la conducta.  |
| Edad del sujeto pasivo      | Delito con pluralidad de hipótesis: menor de doce, mayor de doce o bien entre los doce y dieciocho años. | Se distingue entre un abuso sexual propio (persona mayor de catorce años, en concurrencia de las circunstancias de estupro o violación), abuso sexual impropio (persona menor de catorce años) y las particularidades del abuso sexual agravado del art. 365 bis. |

Cuadro comparativo de elaboración propia en base a la información recopilada a lo largo del presente trabajo.

### c.2) Innovaciones de las leyes 19.617 y 19.927

Asimismo, los aspectos no regulados por el Código Penal (ni siquiera en el ex – art. 366), y que actualmente sí están contenidos en la ley son:

- Actos de significación sexual distintos del acceso carnal mediante contacto corporal, o que haya afectado los genitales, ano o boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal (art. 366 ter).
- Comisión de los delitos de violación, estupro o abuso sexual haciendo abuso de una situación de autoridad (art. 368).
- Introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o bien usando animales para ello (art. 365 bis).

### c.3) Modificaciones de penalidad

Desde la dictación de la ley 19.617 hasta el día de hoy se han efectuado aumentos de penalidad para algunas conductas:

- El abuso sexual de los actuales arts. 366 y 366 bis (persona mayor o menor de catorce años) se castigaba con reclusión menor o reclusión menor en cualquiera de sus grados bajo la Ley 19.617: actualmente se castiga con presidio menor en su grado máximo, e incluso con presidio mayor en su grado mínimo en el último caso.
- Las conductas sancionadas por el art. 366 quáter se castigaban con reclusión menor en cualquiera de sus grados bajo la Ley 19.617: actualmente se castigan con presidio menor en su grado medio a máximo, y presidio menor en su grado máximo en el caso del inciso segundo de la norma citada.

## **1.4. Análisis de los abusos sexuales a partir de la teoría del delito**

En este apartado se estudiará la estructura jurídica del delito de abusos sexuales, contemplado en los artículos 365 bis, 366, 366 bis, 366 ter y 366 quáter del Código Penal, desde la óptica de la teoría del delito, enfoque que se usará para estudiar los grandes temas de este trabajo.

### **a) Ubicación sistemática y denominación**

El delito de abusos sexuales se ubica en el epígrafe incluido por la Ley 19.617, denominado “Del estupro y otros delitos sexuales”, a continuación de los delitos de estupro y sodomía.<sup>42</sup>

Ahora bien, nuestro Código Penal no utiliza explícitamente el concepto de “abuso sexual” en ninguno de sus articulados referidos a los delitos sexuales (lo más cercano es la definición de “acción sexual, distinta del acceso carnal”); no obstante ello, toda la literatura jurídica sobre el tema le otorga dicha denominación. Un argumento de tipo sistemático puede explicar esta relativa discordancia: dado que el actual Capítulo VI de nuestro Código Penal se titula “Del estupro y otros delitos sexuales”, y que el texto vigente del art. 366 describe la conducta como “realizar abusivamente una acción sexual”, entonces es posible inferir que la denominación más acorde con el tenor de la ley es, precisamente, la de abuso sexual.<sup>43</sup>

### **b) Bien jurídico protegido**

Antes de precisar este tema, es necesario incorporar algunos elementos que permiten contextualizar el análisis.

Se ha sostenido que al interior de un Estado de derecho democrático, existen por lo menos cuatro principios que constituyen los límites del derecho penal sexual: i) la construcción de una sociedad pluralista, es decir, posibilitar que en un mismo grupo social puedan convivir el mayor número posible de ideologías, de manera que las actuaciones estatales vayan de la mano con este amplio marco de convivencia y de confrontar estos distintos modos de entender y vivir la existencia humana; ii) el principio de tolerancia, que muy unido con el criterio anterior, reafirma el principio de la extrema ratio del derecho penal, conforme al cual el derecho penal es un derecho excepcional, castigando sólo aquellas manifestaciones que afecten los requisitos imprescindibles para una convivencia plural; iii) sentar las bases materiales y ambientales que

---

<sup>42</sup> Antes de la ley 19.617, dicho epígrafe se titulaba “Del estupro y otros actos deshonestos”.

<sup>43</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Delimitación del concepto de abuso sexual. *En: EL PENALISTA LIBERAL*, Controversias nacionales e internacionales en derecho penal, propiedad penal y criminología; Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba; FIGUEREIDO DÍAS, Jorge; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ZAFFARONI, Eugenio; GUZMÁN DÁLBORA, José Luis; Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi, 2004, p. 578.

posibiliten el desarrollo personal de sus ciudadanos, su autorrealización, conforme al art. 1 de la Constitución Política, lo que se traduce en que el derecho penal debe limitarse a proteger y satisfacer las bases mínimas para una óptima convivencia social; iv) aceptar la concepción del ser humano como un sujeto autoresponsable, o sea, un ciudadano adulto, en la medida que no incidan circunstancias o factores extraordinarios, es capaz de asumir la dirección de su comportamiento sexual, y por tanto, es capaz de fijar sus objetivos de desarrollo personal.<sup>44</sup> Tomando estas palabras, se podría inferir a primera vista que en un Estado con estas características, como se ha señalado es el caso chileno, el derecho penal tendría claramente delimitado sus márgenes de acción en las conductas de connotación sexual, y por tanto, la cultura jurídica expondría esta clase de conductas como aquellas que integran el orden y la convivencia social, salvo aquellas que atenten contra principios o garantías fundamentales establecidos en la Constitución Política. ¿Son estas aseveraciones efectivas?

Con la ley 19.617, que creó la figura de los abusos sexuales y los demás delitos sexuales, se colocó como esfera de protección de estos la libertad de autodeterminación sexual.<sup>45</sup> ¿Qué es la libertad de autodeterminación sexual? Conforme ha sostenido la doctrina mayoritaria, es la facultad de la persona para autodeterminarse en materia sexual, sin ser compelido ni abusado por otro.<sup>46</sup> Rodríguez Collao difiere de este planteamiento y sostiene que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, o el derecho de las personas a no verse involucradas en un contexto sexual, en atención al daño –físico, psíquico o emocional– que tal experiencia puede ocasionar en el común de los seres humanos.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Además, estos postulados son absolutamente coherentes con el principio de lesividad de bienes jurídicos. Ver: SOTO, Andrea. El bien jurídico en el delito de violación. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Octubre de 1996, pp. 67-75.

<sup>45</sup> DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, Legislatura 339ª Extraordinaria, de martes 18 de mayo de 1999, p. 654.

<sup>46</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, M<sup>a</sup> Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 238. En este mismo sentido: COX, Juan Pablo, ob. cit., p. 88; BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Curso de Derecho Penal. Parte Especial. Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, 2007, pp. 144-145, incluso en los delitos sexuales con menores de edad.

<sup>47</sup> Las cursivas son del autor. Ver: RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Delitos sexuales. De conformidad con las modificaciones introducidas por la ley N° 19.617 de 1999. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 124.

En el ámbito de la libertad sexual, se han planteado algunos reparos respecto a su idoneidad como bien jurídico protegido en esta clase de delitos.<sup>48</sup> Para comenzar, se ha sostenido que ésta carece de sentido respecto de las personas a quienes el ordenamiento jurídico les niega la capacidad para consentir válidamente la realización de actos sexuales (por ejemplo, los impúberes), como también respecto de aquellos que no están en condiciones de discernir acerca de la realización de tales actos (por ejemplo, las personas privadas de sentido), dado que en la base de toda libertad se encuentra la posibilidad real de ejercer los actos a que da derecho la garantía de que se trate, y como entre los menores de doce años hay un importante segmento que, en razón de un insuficiente desarrollo físico y psíquico, no está en condiciones de ejercer ningún tipo de actividad sexual, mal podría sostenerse que les cabe la posibilidad de ejecutar libremente un acto que la propia naturaleza le impide realizar. Lo mismo cabe decir, aunque en un sentido diverso, respecto de los mayores de edad que son objeto de un atentado sexual mientras se hallan privados de razón o de sentido, porque éstos, si bien poseen aptitud para actuar en el campo de la sexualidad, carecen, en cambio, de la capacidad de discernimiento, sin la cual simplemente no cabe hablar de libertad.

En este sentido, los partidarios de erigir la libertad sexual como eje del sistema de delitos sexuales han elaborado diversas tesis al respecto:

a) Un sector de la dogmática española e iberoamericana propone como criterio correctivo o complementario, el concepto de intangibilidad sexual, que sería lo efectivamente protegido en el caso de las personas incapacitadas para consentir o realizar conductas sexuales (esto es, se alude a la calidad de intocable, lo que no debe ni puede ser alcanzado por una conducta ajena).

b) Una postura que ha tenido gran aceptación en España: el concepto de indemnidad sexual, es decir, el derecho que corresponde a menores y personas privadas de sentido o mentalmente discapacitadas de no experimentar perturbación o daño en sus aptitudes físicas, psíquicas o emocionales, como resultado de su involucramiento en un contexto sexual, cuyo fundamento radica en la potencialidad lesiva que el sometimiento a una actividad sexual indeseada puede

---

<sup>48</sup> Para realizar el siguiente análisis nos basamos en las explicaciones entregadas por el eximio profesor Rodríguez Collao. Ver: RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, Criterios morales en la fundamentación del castigo de los delitos de significación sexual, En: UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE, Facultad de Ciencias Jurídicas, Contribuciones críticas al sistema penal en la post modernidad, In Memoriam Eduardo Novoa Monreal, 2007, pp. 255-259.

ocasionar en una persona incapaz de consentir, y en el caso de los menores, la aptitud corruptiva y traumatizante que involucra cualquier ejercicio prematuro de la sexualidad.

c) Un sector de la doctrina española, liderado por Díez Ripollés, ha sostenido que la libertad sexual ha de ser concebida como el derecho o la posibilidad de ejercer la sexualidad en condiciones de libertad.

d) Otro planteamiento, formulado por Morales Prats y García Albero, sostiene que existe una diferencia entre la libertad sexual efectiva y la potencial, y que por tanto, si en el caso de los adultos se castigan las conductas que obstaculicen la libre opción sexual, en el caso de los menores, los tipos penales buscan preservar las condiciones básicas para que en el futuro puedan alcanzar un libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual, o lo que estos autores denominan la “libertad sexual potencial”.

En Iberoamérica, como se puede apreciar, el panorama es bastante confuso. En países como Argentina o España, por ejemplo, se ha optado por establecer más de un bien jurídico protegido en la regulación de los delitos sexuales, por lo general. Dentro de la línea de pensamiento española, el profesor Rodríguez Collao adhiere a la postura según la cual el bien jurídico tutelado (para el caso de los delitos sexuales, en general) es la libertad sexual –respecto de las personas que se encuentran capacitadas para autodeterminarse en el plano de la sexualidad- y, alternativamente, la indemnidad o intangibilidad sexual en el caso de los menores e incapaces.

Por lo tanto, todos los delitos de connotación sexual se reconducen, según la doctrina chilena, a la idea de libertad sexual. Un argumento que ayudaría a reafirmar esta posición es de orden sistemático: el delito de abusos sexuales debe regirse en torno a un solo bien jurídico protegido, dada su ubicación bajo el epígrafe del Título VII del Código Penal. No obstante, esta no es una afirmación taxativa, en razón de los argumentos que hemos revisado anteriormente, y además, porque no contempla todas las hipótesis de sujetos pasivos de este delito. Por ello no es extraño que un reciente fallo de la Corte Suprema, rechazando un recurso de nulidad, haya acogido el planteamiento de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido en el caso de los menores

de edad, incluso cuando estos se encuentran en un estado de inconsciencia natural como el sueño.<sup>49</sup>

Con todo, el marco de análisis en cuanto a los intereses jurídicos protegidos en la materia sigue siendo amplio. Para acotar este estudio, es pertinente traer a colación uno de los últimos trabajos del profesor Antonio Bascuñán Rodríguez, en el cual éste analiza profundamente la evolución del derecho penal sexual, y nos revela que uno de los grandes problemas en la construcción de un modelo normativo coherente en la materia se da precisamente por la “solución de compromiso” entre el modelo medieval y el modelo ilustrado, al seguirse utilizando el concepto adscriptivo de víctima del modelo medieval: el ejemplo más claro al respecto es el caso de la libertad sexual, que formalmente declara que la víctima es un titular de un derecho cuyo deber correlativo ha sido infringido por el sujeto activo, pero materialmente la víctima de la coacción es inocente de la infracción de un imperativo de abstención sexual.<sup>50</sup> De allí surge este concepto de la libertad de abstención sexual que muchos autores en nuestro país sostienen que es el objeto de tutela en los atentados sexuales considerados más graves (como el abuso sexual). Este argumento sólo confirma que la libertad sexual, en el sentido tratado por los autores chilenos, no puede constituir el fundamento de punibilidad y penalidad de los atentados sexuales. Ya que en la modernidad se considera que la libertad y la autonomía individual son las herramientas que se usan para levantar la exclusión del contacto sexual, lejos de los métodos que se usaban en épocas anteriores (y que degeneraban en esta “exculpación” de la víctima para efectos penales), lo controvertido entonces resulta: ¿qué papel juega el derecho penal moderno en un contexto en el cual la regla de exclusión determina las circunstancias del contacto sexual?<sup>51</sup> Es decir, si antes existía una cultura a veces excesivamente represiva de la sexualidad, fundando castigos penales en base a argumentos ajenos a dicho contexto, ahora los argumentos giran en torno a fundar una norma imperativa de la represión sexual, donde las relaciones personales por regla general no deberían importar conductas de connotación sexual, dejando a la sexualidad circunscrita a un ámbito excluyente (y por consiguiente, de prohibición) de la vida en común.

---

<sup>49</sup> Corte Suprema, 06.05.08, Rol 1733-2008, Considerando décimo. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones, 24.03.09, Rol 2609-2008, Considerando tercero.

<sup>50</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. El derecho penal sexual moderno, ¿afirma seriamente lo que dice? SELA 2009. [En línea]. <[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student\\_Organizations/SELA09\\_Bascunan\\_PV.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Bascunan_PV.pdf)> [Fecha de consulta: 03.04.2010]

<sup>51</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, ob. cit.

Por lo tanto, si los argumentos anteriormente esgrimidos son correctos, es altamente discutible que la libertad sexual constituya el bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual. No es posible que se excluya al sujeto pasivo de la estructura jurídica de este delito en un Estado de derecho democrático basado en los principios enunciados anteriormente, más aún si entramos al análisis respecto a la equiparación o no de bienes jurídicos protegidos en el caso de los menores de edad y los incapaces.

Si entendemos que el principio de protección de bienes jurídicos es aplicable a este caso, entonces cobra fuerza el planteamiento esgrimido por el profesor Queralt: “Al igual que sucede con otros delitos afectos al área de la libertad (hablando de los delitos contra la libertad sexual), el bien jurídico protegido no suele ser único, sino que se dan protecciones conjuntas y simultáneas de otros, es decir, estamos en presencia de delitos pluriofensivos: por ejemplo, con la integridad física y psíquica de la víctima. Con todo, el bien jurídico principal sobre el que pivota la punición de las conductas que examinaremos a continuación (refiriéndose a los delitos contra la libertad sexual) reside en la capacidad de la persona madura – o medianamente madura – de decidir las prácticas sexuales que desea. Ello es consecuencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad.”<sup>52</sup> Y respecto a los menores e incapaces, en materia de bien jurídico estimamos razonable hacer referencia a la integridad de su sexualidad, en el sentido etimológico puro: desde el momento que son víctimas de atentados sexuales, pierden su integridad, dejan de ser íntegros, es decir, pierden una de sus partes (respecto al todo de la sexualidad).

### **c) Tipicidad objetiva**

Para un ordenado estudio de estas figuras penales, analizaremos el delito de abuso sexual en dos partes:

- i) Abusos sexuales propios o directos (que requieren contacto físico), tanto con personas mayores como con menores de catorce años, tratado en los artículos 365 bis, 366, 366 bis y 366 ter del Código Penal; y
- ii) Abusos sexuales impropios o indirectos (que no requieren contacto físico), con personas menores de catorce años, tratados en el art. 366 quáter del Código Penal.

---

<sup>52</sup> Las cursivas son nuestras. Ver: QUERALT JIMÉNEZ, Joan. Derecho penal español. Parte especial. Cuarta edición, revisada y puesta al día. España, Ediciones Atelier, 2002, pp. 109-110.



c.1) Abuso sexual propio con personas mayores de catorce años: art. 366 y art. 366 ter del Código Penal.

El art. 366 del Código Penal tipifica el denominado abuso sexual por antonomasia, es decir, castiga a todo el que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal, en dos hipótesis sancionatorias con la misma penalidad (presidio menor en su grado máximo):<sup>53</sup>

Si la persona es mayor de catorce años y concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 361 (delito de violación): el uso de fuerza o intimidación; privación de sentido de la víctima o aprovechamiento de su incapacidad para oponer resistencia; abuso de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

Si la persona es mayor de catorce años y concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 363 (delito de estupro): abuso de anomalía o perturbación mental, aun transitoria de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno; abuso de una relación de dependencia de la víctima; abuso del grave desamparo en que se encuentra la víctima; engaño a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

El verbo rector en este caso es “realizar una acción sexual distinta del acceso carnal”, conducta que debe ejecutarse abusivamente.

¿A qué se refiere el legislador cuando señala “acción sexual distinta del acceso carnal”? El art. 366 ter se refiere a esto, y dispone que “se entenderá por acción sexual 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.”

Para una mejor comprensión y estudio de esta figura penal, analizaremos esta norma en dos partes: en primer lugar, el concepto de abuso al que alude el art. 366 cuando señala “el que abusivamente realizare...”; en segundo lugar, el concepto de “acción sexual distinto del acceso carnal”, cuyo contenido se radica en el art. 366 ter del Código Penal.

---

<sup>53</sup> Como vimos, la ley 19.927 aumentó la penalidad aplicable al delito de abuso sexual con concurrencia de las circunstancias de la violación, por una parte, o del estupro, por otra. Antiguamente, era reclusión menor en cualquiera de sus grados; actualmente, es presidio menor en su grado máximo.

### c.1.1) El concepto de abuso del art. 366 del Código Penal

La importancia de analizar este concepto radica fundamentalmente en el siguiente punto: por definición, se castiga a quien realiza una acción sexual distinta del acceso carnal con la pena de presidio menor en su grado máximo, concurriendo las circunstancias de la violación en el caso que el sujeto pasivo sea mayor de catorce años, y en el caso que sea mayor de catorce pero menor de dieciocho años, concurriendo las circunstancias del estupro, la pena asignada al delito es la misma (art. 366 Código Penal). Es decir, aquí cabe distinguir dos elementos importantes en este delito: por una parte, la conducta abusiva (acción sexual distinta del acceso carnal), y los medios de comisión del delito (circunstancias de la violación o estupro). Si el legislador equiparó las penas asignadas en el delito de abuso sexual con mayores de catorce años, sin diferenciar si concurren las circunstancias del estupro o de la violación, como bien apunta el profesor Bascuñán, nos está diciendo en otras palabras que para determinar la penalidad (es decir, una pena más severa) y la punibilidad de este delito (cuando conductas impunes como atentados a la libertad son punibles a título de delitos contra la libertad sexual)<sup>54</sup> no se atiende a los medios comisivos, sino a la conducta abusiva propiamente tal,<sup>55</sup> porque de lo contrario la penalidad sería distinta en un abuso sexual con violación y en un abuso sexual con estupro. Así, cabría por definir: ¿qué es una conducta abusiva? Si para determinar elementos tan importantes como la penalidad y la punibilidad de esta figura delictual se atiende a la conducta abusiva propiamente tal, lo que menos cabría esperar es que ésta tenga al menos sus límites conceptuales lo más claros posibles. Pero esto no es así. De ahí la necesidad de limitar este concepto.

La ley dispone “el que abusivamente realizare...”. ¿A qué se alude con la expresión “abusivamente”? La Real Academia de la Lengua Española define abuso como “acción y efecto de abusar”, entendiendo lo último como “usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente

---

<sup>54</sup> Aquí utilizamos la terminología empleada por el profesor Bascuñán en: BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. Problemas básicos de los delitos sexuales. [En línea]. Revista de Derecho de Valdivia, Universidad Austral de Chile, 1997, Vol. 8, Número Especial. <[http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071809501997000100010&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809501997000100010&lng=es&nrm=iso)>[Fecha de consulta: 17.12.09.]

<sup>55</sup> Ibid.

de algo o de alguien”; “hacer objeto de trato deshonesto a una persona de menor experiencia, fuerza o poder”.<sup>56</sup>

Para analizar este tema, revisaremos los planteamientos de la doctrina nacional: en primer lugar, las posturas sostenidas por los profesores Novoa Monreal y Bascuñán Valdés mientras regía el delito de abusos deshonestos; y en segundo lugar, lo que actualmente se ha sostenido.

- **Abuso como perversión sexual**

La tesis del profesor Novoa se sustenta bajo la siguiente lógica: al hacer uso de fuerza o intimidación, el delito de abuso deshonesto pasa a ser calificado (agravante), lo que necesariamente supone que su forma simple opera sin el uso de dicha fuerza o intimidación. A partir de esta afirmación llegamos a la conclusión de que el abuso deshonesto no requiere fuerza física o moral, y por lo tanto, el coito normal libremente consentido, aunque fuera cometido por un menor de veinte años, e incluso, todos los actos previos a la relación sexual (juegos amorosos, besos, tocamientos, etc.) no constituyen la figura de abuso deshonesto. En consecuencia, desechando como elemento constitutivo del abuso deshonesto la fuerza y siguiendo la definición aportada por el diccionario de la Real Academia, abuso deshonesto es utilizar los órganos de la generación o el instinto sexual en una forma desviada, contra natura.<sup>57</sup>

- **Abuso en el contexto de la relación agresor-víctima y la víctima como objeto del abuso**

La tesis del profesor Bascuñán sigue una lógica distinta: el “abuso” no está referido a la naturaleza de la acción sexual misma, como lo hace la mayoría de nuestra doctrina, sino que apunta a la existencia de una relación abusiva entre el sujeto activo y la víctima, y en este caso, el objeto de quien se abusa es la persona de uno u otro sexo, apareciendo como la esencia de esta figura delictual la existencia de una víctima contra la cual se abusa.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”. Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid, 1994, p. 15.

<sup>57</sup> NOVOA, Eduardo, El concepto de abusos deshonestos, Revista de Ciencias Penales, 1946, citado por: BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio. El delito de abusos deshonestos. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1961, p. 73.

<sup>58</sup> BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio, op. cit., p. 80.

- **Abuso en el contexto del actual delito de abusos sexuales**

Se ha sostenido una postura muy similar a la del profesor Bascuñán Valdés: para Juan Pablo Cox, el disvalor de la conducta radica en el aprovechamiento de una determinada posición de superioridad por parte del sujeto activo de la conducta<sup>59</sup>. Por otra parte, este mismo autor sostiene que si se exige que se lleve a cabo una acción sexual de manera abusiva para que se encuadre la conducta en el tipo, es claro que el mero concepto de “abuso”, por sí solo, carece de connotación sexual.<sup>60</sup>

Otra perspectiva de análisis sugiere Rodríguez Collao, quien ha efectuado el siguiente razonamiento: “(...) desde una perspectiva semántica, es abuso sexual tanto el hecho de hacer intervenir a un individuo en una conducta de acceso carnal, como también el hecho de imponerle la realización de otros actos de significación venérea; e, incluso, la simple contemplación de la actividad sexual realizada por otros. De manera que en un sentido lingüístico no hay inconveniente para calificar como abuso sexual, indistintamente, a aquellas figuras que demandan la realización de la cópula, como la violación y el estupro, y a aquellas que exigen un comportamiento diverso, como es el caso de aquello que tradicionalmente se denominó abusos deshonestos, el exhibicionismo, algunas formas de involucramiento de personas socialmente débiles en el ejercicio de la prostitución e, incluso, el acometimiento público de un comportamiento sexual.

Desde otro punto de vista, aunque siempre dentro de un plano semántico, una actuación es abusiva sin importar la motivación que anime al autor del hecho delictivo, ni tampoco los efectos que pueda traer consigo la realización del acto ilícito. (...) De manera que no existe, en verdad, inconveniente para llamar abuso sexual a ciertos actos que sin importar un contacto físico entre el autor y la víctima, tienen, en cambio, la fuerza necesaria para obrar en desmedro de esta última, como sucede en general con los actos dotados de un cierto poder corruptivo.”<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> COX, Juan Pablo, ob. cit., p. 106.

<sup>60</sup> COX, Juan Pablo, ob. cit., p. 154. No obstante ello, este autor plantea una serie de argumentos según los cuales podría atribuírsele una connotación sexual al concepto de abuso. Ver: El mismo, ob. cit., pp. 106-108.

<sup>61</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 192.

Es decir, para Rodríguez Collao lo fundamental del concepto “abuso” es, con prescindencia de cualesquiera motivaciones para efectuar la conducta e incluso del contacto físico, la fuerza corruptiva que debe tener dicha conducta sobre la víctima.<sup>62</sup>

- **¿Cuál es la noción de abuso que mejor se ajusta al art. 366?**

De las primeras dos interpretaciones, la que más se ajusta al antiguo delito de abusos deshonestos es la entregada por el profesor Bascuñán. No obstante, ¿esta noción de abuso es aplicable al actual delito de abuso sexual?

Revisando el sentido literal de esta norma, pareciera que la respuesta a esta pregunta es afirmativa, es decir, la conducta abusiva recae sobre la persona de la víctima.<sup>63</sup> Sin embargo, dicha conducta no es cualquiera: es una conducta que el Código denomina “acción sexual”, que será analizada más adelante,<sup>64</sup> y que como veremos, puede involucrar no sólo a la persona de la víctima, sino que además sus genitales, ano o boca.

Nuestros tribunales han sostenido, a través de un análisis comparativo entre los abusos deshonestos o sexuales, que el elemento subjetivo, que estaba constituido por el abuso, ahora pasa a ser un reforzamiento de la conducta, no ya como verbo rector, sino como adverbio, que sirve para unir aquella con los medios con que se perpetra el ilícito, menor de edad, privación de la razón o sentido de la víctima, etc. ("nexo entre la acción delictiva y los medios comisivos" expresan los informes parlamentarios), quedando así claramente establecido qué constituye un actuar abusivo, y por lo mismo, no se exige esta circunstancia, para el caso que las víctimas sean menores de doce años.<sup>65</sup>

Por lo tanto, el concepto de abuso que usa el Código Penal en el art. 366 se entiende, en un sentido amplio, como la capacidad corruptiva de la conducta descrita en el tipo (“acción sexual”) realizada por el agresor sobre la víctima o sobre sus genitales, ano o boca, en un contexto o

---

<sup>62</sup> Lo que no importa necesariamente que la hipótesis abusiva involucre el uso de fuerza. Ver: RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 193.

<sup>63</sup> Reza el artículo 366: “El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años (...)” (Lo subrayado es nuestro).

<sup>64</sup> En la página 44 de este trabajo.

<sup>65</sup> Corte de Santiago, 07.12.01, Rol 87.614-2001.

relación de superioridad, sin importar qué clase de motivaciones hay detrás de ello, si hay o no contacto físico, o si se hace uso de la fuerza para estos efectos.<sup>66</sup>

c.1.2) El concepto de “acción sexual distinta del acceso carnal” del art. 366 del mismo cuerpo legal

Este tema es abordable desde dos puntos de vista, los cuales serán analizados en el siguiente orden: la acción sexual distinta del acceso carnal, en el sentido literal del artículo 366; y luego, el concepto de acción sexual del artículo 366 según el artículo 366 ter.

- **La acción sexual distinta del acceso carnal en el sentido literal del art. 366 del Código Penal**

Se ha señalado que quedarían incluidas dentro del tipo de este delito todas aquellas acciones corporales, de aproximación o tocamiento, no inclusivas del acceso carnal ni encaminadas a éste, realizadas sobre el cuerpo de otra persona, objetivamente aptas (<<de significación sexual>>, de <<relevancia>>) para ofender su honestidad o pudor y no consentidas libremente por ésta.<sup>67</sup> En este mismo sentido, se ha señalado de forma tajante que se excluye el acceso carnal en el delito de abuso sexual.<sup>68</sup>

No obstante ello, en el sentido contrario se ha expuesto la siguiente argumentación: si el acceso carnal es valorado como el más grave de los atentados en contra de la indemnidad sexual de una persona, resulta ilógico pensar que la voluntad de la ley sea dejar impunes las modalidades de aquel comportamiento que no fueren susceptibles de incluirse en los tipos de estupro y violación, en circunstancias que otros atentados menos graves en contra del mismo bien jurídico sí reciben sanción precisamente a título de abuso sexual. La intención de la norma obviamente no puede ser ésta; y la única forma de atribuir un sentido lógico a la exclusión que formulan los artículos 366 y 366 bis, es entender que su propósito (evidente, por lo demás, en el texto), es delimitar claramente el ámbito del delito de abuso sexual respecto de los delitos de violación y estupro; y,

---

<sup>66</sup> En términos muy similares a la delimitación semántica de la locución “abuso sexual”, ver: RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Delimitación del concepto de abuso sexual. En: EL PENALISTA LIBERAL, Controversias nacionales e internacionales en derecho penal, propiedad penal y criminología; Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba; FIGUEREIDO DÍAS, Jorge; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ZAFFARONI, Eugenio; GUZMÁN DÁLBORA, José Luis; Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi, 2004, p. 585.

<sup>67</sup> TOBAR, Juan Carlos, ob. cit., p. 55.

<sup>68</sup> COX, Juan Pablo, ob. cit., p. 149.

sobre esta base, entender que lo excluido no es el acceso carnal, sino aquellas formas de acceso carnal castigadas a título de estupro y violación.<sup>69</sup>

Siguiendo la postura de Rodríguez, cabría hacerse la siguiente pregunta: ¿qué clase de acceso carnal es aquella que no se realiza vía vaginal, anal o bucal, en ausencia de las circunstancias propias de abuso que se plantean en los artículos 361 y 363 del Código Penal?

Es difícil encontrar hipótesis distintas de las señaladas anteriormente, dado que biológica y anatómicamente, no existen otras zonas en el cuerpo que puedan ser objeto de penetración. A primera vista, podríamos pensar que el único caso posible sería el del art. 365 bis, pero como veremos más adelante, los “objetos” a los que se hace referencia en la ley, no constituyen partes del cuerpo humano, sino que contienen una individualidad propia; y además, es bastante difícil hallar otras situaciones abusivas que las planteadas en dichas normas del Código Penal, ya que las situaciones de superioridad de una persona mayor de edad frente a una menor normalmente serán aquellas.

A nuestro parecer, la postura de Rodríguez falla en el punto de incluir al acceso carnal no comprensivo de la violación ni del estupro, por dos razones: a) es una interpretación muy forzada que desatiende el tenor literal de la norma, y por cierto, el principio de legalidad penal; y b) la exclusión del acceso carnal planteada en el art. 366 y 366 bis no importa disminuir ni desconocer la gravedad del acceso carnal como conducta punible, sólo está planteada para efectos de sistematización de la normativa y separar el delito de abusos sexuales de la violación y el estupro, porque en el caso contrario, toda la normativa penal en torno a los delitos sexuales sería incoherente entre sí, llegando a absurdos de diferenciar clases o grados de accesos carnales en uno u otro delito (violación, estupro o abuso sexual), donde el acceso carnal del delito de abusos sexual quedaría en el más oscuro vacío legal, sin ninguna clase de precisión sobre su significado.

En síntesis, compartimos la opinión de la doctrina mayoritaria, conforme a la cual el delito de abuso sexual no requiere de acceso carnal para que se configure el tipo penal descrito.

---

<sup>69</sup> RODRIGUEZ COLLAO, Luis, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Delitos sexuales. De conformidad con las modificaciones introducidas por la ley N° 19.617 de 1999. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 205-206.

- **El concepto de acción sexual según el art. 366 ter del mismo cuerpo legal**

Dicha norma expresa: “Para los efectos de los tres artículos anteriores, se entenderá por acción sexual 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.”

Para efectos del presente análisis, este enunciado lo dividiremos en cuatro elementos: i) acción sexual como acto de significación sexual y de relevancia; ii) acción sexual efectuada mediante contacto corporal con la víctima; iii) acción sexual que haya afectado los genitales, el ano o boca de la víctima; iv) eventual ausencia de contacto corporal.

- **Acción sexual como acto de significación sexual y de relevancia**

Del lenguaje de la norma pareciera desprenderse que los conceptos involucrados en la expresión “acto de significación sexual” y de relevancia” son similares en cuanto a contenido (ya que se encuentran unidas por la conjunción copulativa “y”), razón por la cual deberían ser analizados en conjunto. En esta ocasión, se revisarán por separado, ya que estimamos que no se encuentran involucrados los mismos alcances normativos.

La acción sexual, en los términos de la norma citada, es cualquier acto de significación sexual. ¿Qué significa un “acto de significación sexual”?

La Comisión Mixta incluyó la expresión “cualquier acto de significación sexual” con el fin de entregar a la jurisprudencia lo que se ha de entender por acto de significación sexual.<sup>70</sup>

Por otra parte, la doctrina comparada ha tratado de definir parámetros para determinar esta clase de actos: a) parámetro objetivo, como la aptitud de una conducta para excitar el instinto sexual de que se trate; b) parámetro subjetivo, en especial, de la intención con que hubiere actuado el hechor; c) parámetro objetivo-subjetivo, que considera tanto unos como otros, lo que significaría que un acto sexual es aquel que tiene relación con el sexo (relación objetiva), y que además,

---

<sup>70</sup> Ver: MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, M<sup>a</sup> Cecilia Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Serie Textos Docentes. Talca, Universidad de Talca, Agosto de 2001, p. 80.



haya por parte del autor la intención de satisfacer apetitos sexuales (relación subjetiva);<sup>71</sup> d) contrariamente y desechando las anteriores, el parámetro del fin sexual de la conducta, es decir, se requiere el involucramiento de la víctima en un contexto sexual.<sup>72</sup>

En primer lugar, es posible afirmar que la intención de la norma es que se haga justicia caso a caso, analizando cada situación particular, sin ser omnicomprendiva de todas y cada una de las hipótesis posibles que pueden involucrar esta expresión.

En segundo lugar, los criterios que se han definido para determinar esta conducta son bastante amplios.

En el caso del parámetro objetivo, ¿qué clase de conducta es apta para excitar el instinto sexual? Se ha señalado que debe ser una conducta que sea no sólo voluptuosa para un individuo en concreto, sino para la generalidad de sus pares.<sup>73</sup> ¿Qué clase de conductas es posible incluir aquí? Tratando de buscar un ejemplo, ¿podrían incluirse los roces de zonas erógenas del cuerpo efectuados en las aglomeraciones al interior de los vagones de metro? Es una pregunta difícil de contestar a priori si nos atenemos sólo a este criterio. Por ello, si bien el criterio objetivo trata de ser omnicomprendivo de un conjunto de posibles conductas orientadas a provocar el instinto sexual, es poco preciso y tiende a confusiones. Y en atención al simplismo analítico de este parámetro, los mismos comentarios son aplicables respecto de los parámetros subjetivos y objetivo-subjetivos. En este punto, como señala M<sup>a</sup> Cecilia Ramírez, el gran problema en la figura del abuso sexual está dado por las conductas en las cuales no es posible establecer de manera objetiva la naturaleza del acto realizado, dejando de manifiesto su ambigüedad o equivocidad (como es el caso de los besos, o determinados tocamientos en el cuerpo).<sup>74</sup>

Por último, existe un viejo aforismo jurídico según el cual se dice que donde la ley no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir: si se siguiera dicha línea, ¿sería posible entonces hacer una

---

<sup>71</sup> ORTS BERENGUER, Delitos contra la libertad sexual, 1996; DIAZ MAROTO-BERENGUER, Delitos contra la libertad sexual, 1998; MAIA GONCALVES, Código Penal Portugues, Anotado he comentado, 1996, citados por: RODRIGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 199.

<sup>72</sup> DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras. 1982; en COX, Juan Pablo, ob. cit., pp. 132-133.

<sup>73</sup> ORTS BERENGUER, Delitos contra la libertad sexual, 1996; citado por: RODRIGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 199.

<sup>74</sup> RAMÍREZ, M<sup>a</sup> Cecilia. Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia. [En línea.] Polit. Crim. N° 3, 2007, A4, p.11. <[http://www.politicacriminal.cl/n\\_03/A\\_4\\_3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_03/A_4_3.pdf)> [Fecha de consulta: 10.04.10]

interpretación extensiva de la norma, e incluir dentro de su ámbito de aplicación todos los actos de significación sexual, sean cuales sean? A nuestro parecer, si es posible adoptar dicha posición, ésta constituiría una puerta abierta a la inseguridad jurídica imposible de detener.

Por consiguiente, “acto de significación sexual” es un parámetro muy amplio e inespecífico que deja lugar a muchas dudas respecto a su ámbito de aplicación.

La acción sexual, en los términos del art. 366 ter, es un acto de significación sexual de relevancia. ¿Qué es un “acto de significación sexual de relevancia”?

Como vimos anteriormente, la relevancia de un acto sexual es un requisito copulativo en la figura del abuso sexual, y está dada, según Rodríguez Collao, por la importancia o gravedad que tiene ese acto dentro de este conjunto de posibles actos de connotación sexual.<sup>75</sup>

En un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago se ha obviado el contenido de esta expresión al señalar que “la función de la exigencia de relevancia del acto es asegurar formalmente la operatividad del juicio de falta de merecimiento de pena desde el punto de vista material de lo injusto, lo que técnicamente habría bastado con la expresión ‘significación’. Por tanto, si el acto tiene, objetivamente, una connotación o significación sexual, hay que entender que es relevante, pues de lo contrario carecería de significación.”<sup>76</sup>

Con todo, dicho fallo no ha constituido un precedente en la materia, ya que en las resoluciones judiciales más recientes que tratan este tema, es posible apreciar que los razonamientos jurídicos que efectúan los tribunales son distintos. Ejemplo de ello son las siguientes afirmaciones: considerando que “en lo relativo a la relevancia sexual del acto, ella no depende del concepto que tenga el agente o la víctima, sino queda entregada a la apreciación del tribunal basada en su facultad jurisdiccional, teniendo presente para ello los conocimientos sexuales, los principios de la sexualidad, las buenas costumbres, la moral y la concepción de la honestidad y el pudor, tanto en el ámbito personal de los intervinientes como en la sociedad donde se desarrollan los hechos”<sup>77</sup>, y que “Aun cuando pudiera haber existido entre la víctima y el acusado de abuso sexual algún contacto físico o corporal, ello no es suficiente para tener por configurado el ilícito, toda vez que se requiere que revista una entidad necesaria para poder encuadrarse en la figura

---

<sup>75</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 202.

<sup>76</sup> Corte de Santiago, 24.03.09, Rol 2609-2008, Considerando tercero.

<sup>77</sup> Corte de San Miguel, 24.11.08, Rol 1337-2008, Considerando decimosexto.

típica. En efecto, no cualquier acción es apta para configurar un abuso sexual, pues resulta necesario que el acto tenga connotación sexual, esto es, que se trate de un acto de relevancia capaz de atentar contra la indemnidad sexual de la víctima y, por lo mismo, que sea grave, conforme a parámetros objetivos y subjetivos, que deben ser acreditados por el ente acusador, no bastando el mero tocamiento o roce<sup>78</sup>, se ha fallado que no constituyen actos de relevancia en este sentido tocar las piernas de la víctima<sup>79</sup> ni los famosos “agarrones”<sup>80</sup>. Así, nuestros tribunales han privilegiado establecer criterios de relevancia “negativos”, es decir, determinar todas aquellas conductas que no se pueden incluir bajo el prisma de la relevancia del art. 366 ter.

A la luz de lo anterior, es posible darse cuenta del problema analítico con que se tropieza al establecer estos criterios “de relevancia”. A nuestro juicio, no es suficiente establecer qué conductas se excluyen de este criterio, sino que es necesario realizar un trabajo mucho más delicado, que debe considerar, por una parte, la valoración social y contextual de dicha conducta en la época, y por otra, la problemática que plantea dicha situación en particular.<sup>81</sup>

En síntesis, el requisito de la relevancia para el acto de significación sexual no tiene un contenido claro y preciso, puesto que en cualquier caso quedaría entregado a lo que el contexto cultural y social, y en todo caso, el juez, entienda por relevante para estos efectos.

- **Acción sexual efectuada mediante contacto corporal con la víctima**

Según se desprende del lenguaje de la norma, el contacto corporal es el medio utilizado para cometer la acción sexual, de modo que el solo contacto no es parte del núcleo del acto incriminatorio.<sup>82</sup> Hecho este alcance, falta una pregunta por responder: ¿qué clase de contacto corporal es el requerido para que se cumpla con el requisito del art. 366? ¿Es necesaria una aproximación directa con la piel de la víctima, o basta con el roce de las ropas? Existen fallos

---

<sup>78</sup> Corte de Copiapó, 11.07.08, Rol 105-2008, Considerando 9º. En este mismo sentido: Corte de Antofagasta, 07.04.08, Rol 64-2008, Considerando quinto.

<sup>79</sup> Corte Suprema, 14.10.08, Rol 2156-2008, Considerando sexto, sentencia de reemplazo.

<sup>80</sup> Corte de Valdivia, 21.11.07, Rol 354-2007, Considerando séptimo.

<sup>81</sup> Es posible que un acto de connotación sexual sea grave según la valoración cultural de la época, pero eso no quiere decir que eso sea así para uno u otro caso en particular, puesto que en esta última situación pueden existir conflictos de principios o valores que desechen o minimicen la relevancia de esta conducta.

<sup>82</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 203.

que avalan la segunda tesis, según la cual para configurar este requisito basta con cualquier aproximación directa al cuerpo de la víctima.<sup>83</sup>

Basándonos en el aforismo jurídico señalado anteriormente, conforme al cual “donde la ley no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir”, cualquier clase de contacto corporal (que vaya derechamente encaminado a cometer la acción sexual) bastaría para configurar este requisito legal.<sup>84</sup>

- **Acción sexual que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima**

En este punto, son aplicables las mismas apreciaciones señaladas en el punto anterior, dado el tenor literal de la norma: la afectación de los genitales, el ano o la boca de la víctima no son las conductas punibles en el contexto de este delito, ya que estas son los medios comisivos del delito en cuestión.<sup>85</sup> Ahora bien, ¿qué significa “afectar” los genitales, ano o boca? El verbo “afectar” tiene al menos once significados distintos<sup>86</sup>, de los cuales no queda claro cuál fue el elegido por el legislador. Intentando precisar este punto, Rodríguez ha señalado que esta afectación debe realizarse directamente en los genitales, ano o boca,<sup>87</sup> y que incluso sería comprensiva de actos de contemplación lasciva.<sup>88</sup> ¿Es posible realizar una interpretación tan extensiva de la norma, en la medida que no se contemple un bien jurídico afectado? No parece razonable ampliar demasiado el ámbito de aplicación de la norma si no se cumplen los presupuestos del principio de lesividad penal.

Con el fin de solucionar este problema, se ha señalado que debe entenderse por ello “tocarlos con un objeto distinto del propio cuerpo”, de tal forma que quien, por ejemplo, desviste a una mujer y no toca ninguna de esas zonas, aunque las rodee cercanamente, o que se concentre en

---

<sup>83</sup> GJ N° 108, P. 90; FDM N° 446, p. 2070, citado por: RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 203.

<sup>84</sup> En este mismo sentido, RAMÍREZ, M<sup>a</sup> Cecilia, ob. cit., p. 6.

<sup>85</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, Delitos sexuales, ob. cit., p. 203.

<sup>86</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”. Madrid, España, Editorial Espasa-Calpe, 1994, ob. cit., p. 19.

<sup>87</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 203.

<sup>88</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 208.

otras zonas erógenas de la mujer, como los senos, no comete delito de ninguna clase, pues no hay contacto corporal y no se ha afectado las zonas descritas en la ley.<sup>89</sup>

Como es posible apreciar, en este tema también existe un punto oscuro que no se ha podido aclarar, reafirmando la categoría de “cajón de sastre” de la figura penal en comento. Por el momento, lo único claro es que la conducta que se enmarca en esta definición legal debe resultar comprometida con la afectación de un bien jurídico protegido.<sup>90</sup>

- **Eventual ausencia de contacto corporal con la víctima**

El art. 366 ter, al describir la estructura típica del abuso sexual impropio, incluye dentro de su ámbito de aplicación la hipótesis “aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”. Se ha entendido que esta expresión alude a las conductas realizadas con objetos materiales, animales o de terceras personas; es decir, la instrumentalización de objetos extraños o distintos al agresor para cometer la conducta típica,<sup>91</sup> y en el caso del uso de animales para cometer el abuso sexual, es necesario precisar que este tipo de conductas caben dentro del art. 366 ter siempre y cuando estas difieran de la descrita en el art. 365 bis del Código Penal, que a juicio de los profesores Politoff, Matus y Ramírez, debe ser una conducta distinta de la penetración hecha por animales.<sup>92</sup> Por otra parte, este requisito está relacionado con uno de los grandes problemas que tiene la figura del abuso sexual, cual es la dificultad de precisar a priori las conductas que se encuentran dirigidas a cometer el delito de abuso sexual.<sup>93</sup> Considerando lo anterior, es muy difícil determinar una relación causa-efecto entre una determinada acción de contacto corporal y la respectiva intencionalidad de cometer la acción sexual, y por tanto, el requisito del contacto corporal en ocasiones no es significativo a la hora de determinar qué conductas son constitutivas de abuso sexual. Si bien es cierto que dichas conductas no provocan en todas las víctimas los

---

<sup>89</sup> BULLEMORE, Vivian, y MACKINNON, John, ob. cit., pp. 158-159.

<sup>90</sup> En este mismo sentido, RAMÍREZ, M<sup>a</sup> Cecilia, ob. cit., p. 7.

<sup>91</sup> TOBAR, Juan Carlos, ob. cit., p. 56.

<sup>92</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, M<sup>a</sup> Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 260.

<sup>93</sup> Recordando la pregunta planteada por la profesora Ramírez en su artículo ya citado: ¿cuándo un tocamiento será constitutivo de abuso sexual y cuándo no? Ver: RAMÍREZ, M<sup>a</sup> Cecilia, ob. cit., p. 8.

mismos efectos psicológicos<sup>94</sup>, ello no es motivo para perder de vista un criterio que se aproxime más al principio de lesividad penal.

### c.1.3.) Modalidades de ejecución del delito de abuso sexual: artículos 366 y 366 bis

Doctrinariamente<sup>95</sup>, se han distinguido tres modalidades de ejecución de este delito: la primera, en su artículo 366 inciso primero (abuso sexual asociado a la violación); la segunda, en su art. 366 inciso segundo (abuso sexual asociado al estupro); y la tercera, el caso especial del art. 366 bis.<sup>96</sup> A continuación, analizaremos los dos primeros casos.

- **Abuso sexual asociado a la violación**

El art. 366 inciso primero castiga el abuso sexual cometido contra una persona mayor de catorce años “cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361”.

Dichas circunstancias a que se refiere el artículo 361 son:

1º Cuando se usa de fuerza o intimidación.

Se entiende por fuerza la violencia material ejercida sobre el cuerpo de la víctima, con el propósito de anular o vencer la voluntad contraria de esta última a la realización del acceso carnal, y puede asumir la forma de vis absoluta (fuerza física irresistible), o bien la forma de vías de hecho, o actos de violencia que sin llegar a suprimir totalmente las facultades volitivas y defensivas de la víctima, se ejercen con la amenaza de que a mayor resistencia que se oponga, mayor será también la energía física que el delincuente aplicará en su contra,<sup>97</sup> y por intimidación, una sinonimia con la amenaza, es decir, un acto de violencia moral mediante el

---

<sup>94</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. La figura cualificada de abuso sexual del artículo 365 bis del Código Penal. En: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho. Delito, Pena y Proceso, Homenaje a Tito Solari, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 363.

<sup>95</sup> COX, Juan Pablo, ob. cit., p. 154; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Delitos sexuales. De conformidad con las modificaciones introducidas por la ley N° 19.617 de 1999. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 209.

<sup>96</sup> El caso del artículo 366 bis será analizado en un numeral aparte.

<sup>97</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 147.

cual se da a conocer a la víctima la realidad inminente del daño a que se verá expuesta en caso de no acceder a los requerimientos del agresor.<sup>98</sup>

Respecto al concepto de vis absoluta, Rodríguez Collao afirma que no se requiere que el sujeto pasivo haya intentado actos concretos de resistencia o defensa, sino que basta con que no haya habido una adhesión voluntaria de su parte a la realización del hecho.<sup>99</sup> En el caso de la vis compulsiva, el mismo autor señala que no es válida dicha sinonimia, porque en un caso (la amenaza) estamos frente a un concepto de carácter objetivo, y en el otro caso, (intimidación) estamos frente a un concepto de carácter subjetivo, puesto que alude a un estado de conmoción psicológica que se da en el sujeto pasivo; por lo tanto, si aceptamos que ambas expresiones son sinónimas, lo que hacemos es restringir el alcance de la intimidación a los casos en que el autor hubiere amenazado a la víctima, lo que infringe expresamente el principio de legalidad penal.<sup>100</sup> En otro punto, a la pregunta de si se requiere la misma dosis de fuerza para consumar el delito de violación que para un delito de abuso sexual, se ha respondido que en este último caso se requiere bastante menos fuerza, dado que las acciones de tocar o contactar no requieren un despliegue físico considerable ni necesariamente muy intenso.<sup>101</sup>

En este sentido, la jurisprudencia ha fallado haciendo eco del planteamiento del profesor Rodríguez Collao, sosteniendo que para la concurrencia del art. 361 N°1 del Código Penal, “lo relevante será que exista, de parte del hechor, una actitud violenta respecto de su víctima, sin que sea determinante cuál fue la magnitud de la resistencia opuesta por ésta, bastando que haya manifestado de alguna manera su oposición al acto de que es objeto. La fuerza ejercida debe revestir una seriedad suficiente, para que venza o impida la resistencia de la víctima, aun cuando no es indispensable que sea irresistible. Tampoco es necesario que la fuerza se mantenga durante todo el abuso, ni que la resistencia sea continuada, pues basta que queden de manifiesto una y otra circunstancia.”<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 150.

<sup>99</sup> Una de las razones de esta postura viene dada por la posibilidad de casos en que la agresión será de tal magnitud que logrará enervar cualquier clase de oposición por parte de la víctima. Ver: RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., pp. 148-149. En contra, se ha sostenido que sí se requiere de resistencia, pero no es necesario que se prolongue hasta el final ni revista características heroicas. Ver: COX, Juan Pablo, ob. cit., pp. 155-156.

<sup>100</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., pp. 151-152.

<sup>101</sup> COX, Juan Pablo, ob. cit., p. 156.

<sup>102</sup> Tribunal Oral en lo Penal Curicó, Rol 14-2008, 10.06.08, Considerando undécimo.

2º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia.

La privación de sentido es un estado en que la víctima se halla en la imposibilidad de consentir válidamente, producto de una falta de conciencia acerca de la realidad, sin importar cuáles sean ésta se haya provocado. En este caso no se exige que el hechor abuse del estado de privación de sentido, de manera que esta modalidad ejecutiva concurre siempre que se dé el presupuesto objetivo de la alteración de la conciencia.<sup>103</sup> La segunda parte de la disposición hace referencia a la incapacidad para oponer resistencia, sobre la cual caben dos comentarios: en primer lugar, se refiere a algún impedimento físico que inhabilite a la víctima a oponerse a cualquier pretensión sexual contraria a su voluntad, y no a la incapacidad referida al mundo circundante o al escenario que el delincuente escoge para realizar la agresión;<sup>104</sup> y en segundo lugar, constituye una limitante, pues de lo contrario se estaría impidiendo a personas con determinados trastornos físicos o mentales tener una vida sexual relativamente normal.<sup>105</sup>

3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

Semánticamente, ambos términos (enajenación y trastorno mental) son equivalentes, y hacen referencia a una disfunción de los procesos psíquicos. Por tanto, el tipo penal dice relación con el aprovechamiento de esta situación de manera abusiva.<sup>106</sup>

- **Abuso sexual asociado al estupro**

El art. 366 en su inciso segundo señala que se castigará el abuso sexual cometido concurriendo “alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho años.”

Dichas circunstancias son:

1º Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

---

<sup>103</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 153.

<sup>104</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 154.

<sup>105</sup> COX, Juan Pablo, ob. cit., p. 158.

<sup>106</sup> COX, Juan Pablo, ob. cit., p. 157.



Dicha anomalía o perturbación mental, en relación el art. 361 N° 3, es una alteración de los procesos mentales o volitivos, de carácter patológico.<sup>107</sup> Se necesita, por tanto, que esta anomalía sea de aquellas afecciones que producen un cierto grado de alteración menor que sea suficiente para que quien la padece capte los fenómenos de manera distorsionada y actúe en base a esta distorsión, sin ser constitutiva de enajenación o trastorno.<sup>108</sup>

2° Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.

Esta es una situación de sometimiento de voluntad de un individuo frente a una persona que le representa mayor autoridad para éste. Las situaciones a que se refiere este tipo son meramente ejemplares (por ello la expresión “como en los casos”) y por tanto, pueden abarcar vínculos de dependencia mucho más intensos, como por ejemplo, las redes de subordinación de algunas sectas religiosas, cuerpos paramilitares, etc.<sup>109</sup>

3° Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

El desamparo a que se refiere la ley puede ser físico (protección que le entregue un determinado lugar) o moral (protección que pueden brindarle un grupo de personas), permanente o transitorio.<sup>110</sup> La gravedad a que se refiere apunta a que debe ser de una magnitud tal que sin su concurrencia la persona no hubiera consentido en la materialización de la conducta.<sup>111</sup>

4° Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

En cuanto al engaño, se ha sostenido que significa mostrar (en relación con el acto que el delincuente propone realizar, y no respecto de las expectativas que tiene la víctima) una conducta que induzca a error a la víctima, con el fin que ésta se equivoque sobre el sentido y alcance del consentimiento que va a prestar para la realización del acceso carnal, el cual se ve facilitado precisamente por esta inexperiencia o ignorancia sexual de la víctima.<sup>112</sup> Si además agregamos que por medio de este engaño el hechor consigue acceder carnalmente a la víctima,

---

<sup>107</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 177.

<sup>108</sup> COX, Juan Pablo, ob. cit., p. 163.

<sup>109</sup> Ibid.<sup>107</sup>

<sup>110</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 178.

<sup>111</sup> COX, Juan Pablo, ob. cit., p. 167.

<sup>112</sup> Por supuesto, debe realizarse este engaño aprovechándose de esta inexperiencia o ignorancia sexual, es decir, abusando de esta circunstancia. Ver: RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 179.

entonces tenemos que para configurar esta circunstancia se requiere un elemento de causalidad entre el engaño y el acceso carnal. Por otra parte, el concepto de inexperiencia o ignorancia sexual se ha definido como aquel estado en que se encuentra una persona que desconoce el común proceder en materias sexuales<sup>113</sup>, la circunstancia de la que precisamente el hechor debe abusar por medio del engaño.<sup>114</sup>

#### c.1.4) Art. 366 bis (abuso sexual propio con menores de catorce años)

La redacción inicial del art. 366 bis en la ley 19.617 penalizaba a quien realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de doce años, con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados, cuando no concurrieran las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363, y en el caso que estas concurrieran, la pena aumentaba a reclusión menor en sus grados medio a máximo. Posteriormente, la ley N° 19.927 eliminó esta agravante en caso de concurrir circunstancias del estupro o de la violación, con lo que la norma actual castiga con presidio mayor en su grado mínimo a quien realiza una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años.

De esta manera, la doctrina ha definido algunas características de esta figura penal (antes y después de la eliminación de la agravante):

- No requiere la ejecución del “abuso” que, por el contrario, sí exige el art. 366.<sup>115</sup>
- No exige una modalidad ejecutiva especial.<sup>116</sup>
- Tanto el sujeto activo como el pasivo pueden ser heterosexuales u homosexuales.<sup>117</sup>

---

<sup>113</sup> COX, Juan Pablo, ob. cit., pp. 167-170.

<sup>114</sup> Engaño que según la Comisión Mixta no podía resolverse en la simple promesa falsa de matrimonio, y que actualmente, se contradice con la mantención de la figura del estupro por engaño, tanto doctrinal como jurisprudencialmente. POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, M<sup>a</sup> Cecilia, ob. cit., p. 257.

<sup>115</sup> COX, Juan Pablo, ob. cit., p. 173.

<sup>116</sup> Aun cuando el profesor Rodríguez Collao sostuvo esta tesis en la época en que regía la ley 19.617, período en el cual existía la agravante en caso de concurrir las circunstancias de violación o estupro, esta tesis sigue siendo válida. Ver: RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 211.

<sup>117</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 211.

Como se puede apreciar, la norma en comento no contiene requisitos muy estrictos para que la conducta sea constitutiva de abuso sexual, lo que revela la enorme importancia que el legislador ha otorgado a la figura del abuso sexual contra los menores de edad.

#### c.1.5) Art. 365 bis (abuso sexual propio agravado)

El art. 365 bis del Código Penal contiene una figura de abuso sexual específica, conforme a la cual: “Si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello, será castigada: 1.- con presidio mayor en su grado mínimo a medio, si concurre cualquiera de las circunstancias enumeradas en el artículo 361; 2.- con presidio mayor en cualquiera de sus grados, si la víctima fuere menor de catorce años, y 3.- con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363 y la víctima es menor de edad, pero mayor de catorce años.”

El profesor José Ángel Fernández Cruz, en una postura minoritaria, sostiene que este es una hipótesis que tipifica supuestos más cercanos a la violación y al estupro, por la penalidad impuesta, la valoración de la conducta, las modalidades típicas y la remisión expresa a los artículos 361 y 363 del Código Penal.<sup>118</sup> Por el contrario, la doctrina mayoritaria ha afirmado que esta es una hipótesis de abuso especialmente agravado, aunque algunos supuestos tengan la misma penalidad que la violación;<sup>119</sup> y que es una agravación común de efecto especial para todos los casos de abusos sexuales que se consuma cuando se realiza la introducción de objetos de cualquier índole por vía anal, bucal o vaginal o en la utilización de animales en ello.<sup>120</sup> El profesor Rodríguez Collao ha dado argumentos para inclinarse por esta tesis: a) existe una situación de aprovechamiento de un individuo por parte de otro u otros que afecta a órganos que cumplen un rol determinado en el ejercicio de la sexualidad; b) la conducta típica del delito es una “acción sexual”, la misma fórmula empleada para describir el delito de abuso sexual de los arts. 366, 366 bis y 366 ter; c) su sentido y alcance debe ser precisado de acuerdo a la definición que aportan las normas antes señaladas; d) las hipótesis conductuales del art. 365 bis no quedan comprendidas en el concepto de acceso carnal (introducción del pene); e) sistemáticamente, el

---

<sup>118</sup> FERNÁNDEZ, José Ángel. Los delitos de violación y estupro del artículo 365 bis del Código Penal: Una racionalización desde el mandato de *lex stricta* y el principio de lesividad. Especial referencia a dedos u otras partes del cuerpo. *Revista Ius et Praxis*, Universidad Austral de Chile, Año 13(2): 112, 2007.

<sup>119</sup> BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, *ob. cit.*, p. 160.

<sup>120</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, M<sup>a</sup> Cecilia, *ob. cit.*, p. 258.

art. 365 bis no es admisible como una forma de violación, puesto que se encuentra situado fuera del párrafo titulado “De la violación”; f) la pertenencia de las conductas que tipifica el art. 365 bis a la categoría genérica de abuso sexual queda fuera de discusión si consideramos que antes de la entrada en vigencia de aquella disposición tales conductas debían ser castigadas, precisamente, por ese título.<sup>121</sup>

c.2) Abusos sexuales impropios o indirectos: el caso del artículo 366 quáter (abuso sexual impropio o indirecto con menores de edad o menores de catorce años)

El art. 366 quáter del Código Penal<sup>122</sup> dispone:

“El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.

Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, la pena será de presidio menor en su grado máximo.

Con iguales penas se sancionará a quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1º del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363.”

En primer lugar, esta figura penal excluye el castigo a conductas relacionadas con el abuso sexual propio (de ahí la expresión “sin realizar una acción sexual en los términos anteriores”, haciendo referencia a los artículos 366, 366 bis y 366 ter)<sup>123</sup>, justificando su autonomía en el sistema normativo penal.

---

<sup>121</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. La figura cualificada de abuso sexual del artículo 365 bis del Código Penal. En: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho. Delito, Pena y Proceso, Homenaje a Tito Solari, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 370.

<sup>122</sup> LEY 19.927. CHILE. Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil, Art. 1º, Nº 12, publicada en el Diario Oficial el 14 de Enero del 2004.

<sup>123</sup> BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, ob. cit., p. 162.

En segundo lugar, las conductas constitutivas de esta figura penal se pueden clasificar en tres grupos: i) realizar acciones de significación sexual ante un menor de catorce años; ii) determinar a presenciar material pornográfico; iii) determinar a realizar acciones de significación sexual delante del sujeto activo o de un tercero; iv) cualquiera de las conductas anteriores en concurrencia de la circunstancia N° 1 del art 361 (violación) o las circunstancias del art. 363 (estupro). A continuación revisaremos el contenido de cada uno de ellos.

#### **- Realizar acciones de significación sexual ante un menor de catorce años**

Aquí existe un problema semántico importante: ¿en qué consiste una acción de significación sexual que no constituya una acción sexual en los términos del art. 366 ter? Se ha sostenido que es una acción que realiza el propio sujeto activo consigo mismo y teniendo al menor de edad como mero espectador,<sup>124</sup> en la cual el sujeto activo puede valerse de cualquier medio para lograr que el menor presencie el acto (partiendo de la base que el menor tiene la aptitud física y sensorial para ello).<sup>125</sup>

#### **- Determinar a presenciar material pornográfico**

Como señala el profesor Rodríguez Collao, esta figura es estructuralmente similar a la anteriormente descrita, con la única diferencia que el sujeto activo, en vez de hacer presenciar al menor una conducta sexual ejecutada por él mismo, lo determina a que tenga acceso, por vía visual o auditiva, a material pornográfico.<sup>126</sup> Atendido que no existe una definición legal de lo que constituye material pornográfico, algún sector de la doctrina<sup>127</sup> concuerda en que se trata de algo impúdico, ofensivo al pudor, lo que se conoce habitualmente como sexo explícito.

#### **- Determinar a realizar acciones de significación sexual delante del sujeto activo o de un tercero**

A diferencia de las dos conductas anteriormente descritas, aquí la ley exige que el menor realice efectivamente actos de connotación sexual. Entendemos que el núcleo de esta conducta radica en

---

<sup>124</sup> BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, ob. cit., p. 163.

<sup>125</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 220.

<sup>126</sup> Ibid.

<sup>127</sup> GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., p. 336, citado por: POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, M<sup>a</sup> Cecilia, ob. cit., p. 269.

que el menor sea persuadido o inducido por el sujeto activo a realizar acciones de significación sexual, siempre y cuando no tome parte en su ejecución.<sup>128</sup>

Aquí radica gran parte del núcleo de uno de los problemas a desarrollar en este trabajo. Cuando la ley señala “delante”, ¿a qué hace referencia? Más adelante profundizaremos sobre este punto.

**- Cualquiera de las conductas anteriores en concurrencia de la circunstancia N° 1 del art. 361 o las contenidas en el art. 363 del Código Penal.**

En este punto nos remitimos a las explicaciones anteriormente expuestas sobre el abuso sexual en concurrencia con las circunstancias de la violación o el estupro. Cabe destacar la referencia explícita a la fuerza o intimidación (sin considerar a las demás circunstancias de la violación), la cual adquiere sentido si se piensa que la inducción o determinación de un menor a realizar conductas anteriormente descritas debe permitir a éste realizar dichas conductas sin que el sujeto activo participe directamente en su ejecución, porque de lo contrario pasaría a ser un delito de abuso sexual propio en los términos ya expuestos en este trabajo.

**d) Tipicidad Subjetiva**

¿Se configura un elemento subjetivo del tipo en el delito de abuso sexual? Este es un punto discutido en la doctrina.

Por una parte, y en favor de la necesidad de un elemento subjetivo, están Politoff, Matus y Ramírez, quienes sostienen que debe concurrir un ánimo libidinoso, al igual que en el antiguo delito de abusos deshonestos, puesto que, de lo contrario, los tocamientos propios de los juegos deportivos, los exámenes médicos y las caricias y correcciones de los padres respecto de sus hijos, y aun de las aglomeraciones de la vida moderna, deberían considerarse como conductas típicas sujetas a indagación sobre su antijuridicidad, situación más que complicada;<sup>129</sup> y por otra parte, en contra de la necesidad de un elemento subjetivo, está Rodríguez Collao, quien sostiene de manera tajante que el ánimo lascivo no es un requisito exigido por el tipo, de manera que plantearlo como exigencia no sólo importa limitar injustificadamente el ámbito de protección de

---

<sup>128</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ, Luis, ob. cit., p. 221; BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, ob. cit., p. 163, y POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, M<sup>a</sup> Cecilia, ob. cit., p. 270.

<sup>129</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, M<sup>a</sup> Cecilia, ob. cit., p. 258.

la indemnidad sexual, sino también transgredir la garantía implícita en el postulado de legalidad penal.<sup>130</sup>

### **e) Antijuridicidad**

De manera casi unánime nuestra doctrina sostiene que no existen causas de justificación en materia de abusos sexuales.<sup>131</sup> Se descarta el consentimiento, porque en este caso no estamos ante un problema de licitud de la conducta sino que ante un caso de atipicidad.

En este sentido, la doctrina ha especificado algunos casos que no presentarían causales de justificación. A modo ejemplar: a la pregunta de si el deber de cohabitación en el matrimonio puede o no usarse como ejercicio legítimo de un derecho, la respuesta ha sido negativa;<sup>132</sup> a la pregunta de si las conductas no consentidas en un contexto de convivencia son punibles, la respuesta también ha sido negativa, argumentando que son conductas atípicas (dada la suerte de cesión de libertad sexual entre las personas), salvo que haya algo fuera del pacto relacional entre los convivientes (como el uso de la fuerza).<sup>133</sup> Por último, fue precisamente este problema que originó la dictación del art. 369 del Código Penal, que contiene normas relativas al ejercicio de la acción penal entre cónyuges.<sup>134</sup>

### **f) Iter criminis**

La doctrina mayoritaria<sup>135</sup> estima que el abuso sexual es un delito de mera actividad, y en razón de ello, es que si bien no admite la figura del delito frustrado, es compatible con la figura de la tentativa. De esta manera, sólo se castigaría la ejecución imperfecta de la conducta sexual básica (y no las circunstancias que la rodean).

---

<sup>130</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 212.

<sup>131</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., pp. 213-214; COX, Juan Pablo, ob. cit., pp. 225-227.

<sup>132</sup> Puesto que si es legítimo ejercer un derecho correlativo y recíproco, en este caso, ¿qué sería ilegítimo? Ver: COX, Juan Pablo, ob. cit., p. 225.

<sup>133</sup> COX, Juan Pablo, Los abusos sexuales, ob. cit., p. 227.

<sup>134</sup> Son particularmente dos normas: i) limitación de la violación y abusos sexuales sólo a casos de fuerza o intimidación (en los demás casos, se sobresee la causa o no se inicia el procedimiento, salvo que la imposición de la pena fuere necesaria en atención a la gravedad de la ofensa infligida); ii) el perdón del cónyuge o conviviente manifestado en forma de requerimiento al juez pone fin al procedimiento “a menos que el juez no lo acepte por motivos fundados”. Ver: POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, M<sup>a</sup> Cecilia, ob. cit., p. 280.

<sup>135</sup> Hay una minoría que sostiene que la tentativa es punible como delito consumado. Ver: RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 214.

Por otra parte, dado que el art. 366 ter utiliza la expresión “acto”, el hecho que se produzca “contacto” es un principio de ejecución del delito y merece castigo a título de tentativa. Por lo tanto, es tentativa el hecho de comenzar a ejecutar o realizar íntegramente alguna de las conductas que circundan o rodean a la actividad sexual.<sup>136</sup>

Inclusive, el profesor Juan Pablo Cox va un poco más allá en este tema y divide las conductas que pueden ser objeto de tentativa, señalando que puede haber más de un estadio de tentativa, por más que nuestros tribunales lo nieguen.<sup>137</sup>

Para finalizar, queda la interrogante respecto de cómo opera el iter criminis en el artículo 366 quáter inciso segundo (y con mayor razón, si se incorpora la figura del *child grooming* a dicha norma). ¿A partir de qué momento se entiende consumada la “determinación a realizar acciones de significación sexual” respecto de un menor de edad “delante suyo o de otro”? ¿La sola “amenaza” a realizar dichas conductas constituye tentativa de este delito? El Código Penal no es claro al respecto. No obstante ello, estimamos que este conflicto tendría solución si se adopta una posición en torno al significado de la expresión “delante suyo o de otro”, porque si nos referimos a presencia física, la sola amenaza verbal a realizar las mencionadas conductas puede constituir tentativa de delito; pero si adoptamos la postura de la presencia cibernética, sería necesario determinar cuál sería el modo más idóneo para constreñir a un menor por vía chat o MSN para que incurra en estas prácticas (por ejemplo, diferenciando entre una conversación engañosa en la que, haciendo uso de una identidad falsa se invita al menor a un encuentro sexual, y una conversación engañosa en las mismas circunstancias, pero amenazando al menor con el objeto de que envíe imágenes suyas en paños menores o realizando actos de connotación sexual) y con ello, vislumbrar cuál sería el principio de ejecución del delito en comento.

#### **g) Autoría y participación**

La figura de abuso sexual admite una interrogante interesante en la materia: ¿cabe la autoría mediata en el art. 366 ter? Según revisamos anteriormente<sup>138</sup>, en la discusión legislativa se

---

<sup>136</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 215; COX, Juan Pablo, ob. cit., p. 271.

<sup>137</sup> Señala que pueden haber dos clases de tentativa, una cuando concurre previamente el modo comisivo, y la otra cuando el modo comisivo coexiste al momento de dar inicio a la tentativa. Lo interesante y anecdótico es que un sólo fallo del año 1985 niega la posibilidad de tentativa. Ver: COX, Juan Pablo, ob. cit., p. 271.



recomendó redactar la norma en términos de contemplar no sólo la acción realizada por sí mismo, sino que también contemplar la acción realizada mediante otra persona, lo que en definitiva no se concretó. Al respecto, la única voz que se ha alzado en la materia, del profesor Juan Pablo Cox, admite que para el caso de los abusos sexuales “la tipificación plasmada en la ley N° 19.617 es tan amplia que expresamente considera como autores a quienes ejecutan acciones propias de autores mediatos”, y aun cuando hayan casos que no puedan ser encuadrados en la categoría de autoría directa, “lo aconsejable es acudir a la noción de autoría mediata, tanto porque es lo correcto doctrinal y legalmente, como porque permite, en la medida de lo posible, evitar perniciosas consecuencias a nivel de impunidad de conductas especialmente graves”<sup>139</sup>.

¿Es tan correcto señalar a la autoría mediata como la única categoría de participación criminal en los delitos de abusos sexuales? La respuesta a esta interrogante, en principio, sería más fácil de contestar si se toma una posición en cuanto a considerar los delitos de abusos sexuales como delitos de propia mano, entendiendo a estos como aquellos donde el tipo penal describe una conducta que, dadas sus características o naturaleza, sólo puede ser realizada mediante una actividad corporal del propio sujeto, de una actividad personalísima, como sucede en el caso de la violación.<sup>140</sup> Si adoptamos una posición afirmativa en este punto, es imperativo revisar el texto publicado por Javier Sánchez Vera Gómez-Trelles, quien a propósito del delito de propia mano, analiza el fundamento de la autoría mediata e inmediata. ¿Cuándo existe autoría mediata en los delitos de propia mano? “Para un correcto estudio de los problemas que plantean los denominados delitos de propia mano en relación con la figura de la autoría mediata es precisamente discriminar en ésta, a su vez, dos subtipos: autoría mediata desde fuera y autoría mediata hacia dentro. Autoría mediata hacia dentro existiría por ejemplo respecto de un hipotético delito de incesto entre hermanos, cuando el hermano H usa como instrumento a otra persona P para que realice actos sexuales con su propia hermana (de H). Por su parte, estaríamos ante autoría desde fuera, cuando un tercero no-hermano se sirve de dos hermanos, v. gr. inimputables, para que realicen entre sí actos sexuales. Aunque ambos tipos de autoría mediata no habían sido hasta ahora singularizados por la doctrina científica, como ya este breve ejemplo

---

<sup>138</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS, Informe de la Comisión Mixta en el Proyecto de Ley de la Honorable Cámara de Diputados que modifica los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación, Boletín N° 1048-07, pp. 99- 103.

<sup>139</sup> COX, Juan Pablo, ob. cit., pp. 280-281.

<sup>140</sup> GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., p. 256.

demuestra sus presupuestos no son idénticos, ni por ello, tampoco, sus soluciones. Puesto que el incesto es un delito considerado de propia mano, esta teoría tendría que concluir que ambos tipos de autoría mediata, hacia dentro y hacia fuera, son impunes.”<sup>141</sup> Luego de ratificar esta última conclusión, sostiene que: “prácticamente en todo delito la víctima se encuentra instrumentalizada y así por ejemplo también, cuando la víctima que acude al lugar del crimen sin saber nada – lógicamente – de lo que le va a suceder o cuando un maquinista conduce la locomotora hacia el lugar donde un saboteador manipuló las vías. Sin embargo, en realidad, la discusión es per se estéril, pues lo único que pone de manifiesto es que existe una identidad material entre la autoría mediata y la inmediata. Esta equivalencia normativa ensombrece lógicamente cualquier intento de tratar de forma diversa a cierto grupo de delitos – los de propia mano – en el ámbito de la autoría mediata pero no el de la inmediata. La autoría mediata se encuentra ya per definitionem contenida en el concepto de autoría, es sólo una forma de autoría nacida de la propia naturaleza de las cosas, esto es, una autoría nacida del hecho de que una persona puede utilizar como parte de sus planes, entre otros instrumentos, a otros hombres. Esta consecuencia ha sido también así establecida en repetidas ocasiones por nuestro Tribunal Supremo.”<sup>142</sup> De lo anteriormente expuesto podemos dejar en claro algunos puntos: i) si se piensa que los abusos sexuales son delitos de propia mano, no se pueden estudiar bajo la óptica de la autoría mediata “hacia dentro” y “hacia fuera”, puesto que dejarían de ser delitos de propia mano; ii) no merece mayor relevancia discutir si procede o no la autoría mediata en el delito de abusos sexuales indirectos (que no requieren contacto corporal), puesto que compartimos la opinión señalada precedentemente en atención a que existe una identidad conceptual entre la autoría mediata y la inmediata, sobre todo para el caso del art. 366 quáter, toda vez que en este caso siempre existirá una instrumentalización de una persona respecto de otra. Más discutible es el caso de los abusos sexuales directos (que requieren contacto corporal), puesto que posiblemente existan hipótesis que admitan la realización de acciones de significación sexual de relevancia tanto a través de la denominada autoría mediata como de la autoría inmediata, y en dicho caso quizás vale la pena discutir si procede la autoría mediata en subsidio de no poder aplicar la autoría directa.

---

<sup>141</sup> SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. El denominado “delito de propia mano”. (Respuesta a una situación jurisprudencial). Prólogo de Enrique Bacigalupo. Presentación de Günther Jakobs. Madrid, Dykinson, S.L., 2004, p. 182.

<sup>142</sup> SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, ob. cit., p. 191.

### **1.5. Límites de aplicación del tipo penal de abusos sexuales. Conductas incluidas en los artículos 365 bis, 366, 366 bis, 366 ter y 366 quáter del Código Penal.**

Como se ha sostenido razonablemente por varios autores, no es posible elaborar un catálogo que contenga la totalidad de conductas potencialmente punibles a título de abusos sexuales. No obstante ello, estimamos que la figura de abuso sexual, en los términos en que se encuentra redactada en nuestro Código, contiene muchas imprecisiones y ambigüedades que generan problemas al momento de determinar cuál conducta es constitutiva de abuso sexual y cuál no, lo que nos obliga al menos a revisar algunos criterios en base a los cuales definir algunas categorías de conductas que pueden ser constitutivas de abuso sexual.

#### **a) Conductas incluidas en el tipo penal de abusos sexuales directo (arts. 366, 366 bis y 366 ter Código Penal)**

Aun considerando las limitaciones expuestas anteriormente, existen elementos que nos pueden servir de criterio rector para delimitar el ámbito de aplicación del abuso sexual. Para estos efectos, es pertinente traer a colación lo que sostiene el profesor Rodríguez Collao, a propósito de la consideración de la naturaleza del acto en que se materializa el abuso: “Para catalogar un determinado acto como sexual, fue también costumbre entre los autores exigir que el involucramiento físico implicara a alguna de las zonas consideradas como erógenas (entre las que se cuentan las regiones genital, púbica, anal, oral y mamaria), ya sea del cuerpo del autor o de la víctima. Hoy, en cambio, se plantea que no es correcto identificar sexualidad con genitalidad; básicamente, porque la conducta sexual conlleva una auténtica respuesta integrada que involucra la totalidad del organismo. La sexualidad, en efecto, no sólo está vinculada con aquellos actos que tienen a la procreación, sino que, además, implica una serie de actitudes que afectan el plano afectivo y comunicacional del individuo. Por esto, algunos autores sostienen que lo propio es hablar de un sistema sexual, en una analogía con otros sistemas del cuerpo humano, como lo son el circulatorio o el respiratorio, dentro del cual es posible distinguir varias dimensiones – básicamente, biológica, neurológica, psicológica y conductual -, todas ellas orientadas por la libido, es decir la entrega vital que impulsa al individuo a actuar en procura del orgasmo y de otras sensaciones placenteras asociadas a él. Sin embargo, como la respuesta sexual no sólo está determinada por factores biológicos, sino que posee además un importante componente psicosocial, más que de instinto – como solía hacerse en el pasado -, se habla hoy

de impulso sexual. En este contexto, se entiende que merecen el calificativo de sexuales todos aquellos actos que la persona realiza bajo la motivación de aquel impulso, cualesquiera sean los órganos del cuerpo que resulten comprometidos.”<sup>143</sup> De esta manera, para la determinación de un acto como constitutivo de abuso sexual, estimamos necesario considerar en dicho análisis el impulso en relación con el conjunto del cuerpo humano (y no de forma exclusiva los genitales).

Por otra parte, si consideramos al delito de abuso sexual como el “cajón de sastre” respecto de la violación, a primera vista la realización de tocamientos en las zonas erógenas del cuerpo por parte del sujeto activo hacia la víctima, de forma abusiva (aprovechándose de la superioridad o talante físico), serían el más claro ejemplo de abuso sexual, sin importar si se concretan con las manos, labios, lengua o con sus órganos genitales, dado que éstas, sin ser acceso carnal, constituyen sin lugar a dudas actos de significación sexual y de relevancia, por la sencilla razón que a través de ellas se pretende involucrar, sin mediar consentimiento del(la) afectado(a), los órganos genitales de este último(a). Pero como hemos visto, esto es insuficiente: una conducta constitutiva de abuso sexual, dependiendo de las circunstancias que rodeen a la víctima, no necesariamente es aquella en que se involucran los genitales de manera específica, sino que puede ser aquella en que cualquier órgano del cuerpo humano participe y genere, por una parte, una satisfacción sexual en el sujeto activo, y por otra, una afectación psicológica o física en la víctima. Con todo, dado que no somos partidarios de la creación de una norma autoritaria en este sentido (generando pautas demasiado amplias en la materia) que se plasme en la reafirmación de una cultura represiva de la sexualidad, lo anteriormente expuesto debe ser analizado caso a caso.

#### **b) Conductas incluidas en el tipo penal del delito de abusos sexuales indirecto (arts. 366 quáter Código Penal)**

Dado que la redacción de este tipo penal es ambiguo y confuso, podemos imaginar al menos dos clases de conductas: en primer lugar, aquellas en las cuales el sujeto activo obliga a la víctima a realizar actos de masturbación, autofelación, tocamientos en sus zonas erógenas, o actos similares, encontrándose físicamente a una estrecha distancia, pero sin intervenir ni interrumpir la realización de estos actos; y en segundo lugar, aquellas en las cuales el sujeto activo obliga a

---

<sup>143</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Delimitación del concepto de abuso sexual. *En*: EL PENALISTA LIBERAL, Controversias nacionales e internacionales en derecho penal, propiedad penal y criminología; Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba; FIGUEREIDO DÍAS, Jorge; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ZAFFARONI, Eugenio; GUZMÁN DÁLBORA, José Luis; Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi, 2004, pp. 591-592.

la víctima a realizar esta misma clase de actos (o similares), en las mismas condiciones, con la salvedad de que éste se encuentre físicamente distante de la víctima, constriéndola a realizar dichas acciones frente a un medio virtual como puede ser la cámara web a través del servicio de mensajería instantánea MSN, valiéndose de amenazas o engaño (como la creación de una identidad falsa, para hacerse pasar por un menor de edad y generar confianza en la potencial víctima). Esta es una nueva posibilidad que queda al descubierto tras el fallo que será analizado posteriormente.

### **1.6. El abuso sexual en las legislaciones extranjeras, y en especial, el derecho español.**

En este apartado revisaremos la estructura jurídica del delito de abusos sexuales que se contempla en algunos países extranjeros para evaluar qué elementos tienen en común con nuestra legislación y qué elementos pueden ser complementarios a ella.

#### **a) Derecho comparado**

Para estos efectos, es preciso traer a colación la explicación que nos entrega el profesor Rodríguez Collao: “El sistema bipartito que, en términos generales, distingue entre violación y estupro, por una parte, y abusos deshonestos (según la terminología castellana) o atentados contra el pudor (según la terminología francesa), por otra, se mantiene sin variaciones hasta el advenimiento de los postulados del reformismo penal que tuvo lugar a mediados del siglo XX. Y como entre las distintas opciones reformistas, la que concitó un nivel de adhesión más significativo fue precisamente aquella que enfatiza el desvalor del ataque a la libertad del individuo, no es de extrañar que en algunos esquemas legislativos que hicieron suyo este planteamiento la noción de abuso simplemente desapareciera de los textos normativos subsumida bajo alguna otra denominación genérica. Es lo que sucede en Italia, cuyo Código equipara todas las acciones que se consideran ilícitas bajo la denominación genérica de conductas sexuales (“atti sessuali”), diferenciando únicamente en atención a factores circunstanciales que tienen que ver con la modalidad que en cada caso revista el ataque. Y lo mismo ocurre en el derecho portugués, cuyo Código Penal utiliza la fórmula genérica “actos sexuais de relevo”, aunque distinguiendo dentro de ella un segmento específico representado por aquellos actos que importan penetración vaginal, anal u oral (artículos 163, 164, 165 y 167). Con todo, la noción de abuso sexual aún persiste, incluso en algunos países que expresamente adhieren a un modelo reformista basado en la capacidad de autodeterminación del individuo. Así

sucede, por ejemplo, en Alemania, cuyo Código Penal mantiene una valoración compartimentada de los actos de significación sexual, distinguiendo nítidamente entre abuso sexual (como género) y violación (como especie). También conserva la distinción entre los actos que importan penetración y el resto de las conductas de significación sexual el Código Penal francés, aunque, en este caso, en plena concordancia con la idea que sirve de fundamento al castigo, que es, como hemos explicado, el ataque a la integridad personal. En este contexto, el derecho francés, sobre la base de una valoración compartimentada de los actos que se consideran merecedores de sanción, distingue entre violación (“Du viol”), otros actos distintos del acceso carnal (“Des autres agressions sexuelles”) y el acoso sexual (“Du harcèlement sexual”).<sup>144</sup>

En una línea similar se apunta el derecho argentino, luego de la última reforma efectuada por la ley N° 25.087 de 1999, conforme a la cual se sustituyó la denominación tradicional de “Delitos contra la honestidad” por la de “Delitos contra la integridad sexual”. En síntesis, “La modificación legislativa aborda adecuadamente a las agresiones sexuales como una injuria a la integridad de la víctima, entendiendo que tales delitos implican una restricción a la libertad de elección de las mujeres y no una ofensa a la condición u honor del varón. No es sólo el hecho de que el acto de violación individualmente restrinja directamente la libertad de movimiento de la víctima sino que, dado la frecuencia con que las violaciones se producen crece la amenaza de resultar una víctima más y como ya no se trata de un número accidental de eventos individuales sino que están institucionalizadas llegan a transformarse en una práctica socialmente coercitiva. (...) Se ha tipificado como conducta lesiva al acto de abusar sexualmente de una persona, independientemente del sexo del sujeto pasivo, cuando fuere menor de trece años o cuando “mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”. Esto es que se mantiene la figura del abuso pero denominado sexual y no deshonesto, en la que se incorpora la modalidad del abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder para calificar el hecho, así como la existencia de otras causas que hayan impedido el libre consentimiento de la acción. (...) Se incorpora, como agravante de la figura básica del abuso sexual al “sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima” que engloba aquellos casos en que el abuso se prolongue

---

<sup>144</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, Delitos sexuales. De conformidad con las modificaciones introducidas por la ley N° 19.617 de 1999. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 189-190.

en el tiempo o se realice en determinadas circunstancias que lleven a configurar esta situación, intentando incorporar aquellos actos que resultan más lesivos para una mujer. La idea es que esta serie de conductas se consideren como abuso sexual calificado, por la duración y por las circunstancias en que se comete, tal el caso de situaciones de ultraje grave que no lleguen a la penetración, como el “cunnin lingus” o la utilización, no ya del órgano sexual masculino sino cualquier otro elemento sucedáneo. A su vez, la ley mantiene la figura precisando que éste podrá ser por cualquier vía, que tanto la víctima como el autor pueden ser de uno u otro sexo dado que la gravedad de la ofensa no debe estar ligada al género de la víctima, adoptando una concepción más amplia de la acción que permite incriminar como abuso (violación) a todo tipo de penetración, incluyendo la “fellatio in ore” y la penetración anal. (...) Como agravante de las agresiones sexuales la nueva legislación incluye aquéllas que: a) causaren un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) fueren cometidas por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c) el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) el hecho fuere cometido por dos o más personas; o con armas; e) el hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; f) el hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo. Así el 2do. párrafo del art. 119 del CP reprime con reclusión o prisión de 4 a 10 años "cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima". Se puede observar en la descripción típica de esta conducta una mención especial a la humillación sufrida por la víctima en cuanto el sometimiento, no aquél acto fugaz o esporádico, implica sufrir mayor ofensa por sumar al hecho en sí una evidente falta de miramiento a su condición humana. Este agravante se basa en la mayor vulneración a la libertad sexual de la víctima que soporta un sometimiento caracterizado por su duración (elemento temporal), o por las circunstancias que lo rodean (elemento fáctico), como podría ser la introducción de ciertos elementos por vía vaginal, anal o bucal. También han quedado establecidos los sujetos de este agravante. Sujeto activo sólo podrá ser un varón, pues él y no una mujer puede realizar la penetración propia del acceso carnal; aunque una mujer puede actuar como cómplice o instigadora; mientras que sujeto pasivo puede ser tanto el varón como la mujer, ya que ambos pueden ser accedidos carnalmente por un varón.”<sup>145</sup> Es interesante el

---

<sup>145</sup> CORIGLIANO, Mario. Delitos contra la integridad sexual. [En línea] Revista Electrónica de Derecho

avance que se hace en la materia, en varios aspectos: i) la noción de integridad sexual, cuya semántica obedece a ampliar la noción del bien jurídico protegido en la materia, según la historia legislativa<sup>146</sup>; ii) la gran mayoría de los delitos sexuales aparecen estructurados en torno a la figura común de abuso sexual, concurriendo determinadas circunstancias (violencia, intimidación, etc.). No obstante ello, se trasluce un evidente problema en relación a los conceptos que se encuentran en los tipos penales: el abuso sexual “gravemente ultrajante”, por ejemplo, es una expresión que envuelve un contenido ético-cultural que está lejos de determinarse en sede normativa (y que tendría su símil en nuestro derecho con los “actos de significación sexual y relevancia”).

De esta manera, hemos podido constatar que las opciones del derecho comparado no son muy diferentes en relación al ordenamiento penal sexual chileno, sea porque nuestras normas usan el mismo sistema bipartito que en el caso alemán o francés (violación como antagonista de abuso sexual), sea porque se valen de conceptos con contenido cultural cuya interpretación puede resultar conflictiva al momento de la aplicación de una determinada norma (como el caso del abuso sexual “gravemente ultrajante” del derecho penal argentino).

Frente a este panorama, el derecho español ha realizado una reestructuración sistemática que se aleja bastante de las ideas expuestas anteriormente, y en atención a la importancia de las categorías, estructuras y razonamientos que en ella se plantean, es que merece ser revisado con mayor detención en este trabajo.

### **b) El derecho penal sexual español: el título VIII del Código Penal español**

En el título VIII del actual Código Penal español se regulan los denominados “Delitos contra la libertad sexual”, los cuales consisten básicamente en las agresiones sexuales (art. 178), abusos sexuales (art. 181) y acoso sexual (art. 184).

---

Penal Online. <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=41.279.0.0.1.0>> [Fecha de consulta: 24.06.10.]

<sup>146</sup> Por más que exista doctrina que defienda todavía la idea de libertad sexual. Ver: RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, Criterios morales en la fundamentación del castigo de los delitos de significación sexual, En: UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE, Facultad de Ciencias Jurídicas, Contribuciones críticas al sistema penal en la post modernidad, In Memoriam Eduardo Novoa Monreal, 2007, p. 246.



Sin lugar a dudas, el bien jurídico protegido en este caso es la libertad sexual, entendida ésta como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo, es un bien jurídico merecedor de protección y necesitado también de tutela penal,<sup>147</sup> o la facultad o capacidad de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad, es decir, la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento, por la de utilizar y servirse del propio cuerpo sin más limitaciones que las derivadas del obligado respecto a la libertad ajena.<sup>148</sup> Con todo, la misma doctrina ha apuntado que la libertad sexual, no constituye, ni siquiera entendida en su sentido más amplio, el único bien jurídico protegido en todo el Título VIII, y por lo mismo, la rúbrica del Título VIII, es, pues, más una directriz político-criminal a seguir en la interpretación de los tipos en él contenidos, que un bien jurídico protegido común a todos ellos.<sup>149</sup> Con ello, dejan de manifiesto la insuficiencia del bien jurídico que, al menos en teoría, es la base de su sistema de delitos sexuales (y que en nuestro país adolece del mismo problema, como se señalará más adelante).

Siguiendo la línea de lo anteriormente indicado, el sistema penal español distingue entre las agresiones sexuales, los abusos sexuales, y los acosos sexuales. Para efectos del presente trabajo, nos detendremos en los primeros dos tipos penales.

#### b.1.) Las agresiones sexuales

El art. 178 del Código Penal español tipifica el delito de agresión sexual, señalando al efecto que: “El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años”.

Se ha sostenido que el término “agresión” implica un contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo<sup>150</sup>; y se ha precisado que la conducta tipificada es una acción lúbrica, realizada con violencia o intimidación, contra o sin el consentimiento válidamente prestado por el sujeto

---

<sup>147</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal. Parte Especial. Undécima edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995. España, Valencia, Ediciones Tirant lo Blanch, 1996, p. 173.

<sup>148</sup> DERECHO PENAL. Parte Especial. Por: Vives Anton, Tomás Salvador; Reig Boix, Javier; Berenguer Orts, Enrique; Carbonell Mateu, Juan Carlos, González Cussac, José Luis. España, Valencia, Ediciones Tirant lo Blanch, 1996, p. 195.

<sup>149</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., p. 181.

<sup>150</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., p. 182.

pasivo.<sup>151</sup> Esta norma involucra, por lo tanto, los supuestos de violación y el abuso sexual del art. 365 bis de nuestro Código Penal.

### b.2) Los abusos sexuales

Por otra parte, el art. 181 del Código Penal español tipifica el delito de abuso sexual, señalando al efecto que: “Se castiga con prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses al que, sin violencia o intimidación, realizare actos contra la libertad sexual de otra persona”.<sup>152</sup>

La doctrina describe que el abuso sexual consiste básicamente en todo acto salaz en el que se implica a otra persona sin su consentimiento, faltando éste siempre que el sujeto pasivo haya expresado su negativa o no se le haya dado oportunidad de pronunciarse, lo que permite incluir en él hechos atípicos bajo el antiguo Código derogado, como los tocamientos íntimos efectuados a una persona por sorpresa.<sup>153</sup> Asimismo, se ha señalado que pueden enmarcarse dentro de esta norma todos los contactos con el cuerpo de la víctima con fines libidinosos sin que aquélla sea consciente, como el caso del médico que abusa en un examen sobre el cuerpo del paciente, masajistas que realizan su función abusando del otro, etc.<sup>154</sup>

No es necesario profundizar en los tipos penales de abuso sexual bajo prevalimiento (art. 181.3) y abuso sexual fraudulento (art. 183), aun cuando son delitos autónomos, dado que en nuestro país tienen su análogo: el art. 366 en relación al art. 361 y el art. 366 en relación al art. 363 del Código Penal, respectivamente.

Llama la atención de la estructura jurídica de ambos delitos, más allá de los conceptos que puedan entregarse respecto al bien jurídico protegido (que a todas luces incide en la libertad sexual, con algunos reparos según un sector de la doctrina)<sup>155</sup>, el énfasis que se coloca no tanto en la relevancia de la conducta (como es el caso chileno, que según hemos visto la conducta

---

<sup>151</sup> DERECHO PENAL. Parte Especial. Por: Vives Anton, Tomás Salvador; Reig Boix, Javier; Berenguer Orts, Enrique; Carbonell Mateu, Juan Carlos, González Cussac, José Luis, ob. cit., p. 195.

<sup>152</sup> Antes de la reforma de 1999, la pena asignada al delito era de multa de doce a veinticuatro meses. Ver: QUERALT JIMÉNEZ, Joan, ob. cit., p. 126.

<sup>153</sup> DERECHO PENAL. Parte Especial. Por: Vives Anton, Tomás Salvador; Reig Boix, Javier; Berenguer Orts, Enrique; Carbonell Mateu, Juan Carlos, González Cussac, José Luis, ob. cit., p. 215.

<sup>154</sup> SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Derecho penal. Parte especial. 4ª edición. España, Madrid, Dykinson, 2004, p. 230.

<sup>155</sup> Entre ellos: QUERALT JIMÉNEZ, Joan, ob. cit., pp. 109-110.

tiene mayor grado de penalidad y punibilidad, en palabras de Antonio Bascuñán Rodríguez, en razón de las circunstancias de la violación o el estupro que eventualmente puedan concurrir), sino en cuanto a la violencia o intimidación ejercida y el consentimiento de la víctima.

## CAPÍTULO 2

### La condena penal de conductas de connotación sexual instigadas a través de medios cibernéticos hacia un menor de edad a título de abuso sexual. Análisis de la sentencia del Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 111-2008

La sentencia que será revisada en este capítulo da origen a las interrogantes originalmente planteadas en este trabajo: a partir de su análisis, podremos señalar las bases del debate en torno al delito de abuso sexual, el *child grooming*, y los fundamentos político-criminales de la penalización de las conductas de connotación sexual.

#### 2.1) Argumentos de hecho y de derecho de la sentencia.

Con fecha 17 de Noviembre del 2008<sup>156</sup>, el Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago condenó a la pena de 700 días de presidio menor en su grado medio a José Arturo Duarte Caroca como autor del delito de Abuso Sexual Infantil; a la pena de 700 días de presidio menor en su grado medio como autor del delito de Producción de material pornográfico infantil; a la pena de 540 días de presidio menor en su grado medio, como autor del delito de Almacenamiento de material pornográfico infantil; y a la pena de 60 días de prisión en grado máximo como autor de la infracción al art. 2° de la Ley 19.223.

A continuación, se revisarán los aspectos fundamentales de dicha sentencia.

- **Hechos**

En su considerando décimo sexto, el tribunal estableció que los hechos materia del juicio fueron los siguientes:

“Durante el mes de febrero de 2008 el acusado JOSÉ ARTURO DUARTE CAROCA desde su domicilio ubicado en calle Los halcones N° 7423 Pudahuel, mediante la utilización de las cuentas de correo electrónico karlitiss@hotmail.com y trust.no1@hotmail.com y simulando ser menor de edad tomó contacto vía MSN con la menor de iniciales N.V.D.R. de 13 años de edad a

---

<sup>156</sup> El análisis de este apartado se basará en el fallo del Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, dictado con fecha 17.11.08, RIT 111-2008.

esa fecha, específicamente utilizando la primera cuenta y mediante el nick de “Karlita fingiendo ser mujer, de ese modo logró hacerse amigo de la menor para luego presentarse a sí mismo a través del mismo programa MSN como un menor de 16 años de nombre “Pedro utilizando la segunda cuenta indicada. Con este segundo nick y cuenta, primeramente sedujo a la menor proponiéndole una relación sentimental vía MSN, luego una vez ganada su confianza procedió a exigirle mediante amenazas que posara desnuda frente a la cámara web y exhibiera sus genitales, todos estos hechos aptos para procurar su excitación sexual. Debido a esas presiones, la menor accedió a lo exigido por el acusado a través de este mismo medio. Luego el acusado guardó en su computador las impresiones de pantalla que contenían las imágenes de los genitales de la menor. Asimismo en la misma época y mediante engaños, haciéndose pasar por Karlita y utilizando la cuenta de correo electrónico [Karlitiss@hotmail.com](mailto:Karlitiss@hotmail.com) ofreciendo ayuda a la menor el mismo acusado obtuvo la clave del correo electrónico de la ofendida correspondiente a la cuenta [mariposina94@hotmail.com](mailto:mariposina94@hotmail.com) la que utilizó para tomar contacto con una persona de iniciales M.C.Y.F. cuenta de correo electrónico [pokemona\\_ibc@hotmail.com](mailto:pokemona_ibc@hotmail.com). Finalmente el día 23 de abril de 2008 personal de la Brigada Cibercrimen autorizados por una orden de entrada, registro e incautación emanada del 1º Juzgado de Garantía de Santiago, ingresaron al domicilio del imputado ubicado en Los Halcones N° 7423, Pudahuel, donde se procedió a la incautación de diverso material informático, el que contenía las impresiones de pantalla que mostraban imágenes de los pechos y genitales de la menor de iniciales N.V.D.R., así como de tres fotografías más correspondientes a otra menor de edad desnuda. Por su parte se encontraron en poder del imputado, diversos videos con imágenes de menores de edad que se encontraban en la vía pública y que se captaron sin autorización de los involucrados.”

- **Derecho**

En su considerando décimo séptimo, el tribunal sostiene que los hechos antes mencionados configuran los siguientes delitos:

1.– Abuso sexual, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 366 quáter inciso segundo del Código Penal, toda vez que el acusado para procurar su excitación sexual, determinó a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo, por medio del computador, a través de una cámara web, en que la hizo exhibir sus partes erógenas delante de la cámara, obligándola a tomar determinadas posiciones para lograr

su objetivo, procurar su excitación, el que se estimó cumplido, por cuanto el sujeto, el solicitarle la menor que le muestre su cara, le muestra su pene, masturbándose.

2.– Producción de material pornográfico infantil en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 366 quinquies del mismo cuerpo legal, por cuanto el acusado participó en su producción, por medio de las capturas de imagen de las partes íntimas de la menor, las que le fueron exhibidas por medio de la cámara web a través de su computador, sacándole fotos a la pantalla para retener su imagen, utilizando para ello a una menor de dieciocho años.

3.– Almacenamiento de material pornográfico, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 374 bis inciso segundo, por cuanto el acusado, maliciosamente, es decir, con dolo directo, ya que conocía y quería la acción que estaba ejecutando, adquirió y almacenó material pornográfico, de ésta y de otras menores más, el que mantuvo por más de tres meses en carpetas de su computador, llamadas “locas por mí y “huachitas”, hasta que fue sorprendido por personal policial, apareciendo en el mismo, menores de dieciocho años.

4.– Infracción al artículo 2º de la Ley 19.223, atendido a que el acusado usó indebidamente de la información contenida en un sistema de información computacional, al utilizar el imputado la cuenta mariposina94 de la menor de iniciales N.V.D.R., y haciéndose pasar por ella, tomó contacto con otras menores.

Así, la existencia de los hechos punibles, materia de la acusación, resultaron plenamente demostrados en los términos que el Tribunal diera por establecidos, siendo entonces posible concluir que el acusado abusó sexualmente de la menor de iniciales N.V.D.R., produjo material pornográfico infantil, el que posteriormente almacenó, junto con el que mantenía en otras carpetas, a la vez que utilizó la cuenta de correo electrónico de la ofendida correspondiente a la cuenta mariposina94@hotmail.com, en términos tales que permitieron a este Tribunal estimar que se satisfacía la exigencia normativa de los tipos ya señalados. Por lo que el acusado José Arturo Duarte Caroca, al realizar, todas estas conductas que describen estos tipos penales, incurrió en estos delitos.

Con todo, en su considerando décimo octavo el tribunal determinó la participación que le cupo al imputado:

“Que, en los hechos materia de la acusación, le ha cabido al acusado, José Arturo Duarte Caroca, participación en calidad de autor en los términos del artículo 15 N° 1 del cuerpo legal ya citado, por haber tomado parte en ellos de una manera inmediata y directa; determinándose su participación por medio del procedimiento investigativo, quedando demostrada suficientemente con la misma prueba citada en el motivo anterior, lográndose su detención al determinarse, que además mantenía almacenamiento de material pornográfico infantil, y quien fuera sindicado en la audiencia por la víctima y su madre, como un vecino, ya que las mismas en el transcurso de la investigación tuvieron conocimiento de su participación como el ejecutor directo de los ilícitos, antecedentes que valorados en su conjunto revisten caracteres de persistencia, univocidad e imparcialidad.”

Finalmente, se deja constancia de una prevención en torno a la aplicación del art. 366 quáter:

“Para que se configure el delito de abuso sexual previsto en el artículo 366 quáter inciso 2° del Código Penal, es necesario que el sujeto activo, para procurar su excitación sexual, determine a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo. No obsta a la configuración del delito, el que las acciones se realizaran por medio del computador, a través de una cámara web, como en el caso sublite, donde el imputado hizo que la víctima le exhibiera sus partes erógenas, obligándola a tomar determinadas posiciones para lograr su objetivo, que era procurar su excitación”.

## **2.2) Análisis crítico de la decisión judicial.**

Para estos efectos, nos centraremos en la condena por el art. 366 quáter. El tribunal formó la convicción en torno a lo siguiente: una vez que el sujeto activo obtuvo la cuenta de correo electrónico de la víctima, “primeramente sedujo a la menor proponiéndole una relación sentimental vía MSN, luego una vez ganada su confianza procedió a exigirle mediante amenazas que posara desnuda frente a la cámara web y exhibiera sus genitales, todos estos hechos aptos para procurar su excitación sexual”. Sin considerar el medio comisivo para la perpetración de este delito (“exigirle mediante amenazas”), podemos sostener con certeza que dichas conductas fueron instigadas a realizarse para obtener la excitación sexual del victimario. El problema surge con la expresión “delante suyo”. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española dispone que dicho vocablo, cuando se emplea como locución prepositiva (delante de), hace

referencia a tener algo “a la vista”, “en presencia de”.<sup>157</sup> ¿Bajo qué circunstancias es posible sostener que la presencia física equivale a la presencia “cibernética” o “virtual”? ¿Es lo mismo sostener que un adulto se encuentra “delante de mí” obligándome a mostrarle mis órganos genitales a sostener que un adulto se encuentra “delante de mí” a través de la cámara web obligándome a realizar esta misma conducta, habiendo creado cuentas falsas de MSN o vulnerado sistemas informáticos? En nuestra opinión, ambas hipótesis no pueden ser asimilables ni mucho menos punibles bajo la misma figura legal, por las siguientes razones: i) la expresión “delante suyo” sugiere, en su sentido natural y obvio, que el sujeto activo se encuentre en presencia física de la víctima y realice las conductas que se tipifican en la ley, y con ello, no involucra ningún medio cibernético de comunicación a distancia como el que se cita en el fallo; ii) aun cuando no exista una ley que tipifique este delito de manera específica, la utilización de los recursos que ofrece la internet con fines de aprovechamiento sexual sobre menores de edad es mucho más peligrosa y dañina que aquella realizada en presencia física de estos, no sólo porque implicaría cometer un delito penado por otra ley (la ley 19.923), sino porque el uso que puede hacer el sujeto activo de este material audiovisual puede degenerar en atentados más graves, como la difusión de este material explícito a través de internet para ser descargado gratuitamente por cualquier persona, que atenta directamente el honor y la integridad psicológica de cualquier menor de edad.

En relación a lo anterior, creemos que existe otra óptica de análisis respecto de este problema: vimos que en la sentencia comentada el argumento para condenar al imputado por las infracciones a la ley 19.923 fue claro y muy correcto; sin embargo, ¿cuál fue el argumento para condenar al imputado por el delito del art. 366 quáter? Recordemos los términos en que el tribunal fundamentó esta decisión: “toda vez que el acusado para procurar su excitación sexual, determinó a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo, por medio del computador, a través de una cámara web, en que la hizo exhibir sus partes erógenas delante de la cámara, obligándola a tomar determinadas posiciones para lograr su objetivo, procurar su excitación, el que se estimó cumplido, por cuanto el sujeto, el solicitarle la menor que le muestre su cara, le muestra su pene, masturbándose”. Es decir, ¿existe un vínculo de causalidad entre el uso de cámaras web y la determinación a realizar acciones de

---

<sup>157</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”, ob. cit., p. 52.



significación sexual delante del imputado?, o más bien, ¿se sigue que del sólo hecho de usar unas determinadas cámaras web el imputado logre indefectiblemente la determinación a realizar acciones de significación sexual? Si tomamos como referencia la misma conducta (el uso malicioso de información privada contenida en un sistema informático) el razonamiento debería ser el siguiente: se condena a un sujeto por dos delitos distintos, cuales son la infracción a la ley 19.923 y al art. 366 quáter (haciendo el nexo de causalidad entre el uso de los medios informáticos de forma maliciosa y la denominada “determinación a otro” a provocar la propia excitación sexual). Por cierto, es claro que del tenor literal de la norma no se puede advertir una forma específica en que se “determine a otro” a realizar una determinada acción sexual con el fin de estimular la propia excitación; no obstante ello, en este caso particular no existe un argumento que permita fundar la causalidad entre la determinación a otro a procurar la excitación sexual del imputado, y el uso de los medios cibernéticos de la forma en que el tribunal lo expone. El nexo de causalidad que debe considerarse estriba en el vínculo entre la acción que motiva a que dichas menores realizaran los actos de significación sexual punibles por el Código del ramo, y la realización de dicha acción por parte de estas menores para provocar la excitación sexual del imputado. ¿Qué nexo de causalidad puede considerarse? El mejor ejemplo en este caso está dado por el engaño, elemento que se considera en nuestro sistema jurídico sólo para el caso del abuso sexual directo (o que requiere contacto corporal) del art. 366 en relación al art. 366 N° 4 del Código Penal, y por tanto, sólo para mayores de catorce y menores de dieciocho años. Si consideramos al engaño como “cualquier medio fraudulento empleado por el sujeto activo para conseguir la relación que determine causalmente un vicio de voluntad o seducción en el sujeto pasivo”<sup>158</sup>, entonces tenemos que el razonamiento correcto en el caso comentado debería haber sido en los siguientes términos: considerando que el sujeto activo hizo uso malicioso de información contenida en un sistema computacional, infringiendo las normas de la ley 19.923, y que usó esta información con el propósito de engañar a la víctima (hacerle creer que era otra persona y que quería ser su amigo, lo que es lo mismo para estos efectos) para conseguir su objetivo final, cual es la determinación a realizar acciones sexuales delante suyo o de otro en los términos establecidos por la ley, entonces los hechos descritos coinciden con el tipo penal del art. 366 quáter. Si bien en este caso podría revestir importancia establecer con claridad si el delito requiere para consumarse, además de la realización de la acción, la producción de un efecto material determinado, o si bien, requiere para consumarse con la sola y estricta realización

---

<sup>158</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial, ob. cit., pp. 195-196.

de la acción<sup>159</sup>, no es materia de este trabajo determinar si este es un delito de resultado o de mera actividad. Con todo, es impresentable que un tribunal condene una determinada conducta sin realizar correctamente el ejercicio de establecer la correcta relación de causalidad entre los hechos establecidos en el juicio oral para llegar a la decisión final ya comentada a lo largo de este trabajo. Antes de dictar una sentencia condenatoria en el caso de marras, el tribunal debería haber realizado, en primer lugar, un minucioso ejercicio de determinación de causalidad entre los hechos relevantes del juicio, para así obtener la inferencia correcta que ayude a establecer la coincidencia entre los hechos acreditados en el juicio y el tipo penal, y con ello, elaborar los argumentos lógicos y jurídicos que permitan asentar una condena penal en este sentido. No se puede tomar una decisión judicial sin una adecuada fundamentación, o lo que es lo mismo, condenar a una persona por un determinado delito sin señalar las razones de hecho y de derecho que la sustenten, más aún si no se establecen con claridad los nexos de causalidad entre los hechos sentados por el tribunal como relevantes para el juicio con los fundamentos de derecho que sustenten una determinada condena penal.

Por último, en su considerando tercero, la sentencia replica uno de los argumentos de la Fiscalía sostenidos a lo largo del juicio que merecen ser considerados en este punto: “Indicó que el delito de “grooming”, no existe en Chile, aquí se sanciona por los delitos que se pueden entender, acoso sexual a menores, no obstante existe un proyecto de ley, que sólo tiende a unificar los delitos sexuales a través de sistemas computacionales, lo que no implica que estos hechos no tengan aptitud legal para conformar los delitos solicitados.” El delito de *child grooming*, como se ha sostenido en el parlamento, consiste en la realización de acciones deliberadamente emprendidas por un adulto con el objetivo de ganarse la amistad de un menor de edad, al crearse una conexión emocional con el mismo, con el fin de disminuir las inhibiciones del niño y poder abusar sexualmente de él.<sup>160</sup> Si analizamos detenidamente esa definición, es precisamente aquélla la que expresa en mejor medida la naturaleza jurídica de dicha conducta, ya que apunta una perspectiva más global del problema: no sólo se apunta a la inducción de acciones de connotación sexual por parte del sujeto activo hacia el menor con el fin de provocar su excitación sexual “delante suyo o de otro” (el resultado), sino que se valoran los medios de los

---

<sup>159</sup> GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Parte Especial, ob. cit., p. 252.

<sup>160</sup> MAZZO, Rodrigo y BUSTOS, Andrea. Grooming: nueva táctica de contacto de pedófilos. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. [En línea] [[http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas\\_profundidad/grooming-acoso-sexual-ninos](http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/grooming-acoso-sexual-ninos)] <Fecha de consulta: 03.04.10.>

que se vale el adulto para estos fines. Sin perjuicio de ello, y conforme al principio de tipicidad, no se puede castigar un delito que no esté expresamente tipificado en la ley, de modo que el argumento de la Fiscalía es correcto en ese sentido. No obstante ello, ¿hasta qué punto los hechos descritos constituyen el abuso sexual que se contiene en el art. 366 quáter? ¿Es asimilable la punición del resultado de una determinada conducta, sin atender a la forma en que se “determina a otro” a realizar una determinada acción sexual, a castigar la misma conducta, pero considerando en la determinación de la penalidad los medios de los que el sujeto activo se vale para ejecutarla?

## CAPÍTULO 3

### El *child grooming* y su castigo penal. Un análisis histórico, social y jurídico.

Para comprender los alcances del castigo penal del *child grooming*, es necesario analizar todos los elementos que dan origen a esta medida político criminal. Por estas razones, en el presente capítulo revisaremos los inicios y fundamentos del derecho penal, desde sus orígenes hasta la actualidad, para luego analizar el modelo penal que se encuentra asentado en nuestro país, y junto a ello evaluar la justificación de la penalización del denominado *child grooming*.

#### **3.1. El derecho penal y sus principios básicos**

##### **a) Orígenes del derecho penal**

Desde tiempos muy remotos, la ciencia penal tuvo diversas manifestaciones en el sistema social, destacando por sobre todo su carácter público y la importancia de la participación del Estado en la materia. Así fue como en el derecho romano, el sistema penal clasificaba los delitos en *crimina publica* y *delicta privata*: los primeros atacaban al orden público; los segundos, a la persona y a la propiedad privadas, para cuya infracción se instituyeron penas de la más diversa índole: la muerte, el destierro, los trabajos forzados, etc. Años más tarde, en el derecho penal germánico, el factor de mayor importancia al momento de asignar la penalidad a una determinada conducta era el daño externo ocasionado, sin considerar la culpa individual del causante, y es así como las ofensas de un miembro de un determinado grupo social contra alguien que pertenecía a otro grupo creaba el estado de enemistad, fundando la denominada venganza de la sangre. El derecho canónico, desde el momento que adquirió su carácter de legislación general, ya no consideró el elemento de dañosidad social, centrándose en la culpabilidad e imputabilidad al momento de fundar la pena. En este sistema, si bien no se confundía delito con pecado, sí se consideraban delitos algunas ofensas estrictamente religiosas, como la blasfemia y la herejía. Con el advenimiento de la Edad Media, se

produjo la fusión paulatina entre el derecho romano, germánico y canónico, período en el cual se generó un derecho intermedio, que reunía elementos de estos tres modelos.<sup>161</sup>

Dicha situación se mantuvo sin modificaciones relevantes hasta la llegada de la Revolución Francesa, época en la cual se gestaron los fundamentos filosóficos del derecho penal moderno: la doctrina política del Liberalismo, que nacida en la segunda mitad del siglo XVIII, principalmente en Francia y el Reino Unido, se caracterizó por la reivindicación de un importante espacio de libertad en el ámbito personal, religioso, literario, económico en general, en los aspectos comunes de la vida<sup>162</sup>. Es posible comprender la relevancia de esta doctrina en atención al momento histórico, político y social que se vivía en dicha época. En el campo del derecho penal, imperaban leyes rígidas y penas muy severas, frente a las cuales el Liberalismo surgió exaltando la libertad como forma de reacción a este escenario, cuya ideología resultante, basada en los fundamentos de la soberanía popular, el imperio de la ley, el control y separación de los poderes y la defensa de la libertad, dieron origen al modelo del Estado Liberal de Derecho.<sup>163</sup>

### **b) La doctrina penal del garantismo**

La teoría penal del garantismo es la consolidación jurídica, normativa, filosófica y política de los principios que actualmente constituyen la base de gran parte de los ordenamientos penales en el mundo. El garantismo, que alude tanto a un modelo normativo de derecho, un instrumento político para maximizar la libertad, como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos,<sup>164</sup> ha sido desarrollado exhaustivamente por el connotado autor Luigi Ferrajoli. Un sistema completamente garantista (es decir, el modelo ideal, en torno al cual debe erigirse cualquier sistema penal), debe comprender, a lo menos, diez

---

<sup>161</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho penal. Tomo I. Parte General. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, 1997, pp. 36-37.

<sup>162</sup> VERGARA, Francisco, Introducción a los fundamentos filosóficos del Liberalismo, Madrid, Alianza, 1999, p. 9, citado por: SÁNCHEZ, Claudio. Delito de almacenamiento de pornografía infantil. Santiago de Chile, Ediciones Librotecnia, 2010, p. 22.

<sup>163</sup> MILANESE, Pablo, “El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima”, Revista Electrónica de Doctrina y Jurisprudencia sobre Derecho Penal, Octubre del 2007, en línea: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,119,0,0,1,0>, citado por: SÁNCHEZ, Claudio, ob. cit., p. 22.

<sup>164</sup> Así: FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. España, Madrid, Editorial Trotta, Quinta Edición, 2001, pp. 851-852.

principios, que comprenden tanto garantías de tipo procesales como penales.<sup>165</sup> Luego de fundamentar la unidad y coherencia de este conjunto de principios, este autor sostiene que el respeto o la lesión a uno o más de ellos es el que da lugar al autoritarismo de los modelos penales que posteriormente regulan las distintas naciones en el mundo. Ello equivale a decir que el sistema penal chileno sería completamente garantista, en términos de Ferrajoli, siempre y cuando fundara su ordenamiento jurídico completo, tanto en términos de procedimiento como sustantivos, en torno a este grupo de principios. En materia procesal, nuestro país es firmemente garantista: el principio de legalidad, acusatorio y de la defensa, son, entre otros varios, principios que sustentan la persecución penal y garantías individuales que protegen de ésta que han sido instaurados en nuestro país de manera muy sólida con la nueva reforma procesal penal.<sup>166</sup> Pero no sucede lo mismo en materia penal: no existe unanimidad en la doctrina nacional respecto al conjunto de principios que debieran orientar la teoría de la pena y la teoría del delito: el ejemplo más claro de ello, es la concepción del principio de culpabilidad y su vínculo con el principio de proporcionalidad, que en otros países ya ofrece una importante discusión respecto a su contenido y alcance en relación al resto de los principios del ordenamiento jurídico penal.

### **c) Principios orientadores del derecho penal**

Aun cuando, como hemos podido apreciar, el derecho penal tenga una fuerte raigambre positivista<sup>167</sup> (situación que circunscribe en gran medida el análisis de éste en el plano jurídico), la respuesta a la interrogante ¿qué es el derecho penal? puede elaborarse desde múltiples puntos de vista. Para efectos de nuestro estudio, y al contrario de lo que ha sido históricamente la costumbre en la ciencia del derecho penal (esto es, discutir la esencia formal del derecho penal, por parte de la teoría general del derecho) nos enfocaremos en el aspecto funcional y teleológico, que en

---

<sup>165</sup> En cuestión, estos principios son: “(...) 1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de la refutación.” Ver: FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., p. 93.

<sup>166</sup> LÓPEZ, Julián y HORVITZ, M<sup>a</sup> Inés, Derecho procesal penal chileno, Tomo I. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 35-36.

<sup>167</sup> Esto es, que la fuente primaria del derecho penal se encuentra en la ley, según se puede apreciar en la totalidad de la literatura jurídica sobre la materia.

palabras del profesor Santiago Mir Puig, comprenden dos elementos fundamentales: qué función tiene y a qué fin tiende el ordenamiento jurídico penal, los cuales pueden comprenderse en gran medida a través del denominado derecho penal subjetivo, o lo que es lo mismo, la facultad del Estado de aplicar y dictar dichas normas penales.<sup>168</sup> Un somero análisis de los fundamentos de dicha facultad nos permite descubrir los límites en el ejercicio del ius puniendi, que representan a la vez, los principios orientadores del derecho penal.

Para estos efectos, e intentando acercarnos lo más posible al origen del garantismo penal antes revisado, seguiremos el esquema planteado por el profesor Santiago Mir Puig<sup>169</sup>: los límites de la facultad estatal de imponer penas se pueden clasificar en tres grupos: los límites del derecho subjetivo del Estado a imponer penas, los límites relativos al momento judicial, y los límites al momento de ejecución de la pena. Los primeros dicen relación con el fundamento funcional del ius puniendi (la naturaleza subsidiaria y el carácter fragmentario del derecho penal, la protección de bienes jurídicos, los límites derivados del Estado de Derecho y del Estado democrático), los segundos dicen relación con la determinación judicial de la pena, y los terceros dicen relación con la participación del sujeto al momento de poner en práctica la sanción penal. Los dos últimos elementos limitadores del ius puniendi, aun cuando juegan un rol importante en su puesta en marcha, no serán analizados detenidamente en este trabajo, ya que escapa a los fines de este capítulo analizar las características que dicen relación con el procedimiento de aplicación de penas y de medidas de seguridad de esta rama del derecho (que en todo caso, son posteriores a la condena judicial).

#### c.1) La ultima ratio y el carácter fragmentario del derecho penal

En cuanto al fundamento funcional del derecho penal, es imperativo resaltar la trascendencia de dos principios firmemente asentados en la materia: el principio de la ultima ratio y el carácter fragmentario del derecho penal. El primer principio parte de que “la pena y la medida de seguridad no son los únicos medios de protección de la sociedad de que dispone el ordenamiento jurídico. Los intereses sociales que se estima necesario proteger pueden, a menudo, recibir suficiente tutela

---

<sup>168</sup> MIR PUIG, Santiago, Introducción a las bases del derecho penal, Concepto y método. Argentina, Editorial B de F, Segunda edición, Buenos Aires, 2003, pp. 4-5.

<sup>169</sup> MIR PUIG, Santiago, ob. cit., pp. 108-148.

poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a los medios propios del derecho penal, menos lesivos que éstos para el ciudadano y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad.”<sup>170</sup> El principio del denominado carácter fragmentario del derecho penal significa que “el derecho penal no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así, para poner un ejemplo expresivo, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como la apropiación subrepticia, violenta o fraudulenta.”<sup>171</sup> Es decir, a la luz de estos principios, el derecho penal sólo castiga conductas que tienen una connotación de alta dañosidad social, y que el Estado no sea posible de controlar mediante una política distinta.

### c.2) El bien jurídico

El bien jurídico, que ha sido destacado como uno de los conceptos fundamentales en el derecho penal, y estudiado por connotados expertos en el ámbito jurídico, tanto respecto a su contenido como a su alcance al interior del sistema penal, merece una especial atención en el presente trabajo.<sup>172</sup> A partir de dicha teoría, se somete a un examen crítico el objeto protegido por la norma penal, no sólo para cumplir con la antedicha finalidad, sino también para constatar la vigencia de la necesidad de protección de dicho objeto.<sup>173</sup> Tradicionalmente se ha entendido, en palabras del profesor Roxin, que “bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”<sup>174</sup>. En este punto, adherimos a la posición del profesor Juan Bustos, quien señala que “(...) Cuando se señala que una norma protege un determinado bien jurídico, se está señalando que protege una determinada relación social concreta de carácter sintético que surge de la vida social (...)”<sup>175</sup>

---

<sup>170</sup> MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 109.

<sup>171</sup> MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 110.

<sup>172</sup> Por ello, el alcance de la teoría del bien jurídico en relación los delitos sexuales ha sido analizado con mayor profundidad en la sección N° 4, b) de este trabajo.

<sup>173</sup> BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán. Lecciones de derecho penal. Volumen II. Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito. España, Editorial Trotta, 1999, p. 27.

<sup>174</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, Traducción de la 2da. Edición alemana y notas de Luzón-Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remasal. España, Madrid, Civitas Ediciones, 1997, p. 56.

<sup>175</sup> BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán, op. cit., p. 27.



### c.3) El principio de legalidad

La totalidad de los límites derivados del Estado de derecho, que apuntan al contenido material del derecho penal, son consecuencia del conocido principio de legalidad. Esta función suele expresarse en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que quiere decir que sin una ley que lo haya declarado previamente punible ningún hecho puede merecer una pena del derecho penal.<sup>176</sup> Y en concordancia con lo anterior, se ha sostenido acertadamente que el principio de legalidad comprende cuatro exigencias: *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex stricta*, de los cuales se derivan cuatro prohibiciones: está prohibida la aplicación retroactiva de la ley, la aplicación de derecho consuetudinario, la sanción de leyes penales indeterminadas y la extensión del texto legal a situaciones análogas (en contra del acusado).<sup>177</sup> Es importante destacar en este sentido el pertinente comentario del profesor Mir Puig, que ilustra sus alcances con perfecta claridad: “En su sentido actual, el principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social y presuponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. (...) Exigir que las penas se hallen previstas por la ley persigue, como se ve, que cuenten con el consenso de los ciudadanos, únicos legitimados para establecer las privaciones de derechos fundamentales que implican. El principio de legalidad no es sólo entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que permita sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo.”<sup>178</sup> Es decir, el principio de legalidad en su sentido más puro, con los alcances mencionados, otorga seguridad jurídica y a la vez garantía individual al pueblo, puesto que la ley

---

<sup>176</sup> BACIGALUPO, Enrique. Principios de derecho penal. Parte General. España, Ediciones Akal, Quinta Edición, 1998, p. 55.

<sup>177</sup> BACIGALUPO, Enrique, Derecho penal y el Estado de Derecho, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 106.

<sup>178</sup> Como señala el autor, a esto se refiere Beccaria cuando destaca que sólo el legislador puede decretar penas porque solamente él representa a toda la sociedad unida por el contrato social, y que los jueces no pueden, consiguientemente, “aumentar la pena establecida” por las leyes, ni siquiera “bajo pretexto de celo o de bien público”, en BECCARIA, Cesare, De los delitos y de las penas, traducción española de J.A. de las Casas, Madrid, 1968, pp. 29 y ss.; citado por: MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 110. En un sentido muy similar: SÁNCHEZ, Claudio, op. cit., p. 35.

penal, como mecanismo de control social, ha sido creada indirectamente por la ciudadanía, en protección de la misma, diluyendo cualquier sospecha de atentados contra las personas.

#### c.4) El principio de proporcionalidad

Este es el primer principio que deriva directamente de un Estado de Derecho democrático, es decir, un Estado en el que el poder se somete a la ley en la medida que el derecho sirva a los ciudadanos.<sup>179</sup> Según este principio, “(...) la gravedad de las penas o las medidas de seguridad debe hallarse en relación con la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto, respectivamente. (...)”<sup>180</sup> Algunos autores pretenden asimilarla a la culpabilidad, debido a la supuesta imposibilidad de demostrar que el hombre dispone de libertad para decidir su comportamiento.<sup>181</sup> No obstante ello, se ha sostenido que la validez de este principio descansa sobre su alcance: “(...) el principio de proporcionalidad solamente puede satisfacer una determinada relación entre la gravedad de la pena y la gravedad del hecho punible, pero es incapaz de establecer cuáles son los elementos del hecho punible determinantes de la reprochabilidad y de proporcionar el fundamento de la culpabilidad como presupuesto de la pena, es decir, como categoría material de la teoría del delito.”<sup>182</sup>

#### c.5) El principio de culpabilidad

Este principio, también consecuencia directa de un Estado de Derecho democrático, ha generado importantes discusiones a nivel doctrinario. Se ha sostenido que el principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma, es decir, evitando la instrumentalización de una persona para algún fin determinado que pueda lesionar su dignidad. El principio de culpabilidad tiene una doble incidencia en el sistema de responsabilidad penal: por un lado, condiciona el sí de

---

<sup>179</sup> MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 134.

<sup>180</sup> MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 141.

<sup>181</sup> Las críticas a dicha postura exceden el propósito de este trabajo. Con mayor detalle, ver: ELLSCHEID/HASSEMER, en LÜDERSEN/SACK, Seminar: Abweichendes Verhalten, tomo II, 1975, pp. 266 y ss., citado por: BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal y el Estado de Derecho. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 119.

<sup>182</sup> BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal y el Estado de Derecho. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 120.

la pena; por otro lado, el cuánto de la pena, lo que significa en buenas cuentas que sólo es castigable la conducta de una determinada persona que haya sido obrada con culpa, y la gravedad de dicho castigo penal debe ser equivalente a su culpabilidad.<sup>183</sup>

#### c.6) El principio del hecho

Conforme señala este principio, se impone como presupuesto para la intervención del derecho penal la comisión de un hecho (acción u omisión) por parte de un sujeto. Por muy probable que pueda ser el atentado al bien o valor penalmente protegido, si no se realiza el hecho tipificado en la ley penal, no se justifica la intervención punitiva. Es decir, se castiga al hombre por lo que hace, y no por lo que es.<sup>184</sup>

### **3.2. La sociedad contemporánea y el derecho penal**

#### **a) Del derecho penal de la ilustración al derecho penal postindustrial. Síntesis.**

Si la ley ha sido creada atendiendo primordialmente a las circunstancias actuales en las que se desenvuelve la población, entonces existe una altísima probabilidad de que cumpla con su objetivo principal. En el caso del derecho penal, es posible sostener que podría cumplir con su premisa original (asegurar las garantías fundamentales de los ciudadanos), sólo si se ajustara a una determinada realidad ciudadana. Luego del período de la Ilustración, comenzaron a generarse un conjunto de cambios sociales, económicos y políticos, que construyeron un escenario muy complejo, con nuevas necesidades y problemáticas, respecto a las cuales el derecho penal de Beccaria y Ferrajoli ya no podía hacerse cargo. Para estos efectos, tanto la sociología el derecho elaboraron teorías y doctrinas que intentaron explicar la dinámica de estos cambios, y con ello, cimentar un sustento teórico que permitiera fundamentar una evolución del derecho penal coherente con la nueva sociedad que se daba a conocer.

---

<sup>183</sup> BACIGALUPO, Enrique. Principios de derecho penal. Parte General. España, Ediciones Akal, Quinta Edición, 1998, p. 109.

<sup>184</sup> BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Curso de derecho penal. Parte General. Tomo I. 2ª edición. Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, 2007, p. 32, citado por: SÁNCHEZ, Claudio, ob. cit., p. 36.

A lo largo de varias décadas del siglo XVII, existió un gran período de gran recesión económica y social, de crisis y reajuste secular, que contrasta singularmente con los períodos de expansión económica que lo precedieron y lo siguieron. De esta manera, no es extraño que el estallido simultáneo de revoluciones o conatos de revolución, al promediar el siglo XVII, en Inglaterra, Francia, el Imperio Español y Ucrania sea relacionado plausiblemente con esta crisis<sup>185</sup>. Es precisamente una consecuencia de este estallido (que tuvo lugar en una economía capitalista y a través de ella) que se gestara una economía basada fundamentalmente en el dominio de los medios de producción.<sup>186</sup> Luego de mantenerse por varios años dicha situación, las sociedades comenzaron a focalizar la inversión de las riquezas ya no en los instrumentos de producción, sino en los servicios cuyos capitales principales serían la educación, la ciencia y la investigación.<sup>187</sup> Este modelo económico es por antonomasia el adoptado por la denominada sociedad postindustrial. En ella, “el tejido de estratificación social se forma en base a la especialización y a la educación, siendo primario el capital humano, pues las industrias están basadas en la ciencia, por ello las instituciones básicas de la sociedad son las Universidades, las instituciones académicas y las corporaciones de investigación. (...) En esta sociedad es fundamental el aumento de la productividad causado por las nuevas tecnologías, situación que ha motivado que la mayoría de personas trabajen en el sector de los servicios.”<sup>188</sup>

**b) La sociedad del riesgo como consecuencia del derecho penal postindustrial.**  
**Características. Consecuencias.**

En la denominada sociedad postindustrial, el desarrollo de la tecnología juega un papel fundamental, ya que es precisamente éste uno de los factores (aunque no el único) que determina un nuevo conjunto de realidades sociales, que según el profesor Diez Ripollés, se podrían sintetizar de la siguiente forma: Al poner en práctica las nuevas tecnologías en los diversos ámbitos sociales,

---

<sup>185</sup> Por ello se sostiene que la Revolución Industrial no es solamente una aceleración del crecimiento económico, sino una aceleración del crecimiento determinada y conseguida por la transformación económica y social. Ver: HOBBSAWM, Eric. En torno a los orígenes de la revolución industrial. Argentina, Siglo XXI Editores Argentina, Vigésimo novena edición en español, 2004, p. 71.

<sup>186</sup> HOBBSAWM, Eric, ob. cit., pp. 89-90.

<sup>187</sup> BELL, Daniel.: El advenimiento de la sociedad postindustrial, Madrid, Alianza, 1973, p. 70, citado por: BALMACEDA, Gustavo, CASTRO, Carlos y HENAO, Luis, Derecho penal y criminalidad Postindustrial. Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, (p. 25).

<sup>188</sup> BELL, Daniel.: El advenimiento de la sociedad postindustrial, op. cit.; citado por: BALMACEDA, Gustavo, CASTRO, Carlos, HENAO, Luis, op. cit., p. 25.

se generan riesgos que resultan de difícil anticipación, los cuales se atribuyen a falta de conocimiento o manejo de las nuevas capacidades técnicas. Junto a ello, se crean actividades generadoras de riesgos que se entrecruzan unas con otras, de modo que el control del riesgo no sólo escapa al dominio de uno mismo, sino que tampoco queda claro en manos de quién está. Por último, dichos riesgos generan en la sociedad un exagerado sentimiento de inseguridad, el cual es potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos y las dificultades con las que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico y acompañar su vida cotidiana a él, y por la extendida percepción social de que la moderna sociedad tecnológica conlleva una notable transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la solidaridad colectiva.<sup>189</sup> En una sociedad de estas características, y en constantes cambios, no suena raro sostener que aumenten las demandas por educación superior, colocando a la profesión como el eje de existencia de los seres humanos, puesto que con ello se ha dado origen a uno de los cambios más importantes en la forma de vida del mundo contemporáneo, junto con la desigual distribución de los riesgos: la individualización.<sup>190</sup> Todas estas características son propias de la denominada sociedad del riesgo, en la cual “la modernidad avanzada y la producción social de la riqueza va acompañada por la producción de riesgos causados fundamentalmente por el desarrollo de las fuerzas productivas que generan riesgos sistemáticos, invisibles e irreversibles, causados especialmente por sustancias, nocivas tóxicas o radioactividad que generan daños incalculables en los seres humanos, los animales y los ecosistemas”.<sup>191</sup>

### **c) La sociedad de la información y del conocimiento en el contexto social moderno. Relación con la sociedad del riesgo.**

En el contexto de la denominada sociedad postindustrial, se ha planteado un paradigma que permite explicar los cambios experimentados en otros aspectos de la vida social: la sociedad de la

---

<sup>189</sup> DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. [En línea]. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, nº 07-01, (p. 01:4) <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>> [Fecha de consulta: 04.10.10]

<sup>190</sup> BECK, Ulrich, La sociedad del riesgo (traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y María Rosa Borràs), Barcelona, Paidós, 1998, pp. 170-175; GIDDENS, Anthony: Sociología (traducción de Jesús Cuéllar Menezo), Madrid, Alianza Editorial, 2004, pp. 103-107; citados por: BALMACEDA, Gustavo, CASTRO, Carlos, HENAO, Luis, op. cit., p. 31.

<sup>191</sup> BECK, Ulrich, La sociedad del riesgo (traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y María Rosa Borràs), Barcelona, Paidós, 1998, pp. 25-26, citado por: BALMACEDA, Gustavo, CASTRO, Carlos, HENAO, Luis, op. cit., p. 25.

información y del conocimiento, la cual ha sido definida como una “sociedad que crece y se desarrolla alrededor de la información y aporta un florecimiento general de la creatividad intelectual del ser humano, en lugar de un aumento en el consumo material”.<sup>192</sup> Considerando la proliferación de la internet en estos últimos diez años, si bien es posible de apreciar una gran cantidad de beneficios<sup>193</sup>, al mismo tiempo ello se convierte en un arma de doble filo, dado que un uso malicioso de dicha información genera, entre otros, un problema de grandes dimensiones: “la red nace como una nueva autopista de la información bajo la égida de la anomia, por cuanto la ausencia de regulación jurídica y, por tanto, de límites y de control definen Internet.”<sup>194</sup> Es justamente dicho aspecto el cual vincula este modelo con la sociedad del riesgo: si bien se ha sostenido que la sociedad del riesgo se asocia fundamentalmente al desarrollo de fuerzas productivas que generan riesgos invisibles e irreversibles ocasionados por sustancias nocivas, radioactividad, etc.,<sup>195</sup> de lo expuesto anteriormente es bastante claro que el desarrollo cada vez más avanzado de la Internet genera riesgos de los cuales, hasta el momento, nadie se ha podido hacer cargo.

**d) Los medios de comunicación en la sociedad de la información y del conocimiento. Influencia de los medios en la percepción ciudadana del delito. Vinculación con el derecho penal simbólico.**

Entre el sinnúmero de características que destacan la sociedad de la información<sup>196</sup>, nos detendremos en tres que consideramos de pertinencia para nuestro análisis. En primer lugar, la

---

<sup>192</sup> CASTELLS, Manuel. La era de la información. Vol. 1. La sociedad red, Madrid, Alianza, 1997, (p. 59), citado por: BALMACEDA, Gustavo, CASTRO, Carlos, HENAO, Luis, op. cit., (p. 24).

<sup>193</sup> El portal Wikipedia es la manifestación más clara del impacto que ha tenido esta teoría: a través de dicho portal, conocida como la enciclopedia virtual más grande del planeta, personas de todo el mundo pueden colaborar y aportar información respecto a un tema determinado, para luego ponerlo a disposición del mundo completo, o más bien, de cualquier persona que acceda a éste a través de su sitio web: <http://es.wikipedia.org/>.

<sup>194</sup> MORÓN LERMA, E., Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la Red, Pamplona, 1999, pp. 100 y ss., citado por: ZÚÑIGA, Laura, MÉNDEZ, Cristina, DIEGO DÍAZ-SANTOS, M<sup>a</sup> Rosario. Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías. España, Editorial Colex, 2001, p. 116.

<sup>195</sup> Ibid.

<sup>196</sup> Para efectos de este apartado, nos basamos en las explicaciones entregadas por: TREJO, Raúl. La sociedad de la información. Vivir en la sociedad de la información. Orden global y dimensiones locales en el universo digital. [En línea] Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación. Septiembre-Diciembre 2001, N° 1. Disponible en internet: <<http://www.oei.es/revistactsi/numero1/trejo.htm>> [Fecha de consulta: 04.10.10.]

omnipresencia: los nuevos instrumentos de información y sus contenidos forman parte del escenario público contemporáneo, los jóvenes de hoy frecuentan espacios de chat, emplean el correo electrónico y manejan programas de navegación en la red de redes con una habilidad literalmente innata. En este contexto, los medios de comunicación se han convertido en el espacio de interacción social por excelencia, con mayores facilidades para el intercambio de preocupaciones e ideas y a la vez, una riesgosa supeditación a los consorcios que tienen mayor influencia, particularmente en los medios de difusión abierta. En segundo lugar, la heterogeneidad: en los medios contemporáneos proliferan actitudes, opiniones y pensamientos que están presentes en nuestras sociedades, donde fundamentalmente Internet se ha convertido en un foro para manifestaciones de toda índole, en que con frecuencia otros medios exageran la existencia de contenidos de carácter agresivo o incómodo, según el punto de vista de quien los aprecie. Y en tercer lugar, uno de los más significativos, la desorientación: el universo de datos que circunda por todos los medios, y por sobre todo, Internet, no necesariamente implica una fuente de desarrollo personal y social, sino que también puede implicar un aturdimiento social y colectivo, frente al cual se requieren aprendizajes específicos que permitan prescindir de los datos inútiles. Estos elementos se conjugan con la tradicional función de los medios de comunicación (cual es informar y formar a la opinión pública)<sup>197</sup>, configurando un escenario muy especial al momento de trabajar en la actividad comunicativa del fenómeno criminal. En efecto, si bien permiten poner en el tapete los problemas sociales relacionados con el tema, a la vez generan efectos muy singulares en la ciudadanía: por un lado, los medios de comunicación presentan una realidad criminal distorsionada, sobredimensionando la gravedad y la frecuencia de ciertos acontecimientos al tiempo que otros hechos delictivos cotidianos son condenados al ámbito de lo excepcional; y por otro, ayudan a consolidar en la agenda pública una conciencia social y personal de preocupación en torno al delito.<sup>198</sup> ¿Y ello a qué responde? Es evidente que los medios de comunicación responden a intereses políticos y económicos, muchas veces por sobre los periodísticos<sup>199</sup>, pero

---

<sup>197</sup> Los medios de comunicación han asumido la función de foros de exposición y debate de los principales problemas sociales: seleccionan los acontecimientos que se van a convertir en noticias, establecen las noticias que serán objeto de discusión (fomentando dicho debate a través de artículos de opinión y editoriales que presentan diversos enfoques y perspectiva de análisis de solución de un problema, proponen medidas para solventarlo con la categoría de expertos: en gran medida, son agentes de control social que reconocen y delimitan el problema social. Ver: FUENTES, Juan. Los medios de comunicación y el derecho penal. [En línea]. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, nº 07-16, (p. 01:2) <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>> [Fecha de consulta: 04.10.10]

<sup>198</sup> Ibid.

<sup>199</sup> Ibidem.

además, es necesario considerar que los medios también se sirven de otros elementos, que con mucha claridad expone el profesor Diez Ripollés, al exponer el estado de la intervención penal en España: la prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana (ya que en los últimos años ha aumentado la preocupación en la población sobre la delincuencia y el miedo a ser víctima de un delito); la sustantividad de los intereses de las víctimas (las demandas de las víctimas guían el debate político-criminal, no admiten interferencias, y por lo demás, son ellas las que subsumen dentro de sus propios intereses los intereses de la sociedad); y el populismo y la politización (frente a la desacreditación de las opiniones de los expertos, y la consiguiente primacía de la percepción de la realidad social del pueblo mismo al momento de configurar las leyes penales, las fuerzas políticas buscan establecer una relación inmediata entre las demandas populares y la configuración del derecho penal), entre otras.<sup>200</sup> Dicho fenómeno no es exclusivo de España: en nuestro país, sin ir más lejos, los medios dan una exagerada cobertura a las noticias sobre delincuencia (un 24,3% del total de los noticiarios)<sup>201</sup>, generando sin lugar a dudas mayor temor en la ciudadanía y pérdida de la sensibilidad frente a estos hechos.<sup>202</sup> Así las cosas, nos encontramos en un ambiente muy favorable para el desarrollo del derecho penal simbólico, el cual, en palabras del profesor Diez Ripollés, busca transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, donde cuya capacidad de influencia queda confinada a las mentes o conciencias, produciendo emociones o sentimientos determinados<sup>203</sup>, ocupando un espacio no menos importante en la agenda política nacional, ya que precisamente ésta es una de las principales fórmulas que emplean los legisladores al momento de discutir y elaborar los proyectos de ley sobre los temas que generan mayor sensibilidad en la población (como lo es la seguridad ciudadana).

---

<sup>200</sup> DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. [En línea]. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2004, n° 06-03, (pp. 01:8-01:11) Disponible en internet: <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>> [Fecha de consulta: 04.10.10]

<sup>201</sup> NÚÑEZ, Leonardo. Delincuencia es el segundo tema con mayor presencia en los noticieros. [En línea]. El Mercurio On-line. 22.08.06. <<http://www.emol.com/noticias/todas/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=228945>> [Fecha de consulta: 04.10.10]

<sup>202</sup> COOPERATIVA ON-LINE. Experta aseguró que los medios están magnificando la delincuencia. [En línea]. Radio Cooperativa en línea. 07.10.05. [http://www.cooperativa.cl/p4\\_noticias/site/artic/20051007/pags/20051007094646.html](http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/site/artic/20051007/pags/20051007094646.html) [Fecha de consulta: 04.10.10]

<sup>203</sup> DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. [En línea] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art3.htm>, citado por SÁNCHEZ, Claudio, ob. cit., p. 50.



### **3.3. El derecho penal frente a la sociedad actual**

Lo expuesto en el numeral anterior es clave para el desarrollo de este tema: en una sociedad en la cual el desarrollo de las nuevas tecnologías y la internet se desenvuelven al interior de un mundo capitalista y altamente globalizado, donde los medios de comunicación manipulan caudales de información que se disgregan alrededor del planeta sin límites, la ciudadanía no mira con los mismos ojos al derecho penal como método de control social, sea porque, según veremos, desconfía de su eficacia gracias a la sobreexposición mediática de los hechos delictuales, o porque las nuevas formas de delinquir se encuentran en un punto vacío exento de sanciones o castigos normativos, o porque los intereses de la clase política se mezclan con los del pueblo, uniendo sus fuerzas para crear leyes penales en blanco, o bien, fomentando la expansión del derecho penal simbólico. Los principios inspiradores del derecho penal, en la época de la Ilustración, ¿se encuentran vigentes? Ésta y otras interrogantes relacionadas serán tratadas en este numeral.

#### **a) El derecho penal de la sociedad del riesgo y de la información. Fundamentos teóricos.**

A la luz de los elementos característicos ya analizados de la sociedad del riesgo, se pone en duda la capacidad de “respuesta” del derecho penal frente a los nuevos riesgos.<sup>204</sup> ¿Y de qué clase de “riesgos” estamos hablando? A lo menos se ha sostenido que existen tres grandes grupos de ellos: un primer grupo se refiere a supuestos derivados del progreso técnico y científico, como la técnica atómica, la informática, o la tecnología genética; un segundo grupo, que tiene por objeto normas de comportamiento ya castigadas en el Derecho administrativo sancionador, anticipando las barreras de la punibilidad: éste es el caso del derecho penal ambiental y el derecho penal económico; y un tercer grupo, los sectores no estrictamente “nuevos” ni ligados a los nuevos riesgos tecnológicos, pero en los que sí inciden otros rasgos de la actual sociedad, como la globalización y el carácter transnacional de ciertas formas de delincuencia.

Desde luego, lo anterior ha generado una serie de interrogantes respecto a la forma de enfrentar las nuevas formas de criminalidad que puedan devenir junto a estos cambios, las cuales no han podido

---

<sup>204</sup> Algunos hablan de <<crisis de prestación>>, aludiendo a la existencia cada día mayor y más patente de discrepancia entre aquellas prestaciones que se esperan del Estado desarrollado moderno y de su ordenamiento jurídico y las capacidades de los mismos para satisfacerlas. Ver: PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, Responsabilidad penal y <<nuevos riesgos>>: el caso de los delitos contra el medio ambiente, AP, número 10, 1997, p. 217, citado por: MENDOZA, Blanca, El derecho penal en la sociedad del riesgo. España, Madrid, Editorial Civitas, 2001, p. 39.

ser resueltas, en su gran mayoría. Y es en razón de esta ignorancia que el legislador ha adoptado medidas de un derecho penal claramente preventivo y acentuadamente anticipatorio de la punibilidad. ¿Qué clase de medidas ha adoptado? Por lo menos, se pueden clasificar en tres: la primera, la creación de nuevos bienes jurídicos supraindividuales de contenido difuso, dado que en el mundo actual se privilegia la protección de condiciones o estándares de seguridad y la evitación de perturbaciones sociales por sobre la represión o castigo de daños individuales y concretos; la segunda, la utilización creciente de delitos de peligro (y en especial, de peligro abstracto) ante las nuevas necesidades de protección y seguridad, ya que, además del deseo de evitar la producción imprudente de un resultado lesivo, se desea adelantar la prevención con el fin de garantizar una propia sensación de seguridad; y la tercera, la flexibilización y desformalización del derecho procesal penal y del derecho penal sustantivo, ya que sólo de esta manera se cree posible reaccionar de una forma más eficiente ante estos nuevos problemas.<sup>205</sup> Por estas razones se ha señalado que “(...) la más importante diferencia entre el <<viejo>> y el <<nuevo>> Derecho preventivo es que el nuevo Derecho penal del <<control global>> protege más bienes y distintos y, además, los protege antes, es decir, en un estadio previo a la lesión del bien jurídico. Por otra parte, tal tendencia preventiva conllevaría una flexibilización de los presupuestos clásicos de imputación objetivos y subjetivos, así como de principios garantistas propios del Derecho penal de un Estado de Derecho.”<sup>206</sup> Estos son los fundamentos de la expansión del punitivismo, propio de la sociedad del riesgo, sin relación alguna con los denominados principios tradicionales del derecho penal.

#### **b) El derecho penal del enemigo y el expansionismo.**

La doctrina del derecho penal del enemigo, cuya creación se le atribuye al autor alemán Günther Jakobs, concibe la existencia de dos categorías de normas penales: un derecho penal del ciudadano, en el cual la pena como coacción tiene un sentido de contradicción (la respuesta a un hecho que desautoriza una norma), que se encuentra dirigido contra “personas”; y por otra parte, un derecho penal efectivo, en contra de un “individuo” peligroso (distinto a una persona) donde la

---

<sup>205</sup> MENDOZA, Blanca, op. cit., pp. 68-92.

<sup>206</sup> PRITTWITZ, Cornelius, Strafrecht und Risiko, Untersuchungen zur Krise von trafecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt a. M., 1993, p. 245, citado por: MENDOZA, Blanca, ob. cit., p. 39.

pena como coacción adquiere un sentido específico: la eliminación de un peligro.<sup>207</sup> En este sentido, el derecho penal del enemigo consiste en una herramienta específica de combate contra determinada clase de personas que no ajustan sus conductas al “deber ser” de la sociedad, o en otras palabras, cuando no cumplen sus expectativas de conducta.<sup>208</sup>

Se ha señalado que la doctrina del derecho penal del enemigo no es más que una de las facetas de la denominada expansión del derecho penal. En palabras de Silva Sánchez, esta “expansión” comprende un conjunto de características: la tendencia a la reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal, junto con la creación de nuevos <<bienes>> jurídico-penales, la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, la flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía.<sup>209</sup> Ello nos da pie para comprender la tesis del profesor Cancio Meliá, conforme a la cual el derecho penal simbólico y el denominado resurgir del punitivismo constituyen el linaje del derecho penal del enemigo. Es decir, la creación de normas creadas con la intención de otorgar una “impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”, junto con la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes, constituyen el modelo del derecho penal del enemigo, que en España tiene su análogo con el modelo del derecho penal de la tercera velocidad.<sup>210</sup>

---

<sup>207</sup> Recordemos que “persona” e “individuo” para Jakobs son dos conceptos distintos: en un caso, persona, es aquel que actúa conforme a derecho en un determinado contexto social, mientras que el individuo, en vez de autodeterminarse por la norma, se rige por el principio del placer, haciendo todo lo que le parezca más provechoso, y en definitiva, sin importar si dichas actitudes se encuentran conforme a derecho. Ver: JAKOBS, Günther, Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie. Dritte, erheblich veränderte Auflage, Duncker & Humblot, 2008, págs. 9 y ss. 29, citado por: JAKOBS, Günther, Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo, En: DERECHO PENAL del enemigo, por: el mismo, y CANCIO MELIÁ, Manuel. España, Madrid, Editorial Civitas, 2003, pp. 21-33.

<sup>208</sup> En este sentido: “Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Como ya se ha indicado, KANT exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa que hay que protegerse frente a los enemigos.” JAKOBS, Günther, ob. cit., pp. 47-48.

<sup>209</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. España, Madrid, Editorial Civitas, 1998, pp. 17-18.

<sup>210</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, ¿<<Derecho penal>> del enemigo?, En: Derecho penal del enemigo, por: JAKOBS, Günther y el mismo, ob. cit., pp. 65-83.

Aun cuando parezcan similares, tanto el modelo del derecho penal de la sociedad del riesgo como el derecho penal del enemigo inciden en al menos un punto en común: la anticipación de la punibilidad, un factor decisivo en la adopción de modelos político criminales en los sistemas penales actuales.

**c) Las posturas doctrinales frente a este nuevo modelo social y la política criminal derivada de ellas: el derecho penal mínimo, el derecho penal de la segunda y tercera velocidad, la resistencia garantista, el derecho penal de la seguridad**

Los nuevos cambios en la sociedad del riesgo generaron una rápida reacción institucional por parte del Estado, de la cual no se encontraba ajeno el derecho penal. Ya vimos anteriormente que gran parte de las medidas adoptadas por el legislador en la materia coinciden con una anticipación en el momento de la intervención penal en distintos ámbitos (sean o no desconocidos para el conocimiento humano), y una progresiva expansión de la acción penal en disciplinas que antes jamás se hubiesen considerado objeto de intervención punitiva. Una vez enfrentada a esta situación, la dogmática jurídico penal (fundamentalmente europea) no fue unánime en torno a la defensa de la legitimidad de estas disposiciones estatales, generando una interesante discusión que permanece hasta nuestros días. Para efectos de este trabajo, nos remitiremos a revisar someramente el alcance de las distintas opiniones de estos autores, con la finalidad de evaluar el diagnóstico que ellos hacen de la situación.

El profesor Díez Ripollés, en un artículo de reciente publicación<sup>211</sup>, ha señalado que frente a la evolución del derecho penal y la política criminal antes indicada, se han perfilado, a grandes rasgos, cuatro posturas doctrinales: a) la primera, que nace de la escuela penalista de Frankfurt, entre cuyos mayores exponentes destaca Hassemer, con el fin de mantener la estructura tradicional del derecho penal iniciado en la Ilustración, y rechazando las transformaciones que el abordaje de la problemática de la sociedad del riesgo exige al derecho penal clásico (fundamentalmente, la alteración de una consolidada galería de bienes jurídicos individuales y los sistemas de imputación de responsabilidad basado en esto últimos), propone crear un nuevo derecho de la intervención, a medio camino entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador; b) la segunda, defendida por el destacado jurista español Jesús-María Silva

---

<sup>211</sup> Para efectos de esta explicación, nos basamos en lo expuesto por: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado [En línea]. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, nº 07-01, pp. 01:6-01:9. <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>> [Fecha de consulta: 04.10.10]

Sánchez, aceptando la premisa bajo la cual las nuevas demandas sociales deben tener repercusión en el derecho penal, propone estructurar dos clases de derecho penal: el primero sería el derecho penal clásico, mientras que el segundo sería el denominado derecho penal de la segunda velocidad, que se ocuparía especialmente de las nuevas perturbaciones sociales modernas que está sacando a la luz la sociedad del riesgo<sup>212</sup>; c) la tercera, defendida por un importante sector de la doctrina española, que surge como una reacción ante las críticas formuladas por el pretendido abandono del derecho penal de los principios básicos en el contexto del nuevo modelo del derecho penal de la sociedad del riesgo, es básicamente una justificación de las medidas político criminales adoptadas en este nuevo modelo penal, señalando que no se han pasado a llevar los principios limitadores del *ius puniendi*, sino que por el contrario, el derecho penal ha mostrado ser sobradamente más eficaz que el derecho administrativo sancionador en la prevención de conductas especialmente peligrosas, y junto con ello, los bienes jurídicos colectivos han acreditado su autonomía conceptual; d) la cuarta, defendida entre unos pocos autores, por Blanca Mendoza Buergo, es calificada por el autor como la resistencia garantista, ya que en opinión de esta postura, que critica fuertemente la justificación de este nuevo modelo penal, el intercambio de garantías por eficacia, propio de la doctrina modernizadora, desencadena en casos de bagatela y lesiona los principios de fragmentariedad y proporcionalidad, olvidando que un adecuado manejo del principio de subsidiariedad permite obtener la eficacia del derecho penal que los modernizadores defienden tenazmente, señalando por último que esta política criminal moderna termina asignando al derecho penal una función meramente educadora, que le hace caer en las redes del derecho penal simbólico.

Por último, en una visión algo diferente de las expuestas anteriormente, el profesor alemán Urs Kindhäuser defiende un planteamiento especial en torno al “derecho penal de la seguridad” como una de las condiciones de la sociedad del riesgo. Su modelo parte evaluando la premisa de que la seguridad, aun cuando es materia propia del derecho administrativo, se pueda llevar de manera eficaz a través del derecho penal. En base a esta razón, y en consonancia con la

---

<sup>212</sup> Con todo, la imagen de las “dos velocidades” induce inmediatamente a pensar en el derecho penal del enemigo como el derecho penal de la tercera velocidad, en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad, y a pesar de su presencia, la “flexibilización” de los principios político-criminales y las reglas de imputación. Ver: SILVA SÁNCHEZ, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª edición, 2001, páginas 163 y ss., citado por: CANCIO MELIÁ, Manuel, ¿«Derecho penal» del enemigo?, en: Derecho penal del enemigo, por: JAKOBS, Günther y el mismo, ob. cit., p. 83.

concepción que este autor mantiene de los delitos de peligro abstracto como aquellos que se tipifican para posibilitar seguridad y la consideración de que ésta se ha consolidado como una idea directriz en la sociedad actual, afirma que “(...) no está claro que el <<prudente y poco flexible>> Derecho penal liberal del Estado de Derecho, con sus reglas de prueba y su principio de culpabilidad, con sus exigencias ético-jurídicas y su necesidad de legitimación difícil de resolver, sea el medio acertado para la superación de los omnipresentes problemas de seguridad de la sociedad del riesgo, mientras que, simultáneamente, sostiene que las normas que procuran seguridad, que prohíben el menoscabo de condiciones de seguridad, son reglas legítimas de la vida en común. Ante este dilema, acepta –como por lo demás parece lógico–, que de la legitimidad de las reglas de comportamiento no se deriva en absoluto que su cumplimiento también haya de obtenerse siempre por medio del recurso a la pena criminal, ya que el punto de máxima sensibilidad del Derecho penal no son las normas de comportamiento, sino las normas sancionadoras. Por ello, admite que las soluciones adecuadas sólo pueden venir por la vía de reconocer y respetar el carácter de ultima ratio del Derecho Penal para la resolución de los conflictos sociales como los planteados en este terreno y, por tanto, el recurso a otras ramas jurídicas para la defensa frente a los peligros, pues este es en primera instancia el medio legítimo para procurar seguridad. (...)”<sup>213</sup>

Como podemos ver, no existe uniformidad de criterio en torno a la forma de enfrentar la política criminal en la sociedad actual. Pero es curioso ver que en todos estos casos, aun cuando las medidas que se disponen adoptar las distintas posturas doctrinales son de la más amplia variedad, sus defensores sostienen con firmeza que ninguno de ellos ha vulnerado en absoluto los principios orientadores del derecho penal.

**d) La criminalización de las conductas de connotación sexual: abusos sexuales, *child grooming*, pornografía.**

La ola expansiva de la punición estatal ha devenido necesariamente en un incremento en el castigo de la delincuencia sexual a través del derecho penal. Se ha sostenido que responde a la inocuización de los delincuentes sexuales, o lo que es lo mismo, “proteger a la sociedad” del peligro que representan aquellas personas que manifiestan tanto una tendencia a la repetición de los delitos graves, como a los delitos sexuales violentos. Así, en el derecho comparado, en

---

<sup>213</sup> Las cursivas son del autor: KINDHAÜSER, Urs, Sicherheitsstrafrecht – Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft, Universitas, 1992, p. 234, citado por: MENDOZA, Blanca, op. cit., pp. 129-130.

términos generales, la lucha contra este peligro se ha articulado principalmente desde la lógica de la prolongación de la privación de libertad durante el tiempo que dure la situación de peligrosidad. En países como Estados Unidos o Inglaterra, la naturaleza de esta prolongación no constituye una preocupación, sino que la finalidad preventiva lleva a justificar en muchos casos la imposición de la privación de libertad por tiempo indeterminado como pena en tanto estrategia de neutralización. En Alemania, por su parte, la privación de libertad con fines exclusivamente inocuidadores se articula mediante el recurso a las medidas de seguridad cuya duración tras las últimas reformas del StGB también puede llegar a ser indeterminada. En ambos casos, la situación de imputabilidad del delincuente peligroso no es obstáculo a la imposición de la pena prolongada o a la adopción de la medida de seguridad de internamiento. En cambio, el derecho penal español, en el cual las medidas de seguridad son también el instrumento llamado a responder a la peligrosidad criminal del autor, en la actualidad, no contempla la posibilidad de imponer medidas de seguridad privativas de libertad a sujetos imputables que manifiesten dicha peligrosidad, sino que por el contrario, las reacciones a la peligrosidad criminal para delincuentes plenamente imputables se reconducen a ciertos efectos en el ámbito del cumplimiento de las penas (endurecimiento del régimen de sustitución y suspensión), a la imposición de penas accesorias privativas de derechos y a las agravaciones generales por reincidencia.<sup>214</sup> La denominada “protección a la sociedad” responde a un cambio de paradigma en torno al cual se mueve la política criminal actual: si antes la determinación de la pena criminal se justificaba para sancionar los ataques contra el Derecho en tanto garante del aseguramiento de la libertad de la ciudadanía, hoy, por el contrario, la pena tiene asignada la función de evitar las consecuencias negativas de la violación de la ley para la estabilidad del sistema y para la confianza en la vigencia del Derecho, como hemos revisado con ocasión de los fundamentos jurídicos de la sociedad del riesgo.<sup>215</sup> Es en este sentido que debemos comprender la anticipación punitiva en materia de delincuencia sexual.

---

<sup>214</sup> ROBLES, RICARDO, “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad. [En línea] INDRET, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2007. <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78453/102441>> [Fecha de consulta: 15.10.10]

<sup>215</sup> Es decir, la teoría de la prevención, contraria a los principios del derecho penal de la Ilustración, ha dado un giro en el cual se abandona el bien jurídico individual con la finalidad de consolidar la premisa de la “protección del sistema”. Ver: ALBRECHT, Peter-Alexis, El derecho penal en la intervención de la política populista, En: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra. La insostenible situación del Derecho Penal, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, España, Comares, 2000, pp. 474-475.

### **3.4. Suficiencia de las medidas político-criminales adoptadas.**

En esta sección, revisaremos la justificación de la penalización de la delincuencia sexual, especialmente en el caso de nuestro país. Para estos efectos, estudiaremos: i) las medidas adoptadas en Chile en relación a las nuevas forma de criminalidad, y en especial, el *child grooming*; ii) los fundamentos político-criminales en que se basan (especialmente, el contexto mediático y social, y la teoría del delito que se sigue al respecto); y iii) la suficiencia del castigo penal de dichas conductas, en vista de los argumentos analizados.

#### **a) La acción penal contra las nuevas formas de criminalidad en Chile. El caso del *child grooming*.**

En nuestro Código Penal existen escasas disposiciones que regulen conductas propias de las nuevas formas de delincuencia en los términos anteriormente revisados. No obstante ello, se han promulgado leyes especiales en materias de alta connotación social (que normalmente se asocian a la criminalidad organizada) anticipando la intervención penal (la fórmula jurídica por antonomasia del derecho penal del riesgo) a través de normas redactadas en un sentido amplio y con pluralidad de hipótesis. Baste señalar como ejemplo, el caso de la Ley 20.000, que sustituye la ley 19.366, y que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en la cual se penaliza no sólo la posesión clandestina de drogas y el tráfico de éstas en sentido amplio, sino que también el tráfico de precursores (sustancias que pueden ser destinadas a la preparación de drogas estupefacientes)<sup>216</sup>; o el caso de la Ley 20.014, que modifica la ley 17.798, conocida como la ley de control de armas, cuyas modificaciones más relevantes apuntaban a ampliar las sanciones al porte y uso de escopetas hechizas, armas modificadas, bombas incendiarias (molotov) y armas cuyos números de serie hayan sido borrados tras un robo.<sup>217</sup>

Quizás la normativa más relevante al respecto es aquella que regula, en materia de delitos sexuales, la violación (artículos 361 y 362 del Código Penal), el estupro (artículo 363 del Código Penal), el abuso sexual agravado, propio e impropio (artículos 365 bis, 366, 366 bis, 366 ter y

---

<sup>216</sup> LEY 20.000, que sustituye la ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, publicada en el Diario Oficial de 16.02.2005. En sus artículos 1, 2 y 3 se castiga el tráfico en sentido amplio, la posesión clandestina de drogas, el tráfico de precursores, incluida la comisión culposa.

<sup>217</sup> LEY 20.014, que modifica la ley 17.798 sobre Control de Armas, publicada en el Diario Oficial de 13.05.2005. En sus artículos 2 y 3 se describe un catálogo de armas sujetas a control por esta ley, y las prohibiciones de porte o tenencia de dichas armas, respectivamente.



366 quáter), la prostitución de menores (artículos 367, 367 bis y 367 ter del Código Penal) y la producción, comercialización, importación, exportación, distribución, difusión o exhibición de material pornográfico (artículos 366 quinquies y 374 bis del Código Penal). Como podemos ver, el denominado *child grooming*, no se encuentra tipificado en nuestra legislación, motivo por el cual diputados de la República han presentado proyectos de ley, que incorporando normas en el Código Penal y en el Código Procesal Penal, establecen sanciones penales para esta clase de conductas. Pero antes de revisar ello, es necesario saber de qué hablamos cuando hablamos de *child grooming*, sus alcances y regulación jurídica en los países en que se encuentra legislado.

#### a.1) Concepto de *child grooming*

Se han detectado variados niveles de profundidad respecto al involucramiento de los abusadores con los menores de edad. Una de estas categorías de involucramiento se ha calificado como “*groomer*”, la cual describe a aquellos abusadores que desarrollan relaciones cibernéticas con menores de edad e intercambian pornografía infantil con ellos. Así, el “*grooming*” involucra directamente el abuso de menores, y aun cuando los abusadores probablemente no se encuentran relacionados cibernéticamente entre ellos, se exponen al riesgo de ser detectados debido a su contacto con los menores.<sup>218</sup> Pero también se ha entendido que dicha expresión involucra, además del abuso propiamente tal, la forma que utilizan los abusadores para entrar en confianza con los niños: trabajar como *baby-sitter* (cuidador de niños) le da oportunidades al abusador para estar con el niño.<sup>219</sup> En consecuencia, la expresión *child grooming* involucra dos niveles de conductas: la conquista de la intimidad del abusador con el menor, y el abuso de éste mismo a través de los recursos cibernéticos.

---

<sup>218</sup> WORTLEY, Richard y SMALLBONE, Stephen. Child Pornography on the Internet. [En línea] Community Oriented Policing Services U.S. Department of Justice, Problem-Oriented Guides for Police, Problem-Specific Guides Series No. 41, 2006, p. 15. <<http://purl.access.gpo.gov/GPO/LPS70983>> [Fecha de consulta: 15.10.10.]

<sup>219</sup> Por esta razón, se ha sostenido que: “Appearing nice and caring is called ‘grooming’ and makes it easier for an abuser to abuse.” Ver: WITTEN-HANNAH, Caroline, MILLER, Frances y MCCARTHY, John. Ending Offending Together. All about child sexual abuse, the people who commit and how to stop it. [En línea] Child, Youth and Family Services booklet, 2004, p. 18. <<http://www.safenz.org/Downloads/Ending%20Offending%20Together.pdf>> [Fecha de consulta: 15.10.10]

### a.2) Normativa internacional en materia de *child grooming*

Si bien la pornografía y el *child grooming* constituyen un fenómeno que cada vez genera más impacto social en el mundo, son pocas las legislaciones que imponen sanciones a esta clase de conductas. A modo de ejemplo: “En Alemania se sanciona al que ejerza influencia sobre el menor por medio de la exhibición de ilustraciones o representaciones pornográficas o por dispositivos sonoros de contenido pornográfico o por conversaciones en el mismo sentido con una pena privativa de libertad de tres meses hasta cinco años; El ordenamiento australiano también sanciona el uso de servicios de transmisión de comunicaciones por medios electromagnéticos para procurar que una persona se involucre, tiente, aliente, induzca o reclute, en actividades sexuales a personas menores de 16 años de edad con una pena de 15 años de prisión. En Escocia se contemplan normas sobre *child grooming*, pero lo llaman “reunión con un menor de 16 años después de algunos contactos preliminares” a través del chat y contempla una pena máxima de 10 años de cárcel. En Estados Unidos se prohíbe transmitir datos personales de un menor de 16 años con el fin de cometer un delito de carácter sexual. En el estado de Florida, en 2007, se aprobó la Ley de Ciber-crímenes contra Menores, la que sanciona a quienes se contacten con menores por Internet y luego sostengan encuentros con el fin de abusar sexualmente de ellos. La ley obliga a los delincuentes sexuales a registrar con la policía sus direcciones de correo electrónico y los nombres que utilizan en los servicios de mensajería instantánea. La Convención sobre la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual, 2007, es el primer documento internacional que señala como delitos penales las distintas formas de abuso sexual de menores, incluyendo el *child grooming* y el turismo sexual.”<sup>220</sup> La especial calificación de este delito en algunas legislaciones del mundo nos puede indicar que existen dos realidades distintas en el resto de los ordenamientos jurídicos: o bien, son países que poseen normas eficaces que contemplan el castigo de estas conductas dentro de las normas generales (o quizás, si no en sede penal, a través de otras formas de control social); o bien, son países cuyas estructuras jurídicas no lo contemplan de forma expresa, y deben por tanto servirse de las reglas generales en la materia (por ejemplo, si lo trasladamos al caso español, en el cual se vive esta última situación, el *child grooming* debería ser castigado conforme a las normas contenidas en el Título VIII del actual Código Penal contra la Libertad e

---

<sup>220</sup> MAZZO, Rodrigo y BUSTOS, Andrea, ob. cit.

indemnidad sexuales, además de los incluidos en los delitos contra la libertad del Título VI en relación con las coacciones y amenazas.)

### a.3) Regulación del *child grooming* en Chile

Atendido que no existe norma expresa en nuestra legislación que castigue la conducta constitutiva de *child grooming*, existen dos proyectos de ley que buscan penalizar dicha conducta, incluyendo modificaciones a nuestro Código Penal, los cuales serán revisados a continuación.

#### a.3.1) Proyecto de Ley que introduce modificaciones al Código Penal, para sancionar la seducción de menores y otros abusos contra menores por medios virtuales (Boletín 5751-07)

El proyecto de ley contenido en el boletín 5751-07<sup>221</sup>, se sostiene en torno a los siguientes fundamentos:

“La masificación del uso de nuevas tecnologías, como internet, chat, mensajes multimedia, entre otros, asociado al bajo costo de computadores y teléfonos celulares, ha implicado un gran beneficio para todos los usuarios, especialmente en el caso de escolares y universitarios, que aprovechan las ventajas que éstos les reportan para su educación.

Sin embargo, el uso y masificación de la tecnología también ha traído aparejada una serie de problemas y riesgos, especialmente para los menores, que muchas veces no discriminan bien con quienes mantienen relaciones virtuales, no llegando a dimensionar bien los problemas que pueden presentarse.

Es así como ha empezado a aparecer en Chile una práctica que en otros países ya se está convirtiendo en un verdadero problema para los menores y ante el cual las autoridades ya están empezando a tomar cartas en el asunto. Se trata del *grooming* o la seducción virtual de menores por medio de engañar o falsear la identidad para obtener fines sexuales.

---

<sup>221</sup> Boletín 5157-01. Proyecto de ley que introduce modificaciones al Código Penal para sancionar la seducción de menores y otros abusos contra menores por medios virtuales. [En línea] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <[http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil\\_proyectos.pl?5751-07](http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?5751-07)> [Fecha de consulta: 03.04.2010.]

En la práctica, se trata de mayores de edad que ingresan a salones de chat dirigidos a sus grupos objetivo (niños, niñas, diferenciados por edad, etc.) donde se hacen pasar por menores, logrando la confianza con algunos y consiguiendo finalmente la comunicación virtual privada entre ambos. Es en esa instancia posterior donde este pedófilo, que se hace pasar por un menor, consigue la obtención de imágenes del menor real y le insta a realizar actos sexuales o con connotación sexual. Estas imágenes son posteriormente almacenadas por el pedófilo y subidas a la red para compartirlas o bien venderlas a otros pedófilos.

Se trata, entonces, de una conducta realizada deliberadamente, con la intención de establecer una relación con un menor, cuyo fin último es lograr abuso sexual directo o indirecto. Es una actividad planeada cuidadosamente y manejada por etapas, donde el abusador crea las condiciones para no ser detectado y llegar gradualmente al momento del acercamiento físico sobre el menor u obtención de objetivos.

Debido a un vacío en nuestra legislación esta conducta no está sancionada penalmente, ya que se exige que el menor esté **delante** del adulto, lo que no se considera que se cumple cuando se realiza a través de medios de comunicación a distancia.”

Para ello, plantean introducir la siguiente modificación al art. 366 quáter:

"La misma pena se aplicará al que, a sabiendas de que trata con un menor de edad, por medios electrónicos o presenciales, lo sedujere o intente seducir, con fines sexuales, para lograr su excitación o la de otro".

El gran mérito de este proyecto de ley radica en dos grandes puntos: el primero, es que contextualiza el ámbito en el cual es posible cometer delitos de abuso sexual (los medios virtuales), y el segundo, que se detalla en el párrafo precedente, radica en uno de sus fundamentos: el vacío del art. 366 quáter, dado que la exigencia de que el menor esté “delante” del adulto no se cumple en los casos de abuso sexual por medios cibernéticos o “a distancia”. Actualmente, dicho proyecto de ley sigue estancado en el Congreso.

a.3.2) Proyecto de ley que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil (Boletín 5837-07)

Por otra parte, el segundo proyecto de ley a revisar aquí, contenido en el Boletín 5837-07<sup>222</sup>, se fundamenta en los siguientes términos:

“El acceso masivo a los recursos informáticos y particularmente a la red Internet a la vez que ha creado nuevos espacios de conocimiento y entretención también ha creado nuevas amenazas, particularmente para los menores de edad.

En efecto, pedófilos y pederastas han buscado los vacíos legales de nuestro ordenamiento para buscar acercamientos sexuales con menores.

En el derecho anglosajón se conoce como “child grooming” la práctica de contactar a menores en sitios de conversación mediante identidades simuladas para sostener con ellos conversaciones de carácter sexual con el objeto de conseguir que el menor envíe imágenes suyas para procurar su excitación sexual, o incluso encontrarse físicamente para abusar de ellos. Estos encuentros pueden o no estar acompañados de engaños, amenazas o coacciones.

El problema ha sido abordado por países como el Reino Unido, Canadá y los Estados Unidos.

En nuestro país, que experimentó un crecimiento del acceso residencial a Internet entre 2000 y 2006 de 9.14%, la Policía ya ha tomado conocimiento de hechos que podrían tener las características del “child grooming”.

Es por ello que, sin perjuicio que nuestra legislación actual ya sanciona algunas hipótesis de esta forma de abuso, resulta necesario precisar sus términos y adoptar las prácticas preventivas de las legislaciones extranjeras.

El proyecto aborda, por tanto, el empleo de los medios informáticos y virtuales para cometer esta clase de delitos y se ocupa del problema del “child grooming” o acoso sexual de menores.”

En base a estos argumentos, se pretende modificar el art. 366 quáter de la siguiente forma:

---

<sup>222</sup> Boletín 5837-07. Proyecto de ley que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil. [En línea] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <[http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil\\_proyectos.pl?5837-07](http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?5837-07)> [Fecha de consulta: 03.04.2010.]

“A) En el inciso primero:

a) Intercalase entre las frases “excitación sexual de otro”, y “realizare acciones” el siguiente texto: “por cualquier medio, o soporte”.

b) Intercálase entre las frases “ver o escuchar” y “presenciar espectáculos”, el siguiente texto:

“por cualquier medio material o virtual, directo o de transmisión a distancia material con connotación sexual o le hiciere participar en acciones de connotación sexual,”

B) En el inciso segundo:

a) Intercalase entre las frases “excitación sexual de otro”, y “a una persona menor” el siguiente texto: “por cualquiera de los medios señalados en el inciso interior,”

b) Sustitúyase la palabra “determinare” por “incitare”

c) Intercálese entre las frases “suyo o de otro” y “la pena será” el siguiente texto: “o a entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona, con significación sexual,”

C) Intercalase como nuevo inciso tercero el siguiente:

“El que, con la intención de realizar cualquiera de las conductas descritas en los párrafos 5 y 7 de este título, por cualquier medio de los indicados en los incisos precedentes concertare o llevare a efecto un encuentro, con una persona menor de catorce años, será sancionado con presidio menor en cualquiera de sus grados.”

D) En el inciso tercero, que pasa a ser cuarto, agréguese a continuación del punto seguido que pasa a ser coma, la siguiente frase: “o mediante amenazas en los términos de los artículos 296 y 297.”

Este proyecto de ley es el que más avances ha mostrado el último tiempo. Sin ir más lejos, en mayo del presente año se llevó a cabo una discusión particular sobre el contenido del proyecto, en segundo trámite constitucional<sup>223</sup>, de la cual se obtuvieron las siguientes enmiendas:

---

<sup>223</sup> DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, Legislatura 358ª, Sesión 21ª, miércoles 19 de mayo del 2010.

“Se agrega como conducta penada: al que realice alguna de las conductas descritas con una persona menor de edad pero mayor de 14 años mediante amenazas en los términos de los artículos 296 y 297 del Código Penal. (...) Por ejemplo, ‘Si tú no me envías más fotos, si no quieres exponerte a través de la webcam en acciones de significación sexual, voy a contarle a tu papá sobre las imágenes que me has enviado.’”

Además, se agregan dos incisos al art. 366 quáter (cuarto y quinto respectivamente):

-“Que las penas señaladas en el artículo se aplicarán también cuando los delitos descritos en él sean cometidos a distancia, a través de cualquier medio electrónico, y

- Que cuando se cometa cualquiera de los delitos descritos en el artículo, el autor falseare su identidad o edad, se aumentará la pena aplicable en un grado.”

A nuestro parecer, la propuesta que actualmente sigue su tramitación en el Senado tiene, entre otros, muchos elementos interesantes. Uno de ellos es la premisa según la cual fundamentan su proyecto de ley: “Establecemos que los delitos que se cometan a través de medios electrónicos serán sancionados igualmente que los realizados en presencia física”.<sup>224</sup> Considerando que los medios comisivos a utilizar para cometer delitos de connotación sexual en la figura del *child grooming* requieren un cierto grado de conocimiento técnico por parte del sujeto activo, más allá del requerido respecto a las circunstancias que rodean a la víctima (como es, por ejemplo, el uso de programas informáticos para obtener cuentas de correo electrónicas, usar un cliente de mensajería instantánea como MSN Messenger o alguno similar, para luego ponerse en contacto con la potencial víctima de manera fraudulenta), incluso mayor en comparación a un delito de abuso sexual puro y simple, es evidente que representa un delito cuya penalidad debiese estar en el mismo nivel o incluso mayor que respecto del primero. No obstante ello, deberíamos hacernos la siguiente pregunta: ¿es lo mismo cometer delitos de connotación sexual, como el abuso sexual, por medios físicos, que por medios electrónicos? ¿Es posible equiparar las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de una u otra conducta respecto de la víctima? ¿Qué principios del derecho penal permiten adoptar dicha posición?

---

<sup>224</sup> Ibid.

## **b) Justificación de la penalización del *child grooming*. Evaluación.**

El castigo penal de esta conducta merece al menos dos niveles de análisis: por una parte, revisaremos la necesidad y el merecimiento de pena de esta conducta, en el contexto de nuestra sociedad actual, y por otra, si aceptamos que dicha conducta debe ser punible, revisaremos bajo qué argumentos se sustenta.

### **b.1) La política criminal detrás de la delincuencia sexual**

¿Qué es la política criminal? Desde tiempos remotos, “(...) Franz Von Liszt creó la política criminal como disciplina científica, concibiéndola como el conjunto de criterios determinantes de una lucha eficaz contra el delito. Su punto de partida, como es sabido, era una concepción determinista del hombre, una visión del delito como reflejo de la peligrosidad del mismo (social e individualmente determinada) y una fe positivista en la posibilidad de corregir los factores individuales (por la psiquiatría o la instrucción) y las estructuras sociales (por la política social) que conducen al delito.”<sup>225</sup> Esta fórmula determinista plasmada en los orígenes de la política criminal, nos permite entender el enfoque científico que ésta ha adoptado durante mucho tiempo. Ahora bien, ¿es válido entender la política criminal desde este punto de vista en el mundo actual?

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, la legitimación de las medidas político criminales se ha intentado encontrar, a lo menos, en los principios de necesidad y proporcionalidad. Pero más que destacar la acogida de estos principios en una determinada sociedad, lo importante es determinar cuáles son los criterios de valoración empleados que permitan decidir que una intervención punitiva es subsidiaria de otra y proporcionada a la consecución de un determinado objetivo.<sup>226</sup> Al respecto, y considerando el contexto de la realidad social actual, es perentorio adoptar métodos relativistas (por oposición a medidas absolutistas). “Así, según un punto de vista, el valor relativo de los bienes que se manifiestan en la interacción social sería una cuestión que decidirían los propios integrantes del grupo social sobre la base de un criterio procedimental comunicativo, que se entiende de modo diverso según los autores (teorías del consenso; ética del

---

<sup>225</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Política Criminal y Persona. Argentina, Buenos Aires, Editorial Ad-hoc S.R.L., 2000, pp. 15-16.

<sup>226</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, p. 25.



discurso). El producto de esta propuesta sería un relativismo individualista de base liberal. Según otro punto de vista, dicho valor vendría dado por la propia constitución social, que no se conforme de modo esencial por dicho consenso, sino más bien esencialmente por una determinada tradición cultural: a lo que algunos añaden la idea de que en dicha configuración prima el aspecto funcionalista relativo a la autoconservación del grupo social. El producto de esta propuesta sería un relativismo comunitarista de base socio-cultural, eventualmente funcionalista.<sup>227</sup> La conjugación de ambos elementos, que apuntan tanto a un consenso social como a una determinada tradición cultural, nosotros la entendemos plasmada en dos factores de suma importancia al momento de plantear estrategias legislativas: a) las influencias de los medios de comunicación y los intereses políticos en el Derecho Penal, puesto que responden a la satisfacción de determinados grupos sociales con la finalidad de usar determinada clase de información como una forma de poner sobre el tapete el estado de la delincuencia en el país, como se verá más adelante ;y b) la teoría del delito aplicable en un determinado contexto social, puesto que ella es indispensable si se quiere decidir la necesidad o merecimiento de sanción penal de cierta clase de actos.<sup>228</sup> Es por ello que veremos a continuación el papel que juegan estos dos elementos al momento de hacer política criminal en nuestro país.

#### b.2) El derecho penal y su instrumentalización a través del Estado, los medios de comunicación, y los intereses políticos

A estas alturas, es imposible indagar en las limitaciones en el ejercicio del *ius puniendi* sin advertir el control político que subyace a éste. ¿Cuál es el alcance que tiene dicho control? El profesor Bacigalupo ha señalado tajantemente en este sentido que “(...) El derecho penal moderno no es absoluto y está sometido a controles políticos que no se deducen de las teorías de la pena. Se trata de controles establecidos en la Constitución y que requieren actos concretos de un poder del Estado, que operan limitando las facultades del Poder Judicial para la aplicación del

---

<sup>227</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, pp. 26-27.

<sup>228</sup> Porque tal como señala el profesor Silva Sánchez: “Es asimismo competencia de la política criminal la determinación de cómo es el delito; esto es, de cuáles son sus rasgos estructurales característicos. Así, si el delito es un “modo de ser”, o un síntoma, o un estado o, por el contrario, un hecho. Y, a partir de esta última constatación, cuáles deben ser los elementos integrantes de ese hecho. Obsérvese que, desde el punto de vista adoptado, la teoría del delito no deja de ser un eslabón más de toda la política criminal. Lo que pone de relieve hasta qué punto es cierta la afirmación de que también la ciencia del Derecho penal, también la propia dogmática de la teoría jurídica del delito, realiza política criminal.” Ver: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, ob. cit., p. 24.

derecho penal mediante autorizaciones parlamentarias o mediante correcciones de las sentencias por parte del Ejecutivo. (...)”<sup>229</sup> Conforme a dicha visión, el ejercicio punitivo del Estado está claramente regulado, tanto por la Constitución, como por las diversas leyes sobre la materia. Lamentablemente, dicha expresión parece extraída de un libro de cuentos de Estados de Derecho.<sup>230</sup> el ejercicio de la política criminal, el día de hoy, se encuentra vinculada con una gama de factores externos a los fundamentos dogmáticos. ¿Qué clase de factores influyen en el diseño de una política criminal?

Con la finalidad de plantear una estrategia político criminal cercana a la realidad social, los estudios de victimización surgieron como una herramienta indispensable en la detección de los problemas fundamentales a que da lugar el fenómeno delictual. Ellos pretendían ser un aporte para esclarecer la cifra negra que existe entre los delitos denunciados y los delitos cometidos, ya que no todos los delitos llegan a conocimiento de las autoridades estatales.<sup>231</sup> Sin embargo, problemas metodológicos importantes<sup>232</sup> revelan la ineficacia de dicho instrumento en relación a los fines con los que fue creado.

Otra fórmula utilizada por el gobierno para definir políticas públicas en materia de delincuencia son las estadísticas elaboradas por el Ministerio del Interior en relación a los denominados

---

<sup>229</sup> BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal y el Estado de Derecho. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 37-38.

<sup>230</sup> Esta expresión, usada por ALBRECHT, aun cuando se refiere al derecho penal clásico, con la finalidad de ilustrar la evolución de dicho modelo, al sistema del derecho penal que él denomina de la “Contra-ilustración”, y demostrar que ambos se han distanciado cada vez más, es perfectamente aplicable al caso que ejemplifica el profesor Bacigalupo: existen fundamentos normativos para justificar teóricamente la intervención punitiva del Estado, pero en la práctica, ellos no son los que ayudan a adoptar las medidas político criminales para abordar el problema del delito actual. Ver: ALBRECHT, Peter-Alexis, El derecho penal en la intervención de la política populista, En: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra. La insostenible situación del Derecho Penal, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, España, Comares, 2000., p. 472.

<sup>231</sup> STIPPEL, Jörg. Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile. Un estudio acerca del acceso a la justicia, la violación de derechos y el nuevo proceso penal. Santiago de Chile, Ediciones LOM, 2006, p.117.

<sup>232</sup> Al emplearse generalmente –como es el caso de la fundación del ejemplo (Paz Ciudadana)- encuestas telefónicas, se puede cuestionar hasta qué punto la falta de un contacto personal con los entrevistados influye en los resultados. Tampoco se puede controlar si los delitos denunciados de veras ocurrieron o si tan solo corresponden a una minimización o a una exageración de la realidad. También caben dudas en cuanto a las posibilidades de controlar la correcta apreciación jurídica de los términos empleados por parte de las personas encuestadas. Diferencias en el nivel educacional y socioeconómico influyen en la percepción correcta de la criminalidad y en la confianza en cuanto al anonimato del instrumento. Las respuestas dependen también de la posición que asume el entrevistado frente al fenómeno delincencial. Ver: STIPPEL, Jörg, ob. cit., p. 119.

“delitos de mayor connotación social”, como el robo con violencia, el hurto, el daño corporal, el homicidio y la violación. Pero lamentablemente la expresión antes señalada en sí misma es limitadora de una determinada categoría de conductas, porque un gran número de los denominados “delitos de mayor connotación social” se acercan más al sector de la criminalidad clásica, excluyendo conductas que posiblemente estarían vinculadas con la nueva criminalidad, o la criminalidad organizada (como es el caso de los delitos que afectan la confianza en la institucionalidad estatal y los delitos de “cuello blanco”).<sup>233</sup>

En consecuencia, no resulta difícil entender que la función política del derecho penal en el día de hoy, ha dejado de utilizar la potestad punitiva del Estado conforme a Derecho o al “contrato social” existente entre pueblo y Estado: la ley penal ha adquirido una función básicamente preventiva, y con ello, la pena ha comenzado a constituir un medio para la obtención de fines útiles. Es decir, el derecho penal es un instrumento político que sirve para garantizar la seguridad ciudadana.<sup>234</sup> Y para garantizar la seguridad ciudadana, todo vale. La excesiva muestra de violencia en los noticiarios (robos, hurtos y homicidios), junto con el énfasis de que se valen los demás medios de comunicación para exaltar dichas situaciones (que por ningún motivo son tan frecuentes como se muestran), genera un ambiente de inseguridad ciudadana que, ratificado por las cifras de los estudios de victimización, ha generado un fenómeno sin precedentes: la opinión pública tiende a valorar positivamente mejor las medidas que, con las miras puestas en la reinserción social del delincuente, flexibilizan la ejecución penal como un conjunto de favores inmerecidos que se hace a los delincuentes, o lo que es lo mismo, para satisfacer a la opinión pública (influida altamente por los medios de comunicación), los delincuentes deben ser eliminados del mapa, y nada mejor para ello que hacer más gravosas para éste las consecuencias derivadas de la comisión de un delito, lo que en otros países es conocido como el fenómeno de la revalorización del componente aflictivo de la pena.<sup>235</sup>

Dicho lo anterior, la pregunta sobre la justificación del Estado para usar la pena como método de control social tiene por lo menos una respuesta: es indiscutible que la política criminal se sirve

---

<sup>233</sup> STIPPEL, Jörg, ob. cit., p. 121.

<sup>234</sup> STIPPEL, Jörg, ob. cit., p., 124.

<sup>235</sup> DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. [En línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2004, nº 06-03, pp. 03:12-14. <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>> [Fecha de consulta: 04.10.10]

de la estigmatización de determinadas conductas a raíz de las abusivas influencias políticas y mediáticas en la materia.

### b.3) Concepto de delito en la criminalidad sexual

Para efectos de este apartado, estimamos necesario revisar escuetamente la evolución histórica de las teorías que abordan el concepto del delito, el cuestionamiento a la primacía del principio de protección de bienes jurídicos en el derecho penal, y a partir de dichos análisis, ponderar la necesidad de castigo penal de conductas como el *child grooming*, a la luz del contexto de nuestro país.

Históricamente, han existido a lo menos tres paradigmas en relación al concepto de delito: el delito como vulneración de un derecho, el delito como lesión de un bien jurídico y el delito como infracción de deberes comunitarios, al cual se suma, recientemente, una óptica alternativa: el delito como una omisión imprudente.<sup>236</sup>

Feuerbach, a quien se le atribuye la formulación del primer paradigma en torno al delito, sostuvo que el objeto de protección del delito son los derechos subjetivos de ciudadanos individuales del Estado. Así, el derecho subjetivo de libertad de una persona no puede ser legítimamente limitado más que por el mismo derecho subjetivo de libertad de otra persona, y sólo de esta manera se hace posible una igual libertad individual. De este principio de derecho se deriva también la determinación de los deberes de una persona en sentido jurídico, es decir, que cada parte tiene derechos y deberes.

Dicha teoría encontró asiento en el derecho civil moderno cuando se vinculó el elemento del derecho subjetivo conjuntamente con el concepto de “relación jurídica” de Savigny. Porque gracias a la concepción elaborada por el notable jurista francés, Birnbaum pudo cuestionar fundadamente la validez de la vulneración de un derecho como elemento definidor de un delito, para construir la teoría del delito como un bien lesionado, con la finalidad de aportar contenido a

---

<sup>236</sup> La revisión de estos cuatro paradigmas está basada especialmente en lo expuesto por GÜNTHER, Klaus, De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un <<cambio de paradigma>> en el derecho penal?, En: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra. La insostenible situación del Derecho Penal, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, España, Comares, 2000, pp. 489-505.

las conductas castigadas penalmente que no podían reconducirse sistemáticamente a un derecho subjetivo.

Lo que no pudo advertir ni Birnbaum ni sus seguidores fue el desplazamiento a un segundo plano del carácter fundamentador y a la vez limitador y controlador de los derechos subjetivos, en favor del interés metodológico por una teoría holista del delito, quedando abierta la cuestión respecto de quién y sobre la base de qué criterios se decide qué debe ser penalmente protegido como <<bien>>, porque ahora pasa a adquirir relevancia el interés del Estado, según el cual, religión, costumbre y moralidad merecen siempre per se protección penal. En este sentido, se permite zanjar una diferencia entre el concepto de “bien” y el concepto de “derecho”, donde el primero de ellos da pie para ser rellenado y justificado con nuevos elementos axiológicos (valores comunitarios de todo tipo).

La conocida escuela nazi de Kiel, cuestionando el alcance liberal de la teoría de Birnbaum desde una concepción marcadamente racista, emprendió el intento de criticar el concepto de bien jurídico, fundándose en argumentos dogmáticos como la especialidad de las modalidades de acción y los elementos de autoría del tipo, dado que habría cierta clase de delitos que no cumplen con estas categorías (en especial, aquellos delitos que se sostiene infringen deberes comunitarios primarios). De ahí se plantea el problema de los delitos de comisión por omisión: en ellos, ¿la infracción consiste en no cumplir con el deber de actuar? Y si esto es así: ¿existe un deber legal de actuar o de socorro activo?

Tras la guerra, si bien las premisas políticas de esta concepción fueron abandonadas, permaneció el interés metodológico por una integración coherente de los tipos penales con especiales modalidades de acción. Ello se articula, entre otras cosas, en la discusión por el disvalor de la acción y el disvalor de resultado. ¿De qué forma se puede construir una concepción del delito inclusiva de todas las conductas castigables penalmente?

Fue posterior a este momento que surgió un nuevo paradigma: el delito de omisión imprudente. La persistencia exclusiva en el concepto de bien jurídico como enfoque de la teoría del delito parece demasiado imprecisa, porque, por un lado, se incluyen demasiadas acciones, equivalentes en términos causales para una lesión de un bien jurídico, y por otro lado, no se pueden aprehender los especiales ‘valores de acto’, tal y como éstos se manifiestan en las modalidades de acción y en la ‘actitud interna’ del autor. De ahí que, junto al elemento de la lesión del bien

jurídico, aparezca la vulneración de una <<norma de conducta>> (o deber) que desaprueba jurídicamente un determinado comportamiento; donde dicha norma se encuentra en una relación funcional con el bien jurídico: las infracciones de normas de conducta sólo pueden ser sancionadas si con ello se protegen bienes jurídicos. Esta concepción constituye, a la luz de Günther, el paradigma predominante en la teoría penal actual respecto al concepto de delito.

Aun cuando parezca una postura inédita en este aspecto, Günther no es el único autor que ha cuestionado la primacía del principio del bien jurídico en el ámbito de las ciencias penales. En un artículo de reciente publicación, Walter Kargl<sup>237</sup> analiza la insuficiencia del principio de protección de bienes jurídicos a partir de una visión complementaria a la anteriormente expuesta, que estimamos necesario reproducir aquí: luego de exponer fundadamente los defectos de la teoría del bien jurídico<sup>238</sup>, este autor plantea que el Derecho Penal debe integrar tanto el referente personal de los bienes jurídicos (es decir, el principio de protección de bienes jurídicos individuales) como la referencia social de la pena, de modo que la pregunta que él considera relevante formular al respecto es: ¿dónde radica la función limitadora de una teoría de la pena entendida en términos sociales y de finalidad? Considerando que el derecho tiene por objeto aportar capacidad de resistencia, en caso de conflicto, a un sistema de expectativas, el paso siguiente consiste en revisar el fundamento de dichas expectativas: si ellas son sólidas desde una perspectiva moral y son protegidas y garantizadas por el Derecho, entonces “(...) la lesión de intereses o la defraudación de expectativas puede ser caracterizada globalmente como lesión del Derecho o del sistema, sin que con ello se incurra en la sospecha de estar manteniendo de forma

---

<sup>237</sup> KARGL, Walter, Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena, *En*: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra. La insostenible situación del Derecho Penal, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, España, Comares, 2000, pp. 49-62.

<sup>238</sup> Fundándose para ello, entre otros argumentos, en la denominada plasticidad del daño: “Imaginemos que se crearan unas normas que previeran una compensación óptima de determinados daños: por ejemplo, que estuviera previsto que la reparación por los daños causados a nuestro viejo coche (y también por el disgusto sufrido) fuera su sustitución por un flamante prototipo. ¿En qué medida podríamos afirmar que se nos ha perjudicado? El segundo ejemplo es la paradoja de la muerte: todos tenemos interés por la vida, cuyo valor fundamental está fuera de toda duda; sin embargo, cuando la vida es destruida, las consecuencias de semejante menoscabo funcional ya no afectan a su titular. Cuando se anulan definitivamente las condiciones indispensables del desarrollo individual parece eliminarse también, y de forma paradójica, la base del juicio de dañosidad. ¿Cómo se puede perjudicar a alguien en su interés por vivir si para él ya no existe tal interés? En el primer caso tenemos dificultades para determinar el daño, en el segundo para identificar a la víctima.” Otro de los argumentos que usa Kargl para cuestionar la suficiencia del principio de protección de bienes jurídicos se encuentra en el denominado “daño como lesión del sistema”, o bien, la dañosidad social, la cual es muy similar a la postura analizada en este trabajo en torno a los “bienes jurídicos colectivos”. Ver: KARGL, Walter, *ob. cit.*, pp. 53-54.

acrítica la estabilidad jurídico-penal. El que las normas penales tengan un fundamento moral y tomen a la persona como referente son, desde luego, requisitos del enfoque crítico de la teoría de la estabilización aquí esbozada. Bajo estos presupuestos cobra pleno sentido el discurso de una protección de bienes jurídicos mediante la protección del Derecho, retomándose la tradición argumentativa de la filosofía de la Ilustración, que definía materialmente el delito como la lesión de un derecho (subjeto).”<sup>239</sup>

Bajo estas consideraciones, nos parece meridianamente claro que el bien jurídico no es unánimemente aceptado como el principio orientador en la teoría del delito del derecho penal. ¿Entonces cuál es la óptica que corresponde adoptar en el caso de los delitos sexuales?

A lo largo de este trabajo hemos expuesto fundadamente la dificultad que sortea delimitar los alcances lesivos de las conductas constitutivas de abuso sexual. Si bien no es preciso el nivel de afectación que acarrearán esta clase de conductas, no por ello desconoceremos su carácter dañoso respecto de la persona humana, y por lo mismo, su necesidad de castigo a través del derecho.

El principio de protección de bienes jurídicos, en palabras de Kargl, nos entrega la razón sólo desde el punto de vista de la fundamentación de la norma, en términos de la teoría del derecho. Así, en el caso de los abusos sexuales, su castigo penal tiene sentido porque vulnera una clase particular de expectativas: no violentar el ámbito de acción sexual de otra persona sin su consentimiento.<sup>240</sup>

Esa visión nos soluciona el problema de la fundamentación de los abusos sexuales desde el prisma del denominado “disvalor de acción”. Pero no aporta elementos de juicio respecto del “disvalor de resultado”: si bien las expectativas pueden considerarse universales en una determinada sociedad, no sabemos hasta qué punto su vulneración afecta la integridad física o psíquica de las víctimas. Y esta última respuesta no ha sido posible de dilucidar en ningún país del mundo.

Por estas razones, estimamos que el castigo penal de las conductas de connotación sexual adquiere sentido en la legislación actual desde una óptica ajena al disvalor de resultado, y por lo

---

<sup>239</sup> KARGL, Walter, ob. cit., p. 59.

<sup>240</sup> Tal como se sostuvo, la pretensión de valor de los bienes jurídicos, simbolizada en las normas, tiene su razón de ser en las expectativas moralmente consolidadas, no sólo en la sociedad, sino también a través del derecho. Ver: Ibid.

tanto, desde todo enfoque que enfatice su análisis en la valoración y reprochabilidad social de dichas conductas.

A la luz de los antecedentes revisados en los apartados anteriores, analizaremos la validez y la suficiencia de las medidas político criminales adoptadas en materia de delitos sexuales: ¿la punición de los delitos sexuales, de la forma en que se estructura en nuestras leyes, ha generado un cambio relevante en nuestra sociedad? ¿Es posible deducir que la penalización del *child grooming* sea una consecuencia inseparable y necesaria de esta nueva política criminal?

#### b.4) Crítica a la penalización de la criminalidad sexual

Este punto será analizado desde dos puntos de vista: i) desde el punto de vista de la eficiencia del Derecho Penal; y ii) desde el punto de vista de la dogmática jurídico penal.

##### b.4.1) Eficiencia y derecho penal sexual

Cuando se habla de eficiencia en Derecho Penal, entendemos que se piensa en aquella conducta cuyos beneficios globales (sociales) superan a los costes con independencia de que estos costes recaigan sobre alguien en concreto y, en esa medida, le perjudiquen. Pero dicha eficiencia no está exenta de componentes disuasorios o intimidatorios de la pena: para lograr aquella conducta, debe comunicarse un determinado valor en la norma (que desde el punto de vista jurídico penal, se traduce en una declaración de gravedad de un determinado hecho).<sup>241</sup> Bajo estos presupuestos, ¿cumplen las normas del derecho penal sexual actual una función comunicativa en la sociedad?, o mejor dicho, ¿la tasa de delitos se ve disminuida producto de esta reforma?

Para estos efectos, estimamos necesario revisar las estadísticas publicadas por el Ministerio Público de Chile, en cuanto a los delitos sexuales ingresados al sistema entre los años 2008 y 2010, como podemos apreciar en el Anexo N° 1 de este trabajo.

A primera vista, pareciera que el Derecho Penal se ha vuelto una herramienta “eficiente”: la tasa de delitos ingresados al sistema se ve disminuida por lo menos al año 2010. Sin embargo, dicha estadística nos plantea al menos una interrogante: si la legislación actual en materia de delitos

---

<sup>241</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, ob. cit., pp. 38-52.



sexuales ha sido la misma entre estos últimos 3 años, ¿por qué este último año han ingresado casi seis mil delitos sexuales menos al sistema? ¿Existe un cuidadoso manejo en políticas de seguridad ciudadana por parte de este nuevo gobierno? ¿O en nuestra sociedad se cometen seis mil delitos sexuales menos producto de un explosivo y poderoso cambio cultural al respecto?

Sea cual sea la respuesta a la interrogante anteriormente planteada, ello contrasta con las altas tasas de encarcelamiento en Chile, acompañadas de un endurecimiento de la política criminal, pero que no ha incidido en una baja de las tasas de delincuencia, demostrando que las estrategias tradicionales seguidas por los gestores de la política criminal chilena han fracasado. Establecimientos penitenciarios cerrados, penas altas y “mano dura” contra la delincuencia no son recetas que auguren éxito alguno en la disminución de la tasa de criminalidad, especialmente aquellas que devienen de las políticas de corte simbólico aparente que se han implementado en Estados Unidos.<sup>242</sup>

Las contradicciones anteriormente expuestas dejan de manifiesto que algo marcha mal en el sistema: si a lo largo de 3 años, las tasas de delitos ingresados al sistema del Ministerio Público son relativamente similares, y a la vez las tasas de encarcelamiento y endurecimiento de penas aumentan, no podemos sostener que nuestra política criminal sea coherente y consistente en relación a las expectativas que debe cumplir en la sociedad.

#### b.4.2) Principios de la dogmática penal que otorgan sentido a la legislación del derecho penal sexual

Se ha expuesto que durante la discusión parlamentaria que dio origen a la reforma de los delitos sexuales en nuestro país el año 1999, quedó establecido que el principio orientador de todos ellos (es decir, violación, estupro y abuso sexual, en un primer instante) radicaba en la denominada libertad sexual, tanto en su vertiente activa, como en su vertiente pasiva. Y sobre la vigencia de dicho principio, no se generó discusión alguna. A nuestro entender, el primer gran error de dicha reforma consistió en estructurar sistemáticamente el grueso de los delitos sexuales en torno a un principio (la protección del bien jurídico libertad sexual), por las siguientes razones: a) se dejó de lado los demás fundamentos jurídicos que permitan realizar un análisis valorativo de la necesidad

---

<sup>242</sup> STIPPEL, Jorg, ob. cit., pp. 134-135.

y merecimiento de pena de las conductas que se incriminaron a través de esta reforma legislativa; b) las conductas que se penalizaron a partir de esta reforma, si bien se estima atentan contra diversas manifestaciones de la sexualidad en la persona, no parecen afectar intereses de similar categoría. Es claro que tanto la violación como el estupro son conductas socialmente reprochables, y potencialmente peligrosas respecto de sus víctimas. Pero no sabemos qué vinculación jurídico penal tienen estas conductas respecto del abuso sexual agravado del artículo 365 bis. ¿Qué intención se esconde tras la inclusión del abuso sexual agravado en nuestro Código Penal? ¿Se atenta contra intereses de similar categoría que en el caso de la violación o el estupro? Y si fuera así, ¿por qué la conducta tipificada en esta norma cumple con los requisitos de necesidad y merecimiento de pena?

Más allá de la discusión sobre si existen ámbitos que deben ser necesariamente castigados por el derecho penal, y por tanto, exentos de la acción política criminal<sup>243</sup>, nosotros estimamos que las conductas que violenten el ámbito de la sexualidad de otra persona (o como se entendió en la época de Savigny, lesionen un derecho subjetivo), y que por lo tanto obliguen a tolerar determinadas clases de acciones sexuales indeseadas, deben ser revisadas a la luz de la luz de las garantías fundamentales protegidas por la Constitución, y sólo si el resto de los controles sociales fallan en la sanción de dichas conductas, entonces podemos entrar a discutir la intervención punitiva del Estado sobre estas acciones.

#### b.5) Crítica a la penalización del *child grooming* y posibles alternativas de sanción en el Derecho

Si la potestad punitiva del Estado (instrumentalizada o no) estima que esta conducta cumple con los requisitos de necesidad y merecimiento de pena, entonces cabe entrar a revisar bajo qué fundamentos jurídicos se adopta dicha posición. Según se ha señalado en la última discusión particular del proyecto de ley, el denominado *child grooming* supone dos riesgos: “primero, que el adulto haga circular esas fotografías a través de Internet y las intercambie con otras personas, y segundo, que intente, valiéndose de las imágenes del menor desnudo, extorsionarlo, amenazarlo y conminarlo a encontrarse en un lugar determinado para abusar en forma física de él”.<sup>244</sup> Ello supone, a lo menos, que el menor abusado sufra consecuencias psicológicas que afecten su

---

<sup>243</sup> Así, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, ob. cit., p. 27.

<sup>244</sup> Ibidem.

integridad psíquica, es decir, se centra en el disvalor de resultado de las conductas. ¿Qué clase de impacto psicológico es posible detectar en un menor abusado por *child grooming*? Usando el mismo concepto psicológico de abuso ya mencionado en este trabajo, se ha señalado<sup>245</sup> que en los abusos sexuales sin contacto físico se manifiestan a través de: i) solicitud indecente a un niño o seducción verbal explícita; ii) exponer los órganos sexuales a un niño con el propósito de obtener excitación/gratificación sexual, agresión, degradación o propósitos similares; iii) realizar el acto sexual intencionadamente en la presencia de un menor, con el objeto de buscar la excitación o la gratificación sexual, agresión, degradación u otros propósitos semejantes; iv) masturbación en presencia de un niño. También se han incluido dentro de este ámbito las siguientes conductas: exposición (mostrar los órganos sexuales de una manera inapropiada, como en el exhibicionismo); obligar al niño a que se involucre en contactos sexuales con animales. En este punto, no existe mucha diferencia respecto al casi nulo consenso en la medición científica de los efectos psicológicos de estas conductas, de modo que, aunque a primera vista todas estas prácticas parecieran apuntar a intereses jurídicos similares, lo cierto es que concretamente no existen instrumentos que permitan cuantificar las consecuencias psicológicas en los menores según un “baremo” o una “norma estándar”.

Ya que no existen antecedentes suficientes que permitan medir el nivel de afectación de un menor en estas circunstancias, nos remitiremos a analizar exclusivamente los proyectos de ley y los fundamentos esgrimidos en ellos, en torno a las siguientes consideraciones:

1) Atendido lo anteriormente expuesto, nuestra perspectiva de análisis se centrará en el disvalor de acción de la conducta de *child grooming*. Porque al castigar la comisión de este delito de connotación sexual (que se distingue de los demás por el hecho de utilizar medios informáticos), se castiga a su vez el uso de las amenazas y el engaño para la ejecución de dicho delito. ¿Qué importancia tiene la punición de estas conductas al interior de esta figura penal?

Para analizar este tema, es necesario preguntarse: ¿quiénes son los sujetos pasivos protegidos? En este caso, los menores de edad, respecto de los cuales el derecho contempla una esfera de protección especial dada su mayor vulnerabilidad en relación a otra clase de personas o potenciales víctimas en los delitos de connotación sexual (por ello, la denominación del delito en

---

<sup>245</sup> La base de estas explicaciones se encuentra en: CONDEMARÍN, Patricia, MACURAN, Greter, ob. cit., (pp. 14-15).

su origen es “*child grooming*”). Con ello, el razonamiento que viene a continuación es: ¿qué se busca resguardar en los menores de edad en el caso del *child grooming*?

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, no hay acuerdo respecto a el(los) interés(es) protegido(s) en los delitos sexuales respecto de los menores de edad, ni menos respecto a las consecuencias negativas que se siguen de estas conductas en el plano psicológico o físico en las víctimas. No obstante ello, existen normas y principios que estimamos versan sobre la protección jurídica de los menores y deben ser considerados para efectos de este análisis. El más importante es el principio del interés superior del niño, admitido como uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño, niña y adolescente, y que se encuentra consagrado en el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”<sup>246</sup>, entendiéndose según los estándares internacionales, en particular el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad.<sup>247</sup> Bajo esta premisa, queda por esclarecer el contenido del mencionado principio. ¿Qué se entiende por interés superior del niño, dado que la Convención no hace mención a él?

Aun cuando este trabajo no tiene por objeto reproducir las discusiones respecto al contenido de este concepto, es posible sostener al menos que, a la vista de las teorías doctrinales que se han elaborado al respecto, ninguna logra dar con un concepto lo suficientemente íntegro respecto al tema en cuestión. La única certeza que se puede obtener sobre ello es que la consideración del principio del interés superior del niño debe primar al momento de resolver sobre las cuestiones que afecten a los menores, y como señala el profesor Gonzalo Aguilar: “En realidad, este principio sólo exige tomar en cuenta o en consideración al niño como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y

---

<sup>246</sup> El punto de partida del análisis de este principio descansa sobre la base del reconocimiento de la autonomía y especialidad del derecho penal del niño-adolescente, conforme al cual todos los principios garantistas en la materia (como el interés superior del niño) requieren ser considerados “desde el niño”. Ver: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. El derecho penal del niño adolescente. Estudio de la Ley Penal de Responsabilidad Juvenil. Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, p. 17.

<sup>247</sup> Convención de los Derechos del Niño, promulgada por Chile el 14.08.1990. [En línea] [[http://www.bcn.cl/tratados/tratados\\_pdf/tratado\\_dani209.pdf](http://www.bcn.cl/tratados/tratados_pdf/tratado_dani209.pdf)] [Fecha de consulta: 24.06.10.]

por el Estado. En efecto, el interés superior implica superar viejas presunciones y reconocer que los niños y niñas sí son capaces, sí pueden pronunciarse, incluso sobre los “estados del alma”.<sup>248</sup> Con todo, el mayor o menor grado de carácter absoluto de la garantía va a depender de la naturaleza del conflicto.<sup>249</sup> ¿Y qué pasa cuando entran en conflicto intereses de adultos? El profesor Juan Bustos nos explica con detalle: “En este caso, es necesario ponderar en el caso concreto qué derechos son los que entran en conflicto en una situación dada y en principio el derecho del niño será siempre prioritario. Pero con mayor o menor intensidad. Así, por ejemplo, los progenitores, en virtud del derecho de educación o formación, no podrán afectar en modo alguno la salud física o síquica del niño, hay una prioridad absoluta. En cambio, cuando el niño pone en peligro la vida o salud de un adulto, así de un profesor de la escuela, si bien su derecho a la permanencia en ella debe ceder en el caso concreto, su derecho a la educación no puede ser anulado, esto es, debe ser derivado a una escuela que tenga los medios para tratar comportamientos de alto riesgo. Desde esta perspectiva es importante destacar la incidencia en materia penal, esto es, al niño infractor llegado el caso se le podrá internar en un establecimiento, conforme a nuestra ley hasta 10 años, pero, al mismo tiempo, se le ha de respetar y reconocer su derecho a la educación y se le deberán disponer los medios para hacerlo efectivo. Es decir, su derecho no puede ser anulado no sólo en virtud del interés superior, sino también en virtud de la intangibilidad de los derechos conforme lo establece el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política, pero sí se pueden tomar medidas en relación a él, lo que, a su vez, obliga al Estado a crear escuelas que puedan atenderlo adecuadamente.”<sup>250</sup> En definitiva, pareciera que éste es el único fundamento jurídico que podríamos usar como pauta de referencia al momento de enfrentarnos a conflictos en la materia.

2) Si gracias a estos proyectos de ley, la figura del *child grooming* alcanza su consolidación normativa en el Derecho Penal, entonces cabe revisar la posible existencia de un concurso material de delitos. Luego de que el sujeto activo realiza todas las conductas tendientes a conseguir una determinada cuenta de correo electrónico, antes de ponerse en contacto con su

---

<sup>248</sup> AGUILAR, Gonzalo. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea] Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Estudios Constitucionales, 2008, N° 1. Disponible en: <[http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano\\_6\\_1.htm/Elprincipio11.pdf](http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf)> [Fecha de consulta: 24.06.10]

<sup>249</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 20.

<sup>250</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, p. 21.

potencial víctima, viene la pregunta: para entrar en contacto con el o la menor de edad, ¿qué recurso utiliza para seducirlo? El engaño, sin lugar a dudas. La creación de una identidad falsa a partir de la cual dicho sujeto busca entablar una relación de confianza o amistad con el menor de edad. Hasta este momento, el sujeto activo ha cometido sólo un delito. Pero si seguimos la secuencia de conductas que componen esta figura delictual, nos encontramos ante la siguiente problemática: una vez que el sujeto ya conquistó la confianza de su potencial víctima, se puede representar, entre otras, dos posibilidades de acción (que son las que se admiten en el proyecto de ley): o bien consigue que el menor le envíe imágenes de connotación sexual para su propia satisfacción, o bien consigue que el menor se reúna con él físicamente, para luego cometer un delito sexual que requiera contacto corporal. En el último caso, si el sujeto se hace pasar por un menor de edad para contactar a otro menor, y haciendo uso de dicho engaño, se reúne con él, y abusa de éste, es evidente que existen dos figuras delictuales distintas: la infracción a la ley 19.923 y un delito de abuso sexual (o estupro, en caso que exista penetración). Y en el primer caso, si el sujeto se hace pasar por un menor de edad para contactar a otro menor, y haciendo uso de dicho engaño, consigue imágenes de éste que revistan una determinada connotación sexual (el menor masturbándose, etc.), tenemos por una parte, la antedicha infracción a la ley 19.923, y por otra, una eventual infracción al art. 366 quinquies, conforme al cual se castiga a todo el que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, con la pena de presidio menor en su grado máximo, puesto que en esta hipótesis se contempla una clara utilización de menores de edad, tal como señalan los profesores Politoff, Matus y Ramírez: “Un menor puede utilizarse directamente, cuando se emplea su voz o imágenes, si se le capta desnudo o en posiciones groseras propias de la pornografía, o realizando actos de significación sexual consigo mismo o con terceros.”<sup>251</sup> Para estos efectos, entendemos el concepto de material pornográfico que nos entrega el art. 366 quinquies inciso segundo: “se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales.” A pesar de que no es objetivo de este trabajo abordar la discusión respecto a si la definición de material pornográfico que nos entrega la ley es la más adecuada y bajo qué fundamentos, es necesario apuntar que para efectos de analizar la hipótesis antedicha, esta concepción intenta englobar un grupo de casos de realización

---

<sup>251</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, M<sup>a</sup> Cecilia, ob. cit., p. 274.

de actividades sexuales de forma explícita y con sus genitales, aquellos que se utilizan comúnmente en la elaboración del material pornográfico que involucra a menores de edad. Pero si a eso le sumamos que el sujeto activo distribuye dichas imágenes a través de internet o por cualquier otro medio, estaría infringiendo otra norma legal: el art. 374 bis inciso primero, conforme al cual se castiga a quien comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, y por supuesto, el 374 bis inciso segundo, conforme al cual se castiga a todo aquel que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, con la pena de presidio menor en su grado medio. Es decir, con los elementos de la normativa actual, las conductas constitutivas de *child grooming* ya se encuentran reguladas penalmente. Porque de lo contrario, nuestro país haría eco de una de las posibles consecuencias finales de las medidas adoptadas por el derecho penal en relación con la sociedad del riesgo: “(...) la crítica global que se dirige a la política criminal típica de la sociedad del riesgo es que en su disposición o tendencia hacia la disminución de la inseguridad o al logro de alcanzar un control creciente de la misma, podría provocar transformaciones que amenazarían, en primer lugar, estructuras consideradas básicas en Derecho penal y, en última instancia, los principios y garantías propios del Estado de Derecho. Según tal visión, los efectos en la consecución de esa meta habrían alcanzado no sólo a la política criminal, sino que se habrían extendido también a otros terrenos, como la teoría de la pena y la doctrina del bien jurídico, produciendo una indudable funcionalización del Derecho penal, es decir, su instrumentalización por los fines político-criminales.”<sup>252</sup>

3) Si la tesis anteriormente esgrimida es correcta, y la conducta constitutiva de *child grooming* no tiene cabida para una sanción penal, entonces: ¿qué rol debe jugar el derecho en la sanción de esta conducta? ¿Existe cabida para otra clase de sanción normativa?

Para efectos del presente análisis, estimamos conveniente comentar un artículo redactado por el autor alemán Hans Heinrich Jescheck, en el cual analiza los rasgos comunes que se esconden

---

<sup>252</sup> Las cursivas son del autor: HASSEMER, Winfried, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsguterschutz*, NSTZ, 1989, p. 557, citado por: MENDOZA, Blanca, ob. cit., 2001, p. 50.

detrás del movimiento reformista que vive el derecho penal a nivel mundial.<sup>253</sup> Uno de ellos, según sostiene, es el tema de la desincriminación. ¿Qué caminos existen para desincriminar determinadas conductas?

“Un camino es la conversión de ciertos hechos punibles en infracciones administrativas, no sancionables con pena criminal, sino con multas de carácter disciplinario. Al menos esta vía ha traído resultados importantes en Alemania, donde la prevención general queda suficientemente asegurada en el ámbito de las infracciones poco importantes mediante las multas, y al afectado también se le muestra claramente cuáles son los límites de la libertad. (...)

Una segunda vía es la solución procesal por aplicación del principio de oportunidad, que en los casos de escasa gravedad permite al ministerio fiscal la posibilidad de suspender condicionalmente el proceso antes de formular la acusación, posiblemente bajo determinados presupuestos y condiciones. Los Países Bajos, Inglaterra, Francia, Japón, Estados Unidos y muchos otros países consiguen por esta vía una desincriminación apenas advertida por el público. (...)

Por último, se atribuye al tribunal la posibilidad de aplazar la decisión sobre la imposición de la pena tras haber declarado la existencia de culpabilidad, con el fin de dar al acusado la oportunidad de reparar el daño ocasionado por el hecho y regresar a la observancia del derecho, lo que, por ejemplo, sucede en Alemania, Francia, Inglaterra y Canadá. Si la prueba tiene éxito, se omite la imposición de la pena. Junto a ello también existe la posibilidad de renuncia a la pena sin condiciones ni cargas en supuestos leves, como sucede en Inglaterra, Canadá y Suecia. Una función similar cumple la suspensión del proceso penal, en caso de escasa peligrosidad social del hecho en Polonia y otros países socialistas.”<sup>254</sup>

Otro punto importante a destacar en este sentido lo constituyen las nuevas formas de sanción: “Más allá de las clásicas penas principales en el movimiento internacional de reforma del derecho penal se han desarrollado nuevas formas de sanción, que no son ni penas privativas de libertad ni pecuniarias, sino que intentan alcanzar por otra vía la finalidad de constituir una reacción estatal

---

<sup>253</sup> Este apartado está basado exclusivamente en las explicaciones de JESCHECK, Hans-Heinrich, Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal, En: POLÍTICA CRIMINAL y reforma del derecho penal, por: Santiago Mir Puig, Claus Roxin, Alessandro Baratta, Armin Kaufmann, Francisco Muñoz Conde, Diego-Manuel Luzón Peña, Winfried Hassemer, Hans-Heinrich Jescheck, Roberto Bergalli, Juan Bustos, Günther Stratenwerth, Gonzalo Rodríguez, Enrique Gimbernat, José Cerezo Mir, Juan Córdoba Roda. Bogotá, Colombia, Editorial Temis Lorería, 1982, pp. 241-250.

<sup>254</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. cit., pp. 241-243.



sensible y pretenden, al mismo tiempo, unir a ello efectos sociales positivos como la indemnización de la víctima o el trabajo para la comunidad. Así, en los países socialistas se prevé la represión pública, en los países nórdicos la amonestación, en Inglaterra una admonición policial frecuente en la práctica, la caution, que en los casos leves pone término al proceso penal. Una importante evolución tiene lugar en Francia, país en el que desde la reforma del año 1975 pueden imponerse como penas principales, con la finalidad de evitar las penas de privación de libertad, penas accesorias y adicionales, así como determinadas medidas, en especial inhabilitaciones para ejercer una determinada profesión o actividad, la retirada del vehículo y la pérdida del permiso de circulación.<sup>255</sup> Pero dichas medidas sólo se contemplan para los delitos de bagatela, ya que para la criminalidad violenta, por el contrario, “(...) debe mantenerse la pena privativa de libertad. La razón de ello ha de verse, sobre todo, en la necesidad de la prevención general. El mantenimiento de la paz jurídica y de la confianza de la población en la seguridad pública constituye el presupuesto para que siga en pie toda cultura humana.”<sup>256</sup>

Conforme a los clásicos principios del derecho penal, la sanción debe ser justa, necesaria, y por lo mismo, proporcionada al perjuicio ocasionado. Pero todos estos requisitos deben concurrir siempre y cuando no exista otra alternativa de sanción. ¿Representa la misma función valorativa (o ejemplificadora, si se quiere, en términos de la teoría de la prevención general) una sanción de tipo administrativa que una sanción de carácter penal, para los delitos sexuales?

Si la sanción penal “(...) niega la lesión de la norma que a su vez había negado a la norma y de este modo, evidentemente, la sanción adquiere sentido: no se trata de un baile en el cielo de los conceptos filosóficos de la pena, sino de un acuerdo realizado en el marco de la relación normativo-social y que se refleja en las normas que deben regir entre nosotros. La agresión experimentada por la norma, su lesión, no tiene razón en sí misma; es nula desde el punto de vista normativo y por sí misma insostenible, por eso es sancionada y negada a través de la sanción. Por su parte la sanción, que es proporcional a la infracción de la norma, es capaz de restablecer la vigencia de la norma lesionada.”<sup>257</sup> En este sentido, estimamos que las conductas que atentan el

---

<sup>255</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. cit., p. 246.

<sup>256</sup> Puesto que, de lo contrario, se produciría una ingente inseguridad pública, que ocasionaría graves daños a la colectividad: el empobrecimiento de la vida social, la creciente desconfianza recíproca y la vuelta a la autotutela y a la justicia privada. Ver: JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. cit., p. 247.

<sup>257</sup> HASSEMER, Winfried, ¿Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal? Conferencias Magistrales. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 2003, pp. 24-25.

ámbito sexual de otra persona, de forma indeseada por ella, deben ser castigadas, pero no con una finalidad ejemplificadora de castigo: si existe alguna norma que permita reafirmar la vigencia de una norma de conducta que prohíba esta clase de atentados, es justamente aquella que proviene del Derecho Penal. Las multas y las amonestaciones del derecho administrativo “sancionador” presentan el problema de la plasticidad del daño que plantea Walter Kargl: la “reparación” a los perjuicios que ocasionan los delitos sexuales no se obtiene a través de prestaciones pecuniarias o de trabajos comunitarias. Incluso más, ¿qué función educativa tendría la norma, si los potenciales agresores saben que pueden “reparar” el daño ocasionado a través de prestaciones temporales, que en nada les impediría volver a ejecutar las mismas conductas? La tradición cultural que impera en las sociedades actuales ha brindado durante mucho tiempo un carácter aterrador al derecho penal, el cual se ha exagerado hoy en día gracias a las influencias de los medios de comunicación y a las influencias políticas, como se ha podido ver. Y es el poder que esta herramienta política ha adquirido el único capaz de entregar un mensaje valorativo a la ciudadanía; pero este mensaje debe entregarse de forma inteligente, teniendo como enfoque principal a la persona y la realidad social que se vive en el propio país.

## **CAPÍTULO 4**

### **Conclusiones**

1. Las conductas de connotación sexual deben ser sancionadas a través de la intervención punitiva del Estado, cuando exista necesidad y merecimiento de pena en casos especialmente calificados. Entendemos que ambos requisitos están vinculados con una tradición cultural que vive arraigada en nuestro país conforme a la cual los delitos sexuales, que son catalogados de “mayor connotación social”, siempre serán conductas asociadas a un castigo penal determinado (y que el día de hoy, dicha tradición se ha visto exagerada gracias al accionar de los medios de comunicación y algunas actuaciones políticas).
2. Siguiendo la premisa anterior, es imposible elaborar un concepto omnicomprendivo de delito, (como se pretendió desde Birnbaum en adelante) que considere todas las clases de autoría, participación y modalidades de ejecución de las distintas conductas de connotación sexual que cumplan con el requisito de la necesidad y merecimiento de pena por parte del Estado. Una sociedad como la de hoy, con el nivel de tecnología, desarrollo económico y democratización del acceso a información antes prohibida o bien difícil de conseguir, se caracteriza precisamente por la multiculturalidad y la intercomunicación entre las distintas fronteras de las naciones, que para efectos de nuestro estudio significa que ya no existe una sola forma de enfrentarse a lo “prohibido”: las normas sociales de conducta cambian, y con ello, la relevancia político-criminal de determinadas conductas se pone en duda cada cierto tiempo. Por esta razón comenzamos este trabajo planteando la especial característica del abuso sexual como una forma de “violencia sexual”, sin una característica global y objetiva que permita determinar su alcance lesivo: la sola connotación del elemento “sexualidad” contiene elementos culturales y una implícita valoración moral que en cada sociedad se valora de una forma particular. Ello nos da pie a entender parte de la naturaleza del antiguo delito de abuso sexual, en relación al antiguo delito de abusos deshonestos: aun cuando estructuralmente esta figura es muy similar en comparación a como fue formulado originalmente, es importante ver que la génesis de su reformulación legislativa vino dada por los cambios culturales que están surgiendo en distintos países del mundo (particularmente europeos), que una vez fueron conocidos en Chile, llegaron para quedarse. Porque además, se puso énfasis en la protección de un interés jurídico más alejado (pero no por

ello desvinculado totalmente) de concepciones moralizantes: la libertad sexual, en desmedro de la honestidad y la moral sexual.

3. El fundamento de la criminalización de los delitos sexuales no debe centrarse exclusivamente en la teoría del delito como vulneración de bienes jurídicos, lesión a derechos subjetivos, o una omisión imprudente. El derecho penal, como extrema ratio, debe ser la muralla que opone resistencia a las conductas socialmente reprochables en atención a la afectación que se produce en cada persona, de forma individual, por determinadas conductas, pudiendo acudir a cualquiera de los elementos de juicio que ofrece la ciencia penal y que hemos revisado anteriormente, a la manera del sistema de estricta legalidad propuesto por Ferrajoli. Es por ello que no estamos de acuerdo con entender los delitos sexuales estructurados sistemáticamente en torno a la concepción del bien jurídico, o como señala el epígrafe del Título VII de nuestro Código Penal, en torno a la protección “del orden de las familias, la moralidad pública y la integridad sexual”.

4. Si el Estado desea favorecer la inclusión social, y con ello, la plena realización de la autonomía de las personas, debe elaborar un derecho penal sexual que cumpla con, al menos, dos roles primordiales: en primer lugar, una función educativa (y no atemorizadora) respecto a las conductas que atentan contra la paz social y la justicia (ayudando a promover la autonomía sexual de las personas, en vez de reprimirla con el castigo de conductas vacías sin un contenido valorativo específico); y en segundo lugar, debe considerar a la persona, en el día de hoy, como eje central, al momento de elaborar normas de esta clase, sin excluir por grupos, razas, clases sociales, grupos económicos, o pensamientos ideológicos. El denominado “delincuente sexual” no debe ser considerado como un subnormal, o como alguien inferior, para efectos criminológicos: quien realiza conductas tipificadas en la ley penal sexual, debe ser reeducado por la norma. De lo contrario, otorgaríamos fuerza al derecho penal del enemigo en materia sexual, e implícitamente, a una política criminal de la exclusión, lo que queda de manifiesto a todas luces en la situación penitenciaria de nuestro país.<sup>258</sup>

---

<sup>258</sup> En palabras de Jack Young, el Estado chileno ha seguido el camino de la bulimia, en vez del camino del canibalismo, lo que equivale a decir que en vez de absorber a los individuos que poseen poderes peligrosos como los únicos medios de neutralizar sus poderes, los ha expulsado lejos del cuerpo social para mantenerlos temporal o permanentemente aislados. Ver: YOUNG, Jack. La sociedad “excluyente”. Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía. Presentación (el nuevo paradigma

5. El argumento jurídico que sustenta la punición de los actos de connotación sexual es la vulneración de expectativas de conducta socialmente deseadas en una realidad determinada. El castigo penal de las conductas de connotación sexual, se puede explicar a partir de ciertos elementos del principio de protección de bienes jurídicos, pero debemos tener en consideración que ellos adquieren la categoría de norma sólo porque constituyen expectativas de conducta socialmente aceptadas. Por lo tanto, si queremos responder a la pregunta de cuál es el bien jurídico protegido en los delitos de connotación sexual, debemos ir un paso antes y preguntarnos: ¿qué norma de conducta es aquella que se vulnera con los crímenes sexuales?

6. El abuso sexual y el *child grooming* son conductas que atentan contra intereses distintos, y muy difusos, que aun cuando puedan tener en común el elemento del abusador y un menor de edad, las sanciones que la ley establece (o podría establecer, en el caso del *child grooming*) respecto a ellas van en direcciones distintas. En el caso del abuso sexual, la doctrina deambula por defender como interés jurídico protegido desde la libertad, pasando por la indemnidad, hasta llegar a la integridad sexual.<sup>259</sup> En el caso del *child grooming*, desde el interés superior del niño, hasta la seguridad. Porque si incluimos a esta figura como una modalidad de abuso sexual (y como pretende el actual proyecto de ley en trámite, incorporarlo al artículo 366 quáter del Código Penal), ello implicaría reconocer que se ciñe bajo el mismo marco de referencia que guía a todos los delitos sexuales en materia penal: la libertad sexual, cuestión que según hemos visto en este trabajo, es impresentable.

7. En consonancia con lo anterior, estimamos que el abuso sexual constituye un delito de mera actividad que no satisface exclusivamente el principio de afectación de bienes jurídicos. Aun

---

criminológico de la exclusión social) de Roberto Bergalli. Traducción de Roberto Bergalli y Ramiro Sagarduy. Madrid, Barcelona, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., 2003, p.95.

<sup>259</sup> Ello se debe a que la discusión legislativa sobre este delito no debatió la vigencia de la libertad sexual como bien jurídico protegido (más bien, en el entendido del profesor Díez Ripollés, la libertad sexual en sus aspectos positivos y negativos), ni tampoco se puso en discusión la fórmula de organización sistemática de los delitos contra la libertad sexual, en general. Ello explica, entre otros problemas, la creación de figuras penales que no atentan precisamente contra la denominada libertad sexual (como el artículo 365 bis) y el hecho de que existan lagunas entre una y otra conducta a penalizar (como el ya citado caso del artículo 366 en relación al 366 ter). Por eso es posible apreciar que los argumentos moralizantes usados para justificar la penalidad de las conductas que este delito castiga, se dejaron atrás para instaurar criterios que dejan en las manos del juez la determinación de la penalidad y punibilidad de dichas conductas, basándose en la noción actual del delito de abuso sexual, al interior de la realidad socio-cultural del Chile actual.

cuando se sostenga que el abuso sexual ataca un interés personalísimo<sup>260</sup>, nadie ha logrado dar con el contenido de dicho interés. Si el interés jurídico afectado en el delito de abuso sexual se aproxima más a la dignidad y la integridad de la persona que a la denominada “libertad de realización sexual” (sobre todo para el caso de los menores e incapaces, puesto que en ellos debería regir con mayor fuerza el principio de la integridad sexual), debería existir un estándar que permita evaluar qué nivel de daño ha padecido la persona, a través de un perfil sociológico y psicológico de las potenciales víctimas, y así concebir el delito de abuso sexual como un delito de lesión cuyo resultado sea posible de verificar empíricamente. Pero a falta de dichos elementos de juicio, toda la literatura que existe sobre el tema, en conjunto con las consideraciones tanto culturales, sociales, como morales, sólo nos dejan en claro que esta clase de conductas atentan contra intereses difusos y muchas veces indeterminados.

8. El “acto de significación sexual y de relevancia” en que se materializa el tipo de abuso sexual debe ser valorado casuísticamente, no exclusivamente a través de un criterio objetivo, ni tampoco a través de uno subjetivo. La ambivalencia de dicha conducta no permite realizar una valoración normativa, ni tampoco es procedente efectuar una valoración subjetiva, en atención a que la ley no lo exige explícitamente para configurar el tipo, por más que esto se haya dado así para el antiguo delito de abusos deshonestos, dado que el Derecho Penal es una rama del Derecho Público, disciplina en la cual lo que no está expresamente permitido, está prohibido. Por lo demás, así se ha fallado<sup>261</sup>, y se ha reafirmado en un Informe en Derecho publicado por el profesor Juan Pablo Cox.<sup>262</sup> A falta de literatura jurídica en este sentido, estimamos que para realizar una correcta lectura de estas normas, es necesario acudir a los elementos lógico y sistemático de interpretación de la ley, ambos contenidos en el artículo 22 del Código Civil, obligando al intérprete a asignarle a la norma un sentido coherente y consistente con las demás reglas que regulan esta materia. No olvidemos que la regulación del abuso sexual es el único caso (en conjunto con la regulación de los delitos relacionados a la producción, distribución y

---

<sup>260</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. El derecho penal sexual moderno, ¿afirma seriamente lo que dice? SELA 09. 2009. [En línea]. <[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student\\_Organizations/SELA09\\_Bascunan\\_PV.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Bascunan_PV.pdf)> Fecha de consulta: 03.04.2010.

<sup>261</sup> Tribunal Oral en lo Penal Ovalle, 14.02.05, Rol 105-2004, Considerando 13ero.

<sup>262</sup> “Las características normativas contenidas en el artículo 366 ter del Código Penal se satisfacen conforme a pautas objetivas, lo que se traduce en que, entre otras cosas, la significación sexual aludida por la norma carece de connotaciones subjetivas que tornen excesivamente imprecisa la figura.” Ver: COX, Juan Pablo, Informe sobre la Posibilidad de Considerar Sujeto Pasivo del Delito de Abuso Sexual a una Persona en Estado de Inconsciencia, En: Boletín del Ministerio Público, Diciembre 2004, N° 21, p. 171.

comercialización de material pornográfico) en el cual se acude a criterios de corte axiológico para la determinación de este tipo penal, de modo que en comparación al resto de los delitos sexuales reglados tanto en el Código Penal como en otros cuerpos normativos, la interpretación que le corresponde efectuar al juez es posible de realizarse de forma coherente, excluyendo criterios de corte subjetivo que no pueden considerarse para el castigo de delitos sexuales como, por ejemplo, la violación.

9. El contacto corporal no constituye, a nuestro juicio, un requisito necesario para la configuración del delito de abuso sexual, puesto que existen situaciones en las cuales las conductas conducentes a éste son ambiguas y ambivalentes, como hemos revisado a lo largo de este trabajo. En razón de la tesis que postulamos en esta sección del trabajo, conforme a la cual el abuso sexual es un delito de mera actividad, estimamos que el juez le otorga más valor a la potencial lesividad del “acto de significación sexual y de relevancia” que a la existencia de contacto físico.

10. El abuso sexual agravado del artículo 365 bis es una norma que no satisface el principio de necesidad de la pena en nuestro ordenamiento jurídico. Si se considera que las conductas contenidas en dicho tipo penal constituyen una modalidad de abuso sexual más grave, en relación al abuso sexual del artículo 366, ¿por qué se crea un tipo penal autónomo, con un verbo rector, modalidades de ejecución y circunstancias específicas si la penalidad aplicable es similar a la que corresponde al delito de violación? Es decir, ¿el abuso sexual agravado es equivalente a la violación? Si se desea castigar determinadas conductas o, como señala la ley, “acciones sexuales” cuyas modalidades de ejecución no correspondan a la del delito de abuso sexual tradicional, debió establecerse una circunstancia agravante específica, o bien, creando un tipo penal autónomo, pero con una penalidad a lo menos más alta respecto del abuso sexual tradicional que al menos lo distinga de éste.

11. Las hipótesis de abuso sexual del artículo 366 quáter se diferencian de las clases tradicionales de abuso sexual, puesto que allí se contemplan dos categorías distintas de delitos: en el inciso primero, un delito de peligro abstracto (no sabemos con certeza qué riesgo se ve involucrado y qué interés jurídico se encuentra violentado); en el inciso segundo, un delito de mera actividad (la sola determinación del abusador hacia el menor para realizar acciones de connotación sexual ya es parte de un principio de ejecución, que con un alto grado de

probabilidad puede ir de la mano con la finalidad de procurar su excitación sexual). En ambas hipótesis, a nuestro juicio no cabe la autoría mediata, dado que se requiere la presencia y la acción personal del sujeto activo para la realización de dichas conductas.

12. El principio orientador en materia de abusos sexuales debe fundarse en la autonomía de las personas adultas para tomar sus decisiones en cuanto a sus relaciones afectivas y sociales con el resto de las demás, o como sentencia el profesor Queralt: “el principio de las prácticas sexuales”<sup>263</sup>, porque construir sistemas doctrinales en base a conceptos estrictamente jurídicos, asentados en una base fáctica o natural, que expliquen nociones como la de la libertad sexual usando parámetros aplicables a otros intereses personalísimos como la vida o el honor, desconocen la complejidad del fenómeno de la sexualidad y su implícita relación con imperativos morales y culturales.<sup>264</sup>

13. La incriminación del *child grooming* constituye una desformalización del derecho penal. Las anticipaciones de punibilidad en diversos ámbitos nos dan la razón de la existencia de esta medida, pero no nos entregan su justificación. La expansión del derecho penal, como la denomina Silva Sánchez, si bien es un fenómeno que ha conseguido adeptos a lo largo de todo el mundo, producto de la incertidumbre de los riesgos vinculados a la inusitada marcha de los cambios sociales, culturales y tecnológicos, no tenemos certeza de que junto a ella exista un adecuado respeto de los principios orientadores del derecho penal (en especial, el principio de la extrema ratio, que estimamos es el más pasado a llevar).

14. Si asumimos que existe necesidad y merecimiento de pena en esta conducta, nos enfrentaríamos ante un concurso material de delitos, (ley 19.923 y 366 quinquies), de manera que crear una ley para sancionar esta forma de castigo penal nos llevaría a un non bis in idem innecesario. Es más, si analizamos este problema a partir de la óptica del derecho penal del riesgo, podría producirse un hecho insólito en nuestro ordenamiento jurídico penal: un delito de peligro abstracto (el *child grooming*), podría eventualmente conducir a otro delito de peligro abstracto (producción de pornografía infantil), lo que en buenas cuentas significa castigar la

---

<sup>263</sup> Aun cuando dichas prácticas sexuales deban ser sometidas a control por la ley, esta es la regla general. Ver: QUERALT JIMÉNEZ, Joan, ob. cit., p. 109.

<sup>264</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el anteproyecto del Código Penal. [En línea]. Revista electrónica Política Criminal, 2006. <[http://www.politicacriminal.cl/n\\_01/pdf\\_01/a\\_1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_1.pdf)> [Fecha de consulta: 04.04.10.]



anticipación de la anticipación penal, situación insostenible en un Estado de Derecho democrático.

15. Entendemos que la conducta de *child grooming*, al igual que el delito de abuso sexual, no se rige por el principio de protección de bienes jurídicos. No estamos de acuerdo con acudir a conceptos jurídicos indeterminados como el pudor o la moral sexual para reprimir las conductas de este tipo, puesto que si su formulación exige al menos la consumación de un resultado dañoso, éste es difícilmente mensurable, dadas las complejas condiciones en que se desenvuelve, los medios comisivos, y los intereses que se están vulnerando. El uso malicioso de un programa de mensajería instantánea y el contacto engañoso con un menor de edad para fines de cuestionable satisfacción sexual, no sólo son conductas que pueden potencialmente dañar el honor del menor en cuestión, sino que también vulneran en concreto un determinado funcionamiento del sistema informático protegido en la ley 19.923, lo que equivale a decir que dañan potencialmente más de dos intereses jurídicos (y distintos entre ellos), cuyo alcance es a todas luces difuso. Por esta razón, estimamos que la sanción a dichas acciones debe permanecer en el ámbito del derecho administrativo, a título de sanción o amonestación, en la medida que ésta cumpla con un rol comunicativo en la sociedad y permita finalmente mantener la vigencia de la norma.

## **BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA:**

### **Artículos científicos y doctrina:**

AGUILAR, Gonzalo. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea] Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca. Estudios Constitucionales. Año 2008, N° 1. Disponible en: <[http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano\\_6\\_1.htm/Elprincipio11.pdf](http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf)> [Fecha de consulta: 24.06.10]

BACIGALUPO, Enrique. Principios de derecho penal. Parte General. España, Ediciones Akal, Quinta Edición, 1998.

BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal y el Estado de Derecho. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

BALMACEDA, Gustavo, CASTRO, Carlos y HENAO, Luis, Derecho penal y criminalidad Postindustrial. Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.

BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio. El delito de abusos deshonestos. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1961.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. Problemas básicos de los delitos sexuales. [En línea]. Revista de Derecho de Valdivia, Universidad Austral de Chile, 1997, Vol. 8, Número Especial. <[http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071809501997000100010&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809501997000100010&lng=es&nrm=iso)> [Fecha de consulta: 17.12.09.]

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. El derecho penal sexual moderno, ¿afirma seriamente lo que dice? Año 2009. SELA 09. [En línea]. <[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student\\_Organizations/SELA09\\_Bascunan\\_PV.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Bascunan_PV.pdf)>  
Fecha de consulta: 03.04.2010.

BOLETÍN DEL MINISTERIO PÚBLICO, Santiago de Chile, Diciembre 2004, N° 21.

BOLETÍN ESTADÍSTICO DEL MINISTERIO PÚBLICO. [En línea] Santiago de Chile, Años 2008, 2009 y meses de Enero a Septiembre del 2010. <<http://www.fiscaliadechile.cl/>> [Fecha de consulta: 10.10.10]

BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Curso de Derecho Penal. Parte Especial. Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, 2007.

BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán. Lecciones de derecho penal. Volumen II. Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito. España, Editorial Trotta, 1999.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. El derecho penal del niño adolescente. Estudio de la Ley Penal de Responsabilidad Juvenil. Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.

CONDEMARÍN, Patricia y MACURAN, Greter. Peritajes psicológicos sobre los delitos sexuales. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

CORIGLIANO, Mario. Delitos contra la integridad sexual. [En línea] Revista Electrónica de Derecho Penal Online. <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=41,279,0,0,1,0>>  
[Fecha de consulta: 24.06.10.]

COX, Juan Pablo, Los abusos sexuales. Aproximación dogmática. Fundación Fernando Fueyo. Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, 2003.

DERECHO PENAL. Parte Especial. Por: Vives Anton, Tomás Salvador; Reig Boix, Javier; Berenguer Orts, Enrique; Carbonell Mateu, Juan Carlos, González Cussac, José Luis. España, Valencia, Ediciones Tirant lo Blanch, 1996.

DERECHO PENAL del enemigo, por: JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. España, Madrid, Editorial Civitas, 2003.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. [En línea]. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2004, nº 06-03, (pp. 01:8-01:11) Disponible en internet: <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>> [Fecha de consulta: 04.10.10]

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. [En línea]. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, nº 07-01, <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>> [Fecha de consulta: 04.10.10]

EL PENALISTA LIBERAL, Controversias nacionales e internacionales en derecho penal, propiedad penal y criminología; Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba; FIGUEREIDO DÍAS, Jorge; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ZAFFARONI, Eugenio; GUZMÁN DÁLBORA, José Luis; Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi, 2004.

ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. Parte Especial. Tercera Edición Actualizada. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho penal. Tomo I. Parte General. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, 1997.

FERNÁNDEZ, José Ángel. Los delitos de violación y estupro del artículo 365 bis del Código Penal: Una racionalización desde el mandato de *lex stricta* y el principio de lesividad. Especial referencia a dedos u otras partes del cuerpo. Revista *Ius et Praxis*, Universidad Austral de Chile, Año 13(2).

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. España, Madrid, Editorial Trotta, Quinta Edición, 2001.

FUENTES, Juan. Los medios de comunicación y el derecho penal. [En línea]. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, nº 07-16, (p. 01:2) <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>> [Fecha de consulta: 04.10.10]

GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

HASSEMER, Winfried, ¿Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal? Conferencias Magistrales. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 2003.

HOBSBAWM, Eric. En torno a los orígenes de la revolución industrial. Argentina, Siglo XXI Editores Argentina, Vigésimonovena edición en español, 2004.

IBACETA, Francisco. Agresión sexual en la infancia y viaje al futuro: clínica y psicoterapia en la edad adulta. [En línea] Centro de Terapia del Comportamiento. Terapia Psicológica. Año 2007. Vol. 25. Nº 2. <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-48082007000200010&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-48082007000200010&script=sci_arttext)> [Fecha de consulta: 24.06.10.]

Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra. La insostenible situación del Derecho Penal, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, España, Comares, 2000.

LÓPEZ, Julián y HORVITZ, M<sup>a</sup> Inés, Derecho procesal penal chileno, Tomo I. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, M<sup>a</sup> Cecilia Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Serie Textos Docentes. Talca, Universidad de Talca, Agosto de 2001.

MENDOZA, Blanca, El derecho penal en la sociedad del riesgo. España, Madrid, Editorial Civitas, 2001.

MIR PUIG, Santiago, Introducción a las bases del derecho penal, Concepto y método. Argentina, Editorial B de F, Segunda edición, Buenos Aires, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal. Parte Especial. Undécima edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995. España, Valencia, Ediciones Tirant lo Blanch, 1996.

POLÍTICA CRIMINAL y reforma del derecho penal, por: Santiago Mir Puig, Claus Roxin, Alessandro Baratta, Armin Kaufmann, Francisco Muñoz Conde, Diego-Manuel Luzón Peña, Winfried Hassemer, Hans-Heinrich Jescheck, Roberto Bergalli, Juan Bustos, Günther Stratenwerth, Gonzalo Rodríguez, Enrique Gimbernat, José Cerezo Mir, Juan Córdoba Roda. Bogotá, Colombia, Editorial Temis Lorería, 1982.

POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, M<sup>a</sup> Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA de Valparaíso, Facultad de Derecho, Delito, Pena y Proceso, Homenaje a Tito Solari, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan. Derecho penal español. Parte especial. 4<sup>o</sup> edición, revisada y puesta al día. España, Ediciones Atelier, 2002.

RAMÍREZ, M<sup>a</sup> Cecilia. Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia. [En línea.] Polit. Crim. 2007, N<sup>o</sup> 3, A4. <[http://www.politicacriminal.cl/n\\_03/A\\_4\\_3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_03/A_4_3.pdf)> [Fecha de consulta: 10.04.10]

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”. Madrid, España, Editorial Espasa-Calpe, 1994.

ROBLES, RICARDO, “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad. [En línea] INDRET, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2007. <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78453/102441>> [Fecha de consulta: 15.10.10]

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Delitos sexuales. De conformidad con las modificaciones introducidas por la ley N° 19.617 de 1999. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el anteproyecto del Código Penal. [En línea]. Revista electrónica Política Criminal, 2006. <[http://www.politicacriminal.cl/n\\_01/pdf\\_01/a\\_1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_1.pdf)> [Fecha de consulta: 04.04.10.]

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, Traducción de la 2da. Edición alemana y notas de Luzón-Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remasal. España, Madrid, Civitas Ediciones, 1997.

SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. El denominado “delito de propia mano” (Respuesta a una situación jurisprudencial). Prólogo de Enrique Bacigalupo, Presentación de Günther Jakobs. Madrid, Dykinson, S.L., 2004.

SÁNCHEZ, Claudio, Delito de almacenamiento de pornografía infantil. Santiago de Chile, Ediciones Librotecnia, 2010.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Derecho penal. Parte especial. 4º edición. España, Madrid, Dykinson, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. España, Madrid, Editorial Civitas, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Política Criminal y Persona. Argentina, Buenos Aires, Editorial Ad-hoc S.R.L., 2000.

SOTO, Andrea. El bien jurídico en el delito de violación. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Octubre de 1996.

STIPPEL, Jörg. Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile. Un estudio acerca del acceso a la justicia, la violación de derechos y el nuevo proceso penal. Santiago de Chile, Ediciones LOM, 2006.

TOBAR, Juan Carlos. Violencia Sexual. Análisis de la Nueva Ley. Temuco, Pehuén Editores, Escuela de Derecho, Universidad Católica de Temuco, 1999.

TREJO, Raúl. La sociedad de la información. Vivir en la sociedad de la información. Orden global y dimensiones locales en el universo digital. [En línea] Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación. Septiembre-Diciembre 2001, N° 1. Disponible en internet: <<http://www.oei.es/revistactsi/numero1/trejo.htm>> [Fecha de consulta: 04.10.10.]

UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE, Facultad de Ciencias Jurídicas, Contribuciones críticas al sistema penal en la post modernidad, In Memoriam Eduardo Novoa Monreal, 2007.

WITTEN-HANNAH, Caroline, MILLER, Frances y MCCARTHY, John. Ending Offending Together. All about child sexual abuse, the people who commit and how to stop it. [En línea] Child, Youth and Family Services booklet. Año 2004. <<http://www.safenz.org/Downloads/Ending%20Offending%20Together.pdf>> [Fecha de consulta: 15.10.10]

WORTLEY, Richard y SMALLBONE, Stephen. Child Pornography on the Internet. [En línea] Community Oriented Policing Services U.S. Department of Justice, Problem-Oriented Guides for Police, Problem-Specific Guides Series No. 41, 2006. <<http://purl.access.gpo.gov/GPO/LPS70983>> [Fecha de consulta: 15.10.10.]

YOUNG, Jack. La sociedad “excluyente”. Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía. Presentación (el nuevo paradigma criminológico de la exclusión social) de Roberto Bergalli. Traducción de Roberto Bergalli y Ramiro Sagarduy. Madrid, Barcelona, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., 2003.

ZÚÑIGA, Laura, MÉNDEZ, Cristina, DIEGO DÍAZ-SANTOS, M<sup>a</sup> Rosario. Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías. España, Editorial Colex, 2001.



### **Discusiones Legislativas Nacionales y Proyectos de Ley:**

Boletín 5157-01. Proyecto de ley que introduce modificaciones al Código Penal para sancionar la seducción de menores y otros abusos contra menores por medios virtuales. [En línea] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <[http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil\\_proyectos.pl?5751-07](http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?5751-07)> [Fecha de consulta: 03.04.2010.]

Boletín 5837-07. Proyecto de ley que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil. [En línea] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <[http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil\\_proyectos.pl?5837-07](http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?5837-07)> [Fecha de consulta: 03.04.2010.]

CÁMARA DE DIPUTADOS, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el Proyecto de Ley que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación, Boletín N° 1048-07-1.

DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, Legislatura 335ª Ordinaria, Sesión 33ª, en martes 09 de Septiembre de 1997.

DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, Legislatura 336ª Extraordinaria, Sesión 1ª, en miércoles 30 de Septiembre de 1997.

DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, Sesión 13ª (Anexo de documentos), a jueves 05 de Noviembre de 1998.

DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, Legislatura 339ª Extraordinaria, de martes 18 de mayo de 1999.

DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, Legislatura 358ª, Sesión 21ª, miércoles 19 de mayo del 2010.

HISTORIA DE LA LEY 19.927. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. [En línea] [<http://recursoslegales.bcn.cl/jspui-rl/bitstream/10221.3/3801/1/HL19927.pdf>] <Fecha de consulta: 24.04.10.>

#### **Artículos de prensa nacionales y extranjeros:**

MAZZO, Rodrigo y BUSTOS, Andrea. Grooming: nueva táctica de contacto de pedófilos. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. [En línea] [[http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas\\_profundidad/grooming-acoso-sexual-ninos](http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/grooming-acoso-sexual-ninos)] <Fecha de consulta: 03.04.10.>

NÚÑEZ, Leonardo. Delincuencia es el segundo tema con mayor presencia en los noticieros. [En línea]. El Mercurio On-line. 22.08.06. <<http://www.emol.com/noticias/todas/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=228945>> [Fecha de consulta: 04.10.10]

COOPERATIVA ON-LINE. Experta aseguró que los medios están magnificando la delincuencia. [En línea]. Radio Cooperativa en línea. 07.10.05. [http://www.cooperativa.cl/p4\\_noticias/site/artic/20051007/pags/20051007094646.html](http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/site/artic/20051007/pags/20051007094646.html) [Fecha de consulta: 04.10.10]

#### **Instrumentos legislativos extranjeros:**

Convención de los Derechos del Niño, promulgada por Chile el 14.08.1990. [En línea] [[http://www.bcn.cl/tratados/tratados\\_pdf/tratado\\_dani209.pdf](http://www.bcn.cl/tratados/tratados_pdf/tratado_dani209.pdf)] [Fecha de consulta: 24.06.10.]

#### **Instrumentos legislativos nacionales:**

- Código Civil.
- Código Penal.
- Constitución Política de la República.

- LEY 20.000, que sustituye la ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, publicada en el Diario Oficial de 16.02.2005.
- LEY 20.014, que modifica la ley 17.798 sobre Control de Armas, publicada en el Diario Oficial de 13.05.2005.

**Jurisprudencia:**

- Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 17.11.08, RIT 111-2008.
- Tribunal Oral en lo Penal Curicó, 10.06.08, Rol 14-2008.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal Ovalle, 14.02.05, Rol 105-2004.
- Corte de Antofagasta, 07.04.08, Rol 64-2008.
- Corte de Copiapó, 11.07.08, Rol 105-2008.
- Corte de San Miguel, 24.11.08, Rol 1337-2008.
- Corte de Santiago, 07.12.01, Rol 87.614-2001.
- Corte de Santiago, 24.03.09, Rol 2609-2008.
- Corte de Santiago, 24.03.09, Rol 2609-2008.
- Corte Suprema, 06.05.08, Rol 1733-2008.
- Corte Suprema, 14.10.08, Rol 2156-2008.
- Corte de Valdivia, 21.11.07, Rol 354-2007.

## ANEXO

### Delitos sexuales ingresados al sistema entre los años 2008-2010

| <u>Período</u>        | <u>Total</u> |
|-----------------------|--------------|
| Año 2008              | 18.291       |
| Año 2009              | 18.612       |
| Enero-Septiembre 2010 | 12.992       |

Cuadro de elaboración propia a partir de los datos entregados por los Boletines Estadísticos generados por el Ministerio Público, que agrupan el total nacional de delitos ingresados al SAF tanto por imputados conocidos como por imputados desconocidos entre los años 2008, 2009 y el periodo que abarca los meses de Enero a Septiembre del 2010. Fuente: <<http://www.fiscaliadechile.cl/>> [Fecha de consulta: 10.10.10]