

**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

# **EL ABUSO SEXUAL INFANTIL**

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

**XIMENA NATALIA AGUIRRE VILCHES.**

**MARÍA PAZ LÓPEZ BENAVIDES.**

Profesor Guía: Eduardo Sepúlveda Crerar

**Santiago, Chile 2005**



INTRODUCCIÓN .	1
<b>CAPITULO PRIMERO: LA SITUACIÓN DE LOS NIÑOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL Y COMPARADO .</b>	<b>5</b>
I. Primera etapa: inexistencia de una legislación especial . .	5
II. Segunda etapa: legislación especial de menores .	6
1. Ley N° 4.447 .	7
2. Modificaciones a la ley N° 4.447 . .	7
3. Ley N° 16.618 .	8
4. Ley N° 19.585 .	9
5. Ley N° 19.617 .	9
6. Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño . .	21
7. Legislación Comparada .	24
<b>CAPÍTULO SEGUNDO: REGULACIÓN DEL ABUSO SEXUAL INFANTIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN . .</b>	<b>33</b>
I. Generalidades. El abuso sexual como forma de maltrato . .	33
II. Concepto .	35
1. Perspectiva psicosocial. Epidemiología del abuso sexual infantil . .	35
2. Delimitación jurídica del abuso sexual .	42
III. Análisis de los tipos penales .	46
1. Delito de Abuso Sexual Propio: Mayores de 14 años (Artículo 366) .	46
2. Delito de Abuso Sexual Propio: Menores de 14 años (Artículo 366 bis) .	52
3. Delito de Abuso Sexual Agravado por Introducción de Objetos por Vía Vaginal, Anal o Bucal (Artículo 365 bis) .	59
4. Conducta Sexual Impropia con Menores de 14 Años y con Personas de entre 14 y 18 años <sup>137</sup> (Artículo 366 quater) .	63
IV. Autoría y Participación en el Delito de Abuso Sexual .	66
V. Iter Críminis en el Delito de Abuso Sexual . .	67

<sup>137</sup> En la clasificación de Rodríguez Collao, el artículo 366 quater corresponde a lo que este autor denomina tipo de *abuso sexual impropio*. ob. cit., capítulo VIII.

VI. Penalidad .	68
VII. Delito imposible o tentativa inidónea . .	70
VIII. Otros delitos relacionados con la libertad y la indemnidad sexual .	71
1. El delito de Violación . .	71
2. El delito de Estupro . .	72
3. El delito de Sodomía <sup>154</sup> .	72
4. El delito de Producción de Material Pornográfico con Participación de Menores de Edad (artículo 366 quinquies) .	73
5. El delito de Posesión y Comercialización de Material Pornográfico Infantil .	76
6. Delitos de Favorecimiento de la Prostitución de Menores (Artículo 367) y Sanción al Cliente (nuevo artículo 367 ter) . .	79
<b>CAPITULO TERCERO: EL ABUSO SEXUAL INFANTIL EN CHILE. POLÍTICAS INSTITUCIONALES . .</b>	<b>85</b>
I. Política nacional y plan de acción integrado a favor de la infancia y la adolescencia 2001 – 2010 <sup>177</sup> .	85
II. Servicio Nacional de Menores (SENAME) <sup>178</sup> . .	86
III. Ministerio Público .	88
IV. Carabineros de Chile <sup>182</sup> . .	89
V. Policía de Investigaciones de Chile <sup>183</sup> .	89
VI. Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS <sup>185</sup> ) . .	91
<b>CONCLUSIONES . .</b>	<b>93</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA .</b>	<b>95</b>

<sup>154</sup> En esta parte, reproducimos lo expuesto en el capítulo anterior respecto de este delito y la discusión parlamentaria suscitada por la modificación de este artículo.

<sup>177</sup> El documento que contiene la Política Nacional y el Plan de Acción Integrado a Favor de la Infancia y la Adolescencia 2001 – 2010 se encuentra disponible en: [http://www.mideplan.cl/publico/ficha\\_tecnica.php?cenid=95](http://www.mideplan.cl/publico/ficha_tecnica.php?cenid=95).

<sup>178</sup> Información extraída de la web institucional del Servicio Nacional de Menores, [www.sename.cl](http://www.sename.cl).

<sup>182</sup> LARRAÍN, Soledad y TRAVERSO, María Teresa. ob. cit., pág. 25. además, información extraída de [www.carabineros.cl](http://www.carabineros.cl).

<sup>183</sup> Información extraída de [www.investigaciones.cl](http://www.investigaciones.cl)

<sup>185</sup> LARRAÍN, Soledad y TRAVERSO, María Teresa. ob. cit., pp. 57 y ss. Además, esta información fue extraída de [www.investigaciones.cl](http://www.investigaciones.cl).





# INTRODUCCIÓN

Esta Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, tiene por objeto el análisis del “*Abuso Sexual Infantil*”, fenómeno que abarca una serie de aspectos jurídicos, sociales y psicológicos.

Para ello, desde una óptica jurídico-penal, nos centraremos en los tipos contemplados en los párrafos 5, 6, 7 y 8 del Título VII del Libro II, de nuestro código punitivo, “*Crímenes y Simples Delitos Contra el Orden de las Familias, Contra la Moralidad Pública y Contra la Integridad Sexual*”.

Dentro de los delitos a tratar, centraremos nuestro estudio en las distintas figuras de abuso sexual cuyo sujeto pasivo sean niños <sup>1</sup>, que contempla nuestro ordenamiento jurídico.

La motivación a realizar nuestra memoria en este tema, surge algún tiempo antes de la publicación de la Ley N° 19.927, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil.

Este interés en el abuso sexual infantil, se acrecentó una vez promulgada dicha Ley, toda vez que los cambios introducidos por ésta alteran sustancialmente la normativa existente hasta este momento, adecuando la legislación a los adelantos tecnológicos que, como Internet, han permitido el nacimiento de organizaciones dedicadas a comercializar,

---

<sup>1</sup> Entendiendo por niño a “*todo ser humano menor de 18 años de edad*”, en virtud de lo prescrito por el Artículo 1° de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante, la Convención), vigente en nuestro país desde 1990.

importar, exportar, distribuir, difundir o exhibir material pornográfico infantil; sancionando la adquisición o almacenamiento malicioso de material pornográfico infantil; ampliando las facultades de las policías; elevando la edad mínima para consentir en la realización de actos de significación sexual y mantener relaciones sexuales por parte de niños, niñas y adolescentes, de 12 a 14 años; elevando las penas asignadas a los distintos delitos; estableciendo penas accesorias; sancionando al cliente en el caso de prostitución infantil, etcétera.

La relativamente rápida tramitación de esta Ley, que se inicia en el año 2002, por moción surgida en la Cámara de Diputados, (diputados Patricio Walker y María Pía Guzmán) y concluye con su publicación en el Diario Oficial el 14 de enero de 2004, en circunstancias que la opinión pública se encontraba especialmente sensible al tema de los niños víctimas de abuso sexual, pone de manifiesto la relevancia que la sociedad siempre ha asignado a regular esta materia.

Ello, puesto que el ejercicio de la sexualidad es una realidad que se construye socialmente al interior de las relaciones que las personas establecen entre sí, en las cuales juega un papel importante el poder que detentan.

Como generalmente existen diferencias entre la ética sexual de una comunidad y la de otra, e incluso varían las reglas establecidas para distintos grupos dentro de una misma sociedad, dada la multiplicidad de valores, creencias y costumbres coexistentes, la regulación penal sexual no ha estado exenta de discrepancias relativas al comportamiento sexual de los individuos.

Los fundamentos que se han utilizado históricamente para controlar estas conductas por medio de la imposición de penas, han incluido códigos religiosos que básicamente buscaban encuadrar la actividad sexual al interior del matrimonio entre un hombre y una mujer, orientándola a la procreación, con lo cual, todo aquello que excedía dicho marco era considerado antinatural y desviado, identificando pecado con delito.

Tales fundamentos, sin embargo, ya desde la dictación de la ley N.º 19.617, han sido progresivamente desplazados, evolucionando la fundamentación de estos tipos hacia parámetros compatibles con la estructura propia de un Estado de Derecho moderno, reconociendo a la ley penal su rol de protección a bienes jurídicos de índole sexual considerados relevantes por el conjunto social.

Lo anterior, puesto que las formas de concebir, representar y normar los comportamientos sexuales evolucionan a través del tiempo, considerándose hoy en día que éstos constituyen una de las formas de concreción de la libertad individual, en cuanto propende a la autorrealización de la persona humana.

Al respecto, y dada su importancia como elemento delimitador del ius puniendi, estudiaremos naturaleza del bien jurídico protegido por estos delitos.

Así, podemos adelantar que los objetos de protección penal en los delitos materia de este trabajo son, a juicio de la doctrina, la *libertad sexual*, por una parte, y la *indemnidad sexual*, por la otra:

La *libertad sexual*, dado que las agresiones sexuales interfieren en el derecho de otro a determinar su conducta dentro del terreno de los actos no obligatorios ni prohibidos. La



libertad sexual está referida a la autodeterminación de toda persona en el plano de su sexualidad, es decir, a su derecho para abstenerse de realizar, o participar en actos sexuales (libertad sexual positiva) y a evitar verse involucrada en un comportamiento sexual no deseado (libertad sexual negativa)<sup>2</sup>.

El concepto de *indemnidad sexual*, a su turno, como bien jurídico protegido, no está exento de discusión. Sobre este concepto nunca ha existido acuerdo, siendo frecuentemente confundido e intercambiado con el de *intangibilidad sexual*.

Para Mata y Martín<sup>3</sup>, con la consagración de la indemnidad sexual como objeto de tutela penal, lo que se protege es el proceso de formación y maduración de los menores o incapaces en la evolución o desarrollo de su personalidad, frente a conductas que pretendan involucrarlos en actos de naturaleza sexual que pueden incidir negativamente en dicho desarrollo.

En cambio, la intangibilidad sexual diría relación con una extendida opinión social en virtud de la cual ciertas personas, dadas sus especiales cualidades (como una escasa edad, por ejemplo), o situación son sexualmente intocables<sup>4</sup>.

Entre nosotros, Garrido Montt hace sinónimos ambos conceptos y los identifica en una doble dimensión: de facultad humana inviolable y de referente del derecho de cada persona al normal desarrollo y configuración de su sexualidad<sup>5</sup>.

Sin embargo, a diferencia de lo planteado por la doctrina, el legislador ubica los delitos analizados en la presente investigación en el Título VII del Libro II del Código Penal, que se refiere a los “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la *integridad sexual*”<sup>6</sup>.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.927, en el epígrafe del Título VII del libro II del Código Penal no se incluía la mención a la integridad sexual como bien jurídico protegido por las figuras materia de esta memoria.

Al respecto, cabe mencionar que dicha modificación<sup>7</sup>, agregada en segundo trámite constitucional y recogido en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, acogió la sugerencia del Senador Ominami, ya que se

<sup>2</sup> En este sentido define la libertad sexual GARRIDO Montt, Mario. “Derecho Penal. Parte especial. Tomo III, segunda edición, julio 2002, editorial Jurídica de Chile, pág. 342.

<sup>3</sup> MATA Y MARTÍN, Ricardo. “Delincuencia informática y derecho penal”, Edisofer, Madrid, 2001, pág.104.

<sup>4</sup> En este sentido define intangible el Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición, 2001, que define intangible como “que no debe o no puede tocarse”.

<sup>5</sup> GARRIDO Montt, Mario. ob. cit., pág. 344.

<sup>6</sup> Vid supra N°.

<sup>7</sup> Aprobada en forma unánime con los votos de los honorables senadores señores Aburto, Chadwick, Espina, Moreno y Viera-Gallo.

estimó actualiza la nomenclatura del Código Penal, y el concepto de "integridad sexual" comprendería tanto la libertad como la indemnidad en esta materia, que se verían protegidas por distintos tipos penales que allí se contemplan<sup>8</sup>.

8

Durante La discusión general del Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal, en Materia de Delitos de Pornografía Infantil, el Senador señor Ominami formuló una indicación para reemplazar el epígrafe del Título VII del Libro II del Código Penal por: "Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual", lo que fue aprobado por los miembros de la Comisión con fecha 13 de octubre de 2003. BOLETÍN N° 2906-07

# CAPITULO PRIMERO: LA SITUACIÓN DE LOS NIÑOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL Y COMPARADO

## I. Primera etapa: inexistencia de una legislación especial

Con anterioridad a 1928 en el país se aplicaban íntegramente las normas del Código Civil y Penal, entregándose la regulación de la minoridad a normas de excepción dentro de la legislación general.

En el Código de Bello, se consagraba lo que Jaime Couso ha denominado “*Poder penal doméstico sobre los niños*”, que consiste en la facultad del padre de castigar físicamente a su hijo y, cuando ello no fuere suficiente, de encarcelarlo, para lo cual contaba con el auxilio de la autoridad pública”<sup>9</sup>, tocándole al juez calificar los motivos

<sup>9</sup> COUSO, Jaime. “La otra violencia. Poder penal doméstico sobre los niños en el derecho chileno”. Informe de Investigación, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, número 15, año 5, junio 2003, pág.4.

sólo si el niño había cumplido los 16 años de edad, consagrado básicamente en el artículo 233 de dicho cuerpo legal.

Paralelamente, respecto de los niños considerados infractores de la ley penal, tras la dictación del Código del ramo en 1874, se advierte una consideración especial al distinguirse, siguiendo el modelo clásico belga, tres períodos para la determinación de la responsabilidad penal, los cuales atendían a la edad del infractor, estableciéndose la exención de responsabilidad penal para los menores de 10 años y para los niños menores de 16, a menos que constara que hubieran actuado con discernimiento, en cuyo caso, y lo mismo para el mayor de 16 años y menor de 18, se establecía una responsabilidad penal atenuada.

Cabe destacar que lo esencial de la normativa penal relativa al niño infractor era el *discernimiento*, institución que carece de definición legal, pero considerado como una aptitud especial del autor para apreciar la criminalidad del acto, relacionándose esto estrechamente con la imputabilidad, en tanto acción voluntaria guiada por la libertad y la inteligencia<sup>10</sup>.

Luego, el año 1912 se dicta la ley 2.675 sobre “Protección a la infancia desvalida”, la que vino a complementar las normas de los Códigos Civil y Penal. En dicha ley se contemplaba la situación de los menores de 16 años que fueren sometidos a proceso o quedaren abandonados, facultándose al juez para internarlos en algún establecimiento de reforma o de beneficencia, o para entregarlos al cuidado de personas de su confianza.<sup>11</sup> Además se sancionaban las conductas abusivas o delictivas relacionadas con los menores.

## II. Segunda etapa: legislación especial de menores

En un clima de transformaciones tanto políticas como sociales se dicta la ley 4.447 sobre “Protección y educación de los menores y la moralización de los adultos”, en el año 1928, la cual deroga la ley 2675.

Esta ley, inspirada en las doctrinas positivistas, importa un cambio radical en el tratamiento jurídico de la infancia, buscando modificar el régimen de responsabilidad penal de los menores de edad y promoviendo la acción tutelar del Estado.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> CILLERO, Miguel. “Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la Infancia y Adolescencia en Chile”, en *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico*. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994, págs. 89 y ss.

<sup>11</sup> Al respecto, ver CILLERO, Miguel. ob. cit..

<sup>12</sup> CILLERO, Miguel. ob. cit, pp. 93 y ss.

## **1. Ley N° 4.447**

---

Como se señaló anteriormente, la ley 4.447 constituyó un hito fundamental en el tratamiento jurídico de la minoridad. Esta ley marcó el inicio de una legislación especial para los menores, aún cuando mantuvo la institución del discernimiento, concibiéndose ésta como un juicio de peligrosidad social del menor.

Este cuerpo legal crea la judicatura de menores, encomendándose a los jueces de menores efectuar la declaración previa acerca del discernimiento de los menores infractores en los casos establecidos por la ley. Asimismo ésta ley consulta la creación de Casas de Menores, cuyo objetivo era recibir a los menores detenidos o que tuvieran que comparecer ante el juez.

Debemos señalar que si bien ésta ley representó un avance importante en el tratamiento jurídico de los menores (en el sentido que el Estado asume la existencia de la infancia como categoría), y estaba impregnada de buenas intenciones, su aplicación práctica se vio frustrada por la falta de medios para crear, en la medida requerida, tribunales especializados y los establecimientos destinados especialmente a los menores.

Por último debemos precisar que la ley 4.447 tiende a consagrar la “Doctrina de la situación irregular” en Chile, inspirada en criterios de peligrosidad social, al dar un tratamiento similar, sino igualitario, a los menores infractores y a aquellos que se encontraran en situación de abandono o desprotección, toda vez que el Estado confunde delincuencia juvenil con riesgo social, otorgando al juez de menores facultades discrecionales para, como medida de protección, internar en establecimientos como la Casa de Menores a niños respecto de quienes se consideraba se encontrarán en “peligro moral o material”, peligro que consistía en una amplia gama de situaciones, entre las que encontramos la carencia de recursos económicos familiares, ausencia o inhabilidad de los padres, o el haber sido víctimas de algún delito o maltrato grave.

## **2. Modificaciones a la ley N° 4.447**

---

La primera modificación de importancia de la ley 4.447 la constituyó la ley 5.750 “Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias”, de 1935, la cual precisa que la acción tutelar del Estado hacia los niños no sólo se extiende a quienes se encuentren en situación irregular. Además, se introduce una reforma esencial respecto a la clasificación de los hijos, al desaparecer categorías profundamente estigmatizantes, como las de hijos de dañado ayuntamiento, pero conservándose la división entre hijos legítimos e ilegítimos.<sup>13</sup>

Por otra parte, con la dictación del DFL 20-1412 del 7 de octubre de 1942, se consagra normativamente la llamada “situación irregular”, al señalar en su artículo 5° que “para los fines de protección y auxilio que establece el presente decreto, se entenderá

---

<sup>13</sup> KAHN Walker, Mario y Bravo Torres, Macarena. “Construyendo derechos: Bases generales para una propuesta de Código del Menor en Chile”. Ediciones Quercum, Santiago, Chile, 1992, pág. 46.

que un menor se encuentra en situación irregular cuando su adaptación social sugiere alteraciones, se encuentra material o moralmente abandonado, o en peligro de estarlo, o hubiere delinquido, cualquiera sea su estado civil”.

Este DFL establece la fusión de la Dirección General de Protección de Menores (fruto de la Ley N° 4.447) con otros servicios asistenciales y dispone la creación de la Dirección General de Protección a la Infancia y Adolescencia (PROTINFA), y su traspaso al Servicio Nacional de Salud, determinando un enfoque médico-higienista al fenómeno de la infancia en desamparo.

Mediante la dictación de la Ley 11.183 de 1953, se modificó el artículo 10 del Código Penal, estableciéndose que están exentos de responsabilidad criminal:...2° El menor de 16 años. 3° El mayor de 16 años y menor de 18, a no ser que conste ha obrado con discernimiento, estableciéndose una presunción de derecho de imputabilidad para los mayores de 18 años. Además de lo anterior, se estableció trámite de Consulta para los casos en que el juez de menores estimara que el niño haya obrado sin discernimiento, y el delito del cual se le acusara se sancionara con pena aflictiva.

Posteriormente, la Ley 14.450 de 1961, introdujo nuevas modificaciones en el procedimiento de menores, desde el momento en que los jueces de menores pasan a formar parte del Poder Judicial, lo que importa su sumisión a las facultades disciplinarias de la Corte Suprema y en consecuencia, un cierto control frente a su discrecionalidad.

### 3. Ley N° 16.618

---

Esta ley fue promulgada el 8 de marzo de 1967 y fija el texto refundido de la ley de menores. Regula aspectos procesales, sustantivos y administrativos<sup>14</sup>, y trata de abarcar la mayoría de los temas relacionados con la minoridad, tanto en el ámbito administrativo como en el jurisdiccional.

Este texto legal establece un solo catálogo de medidas de protección para todos los niños, independiente del motivo por el cual hayan sido puestos a disposición del tribunal de menores.

Establece la competencia de los jueces de menores, especificándoles las materias de que conocerán.

En el contexto de ésta ley, el menor no es tratado como parte en el proceso, sino que como el objeto de protección.<sup>15</sup>, y al no ser considerado sujeto parte de un *algo* que tampoco es considerado un proceso propiamente tal, carece de las mínimas garantías reconocidas a los adultos, como la posibilidad de contar con defensa jurídica, o tan sólo de manifestar su opinión frente a medidas que limitarán, en la mayor parte de los casos, su libertad ambulatoria.

<sup>14</sup> CORTÉS Morales, Julio Esteban. “La Convención de los Derechos del Niño y su aplicación en Chile respecto de menores infractores de la ley penal”. Memoria de Grado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1997, pág. 42.

<sup>15</sup> CORTÉS Morales, Julio Esteban. ob. cit, pág. 53.

En cuanto al discernimiento, esta ley no introduce diferencias radicales, aunque es más exigente en el aspecto procedimental y en el probatorio, exigencia debilitada por la facultad discrecional de los jueces para aplicar medidas de protección a los niños que necesiten asistencia y protección, es decir, se encontraran en “situación irregular”, dadas sus condiciones de vida, niños que serán recibidos por los recién creados “Centros de Observación, Tránsito y Distribución”.<sup>16</sup>

Crea el Consejo Nacional de Menores, que más tarde, en el año 1979 es sustituido por el Servicio Nacional de Menores, organismo dependiente del Ministerio de Justicia.

La primera reforma importante efectuada a la ley 16.618 fue la que realizó la ley 18.857, de diciembre de 1989, que modificó el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal. Dentro de éstas modificaciones encontramos las siguientes:

Establece por primera vez una limitación temporal al trámite del discernimiento.

Establece que los menores en los recintos carcelarios, deben permanecer separados de los adultos en lugares habilitados especialmente para el efecto.

Amplía las facultades del juez para determinar fehacientemente la edad del inculpado cuando éste señalare ser menor de edad, pudiendo requerir a los organismos públicos pertinentes la información necesaria.

#### **4. Ley N° 19.585**

---

El 14 de octubre de 1998 fue promulgada la Ley N° 19.585, de Filiación, que pone término a la distinción entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos, lo cual trae consigo numerosas consecuencias, entre las cuales, a modo de ejemplo, cabe destacar la igualdad de los hijos en materia de derechos sucesorios y la posibilidad de interponer acciones destinadas a obtener el reconocimiento de una filiación determinada.

#### **5. Ley N° 19.617**

---

Este proyecto de ley nació durante el primer gobierno de la concertación, con el fin de modificar ciertos cuerpos penales en materias vinculadas al delito de violación, fundándose en la ausencia de una normativa eficaz en la materia, cuyos efectos se han agudizado en las últimas décadas.

En esa perspectiva, el gobierno del Presidente Aylwin elaboró una propuesta que pretendía dar un tratamiento integral para las conductas ilícitas de orden sexual, que la técnica jurídica aceptada por la criminología y el derecho público contemporáneo localiza dentro de los “delitos contra la libertad sexual” de mayor gravedad, a partir de los trabajos realizados por el Ministerio de Justicia y el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM).

Con la colaboración de la Policía de Investigaciones, Carabineros de Chile, el Centro de Asistencia de Víctimas de Agresiones Sexuales (CAVAS), el Servicio Médico Legal, el SENAME, y la Corporación de Ayuda al Menor, se elaboró una propuesta que integrara la

---

<sup>16</sup> CILLERO, Miguel. ob. cit, pág, 127.

formulación de medidas administrativas y que efectuara una modificación legal, a través de una Comisión Interdisciplinaria para el tratamiento de la problemática de los delitos sexuales.

El SERNAM, que entre sus objetivos debe revisar las normas legales que pueden significar situaciones discriminatorias para la mujer, constituyó una Comisión de estudio del Código Penal y le encomendó la realización del estudio "*La violencia sexual en Chile, dimensiones colectiva, cultural y política*", finalizado en Diciembre de 1992.

Este estudio, además de proporcionar antecedentes estadísticos respecto a la magnitud del problema, permitió concluir que existían errores de percepción y apreciación pública del fenómeno de la violencia sexual en Chile, atribuyéndose ésta a ofensores extraños, antisociales y marginales, suponiéndose circunstancias infrecuentes en la comisión de los delitos, como la extrema y necesaria violencia y su ocurrencia en horarios y lugares en sí peligrosos. Estos errores están también en la legislación penal, coincidente con la realidad de tales hechos delictivos, determinando la ineficacia de los mecanismos penales, procesales y legales existentes en el ordenamiento jurídico chileno para prevenir y sancionarlos.

La idea matriz de la modificación penal es corregir y adecuar la legislación chilena en materias vinculadas con los delitos sexuales.

El proyecto original del 3 de agosto de 1993, plantea diversas modificaciones a los códigos Penal, Código de Procedimiento Civil, Código Orgánico de Tribunales y a la Ley de Matrimonio Civil, particularmente en materias vinculadas al delito de violación.

Con fecha 6 de diciembre de 1994, el gobierno presentó una indicación que sustituyó los artículos 1° y 3° del proyecto, con el fin de ampliar las modificaciones propuestas a otras figuras penales relacionadas con los delitos sexuales, por considerar 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.

### **5.1. Modificaciones introducidas por la Ley N° 19.617, aspectos generales:**

Sancionar de manera precisa y armónica los delitos sexuales. Crear y/o redefinir delitos, aumentando las penas con que serán sancionados.

Las agresiones contra menores de edad serán consideradas más graves (figuras agravadas).

Las sanciones son mayores si la agresión es cometida por quien tiene a la víctima bajo su cuidado, aunque sea solamente de hecho.

Se facilita la denuncia y comprobación de los delitos sexuales (víctimas podrán constatar su agresión en cualquier centro hospitalario).

Se simplificarán las reglas de prueba y se adoptan diversas medidas para proteger a las víctimas, entre ellas la reserva del proceso y la eliminación de los careos con los agresores.



## **5.2 Modificaciones introducidas por la Ley N° 19.617, análisis de los tipos y otras materias en específico:**

### **5.2.1 Tipo de Violación**

Este tipo penal fue profundamente modificado con la Ley N° 19.617, ya que el Código Penal, bajo la anterior formulación del artículo 361, sancionaba la violación de una mujer, delito que se cometía “yaciendo” con ella en alguno de los casos que se indicaban: 1° caso en que se usaba de fuerza o intimidación. 2° caso en que la mujer se hallaba privada de razón o de sentido por cualquier causa, y 3°, caso en que la víctima era una niña menor de doce años cumplidos, aun cuando no concurriera ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

Según Garrido Montt,<sup>17</sup> el verbo rector que constituía el núcleo de la conducta típica era absolutamente indeterminado en sus caracteres más elementales, además, bajo esta formulación, sujeto activo de este delito, por la naturaleza de la acción, sólo podía serlo un hombre; y sujeto pasivo, una mujer, lo que se explicaba dentro de las concepciones de la moral tradicional.

Con la nueva redacción del artículo 361, se reemplaza la expresión “yacer” por “acceso carnal”, con una persona, no sólo con una mujer<sup>18</sup>, pudiendo admitir cualquier tipo de penetración sexual, sea vaginal, bucal<sup>19</sup> o anal, concurriendo las siguientes circunstancias: 1. ° cuando se usa de fuerza o intimidación; 2. ° cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia; y 3. °, cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

Con ello, quedan comprendidas en la violación conductas que antes se encontraban en otras figuras delictivas, como la de la violación sodomítica del artículo 365, ahora derogado, o la de abusos deshonestos, como la penetración anal o bucal de una mujer y la bucal de un hombre, que eran penalizadas como abusos deshonestos (pena de 61 días a 5 años).

Se mantiene, la pena vigente hasta entonces para la violación, que es la de presidio

<sup>17</sup> GARRIDO Montt, Mario. ob.cit., pp. 349 y ss.

<sup>18</sup> El bien jurídico protegido, la libertad sexual genital de la mujer, se reemplaza por la libertad sexual de la persona, Boletín N° 1048-07. segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 26 agosto 1997.

<sup>19</sup> Algunos señores integrantes de la Comisión Mixta consideraron que el acceso carnal por vía bucal debía incluirse dentro de la figura de la violación, ya que constituye una modalidad de relación sexual y, si bien puede considerarse que el daño que se causa físicamente a la víctima es menor, sus efectos síquicos son enormes, en especial tratándose de menores de edad. Otros señores integrantes de la Comisión Mixta estuvieron en desacuerdo con ese punto de vista, porque estimaron que respecto de la boca no se produce propiamente una penetración; es difícil distinguir entre la penetración y las prácticas masturbatorias, y es evidente que no se ocasiona el mismo daño físico que cuando se afectan las cavidades vaginal o anal, sobre todo en el caso de menores de edad. Boletín N° 1048-07. Informe de la Comisión Mixta, 5 noviembre 1998.

menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio (3 años y un día a 15 años).

La reforma al delito de violación contempla la derogación del antiguo artículo 362, conforme al cual la violación se consideraba consumada desde que existía principio de ejecución, reemplazándose este número para incorporar, como nuevo artículo 362, una nueva figura que sanciona al que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de doce años, con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concorra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior, lo que ofrece mayor flexibilidad para ponderar las circunstancias de cada caso.

La tipificación separada del atentado al menor, sin consideración al empleo de medios abusivos específicos, facilita formalmente su juzgamiento, al otorgar un título de incriminación específico y tiene por objeto reforzar simbólicamente el efecto preventivo de la penalidad agravada<sup>20</sup>.

### **5.2.2 Tipo de Rapto**<sup>21</sup>

La Ley en comento significó la supresión de este delito y la derogación de los artículos 358, 359 y 360 del Código Penal, ya que el rapto es un delito contra la libertad ambulatoria, que abarca íntegramente los supuestos de hecho de los delitos de secuestro, sustracción de menores o inducción al abandono de hogar, que se contemplan en los artículos 141, 142 y 357 del Código Penal.

A este contenido se le agrega una nota de peligro para la libertad o indemnidad sexual, representada por el elemento subjetivo, consistente en la finalidad de cometer un atentado sexual. De ahí que el rapto equivalga, en el sistema de delitos contra la libertad, al tipo de secuestro o sustracción de menores cometido para imponer exigencias o arrancar decisiones (artículo 142 N° 1 del Código Penal).

El Diputado señor Bustos señaló al respecto, que el rapto es un delito contra la libertad ambulatoria que se distingue porque existe un determinado ánimo, que agrava el delito. Además, hizo presente a la Comisión que en las legislaciones modernas el rapto ha desaparecido y queda comprendido dentro de los delitos contra la libertad en general<sup>22</sup>.

Los tipos de secuestro, sustracción de menores o inducción al abandono de hogar, son aplicables tanto a hombres como a mujeres, a diferencia del rapto que lo era tan solo respecto de mujeres.

### **5.2.3 Tipo de Estupro**

<sup>20</sup> Boletín N° 1048-07-3. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley, en tercer trámite constitucional, 19/5/98

<sup>21</sup> La supresión de esta figura se mantiene bajo la Ley N° 19.927.

<sup>22</sup> Boletín N° 1048-07-3. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley, en tercer trámite constitucional, 19 mayo 1998.

Con anterioridad a esta reforma, este delito, establecido en el artículo 363, consistía en el acceso carnal a una doncella mayor de 12 años y menor de 20. En dicha figura se procuraba proteger de manera especial la libertad sexual de aquellas personas que se encontraban en una etapa de formación y desarrollo de su sexualidad, cuando su consentimiento estaba viciado por el engaño.

Bajo la Ley N° 19.617, el bien jurídico protegido sigue siendo la indemnidad sexual del niño, entendida como su derecho a la autodeterminación sexual. Hablamos propiamente de libertad sexual, por cuanto el sujeto pasivo de éste delito es la persona menor de edad, pero mayor de 12 años, respecto de la cual el legislador ha considerado necesaria una protección especial para resguardar su desarrollo sexual y que éste responda a experiencias consentidas por ella.

En cuanto a la acción que constituye el delito de estupro, ella está definida en los mismos términos que la violación, lo cual tiende a una mayor armonización de dichas figuras, ya que la diferencia que existe entre ellas es en relación a los medios de comisión del delito y en la delimitación del sujeto pasivo.

Posteriormente, se incorporó el engaño como medio comisivo del delito de estupro, con el propósito de proteger a los menores sexualmente ignorantes o inexpertos que se enfrentan con un individuo sexualmente experto, que tiene una capacidad de manipulación de la voluntad para llevarlo a una interacción de carácter sexual.<sup>23</sup>

Por lo tanto, bajo esta ley, se pueden distinguir los siguientes medios comisivos:

El abuso de una anomalía o perturbación mental menos grave, aún transitoria, de la víctima.

El abuso de una situación de dependencia o subordinación.

El abuso de una situación de necesidad de la víctima.

El engaño.

Grave desamparo en que se encuentra la víctima.

La inexperiencia o ignorancia sexual de la víctima.

El núcleo esencial de éste delito es el abuso o prevalimiento del hechor respecto de la víctima.

#### **5.2.4 Tipo de Sodomía**<sup>24</sup>

Este delito fue profundamente modificado por la ley en comento, ya que daba origen a diversas dificultades de orden valórico, ya que algunos integrantes de la Comisión razonaron que la eliminación del castigo a la sodomía podría entenderse como la emisión de una señal inconveniente a la población, en cuanto a que sería como socialmente aceptable una conducta que es naturalmente desviada, lo que podía derivar en que más adelante se intentara equiparar la pareja homosexual a la pareja heterosexual.

<sup>23</sup> Informe de la Comisión Mixta. Boletín N° 1.048-07, 5 de Noviembre, 1998.

<sup>24</sup> Esta figura penal se mantuvo intacta en el artículo 365 del Código Penal tras la citación de la Ley N° 19.927

Otra dificultad se presentaba en el inciso 2° del art. 365, el cual contenía una figura penal distinta de la sodomía, que consistía en la “violación sodomítica”. Aquí, la dificultad se radicaba en el hecho de que con esta última figura se protegía un bien jurídico diverso al protegido en el delito de sodomía. Finalmente, la figura de la violación sodomítica fue suprimida, quedando la conducta inmersa en el delito de violación.

En la figura de la sodomía se ha señalado que protege la indemnidad sexual del niño, no estando en juego la libertad sexual. Algunos difieren de esta posición, señalando que no es la protección de la indemnidad sexual lo que se busca, debido a que el acceso carnal a un menor de 12 años por un adulto de su mismo sexo, se penaliza a título de violación, el cual impone una sanción mayor que la figura de la sodomía. Según esta posición, el bien jurídico protegido es el desarrollo y formación de la capacidad de autodeterminación sexual del menor, tendiendo a proteger su libertad para permitir la plenitud de su identidad sexual.

Ninguno de los partícipes en el acto sexual está forzando al otro. Siguiendo esta tesis, con la figura de violación, se penaliza la sodomía respecto al adulto que mantiene relaciones sexuales con un menor de 18 años de su mismo sexo, aún cuando se trate de relaciones mutuamente consentidas.

Esta última postura (de aquellos que disienten de la sodomía como delito independiente), nos parece más acorde con una lógica respetuosa de los derechos humanos, compartiendo lo expuesto por el Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile, representado por el profesor Antonio Bascañán Rodríguez, consideró que, “si lo que se intenta es proteger el libre desarrollo de la sexualidad del adolescente, la seducción homosexual debe ser sancionada al igual que la seducción heterosexual, sólo cuando sea constitutiva de abuso. Si, en cambio, lo que se desea es impedir la formación de una identidad homosexual en el adolescente, entonces será discriminatorio el trato de las conductas heterosexuales y las homosexuales, porque estas últimas se sancionarían en cualquier circunstancia, por oposición a la impunidad de la relación heterosexual, lo que presenta una evidente incongruencia con la equiparación de la protección penal frente a las agresiones heterosexuales y homosexuales en los delitos de violación, estupro y abusos sexuales.

Dio a conocer, además, su rechazo de la punición de la homosexualidad consentida entre adultos, afirmando que, si no concurre alguna de las circunstancias que definen los distintos tipos de atentado sexual, la conducta sexual debe ser considerada como parte del núcleo más íntimo del plan de vida de cada persona, y por lo tanto completamente excluida de la intervención penal del Estado”<sup>25</sup>.

Ahora bien, si estas mismas personas, cometieran acciones que ofendieran el pudor o las buenas costumbres con hechos de gran escándalo o trascendencia, incurrirán en el

---

<sup>25</sup> Tal como consta del primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en segundo trámite constitucional, se sometió a votación, en primer lugar, la posibilidad de derogar el artículo 365, eliminando en consecuencia la sanción penal de la sodomía, lo que resultó rechazado por tres votos contra dos. Votaron en contra los HH. Senadores señores Fernández, Larraín y Otero, mientras que a favor lo hicieron los HH. Senadores señores Hamilton y Sule.

delito de ultraje público a las buenas costumbres, contemplado en el artículo 373 del Código Penal, con una sanción de reclusión menor en su grado mínimo a medio (61 días a 3 años). Esta figura no establece diferencia alguna en razón de la orientación sexual del sujeto activo <sup>26</sup>.

Al modificarse este delito, el legislador despenalizó la sodomía consentida entre personas mayores de edad, lo cual resulta más concordante con un Derecho Penal más liberal, por constituir ésta una manifestación de libertad de la propia identidad sexual, la cual no debe ser restringida por el ordenamiento jurídico <sup>27</sup>.

Aquí el sujeto activo es solo el varón, excluyéndose las relaciones de homosexualidad femenina (lesbianismo).

El sujeto pasivo es el varón menor de 18 años.

### **5.2.5 Delito de Abuso Sexual** <sup>28</sup>

La ley en comento sustituyó el antiguo artículo 366 y agregó los artículos 366 bis, 366 ter y 366 quater.

La modificación pretende aclarar las conductas que configuran el delito de abusos deshonestos, que se denominará abusos sexuales, en el sentido de definir que consiste en realizar una acción sexual, concepto que se define expresamente, distinta del acceso carnal. Lo anterior importa dejar ceñida la conducta a criterios objetivos <sup>29</sup>.

Al respecto, el nuevo artículo 366 ter, señala 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.

Si las víctimas son mayores de doce años, se requiere la concurrencia de alguna de las circunstancias constitutivas del delito de violación (artículo 366 n°1), o bien, alguna de las circunstancias constitutivas de estupro, si la víctima es menor de edad (artículo 366 n°2).

En el caso de abuso sexual cuyas víctimas sean menores de 12 años, se sanciona además, la realización de acciones que posean significación sexual, aunque no impliquen contacto corporal o la utilización de objetos, y aun cuando no concurren los medios comisivos de la violación o estupro. Si concurre alguna de dichas circunstancias, la pena

---

<sup>26</sup> Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara, primer trámite constitucional, 5 julio 1995, pág. 9.

<sup>27</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ Collao, Luis. "Delitos Sexuales. De conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley N.º 19.617, de 1999", Editorial jurídica de Chile, reimpresión de la 1º Edición, Santiago, 2004, pág. 250.

<sup>28</sup> Las figuras constitutivas de este delito serán analizadas con mayor profundidad en el capítulo siguiente.

<sup>29</sup> Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en segundo trámite constitucional, 26 agosto 1997.

será de reclusión menor en sus grados medio a máximo.

Ahora bien, el artículo 366 quater contempla lo que la doctrina ha llamado *abuso sexual impropio o indirecto*<sup>30</sup>, que contempla un conjunto de hipótesis que se sancionan en cuanto representan formas de ejercicio prematuro o desviado de la sexualidad, cuando las víctimas sean menores de doce años (en los dos primeros incisos), o menores de edad (inciso tercero), cuando se usa de fuerza o intimidación, o bien concurre alguna de las circunstancias constitutivas de estupro.

Dichas hipótesis consisten en cuatro conductas alternativas: hacer presenciar a un niño comportamientos de significación sexual; determinarlo a ejecutar estos comportamientos; hacerlo ver o escuchar material pornográfico, y emplearlo en la producción de este tipo de material.

### **5.2.6 Delitos asociados a Material Pornográfico Infantil**

Durante el debate del proyecto en la Comisión Mixta, se planteó la preocupación por los grupos dedicados a la explotación de pornografía infantil que operan por Internet, entre otros medios. Al respecto, el H. Diputado señor Bustos y el representante del Ministerio de Justicia, señor Claudio Troncoso, señalaron que esa situación quedaba cubierta por el delito de asociación ilícita sancionado en los artículos 292 y siguientes del Código Penal, en concurso con la difusión de material pornográfico del artículo 374 y la figura contemplada en el artículo 366 quáter, de utilización de un menor de doce años, o de un menor de edad pero mayor de doce años, en la producción de material pornográfico. En el último caso, se requiere la concurrencia del uso de fuerza o intimidación, o cualquiera de las circunstancias constitutivas del delito de estupro<sup>31</sup>.

### **5.2.7 Delito de Corrupción de Menores**<sup>32</sup>

Se elimina el delito de promoción o facilitación de la corrupción de menores de edad, que se sustituye por otras figuras que mejoran la protección penal a los niños, niñas y adolescentes<sup>33</sup>.

El artículo 367 del Código Penal, antes de la dictación de la ley en comento, sancionaba a quien "*habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promover o facilitar la prostitución o corrupción de menores de edad, para satisfacer los deseos de otro...*". Tras la reforma introducida por esta ley, se eliminó la referencia a la corrupción de menores, dando lugar al tipo de Favorecimiento de la Prostitución.

<sup>30</sup> RODRÍGUEZ Collao, ob. cit, pp. 217 y ss.

<sup>31</sup> Informe de la Comisión Mixta. Boletín N° 1.048-07, 5 de Noviembre, 1998. Cabe señalar que éste fue precisamente una de las materias objeto de la Ley N° 19.927.

<sup>32</sup> Para RODRÍGUEZ Collao, ob. cit, pág. 249 y ss., el delito de corrupción de menores es el contemplado en el artículo 365 del Código Penal, que hemos tratado en el acápite correspondiente a la sodomía.

<sup>33</sup> Informe para Comisión Mixta, Boletín N° 1.048-07, 5 noviembre 1998, pág.5.

Sin perjuicio de lo señalado, cabe hacer presente que Etcheberry<sup>34</sup>, en cuanto a la complejidad que revestía la interpretación del concepto *corrupción*, lo identifica con un criterio biológico-natural: pervertir el sentido natural de la sexualidad. A nuestro juicio, el autor no pudo evitar caer en aquello que justamente pretendía evitar, la fácil identificación del concepto jurídico con el concepto moral.

Para Rodríguez Collao<sup>35</sup>, lo que el tipo sanciona es el hecho de promover o facilitar la prostitución de menores, siempre que la motivación sea la de satisfacer los deseos de un tercero. Lo anterior implica que no se sanciona a quien ejerza la prostitución, ni a quien solicite los servicios sexuales de un menor de edad, sino a quien, habitualmente, investido de una cierta autoridad, o depositario de un margen de confianza, (sin distinguir si se trata de un hombre o una mujer), favorece o facilita la prostitución de menores de edad.

### **5.2.8 Delito de Violación Conyugal y Excusa Legal Absolutoria**

Se reconoce el delito de violación dentro del matrimonio, y lo configura como cualquier acto de penetración de pene, sea éste vaginal, bucal y (o) anal<sup>36</sup>, puesto que las personas, aunque estén casadas, conservan su libertad sexual, y son libres de aceptar o rechazar la posibilidad de tener relaciones sexuales con su cónyuge. De esta forma se castigará la penetración carnal entre cónyuges, con fuerza o intimidación.

En el caso de abuso de incapacidad corporal, mental, enajenación o trastorno de la víctima, solo se castigará si el juez estima que es necesario en atención a la gravedad de la ofensa ocasionada a la víctima.

Esta ley deroga la llamada Excusa Legal Absolutoria, en virtud de la cual el ofensor que se casa con la víctima de violación, rapto o abuso deshonesto, se exime de la pena o es sobreseído en la causa que se le sigue por esos delitos.

Esta derogación es importante, ya que se trataba de una norma anacrónica incompatible con la obligación del Estado de castigar la violencia al interior de la sociedad.

### **5.2.9 Derogación del antiguo artículo 362 del Código Penal**

La Ley N° 19.617 deroga el antiguo artículo 362, según el cual la violación se consideraba consumada desde que había principio de ejecución, debido a las considerables dificultades de interpretación que había provocado, dividiendo las opiniones de la doctrina y de la jurisprudencia en cuanto a si dicha norma importaba la eliminación de las etapas de ejecución del delito. Con la derogación, el castigo de la tentativa y del delito frustrado

---

<sup>34</sup> Siguiendo a Labatut, y éste a Soler, en ETCHEBERRY, Alfredo. Manual de Derecho Penal, tomo 4°, Parte Especial, editorial Jurídica de Chile, 3° Edición, revisada y actualizada, 1° Reimpresión, Santiago, 2004, pág.81.

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ Collao. ob. cit, pp. 225 y siguientes.

<sup>36</sup> LARRAÍN, Soledad y TRAVERSO, María Teresa Editoras. "Maltrato Infantil y Abuso Sexual en Chile", UNICEF, Santiago de Chile, octubre de 2001, pág. 18.

se regirá por las reglas generales del Código Penal <sup>37</sup> .

### **5.2.10 Delitos de Involucramiento de Menores en Acciones de Significación Sexual o en Producción de Material Pornográfico (artículo 366 quater del Código Penal)**

Se crea un nuevo delito de involucramiento de menores en acciones de significación sexual o en producción de material pornográfico, que castigará a quienes, sin tomar contacto corporal con la víctima ni afectarle sus genitales, el ano o la boca, afectan la indemnidad sexual del menor de doce años o la autodeterminación sexual del mayor de doce y menor de dieciocho años. En el caso de estos últimos, por lo mismo, se exige la concurrencia de fuerza o intimidación, o alguna de las circunstancias abusivas del estupro.

Se hizo presente también en el seno de la Comisión Mixta que este artículo no tiene por finalidad sancionar la producción, comercialización o exhibición de material pornográfico, que se rigen por otras normas, sino proteger a los menores impúberes frente a su involucramiento en contextos de significación sexual, alguno de ellos requerido por la producción de material pornográfico. La revisión del castigo por la producción o reproducción de este material, que no importa necesariamente la participación de un menor, debería ser hecha en un ámbito distinto del de los delitos contra la autodeterminación sexual.

### **5.2.11 Procedimiento**

Las víctimas podrán atenderse en recintos hospitalarios públicos y privados y no solamente en el Servicio Médico Legal.

La acción para perseguir los delitos sexuales es mixta, con excepción del delito de favorecimiento de prostitución de menores, la cual se caracteriza por ser pública.

También se amplió el número de personas que pueden efectuar la denuncia, estableciéndose que si la víctima a causa de su edad o estado mental, no pudiera hacer por sí misma la denuncia y no tuviera padres, abuelos, guardadores o persona encargada de su cuidado, o si teniéndolos, estuvieren imposibilitados o implicados en el delito, la denuncia podrá ser efectuada por los educadores, médicos u otras personas que tomen conocimiento del hecho en razón de su actividad, pudiendo también el Ministerio Público proceder de oficio, lo cual resulta inconsistente con el principio adoptado por el Nuevo Código Procesal Penal, según el cual el ejercicio de la acción civil no es de competencia del Ministerio Público.

El art. 369 bis <sup>38</sup> establece que en estos casos el juez apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Este punto no estuvo exento de polémica para lograr su establecimiento, ya que el Ministerio de Justicia consideró que la imposibilidad de probar

---

<sup>37</sup> Informe de la Comisión Mixta. Boletín N° 1.048-07, 5 de Noviembre, 1998.

<sup>38</sup> La Ley N° 19.927 mantuvo intacto este artículo.



los hechos en la mayoría de los casos por diversas circunstancias como la minoría de edad de la víctima o la falta de lesiones hacía conveniente su consagración.<sup>39</sup> Sin embargo existía otra posición que consideraba riesgoso establecer excepciones al sistema de prueba legal en este ámbito, considerando las posibilidades de error judicial<sup>40</sup>

El juez queda facultado, de oficio o a petición de parte, para adoptar medidas de protección de la víctima. Debe adoptar medidas necesarias para que las diligencias sean llevadas a cabo con privacidad (artículo 372 ter del Código Penal)<sup>41</sup>.

Confiere validez a la declaración testimonial de personas cercanas a la víctima. Asimismo, se elimina el careo entre víctima e inculpado, salvo que la propia víctima lo solicite, y en caso de estimarse indispensable por el juez, procederá según las normas sobre el testigo ausente. Se mantiene la reserva sobre la identidad de la víctima a terceros ajenos al procedimiento, prohibiéndose la publicidad, a menos que la víctima lo acepte. Si la víctima es menor de edad, la reserva es absoluta, constando en el expediente sólo sus iniciales, guardándose su identificación en sobre cerrado, que se mantendrá en custodia del tribunal.

### **5.2.12. Veto Aditivo**

Con respecto a un debate producido en relación a la Ley, restringido a un aspecto de su normativa referida a la sanción a los violadores de niños menores de 12 años, el Presidente de la República Eduardo Frei Ruiz-Tagle, formuló un veto aditivo, en virtud del cual se impide que los condenados por delitos sexuales puedan acceder a beneficios carcelarios, libertad condicional, salidas dominicales, reclusión nocturna y otras. La norma que se planteó adicionar a la Ley fue aprobada por el Senado y la Cámara de Diputados, e incorporada finalmente a su texto.

En resumen, los cambios producidos por la ley en comento se producen fundamentalmente en 5 aspectos:

Reemplaza el vocablo “mujer” por “persona”, lo cual amplía el concepto de que no sólo las mujeres sufren agresiones sexuales.

Mejora la definición de las conductas punibles definiendo nuevas vías de acceso (vaginal, anal y bucal).

Amplía las facultades para denunciar.

Aumenta los lugares donde pueden realizarse los exámenes de posibles lesiones.

Elimina la posibilidad del condenado por estos delitos de acceder a beneficios penitenciarios.

<sup>39</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Boletín N° 1.048-07, 1997.

<sup>40</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, Boletín N° 1.048-07, tercer trámite constitucional, 19 mayo 1998, pág. 33.

<sup>41</sup> La ley N° 19.927 mantuvo intacto este artículo.

### 5.3 Fundamentos de la Ley N° 19.617:

Esta ley se fundamenta en dos conceptos básicos:

Defensa de los valores considerados socialmente relevantes relativos al ejercicio de la actividad sexual.

Respeto y protección de la libertad sexual de la persona y la indemnidad sexual de los niños (particularmente menores de 12 años, en que se habla más bien de intangibilidad sexual).

Los bienes jurídicos protegidos son la libertad sexual, entendida como autodeterminación sexual y la indemnidad sexual de los menores de edad, principalmente los menores de 12 años, respecto de quienes el consentimiento que pudieren haber prestado se considera irrelevante, dado que se considera que carecen de la capacidad mínima necesaria en materia sexual.<sup>42</sup>

### 5.4 Objetivos de la Ley 19.617:

Dar un tratamiento moderno, integral y coherente a todos los tipos penales que tienen por objeto la protección de la libertad sexual de las personas.

Mejorar la eficacia de la prevención, prueba y sanción de los delitos sexuales.

Reducir los índices de “cifras negras”, respecto a los atentados sexuales. Al momento de discutirse el proyecto que resultaría en la promulgación de esta Ley, la Sra. Clara Szczeranski, en representación del Ministerio de Justicia, indicó que “diversos estudios, en especial el realizado en 1992 por la Dirección de Estudios Sociológicos de la Pontificia Universidad Católica de Chile, han concluido que el porcentaje de delitos sexuales no denunciados fluctúa entre el 75% y el 90% del total de los que se cometen; en el 71,5% de los casos las víctimas son menores de edad y, de esa cifra, un 7,3% corresponde a menores de 4 años; y existe parentesco, amistad o conocimiento entre el sujeto activo y el pasivo del delito en el 71% de los casos, alcanzando los padres y parientes casi al 30% de los sujetos activos. Los datos provienen del Servicio Médico Legal, de Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones, el Poder Judicial y el Instituto Nacional de Estadísticas, entre otros”<sup>43</sup>.

Optimizar el efecto preventivo general de la sanción penal, especialmente en agresores sexuales de niños menores de 12 años.

Finalmente, en cuanto a sus objetivos, la ley 19.617 se sustenta en dos ideas centrales:

i.- Tipificar con mayor precisión los actos constitutivos de delitos sexuales.

Este es un esfuerzo por sistematizar los delitos sexuales en forma coherente con los

---

<sup>42</sup> **Fronteras en Obstetricia y Ginecología. Extraído de revista de publicación periódica, Julio 2002 pág. 62.**

<sup>43</sup> **Discusión General, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en segundo trámite constitucional, Boletín N° 1048-07, 22 enero 1997.**

principios de la dogmática penal moderna, así como también con criterios políticos criminales modernos. Esta idea se aborda a través de dos vías; la creación (artículo 366 quater), reformulación típica de delitos como violación (artículo 361 y 362 del Código Penal), estupro (artículo 363 del Código Penal) y abuso sexual –antes abusos deshonestos- (artículos 366, 366 bis y 366 ter del Código Penal) y por otro lado la despenalización de figuras como el rapto y la sodomía, ambos objetivos contenidos en el Código Penal).

ii.- Facilitar la denuncia, la prosecución de los procesos, así como la prueba de los hechos constitutivos del delito y la participación punible, a través de:

Mayor facilidad de acceso a la justicia por parte de la víctima, facilitando los trámites de la denuncia.

Mayor agilidad y eficacia policial.

Mayor eficacia en la protección de la víctima.

Eliminación de careo entre víctima e inculpados o procesados salvo expreso consentimiento de aquella.

Medidas específicas de resguardo posterior al hecho.

Someter al agresor a un régimen de vigilancia.

Prohibir al agresor el acceso al domicilio, lugar de estudios o lugar de trabajo de la víctima.

Prohibirle al agresor la aproximación a la víctima o su familia.

Obligar al agresor a abandonar el hogar común.

Facilidad probatoria:

Peritajes en centro de salud públicos o privados.

No hay testigos inhábiles.

## **6. Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño**

---

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989, responde a un proceso de expansión del concepto de derechos humanos, los que orientan y limitan al Estado y sus órganos, imponiéndoles una serie de deberes positivos y obligaciones de abstención, respecto de una categoría de seres humanos que, hasta este momento, si bien nunca habían sido excluidos de los instrumentos generales existentes sobre la materia, en los hechos, su protección no lograba abarcarlos efectivamente<sup>44</sup>.

Siguiendo a Cillero, podemos decir que la Convención posee tres características principales:

a) Integralidad, abarcando todas las dimensiones de la vida de todos los niños, niñas

<sup>44</sup> CILLERO, Miguel. “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, en [www.iin.oea.org/Cursos\\_a\\_distancia/Infancia\\_autonomia\\_derechos.pdf](http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Infancia_autonomia_derechos.pdf).

y adolescentes. Los derechos que en ella se reconocen, poseen un carácter interdependiente, lo que obliga en consecuencia a satisfacer la necesidad de una protección integral.

b) Constituye una nueva concepción del niño como sujeto de derechos y de sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado. Este cambio es radical, en cuanto ya no se define a los niños por aquello que les falta para ser adultos, o sobre la base de su incapacidad, sino que este sujeto de derechos especialísimo, está dotado de supraprotección, ya que se le reconocen derechos específicos, además de aquellos que le son reconocidos por su calidad de seres humanos.

Así lo ha declarado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002<sup>45</sup>, párrafo 54: *“Tal como se señalara en las discusiones sobre la Convención sobre los Derechos del Niño, (...) los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos-menores y adultos-y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”*.

De esta forma, los niños dejan de ser un objeto de protección, y se encuentra portador de derechos y capacidad para ejercerlos por sí mismo, de acuerdo a lo señalado por el artículo 5° de la Convención, que establece que este ejercicio es progresivo en virtud de la evolución de sus facultades, autonomía progresiva que se constituye en clave para interpretar la función estatal y familiar en la promoción del desarrollo integral del niño<sup>46</sup>, distinguiéndose como consecuencia lógica de lo anterior, entre infancia y adolescencia sobre la base de criterios cronológicos<sup>47</sup>.

c) La Convención produce un cambio de óptica en cuanto supone el paso de la consideración de las necesidades a la de los derechos, alejándose de la concepción tutelar de las antiguas leyes de menores, cuyo objeto estaba conformado por lo que García Méndez<sup>48</sup> llama “menor abandonado/delincuente”.

Los países que ratifican la Convención y que, por consiguiente, se convierten en estados partes de la misma, aceptan someterse legalmente a sus estipulaciones e informan regularmente a un Comité de Derechos del Niño sobre sus avances. Es el

<sup>45</sup> el texto completo de la OC/17-2002, se encuentra disponible en [www.corteidh.or.cr/seriea/index\\_a.html](http://www.corteidh.or.cr/seriea/index_a.html).

<sup>46</sup> En este sentido, el Informe del Comité sobre los derechos del Niño de Ginebra/Chile, el 1° de febrero de 2002, parte III, párrafos 25 y 30. En este último párrafo, cabe destacar la recomendación al Estado Parte a que adopte medidas para que se tengan en cuenta las opiniones de los niños, de conformidad con el concepto de la evolución de sus facultades, en todos los asuntos que les atañan, en particular en los procedimientos judiciales y administrativos, e integre este principio en la nueva legislación y en las políticas y programas que afectan a los niños, incluida la política nacional. UNICEF, oficina de área para Argentina, Chile y Uruguay. “Justicia y Derechos del Niño”, número IV, sección tercera, pág.222.

<sup>47</sup> Así lo recoge el artículo 16 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, y el Proyecto de Ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en actual tramitación (Boletín N° 3021-07).

<sup>48</sup> GARCÍA Méndez, Emilio. “Derecho de la Infancia/adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral”. Ed. Forum-Pacis, Bogotá, 1994, pág. 41 y ss.

primer código universal de los derechos del niño legalmente obligatorio de la historia. Contiene 54 artículos y reúne en un solo tratado todos los asuntos pertinentes a los derechos del niño, los cuales pueden dividirse en cuatro amplias categorías: derechos a la Supervivencia, al Desarrollo, a la Protección y a la Participación.

Chile firmó y suscribió la Convención, junto a otros 59 países, el 26 de enero de 1990 y la ratificó en Agosto de ese mismo año. El día 14 de agosto de 1990 fue promulgada como ley mediante el Decreto Supremo 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual fue publicado en el Diario Oficial del 27 de Septiembre de 1990, fecha en que la Convención entró en vigencia en Chile.

Al suscribirla, el país asumió el compromiso de promover la plena vigencia y respeto de los derechos de la infancia, a través de iniciativas orientadas a promover reformas institucionales, administrativas y legales que garanticen el adecuado resguardo de su identidad y dignidad personal. En ella también se reconoce el derecho del niño a la protección contra la explotación económica y la realización de trabajos que puedan ser peligrosos, entorpecer su educación o afectar su salud o desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

Si bien nuestro país ratificó la Convención de los Derechos del Niño y nuestra Constitución Política contiene, en términos generales, algunos derechos de los niños incorporados en ella, el ordenamiento jurídico chileno ha sido pobre en otorgar exigibilidad directa a dicha normativa, por parte de los niños, titulares de los derechos reconocidos en la Convención. No obstante, es posible rescatar ciertos avances:

1991: Ley N° 19.048, protege la identidad de los menores de 18 años inculcados o víctimas de delitos.

1992: Ministerio de Justicia dicta un Decreto para favorecer a los menores que hayan sido condenados por delitos, mediante la eliminación de anotaciones prontuariales.

1994: Ley N° 19.343, impide el ingreso a cárceles de adultos a menores de 18 años, y diferencia los establecimientos destinados a la atención de los adolescentes infractores de ley, de aquellos destinados a los que estén necesitados de asistencia y protección.

1998: Se elimina la detención por sospecha.

2000: Entrada gradual en vigencia de la Reforma Procesal Penal.

2002: a) Mensaje Presidencial con el que inicia la tramitación de un proyecto de ley de protección de derechos de la infancia y adolescencia.

b) Mensaje Presidencial con que se inicia la tramitación de un proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

2003: Decreto Supremo N° 225, de fecha 6 de septiembre de 2003, que aprueba el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

2004: a) Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, en cuyo artículo 16 se recogen los principios de interés superior del niño y autonomía progresiva, a través de garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y goce pleno y efectivo de

sus derechos y garantías, como el derecho a ser oído.

En el artículo 8° se establece la competencia de estos tribunales, señalándose, entre otros: 8) todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores... 10) todos los asuntos en que se impute un hecho punible a niños, niñas o adolescentes exentos de responsabilidad penal, y aplicar, cuando corresponda, las medidas contempladas en el artículo 29 de la Ley de Menores..., además de todas aquellas materias que hasta la dictación de esta Ley se encomendaban a los juzgados de menores y en ciertos casos, a los juzgados civiles, en cuanto digan relación con temas de infancia, adolescencia y familia.

b) Ley N° 19.979, que modifica el régimen de jornada escolar completa diurna y otros cuerpos legales, estableciendo una cuota del 15% de la matrícula reservada a alumnos en situación socioeconómica vulnerable, que se pueden imponer a los establecimientos educacionales a fin de recibir las subvenciones escolares (establecimientos particulares-subvencionados).

c) Moción Parlamentaria de los diputados Adriana Muñoz, Rodrigo González, Ximena Vidal, Laura Soto, Samuel Venegas, Juan Bustos y María Eugenia Mella, que proponen e impulsan el proyecto de creación de la Defensoría de la Infancia, que mediante una reforma constitucional, velará por el irrestricto cumplimiento de las disposiciones de la Convención.

2005: Entrada en vigencia de la Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia (octubre).

## 7. Legislación Comparada

---

### 7.1. Brasil<sup>49</sup>

En 1990 se creó el Estatuto del Niño y Adolescente (ECA) que confirió normatividad a los derechos reconocidos en la Convención sobre Derechos del Niño y que definió los canales de participación y fiscalización de las políticas de protección a menores; éstos son los Consejos de Derechos del Niño y Adolescente y los Consejos Tutelares. Además de la Constitución Federal (art. 227) y el Código Penal (art. 218, 233 y 234), otras leyes que abordan el asunto son la Ley de Prensa (Ley 5.250/67, art. 2 y 17) y el Código de Menores (Ley 6.697/79, art. 51).

Fue sancionada la Ley 9.291/96 que corrige una contradicción entre el ECA y la Ley de los Crímenes Hediondos respecto de las penas para los crímenes sexuales contra los niños, niñas y adolescentes. Establece prisión de 8 a 12 años para la violación y los actos libidinosos cometidos contra menores de 14 años.

En el nivel parlamentario existen varios proyectos en trámite acerca de violencia

<sup>49</sup> SEDA, Edson. "Evolución del Derecho brasileño del niño y del adolescente", extraído de [www.iin.org.oea.org/Cursos\\_a\\_distancia/Evolucion\\_del\\_derecho\\_brasilero.pdf](http://www.iin.org.oea.org/Cursos_a_distancia/Evolucion_del_derecho_brasilero.pdf)

sexual. Cabe destacar el Proyecto de ley 1609/96 presentado por el ejecutivo que transfiere artículos del Código Penal calificados como crímenes contra las costumbres, a títulos que los califican como crímenes contra las personas y contra la libertad individual.

La Ley 9.394 del 23 de diciembre del año 1996 se refiere a las directrices de base (LDB) para la participación de la sociedad civil en debates en el Congreso Nacional acerca de éstas leyes y su aplicación.

La protección jurídica de las y los adolescentes ha quedado señalada en el capítulo referente a violencia sexual contra las niñas. Partiendo de ese marco amplio se tramitan en el Congreso Nacional dos proyectos de ley referidos a educación sexual: el Proyecto Ley 4.751/90 Programa de Orientación Sexual, Prevención de Enfermedades de Transmisión Sexual y Abuso de Drogas para alumnos y alumnas de 1° y 2° grado y para profesores y el Proyecto Ley 506/95 que dispone la inclusión obligatoria de educación sexual en el currículo de la escuela básica.

## **7.2 Colombia**<sup>50</sup>

Además de la Protección para con niñas y niños que establece la Constitución, el Código Penal en 1980 penalizó conductas que atentan contra el normal desarrollo de la sexualidad de niñas y niños.

En los delitos que atentan contra la familia, el incesto tiene penas de prisión de seis meses a cuatro años.

El Código del Menor, vigente desde 1989, mediante el decreto 2737 contempla principios, medidas, procedimientos y organismos competentes encargados de tutelar a niñas/os y adolescentes a quienes se les hayan violado sus derechos y se encuentren en situación irregular. El art. 31 se refiere al abuso sexual por parte de los padres o de las personas de las cuales depende el menor.

La Ley 12 de 1991 incorporó al derecho interno la Convención sobre los Derechos del niño. En el art. 3 señala que las instituciones públicas o privadas de toda índole deberán atender al interés superior del niño en todas las medidas que les conciernen. El art. 19 se refiere a la protección contra el abuso sexual o mental; el art. 34 a la protección contra la explotación y abusos sexuales en todas sus formas; el art. 35 a la trata de niños/as.

El Decreto 415, de julio de 1994 dictó normas para la protección de menores, especialmente orientadas a evitar el abuso y comercio sexual.

Los organismos de protección del menor y la familia son el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, con su órgano rector que es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF); Defensorías de Familia; Policía de Menores; Procuraduría Delegada; Comisarías de Familia; y la Defensoría del Pueblo.

En cuanto a procedimiento, la responsabilidad institucional corresponde al ICBF, y quien abre la investigación al conocimiento del hecho es el Defensor de la familia. La aplicación de medidas está sujeta al control jurisdiccional de los Jueces de Familia.

---

<sup>50</sup> Información extraída de [www.unicef.org.co](http://www.unicef.org.co), [www.fundacionrenacer.org/explotacion.htm](http://www.fundacionrenacer.org/explotacion.htm)

Cabe destacar la Ley 294 de julio de 1996, sobre Violencia Intrafamiliar, que se refiere a cualquier tipo de agresión, maltrato, amenaza o violencia de tipo físico, psíquico o sexual. Así como también, la Ley 360, de 1997, que modifica normas del Código Penal respecto a delitos sexuales, adiciona el Código de Procedimiento Penal y sustituye el título “Delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana”. Además, aumenta las penas y suprime el beneficio de la libertad provisional. El acceso carnal mediante violencia contra menores de 12 años tiene penas de 20 a 40 años y el acceso carnal abusivo contra menores de 14 años, prisión de 4 a 10 años. Se destaca que esta ley explicita los derechos de las víctimas de los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana, lo que es de gran utilidad en el momento en que se juzgan tales delitos y constituye un avance desde el punto de vista de la actualización del derecho.

La Ley 12/91 que incorporó al derecho interno la Convención de los Derechos del Niño, dedica el artículo 17 al derecho a la información, el 24 a la salud y el 26 a la seguridad social. Además, la resolución administrativa 03353 del 2 de julio de 1993 estableció obligatoriedad de la educación sexual en el país, señaló las responsabilidades ministeriales y determinó parámetros para la formación y evaluación de docentes.

Los últimos pronunciamientos de la Corte Constitucional ratifican que la educación es un derecho fundamental y un derecho de protección de la adolescente embarazada, y reiteran la prohibición de expulsar a las niñas del sistema educativo formal cuando se evidencia un embarazo, todo lo cual representa avances en la práctica, aún cuando no hayan ingresado a trámite nuevos proyectos legislativos.

### 7.3 Nicaragua <sup>51</sup>

La Convención de Derechos del Niño se ratificó en abril de 1990; su adecuación a la legislación nacional está pendiente. La Ley tutelar del Menor (1973-1979) está dirigida a prevenir, proteger y reeducar a la niñez “en riesgo”. La aplicación de la ley y su reglamento es responsabilidad del Director del Centro Tutelar de Menores, bajo la dirección del Fondo Nicaragüense de la Niñez y la familia, FONIF, creado en 1992. La Ley 150 (1993) reformó el Código Penal en lo referente a delitos sexuales; además de los daños físicos, incorpora los daños emocionales y sociales, cambia la tipificación de los delitos y modifica las penas. En lo referente a violación, establece que puede ocurrir por penetración no sólo del pene, sino también de cualquier otro órgano, instrumento u objeto. Son agravantes, la dependencia o confianza entre el agresor y la víctima, el vínculo de parentesco o tutoría entre agresor y víctima y el parentesco no consanguíneo. Se penaliza el incesto con 2 a 4 años y el abuso deshonesto con 3 a 6 años; la violación tiene una pena de 15 a 20 años. Se define el abuso deshonesto, permaneciendo como aspectos a ser perfeccionados, la existencia de dificultades de pruebas y limitantes que no admiten que la víctima o sus familiares sean testigos de hecho. El Art. 205 obliga al juez y al procurador a proseguir el proceso de oficio hasta dictar sentencia, toda vez que una víctima menor de 16 años o su representante, retiren la denuncia o abandona el caso. Esto significa que no se extingue la responsabilidad de los delitos cometidos, aunque la parte ofendida otorgue su perdón. En materia legislativa sería importante

<sup>51</sup> Información extraída de [www.legislacion.asamblea.gob.ni](http://www.legislacion.asamblea.gob.ni)



reconsiderar el art. 208 que señala que “los autores del delito de violación, estupro y seducción ilegítimo serán considerados padres de la prole que nazca de la mujer ofendida”. Se introduce un sesgo de género al imponer una relación de parentesco entre víctima y agresor. Al obligar la aceptación por parte de la mujer de la paternidad del agresor respecto de las/los hijas/os se pretende beneficiar a éstos/as partiendo de una visión tradicional que supone que la paternidad es siempre adecuada y protectora. No obstante, eso no puede asegurarse en el caso de un agresor sexual y más aún, la imposición que pretende un supuesto beneficio para hijos/as, no toma en cuenta los intereses y subjetividad de la mujer afectada y la lesiona por segunda vez al no considerar el derecho de ésta a elegir con quién relacionarse afectivamente en términos de la crianza.

Existen Tribunales de Conciencia, formados por un juez y cuatro personas de buena conducta, alfabetas, quienes emiten veredicto; en ocasiones se constata una tendencia a desconfiar de la palabra de las niñas víctimas.

Existe un anteproyecto denominado Ley del Código de la Niñez y Adolescencia (1996) formulado por el gobierno y la Coordinación de ONG que trabajan con infancia, a través de la Comisión Nacional por la Defensa de los Niños y las Niñas, el cual espera su aprobación por parte de la Asamblea Nacional.

El art. 59 de la Constitución reconoció el derecho igualitario a la salud, correspondiendo al Estado dirigir y organizar los programas, servicios y acciones. No se ha aprobado aún legislación secundaria orientada a asegurar el acceso a servicios de calidad, o a establecer precisiones respecto a servicios de salud sexual y reproductiva.<sup>52</sup>

Con fecha 1° de julio de 2004, se ingresó a tramitación, por parte de un grupo de diputados de la Asamblea Nacional de Nicaragua, un proyecto de ley de Reforma y Adiciones al Código Penal de dicho país, en el que se propone la reforma a los artículos de “violación, estupro, acoso sexual, abuso deshonestos, proxenetismo, rufianería, trata de personas”, de forma tal que su contenido se adecue a las Convención y normas internacionales complementarias y permitan la sanción de quienes cometen estas graves acciones.

Se adicionan el delito de venta o entrega de niñas, niños y adolescentes, el delito referido a explotación sexual que comprende las conductas de actos sexuales con adolescentes mediante pago, la pornografía con personas menores de dieciocho años, la promoción del turismo con fines de explotación sexual, la corrupción sexual de personas menores de dieciocho años y sus respectivas agravantes.

Estas conductas son formas de atentar contra los derechos humanos más fundamentales de las personas menores de edad y son calificadas como formas de explotación asimilables a la esclavitud.

A través de esta reforma se busca dotar de mejores herramientas al sistema de justicia penal, de forma tal que hagan posible el procesamiento y la sanción efectiva para todas las personas que, directa e indirectamente, explotan a los niños, niñas y adolescentes a través de estas actividades<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Centro de Documentación de Isis Internacional, en [www.isis.cl](http://www.isis.cl).

### 7.4 Inglaterra <sup>54</sup>

La sociedad británica reconoce cuatro tipos de abuso de menores: el abuso físico, la negligencia, el abuso sexual y el abuso emocional y reconoce también el derecho inalienable de los niños de acceder a las oportunidades y facilidades que les permitan desarrollarse plenamente. Por lo que ha creado sistemas efectivos para la prevención, detección y tratamiento de menores víctimas de abuso. Estos sistemas, que operan a través de procedimientos uniformes en todos los gobiernos locales, se encuentran debidamente respaldados por un conjunto de leyes que exige de sus autoridades, y el público en general, estar alerta y denunciar a los servicios de bienestar social la existencia de hechos abusivos en contra de los niños, o la genuina sospecha de que ellos estén ocurriendo. Las autoridades correspondientes, una vez enteradas de la preocupación existente, tienen la obligación de investigar y tomar las medidas necesarias, si procede. Si las evidencias indican que los signos presentados por algún niño no son accidentales, la policía debe intervenir, formular cargos y comenzar el proceso criminal que corresponda.

En Inglaterra, castigar a un niño dejando marcas en su cuerpo, es un acto criminal catalogado como asalto. No importa si el que infringe el castigo es el padre o la madre que está tratando de corregir una falta. Si el abuso ha sido severo, premeditado y consistente, puede significar el presidio para el abusador o el tomar el niño bajo el cuidado del gobierno local, hasta que los adultos responsables puedan garantizar condiciones libres de abuso.

Asimismo, las leyes británicas garantizan y determinan que todos los niños deben recibir educación formal obligatoria hasta los 16 años. Por lo tanto, aquellos responsables de un menor que no cumplan efectivamente con su deber de mandarlos al colegio, pueden verse igualmente enfrentados a procesos legales, por privar al niño de su derecho a la educación.

### 7.5 Guatemala <sup>55</sup>

El Código Penal de Guatemala (Decreto n. 17-73), agrupa las agresiones sexuales constitutivas de delito en el Título III, De Los Delitos Contra la Libertad y la Seguridad Sexuales y Contra el Pudor, en el cual se contemplan los tipos penales de violación, estupro, abusos deshonestos, el rapto, la corrupción de menores y delitos contra el pudor.

A su turno, el Decreto N° 20-96, de fecha 9 de mayo de 1996, modificó el Código Penal en lo relativo a un grupo de delitos, entre los cuales se encuentran los artículos 175 Violación calificada (si con motivo o a consecuencia de la violación se produjere la muerte

<sup>53</sup> Exposición de motivos de la reforma en comento, extraída de <http://www.legislacion.asamblea.gob.ni/IniciativasComWeb.nsf/0/d86417690c48741606256f1600514cab?OpenDocument>

<sup>54</sup> Información extraída de [www.bcn.cl/pags/publicaciones/temas\\_actual/menoabu.htm](http://www.bcn.cl/pags/publicaciones/temas_actual/menoabu.htm).

<sup>55</sup> Información extraída de [www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/gt/cp\\_guatemala.htm](http://www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/gt/cp_guatemala.htm)

de la ofendida), artículo 179, Abusos deshonestos violentos y artículo 180 Abusos deshonestos agravados (cometidos en contra de personas de uno u otro sexo mayor de 12 años y menor de 18) <sup>56</sup> .

Finalmente, cabe señalar el Decreto N° 79-97. Entre los delitos de acción pública “dependientes de instancia de parte”, se incluye el estupro, el incesto, los abusos deshonestos y la violación de mayores de 18 años.

Respecto de atentados sexuales a menores de edad, cabe señalar lo preceptuado por el artículo 173. Comete delito o violación quien yaciere, con mujer, en cualquiera de los siguientes casos: 3º. en todo caso, si la mujer fuere menor de 12 años. El artículo 176 sanciona el estupro mediante inexperiencia o confianza, como “El acceso carnal con mujer honesta, mayor de doce años y menor de catorce, aprovechando su inexperiencia u obteniendo su confianza, se sancionará con prisión de uno a dos años. Si la edad de la víctima estuviere comprendida entre los catorce y los diez y ocho años, la pena a imponerse será de seis meses a un año.”.

## **7.6 México** <sup>57</sup>

El Libro II, Título XV del Código Penal federal, “delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual”, en el capítulo I regula los delitos de hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación:

El artículo 265 sanciona al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, con la pena de prisión de ocho a catorce años. Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

La importancia de este artículo es que define la conducta típica en el delito de violación, además de clarificar que el sujeto activo sólo puede ser un hombre, dada la expresa mención al miembro viril, cuestión que ocurre gracias a la reforma al código punitivo federal de 1989.

Asimismo, se equipara a la violación y se sanciona con la misma pena a quien realice cópula con un menor de doce años de edad, aun cuando no medie violencia, y a la introducción, sin violencia y con fines lascivos, por vía anal o vaginal, de cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril, en persona menor de 12 años o que no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho, o no pudiere oponer resistencia.

Respecto del abuso sexual, la circunstancia de ser menor de 12 años eleva la pena signada al delito.

## **7.7 Perú** <sup>58</sup>

<sup>56</sup> Información extraída de [www.congreso.gob.gt](http://www.congreso.gob.gt)

<sup>57</sup> Código Penal, edición vigente al 11 abril 2005. Información extraída de [www.info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=](http://www.info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=).

En el año 1991 el nuevo Código Penal modifica el tratamiento a delitos de violencia sexual.

En 1997 la Ley 26.770 modifica la disposición del Código Penal que eximía de pena al violador por matrimonio con la víctima.

En 1999 la Ley 27.055 modifica artículos del Código de los Niños y Adolescentes y del Código de Procedimientos Penales, derechos de las víctimas de violencia sexual. Ese mismo año, la ley 27.115 establece acción penal pública para el delito de violación y otros contra la libertad sexual.

Esta ley, en su artículo 38o.- del niño y adolescente maltratado o víctima de violencia sexual, señala: “El niño o adolescente víctima de maltrato físico, mental o de violencia sexual merecerá atención integral mediante programas que promuevan su recuperación física y psicológica. Estos programas deberán incluir a su familia. El Estado tiene el deber de garantizar el respeto de los derechos de la víctima en todos los procedimientos policiales y judiciales. El Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano, establecerá y/o promoverá programas preventivos de protección y atención, públicos y privados, que tiendan a prevenir, atender y reducir los efectos de la violencia dirigida contra el niño y el adolescente”.

### 7.8 España

Código Penal español contempla en el Título VIII los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Se habla de agresión sexual el atentado contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, *venciendo la voluntad contraria de la víctima* (artículo 178). Si la agresión sexual consiste en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, hablamos de violación (artículo 179).

Las penas que se asignan a las conductas descritas en el párrafo anterior, se ven elevadas cuando, por ejemplo, la víctima sea especialmente vulnerable (...) y, en todo caso, cuando sea menor de 13 años (artículo 180 circunstancia 3ª).

Se define el abuso sexual como aquellos actos que atentan contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, considerándose como abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de 13 años, o las conductas contempladas en el artículo 187 circunstancia 1ª, relativa a la prostitución de menores e incapaces, por existir un *consentimiento inválido* de parte de la víctima, en cuanto se considera que ésta carece de capacidad para comprender el sentido y trascendencia de su decisión en el ámbito sexual.

También se sancionan aquellos comportamientos en los cuales hay un *consentimiento viciado de la víctima*, por intimidación, prevalimiento de superioridad, engaño, o aprovechamiento de una situación de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, como por ejemplo, el artículo 181 circunstancia 3ª.

---

<sup>58</sup> Información extraída de [www.congreso.gob.pe/CCD/leyes/cronos/1999/ley27055.htm](http://www.congreso.gob.pe/CCD/leyes/cronos/1999/ley27055.htm).

El código español contempla comportamientos sexuales en que *no hay consentimiento de la víctima*, donde se consideran los casos en que la víctima, “dada su corta edad o profundo trastorno mental carece incluso de la capacidad volitiva natural en el ámbito de obrar externo”<sup>59</sup>, como en el artículo 181 circunstancia 2ª, esto es, la presunción de falta de consentimiento para los menores de 13 años, personas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, para los efectos de lo dispuesto en la circunstancia 1ª.

Finalmente, cabe señalar la punición de conductas sexuales realizadas *sin dar a la víctima oportunidad de manifestar su voluntad*, entre las que se encuentra la conducta sorpresiva en el caso del artículo 181 circunstancia 1ª y en la circunstancia 2ª, cuando la víctima se halle privada de sentido.

El artículo 189, a su turno, sanciona la utilización de menores de edad en la producción o elaboración de cualquier clase de material pornográfico, o financiare dicha actividad, la venta, distribución, exhibición o facilitare dichas actividades, por cualquier medio de material pornográfico, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, sin que sea relevante el conocimiento por parte del sujeto activo del origen territorial del material. Asimismo, se sanciona a quien poseyere dicho material para la realización de cualquiera de las conductas señaladas, elevándose la pena en un grado para quienes pertenezcan a una asociación u organización aun transitoria que se dedicara a la realización de las conductas ya descritas.

Este mismo artículo hace una referencia implícita a la indemnidad sexual, como bien jurídico protegido presupuesto de un futuro ejercicio de la libertad sexual libre de injerencias nocivas, al disponer en la figura signada con el número 3, que sanciona al que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste.

---

<sup>59</sup> DÍEZ Ripollés, José Luis. “El objeto de protección en el nuevo derecho penal sexual”, Anuario de Derecho Penal Número 1999-2000, Universidad de Friburgo (Suiza), pág 60.



# CAPÍTULO SEGUNDO: REGULACIÓN DEL ABUSO SEXUAL INFANTIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN

## I. Generalidades. El abuso sexual como forma de maltrato

A partir del año 1962, ante el número cada vez mayor de niños que llegaban a las consultas pediátricas con lesiones no accidentales, Kempe<sup>60</sup> y sus colaboradores, con el objeto de llamar la atención de la sociedad norteamericana acerca de la gravedad del problema, acuñaron por primera vez el término “*síndrome de niño maltratado*”, dentro del cual sitúan el abuso infantil<sup>61</sup>.

El fenómeno del abuso sexual se enmarca dentro de los distintos tipos de maltrato

<sup>60</sup> KEMPE, C. H. et al “The battered child syndrome”, en *Journal of the American Medical Association*, n° 181, pp. 17-24.

<sup>61</sup> CANTÓN DUARTE, José y CORTÉS Arboleda, María Rosario. “Malos tratos y abuso sexual infantil. Causas, consecuencias e intervención”, siglo XXI de España editores, cuarta edición, abril 2002, pág. 174.

infantil, sobre el que existen variados conceptos. A modo de ejemplo:

La UNICEF <sup>62</sup> define como niños, niñas y adolescentes víctimas de maltrato y abandono a quienes “sufren ocasional o habitualmente actos de violencia física, sexual o emocional, sea dentro del grupo familiar o entorno social. El maltrato puede ser ejecutado por omisión, supresión o trasgresión de los derechos individuales y colectivos e incluye el abandono completo y parcial” <sup>63</sup>.

En Chile, el Ministerio de Salud <sup>64</sup> define al niño maltratado como aquel que es víctima, de parte de sus padres, otros adultos de la familia o cuidadores, de violencia física, psicológica, negligencia (ausencia injustificada de cuidados) o abuso sexual, que puede tener consecuencias graves en su salud y en su desarrollo físico y psicológico”.

El Servicio Nacional de Menores <sup>65</sup> (en adelante indistintamente, SENAME), es todo aquello que se opone al Buen Trato y Bienestar de los niños. Todo comportamiento o discurso adulto que transgreda o interfiera con los derechos del niño. De lo anterior se extrae que la conducta puede ser activa u omisiva; intra o extrafamiliar y se hace referencia a personas en una lógica de derechos.

Podemos distinguir diversas formas de maltrato infantil:

1.- *Maltrato Institucional*: ejercido desde el contexto de las instituciones que atienden niños, por omisión del cumplimiento de las normas referidas a sus derechos, o por inexistencia de mecanismos de denuncia, investigación y sanción internos.

2.- *Maltrato Social*: es aquel que resulta de la falta de políticas públicas apropiadas para la infancia, que incorporen al derecho interno las normas internacionales que permitan la protección, promoción y defensa de los derechos de los niños que han sido vulnerados.

3.- *Niños testigos de violencia*: se produce al presenciar situaciones crónicas de violencia entre los padres, presentando trastornos muy similares a quienes son víctimas de abuso. <sup>66</sup>

4.- *Maltrato Pasivo*: la conducta constitutiva de maltrato infantil es una omisión. Dentro de esta categoría distinguimos:

-*Abandono físico*: ocurre cuando necesidades tales como alimentación, abrigo,

---

<sup>62</sup> UNICEF-Chile. “UNICEF responde: maltrato infantil en Chile”, cartilla, 2005, disponible en [www.unicef.cl/archivos\\_documentos/18/cartilla%20%maltrato%20infantil.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documentos/18/cartilla%20%maltrato%20infantil.pdf)

<sup>63</sup> LARRAÍN, Soledad y TRAVERSO, María Teresa. ob. cit, pág 6 y ss.

<sup>64</sup> Ministerio de Salud. “Orientaciones Técnicas y Programáticas en Maltrato Infantil”, Publicaciones de Salud Mental, Santiago, 1998.

<sup>65</sup> [www.sename.cl/interior/maltrato/f\\_subportada.html](http://www.sename.cl/interior/maltrato/f_subportada.html).

<sup>66</sup> CORSI, Jorge. “Una mirada abarcativa sobre el problema de la violencia familiar”, en *Violencia familiar* (compilador), editorial Paidós, 1997, pp. 15 y ss.



higiene, protección y vigilancia de las situaciones potencialmente peligrosas, cuidados médicos, no son atendidas en forma temporal o permanente por algún miembro adulto del grupo familiar.

-*Abandono emocional*: falta de respuesta a las necesidades de contacto afectivo del niño/a, e indiferencia.

5.- *Maltrato Activo*: se requiere de una conducta consistente en una acción ejecutada por un adulto. Dentro de los tipos activos de maltrato infantil, podemos encontrar<sup>67</sup> :

*Abuso físico*: es cualquier acción, no accidental, por parte de un adulto, que provoque daño físico, lesión o enfermedad en el niño, niña o joven. La entidad puede variar desde una lesión leve a una mortal.

*Abuso emocional*: Se expresa bajo la forma de hostilidad verbal crónica, por medio de insultos, críticas permanentes, ridiculizaciones, rechazo explícito o implícito, amenazas, constantes bloqueos de las iniciativas de los niños (que puede llegar hasta el encierro o confinamiento).

*Abuso sexual*: en tanto manifestación del maltrato infantil, y desde un punto de vista que excede al jurídico, la UNICEF señala que es todo ejercicio de actividad sexual entre un niño/a y un adulto, aguda o crónica, incluyendo todas la manifestaciones de la explotación sexual, por lo tanto, hablamos de abuso sexual cuando un adulto utiliza la seducción, el chantaje, las amenazas y/o la manipulación psicológica para involucrar a un niño o niña en actividades sexuales o erotizadas de cualquier índole (insinuaciones, caricias, exhibicionismo, voyeurismo, masturbación, sexo oral, penetración anal o vaginal, entre otros)<sup>68</sup>

Cabe recalcar en esta parte, que el concepto recién expuesto de abuso sexual, se enmarca en el concepto interdisciplinario de maltrato infantil.

## II. Concepto

### 1. Perspectiva psicosocial. Epidemiología del abuso sexual infantil

---

Kempe (1978)<sup>69</sup> , define el abuso sexual como “implicación de un niño (a) o de un adolescente menor en actividades sexuales ejercidas por un adulto y que buscan la satisfacción de él, siendo los menores de edad inmaduros y dependientes y por tanto incapaces de comprender el sentido radical de estas actividades, ni por tanto de dar su

<sup>67</sup> CORSI, Jorge. ob. cit., pág 34.

<sup>68</sup> SENAME, “Estudio peritajes psicológicos en abuso sexual infantil”, octubre 2004, pág.6.

<sup>69</sup> En VENEGAS González, Sandra. Labor pericial en delitos sexuales contra menores”, Unidad de maltrato y psiquiatría infantil, departamento de Clínica Forense, Servicio Médico Legal, agosto 2003.

consentimiento real. Estas actividades son inapropiadas a su edad y a su nivel de desarrollo psicosexual y son impuestas bajo presión-por la violencia o seducción- y trasgreden tabúes sociales en lo que concierne a los roles familiares”.

Fuera de las críticas que esta definición pudiera merecer, como por ejemplo, circunscribir el abuso sexual al ámbito intrafamiliar y hacer referencia a los tabúes sociales, ella es rescatable, por cuanto pone de manifiesto dos ejes considerados centrales: por una parte, el elemento de coerción y por otra, la asimetría de edad entre víctima y agresor.

El abuso sexual infantil tiene que ver con el poder La coerción y la asimetría de poder entre el adulto y el menor son factores fundamentales en el origen del abuso sexual. La asimetría está basada en la diferencia de edad y la vulnerabilidad, lo que produce una sumisión y dependencia del menor, lo cual impide a éste último en un verdadero intercambio y decidir libremente.

Por lo tanto, todo acto de naturaleza sexual en el que son comprometidos sujetos que se encuentran por debajo de la edad de consentimiento y cuyo fin principal es la gratificación sexual de la persona sexualmente madura, es considerado abuso sexual.

La diferencia de edad impide la verdadera libertad de decisión y hace imposible una actividad sexual común, ya que los participantes, tienen experiencias, grado de madurez biológica y expectativas muy diferentes. Esta asimetría supone en sí misma un poder que vicia toda posibilidad de relación igualitaria<sup>70</sup>.

Entre nosotros, Álvarez<sup>71</sup>, define el abuso sexual infanto-juvenil que ha guiado el trabajo de la línea de atención en maltrato infantil del Centro de Atención y Prevención en Violencia Intrafamiliar de la Municipalidad de Santiago, como *“aquel delito, que ocurre en un proceso que va desde la seducción a la interacción de contenido sexual y la instalación del secreto, por parte de un adulto o adolescente,<sup>72</sup> que usa su poder y/o autoridad, y/o abusa de su confianza para involucrar al niño/a en actividades sexuales. Para lograr este objetivo, quien abusa puede utilizar diversos trucos y manipulaciones, como regalos, amenazas, engaños o directamente usar la fuerza física para conseguir la participación sexual del niño<sup>73</sup>”*.

La *incidencia* del abuso sexual infantil (número de casos nuevos ocurridos durante un determinado período), varía en función de los países y del momento histórico. La *prevalencia* se refiere a las personas adultas de la población general que reconocen haber sido víctima de abusos sexuales durante su infancia. En opinión de López, Hernández y Carpintero<sup>74</sup>, las tasas de prevalencia constituyen un índice más

---

<sup>70</sup> Al respecto, ver: <http://www.fundaciónpobreza.cl/publicaciones/Archivadores/Infancia/infancia.html>.

<sup>71</sup> ÁLVAREZ, Karla. “Una comprensión ecosistémica, co-activa y de trauma en abuso sexual infanto-juvenil intrafamiliar ¿Es posible?”, Boletín Sociedad de Psiquiatría y Neurología de la Infancia y Adolescencia, año 14, N° 1, abril 2003, pág. 14 y ss.

<sup>72</sup> Suponemos imputable penalmente, al menos.

<sup>73</sup> ÁLVAREZ, Karla. ob. cit pág. 16.

significativo de la realidad que los datos sobre la incidencia.

Lamentablemente, respecto del abuso sexual infantil en Chile no encontramos datos actualizados respecto de incidencia, aportados por organismos oficiales.

En primer lugar, el Ministerio de Justicia expone que, de acuerdo con las estadísticas de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile, anualmente se denuncian cerca de 4 mil 500 delitos. Los datos disponibles indican que en el 80% de los casos las víctimas son niños y niñas menores de 18 años. Sobre la relación víctima-victimario, los datos recogidos por el Servicio Médico Legal entre 2000 y 2002, muestran que en el 79.9% de los casos el agresor sexual es un conocido de la víctima. De ese total, el 44.1% corresponde a familiares<sup>75</sup>.

El SENAME agrega a su turno que de esos 4.500 delitos sexuales denunciados al año, alrededor del 85% son denunciados en Carabineros y un 15% en la Policía de Investigaciones. Los estudios de victimización señalan que por cada delito sexual que se denuncia, existe alrededor de 7 casos que se mantienen en silencio y por tanto permanecen en el desconocimiento de las autoridades.

Debido al ocultamiento en que se dan el maltrato y el abuso, se sabe que por cada caso de abuso sexual denunciado, existen seis no denunciados, lo que expresa la gran magnitud del problema<sup>76</sup>.

Siguiendo a Barudy,<sup>77</sup> las *fases del proceso de abuso sexual infantil* son las siguientes<sup>78</sup>:

a) Seducción: el abusador intenta mostrar la actividad sexual al niño como algo divertido y deseado, manipulando la dependencia y confianza de la víctima, comienza un acercamiento con regalos o expresiones de cariño.

b) Interacción sexual abusiva: de gradual y progresivo contenido erótico, a fin de satisfacer sexualmente al agresor. El acceso carnal, si se produce, es en un momento avanzado de esta etapa.

c) Secreto: paralelamente, el abusador impone la ley del silencio mediante la amenaza, culpabilización, chantaje o engaño. Se responsabiliza a la víctima del bienestar familiar y de sí misma, avergonzándola. Además, pueden existir testigos ausentes o

---

<sup>74</sup> LÓPEZ, F., et al. "Los abusos sexuales de menores: concepto, prevalencia y efectos". *Infancia y Aprendizaje*, número 71, España, año 1995, pp.77-98.

<sup>75</sup> <http://www.minjusticia.cl/Comunicados/2004/Julio/julio16.htm>

<sup>76</sup> [http://www.sename.cl/interior/maltrato/f\\_subportada.html](http://www.sename.cl/interior/maltrato/f_subportada.html)

<sup>77</sup> En ÁLVAREZ, Karla. "Abuso sexual en la niñez y en la adolescencia", en *Nociones de Psiquiatría Infanto-juvenil, de Almonte compiladores*, Facultad de Medicina Norte de la Universidad de Chile, 2001, pp. 488 y ss.

<sup>78</sup> En el mismo sentido, trabajo conjunto de la División de Atención a Víctimas y Testigos de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público y de la Dirección Nacional de SENAME, "Niñas, niños y adolescentes víctimas de delito en el proceso penal", 1ª edición, julio 2003, pág. 31 y ss.

cómplices.

d) Divulgación: consiste en la apertura (voluntaria o no) del secreto. Se describen tres subtipos de divulgación: accidental (por evidencia médica, dibujos, generalmente en menores de 5 años); precipitada (por actividades preventivas o en educación sexual, en que el niño deja de sentir culpa por lo que le sucede); intencionada (en niños que presentan más sentimientos de culpa, miedo a represalias y otra sintomatología, acuden a un tercero, por ejemplo, a fin de proteger a otro niño más pequeño. Se requiere atención terapéutica inmediata).

e) Represiva: fase final, la familia tiende a negar lo develado, desestimar evidencias, descalificar a la víctima y a los agentes sociales intervinientes.

### **1.1 Indicadores, síntomas y efectos de un posible caso de abuso sexual infantil**

Si bien el relato del niño es uno de los elementos claves para configurar la sospecha de abuso, por sí solo no es suficiente, sobre todo cuando ha existido un proceso de revelación parcial.

De acuerdo a un estudio realizado por la Fundación PREVIF<sup>79</sup>, las situaciones que permiten configurar la sospecha de existencia de abuso sexual son los que siguen:

Síntomas físicos o psíquicos inexplicables, lesiones físicas o alteraciones conductuales sin explicación lógica.

Apertura parcial de una situación abusiva, generalmente el niño víctima ha dicho algo breve como “mi papá me hace el amor”. Se desconoce la magnitud del abuso.

Hallazgos fortuitos en exámenes médicos.

Realización de investigación en tres niveles: en primer lugar, se efectúa trabajo de red e investigación social (quien derivó al niño al centro especializado) acerca de los fundamentos de la sospecha. Luego, investigación con el niño víctima, dividida en etapas, a fin de crear un vínculo y ganar confianza con el niño sin alertar a la familia-especialmente cuando no se poseen pruebas del abuso-, intentando dilucidar la situación de abuso (a través de pruebas proyectivas, juegos, etc., para pasar a preguntas abiertas, indirectas o en tercera persona), anotando textualmente todo lo expresado por el niño. Finalmente, se lleva a cabo la investigación con los adultos y otros miembros de la familia, explorando las explicaciones de los síntomas, de las lesiones (si las hay) y de los hechos y el grado de coherencia de éstas. Se investiga cómo se produjo la lesión, cuánto tiempo se tardó en consultar, cuán sintonizado se encuentra el adulto con el niño, qué acciones se han tomado, el rol de cada miembro en la familia, la existencia de otras víctimas, y cómo opera el secreto al interior de la misma. No existen síntomas vinculados exclusivamente como consecuencia de un abuso sexual, aunque sí ciertos síntomas asociados a ellos. Se definen los siguientes:

Síntomas físicos agudos<sup>80</sup>: aunque con frecuencia los abusos sexuales no producen

---

<sup>79</sup> Fundación PREVIF. “investigación y manejo de la sospecha en abuso infantil”, en “Maltrato Infantil y Abuso Sexual en Chile”, ob. cit, pp. 90 y ss.

lesiones físicas, entre los indicadores y lesiones de éste tipo de abuso se encuentran el sangrado en genitales o ano, las fisuras anales, los moretones, inflamación vulvar, encopresis, enuresis, la infección urinaria y el dolor al sentarse o andar, los problemas del sueño o alimentación y el embarazo en adolescentes. A lo anterior, podemos sumar enfermedades de transmisión sexual (ETS), que pueden aportar mayor certeza de abuso, como en el caso de sífilis y gonorrea prepuberal (no peri natal); o alta probabilidad de abuso, como sucede con chlamydia trachomatis, tricomonas vaginalis, condiloma acuminado, herpes II y VIH.

Efectos psicológicos<sup>81</sup> : perturbación de la imagen de sí mismo, aislamiento social, desconfianza relacional, conocimiento y/o práctica de conductas sexuales no propias de la edad, lenguaje sexual, masturbación excesiva, agredir a otros, delincuencia y uso de drogas en la adolescencia, problemas escolares, síntomas de ansiedad, terrores nocturnos, depresión, sentimiento de culpa, miedo a los adultos o a un adulto específico, agresión, conflictos con la familia y amigos.

Reacciones emocionales: culpabilidad, vergüenza por haber participado en la conducta sexual, temor a nuevas agresiones, sentimientos depresivos, agresividad, disociación en los afectos, sentimiento de ser rechazado, pseudo madurez, somatizaciones.

## **1.2 Tipología y perfil del agresor sexual. Motivaciones de la conducta abusiva**

Aun antes del surgimiento de la criminología como una ciencia penal autónoma, el sujeto activo del delito, ha constituido objeto de estudio de la ciencia criminal. Así, la autonomía de la ciencia criminológica va muy unida a la escuela positivista, que defiende como objeto de estudio propio al sujeto activo, en cuanto se diferencia del resto de los ciudadanos “convencionales”.

De esta forma, el estudio del fenómeno criminal no se centra en los actos que constituyen delito, sino en quien ejecuta dichos actos, permitiendo una intromisión mayor en las personas.

Este desarrollo criminológico tuvo como uno de sus principales exponentes a Lombroso, quien adjudicaba a la presencia de ciertas anomalías en un lóbulo cerebral, el fundamento de la conducta antijurídica desplegada por el “delincuente”.

Como sabemos, diversas críticas se han formulado a estos intentos por describir el delito como una derivada cuasi ontológica de condiciones propias de un segmento social.

Así, Garland (1985), señala que “la existencia de una clase que era constantemente criminalizada-de hecho la propia existencia de un sector empobrecido de la población-podía ser explicado con referencia a las características naturales y personales

---

<sup>80</sup> ÁLVAREZ, Karla. (2001), ob. cit. Pág. 496.

<sup>81</sup> Estos síntomas, por regla general, corresponden a los señalados por el DSM \_IV, para el Trastorno por estrés post traumático (TEPT). Las escenas abusivas son revividas a través de pensamiento intrusito diurno (flash back) o nocturno) pesadillas.

de estos individuos, excluyendo cualquier referencia al carácter de la ley, de la política o de las relaciones sociales”<sup>82</sup>.

En virtud de lo anterior, el derecho penal de autor deviene en una profecía auto cumplida frente a los pobres o marginales, quienes generalmente conforman la clientela del sistema penitenciario al interior del cual se desarrollaron los primeros estudios acerca de los abusadores sexuales.

Estos estudios se han efectuado con el ambicioso propósito de encontrar un “perfil característico” que permitiera identificar a los potenciales abusadores, sobre la base de un análisis de personalidad y comportamiento, a fin de elaborar una tipología y clasificación de los mismos.

Cabe advertir que estas clasificaciones provienen de las llamadas “Ciencias Humanas”, como la psiquiatría y psicología, básicamente.

Basándose en la teoría freudiana, se distingue entre pedófilos fijados y regresivos. Los primeros se caracterizarían por no haber madurado psicosexualmente y no haberse llegado a relacionar con compañeros sexuales adultos, manifestando una preferencia sexual exclusiva y excluyente por los niños, a quienes ven como sus pares, distorsionando la edad de la víctima y planificando minuciosamente los abusos. Los segundos, por su parte, presentan un desarrollo normal de su sexualidad, relacionándose sexualmente con adultos, pero sufren una regresión que los lleva a relacionarse con niños al ser incapaces de enfrentar situaciones graves de estrés, desarrollando profundos sentimientos de culpa posteriormente.

Otra clasificación distingue entre agresores incestuosos y pedofílicos. Los primeros realizan los abusos al interior de la familia, mientras que los segundos, prefieren a los niños como objeto de excitación sexual. De esta clasificación se excluye a quienes prefieren a los niños, pero elegirían a un adulto si las circunstancias lo permitieran<sup>83</sup>.

En nuestro país, el Centro de Medicina Reproductiva y Desarrollo Integral del Adolescente (CEMERA), unidad dependiente de la facultad de medicina de la Universidad de Chile<sup>84</sup>, desarrolló un estudio que distingue diversos modelos teóricos, entre los cuales podemos mencionar el modelo elaborado por Barudy, para quien existirían los siguientes tipos de abusadores:

*Abusadores subindividuos totalmente indiferenciados:* El otro es percibido como una prolongación de sí mismo. Sus abusos sexuales son habitualmente de tipo intrafamiliar. El incesto permite al abusador mantener de manera simbólica su yo fusionado y fusionante.

*Abusadores subindividuos con una diferenciación débil:* Los abusos sexuales son

---

<sup>82</sup> En CID Moliné, José y LARRAURI Pijoan, Elena, “Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia”, editorial Bosch S. A., 2001, Barcelona, España, pág. 14.

<sup>83</sup> CANTÓN Duarte, José y CORTÉS, María Rosario. ob. cit., pp. 201 y ss.

<sup>84</sup> GONZÁLEZ, Electra y colaboradores. Revista Sogia, volumen XI, año 2004, pp. 6 a 14, en: <http://www.cemera.uchile.cl/sogia/docs/2004/XI1abusadores.pdf>.

parte de estrategias de supervivencia para compensar carencias del pasado. Pueden cometer abuso intra o extrafamiliar y homo o heterosexual.

*Abusadores subindividuos con una diferenciación moderada:* En momentos de crisis, que los confrontan a la angustia de perder sus fuentes de afecto y reconocimiento, pueden abusar de sus hijos. Este grupo corresponde al de los abusadores regresivos.

*Abusadores sobreindividuos indiferenciados:* Presentan una tendencia a aislarse socialmente. El abuso es mayoritariamente intrafamiliar y su finalidad parece ser la de protegerse de la angustia persecutoria de la relación con su padre al proyectar el mal sobre los hijos y/o de reencontrar en la relación abusiva incestuosa, el vínculo tranquilizador de la relación con su madre.

*Abusadores individuos con una diferenciación moderada:* Crecieron en un ambiente de violencia y rechazo del padre y de sobreprotección de la madre. Construyeron una imagen de sí mismos de derechos omnipotentes sin respetar los derechos de los demás.

*Abusadores sobreindividuos con escasa diferenciación:* Su padre es un sujeto pasivo y la relación con la madre es fusional. Tienen una vivencia profundamente egocéntrica, donde lo único que cuenta es su propia excitación sexual. Este grupo corresponde al de los abusadores obsesivos o pedófilos.

*Abusadores sobreindividuos con una diferenciación moderada:* Carecen de empatía y su funcionamiento es habitualmente psicopático, en donde los abusos sexuales son uno de los tantos delitos que cometen.

Durante la discusión de la Ley N° 19.927, en lo relativo a la modificación del artículo 21 del Código Penal, el profesor de derecho penal de la Universidad de Talca, Jean Pierre Matus<sup>85</sup>, expresó que se debiera evaluar el hecho de que las personas que cometan delitos sexuales sean enfermas o sufran algún trastorno mental que las lleven necesariamente a cometerlos, ya que, si esa es la situación, la respuesta no es una pena, sino establecer tratamientos serios, ya que el derecho penal no está establecido para hacerse cargo de las personas enfermas, ya que desde la perspectiva del derecho penal, no parece adecuado que, si una persona presenta signos evidentes de alteraciones mentales, sea sometida a penas y no a tratamientos médicos adecuados.

A su turno, en la misma discusión en la Comisión del Senado, el Director del Instituto de Criminología de la Policía de Investigaciones y hoy Gerente de la División de Atención de Víctimas y Testigos del Ministerio Público, Elías Escaff, planteó que las disposiciones propuestas no distinguen entre los delitos sexuales y los autores de ellos, en el sentido de que no siempre quienes cometen esta clase de conductas son pedófilos. Su experiencia le ha permitido constatar que tales personas son escasas entre quienes cometen estos delitos. Si el objetivo es controlar a dichos sujetos o evitar que ellos actúen, no sería adecuado hacerlo a través del establecimiento de medidas de seguridad, ya que significaría dar tratamiento como pedófilo a todos quienes cometan delitos sexuales.

---

<sup>85</sup> Boletín 2906-07, primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 10 septiembre 2003.

Hizo ver que no debería excluirse como propósito de la legislación la recuperación de algunos agresores sexuales, ya que en muchos casos es gente muy joven a las que no se les puede privar de esa posibilidad. Igualmente, deberían revisarse las situaciones que se producen al interior de las familias, ya que en el Instituto que dirigía también han existido experiencias en las cuales se ha podido reestructurar las relaciones al interior de ellas.

Lo expresado por Elías Escaff constituye una herramienta útil para derribar mitos comúnmente asentados en la opinión pública, en cuanto a que los agresores sexuales son personas que necesariamente presentan patologías psiquiátricas, que pudieran derivar en el establecimiento de criterios basados en la “peligrosidad social” de un determinado grupo de individuos, o que el abuso sexual infantil ocurre al interior de determinados grupos socioeconómicos<sup>86</sup>.

## 2. Delimitación jurídica del abuso sexual

---

### 2.1 Bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual cuando la víctima es menor de edad

Para Bustos<sup>87</sup>, uno de los principios básicos garantistas de un derecho penal democrático es el de *lesividad*, en virtud del cual sólo se persiguen hechos que atenten contra un bien jurídico, ya que es el principio básico que, en procura de los objetivos del sistema, determina qué es un delito, lo que más allá de ser una cuestión puramente dogmática, se determina político-criminalmente.

Como señala Díez Ripollés<sup>88</sup>, los bienes jurídicos protegen relaciones o situaciones de la realidad social y no meros derechos subjetivos.

Ahora bien, al analizar el abuso sexual en sus diversas figuras, cabe preguntarse ¿qué situaciones de la realidad social, o qué hechos fundamentan la intervención penal estatal? Dicho de otra manera, ¿cuál o cuáles son los bienes jurídicos que nuestro legislador ha estimado merecedores de tutela penal?

En materia de abuso sexual, como señaláramos en la Introducción, se suelen distinguir, como bienes jurídicos protegidos, la libertad sexual, la integridad sexual y la indemnidad (y/o intangibilidad) sexual:

*La libertad Sexual (o libertad de autodeterminación en materia sexual)*: Se entiende por autodeterminación sexual la capacidad de una persona de ejercer su voluntad y desplegar su personalidad en la interacción de significación sexual con otras personas<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> ONG Paicabí editores. “Guía básica de prevención de abuso sexual infantil”, julio 2002.

<sup>87</sup> BUSTOS Ramírez, Juan. “Perspectiva y desafíos de la política criminal en Latinoamérica”, en ponencia presentada durante la *II Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal (fase B: Derecho Penal)*, San Salvador, septiembre 1992.

<sup>88</sup> DíEZ Ripollés, José Luis. ob. cit., pp. 51 y ss.



Al constituir la libertad sexual una concreción de la libertad individual, como producto de la valoración cada vez más positiva del ejercicio de la sexualidad, la libertad de autodeterminación en materia sexual se puede comprender en dos aspectos: de una parte, la facultad de consentir en la realización de un acto sexual, disponiendo libremente de su cuerpo, (libertad positiva), y de otra parte, la facultad o el derecho de rechazar la realización de un determinado acto o de tolerar su realización (libertad de abstención o libertad sexual en sentido negativo). Para Garrido Montt<sup>90</sup>, puede realizarse toda clase de actos y es factible rechazar su realización en el marco del respeto a los intereses individuales y colectivos.

Al respecto, Díez Ripollés, señala que con la tutela jurídico penal de la libertad sexual, además de garantizar a quienes poseen capacidad de autodeterminación sexual su efectivo ejercicio, se asegura que los comportamientos sexuales al interior de la sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes, incluyendo todas aquellas conductas que involucren a las personas en acciones sexuales sin su voluntad, por lo que no existiría obstáculo en que éste es el bien jurídico protegido también en los casos en que las víctimas son menores de edad o incapaces, aún cuando no estén transitoriamente en condiciones de ejercer esta libertad, por la vía de interdecir los contactos sexuales con ellos<sup>91</sup>.

Cabe hacer presente que Rodríguez Collao<sup>92</sup>, niega que en nuestro sistema penal la libertad sexual se trate del bien jurídico protegido, al menos no exclusivamente.

Concordaría con lo planteado por este autor, el debate suscitado al interior del Senado, en el segundo informe, al discutirse las modificaciones introducidas al Código Penal por la Ley N° 19.617, respecto a una indicación parlamentaria que proponía agregar al epígrafe del Título VII Libro II del código punitivo la mención a la libertad sexual como bien jurídico protegido, justificada en la circunstancia de que, aunque lo determinante en un delito sexual no es la actividad sexual previa de la víctima, sino el atentado a su libertad o autodeterminación sexual, en la práctica los tribunales muchas veces consideran la actividad sexual previa y el proceso se lleva a cabo desde esa perspectiva. En su parecer, si se acogiesen las indicaciones, se produciría en los tribunales el importante efecto de tener en consideración, con carácter imperativo, la libertad sexual como bien jurídico protegido, y no con el carácter meramente referencial o declarativo actual.

Sin embargo, la comisión acogió la propuesta del ejecutivo y del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en orden a no

<sup>89</sup> BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. "Problemas básicos de los Delitos Sexuales". En *Revista de Derecho, facultad de ciencias jurídicas y sociales Universidad Austral de Chile*, Año1997, pág. 73.

<sup>90</sup> GARRIDO Montt, Mario. ob. cit., pág. 343.

<sup>91</sup> Díez Ripollés, José Luis. ob. cit pp.51 y ss. En el mismo sentido, Etcheberry, Alfredo. "Derecho Penal. Tomo cuarto. Parte especial", reimpresión tercera edición, junio 2004, editorial Jurídica de Chile, pág. 45.

<sup>92</sup> RODRÍGUEZ Collao, Luis. ob. cit., pp. 118 y ss.

innovar en esta materia, ya que se creyó innecesario, en cuanto ya la historia fidedigna del establecimiento de esta Ley dejaba de manifiesto que, por lo menos la violación, el estupro y los abusos sexuales, efectivamente son delitos contra la autodeterminación sexual (que los representantes entienden comprensiva, además de la libertad sexual, de la indemnidad). En virtud de lo anterior, se rechazó la indicación por unanimidad.

Ahora bien, en discusión de la Ley N° 19.927, la magistrado doña Verónica Sabaj, jueza con dedicación exclusiva a causas de pedofilia, realizó una exposición ante el Senado<sup>93</sup>, en la cual distinguió el bien jurídico protegido en función de la utilización de medios coercitivos y de la edad de la víctima, reservando la protección de la libertad sexual (en el sentido de abstención), para los mayores de 18 años de edad, la indemnidad sexual para los menores púberes y la intangibilidad sexual a los menores impúberes. Finalizó su exposición destinada a este punto en particular, refiriéndose al principio de la dignidad humana, ligándolo a la libertad sexual, en cuanto a que con ella se busca evitar que la persona sea considerada un objeto de satisfacción sexual para otro.

*Integridad Sexual:* Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.927, en el epígrafe del Título VII del libro II del Código Penal no se incluía la mención a la integridad sexual como bien jurídico protegido por las figuras materia de esta memoria. Al respecto, cabe recordar que dicha modificación es producto de una indicación del H. senador Ominami, y que se aprobó en segundo trámite constitucional, si bien ya se hacía mención a ella en el primer informe de la Cámara, ya que se estimó actualiza la nomenclatura del Código Penal, toda vez que el concepto de "integridad sexual" comprendería tanto la libertad como la indemnidad en esta materia, que se verían protegidas por distintos tipos penales que allí se contemplan.

Cabe recordar lo dicho en la Introducción en cuanto a que el concepto de integridad sexual como bien jurídico protegido, está lejos de consistir en una mera suma de dos conceptos como la libertad sexual y la indemnidad, puesto que nos reconduce a la integridad personal, en cuanto necesidad de proteger al individuo de sufrir un daño en sus condiciones físicas, psíquicas o emocionales. De esta forma, los delitos que atacan en contra de la integridad sexual, "atacan, no el honor o la honestidad de las víctimas de esas acciones, sino su integridad y dignidad como personas"<sup>94</sup>. Lo anterior, para Rodríguez Collao, merece un grave reparo, toda vez que muchas veces los delitos sexuales se traducen en detrimentos de connotación emocional que se explicarían en función de un pronóstico de vida de la víctima, sobre todo en caso de niños, dimensionar el ataque a la integridad presentaría enormes dificultades<sup>95</sup>.

*Indemnidad Sexual (y/o intangibilidad sexual):* Sobre la indemnidad sexual existen varios conceptos. Como señaláramos en la Introducción, Garrido Montt la identifica con la intangibilidad sexual, y la identifica con una facultad humana inviolable a desarrollar su

---

<sup>93</sup> Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 10 septiembre 2003.

<sup>94</sup> Vid supra N° 5.

<sup>95</sup> Vid supra N° 6.

sexualidad en condiciones normales.

Rodríguez Collao define la indemnidad sexual como “un estado de bienestar relacionado con la forma en que cada cual asume la vida sexual, su escala de valores, su educación, su nivel de relaciones sociales y sus experiencias vitales previas”<sup>96</sup>.

Éste es el concepto de indemnidad sexual que entrega la magistrado Sabaj ante la Comisión del Senado<sup>97</sup>, señalando que mediante la indemnidad se protege a los púberes, detallando a continuación qué consecuencias lesivas para ese estado de bienestar conllevan los atentados contra la indemnidad, ya que en este punto además se considera 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. Los daños físicos pueden consistir en el dolor, las molestias y el menoscabo a la salud, por ejemplo derivados de medios comisivos violentos; las alteraciones en la personalidad y en la psiquis de la víctima pueden traducirse en estados tales como la rabia, la humillación y la repugnancia. Expresa que para los impúberes se dispone la intangibilidad sexual, en virtud de la cual la interacción sexual con un menor impúber es punible, independientemente de los medios comisivos o de la concurrencia de ciertas circunstancias de comisión. Es decir, el menor no tiene derecho a una “abstención sexual”, y la ley presume de derecho la ausencia o ineficacia del consentimiento.

Muñoz Conde, frente a qué sucede con aquellas infracciones cuyo único destinatario son los menores, señala que obliga a preguntarse si todavía el único bien protegido es la libertad sexual, y responde “...ya no se puede hablar de libertad sexual como bien jurídico específicamente protegido..., dado que los sujetos pasivos sobre los que recaen son personas que carecen de esa libertad, bien de forma provisional (menores), bien de forma definitiva (incapaces). Si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación... es carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual”<sup>98</sup>.

Bustos<sup>99</sup>, en tanto, señala que el desvalimiento o la edad del sujeto son circunstancias que deben considerarse en relación con su actividad sexual, pues su aprovechamiento por otro implica una perturbación en relación a presupuestos objetivos para el ejercicio de la capacidad de actuación sexual, por lo que el planteamiento de intangibilidad o indemnidad sexual debe comprenderse en el sentido de *seguridad* de la libertad sexual. Para este autor, la seguridad es presupuesto de la libertad, en el entendido de que existen presupuestos objetivos indispensables para que se pueda dar la capacidad de actuación. Estos presupuestos son los que ha denominado indemnidad o

---

<sup>96</sup> RODRÍGUEZ Collao, Luis. ob. cit., pág. 127.

<sup>97</sup> Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 10 septiembre 2003.

<sup>98</sup> En MATA Y MARTÍN Ricardo. ob. cit., pág. 110.

<sup>99</sup> BUSTOS Ramírez, Juan. “Manual de Derecho Penal. Parte especial”, 2ª edición aumentada, corregida y puesta al día, editorial Ariel S. A., Barcelona, pág. 114.

intangibilidad sexual.

Este concepto de indemnidad sexual entregado por Bustos, nos parece acorde con el estándar fijado por la Convención sobre los derechos del niño<sup>100</sup>, ya que ésta constituye una concepción del niño reconociendo expresamente que en tanto persona, es sujeto de derecho, en oposición a la definición tutelar basada en una completa incapacidad jurídica, ya que concibe a la indemnidad dentro de parámetros objetivos y sin excluir la libertad.

Respecto de cómo resolver la situación derivada de circunstancias de hecho como la menor edad, y madurez, el artículo 5° de la Convención propone una solución al disponer que el ejercicio de los derechos que le reconoce es progresivo en virtud de la evolución de sus facultades, y que a los padres o demás responsables les corresponde entregar la orientación y dirección apropiada *para que el niño ejerza* los derechos que se le reconocen, complementándose en el artículo 12, que consagra el derecho del niño a ser escuchado en las instancias que le afecten, asumiendo el principio de no injerencia arbitraria del Estado en el artículo 16<sup>101</sup>.

Asimismo, el artículo 3.1 consagra el principio de Interés Superior del Niño, que consiste siempre en la satisfacción de sus derechos, y nunca se puede aducir un interés del niño superior a la vigencia efectiva de sus derechos<sup>102</sup>, aun cuando se pretenda encubrir otra idea en aras de una protección que podemos enunciar como “todo por los niños, pero sin los niños”.

Finalmente, esta concepción de la indemnidad sexual, es perfectamente concordante con la exigencia formulada por el artículo 34 de la Convención, en cuanto a que los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales.

### III. Análisis de los tipos penales

#### 1. Delito de Abuso Sexual Propio: Mayores de 14 años (Artículo 366)

---

**El artículo 366 del Código Penal, en la actual redacción dada por la Ley N° 19.927, dispone:** “El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años, será castigado con presidio menor en su grado máximo, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361.

<sup>100</sup> Vid supra 46.

<sup>101</sup> El enfatizado es nuestro.

<sup>102</sup> CILLERO Bruñol, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en *Seminario Las nuevas doctrinas y la justicia para menores en Colombia*, Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, 1997.

Igual pena se aplicará cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce años y menor de dieciocho años”.

Como se señaló en el capítulo anterior, la Ley N° 19.617 vino a modificar el antiguo delito de abusos deshonestos, a fin de precisar las conductas típicas, ya que no existía una definición legal de éstas, las que tenían un carácter meramente residual y eran de difícil interpretación y prueba, toda vez que la expresión *deshonesto* puede referirse a acciones no necesariamente de índole sexual<sup>103</sup>.

La descripción de la conducta típica constitutiva de abuso sexual se encuentra contemplada en los artículos 365 bis, 366, 366 bis y 366 ter del Código Penal, y consiste en la realización de una acción sexual distinta del acceso carnal.

El artículo 366 ter señala que deberá entenderse 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, aún cuando no hubiere contacto corporal con ella.

De acuerdo a Rodríguez Collao<sup>104</sup>, la definición de abuso sexual que entrega nuestra legislación está establecida en un sentido amplio que incluye varios tipos, a diferencia de lo que ocurría con la denominación abusos deshonestos antes de la dictación de la Ley N° 19.617, que sólo comprendía la figura del artículo 366 entonces vigente.

Sobre la base de este sentido amplio, entonces, la única limitación que posee la alocución abuso sexual en nuestra legislación obedece a que debe tratarse de actos distintos del acceso carnal constitutivo de los delitos de violación y estupro, con lo que se quiso dejar en claro el carácter residual de esta figura.

El informe de la Comisión Mixta, de fecha 18 de noviembre de 1.998, en cuanto a esta parte, efectuó una importante contribución para clarificar el hecho de que, en materia de abusos sexuales, no existía un solo hecho punible, sino que al menos hay dos delitos distintos, que son:

El abuso sexual grave, que se comete con las circunstancias de la violación (víctima mayor de edad), y

El abuso sexual menos grave, que se comete con las circunstancias del estupro (víctima entre 14 y 18 años de edad).

Con la Ley N° 19.927, esta distinción queda entregada al mayor disvalor que la sociedad asigna a la concurrencia de las distintas circunstancias, pero dicha distinción deja de ser relevante a efectos de la determinación de la pena, que es la misma para ambas hipótesis. Sin embargo, el artículo 69 del Código Penal resulta de utilidad para que

---

<sup>103</sup> Boletín N° 1048-07, primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara, 10 mayo 1995.

<sup>104</sup> RODRÍGUEZ Collao, Luis. “Delimitación del concepto de abuso sexual”, en *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*. Editorial Hamurabi SRL, Buenos Aires, 2004, pp.563 a 610.

los jueces puedan ponderar estas circunstancias, de acuerdo a la mayor o menor extensión del mal causado por el delito, y al número y entidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, en cada caso concreto.

### 1.1 Sentido y alcance de la conducta típica. Faz objetiva del tipo

Las condiciones que permiten establecer cuándo nos encontramos en presencia de la conducta básica del tipo son:

a) Connotación sexual del acto: Para Politoff, Matus y Ramírez,<sup>105</sup> la significación sexual del acto está dada por el ánimo libidinoso, puesto que de otra forma, los exámenes médicos, o los juegos deportivos, por ejemplo, serían susceptibles de indagación criminal, lo que resulta absurdo.

Para Garrido<sup>106</sup>, y Rodríguez Collao (2000)<sup>107</sup> no se requiere la presencia del ánimo lascivo en el autor. De acuerdo al primero de ellos, es discutible recurrir a esta fórmula, dado que no existe un concepto objetivo de lo sexual, debiendo recurrirse a criterios normativos para determinar la significación sexual del hecho (recuérdese que en esta parte analizamos la faz objetiva del tipo), considerando los criterios existentes en el medio social, como sí ocurre a propósito del delito de injurias. Según el segundo autor mencionado, si la determinación acerca del carácter sexual del acto se basara únicamente en el ánimo subjetivo del autor, el delito se transformaría en una penalización del simple ejercicio desviado de la actividad sexual.

Cabe hacer presente que, en el debate suscitado al interior de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en el primer informe, se estableció que en aquellos casos en que existiera contacto corporal entre víctima y agresor, bastaría que la acción ejecutada por el actor tuviera significación sexual, lo que se determinaría jurisprudencialmente, atendiendo a las pautas sociales que definen la sexualidad. Sin embargo, sí se exigiría dicho ánimo en los casos en que no exista contacto corporal.

Ahora bien, en el segundo informe de dicha comisión, los representantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y del Ministerio de Justicia coincidieron en señalar que el carácter sexual de la acción se determina por parámetros normativos ("significación sexual"), de acuerdo a la evolución que en la materia había seguido la doctrina comparada, en cuanto a la sustitución gradual de criterios subjetivos ("ánimo lascivo") por criterios normativos o intersubjetivos ("significación sexual"), proponiendo una definición de acción sexual casi idéntica a la que en definitiva predominó, ya que la Comisión optó por ceñirla a parámetros objetivos.

Sin perjuicio de lo anterior, Politoff, Matus y Ramírez critican que la determinación de

---

<sup>105</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ María Cecilia. "Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte especial", editorial jurídica de Chile, 2004, pág.258.

<sup>106</sup> GARRIDO Montt, Mario. ob.cit., pág. 395.

<sup>107</sup> RODRÍGUEZ Collao. ob. cit, pág. 200.

la significación sexual del acto se rija por pautas sociales acerca de la sexualidad, ya que ello atentaría contra el principio de legalidad conforme al cual la definición primaria de las conductas típicas corresponde al legislador y no al juez<sup>108</sup>.

b) Relevancia del acto ejecutado: Para Garrido Montt<sup>109</sup> el acto es relevante en cuanto manifestación de la sexualidad, de gravedad en la representación sexual del agresor y en la potencialidad lesiva para la víctima. Coincide en ello Rodríguez Collao, la connotación sexual debe revestir cierta importancia, cierta potencialidad de afectación dentro del conjunto de actos de motivación sexual<sup>110</sup>.

Esta idea de relevancia fue la que predominó en la discusión parlamentaria, toda vez que en el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se dejó constancia de esta exigencia, con el fin de excluir casos de poca entidad (como un beso por sorpresa o un tocamiento fugaz), acogiendo el principio de la bagatela.

c) Aproximación corporal con la víctima: En este punto, debemos distinguir aquellos ejecutados *mediante* contacto corporal con la víctima, de aquellos que hayan *afectado* los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella.

Respecto de aquellos actos ejecutados mediante contacto corporal con la víctima, en el primer informe del Senado se dejó constancia que se exige contacto corporal, pero que no es necesario que haya contacto de la piel desnuda del agresor y la víctima, ya que también el tocamiento por encima de la ropa de la víctima puede configurar el delito.

Para Rodríguez Collao, esta exigencia de contacto corporal entre agresor y víctima alude al roce efectivo entre alguna parte del cuerpo del autor con alguna parte del cuerpo de la víctima, aunque no se trataría de incriminar el simple roce corporal, sino que ese roce aparecería concebido como un medio para la ejecución de otro acto, ya que así lo dejaría establecido el empleo de la palabra mediante.

En el mismo sentido Garrido Montt<sup>111</sup>, en cuanto a que el requisito de contacto directo de carácter físico entre víctima y victimario no significa desnudez de uno o de ambos.

Respecto de aquellos actos que hayan afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, Rodríguez Collao entiende que dicha afectación debe realizarse directamente sobre dichos miembros.

Esta parte de la norma no estuvo exenta de polémica durante la discusión suscitada en el Congreso, ya que a este respecto el primer informe del Senado contemplaba la exigencia de ánimo lascivo en el autor, ya que no existía contacto corporal.

<sup>108</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ María Cecilia. ob. cit. pág. 258.

<sup>109</sup> GARRIDO Montt, Mario. ob. cit pág. 396.

<sup>110</sup> RODRÍGUEZ Collao. ob. cit., pág. 202.

<sup>111</sup> GARRIDO Montt, Mario. ob. cit., pág. 396.

Luego, en tercer trámite constitucional, en la Cámara, el H. diputado Bustos hizo presente a la comisión que tal como había quedado la modificación en el Senado, sólo se refería a los genitales o el ano de la víctima, sin considerar la boca, lo que planteaba un problema de coherencia con los tipos de violación y estupro. Además, frente a una consulta de otro diputado, acerca de qué significa que la acción sexual haya “afectado” los genitales o el ano de la víctima, hizo presente a la Comisión que dicho término no era feliz y podía modificarse, cuestión que no ocurrió.

Finalmente, en la Comisión Mixta algunos integrantes 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, pero que cuando no hay acceso carnal, como ocurre en la especie, si se incluía la introducción de objetos no corporales en la boca, se extendería demasiado el tipo.

Otros, por el contrario, 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 no se ampliaba el tipo en demasía toda vez que en éste se establece como exigencia la significación sexual y de relevancia del acto ejecutado.

Se aprobó la inclusión de la boca como miembro susceptible de ser afectado en votación dividida.

### 1.2 Sentido y alcance de la conducta típica. Faz subjetiva del tipo

El empleo de la palabra “abusivamente” que realiza el artículo 366 del Código Penal permite afirmar que el tipo penal requiere de dolo directo, excluyéndose la culpa y el dolo eventual.

La inclusión del adverbio “abusivamente” sirve como nexo entre la acción delictiva y los medios comisivos, que son los mismos que los del respectivo delito de violación y el delito de estupro, con la diferencia de penalidades respectiva. De este modo, el delito de abuso sexual mantiene una estricta correspondencia con el sistema de punición del acceso carnal<sup>112</sup>.

Esta expresión, y la circunstancia de omitirse alguna mención al ánimo lascivo del autor en la descripción del tipo, cuestión analizada a propósito de determinar la significación sexual del acto, permiten arribar a esta conclusión.

Así también opina Rodríguez Collao<sup>113</sup>, que añade como fundamento a esta afirmación la ubicación del tipo en la geografía del Código, agregando a lo anterior que es necesario que el sujeto tenga la voluntad de realizar una acción sexual en los términos exigidos, y si esa voluntad faltara, lo que faltaría sería el dolo y no un ánimo subjetivo especial.

Garrido Montt<sup>114</sup> disiente de lo anterior pues señala que precisamente la exigencia

---

<sup>112</sup> Así se estableció en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara, en tercer trámite constitucional, 19 mayo 1998.

<sup>113</sup> RODRÍGUEZ Collao, Luis. ob. cit., pág. 212 y 213.



de ánimo libidinoso diverso del dolo atribuiría a la figura su contenido ilícito, pues de no sumarse este requisito especial en el autor, podríamos caer en el absurdo de penalizar caricias corporales en una relación de pareja. Sin perjuicio de lo expresado por este autor, Francisco Maldonado, quien realizó la actualización de la obra que hemos venido citando a las modificaciones que introdujo la Ley N° 19.617, discrepa de esto, por cuanto señala que el dolo conlleva conocimiento y su voluntad de significación sexual, de modo que no podría decirse que en la ejecución del acto no se obre con motivaciones sexuales, que de no concurrir, como en el caso de un examen ginecológico, lo que no concurre es el dolo propio del autor.

La Corte Suprema en fallo de fecha 21 de septiembre de 2004, que acoge un recurso de queja interpuesto por el Ministerio Público, N° de ingreso 1788-04, en contra de dos ministros de la Corte de Apelaciones de La Serena, que habían absuelto al sacerdote René Peña Benítez, condenado en primera instancia como autor del delito de abuso sexual propio cometido en perjuicio de un menor de 17 años de edad el año 2003, puede ilustrar de buena forma cómo se configura el tipo de abuso sexual propio.

A continuación, reproducimos los considerandos pertinentes:

“Décimo quinto: Que conforme a lo explicado precedentemente, es claro que el abuso sexual, distinto del acceso carnal que pena el artículo 366, importa para la configuración el cumplimiento de ciertos requisitos normativos elementales, con prescindencia de algún ánimo especial, afirmación que fluye de lo que define el artículo 366 ter y que exige una acción o conducta de carácter claramente de índole sexual, dotada de cierta relevancia y constituir un contacto corporal vinculado a esa significación sexual o bien, a falta de ese contacto estar relacionada esta acción directamente a los genitales, el ano o la boca de la víctima. Desde este punto de vista, es claro que el sentido de estas dos normas complementarias entre sí, es la de punir toda conducta realizada que sea suficiente para ofender en su libre sexualidad a otra persona, sin exigir que esta ofensa provoque necesariamente un efectivo agravio en los sentimientos íntimos referentes a la sexualidad de la víctima, ya que este resultado puede ser irrelevante en los casos de los menores de 14 años (artículo 366 bis) o cuando la víctima se halla privada de sentido;

Décimo sexto: Que como se expresó en el considerando décimo precedente, siendo un hecho del proceso, que el acusado en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital de Coquimbo y en su calidad de sacerdote, en el momento previo de practicar el sacramento de la unción de los enfermos al paciente Barraza, realizó un acto externo consistente en poner las manos sobre los órganos genitales de éste, para luego realizar reiterados movimientos circulares y rotatorios sobre éstos, esta conducta constituye precisamente el delito que contempla el artículo 366 del Código Penal, ya que evidentemente realizó abusivamente una acción sexual distinta del acceso carnal, porque dichos actos realizados de manera reiterada, mediante un contacto corporal afectando los genitales de la víctima agotan sobradamente la definición de acción sexual que exige el artículo 366 ter del Código Penal, concurriendo claramente los supuestos de significación sexual y de relevancia que hacen reprochable penalmente la conducta del sujeto activo

---

<sup>114</sup> GARRIDO Montt, Mario. *ob. cit.*, pág. 400 y 401.

115 „

Este tipo penal fue modificado por la ley n° 19.927, aumentando las penas en las siguientes hipótesis:

En cuanto concurra alguna de las circunstancias del artículo 361, aumentando la pena desde reclusión menor en cualquiera de sus grados (antiguo 366 N°), a presidio menor en su grado máximo (nuevo 366 inciso 1°);

En caso que concurriera alguna de las circunstancias del artículo 363, siempre que la víctima fuera mayor de catorce y menor de dieciocho años, aumentando la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio (antiguo 366 n°2), a presidio menor en su grado máximo (nuevo 366 inciso 2°).

La Ley N° 19.927 también introdujo una importante modificación con relación a la edad del sujeto pasivo. La edad del sujeto pasivo: se refiere a una persona mayor de 14 años si concurren las circunstancias de la violación o bien a una persona mayor de 14 años, pero menor de 18 si se trata de las circunstancias del estupro.

Respecto a las razones que motivaron dicha modificación y sus eventuales implicancias, las analizaremos en el acápite correspondiente al Sujeto Pasivo.

## 2. Delito de Abuso Sexual Propio: Menores de 14 años (Artículo 366 bis)

---

**El artículo 366 bis del Código Penal, en su actual redacción dispone:** “El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo”.

Este artículo tipifica el hecho de realizar una acción sexual y de relevancia, en los términos del artículo 366 ter ya analizados, con una persona menor de 14 años.

Aquí, no se requiere, al menos en la descripción legal, que la conducta sea abusiva, aunque probablemente deba entenderse que siempre un acto de significación sexual realizado con un menor de catorce años de edad es abusivo.

Lo anterior parece desprenderse de lo expuesto por los representantes del Ministerio de Justicia en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, con fecha 26 de agosto de 1997, al discutirse el objeto de protección del que sería el artículo 366 bis bajo la Ley N° 19.617, en cuanto a que la protección de la indemnidad sexual de los menores impúberes era un objetivo prioritario del proyecto. Para guardar la debida coherencia en la regulación normativa, del mismo modo que se hizo en el delito de violación, se regula de modo separado, con una penalidad más severa, el abuso sexual con una persona entonces menor de doce años,

---

<sup>115</sup> Redactó el Ministro Señor Juica. N° 1.788 2.383- (04). Pronunciada por la Segunda Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sres. Enrique Cury U., Milton Juica A., Jaime Rodríguez E. y los abogados integrantes Sr. Emilio Pfeffer Pizarro y Sra. Luz María Jordán A.. No firman los abogados integrantes Sr. Pfeffer y Sra. Jordán, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausentes.

lo que en definitiva se aprobó.

Bajo la Ley recién señalada, la redacción de esta norma realizaba una diferencia en cuanto a si concurrían o no las circunstancias constitutivas de violación o estupro, a fin de graduar la pena con mayor o menor entidad, de acuerdo a la lesividad o dañosidad de la conducta ejecutada sobre el sujeto pasivo.

Luego, con la Ley N° 19.927, fuera de elevar la edad mínima para un consentimiento sexual válido a 14 años, el tipo no realiza ninguna exigencia referida a la modalidad ejecutiva del mismo, por lo que la acción sexual podrá realizarse bajo cualquier circunstancia.

La penalidad de la conducta es la de de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, (3 años y 1 día a 10 años) y no se hace distinción para agravarla en si concurren o no circunstancias del estupro o la violación <sup>116</sup>.

## **2.1 Sujeto pasivo del delito de Abuso de Sexual Propio**

El sujeto pasivo del delito es el destinatario de la protección del bien jurídico <sup>117</sup>, concepto que no necesariamente coincide con el de la víctima <sup>118</sup>.

Puede asumir este papel indistintamente el hombre y la mujer.

Asimismo, los actos de significación sexual, pueden ser tanto de carácter heterosexual como homosexual <sup>119</sup>.

La Ley sobre Pornografía infantil eleva el umbral de la edad en que el legislador estima válido el consentimiento para realizar conductas sexuales, de 12 a 14 años en los delitos de violación, estupro y abuso sexual.

Si la víctima es un niño o una niña menor de 14 años, el delito se consuma aunque haya consentido la realización del acto, y aún cuando este tenga origen en la propia iniciativa de la víctima. Es decir, la ausencia de consentimiento no es un elemento inherente al delito, ya que el ordenamiento jurídico no reconoce validez a la aquiescencia que un menor de catorce años eventualmente pudiera prestar a la realización de actos de significación sexual.

Además de lo anterior, en este caso no se exigen medios comisivos específicos en orden a obtener un consentimiento viciado o forzado de la víctima, ni siquiera se exige la realización de actos destinados a obtenerlo, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de una persona mayor de 14 años pero menor de edad y que se utilice fuerza o

<sup>116</sup> RODRÍGUEZ Collao. ob. cit., anexo de actualización, XIII.

<sup>117</sup> BUSTOS Ramírez, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte general", cuarta edición, editorial PPU, Barcelona, 1994, pág. 276.

<sup>118</sup> Locución que alude a "persona que padece las consecuencias dañosas de un delito", de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, ob. cit.

<sup>119</sup> RODRÍGUEZ Collao. ob. cit., pág. 211.

intimidación, porque esta modalidad de ejecución es incompatible con la eventual aquiescencia de la víctima.

A continuación, expondremos una síntesis del debate parlamentario referido al fundamento esgrimido para el aumento de la edad considerada mínima para que el consentimiento en materia sexual sea considerado válido.

Resulta necesario, en este punto, hacer una prevención en cuanto a que, para dicha modificación se esgrimió como bien jurídico la indemnidad sexual, pero de acuerdo a lo analizado en el acápite correspondiente, pareciera que los parlamentarios, en su mayoría, entendieron dicho concepto asimilándolo al de intangibilidad, y en todo caso –salvo excepciones–, desde la óptica tutelar ya descrita.

Ya en la discusión de la Ley N° 19.617<sup>120</sup>, a propósito del tipo penal de estupro, la diputada Sciaraffia manifestó que el límite de edad debía aumentarse a 14 años, a lo que el entonces diputado Espina señaló que debía tenerse cuidado, porque comprendía las situaciones que involucran a las parejas de jóvenes o “pololos”. En esa oportunidad, a fin de armonizar las normas penales con las contenidas en el Código Civil respecto de la edad mínima para contraer matrimonio, se estableció la edad para prestar consentimiento válido en materia sexual en 12 años.

Sin embargo, el año 2002, al iniciarse la tramitación del proyecto de ley que se convirtió en la Ley N° 19.927<sup>121</sup>, los autores de la moción, conjuntamente con los representantes del SENAME, expresaron la necesidad de aumentar la protección para los menores, elevando de 12 a 14 años la edad mínima para que puedan consentir válidamente en una relación sexual con un adulto, señalando que, basándose en el 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<sup>122</sup>. Igualmente, si bien en tal etapa se comienza a pensar en términos de posibilidades futuras, la gran mayoría no está capacitada para prever las consecuencias de sus actos y en la búsqueda de su identidad resulta

---

<sup>120</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara en tercer trámite constitucional, 19 mayo 1998.

<sup>121</sup> Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara, Boletín N° 2906-07, 4 septiembre 2002.

<sup>122</sup> En esta parte, a nuestro juicio, el SENAME reflejó fielmente la ideología tutelar, al negarle a los niños la autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, ya que ni aún el poseer información sobre sexualidad (tarea pendiente del Ministerio de Educación), los convierte en algo más que objeto de protección.

altamente influenciable.

Además de lo anterior, estaría la recomendación del Comité de los Derechos del Niño en el sentido de que para guardar conformidad con las disposiciones y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, el país debería igualar en 14 años, tanto para hombres como para mujeres, la edad mínima para contraer matrimonio<sup>123</sup>. Finalmente, el proyecto de ley sobre responsabilidad penal juvenil considera adolescentes y responsables a las personas entre 14 y 18 años de edad.

Al respecto, el Ministerio de Justicia a través de sus representantes expresó que la edad correcta serían los 13 años, por la certeza que se desprende de los estudios de política criminal, los que concluyen que existe ausencia de capacidad a los 12 años y márgenes de duda entre los 13 y 14, añadiendo que no tenían por qué coincidir los criterios para determinar la responsabilidad penal de una persona, que, en último término, responde a una decisión político criminal del Estado, con la capacidad de administración de la sexualidad la que se encontraría vinculada a un criterio ontológico más que criminal.

Se procedió a oír en dicha oportunidad a los representantes de la Comisión Nacional del Sida, CONASIDA, del Instituto Nacional de la Juventud, quienes se refirieron a los resultados de la encuesta practicada entre septiembre y octubre de 2000.<sup>124</sup>

De acuerdo a esos datos, la mayor parte de los jóvenes tiene su primera relación sexual entre los 15 y los 18 años de edad (62,6%). Quienes se inician sexualmente antes de esa edad llegan al 13,7% de los casos. Sin embargo, se presentan claras diferencias entre hombres y mujeres, ya que si bien generalmente la mayoría se inicia sexualmente entre los 15 y los 18 años, los hombres que declaran haber tenido relaciones sexuales antes de los 15 son mucho más que las mujeres (20,8% contra 6,2%). Se observa que los jóvenes del sector socioeconómico alto tienen a iniciarse sexualmente más tardíamente que los de los otros niveles, mientras que los jóvenes de sectores rurales resultan más precoces que los urbanos.

En el Primer Informe de la Comisión del Senado, el 10 septiembre 2003, se oyó al entonces Director del Instituto de Criminología, Elías Escaff<sup>125</sup>, manifestó su preocupación por el aumento de edad que se propone para la comisión del delito de violación, a la luz de la información recibida. Hizo ver la necesidad de permitir a los jóvenes que determinen con libertad el inicio de su sexualidad, ya que restringirla

<sup>123</sup> Al respecto, la Ley N° 19.947, de matrimonio civil, publicada el 17 mayo 2004, en su artículo 5° número 2, establece la edad mínima para contraer matrimonio a los 16 años. Al momento de publicarse la ley en comento, que comenzó a regir el 14 enero 2004, la edad mínima para casarse en Chile seguía siendo de 12 años, lo que podía significar que una persona de esa edad podía estar casada y sin embargo, obligada a vivir en abstinencia sexual, pues de lo contrario, sería víctima del delito de violación, por ejemplo.

<sup>124</sup> “Sexualidad de las y los jóvenes chilenos. Resultados Tercera Encuesta Nacional de Juventud”.

<sup>125</sup> Es importante recalcar que de dicho Instituto depende el, centro de atención a víctimas de atentados sexuales, (CAVAS) y que a su alero se realizan diversos peritajes a niños víctimas de delitos sexuales, por lo que el Sr. Escaff es una de las voces más autorizadas para referirse a la materia, sobre todo considerando el bien jurídico involucrado en esta materia.

constituiría el reconocimiento de que son incapaces de adoptar sus propias decisiones y asumir las consecuencias de su conducta. Sostuvo que los conceptos de la psicología evolutiva han sido sobrepasados por el mayor acceso a la información. Existe un hecho absolutamente demostrado, que es la mayor precocidad de los jóvenes y, por lo tanto, se requiere darles responsabilidad, evitando medidas paternalistas o autoritarias. Podría producir efectos muy graves penalizar las relaciones sexuales con personas de 13 o 14 años, que pueden ser "pololos", especialmente si se tiene en cuenta la sanción asignada a esa conducta.

El señor Ministro de Justicia, don Luis Bates, se inclinó por mantener la edad. Los estudios socioculturales demuestran que se han producido cambios importantes desde la promulgación del Código Penal en 1874, en que se establecieron los 12 años de edad, que redundan en una mayor información de los jóvenes. El punto es, en verdad, el consentimiento: si una persona está hoy en día mucho más informada, no es apropiado criminalizar ahora esta conducta.

Al respecto, el profesor de Derecho Penal, Héctor Hernández, planteó que pueden mediar buenas razones para evitar que el inicio sexual sea muy precoz pero, si socialmente ocurre que es efectivamente precoz, una norma de esta naturaleza significaría criminalizar de manera excesiva esta situación, incluyendo a un sector muy importante de la población que en la actualidad no resulta penalizado porque no le es extraña una iniciación sexual temprana. Por eso, el dato relevante no es el promedio de iniciación sexual de los jóvenes en nuestro país, sino el número de personas que se inician sexualmente antes de los 13 años de edad, o sea, el 5.7% de los hombres y el 1.4% de las mujeres que, de acuerdo a los estudios de CONASIDA.

Hasta ese momento, la discusión giraba en torno a aumentar la edad mínima a 13 años, pero en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el 15 octubre 2003, se debatió la indicación presentada por los senadores Foxley, Eduardo Frei, Moreno y Valdés, que aumentaba de 13 a 14 años la edad mínima habilitante para otorgar el consentimiento sexual, en todos los artículos contenidos en el proyecto de ley que la consideraban en la descripción típica.

El senador Viera-Gallo concordó con la propuesta, por considerar que guardaba armonía con la edad que se ha propuesto en el proyecto de ley sobre responsabilidad penal juvenil, señalando que si hasta los 14 años el desarrollo volitivo de las personas no permite atribuirles responsabilidad penal, debe aceptarse que, bajo esa edad, tampoco son capaces para prestar válidamente su consentimiento en materia sexual.

La indicación resultó aprobada con el voto en contra del senador Aburto, que en síntesis, coincidía con lo expresado por el Ministro de Justicia.

Con fecha 17 noviembre de 2003, la Comisión Mixta debatió el tema, y fue aquí donde se registró un amplio debate sobre el límite inicial del reconocimiento de la libertad sexual del individuo.

En tercer trámite constitucional se había aprobado por la Cámara de origen el aumento de edad a 13 años, ya que los diputados estimaron excesivos los 14, porque no habría fundamentos claros para estimar que un niño o una niña, hasta esa edad, no tenga capacidad para emitir válidamente su consentimiento sexual.

El diputado Juan Pablo Letelier manifestó que en el problema de las edades hay dos criterios a considerar. Uno es el que ha planteado el Senado, cual es el interés de proteger a una persona menor de cierta edad, pero junto con ese concepto hay otro, que dice relación con el desarrollo de la sexualidad de los jóvenes. No es bueno que, en este esfuerzo por respetar y proteger estos dos bienes, se termine generando algo no deseado. Por ejemplo, que un adulto tenga relaciones sexuales con una niña de doce o trece años es una conducta no deseada dentro de la sociedad, y aquí primaría el criterio de la protección, pero es diferente si un joven de 15 años "pololea" con una niña de doce o trece años y llegan a tener relaciones sexuales: que esta conducta se pueda calificar como violación, sería una solución inadecuada.

Agregó que no es un tema solamente de edades, sino de cómo compatibilizar de mejor forma los bienes que queremos proteger. Una solución sería establecer diferencias, por ejemplo, respecto de la pena que se quiera aplicar.

Su inquietud es cómo evitar que un menor de edad pueda ser inculpado de violación por tener sexo voluntario con su "polola" de la misma edad, considerando que la sexualidad de los jóvenes se está desarrollando cada vez en forma más masiva, a una edad más temprana. Tenemos una sociedad que induce a ello a través de los medios de comunicación, aunque no sea lo deseable.

La idea es buscar diferencias de responsabilidad, para afrontar el caso de que uno sea un adulto y el caso de que sean jóvenes de una edad similar. Quizás se podría establecer un límite por diferencias de edad entre los involucrados.

Sometida a votación la edad de 14 años para reconocer la validez del consentimiento en materia sexual, fue aprobada por siete votos a favor y dos en contra. Votaron a favor los senadores Aburto (que antes había votado en contra), Chadwick, Espina y Moreno y los diputados Guzmán, Forni y Walker. En contra, declarándose partidarios de fijarla en los trece años, votaron los diputados Ceroni y Letelier.

Finalmente, la Ley N° 19.927 fijó la edad mínima para que el consentimiento en materia sexual se considerara válido (si es prestado libremente), en 14 años.

La Comisión Mixta realizó una declaración de buenas intenciones, dejando constancia por unanimidad de que no era su propósito que la elevación del marco punitivo afecte a niños, niñas o jóvenes que realicen alguna de las conductas descritas en la ley, de forma mutuamente consentida, en el marco de una relación sentimental.

Estimó que los argumentos expuestos durante el debate, que constituyen la aplicación de reglas generales en el ámbito penal y procesal penal, serían suficientes para conducir a liberar de responsabilidad penal a los jóvenes que se encuentren en la situación anterior.

Si no fuese así, sus señores integrantes anticiparon su disposición a respaldar el estudio de modificaciones que aseguren la obtención de dicha finalidad.

A pesar de esta intención, ello no se vio reflejado en la Ley, por lo que se han suscitado variados problemas en la práctica, que han motivado diversos análisis de parte de las instituciones operadoras de la Reforma Procesal Penal.

El Ministerio Público ha tratado esta materia a través de dos oficios:

El Oficio N° 35, de fecha 26 de enero 2004, que fija orientaciones a los Fiscales Regionales, establece que con respecto a la edad de la víctima puede ser muy habitual que la defensa invoque la existencia de un error de tipo (si el imputado creía que la víctima era mayor de edad por sus características físicas), señalando que deben aplicarse las normas generales respecto del error de tipo, con la salvedad que este elemento se entiende concurrente con el sólo dolo eventual por parte del autor.

Respecto del caso que se trate de personas jóvenes interactuando entre sí, que se encuentran casi al umbral de la edad en la que el legislador reconoce capacidad para consentir, pese a las buenas intenciones manifestadas por la Comisión Mixta, la ley, en atención al bien jurídico comprometido, la indemnidad sexual, no hace salvedades, de manera que la Fiscalía concluye que las conductas de esta naturaleza son típicas y que las consideraciones a casos particulares podrían hacerse en el ámbito de la culpabilidad del sujeto activo, cuestión que debe ser siempre resuelta en sede jurisdiccional.

El Oficio N° 061, de fecha 28 de enero de 2005, se hace cargo de que este cambio podría afectar a parejas de jóvenes pololos. Se trata de supuestos en que el sujeto pasivo tiene menos de 14 años; en cambio, el sujeto activo ha obrado con discernimiento, si está en el tramo entre los 16 y 18 años, o es mayor de 18 años.

No quedan comprendidos aquellos casos en que el sujeto activo pudiese estar bajo el umbral en que se le podría considerar imputable, esto es bajo los 16 años.

Las situaciones de esta naturaleza no han sido aisladas, por lo tanto se ha estimado conveniente dar a los fiscales algunas orientaciones para abordar el problema.

Señala el Oficio en comento que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, por lo que el consentimiento del sujeto pasivo resulta irrelevante, y que las actuaciones de los fiscales se deben regir por el principio de legalidad, y que en consecuencia, frente a denuncias en que el sujeto pasivo sea menor de 14 años, y se invoque la existencia de una relación sentimental, los fiscales no harán uso de la facultad de no iniciar la investigación, resultando fundamental, a la hora de evaluar una eventual salida temprana, la autenticidad de la relación sentimental, para lo cual fija como criterios la diferencia de edad existente entre los sujetos activo y pasivo, la clase de contacto sexual (si hubo o no acceso carnal y en qué contexto), acreditar que no haya existido fuerza, intimidación o prevalimiento, la fuente de la denuncia (si es el propio afectado o sus padres, por ejemplo), la dinámica familiar y la experiencia sexual previa de la víctima.

Si efectivamente la relación sentimental existe, o existió, la alternativa procesal se evaluará caso a caso, considerando los informes evacuados por la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos. De estimarse que se configura un error de tipo o de prohibición, éste se resolverá en la sede jurisdiccional correspondiente.

Por su parte, la Defensoría Penal Pública<sup>126</sup>, en estos casos lleva ante el tribunal todos los antecedentes que demuestren el consentimiento de la relación e incluso invoca "el error de prohibición", que es el desconocimiento de la normativa que sanciona el acto sexual con menores de 14 años, adelantándose a la nueva ley de responsabilidad penal juvenil.

<sup>126</sup> Información extraída de <http://www.defensoriapenal.cl/index.php?seccion=1&id=>



## **2.2 Sujeto activo**

Como Sujeto Activo del delito entendemos que en nuestra legislación, sólo puede tratarse de una persona natural, que es quien lleva a cabo la acción descrita en el tipo penal.

Para Rodríguez Collao<sup>127</sup>, Etcheberry<sup>128</sup> y Garrido Montt<sup>129</sup>, el sujeto activo del delito de abuso sexual propio puede ser tanto un hombre o una mujer.

## **3. Delito de Abuso Sexual Agravado por Introducción de Objetos por Vía Vaginal, Anal o Bucal (Artículo 365 bis)**

---

**La Ley N° 19.927, crea una nueva figura penal, el artículo 365 bis del Código Penal, que señala:** “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.”

En este caso se trata de un abuso sexual especialmente agravado, aunque algunos supuestos tienen la misma pena que la violación.

La acción sexual puede consistir ya sea en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o la utilización de animales para realizar tal penetración. Desde luego, debe tratarse de conductas que contengan el necesario grado de lesividad respecto del bien jurídico protegido, dependiendo de la edad del sujeto pasivo.

Frente a la propuesta de los autores de la moción, de incorporar a los delitos que sancionan el acceso carnal (violación y estupro) la introducción de objetos en las vías o cavidades en ellos descritos, la diputada Laura Soto, propuso agregar los siguientes términos: “o utilizare animales con ese fin”.

En el debate suscitado en la Cámara<sup>130</sup>, los representantes del Ejecutivo, luego de que se rechazara su propuesta en orden a exigir ánimo lascivo en el sujeto activo de este tipo penal, plantearon que lo más razonable en estos casos, vale decir, la introducción de

<sup>127</sup> RODRÍGUEZ Collao, Luis. ob. cit., pp. 210 y ss.

<sup>128</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. ob. cit., pág.70.

<sup>129</sup> GARRIDO Montt, Mario. ob. cit., pág. 401.

<sup>130</sup> Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, 4 septiembre 2002.

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: “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 Bustos estimó demasiado amplios los términos “objetos materiales de cualquier índole” como también que equiparar la penalidad a la de la violación resultaba excesivo, cuestión en la que concordó el diputado Burgos.

En el Primer Informe del Senado <sup>131</sup>, la mayoría de sus integrantes, concordó con la Cámara en apreciar un mayor disvalor en la conducta consistente en la introducción de objetos que en la generalidad de las formas de abuso sexual, pero discrepó de analogarla, valorativamente, al delito de violación, ya que el potencial peligro para la integridad física que representa la introducción de objetos, sin perjuicio de que no es posible generalizar, justificaría una pena agravada, pero no una comparable al delito de violación, toda vez que, de concretarse una lesión a la integridad física, debería aplicarse una pena eventualmente aun superior a las correspondientes a los delitos sexuales en virtud del concurso con el delito de lesiones.

En consecuencia, se inclinó por agravar la pena en un nuevo inciso segundo del artículo 366 ter, prohibiendo, en los casos de introducción de objetos, la aplicación de los grados inferiores de las penas correspondientes a los delitos de abuso sexual, dejando constancia de que el concepto de “introducción de objetos de cualquier índole” en los conductos vaginales o anales es comprensivo de la utilización de animales para ese efecto, así como cualquier parte del cuerpo humano distinta del órgano sexual masculino, por ejemplo, una mano.

El senador Espina <sup>132</sup> propuso incorporar un nuevo artículo 365 bis al Código Penal, en el cual se regulara la acción sexual consistente en la introducción de objetos, haciendo presente que su sugerencia consistía en crear una figura penal distinta, relativa a esta específica acción sexual, lo que explica la ubicación planteada y sostuvo que, a diferencia de los abusos sexuales genéricos, aquí se produce una suerte de acceso carnal, propuesta respaldada por el senador Chadwick.

Por indicación del senador Ominami <sup>133</sup>, se modifica el encabezamiento del artículo 365 bis, y se sanciona la acción sexual consistente en la introducción de objetos de cualquier índole por vía vaginal o anal, con la finalidad de hacerla extensiva también a la

---

<sup>131</sup> Boletín N° 2906-07, Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 10 septiembre 2003.

<sup>132</sup> Boletín N° 2906-07, Primer Informe complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 octubre 2003.

<sup>133</sup> Boletín N° 2906-07, Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 15 octubre 2003.

introducción de ellos por la vía bucal.

Frente a esta indicación, por una parte se apoyó aduciendo que serían variaciones de actos de perversión, a lo que se observó que no se trata de cualquier introducción de objetos, sino que se exige que sea una acción sexual.

Sin embargo, por otra parte, el senador Viera-Gallo estimó que la introducción de objetos por vía vaginal o anal no tiene la misma connotación que realizarla por vía bucal, siendo apoyado por el senador Aburto, quien manifestó sus aprensiones frente a la ambigüedad de la conducta, ya que, exagerando, podría sostenerse que comprendería hasta ciertos casos en que se da de comer a una persona, o se le toma la temperatura corporal.

El señor Ministro de Justicia afirmó que la definición del tipo debe analizarse en el contexto de una significación sexual, pero, en efecto, puede dar origen a denuncias sin fundamento.

El Honorable Senador señor Espina consideró que ningún juez o fiscal darán curso a denuncias si la acción no se desarrolla en un contexto sexual.

El señor Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia destacó que las penas superiores son las mismas que se aplicarían a la más atroz de las violaciones, lo que puede significar un incentivo a cometer el delito más grave, porque la señal que se daría es que la realización de una u otra conducta es irrelevante.

Sometida a votación, la indicación se aprobó con la abstención de los senadores Aburto y Viera-Gallo.

Finalmente, el senador Ominami realizó otra indicación, destinada a incorporar, en el encabezamiento del artículo 365 bis, la introducción de objetos por vía bucal y valerse de un animal.

La Comisión estimó que, aunque se dejó constancia en el primer informe que los animales se encuentran comprendidos en el concepto de "objetos de cualquier índole", habida consideración que el Código Civil, en su artículo 567, los considera cosas, resolvió incorporar expresamente esa hipótesis para mayor claridad, con mejoras de redacción. Fue acogida con enmiendas.

Finalmente, la Comisión Mixta<sup>134</sup>, aprobó las indicaciones propuestas, además de la formulada por el senador Viera-Gallo, que se vio reflejada en la redacción del número 3 de la norma en comento.

De esta forma, se crea una nueva figura en el artículo 365 bis, hiper agravada de abuso sexual, en el que la acción sexual consiste en la introducción de objetos de cualquier índole por vía anal, bucal o vaginal o en la utilización de animales en ello.

Para Politoff, Matus y Ramírez<sup>135</sup>, la inclusión de miembros corporales distintos del pene es una interpretación extensiva, ya que, por una parte degrada la esencia del ser humano como *sujeto*, distinguible a todo nivel de las cosas del mundo; y por otra, al

<sup>134</sup> Boletín N° 2906-07, Informe de la Comisión Mixta, 17 diciembre 2003.

<sup>135</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. ob. cit., pp. 260 y ss.

incorporarse la introducción de objetos por vía bucal, se podría extender la incriminación de hechos comunes en la vida diaria.

Estos autores, dada la grave penalidad prevista en esta norma, proponen una interpretación restrictiva de la misma, que excluya las partes del cuerpo humano; que exija un ánimo libidinoso patente en el autor, en un claro contexto sexual y de relevancia, y que, respecto de la utilización de los animales, se trate del pene del animal en cuestión, ya que los restantes usos que se les dé a los animales quedarían subsumidos en las figuras de abuso sexual propio, ya sea que el sujeto pasivo sea mayor o menor de 14 años.

Concuerda con esta interpretación restrictiva la Defensoría Penal Pública<sup>136</sup>, en cuanto a que debe tratarse de actos de una gravedad similar a la penetración de un miembro viril. Si bien no hay dudas que para este efecto se entiende por objeto un palo, una botella, el cañón de un arma, las interrogantes surgen si el medio empleado es un dedo, un puño o la lengua, ya que la ley pretende castigar la penetración mediante instrumentos distintos al órgano sexual.

Sobre este punto, frente a la falta de pronunciamiento de la dogmática y la jurisprudencia nacional, habría que remitirse a lo que señalaba la jurisprudencia española antes de la última reforma penal, que no estimaba que los dedos o puños estuvieran comprendidos dentro de la norma, ya que debía tratarse de objetos, y por tales se entienden cosas inanimadas, las que requieren de un sujeto que las dirija, sin embargo, dado que en la discusión parlamentaria se dio el ejemplo de la mano, pueden surgir problemas de interpretación.

A fin de resolver estos problemas, dicha jurisprudencia señala que debe tratarse de conductas que efectivamente lesionen los bienes jurídicos de libertad o indemnidad sexual, ya que dentro del fin protector de la norma sólo deben considerarse aquellos actos que creen ex ante un riesgo penalmente relevante para dichos bienes jurídicos.

La pena que se le asigna es la misma que la del delito de violación propia, presidio mayor en su grado mínimo a medio, si concurren algunas de las circunstancias de la misma.

Si la víctima es menor de edad, pero mayor de 14 años, se sanciona con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, siempre que concurren algunas de las circunstancias del estupro. Por último, la pena asignada es de presidio mayor en cualquiera de sus grados si el sujeto pasivo es menor de 14 años.

Para que se consume el delito es necesario que efectivamente se produzca una introducción de objetos por las cavidades, bastando la introducción parcial de los mismos o la utilización de animales en la acción sexual, de manera que no bastarían los simples tocamientos externos que deberían considerarse como un delito de abuso sexual simple. En este punto se aplican las reglas generales sobre iter criminis.

Se mantiene el problema de la tipificación de la conducta cuando la víctima es mayor de edad y no concurren las circunstancias de la violación o bien, es difícil acreditar su

---

<sup>136</sup> Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública. "Comentarios a la Ley 19.927 de Delitos de Pornografía Infantil", en <http://www.defensoriapenal.cl/index.php?seccion=6&id=37>.

configuración.

#### 4. Conducta Sexual Impropia con Menores de 14 Años y con Personas de entre 14 y 18 años <sup>137</sup> (Artículo 366 quater)

---

**El artículo 366 quáter señala:** “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 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 1° del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363”.

Este tipo penal emplea una serie de verbos rectores en los dos primeros incisos del artículo 366 quater, siendo el elemento común de todos ellos el que el sujeto pasivo del delito es la persona menor de 14 años, cuya indemnidad sexual se ve vulnerada.

En este caso, la conducta sexual que se sanciona no puede corresponder a una acción sexual, en los términos en que la define el artículo 366 ter. Por lo tanto, las conductas sexuales son un concepto diferente de acciones sexuales. Estas conductas sexuales se efectúan para lograr la excitación sexual propia o de un tercero e involucran a una persona menor de 14 años de edad, 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 <sup>138</sup>.

A continuación, estudiaremos someramente las hipótesis contenidas en esta figura penal:

La primera conducta sexual a que alude el artículo 366 quater consiste en realizar acciones de significación sexual ante un menor de 14 años, es decir, la acción que realiza el propio sujeto activo consigo mismo y teniendo al menor de edad como mero espectador.

Para Politoff, Matus y Ramírez <sup>139</sup>, esta conducta se refiere a la realización de actos sexuales o tocamientos impúdicos por parte del sujeto activo (en la boca, genitales o

---

<sup>137</sup> En la clasificación de Rodríguez Collao, el artículo 366 quater corresponde a lo que este autor denomina tipo de *abuso sexual impropio*. ob. cit., capítulo VIII.

<sup>138</sup> Así se dejó constancia en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara, e tercer trámite constitucional, durante la discusión de la Ley N° 19.617.

ano), solo o con otros partícipes. Para Rodríguez Collao <sup>140</sup>, respecto de la conducta básica de la figura no existe limitación, en cuanto a que el sujeto activo con otros partícipes o en solitario, la única limitación es la connotación sexual de la conducta en cuanto acto, por lo que no bastaría que el sujeto activo hiciera que el niño presenciara su cuerpo desnudo. Tampoco habría limitación en cuanto al medio utilizado para que el niño presencie la actividad sexual realizada por el sujeto, pudiendo incluso abarcar la actuación por sorpresa.

Lo que sí se requiere a juicio de este autor es que el sujeto pasivo tenga la aptitud física y sensorial para presenciar el acto, aunque no se exige que posea capacidad para captar el sentido o connotación sexual del acto que presencia.

El artículo 185 del Código Penal español castiga la realización de actos exhibicionistas obscenos ante menores o incapaces, sin que se trate de acciones relevantes en sí mismas por su obscenidad o inmoralidad, sino que deban ser idóneas para lesionar el bien jurídico protegido de la indemnidad sexual <sup>141</sup>.

Se plantea la interrogante de si acaso esta exhibición (o en nuestra legislación, esta realización de una conducta sexual) pueda realizarse por medios telemáticos, como por ejemplo, por imágenes enviadas a través de una cámara web en un contexto de chateo entre los sujetos activo y pasivo. La norma no exige una cercanía física o un contacto directo entre ellos, de modo que coincidimos en lo señalado por Mata y Martín al respecto.

La segunda conducta sexual impropia consiste en hacer ver o escuchar material pornográfico, o presenciar espectáculos del mismo carácter a una persona menor de 14 años.

Los autores de la moción, conjuntamente con los representantes del Ministerio de Justicia, explicaron que la modificación buscaba ampliar la figura de acciones de significación sexual, incorporando a ella el exhibir ante menores espectáculos de contenido pornográfico, basándose en el considerable daño psicológico que una conducta de este tipo podría producir en la víctima.

Para Rodríguez Collao <sup>142</sup>, debe tratarse de imágenes al menos representativas de actos análogos de aquellos que el legislador exige realizar ante el niño en la conducta anteriormente descrita, a fin de evitar poner en serio riesgo el principio de proporcionalidad.

Este artículo no define qué debe entenderse por material pornográfico, pero puede servir a modo ilustrativo, el concepto que entrega el artículo 366 quinquies para el material pornográfico infantil (calidad que para los efectos del artículo 366 quáter, puede

---

<sup>139</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. ob. cit., pp. 268 y ss.

<sup>140</sup> RODRÍGUEZ Collao, Luis. ob. cit., pp.217 y ss.

<sup>141</sup> MATA Y MARTÍN, Ricardo. ob. cit., pp. 104 y ss.

<sup>142</sup> RODRÍGUEZ Collao, Luis. ob. cit, pág. 220.

poseer o no el material que el sujeto activo hace ver u oír al niño): lo será todo aquel que empleando a mayores o menores de 18 años, represente a éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales <sup>143</sup>.

Respecto de esta conducta, tampoco vemos inconveniente en que sea necesario el contacto directo entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, a condición que la exhibición del material pornográfico sea dirigida a uno o más niños determinados.

La tercera conducta consiste en determinar al menor de 14 años a que realice acciones de significación sexual delante del sujeto activo o de un tercero. En este caso, se trata por ejemplo de obligar a un menor a efectuarse tocaciones frente a los sujetos que permanecen como espectadores.

De acuerdo con Rodríguez Collao, se trata generalmente de prácticas masturbatorias del niño, cuestión con la que coinciden Politoff, Matus y Ramírez <sup>144</sup>, añadiendo estos autores, como posible conducta, que el niño se introduzca objetos en su ano, genitales o boca, con la correspondiente significación sexual para el sujeto activo. Como en las dos hipótesis contempladas en el inciso 1° del artículo 366 quáter, y dado que no se exige medio comisivo alguno por el legislador, pensamos que perfectamente puede el sujeto activo determinar al niño a realizar estas conductas en una conversación de Chat con cámaras web.

Finalmente, se sanciona a quien realice alguna de las conductas descritas anteriormente con una persona menor de edad pero mayor de 14 años, concurriendo fuerza o intimidación, o alguna de las circunstancias constitutivas de estupro.

Cabe señalar que el artículo 366 quáter contempla como elemento subjetivo del tipo sin el cual las figuras en él contempladas no se configuran, y este es el “procurar la excitación sexual, del propio sujeto activo, o la de otro” <sup>145</sup>.

La modificación de la Ley N° 19.927 incluyó la satisfacción sexual del sujeto activo, eliminando el dolo eventual respecto de la conducta punible, pero manteniéndolo

<sup>143</sup> Al respecto, puede resultar de utilidad la doctrina emanada de un fallo de la Corte Suprema, N° de Ingreso 4809-2003, de fecha 12 enero 2004, que rechaza recurso de casación, y confirma la sentencia condenatoria. Los hechos que se tuvieron por legalmente acreditados son: Que se encuentra acreditado que el acusado facilitó a dos menores de 10 y 9 años de edad, una revista pornográfica para que vieran su contenido en el bosque, al cual se dirigió este individuo y ordenó a los menores que se bajaran los pantalones y calzoncillos, que el primero se subiera sobre el segundo para efectuar una relación sexual por vía anal, procediendo el hechor a masturbarse delante de éstos. El hecho antes descrito es constitutivo de los delitos previstos y sancionados en el artículo 366 quater inciso 1° del Código Penal, pues se encuentra acreditado que el inculpado realizó un acto de significación sexual, sin el contacto corporal con las víctimas, para así procurar su excitación sexual, mostrándole a los dos niños, menores de 12 años, material pornográfico así como determinándolos a realizar acciones de significación sexual delante suyo (Considerandos Segundo y Tercero, Juez del Juzgado del Crimen de Lebu, Maribel Oelckers Jerez).

<sup>144</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. ob. cit., pp. 270.

<sup>145</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. ob. cit., pp. 270.

respecto de la edad del niño

## IV. Autoría y Participación en el Delito de Abuso Sexual

Lo relativo a la autoría y participación se trató durante la tramitación de la Ley N° 19.617 En el informe de la Comisión Mixta,<sup>146</sup>, lo que atañe al artículo 366 ter, en aquella parte que señala qué deberá entenderse por acción sexual, el diputado Bustos hizo ver que, hasta ese momento la doctrina pensaba que no era posible la autoría mediata tratándose de atentados sexuales, por lo que propuso 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 o mediante otra persona, para considerar ambas situaciones.

Creyó que, de aludirse 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 a una persona a realizarla sobre sí misma.

El profesor señor Bascuñán, en representación del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, informó que la propuesta apunta a resolver uno de los problemas más difíciles en el ámbito de los delitos sexuales -que surge no sólo respecto de los abusos sexuales sino también en cuanto a la violación y no se ha resuelto-, cual es el de estructurar el tipo de modo que los casos de autoría que no son de propia mano queden también comprendidos en él. A su juicio, esto exige una tipificación de los delitos distinta a la que tiene el Código Penal chileno. En esa medida, fue de parecer de que la propuesta del diputado Bustos, consistía en que por la vía de la expresión “cualquier” se deje entregar el desarrollo de este tema a la jurisprudencia, para que, sobre la base de esta definición y lo dispuesto en el artículo 15 del Código Penal, fuera construyendo las formas de autoría o de autoría mediata que sean funcionalmente equivalentes a la realización por propia mano, si ello es posible.

Por unanimidad, la Comisión Mixta sustituyó la mención a “el acto de significación sexual” por la de “cualquier acto de significación sexual”.

El delito de abuso sexual propio en verdad no ofrece ninguna particularidad en orden al tema de la autoría y la participación, pudiendo afirmarse que aquel es compatible con todas las formas de intervención que contemplan los artículos 15, 16 y 17 del Código Penal. Cabe tanto la ejecución individual del hecho como su realización por 2 o más personas, aunque existen reparos con respecto a este tema de un sector minoritario de la doctrina. Esto, debido a que el tipo admite tanto una ejecución conjunta de la acción que lo configura, como una distribución funcional de los diversos hechos que conforman esta figura.

Al igual que en el caso de la violación, un sector de la doctrina ha negado la admisibilidad de la figura del autor mediato, por considerar que el abuso sexual

---

<sup>146</sup> Boletín N° 1048-07, Informe de la Comisión Mixta, 5 noviembre 1998.



corresponde a un delito de propia mano <sup>147</sup>. Pero, cabe señalar que en general, se admite el castigo de la autoría mediata.

La descripción de la conducta típica no permite plantear la comisión por omisión del delito, ya que esta exige una intervención activa del autor, ya sea directamente en el acto sexual o mediante inducción de la víctima para que participe en un acto con un tercero.

<sup>148</sup>

Además, de acuerdo a lo expuesto, tratándose de cualquiera de las figuras constitutivas de abuso sexual, sea propio, impropio o agravado, en que intervengan personas como espectadores voluntarios, estas personas serían coautores del delito correspondiente.

## **V. Iter Críminis en el Delito de Abuso Sexual**

En esta materia, cabe reiterar lo dicho en el capítulo anterior, al analizar la Ley N° 19.617, en cuanto a que la reforma al delito de violación contempla la derogación del antiguo artículo 362, conforme al cual “los delitos de que trata este párrafo se considerarán consumados desde que hay un principio de ejecución”, debido a las considerables dificultades de interpretación que había provocado, dividiendo las opiniones de la doctrina y de la jurisprudencia en cuanto a si dicha norma importaba la eliminación de las etapas de ejecución del delito.

Con la derogación, el castigo de la tentativa y del delito frustrado se regirá por las reglas generales del Código Penal <sup>149</sup>

Sin embargo, de acuerdo a Rodríguez Collao, existe un sector minoritario de la doctrina que no admite formas imperfectas de realización de este delito, debido a que la ejecución de la conducta implicaría la expresión mínima de la agresión sexual a terceros. Es decir, el comienzo de ejecución del delito importaría ya la consumación del mismo. Por lo tanto, excluyen la posibilidad de tentativa, de modo general, sin efectuar distinción respecto de las modalidades de ejecución que contempla la figura. Pero, la posición mayoritaria de la doctrina considera que el abuso sexual es un delito de mera actividad, y que si bien no cabe el delito frustrado, si admite la figura de la tentativa.

En el ordenamiento jurídico chileno, el artículo 366 ter del Código Penal contempla un acto de significación sexual y de relevancia ejecutado mediante contacto corporal con el sujeto pasivo, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aún cuando no hubiere contacto corporal con ella. Según esto, queda claro que debe tratarse de un “acto” realizado “mediante” contacto corporal, por lo que no bastaría con el solo

<sup>147</sup> Al respecto, ver RODRÍGUEZ Collao. ob. cit., pág.216.

<sup>148</sup> RODRÍGUEZ Collao, Luis. ob. cit, pág.218.

<sup>149</sup> Informe de la Comisión Mixta. Boletín N° 1.048-07, 5 de Noviembre, 1998.

roce de los cuerpos, constituyendo el simple contacto un principio de ejecución del delito y merece castigarse como tentativa <sup>150</sup>.

A fin de ilustrar lo recién expuesto, cabe citar, en lo pertinente un fallo de la Corte Suprema, de fecha 28 de octubre de 2003, en autos N° de Ingreso 2032-2002, en que se consignó lo siguiente:

“1° (...) que el 2 de agosto de 1996, en horas de la tarde, durante el recorrido del colegio a la casa, en un lugar no precisado, aprovechando que se quedaba solo en el interior del furgón patente FJ- 5402, un sujeto encargado del transporte escolar de la menor C.A.E. de 5 años, le efectuó maniobras sexuales con su miembro viril destinadas a la realización de la cópula, eyaculando sobre su vagina.”.

“2° Que la pena asignada al delito investigado en autos, de acuerdo con la norma del artículo 362 del Código Penal, con la actual redacción dada por la ley 19.617, es la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, y considerando el desarrollo del delito, esto es, tentativa de violación como se ha descrito en el considerando octavo de la sentencia que se revisa y que al procesado lo favorece una circunstancia atenuante y no lo perjudica ninguna agravante, corresponde aplicarle presidio menor en su grado medio, en la cuantía que se determinará en la parte resolutive.”.

“(…) Y visto además lo dispuesto en los artículos 7, 30, 50, 52 y 362 del Código Penal (de acuerdo a la ley 19.617), se declara que se confirma la sentencia apelada, de tres de abril de mil novecientos noventa y ocho, escrita a fs. 364 y siguientes, con declaración, en lo penal, que F.R.F.T., ya individualizado en autos, queda condenado a la pena de ochocientos diecinueve días de presidio menor en su grado medio, accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de violación de la menor C.D.A.E., en grado de tentativa, ocurrido en agosto de 1996, en San Bernardo <sup>151</sup>”.

## VI. Penalidad

Varias son las modificaciones de las que fue objeto el sistema de los abusos sexuales.

Por una parte, en materia de abuso sexual se sustituye el artículo 366. La nueva redacción contempla las siguientes modificaciones:

La edad del sujeto pasivo: se refiere a una persona mayor de catorce años si concurren las circunstancias de la violación o bien a una persona mayor de catorce años, pero menor de 18 años si se trata de las circunstancias del estupro.

---

<sup>150</sup> RODRÍGUEZ Collao, ob. cit., pág. 214.

<sup>151</sup> Redacción del Ministro señor José Luis Pérez Zañartu. Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros señores Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., José Luis Pérez Z., Jorge Medina C. y Milton Juica A. No firma el Ministro señor Chaigneau, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo por estar con permiso.

La pena asignada al delito corresponde a presidio menor en su grado máximo, igualándose la sanción sea que concurren las circunstancias del artículo 361 o del 363. De esta manera, se elimina la posibilidad de aplicar por un delito de abuso sexual la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados.

Asimismo se modifica el artículo 366 bis en dos aspectos:

La edad del sujeto pasivo; se refiere a una persona menor de 14 años.

La pena del delito; corresponde a partir de esta modificación a presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (3 años y 1 día a 10 años) y no se hace distinción para graduarla en si concurren o no circunstancias del estupro o la violación.

Se crea una nueva figura en el Art. 365 bis, hiperagravada de abuso sexual, en el que la acción sexual consiste en la introducción de objetos de cualquier índole por vía, anal, bucal o vaginal o en la utilización de animales en ello. La pena que se le asigna es la misma que la del delito de violación propia, presidio mayor en su grado mínimo a medio, si concurren algunas de las circunstancias de la misma:

Si la víctima es menor de edad, pero mayor de 14 años, se sanciona con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, siempre que concurren algunas de las circunstancias del estupro.

Por último la pena asignada es de presidio mayor en cualquiera de sus grados si el sujeto pasivo es menor de 14 años.

La Escala General de Penas del artículo 21 del Código punitivo fue modificado en el sentido de agregar en la escala de las penas de crímenes y en la de los simples delitos la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.

Se establece que la pena de inhabilitación temporal prevista en el artículo 372 del Código Penal produce los siguientes efectos:

La privación de todos los cargos, empleos, oficios y profesiones que tenga el condenado.

La incapacidad para obtener los cargos, empleos, oficios y profesiones mencionados antes de transcurrido el tiempo de la condena de inhabilitación, contado desde que se hubiere dado cumplimiento a la pena principal, obtenido libertad condicional en la misma, o iniciada la ejecución de alguno de los beneficios de la Ley nº 18.216, como alternativa a la pena principal.

La pena tiene una extensión de tres años y un día a diez años y es divisible en la misma forma que las penas de inhabilitación absoluta y especial temporales.

Se agrega un artículo nuevo al decreto ley Nº 645, de 1925, sobre Registro General de Condenas, con el objeto de establecer una excepción al principio de que, fuera de las autoridades allí establecidas nadie tiene derecho a solicitar la exhibición de los datos que se anotaren en el Registro general de Condenas. Esta excepción incluye a toda institución pública o privada que por la naturaleza de su objeto requiera contratar a una

persona determinada para algún empleo, cargo, oficio o profesión que involucre una relación directa y habitual con menores de edad, pudiendo en este caso solicitar que se le informe, para fines particulares, si ésta se encuentra afecta a la inhabilitación establecida en el artículo 31 bis del Código Penal.

La misma información podrá ser entregada a cualquier persona que cuente con una autorización expresa de aquél cuyos antecedentes se solicitan, para los fines señalados en el inciso anterior.

Esta modificación se realiza a pesar de que el representante de la División Jurídica del Ministerio de Justicia, sostuvo que la propuesta era innecesaria, toda vez que constará en el certificado de antecedentes que emite el Servicio de Registro Civil e Identificación la pena de inhabilitación que se imponga a estos condenados, y además se podría prestar para abusos, puesto que se permite que cualquier persona solicite este tipo de antecedentes, con la sola invocación de la circunstancia de estudiar la contratación de otro.

## VII. Delito imposible o tentativa inidónea

La doctrina y la jurisprudencia son prácticamente unánimes en considerar *la tentativa inidónea o delito imposible* como un hecho impune, por no poner en riesgo de manera alguna los bienes jurídicos protegidos penalmente.

Hay delito imposible, en general, cuando mediante un juicio ex ante, colocándose el juzgador en el momento de la acción y tomando en cuenta las circunstancias concretas y todos los elementos que habían podido estar en conocimiento del agente, se concluye que respecto al hecho concreto de que se trata, falta o es inexistente el objeto de la acción, el medio empleado es absolutamente ineficaz para conseguir el fin a que se le destina, o falta en el sujeto activo una característica personal establecida en la ley, por ejemplo: un hombre que hiere a un muerto creyéndolo dormido; otro que administra una sustancia inofensiva creyéndola venenosa; y un tercero que intenta sustraer una especie de su patrimonio, creyéndola ajena.<sup>152</sup>

El fundamento para no castigar el delito imposible o tentativa inidónea consiste en que un Derecho Penal que deba limitarse a prevenir los hechos externos socialmente nocivos, sólo puede conminar con pena la realización de conductas que en el momento de ser llevadas a cabo aparezcan como peligrosas para bienes jurídicos para el observador objetivo situado en el lugar del autor.

El problema de la tentativa inidónea se trató en la discusión de la Ley N° 19.617, al suprimirse el antiguo artículo 362 del Código Penal. En relación con este tema, la diputada María Antonieta Saa planteó su inquietud por los efectos que podría producir la derogación en el caso de atentados sexuales contra menores de edad, cuando no pueda

---

<sup>152</sup> POLITOFF Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ María Cecilia. "Lecciones de Derecho Penal Chileno". Parte General. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2004.pp. 372 y ss.

consumarse el acceso carnal por su insuficiente desarrollo anatómico.

El profesor señor Bascuñán, en representación del departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, estimó que, en ese caso, habrá tentativa de violación en concurso con las lesiones causadas al niño y, además, los abusos sexuales consumados, lo que, en virtud del artículo 75 del Código Penal, conduce a aplicar la pena mayor asignada al delito más grave.

El H. Diputado y profesor señor Bustos indicó que, en su opinión, la tentativa inidónea por el objeto es impune, por lo que no habría tentativa de violación, sino que lesiones en concurso con abuso sexual<sup>153</sup>. Compartimos esta postura, toda vez que es más consistente con el principio de lesividad y con lo expresado a propósito del bien jurídico protegido.

## **VIII. Otros delitos relacionados con la libertad y la indemnidad sexual**

### **1. El delito de Violación**

---

#### **1.1 El delito de Violación Propia**

El artículo 361 del Código Penal fue modificado por la Ley N° 19.927 en dos aspectos:

La edad del sujeto pasivo, la que se elevó de 12 a 14 años.

La pena asignada al delito: se elimina el límite inferior de la pena elevándose en dos grados la pena originalmente asignada, quedando en el rango de presidio mayor en su grado mínimo a medio (5 años y un día a 15 años).

#### **1.2 El delito de Violación Impropia**

El artículo 362 del Código Penal castiga con una pena agravada el acceso carnal a una persona menor de 14 años.

Para que se configure la violación, basta el acceso carnal sumado a la circunstancia objetiva de la edad de la víctima, y que esta circunstancia sea conocida del autor.

Este artículo no sufrió con la Ley N° 19.927 otra modificación que aquella que eleva la edad mínima para prestar válidamente consentimiento en materia sexual de 12 a 14 años, cuyos fundamentos y problemas suscitados analizamos a propósito del Sujeto Pasivo del delito de abuso sexual.

#### **1.3 El delito de Violación Agravada**

---

<sup>153</sup> Informe de Comisión Mixta, para Boletín N° 1048-07, 5 noviembre 1998.

Por su parte, el artículo 372 bis del Código Penal establece la pena de presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado para el que, con ocasión de la violación, cometiera además el homicidio de la víctima.

Durante la tramitación de la Ley N° 19.927, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se presentó una indicación por el senador Larraín, que pretendía agregar un inciso nuevo al artículo 372 bis propuesto, que sanciona la violación con homicidio con presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado. Dicho inciso propuesto establecía que, si la víctima fuere menor de edad, la pena será de presidio perpetuo a muerte.

El señor Ministro de Justicia sostuvo que la indicación vulnera el artículo 4° del Pacto de San José de Costa Rica, toda vez que la pena de muerte, contemplada como sanción superior para este delito, se suprimió en virtud de la ley N° 19.734, que la reemplazó por la de presidio perpetuo calificado.

Aunque esa indicación fue aprobada en dicha oportunidad, afortunadamente fue rechazada, sustituyéndose el artículo en comento como lo enunciamos.

## 2. El delito de Estupro

---

La Ley N° 19.927 modificó esta figura en dos aspectos:

1. La pena asignada al delito: la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, es reemplazada por la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo eliminándose de esta manera el límite inferior de la pena.

2. La edad del sujeto pasivo: como consecuencia de la decisión adoptada a propósito de la capacidad para consentir en sostener una relación sexual, se fijó la edad mínima del sujeto pasivo del delito de estupro en 14 años.

## 3. El delito de Sodomía<sup>154</sup>

---

Esta figura contemplada en el artículo 365 del Código Penal consiste en el acceso carnal a un varón mayor de 14 años y menor de 18 años, sin que medien las circunstancias constitutivas de violación o estupro. Por lo tanto, lo que se sanciona es la relación homosexual entre varones, uno de los cuales es menor de 18 años y donde se excluyen las circunstancias de la violación y del estupro, lo que permite concluir que se debe tratar de jóvenes mayores de 14 años.

El sujeto activo sólo puede ser un varón, por lo que queda claro que el lesbianismo no es castigado, punto que llama la atención considerando que el fin de establecer la figura del delito de sodomía era impedir la corrupción de menores, lo que no explica el hecho de que sólo se haya sancionado respecto de los varones y no de las mujeres, ya que se mantuvo.

<sup>154</sup>

En esta parte, reproducimos lo expuesto en el capítulo anterior respecto de este delito y la discusión parlamentaria suscitada por la modificación de este artículo.

De acuerdo a lo expresado a propósito del establecimiento del artículo 367 ter<sup>155</sup>, se quiso dejar constancia que, frente a la objeción que podría levantarse, en cuanto a que media consentimiento, esto es, no se ve afectada la libertad sexual, desconoce el hecho de que el libre desarrollo de la sexualidad es un bien jurídico que también compete resguardar al legislador, como lo demuestra el castigo de la sodomía consentida, en el artículo 365 del Código Penal.

Nuestros reparos frente a esta figura, los damos por enteramente reproducidos en esta parte.

#### **4. El delito de Producción de Material Pornográfico con Participación de Menores de Edad (artículo 366 quinquies)**

---

**La Ley N° 19.927 incorporó el delito de Artículo 366 quinquies, primitivamente contemplado en el inciso 2° del artículo 366 quáter, donde se entendía como una de las modalidades del delito de abuso sexual impropio, o de involucramiento de menores de edad en actos de significación sexual.**

La conducta penada ahora en forma independiente, queda como sigue: “El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo. Para los efectos de este artículo y del artículo 374 bis, 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”

Según Politoff, Matus y Ramírez<sup>156</sup>, la ley exige como fundamento de punibilidad un doble requisito objetivo:

De una parte, que exista una producción pornográfica, y

De la otra, que en ella se hayan utilizado<sup>157</sup> menores de edad, no referido a utilizar sus imágenes, que pudieron ser captadas subrepticamente, sino a ellos.

La pena asignada al delito es presidio menor en su grado máximo.

El marco existente sobre el tema lo entregan, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en el artículo 34 letra c): “Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: c) la explotación del niño en

---

<sup>155</sup> Boletín N° 2906-07, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 10 septiembre 2003.

<sup>156</sup> POLITOFF Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia ob. cit., pp. 274 y ss.

<sup>157</sup> El verbo “utilizar”, significa *aprovecharse de algo*, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, ob. cit.

espectáculos o materiales pornográficos”, y el Protocolo facultativo de la Convención, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía, que en su artículo 2 c) define: “Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”.

Para los autores precitados, en orden a la culpabilidad, el actuar debe ser doloso, orientado a la participación en la producción. En cuanto a que la producción sea efectivamente pornográfica, se requiere dolo eventual.

Ya que el verbo rector es *participar en la producción*, para la penalidad no se distingue si estamos en presencia de un autor o cómplice.

Aquí, en lo relativo al empleo de menores de edad, se aumentó de 12 a 18 años la edad del sujeto pasivo, de acuerdo a lo señalado por el abogado Hernán Fernández<sup>158</sup>, para concordar el tipo con el concepto de niño que emplea la Convención en el artículo 1°, y porque de otra forma, quienes se dedican a la elaboración de pornografía infantil, buscarían utilizar a mayores de 12 años pero menores de edad para la realización de esta conducta ilícita.

Al referirse a “cualquiera sea su soporte”, la norma claramente quiso referirse a Internet, o a otros medios tecnológicos que pudieran crearse en el futuro.

El Código Penal español<sup>159</sup>, en lo relativo al empleo de menores en la pornografía, en lo que aquí interesa, sanciona la elaboración de cualquier clase de materiales pornográficos en el artículo 189.1 letra a), inciso 2°, con pena de 1 a 3 años de prisión, pena que se agrava si el culpable pertenece a una organización aun transitoria, destinada a este fin.

Así, para Mata y Martín, esta elaboración de materiales pornográficos en los cuales se emplee a menores o incapaces dice relación con que se trata de actos previsiblemente destinados a una posterior comercialización por cualquier medio.

El ordenamiento jurídico chileno en el artículo 366 quinquies del Código Penal señala qué debe entenderse por “material pornográfico”: todo aquel que empleando a menores de 18 años, represente a éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales.

En esta parte, prácticamente se reproduce el artículo 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, ratificado por Chile el 6 de Febrero de 2003, mediante Decreto Supremo N° 225 del 6 de septiembre de 2003.

La norma, al señalar qué se entiende por material pornográfico, dificulta la distinción

---

<sup>158</sup> Boletín N° 2906-07, primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara, 4 septiembre 2002.

<sup>159</sup> MATA Y MARTÍN, Ricardo. ob. cit., pp. 112 y ss.



con aquello que podría calificarse, por ejemplo como material erótico. Es decir, el empleo de menores de 18 años que representen actividades sexuales explícitas simuladas podría ser calificado como pornográfico. Para restringir la interpretación, se debe tener en cuenta el bien jurídico protegido, cual es amparar la indemnidad sexual, en que lo esencial es valorar al menor en cuanto a su dignidad como persona y su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En el primer informe de la Comisión del Senado, se discutió si la incorporación del artículo 366 quinquies importaba la modificación del tipo penal de producción de pornografía infantil, que fuera creado el 4 de enero de 2003, por el artículo 30, inciso primero, de la reciente ley N° 19.846, sobre calificación cinematográfica, en virtud del cual “el que participe en la producción de material pornográfico, en cualquier soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de 18 años, será sancionado con reclusión menor en sus grados medio a máximo.”

La propuesta no sólo persigue elevar la pena (de 541 días a 5 años, actualmente, a 3 años y un día a 5 años) sino que amplía su objeto de protección, puesto que la redacción permitía concluir que se sancionarían casos de pornografía en el que no se hubieren utilizado propiamente seres humanos menores de edad, sino que consistieren en “representaciones” de ellos, como dibujos, caricaturas, alusiones, etcétera.

Al respecto, la Comisión consideró que resulta esencial determinar el bien jurídico que se quiere proteger: hasta ahora, incluida la ley sobre calificación cinematográfica, se quiere evitar la explotación de niños en la pornografía, es decir, proteger a los menores y no reprimir las fantasías sexuales que puedan tener los adultos. Incluso, dicha ley amplió el margen de protección en cuanto a la edad del menor, puesto que el castigo de las conductas punibles que los afectaban entre los 12 y los 18 años de edad exigía la concurrencia de ciertas circunstancias, descritas a propósito de la violación y del estupro.

Estimó que no se justifica un cambio de criterio, que otorgue carácter de bien jurídico protegido a esa intromisión en decisiones de adultos y, todavía más, la asimile a la protección que ciertamente se debe a las personas menores de edad.

Se señala que existe la "pornografía técnica", constituida por la alteración de imágenes de adultos a fin de que parezcan menores de edad; la "pseudopornografía", en la que se insertan fotogramas o imágenes de menores reales como intervinientes en situaciones de contexto pornográfico y la pornografía infantil propiamente "virtual", generada íntegramente en el ordenador. "Numerosos autores piensan que estas situaciones deberían quedar al margen de medidas incriminadoras, por cuanto en estos supuestos no se produce una utilización real de menores de edad en contextos sexualmente ofensivos, lo que a su vez traería como consecuencia la ausencia de lesión material al bien jurídico protegido y, por ende, una vulneración del principio de ofensividad, en caso de punición".<sup>160</sup>

La mayoría de los integrantes de la Comisión, desde ese punto de vista, creyó más adecuado, tratándose de un concepto cultural, dejar encomendado su desarrollo al juez

---

<sup>160</sup> KÜNSEMÜLLER, Carlos. "Delitos de pornografía infantil (modificaciones legales anunciadas y problemas ad portas)", *Gaceta Jurídica* N° 273, marzo de 2003, páginas 11 y 12.

que conozca un caso concreto en una época determinada.

A nuestro juicio, dejar entregada la determinación de la conducta penada a un posterior desarrollo jurisprudencial, importa una lesión al principio de legalidad en materia penal.

### 5. El delito de Posesión y Comercialización de Material Pornográfico Infantil

---

Este artículo, ubicado en el párrafo N° del Título VII del Libro II del Código Penal, “De los Ultrajes públicos a las buenas costumbres <sup>161</sup>”, fue uno de los más debatidos durante la discusión parlamentaria de la Ley N° 19.927, sobre todo lo dispuesto en el inciso 2°, por los diversos problemas de afectación de otros bienes jurídicos, o de índole constitucional que pudiera significar su incorporación.

El artículo 374 bis dispone: “El que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio.”

En el Primer Informe de la Cámara de Diputados <sup>162</sup>, el diputado Walker, uno de los autores de la moción, expuso aquello que se pretendía sancionar era la posesión o tenencia dolosa de material pornográfico infantil, algo fundamental para terminar con la cadena de la pornografía. Agregó que, en todo caso, la tenencia accidental o no voluntaria, quedaba excluida de toda sanción.

Los representantes del Ejecutivo estimaron que la palabra “dolosamente” daba a entender una tenencia a conciencia de tal material, cuestión que salvo las hipótesis culposas, constituye un requisito general del Código Penal, razón por la que consideraban que nada aportaba la inclusión de dicho término. Por otra parte, estimaron que la figura descrita no constituía una conducta, indispensable para establecer una pena, sino que un hecho, circunstancia que tornaba dudosa la constitucionalidad de la proposición.

Al respecto, el diputado Bustos señaló que la proposición describía un delito de sospecha, contrario a la normativa constitucional y, además, demasiado amplio, razón por la que para concordarlo con la legislación penal y las garantías del debido proceso, debería precisarse el objeto de la figura, agregando la expresión almacenare, o bien, exigir el ánimo de comercializar.

---

<sup>161</sup> De acuerdo a la ubicación en la geografía del Código, entonces bien jurídico protegido sería la moralidad pública.

<sup>162</sup> Boletín N° 2906-07, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara, 4 septiembre 2002.

Es interesante señalar en esta parte, que el Código Penal español, en el artículo 189.1 letra b) sanciona un conjunto de conductas relativas al material pornográfico en el que intervengan menores o incapaces, con carácter posterior a la elaboración del material pornográfico infantil, sancionándose, en el párrafo 2° de la letra b) la posesión de material pornográfico en el que intervengan menores o incapaces, como un acto preparatorio vinculado a la futura realización de conductas de venta, exhibición, facilitación de la producción, venta, difusión o exhibición de este material.

En el Senado <sup>163</sup>, la magistrado Verónica Sabaj, jueza con dedicación exclusiva a causas de pedofilia, realizó un exhaustivo análisis de su experiencia y de las dificultades que había encontrado para la investigación de las causas que tramitaba, todas consideradas de “conmoción pública”.

Respecto a la tenencia de material pornográfico infantil, expresó que doctrinariamente, este tipo penal puede generar mucha discusión, ya que, sin lugar a dudas, está sancionando la esfera personal de cada individuo, que no implica afectar los bienes jurídicos protegidos a través de los delitos de significación sexual, cuales son la libertad sexual, la indemnidad sexual y la autodeterminación sexual.

Añadió que, en muchas oportunidades, los menores también presentan un desarrollo físico que no se condice con su edad cronológica, por lo que, del mismo modo, la exigencia del tipo puede llevar a calificaciones jurídicas equivocadas.

En esa misma oportunidad, el profesor de derecho penal de la Universidad de Talca, Jean Pierre Matus, en lo relativo a este tema, coincidió con la magistrado, en cuanto a la necesidad de castigar el tráfico de pornografía infantil, expresando que una situación diversa, en su concepto, la constituye la tenencia de este tipo de material y, por ende, la respuesta del derecho penal debiera ser distinta. En este tipo de situaciones ya no está involucrado el uso de menores con finalidades comerciales o contrarias a la moral o a otros bienes jurídicos, sino que la existencia de una determinada concepción personal de la vida y de la libertad, que pudiera entenderse como contraria a los cánones normales y habituales de una sociedad y que sería similar al consumo de drogas. La sanción de esta conducta se vincula fundamentalmente a los problemas de acreditación que presenta el tráfico de dicho material, lo cual produce una cierta desarmonía radical en el sistema. En el caso de las drogas, habitualmente se sanciona la tenencia en los tratados internacionales y en las leyes de los países, porque es la forma más fácil de probar la existencia del tráfico, pero la situación varía cuando se tiene para el consumo personal, lo que no presenta mayores diferencias con lo relativo al material pornográfico infantil.

En nuestro ordenamiento, debe reconocerse que una persona tiene derecho a llevar una vida moralmente reprochable, si así lo quiere y no causa daño a terceros. Por eso, es indudable que castigar la sola tenencia de este material introduce una desarmonía radical en el sistema, ya que implica sancionar penalmente un vicio moral, que puede tratarse de una conducta propia de la libertad sexual de una persona.

El profesor de Derecho Penal, Héctor Hernández, hizo ver que la disposición en

---

<sup>163</sup> Boletín 2906-07, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 10 septiembre 2003.

análisis desatiende los principios de responsabilidad penal, que imponen la exigencia de responder por actos que signifiquen atentados concretos contra determinados bienes jurídicos.

Además, advirtió que la disposición persigue únicamente remediar un aspecto probatorio, como son las eventuales dificultades que podrían presentarse en la investigación de esas otras conductas, en orden a que cierta persona es productor o distribuidor de ese material, se opta por castigarlo como autor de tenencia o posesión del mismo.

El representante del Ministro de Justicia coincidió con ello, señalando que las conductas que afectan realmente el bien jurídico protegido son la producción y la distribución de material pornográfico infantil, que ya se sancionan, y la propuesta de castigar la mera tenencia de este material incursiona en ámbitos propios de la vida privada de personas adultas.

Aproximándose a lo dispuesto en el Código Penal español, la Comisión decidió igualmente incorporar esta figura, en la medida en que el almacenamiento de material pornográfico infantil se haga para los fines de comercializarlo, dejando de manifiesto su calidad de acto preparatorio de la distribución, eliminó la innecesaria explicitación del dolo y aplicó una leve rebaja de pena, justificada en razones de proporcionalidad, por cuanto no puede castigarse este delito con una pena similar a la que corresponde al abuso sexual, por ejemplo.

De esta forma, la Comisión creyó se atenuaban las críticas doctrinarias de la penalización de la sola tenencia o posesión de material pornográfico infantil, aun en la línea de la legislación española, que se propone: "la conducta del que posee o almacena debería estar subjetivamente orientada a un destino o finalidad posterior del material pornográfico (tráfico), cuyo empleo podrá representar materialmente una lesión (al menos un peligro) para los bienes jurídicos que se busca proteger, ya que, de otro modo, se entrará en notorias contradicciones con las exigencias del principio de dañosidad social de la conducta, en cuanto limitador del ius puniendi del Estado".<sup>164</sup>

Debido a una indicación del senador Viera-Gallo<sup>165</sup>, aprobada sólo en esta parte, se estableció la actual redacción de la norma, rechazándose su propuesta en cuanto además pretendía que únicamente se castigue la adquisición o almacenamiento de material pornográfico en que aparezcan menores de trece años, fundamentando su indicación en que para un mero tenedor de ese material, es difícil distinguir las edades de las personas que figuren en él, por lo que considera más claro diferenciar entre los púberes y los impúberes, asignándoles a estos la protección legal por este delito, sin perjuicio de que se castigue tanto la producción como la comercialización respecto de material en que se hayan utilizado menores de 18 años.

Para la Defensoría Penal Pública<sup>166</sup>, es innegable el cuestionamiento de la norma,

---

<sup>164</sup> KÜNSEMÜLLER, Carlos. ob. cit., pp. 10 y 11.

<sup>165</sup> Boletín N° 2906-07, Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 15 octubre 2003.

que implica una intromisión en la esfera de intimidad de las personas y además afecta el principio de tipicidad, ya que no se aprecia cual es el bien jurídico protegido. Al utilizar la voz “almacene” se entiende que debe tratarse de aquellos sujetos que cuenten con suficiente material que permita sostener que pretende comercializarlo o distribuirlo<sup>167</sup>. En cuanto al tipo subjetivo se exige dolo directo, es decir, el sujeto debe conocer que se trata de material pornográfico y precisamente que se han utilizado menores de edad en su producción.

La exigencia de dolo directo excluye la sanción de la conducta omisiva, la que pensamos referida a que una persona no revise su correo electrónico con regularidad, o bien decida no enviar a la papelera de reciclaje los correos electrónicos basura o spam, o bien que ventanas emergentes durante la navegación por Internet, que luego queden en la carpeta de archivos temporales del computador de que se trate. Asimismo, al emplearse la palabra “maliciosamente”, se excluye el dolo eventual.

En relación al delito del inciso primero, se trata de un delito con modalidades de comisión alternativa de manera que bastaría la ejecución de cualquiera de ellas para entenderlo consumado.

En cuanto al inciso segundo, para Politoff, Matus y Ramírez<sup>168</sup>, la técnica empleada por el legislador es establecer un delito de emprendimiento, con una estructura similar a la del tráfico ilícito de estupefacientes, en que se castiga la participación indeterminada en una conducta iniciada o no por el autor, que puede desarrollarse en diversos lugares y momentos, con diferentes cantidades de productos, calificándose como la comisión de un solo delito.

Estos autores afirman que los sujetos activo y pasivo son indeterminados, con el límite consistente en que el sujeto activo no puede participar en la producción de material pornográfico, ya que respecto de ellos, la adquisición, almacenamiento y comercialización son formas de agotamiento del delito que cometen, y en cuanto a los sujetos pasivos, éstos deben ser menores de edad.

El error del sujeto activo con respecto a la edad de las personas que han sido utilizadas en la elaboración del material pornográfico debe ser analizado conforme a las reglas generales de la teoría del error.

## **6. Delitos de Favorecimiento de la Prostitución de Menores (Artículo 367) y Sanción al Cliente (nuevo artículo 367 ter)**

---

<sup>166</sup> Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública. “Comentarios a la Ley 19.927 de Delitos de Pornografía Infantil”, en <http://www.defensoriapenal.cl/index.php?seccion=6&id=37>.

<sup>167</sup> La opinión contraria se sostiene en el Oficio N° 35 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, ya que estima no es necesario, de acuerdo a la redacción de la norma, que se tenga una determinada cantidad de material, o la persecución de un determinado fin por parte del autor. A conclusión diversa se había llegado de no utilizarse la voz “tenencia”.

<sup>168</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. ob. cit., pág. 276.

**El Artículo 367 del Código Penal, que dispone:** “El que promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo.

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

Respecto de lo que disponía la Ley N° 19.617, el tipo fue modificado por la Ley N° 19.927 en los siguientes aspectos:

a) La conducta: se crea una forma simple que no requiere la habitualidad o abuso de confianza y otra agravada cuando concurren estos elementos o cuando se emplea el engaño.

En el Primer informe de la Cámara <sup>169</sup>, la diputada Guzmán explicó que la modificación obedecía al hecho de que la norma en estudio sancionaba al proxeneta que actuaba con habitualidad o con abuso de confianza, pero no contemplaba sanción alguna para el que cometía tal ilícito sin concurrir las circunstancias descritas.

El Diputado señor Bustos estimó lógico sancionar esta figura penal no sólo en su forma agravada sino que también en su forma simple. Asimismo, le pareció que debería agregarse a la forma agravada la palabra “engaño”.

b) La pena: la forma simple se sanciona con la pena de presidio menor en su grado máximo y la agravada en cambio con la de presidio mayor en cualquiera de sus grados más multa de treinta y una a treinta y cinco UTM.

El bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, tal como la entendimos al analizarla en el capítulo anterior, referida al concepto entregado por el diputado y profesor Bustos.

Esta norma, y la que analizamos a continuación, se enmarcan en las obligaciones positivas que impone la Convención sobre los derechos del niño en el artículo 34 ya analizado, y en lo dispuesto en los artículos 1°: “Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo” y 2° letrab) “Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución” del Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía.

**El Artículo 367 ter del Código Penal, crea una nueva figura penal** <sup>170</sup>: “ *El que, a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtuviere servicios sexuales por parte de personas mayores de catorce pero menores de dieciocho años de*

---

<sup>169</sup> Boletín N° 2906-07, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, 4 septiembre 2002.

<sup>170</sup> El contexto en que se planteó esta discusión, corresponde al momento más álgido del llamado “Caso Spiniak”, que corresponde precisamente a prostitución de adolescentes y estupro, delitos cometidos bajo la ley anterior, que no sanciona al cliente. Actualmente, este caso se encuentra en etapa de plenario, siendo sustanciado por el Ministro en Visita Extraordinaria, don Sergio Muñoz.

*edad, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será castigado con presidio menor en su grado máximo .”*

En este artículo se pretende castigar al “cliente”, es decir, a quien obtiene servicios sexuales por parte de menores de edad, pero mayores de 14 años. Cuando la ley habla de servicios sexuales debe entenderse que se refiere a actos que suponen acceso carnal, ya sea por vía vaginal, anal o bucal, ya que la disposición se aplica a casos no comprendidos en la violación o estupro, comportamientos que requieren acceso carnal. Por lo tanto, cualquier acto de significación sexual, distinta del acceso carnal, no debe subsumirse en el artículo 367 ter.

Es posible que se presente un concurso aparente entre el artículo 363 n° 3 y el 367 ter, que debe resolverse conforme al principio de especialidad a favor de la última disposición, considerando que aun cuando se trate de un menor en situación de desamparo éste está ejerciendo la prostitución, y el juez podría estimar que la retribución económica implique prevalerse del desamparo del menor y considerar que se está frente a un estupro.

Cuando la ley se refiere a “otras prestaciones de cualquier naturaleza” <sup>171</sup>, se trata de abarcar prestaciones que no sean apreciables en dinero. Así lo propuso el diputado Bustos, que estimó que las prestaciones o dádivas para la obtención de los servicios no tenían por qué consistir sólo en dinero o en bienes apreciables en dinero. Creyó más lógico referirse al dinero y a prestaciones de cualquier naturaleza.

Por lo tanto, estas prestaciones deberían ser de tal entidad que permitan vincularlas causalmente con el posterior acceso carnal, de manera que sólo sea la prestación la que determine la conducta del menor que ejerce la prostitución. En consecuencia, debe tratarse de un menor que la ejerce, de no ser así, no se configura el tipo.

Por otra parte, existe el riesgo de que el artículo 367 ter se aplique en todos los casos en que no se pueda acreditar el abuso, es decir que se trate como una presunción de abuso <sup>172</sup>.

La Comisión del Senado <sup>173</sup> aceptó la idea de que una adecuada protección de las personas menores de edad no debería desatender el hecho de que, bajo el argumento de respetar su libertad sexual, se terminen encubriendo figuras de abuso por parte de mayores de edad. Un caso es el que se presenta con la prostitución infantil, respecto del cual cabe suponer que, en un amplio porcentaje <sup>174</sup>, no responde al ejercicio libre de la voluntad del menor, la cual es coaccionada por diversas circunstancias que, aunque no sean provocadas por el mayor de edad, son utilizadas por éste con la finalidad de tener

<sup>171</sup> Boletín N° 2906-07, primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara, 4 septiembre 2002.

<sup>172</sup> POLITOFF Sergio, MATUS Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. ob. cit., pág. 274. en el mismo sentido, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 10 septiembre 2003.

<sup>173</sup> Boletín N° 2906-07, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 10 septiembre 2003.

acceso carnal<sup>175</sup>.

Desde este punto de vista, no parece suficiente la sola aplicación de las conductas típicas sexuales, en particular las reglas sobre el estupro contempladas en el artículo 363, por la dificultad para acreditar las circunstancias que lo configuran, como el grave desamparo en que se encuentre la víctima. Frente a esa alternativa, resulta apropiado contemplar una figura especial que sancione este tipo de conductas reprochables por la sociedad, toda vez que se presiona para tener un acceso carnal en el cual, en condiciones de igual libertad, probablemente no se habría consentido. Es efectivo que, en un cierto número de casos, puede suponerse que el nivel de desarrollo psicológico del menor resista tales condicionamientos de hecho o, lisa y llanamente, que éstos no existan, pero cabe inferir que son hipótesis residuales, dentro de las conductas que razonablemente cabe esperar de un menor de edad.

La objeción que podría levantarse, en cuanto a que media consentimiento, esto es, no se ve afectada la libertad sexual, desconoce el hecho de que el libre desarrollo de la sexualidad –que, por cierto, se ve afectada por el ejercicio de la prostitución en el caso de los menores de edad- es un bien jurídico que también compete resguardar al legislador, como lo demuestra el castigo de la sodomía consentida, en el artículo 365 del Código Penal.

La Comisión<sup>176</sup> oyó en esta parte la opinión del profesor de derecho penal de la Universidad de Talca, Jean Pierre Matus, quien señaló que incurre en aspectos subjetivos la sanción al cliente que se propone establecer en caso de la prostitución de menores de edad. Si se reconoce la libertad de cada persona para adoptar decisiones, lo que correspondería es reprochar el abuso que pudiera cometerse en caso de desvalimiento del menor, mediante la figura del estupro.

Sin embargo, creemos que la figura establecida en el artículo 367 ter fue incorporada a nuestro Código Penal, a fin de “cortar la cadena de la prostitución infantil” en los términos señalados por el SENAME ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara en primer trámite constitucional, y con el objeto de enviar un mensaje preventivo general frente a una opinión pública especialmente sensible al tema,

<sup>174</sup> SENAME. “Explotación sexual comercial infantil”, serie estudios y seminarios, julio 2004, pág. 9. El estudio indica que en el año 2003 la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en Chile asciende a una cifra no menor de 3.719 casos<sup>1</sup>. Casi el 80% son mujeres y su promedio de edad en el inicio de la explotación es de 12 a 13 años. Estos niños y niñas presentan un importante retraso escolar y la mayoría vive con su familia.

<sup>175</sup> SENAME. ob. cit., pág. 27. Los niños, niñas y adolescentes entrevistados ingresaron a esta actividad entre los doce y los trece años, en promedio. La explotación no es una opción elegida por ellos. Sus comienzos revelan acciones de terceros en circunstancias vinculadas con factores del contexto familiar, cultural, social y económico. Ninguna de las niñas y adolescentes entrevistadas eligió esta forma de vida, más aún, todas advierten que desean salir de ella. La mayoría está sujeta a explotación sexual comercial en su mismo entorno, en sus mismos barrios, caracterizados por la pobreza.

<sup>176</sup> Boletín N° 2906-07, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 10 septiembre 2003.



---

por las repercusiones mediáticas del llamado “caso Spiniak”.



# CAPITULO TERCERO: EL ABUSO SEXUAL INFANTIL EN CHILE. POLÍTICAS INSTITUCIONALES

## I. Política nacional y plan de acción integrado a favor de la infancia y la adolescencia 2001 – 2010 <sup>177</sup>

Esta política y plan son mecanismos para potenciar los esfuerzos de distintos sectores y optimizar los recursos existentes, siendo un eje orientador de las políticas públicas dirigidas a la infancia y adolescencia en nuestro país.

Su concreción es resultado del trabajo mancomunado de 22 instituciones públicas (Ministerios y Servicios), desarrollado en el Grupo de Trabajo Interministerial de Infancia y Adolescencia, impulsado por el Comité de Ministros Social en 1999, coordinado técnicamente por el Ministerio de Planificación y Cooperación.

<sup>177</sup>

El documento que contiene la Política Nacional y el Plan de Acción Integrado a Favor de la Infancia y la Adolescencia

2001 – 2010 se encuentra disponible en: [http://www.mideplan.cl/publico/ficha\\_tecnica.php?cenid=95](http://www.mideplan.cl/publico/ficha_tecnica.php?cenid=95).

En su diseño se abarcaron, como temáticas principales: educación; familia; comunidad y Estado; descentralización, y participación. Este esfuerzo contó con el apoyo de UNICEF y con la participación activa de representantes tanto del ámbito público como privado.

Las áreas estratégicas de intervención definidas por esta política son las siguientes:

La sensibilización, promoción y difusión de los derechos de la infancia y de la adolescencia.

El apoyo al fortalecimiento de las familias como principales responsables del desarrollo integral de sus hijos e hijas.

La Coordinación y desarrollo de las políticas públicas con perspectiva de derechos.

Provisión de servicios especiales para la protección integral de los derechos de la infancia y la adolescencia, en los casos de amenaza o vulneración de ellos.

Promoción y fomento de la participación infantil.

Por otra parte, el referido plan sitúa la problemática del maltrato y abuso sexual infantil como un aspecto que requiere la atención de todos los sectores de la comunidad para lograr una regulación y protección adecuada y eficaz, que integre a todas las entidades y actores que deben intervenir en la solución de los distintos aspectos que este tema conlleva.

Junto con lo anterior, el plan resalta la necesidad de continuar con los esfuerzos para modificar el enfoque que se da a la problemática del maltrato y abuso sexual infantil, desde una perspectiva de intervención directa, oportuna y activa, reemplazando el rol histórico marcado por la pasividad con que se implementaban las políticas públicas.

Lo anterior, se tradujo en la sustitución del Plan Piloto de Atención al Niño Víctima de Maltrato, Negligencia y Abuso Sexual del Servicio Nacional de Menores, por la creación, con carácter permanente, de la “Unidad de Intervención jurídica en maltrato Infantil”, dependiente de la Dirección Nacional de dicho Servicio.

## II. Servicio Nacional de Menores (SENAME) <sup>178</sup>

El SENAME cuenta con proyectos especializados para atender a niños, niñas y adolescentes que hayan sufrido maltrato grave o abuso sexual a lo largo del país, los que disponen de psicólogos, trabajadores sociales, abogados, educadores y otros especialistas.

La intervención busca fundamentalmente que los niños, niñas y adolescentes que han sufrido maltrato grave o abuso sexual, puedan superar la experiencia traumática y sus consecuencias, contribuyendo a que se desarrollen normalmente. Por eso, brindan una atención ambulatoria y priorizan el reforzamiento del vínculo con algún familiar

---

178

Información extraída de la web institucional del Servicio Nacional de Menores, [www.sename.cl](http://www.sename.cl).

protector.

Para optimizar la toma de decisiones respecto a la atención oportuna del niño, se trabaja coordinadamente con instituciones relacionadas con el tema, como tribunales de menores, Ministerio Público, tribunales del crimen, red SENAME, colegios, servicios de salud y municipalidades.

Además, como parte del proceso de reparación, se recurre a medidas legales que permitan proteger el niño y sancionar al agresor.

Actualmente, se encuentran en ejecución 28 proyectos especializados en la reparación del maltrato infantil grave en todas las regiones del país. Éstos Brindan una atención cuya duración se encuentra dentro de un rango de 1 año a 18 meses con una cobertura total de atención de 2000 casos.

A ello se suma que, desde 1999, el SENAME financia algunas plazas del proyecto CAVAS de la Policía de Investigaciones, destinado a la reparación y realización de peritajes a niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual.

Otra línea de acción del SENAME es la de prevención y sensibilización, que se inscribe en los esfuerzos que coordina el Ministerio de Justicia mediante el "Comité Interministerial de Prevención del Maltrato Infantil", con la participación de los ministerios de Educación y Salud, Carabineros, Policía de Investigaciones, Fundación Integra y el SENAME, entre otros. En los últimos cuatro años, este comité ha desarrollado campañas de carácter nacional sobre el "Buen Trato" a niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, el Sename asume el patrocinio en las querellas criminales donde ha ocurrido abuso o maltrato constitutivo de delito, porque existe el compromiso del Estado de asumir la defensa de los niños, niñas y adolescentes que han sido gravemente vulnerados en sus derechos, dando de esta manera cumplimiento a lo estatuido al respecto por la Convención de los Derechos del Niño (artículos 19, 32, 33 y 34). Para ello, la Dirección Nacional del Servicio y sus direcciones regionales cuentan con abogados que asumen el patrocinio de las causas.

A través de la interposición de estas querellas, el Servicio representa el interés del niño, niña o adolescente, y no la voluntad de los adultos responsables de éstos, que podrían estar involucrados en el maltrato, o bien no estar interesados en la persecución.

De esta manera se asegura de mejor forma el respeto de los derechos del niño, niña o adolescente en el proceso penal y que la intervención continúe hasta el final del proceso judicial, independientemente de los conflictos de intereses que pudieran existir con dichos adultos.

Al mes de marzo de 2005, a nivel metropolitano, el SENAME era parte en cien causas iniciadas bajo la Ley N° 19.927<sup>179</sup>.

---

<sup>179</sup> SENAME. "Por los derechos de la Infancia". Revista editada por la Unidad de Comunicaciones del Servicio, edición número 9, marzo 2005, pág. 4.

### III. Ministerio Público

El Ministerio Público, a través de la División de Atención a Víctimas y Testigos, realiza una función complementaria de la persecución criminal, destinada a adoptar las medidas de protección necesarias para quienes hayan sido víctimas de un delito, y los testigos de su comisión.

La Ley Orgánica Constitucional que estableció al Ministerio Público, Ley N° 19.640, al establecer las unidades administrativas con que han de dotarse la Fiscalía Nacional y las Regionales, prescribe en sus artículos 20 letra f) y 34 letra e) respectivamente, una Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos<sup>180</sup>, la cual en general tendrá por función esencial *“velar por el cumplimiento que a este propósito le encomiende al Ministerio Público y la ley procesal”*.

Al respecto, cabe mencionar que el artículo 20 del Código Procesal Penal contiene un catálogo de derechos de las víctimas en cuanto sujetos procesales intervinientes. Asimismo, si la víctima es un niño, se protege su intimidad y su integridad personal en diversas normas.

En virtud de lo anterior, si dicha Unidad estima que la víctima menor de edad requiere de asistencia psicológica o social, la derivará a una institución determinada de la red asistencial.

En todo caso, el fiscal debe informar a la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos de la citación a la víctima que hubiere practicado, Asimismo, cuando el fiscal así lo estime, puede solicitar a dicha Unidad un informe u opinión sobre las condiciones que debieran darse para evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que puede soportar la víctima menor de edad con ocasión de la diligencia.

Esta División diseñó un sistema coordinado de la relación entre los fiscales y las unidades y, la derivación de las víctimas, que tiene principalmente dos objetivos diferentes: de una parte, facilitar la participación de la víctima en los actos del procedimiento, evitarle las perturbaciones que hubiere de soportar, complementar la información entregada, otorgarle la debida asistencia psicológica o social; y de otra, la debida protección de la víctima, esto es, el resguardo de su vida, de su integridad psíquica y física y de su seguridad.

Por su parte, La Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos<sup>181</sup> fue creada el 6 de agosto de 2003, por resolución del Fiscal Nacional No.309. Constituida originalmente como “Unidad Especializada en Delitos Sexuales”, su actual estatuto fue completado mediante resolución del Fiscal Nacional No.18, de 13 de enero de 2004. Esta

<sup>180</sup> MINISTERIO PÚBLICO. Fiscalía Nacional. “La víctima y el testigo en la Reforma Procesal Penal”, editorial Fallos del Mes Ltda., Santiago de Chile, 2003, pp. 119 y ss.

<sup>181</sup> Información extraída de <http://www.ministeriopublico.cl/default.asp?cuerpo=31>

Unidad fue creada con el objeto de colaborar y asesorar a los fiscales que tengan a su cargo la dirección de la investigación de delitos sexuales y violentos.

Dentro de las actividades que realiza esta Unidad, podemos mencionar:

a) La asesoría al Fiscal Nacional en la elaboración de criterios de actuación en estas materias. De esta División provienen los oficios destinados a orientar la actuación de los fiscales, sobre la base de interpretación de normas, determinar criterios de trabajo y profundizar en la comprensión jurídica de ciertos temas.

b) La recopilación y sistematización de la jurisprudencia nacional de tribunales orales en lo penal, a fin de servir de herramienta de trabajo a los fiscales del área.

c) La capacitación de fiscales especializados, de servicios públicos auxiliares en la labor investigativa y, también, la que se ha impartido a los fiscales adjuntos que se desempeñarán en la Región Metropolitana, tanto a aquellos especializados, como en el programa de instrucción general.

d) La asesoría a fiscales especializados.

e) Publicación del “Boletín de la Unidad Especializada en delitos Sexuales y Violentos”, que la Unidad emite cada cuatro meses.

## IV. Carabineros de Chile<sup>182</sup>

Carabineros de Chile cuenta con una Dirección de Protección policial de la familia que, a través de su Departamento de Asuntos de la Familia, establece criterios técnicos, a ser usados por todas sus unidades y reparticiones.

Asimismo, la institución cuenta con secciones de asuntos de la familia en regiones, mientras que en la región metropolitana cuenta con la 34ª Comisaría de menores, la 35ª Comisaría de menores, y la 48ª comisaría de Asuntos de la Familia.

Por otro lado, cuenta con un sistema telefónico preventivo y de emergencia, FONO 147, cuyo objetivo es atender, en forma expedita y segura durante las 24 horas del día, los llamados de menores víctimas de maltratos, abusos sexuales y otras situaciones que vulneren sus derechos.

La inauguración de este importante servicio, coincidió con el término de la Quinta Campaña Nacional por el Buen Trato Infantil, coordinada por el Ministerio de Justicia.

## V. Policía de Investigaciones de Chile<sup>183</sup>

Con relación al tema del abuso sexual, maltrato infantil, pornografía infantil a través de

---

<sup>182</sup>

LARRAÍN, Soledad y TRAVERSO, María Teresa. ob. cit, pág. 25. además, información extraída de [www.carabineros.cl](http://www.carabineros.cl).

Internet y atención a víctimas de atentados sexuales, la Policía de Investigaciones de Chile, cuenta con unidades especializadas:

En el año 1995, La Brigada de Delitos Sexuales (BRISEX), se fusiona con la Brigada de Menores, dando origen a la Brigada de Delitos Sexuales y Menores (BRISEXME), la que funciona en forma coordinada con el Servicio Médico Legal, desde el ámbito de la prevención e investigación de estos delitos.

Asimismo, da cumplimiento a lo ordenado por la Corporación de Asistencia Judicial, en lo relativo a los procedimientos sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, investigación de delitos de tráfico de personas con fines sexuales, explotación sexual comercial infantil, representa a Chile en el Grupo de Trabajo Permanente de Especialistas en Delitos Contra Menores, (O. I. P. C. INTERPOL), y posee presencia institucional en diversos organismos tanto gubernamentales, como de la sociedad civil.

La Brigada Investigadora del CIBERCRIMEN, que realiza la investigación de los diversos delitos cometidos a través de medios informáticos. En lo que aquí interesa, esta Unidad colabora con la BRISEXME en aquellos delitos que digan relación con pornografía infantil a través de Internet.

Durante la discusión del proyecto que dio origen a la Ley N° 19.927<sup>184</sup>, Los representantes de esta Brigada desarrollaron sus observaciones en relación con las herramientas que se deberían contener en el proyecto de ley, a fin de facilitar la investigación de los delitos de pornografía infantil cometidos a través de los sistemas de telecomunicaciones existentes, en especial, Internet.

Informaron que los sistemas de operación se estructuran sobre la base de "Comunidades de Pedofilia", que son los grupos de usuarios que se unen y comparten una gran cantidad de recursos y prestaciones para la comunicación entre sus miembros. Los temas que se comparten abarcan desde aspectos de debate, opiniones, charlas en directo, fotografías, ficheros, música, promociones, libros, agendas y todo lo que pueda interesar a una comunidad determinada.

Consideraron que serían especialmente útiles establecer el agente encubierto y la mantención del material pornográfico; el registro nacional de rangos de IP del proveedor; la tramitación con los ISP; el tiempo de almacenamiento del registro de IP, la incautación de los medios y la tecnología utilizada y conocer los códigos fuente de las páginas web.

La Policía de Investigaciones de Chile, también cuenta con el Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales, (CAVAS), que trataremos en el acápite siguiente, dada su importancia.

---

183

Información extraída de [www.investigaciones.cl](http://www.investigaciones.cl)

184

Boletín N° 2906-07, primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 10 septiembre 2003.



## VI. Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS<sup>185</sup>)

En el marco del VII Congreso de Naciones Unidas para la prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán (1985), se aprobó proponer a la Asamblea General de dicho organismo la aprobación de una declaración sobre Principios Fundamentales de justicia para las Víctimas de Delito y Abuso de Poder, lo que en efecto fue aprobado por la referida asamblea durante su período ordinario de sesiones del año 1985.

Dicho texto contempla, como una de sus propuestas fundamentales la creación de centros de asistencia a las víctimas de abuso sexual.

A partir de dicha recomendación, el Estado de Chile, a través de la Policía de Investigaciones, crea el CAVAS, en 1987. Este centro se preocupa de informar, orientar y sensibilizar a la comunidad respecto de agresiones sexuales. Se busca desmitificar el delito entregando una visión real del abuso y educando a la comunidad. Su único objetivo es entregar una atención policial, psicológica, jurídica y social, con independencia de la denuncia judicial. Esta característica lo hace único en su tipo en Latinoamérica.

El CAVAS se encuentra compuesto por un grupo de psicólogos, psiquiatras, asistentes sociales, entre otros, que cumplen una función primordial de recuperación de la víctima, puesto que prestan atención gratuita a las personas que acudan a él.

---

185

LARRAÍN, Soledad y TRAVERSO, María Teresa. ob. cit., pp. 57 y ss. Además, esta información fue extraída de

[www.investigaciones.cl](http://www.investigaciones.cl).



## CONCLUSIONES

A través de este estudio, hemos podido constatar que, en las diversas figuras penales que en el Título VII del Libro II del Código Penal sancionan el abuso sexual infantil, ya sea propio, impropio o agravado; la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía, el paradigma que ha inspirado el bien jurídico protegido por los diversos tipos en comento, a partir de las modificaciones impuestas por la Ley N° 19.927, obedece aún a la ideología tutelar, que concibe a los niños como objeto de protección jurídica, puesto que, el Interés Superior del Niño que los autores de la moción que dio origen a dicha Ley aducen como fundamento de la misma, corresponde a un concepto de intangibilidad sexual implícito, toda vez que en su entendido, los niños son definidos a partir de su incapacidad jurídica.

Lo anteriormente expuesto, se desprende de los fundamentos que se expresan a propósito del aumento de la edad mínima para prestar un consentimiento válido en materia sexual, de 12 a 14 años, analizado en el acápite correspondiente al Sujeto Pasivo del delito de abuso sexual, ya que, si bien el SENAME reconoce que el hecho de que un niño, niña o adolescente cuente con información relativa al ejercicio de la sexualidad, y sea capaz de sentir deseo sexual, dicha información y desarrollo son absolutamente irrelevantes a la hora de reconocerles un margen mínimo de ejercicio de la libertad sexual.

Al respecto, estimamos que el organismo encargado de la protección y promoción de los derechos de la Infancia, no puede aducir, como pretexto para una pretendida protección de los niños, que la información existente sobre sexualidad no sea idónea,

toda vez que es el propio Estado quien está llamado a entregar dicha información a través del Ministerio de Educación.

Consideramos que, en la formulación de los delitos materia de este trabajo, la alusión a la Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños, no pasa de ser una declaración de buenas intenciones por parte del Estado, porque, si atendemos a lo explicado en el Capítulo I acerca de los principios estructurantes de este instrumento de derechos humanos, éstos atienden a la protección integral de los derechos reconocidos a un *Sujeto*, de manera que deben ser interpretados y aplicados en forma interdependiente, lo que no ocurre en la especie.

Sin embargo, desde una óptica de protección integral de los derechos de los niños, si analizamos las disposiciones de la Convención que debieran servir de marco a la legislación sobre abuso sexual infantil, encontramos que, el artículo 3.1, que consagra el Interés Superior del Niño, entendido como la satisfacción de sus derechos fundamentales; el artículo 4°, que consagra una norma de efectividad real de la vigencia de los derechos reconocidos que obliga a los Estados Partes; los artículos 5° y 12, que reconocen a los niños la autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, y el derecho a ser oído; el artículo 16, que consagra el principio de la no injerencia arbitraria del Estado; y los artículos 19 y 34, que establecen la protección del niño frente a las diversas formas de abuso sexual, es posible reinterpretar los tipos penales analizados en esta Memoria, a la luz de una nueva formulación del bien jurídico protegido, consistente con un Estado social y democrático de Derecho.

Lo anterior, como vimos en el Capítulo II, es posible al asumir la posición expresada por el profesor Bustos al señalar al bien jurídico protegido indemnidad sexual, entendida como presupuestos objetivos de seguridad indispensables para la libertad sexual, en aquellos casos en que el sujeto pasivo sea un menor de edad.

Finalmente, si bien las políticas institucionales implementadas y vigentes en nuestro país a fin de garantizar la protección de los niños gravemente vulnerados en sus derechos, o víctimas de delito, han significado un avance hacia la adecuación legislativa, administrativa y jurisdiccional a los estándares establecidos en la Convención, ello no pasa de ser meramente declarativo mientras no se reconozca efectivamente el derecho de los niños a ejercer por sí mismos sus derechos en materia sexual, conforme a la progresiva evolución de sus facultades, ya que la supra protección jurídica reconocida a favor de la infancia, no puede significar la lesión o menoscabo de los derechos que se pretenden garantizar.

---

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ÁLVAREZ, Karla. "Abuso sexual en la niñez y en la adolescencia", en *Nociones de Psiquiatría Infanto-juvenil, de Almonte compiladores*, Facultad de Medicina Norte de la Universidad de Chile, 2001.
- ÁLVAREZ, Karla. "Una comprensión ecosistémica, co-activa y de trauma en abuso sexual infanto-juvenil intrafamiliar ¿Es posible?", *Boletín Sociedad de Psiquiatría y Neurología de la Infancia y Adolescencia*, año 14, N° 1, abril 2003.
- AVENDAÑO, Cecilia. "La violencia sexual en Chile", editorial Santiago, SERNAM, Chile, 1992.
- AYLWIN de Barros, Nidia. "Orientaciones de Política para la familia y el menor: diagnóstico y propuestas", SENAME, Chile, 1990.
- BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. "Problemas básicos de los Delitos Sexuales". En *Revista de Derecho, facultad de ciencias jurídicas y sociales Universidad Austral de Chile*. Año 1997.
- BELOFF, Mary. "Los derechos del niño en el sistema interamericano". 1° ed, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- BOLETÍN N° 1048-07. Tramitación Ley N° 19.617.
- BOLETÍN N° 2906-07. Tramitación Ley N° 19.927.
- BUSTOS Ramírez, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte especial", 2ª edición aumentada, corregida y puesta al día, editorial Ariel S. A., Barcelona.

- BUSTOS Ramírez, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte general", cuarta edición, editorial PPU, Barcelona, 1994.
- BUSTOS Ramírez, Juan. "Perspectiva y desafíos de la política criminal en Latinoamérica", en ponencia presentada durante la *II Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal (fase B: Derecho Penal)*, San Salvador, septiembre 1992.
- CAFFERATA Nores, José I. "El avenimiento en los delitos contra la integridad sexual", en *Temas de derecho procesal penal (contemporáneos)*, primera reimpresión, mayo 2004, editorial Mediterránea, Córdoba, Argentina.
- CANTÓN DUARTE, José y CORTÉS Arboleda, María Rosario. "Malos tratos y abuso sexual infantil. Causas, consecuencias e intervención", siglo XXI de España editores, cuarta edición, abril 2002.
- CID Moliné, José y LARRAURI Pijoan, Elena, "Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia", editorial Bosch S. A., 2001, Barcelona, España.
- CILLERO Bruñol, Miguel. "El interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño", en *Seminario Las nuevas doctrinas y la justicia para menores en Colombia*, Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, 1997.
- CILLERO, Miguel. "Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la Infancia y Adolescencia en Chile", en *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico*. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.
- CILLERO, Miguel. "Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios", en [www.iin.oea.org/Cursos\\_a\\_distancia/Infancia\\_autonomia\\_derechos.pdf](http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Infancia_autonomia_derechos.pdf).
- CIRILLO Stefano y DI BLASIO, Paola. "Niños maltratados", editorial Paidós, terapia familiar, 1ª reimpresión, España 1994.
- CORSI, Jorge. "Una mirada abarcativa sobre el problema de la violencia familiar", en *Violencia familiar* (compilador), editorial Paidós, 1997.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Oc./17-2002, en [www.corteidh.or.cr/seriea/index\\_a.html](http://www.corteidh.or.cr/seriea/index_a.html).
- CORTÉS Morales, Julio Esteban. "La Convención de los Derechos del Niño y su aplicación en Chile respecto de menores infractores de la ley penal". Memoria de Grado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1997.
- COUSO, Jaime. "La otra violencia. Poder penal doméstico sobre los niños en el derecho chileno". Informe de Investigación, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, número 15, año 5, junio 2003.
- DEL CAMPO Valdés, Roberto. "Abuso sexual infantil", editorial Santiago, PIEJ, Chile, 1998.
- DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. "Comentarios a la Ley 19.927 de Delitos de Pornografía Infantil", en [www.defensoriapenal.cl](http://www.defensoriapenal.cl).
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 22ª edición.
- DÍEZ Ripollés, José Luis. "El objeto de protección en el nuevo derecho penal sexual",

- Anuario de Derecho Penal Número 1999-2000, Universidad de Friburgo (Suiza).
- DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS DE LA FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO y DIRECCIÓN NACIONAL DE SENAME, “Niñas, niños y adolescentes víctimas de delito en el proceso penal”, 1ª edición, julio 2003.
- ETCHEBERRY, Alfredo: Manual de Derecho Penal, tomo 4º, Parte Especial, editorial Jurídica de Chile, 3º Edición, revisada y actualizada, Santiago, 1997.
- FERNÁNDEZ Salinas, María Luz. “Abuso sexual en niñas y adolescentes: una aproximación cualitativa”, editorial Santiago, EMEGE comunicaciones, Chile, 1997.
- FISCALÍA NACIONAL MINISTERIO PÚBLICO. “La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal”, editorial Fallos del Mes, Chile, 2003.
- FRONTERAS EN OBSTETRICIA Y GINECOLOGÍA. Revista de publicación periódica. Julio 2002.
- FUNDACIÓN PREVIF. “investigación y manejo de la sospecha en abuso infantil”, en “Maltrato Infantil y Abuso Sexual en Chile”.
- GARCÍA Méndez, Emilio. “Derecho de la Infancia/adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral”. Ed. Forum-Pacis, Bogotá, 1994.
- GARRIDO MONTT, Mario. “Derecho Penal. Parte especial. Tomo III, segunda edición, julio 2002, editorial Jurídica de Chile.
- GONZÁLEZ, Electra y colaboradores. Revista Sogía, volumen XI, año 2004 En [www.cemera.uchile.cl](http://www.cemera.uchile.cl) .
- INFORME DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE GINEBRA/CHILE.
- INJUV. “Sexualidad de las y los jóvenes chilenos. Resultados Tercera Encuesta Nacional de Juventud”.
- Isis Internacional, Centro de Documentación en [www.isis.cl](http://www.isis.cl) .
- KAHN Walker, Mario y Bravo Torres, Macarena. “Construyendo derechos: Bases generales para una propuesta de Código del Menor en Chile”. Ediciones Quercum, Santiago, Chile, 1992.
- KEMPE, C. H. et al “The battered child syndrome”, en Journal of the American Medical Association, n° 181.
- KÜNSEMÜLLER, Carlos. "Delitos de pornografía infantil (modificaciones legales anunciadas y problemas ad portas)", Gaceta Jurídica N° 273, marzo de 2003.
- LARRAÍN, Soledad y TRAVERSO, María Teresa Editoras. “Maltrato Infantil y Abuso Sexual en Chile”, UNICEF, Santiago de Chile, octubre de 2001.
- Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia.
- LÓPEZ, F., et al. “Los abusos sexuales de menores: concepto, prevalencia y efectos”. Infancia y Aprendizaje, número 71, España, año 1995.
- MALACREA, Marinilla. “Trauma y reparación: el tratamiento del abuso sexual en la infancia”, editorial Paidós, España, 2000.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo. “Delincuencia informática y derecho penal”, Edisofer, Madrid, 2001.
- MÉXICO Código Penal, edición vigente al 11 abril 2005. Información extraída de

[www.info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=](http://www.info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=).

MINISTERIO DE SALUD. "Orientaciones Técnicas y Programáticas en Maltrato Infantil", Publicaciones de Salud Mental, Santiago, 1998.

NICARAGUA. Exposición de motivos de la reforma en comento, extraída de [www.legislacion.asamblea.gob.ni/IniciativasComWeb.nsf/0/d86417690c48741606256f1600514cab?OpenDocument](http://www.legislacion.asamblea.gob.ni/IniciativasComWeb.nsf/0/d86417690c48741606256f1600514cab?OpenDocument).

ONG PAICABÍ editores. "Guía básica de prevención de abuso sexual infantil", julio 2002.

POLITOFF Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ María Cecilia. "Lecciones de Derecho Penal Chileno". Parte General. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2004.

POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ María Cecilia. "Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte especial", editorial jurídica de Chile, 2004.

PROYECTO DE LEY que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en actual tramitación (Boletín N° 3021-07).

RODRÍGUEZ Collao, Luis Delitos Sexuales. De conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley N.° 19.617, de 1999", Editorial jurídica de Chile, reimpresión de la 1° Edición, Santiago, 2004.

RODRÍGUEZ Collao, Luis. "Delimitación del concepto de abuso sexual", en *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*. Editorial Hamurabi SRL, Buenos Aires, 2004.

SEDA, Edson. "Evolución del Derecho brasileño del niño y del adolescente", en [www.iin.oea.org](http://www.iin.oea.org).

SENAME, "Estudio peritajes psicológicos en abuso sexual infantil", octubre 2004.

SENAME. "Explotación sexual comercial infantil", serie estudios y seminarios, julio 2004.

SENAME. "Por los derechos de la Infancia". Revista editada por la Unidad de Comunicaciones del Servicio, edición número 9, marzo 2005.

UNICEF-Chile. "UNICEF responde: maltrato infantil en Chile", cartilla, 2005.

VENEGAS González, Sandra. Labor pericial en delitos sexuales contra menores", Unidad de maltrato y psiquiatría infantil, departamento de Clínica Forense, Servicio Médico Legal, agosto 2003.

[www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

[www.congreso.gob.gt](http://www.congreso.gob.gt)

[www.congreso.gob.pe](http://www.congreso.gob.pe)

[www.defensoriapenal.cl](http://www.defensoriapenal.cl)

[www.fundacionpobreza.cl](http://www.fundacionpobreza.cl).

[www.fundacionrenacer.org](http://www.fundacionrenacer.org)

[www.investigaciones.cl](http://www.investigaciones.cl)

[www.legislacion.asamblea.gob.ni](http://www.legislacion.asamblea.gob.ni)



[www.mideplan.cl](http://www.mideplan.cl) .

[www.ministeriopublico.cl](http://www.ministeriopublico.cl)

[www.minjusticia.cl](http://www.minjusticia.cl)

[www.sename.cl](http://www.sename.cl)

[www.unicef.cl](http://www.unicef.cl) .

[www.unicef.org.co](http://www.unicef.org.co) .

[www.unifr.ch](http://www.unifr.ch)