



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

LA PRUEBA EN JUICIOS POR BULLYING, GROOMING Y DISCRIMINACIÓN

Conductas cometidas a través de medios tecnológicos

**Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

PAULA NICOLE DROGUETT SIEVERS

PROFESORA GUÍA: LORENA DONOSO ABARCA

Santiago de Chile

2015

DEDICATORIA

A mis profesores del colegio y la universidad, y a mis compañeros, todos los que me ayudaron a descubrir cuál era mi vocación.

A la Anita, que estuvo ahí estoicamente durante todo el proceso.

A mis papás, por siempre motivarme a titularme lo antes posible, y por su inconmensurable apoyo en lo material y en lo emocional.

INDICE

DEDICATORIA	i
INDICE.....	ii
RESUMEN:.....	v
INTRODUCCIÓN	1
Hipótesis	2
Análisis sistémico de la investigación.....	3
Objetivo General.....	3
Objetivos Específicos	3
Limitaciones de la investigación	6
CAPÍTULO I: ORIGEN Y ALCANCES DE LOS CONCEPTOS DE BULLYING, GROOMING Y CONDUCTAS AFINES:.....	8
Definiciones:.....	11
Discriminación:	11
Bullying:	13
Grooming:	16
Naturaleza jurídica delBullying, Grooming y discriminación	17
Los Sujetos del Bullying, Grooming y conductas afines	20
La víctima	20
El acosador.....	20

Medios tecnológicos.....	24
Medios tecnológicos y BullyingGrooming y conductas afines.....	25
CAPÍTULO II: EL BULLYING Y GROOMING EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL	28
Historia de la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación	28
Objetivo de la ley	28
Definición de discriminación	30
Categorías Sospechosas.....	34
El procedimiento.....	36
Reglamento de convivencia escolar.....	43
Tipos penales afines	45
Respecto de la discriminación	45
Respecto del Grooming.....	46
Respecto del Bullying	48
CAPÍTULO III. LA PRUEBA DEL BULLYING, GROOMING Y CONDUCTAS AFINES.....	51
La Prueba como marco teórico	51
La prueba en los juicios por Bullying	61
Autoría y Participación en los Casos por Bullying	63
Medios probatorios idóneos	67
Medios electrónicos en particular	69
Valoración e impugnación de la prueba.....	73
Procesos especiales: penales, de no discriminación arbitraria	75

Jurisprudencia Nacional	79
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS COMPARADO	85
España	85
Reino Unido	86
E.E.U.U.	89
Unión Europea	95
Francia	101
Visión comparada	106
CONCLUSIONES	109
NORMATIVA	119
JURISPRUDENCIA	121
OTRAS FUENTES.....	122
BIBLIOGRAFIA.....	124

RESUMEN:

La presente investigación se desarrolla respecto de los medios de prueba, en particular los medios de prueba tecnológicos que la ley prevé, para probar ciertas conductas antijurídicas en juicio. Dichas conductas se refieren a la discriminación, particularmente en los juicios referidos al Bullying y Grooming.

En concreto se analizan las condiciones de legitimidad del uso de esta clase de pruebas para probar las acciones u omisiones antijurídicas que se refieren, al igual que el valor probatorio y la impugnación de los mismos, en los distintos procedimientos en que ésta clase de conductas podrían ser perseguidas y eventualmente sancionadas.

INTRODUCCIÓN

Chile ha aprobado una ley contra la discriminación (ley N° 20.609) sin embargo con su entrada en vigor se presentan desafíos en torno a su aplicación práctica, especialmente en lo relativo a la prueba de las conductas atentatorias contra la igualdad de las personas.

En nuestro análisis exploratorio, advertimos que los casos de discriminación han surgido de forma asistemática y dispersa, sin que se analicen las problemáticas procesales que entraña la prueba tanto de la autoría como de los hechos constitutivos de estas conductas. Esto es especialmente crítico cuando estas conductas se cometen a través de medios tecnológicos, especialmente telefónicos e Internet.

Desde el punto de vista procesal, consideramos importante analizar cómo podría compatibilizarse las necesidades de obtención y producción de pruebas con la privacidad de las personas y la inviolabilidad de las comunicaciones, objeto al cual se dedica la presente investigación. Si bien en derecho comparado existe numerosa doctrina respecto a las leyes y procesos

antidiscriminación, dichos estudios no dan cuenta de manera sistemática de la prueba en esta clase de juicios.

En Chile no se detectaron investigaciones que cumplieran con los objetivos generales y específicos que hemos fijado para la presente investigación, como se detalla más adelante.

En cuanto a jurisprudencia, si bien hay una gran cantidad de material respecto de Bullying e incluso alguno sobre discriminación en materia constitucional o a nivel de la Corte Interamericana de Derechos humanos, en ninguno de ellos se ha enfrentado el tema de la prueba, particularmente la prueba tecnológica en estos juicios.

Por lo tanto, consideramos que además, este es un tema novedoso, porque no ha sido estudiado cabalmente, no obstante lo cual es posible encontrar materiales relacionados a la temática, especialmente en materia de derecho comparado.

HIPÓTESIS

Para nuestra investigación hemos desarrollado la siguiente hipótesis de trabajo: La prueba de la autoría y participación en la comisión de hechos de Bullying, Grooming y discriminación a través de medios tecnológicos pone en jaque la interpretación tradicional de las normas de debido proceso legal.

ANÁLISIS SISTÉMICO DE LA INVESTIGACIÓN

OBJETIVO GENERAL

El objetivo general de esta investigación fue determinar las condiciones y requisitos de la Prueba en los juicios por Bullying, Grooming y discriminación, especialmente cuando concurren medios de prueba tecnológicos.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Los objetivos específicos de la investigación desarrollada fueron los siguientes:

a) Conceptualizar y analizar la naturaleza jurídica del Grooming, Bullying y discriminación.

Partiendo de la base que se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales y que Grooming y Bullying son especies dentro de este concepto más amplio, podemos señalar a priori que Grooming es cualquier acción que tenga por objetivo minar y socavar moral y psicológicamente a una persona, a fin de conseguir su control a nivel emocional. Si bien esta actividad puede producirse en cualquier instancia, es particularmente grave en los casos en los que una persona lleva a cabo este tipo de coacciones y presiones emocionales en contra de un menor, con el objeto de obtener algún tipo de favor sexual y por Bullying: forma de maltrato psicológico, verbal o físico producido entre escolares de forma reiterada a lo largo de un tiempo determinado.

Siendo así, deberemos analizar en qué casos estas conductas tienen un carácter de ilícito y cuáles son los elementos a considerar para su encuadre en ilícitos civiles o penales.

b) Analizar los desafíos probatorios de los procesos seguidos por Grooming, Bullying y discriminación.

En los procesos seguidos tanto por Grooming como Bullying es necesario acreditar en primer lugar los hechos constitutivos, la arbitrariedad, el daño y la intencionalidad del agente (“que tenga por objeto minar y socavar a una persona”).

Al respecto, cabe señalar que herramientas como internet han facilitado la comisión de estos ilícitos, dado que en general permiten mantener el anonimato, a la vez que son rápidos y efectivos. En el fondo, el agresor puede realizar el ilícito y asegurarse de que la víctima se enterará, bajo el resguardo de que su identidad será difícilmente reconocida, salvo a través de un peritaje. Siendo así ha sido necesario identificar las fortalezas y debilidades de los distintos medios, identificando aquellos que sean más idóneos a las necesidades de acreditación procesal de cada caso.

c) Analizar el rol de la prueba tecnológica en esta clase de procedimientos

Muchas de las conductas que da lugar a Bullying y Grooming se realizan con el apoyo de medios tecnológicos de diversa índole. Esta circunstancia nos impone el desafío de analizar en qué medio probatorio se encuadra cada uno de los medios empleados.

Atendida la transnacionalidad de la Red Internet, consideramos necesario revisar las soluciones de derecho comparado, ya sea la legislación como la jurisprudencia.

LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación no pretendió realizar un análisis dogmático penal de los conceptos de discriminación, Bullying y Grooming. Si bien se realiza un análisis conceptual y de referencias, con esto se buscó contextualizar el objeto central de la investigación, consistente en analizar las problemáticas procesales asociadas a su persecución en juicio.

En segundo lugar es preciso considerar que también se utiliza el término Bullying para el acoso laboral, sin embargo en este caso el término más adecuado es mobbing, dejando la expresión Bullying para el acoso escolar o Bullying propiamente tal. Este es el foco de nuestra investigación.

Una limitación con la que nos encontramos fue el escaso desarrollo doctrinal y jurisprudencial respecto de la ley antidiscriminación en Chile. Sin embargo hemos recogido y sistematizado los pocos aportes elaborados a nivel nacional.

Otro aspecto relevante en relación a los alcances y limitaciones de esta investigación consiste en que las pruebas consistentes en grabaciones, video grabaciones, mensajes de texto y similares pueden ser analizados desde el punto de vista de la prueba documental, siendo a estos efectos importante tener en vistas la ley de firmas y documentos electrónicos (19799). Sin embargo, no siendo el objeto central de nuestra memoria, no realizamos un análisis acabado de esta ley sino que consideramos las referencias necesarias para la comprensión del objeto central de esta investigación.

CAPÍTULO I: ORIGEN Y ALCANCES DE LOS CONCEPTOS DE BULLYING,

GROOMING Y CONDUCTAS AFINES:

Determinar el tratamiento jurídico que se debe dar a estas conductas no es menor; hoy más que nunca estas tienen gran trascendencia en nuestra sociedad. Solo a modo de ejemplo, podemos decir, que durante el año 2015, ante la pregunta de si “en los últimos cinco años, ¿ha sido usted discriminado en relación con el trabajo, por ejemplo, al solicitar un trabajo o al ser considerado para un aumento de sueldo o para un ascenso?” un 17,6% de las personas encuestadas respondió que sí. En esta misma línea, al preguntar cuál era en opinión del encuestado la principal razón de esta discriminación, las cifras fueron las siguientes: 22,6% de los encuestados estimó que era por razones de edad, 10,4% por su género, 8,8% por su discapacidad física y mental, 7,8% por sus responsabilidades familiares, 5,7% por sus opiniones políticas y 2,4% por su raza o etnia. Asimismo, el 9,3% de las personas

encuestadas reconoció haber sido acosado por sus superiores o colegas en el trabajo.¹

Las primeras investigaciones en esta materia más bien intentaron identificar las conductas de los agresores y agredidos e intentar mecanismos y estrategias para mejorar la salud relacional del grupo. Sin embargo, esta problemática no ha sido ajena al derecho, por cuanto muchas de las conductas constitutivas de Bullying, Grooming y otros tipos de discriminaciones arbitrarias relacionadas lesionan bienes jurídicos. Es así como en general, la ley ha intentado proteger a los individuos de estos actos. Ahora bien es cierto que a primera vista podríamos considerar “Ilícitos”, sin embargo, permanentemente nos hemos topado, al momento de la resolución de conflictos por el órgano jurisdiccional, así como en los textos de los juristas, con que estos conceptos corresponden a la clasificación de “Indeterminados”, vale decir, que se trata de conceptos cuyo contenido normativo no está claro, y por tanto podrían ampliarse o restringirse, de tal forma que en ellos calce prácticamente cualquier acción o ninguna.

¹ Centro de Estudios Públicos. Estudio Nacional de Opinión Pública N°44, Tercera Serie [encuesta]. Abril 2015. Chile.

El maltrato escolar es un fenómeno recurrente en las escuelas de todo el mundo. El término Bullying fue acuñado por Dan Olweus², investigador noruego que recién desde la década del 70' realiza estudios sistemáticos en esta materia. Si bien su trabajo se desarrolló principalmente en Escandinavia rápidamente sus trabajos interesaron prácticamente a todos los países. Bullying viene del vocablo inglés "bull" que significa toro. En este sentido, Bullying es la actitud de actuar como un toro en el sentido de pasar por sobre otro u otros sin contemplaciones. Este autor, en sus trabajos describió el Bullying en los siguientes términos "un estudiante es acosado o victimizado cuando está expuesto de manera repetitiva a acciones negativas por parte de uno o más estudiantes"³. Según este experto, se entiende que una acción es negativa cuando, de manera intencionada, busca infligir un mal físico o psíquico a otra persona, ya sea a través de agresión física, verbal, imágenes insultantes y/o simplemente la exclusión intencionada del grupo.

Este fenómeno tampoco es menor; solo en Santiago de Chile, el año 2004, el 16,9% de los alumnos encuestados refiere haber sido agredido

² Olweus, Dan, Personality and aggression. I J.K. Cole & D.D. Jensen (eds.); Hackkylingarochöversittare: Forskningomskolmobbing. Stockholm: Almqvist&Wiksell., entre otros artículos del mismo autor.

³Olweus, Dan. Acoso escolar, "Bullying, en las escuelas: hechos e intervenciones. Conferencia. Centro de investigación para la promoción de la salud, Universidad de Bergen, Noruega, citando sus trabajos Mobbning –vad vi veto ch vad vi kan göra. Stockholm: liber (1986) y Bullyng at school: what we know and what we can do. Oxford: BlackwellPublishers (1993) (Publicado en español en 1997 como: Conductas de acoso y amenaza entre escolares. Madrid, Ediciones Morata.

físicamente en el último año, y el 48,4 % refiere haber sido insultado o agredido verbalmente en el mismo periodo de tiempo.⁴

Respecto del Grooming, las cifras, si bien son menores, por lo nuevo del término, según datos entregados por la PDI al medio Publimetro, sólo en el primer semestre del año 2014 año hubo un 42,7% más casos de Grooming que el año anterior, lo que implica que mientras que en todo el 2013 se registraron 124, hasta junio del 2014 hubo 177 casos de Grooming. En tanto, el 2012 hubo sólo 40 casos, lo que implica un aumento de un 310% entre ese año y el 2013.⁵ Siendo así, estimamos pertinente entregar a continuación algunos conceptos que puedan ayudar en lo sucesivo de esta investigación.

DEFINICIONES:

DISCRIMINACIÓN:

⁴ Fondecyt N°1040694 “Figuras Estructurales De La Violencia Escolar. Hacia Una Recuperación De La “Subjetividad” Educativa”, aprobado para el año 2004. Además corresponde a los esfuerzos de cooperación del proyecto Ecos-Conicyt de coparticipación Franco-Chilena “Comparación Chile-Francia en la Violencia Escolar”, aprobado para el año 2004.

⁵ Un 42% aumentaron los casos de abuso sexual impropio o Grooming. Publimetro, Chile, 22 de Julio de 2014, <http://www.publimetro.cl/> [consulta: 15 de Septiembre de 2015].

La discriminación es un concepto extremadamente amplio. Si bien las personas suelen emplearlo en su acepción negativa, según el diccionario de la Real Academia Española, discriminar es “seleccionar excluyendo”, de lo que aparece como un concepto desprovisto de carga valorativa. Es por ello que, por ejemplo, la legislación chilena no tipifica como ilícito la discriminación *per sé*, sino aquella que es arbitraria, vale decir, aquella que “carezca de justificación razonable”⁶. En estos mismos términos, la Constitución Política de la República de Chile, en su artículo 19N°2, inciso segundo, dispone que “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”, así, el concepto “discriminación arbitraria”, está estrechamente relacionado con el término “igualdad”.

Por tanto, cabrá referirse al concepto de “arbitrariedad”, el cual, según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua es el “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho”. Consecuentemente “discriminación arbitraria” sería aquella distinción que es contraria a la justicia, la razón o las leyes, que se realiza por la sola voluntad o el capricho.

⁶ Ley N° 20.609. Establece medidas contra la antidiscriminación. Subsecretaría General de Gobierno. Santiago, Chile. 24 de Julio de 2012. Art. 2°.

Como podemos apreciar, para que la distinción sea arbitraria es menester que el sujeto al que se distingue se encuentre en situación de igualdad de condiciones y derechos respecto de los demás sujetos de referencia. Al respecto, la doctrina comparada ha entendido que la igualdad legal tiene dos acepciones, una formal y una sustantiva. La primera (formal), que hace referencia a la aplicación de leyes y normas que son indiferentes con respecto al estatus de grupos situados de forma distinta en la sociedad o estructura social. Y la segunda (sustantiva), que quiere decir la creación y aplicación de normas y leyes igualitarias diseñadas específicamente para identificar y dirigir el estatus social de grupos situados de forma diferente en la sociedad⁷.

En esta investigación nos ocuparemos de la prueba de aquellas conductas atentatorias en contra del principio de igualdad, cuando se realizan a través de medios tecnológicos.

BULLYING:

⁷ Para más información consultar: Oppenheimer, David. Comparative Equality and Anti-Discrimination Law: Cases, Codes, Constitutions and Commentary. Nueva York, Estados Unidos, FoundationPress, 2012.

El Bullying (acoso escolar) es una conducta aprendida, se trata de cuando una persona o grupo intenta herir o controlar a otra persona de forma perjudicial. En doctrina se ha entendido que el acoso es una “forma de comportamiento agresivo que suele ser lesivo y deliberado, persistente y a veces, continuado durante semanas, meses e incluso años” subyacente a este comportamiento estaría el abuso de poder y deseo de dominar e intimidar”⁸. En todo caso, como sostiene Mendoza “una conducta acosadora puede lesionar distintos bienes jurídicos: libertad, libertad sexual, salud, honor, intimidad o integridad moral.”⁹

Hay tres aspectos de este comportamiento en el que la mayoría de los expertos está de acuerdo: en el Bullying hay una diferencia de poder entre aquellos que están siendo acosados y aquellos que acosan, Bullying involucra comportamientos dañinos que son repetidos e intencionales. El Bullying no se trata de un conflicto que necesite ser resuelto, en el Bullying el poder está radicado en el grupo o persona. Las personas que acosan a otras muestran odio y desdén hacia aquellos que están intentando herir.”¹⁰

⁸Suckling, A. y Temple, C. Herramientas contra el acoso escolar. Un enfoque integral. Madrid, España, Ediciones Morata, 2006 P. 79. Citando a SCHARP y SMITH, 1994

⁹ Mendoza C. Silvia, El Derecho penal frente al acoso a menores: Bullying, cyberbullying, grooming y sexting. Valencia, España. Tirant Lo Blant (868), 2013.P.17

¹⁰Bullying.org <<http://www.Bullying.org>> [consulta: 4 de diciembre 2014].

En Chile, la ley 20.536 sobre Violencia Escolar, se define el acoso escolar en el artículo 16 B como “(...) toda acción u omisión constitutiva de agresión u hostigamiento reiterado, realizada fuera o dentro del establecimiento educacional por estudiantes que, en forma individual o colectiva, atenten en contra de otro estudiante, valiéndose para ello de una situación de superioridad o de indefensión del estudiante afectado, que provoque en este último, maltrato, humillación o fundado temor de verse expuesto a un mal de carácter grave, ya sea por medios tecnológicos o cualquier otro medio, tomando en cuenta su edad y condición.”

Se ha señalado también, que el Bullying, “se caracteriza por una asimetría o desbalance de poder: lo que implica que el núcleo de una situación de intimidación siempre tiene a la base el hecho que uno o varios alumnos tienen más poder sobre uno o varios alumnos. Esta asimetría se puede dar por un tema de superioridad física, (...) social (tener más amigos, ser más popular), (...) en la edad, e incluso (...) en la red de contactos al interior del colegio (...)”¹¹

¹¹ Fundación Pro Bono. El Bullying y sus implicancias legales: manual para los colegios <<http://www.probono.cl/documentos/documentos/manual%20Bullying.pdf>> [consulta: 6 de diciembre 2014].

Hay distintas formas de Bullying, este puede ser verbal, físico, social y también involucra el CyberBullying, entendiéndose por tal “la utilización de tecnologías de información y comunicación, para sostener comportamientos hostiles, deliberada y repetidamente por un individuo o grupo, que intenta dañar a otros”.¹² En nuestra investigación nos ocuparemos especialmente de esta última forma de Bullying, esto es conductas de acoso que son generadas, mantenidas o apoyadas por medios tecnológicos de información y comunicación, y de la forma en que estas pueden ser probadas a través de medios modernos de prueba.

GROOMING:

El Grooming ha sido definido como un “hecho consistente en acciones deliberadas por parte de un adulto de cara a establecer lazos de amistad con un niño o niña en Internet, con el objetivo de obtener una satisfacción sexual mediante imágenes eróticas o pornográficas del menor o incluso como preparación para un encuentro sexual, posiblemente por medio de abusos contra los niños”,¹³ también como aquello que “ocurre cuando alguien construye una conexión emocional con un niño para ganar su confianza con el propósito

¹² CyberBullying.org <<http://www.cyberBullying.org/>> [consulta: 4 de diciembre 2014].

¹³ Wikipedia, definición de Grooming<<http://es.wikipedia.org/wiki/Grooming.org/>> [consulta: 7 de diciembre].

de abusarlo sexualmente o explotarlo. Los niños o jóvenes pueden ser acosados en línea o en el mundo real, por un extraño o por alguien que conocer, por ejemplo un miembro de la familia, amigo o profesional. Los acosadores pueden ser hombres o mujeres. Pueden tener cualquier edad”.¹⁴

Estas conductas pueden llevarse a cabo de diferentes formas, entre las cuales están aquellas realizadas a través de medios tecnológicos, por ejemplo; chats, redes sociales, teléfonos, etc.

Si bien el legislador penal chileno no se ha referido expresamente al Grooming, existen algunos tipos específicos que podrían englobarse bajo este concepto. Porejemplo; el artículo 366 bis del Código Penal, que sanciona la acción sexual distinta al acceso carnal con una persona mayor de catorce años, o el artículo 366 quáterde este mismo cuerpo normativo que sanciona la determinación a una persona menor de catorce años o mayor de catorce años pero menor de edad a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro.

NATURALEZA JURÍDICA DELBULLYING, GROOMING Y DISCRIMINACIÓN

¹⁴ NSPCC <http://www.nspcc.org.uk/preventing-abuse/child-abuse-and-neglect/Grooming/>
[consulta: 14 de septiembre 2015]

Para poder considerar que una conducta de Bullying o de Grooming se encuadra dentro del concepto de “ilícito”¹⁵ es necesario que se trate de conducta prohibida por la ley, aunque no necesariamente tipificada en la ley penal. De nuestra parte, consideramos que sería más adecuado que nos refiramos a ellas como “hechos antijurídicos”, entendiéndose por tal aquel hecho “que es contra derecho”¹⁶.

Se pueden entender como “contrarias a derecho”, en el sentido de que éstas configuran conductas atentatorias contra nuestro sistema jurídico, especialmente en contra de las disposiciones de la Constitución Política de la República en sus artículo; 1° inciso 1°, que declara que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y artículo 19 en sus numerales: 2°, que establece la igualdad ante la ley, 6° que reconoce la libertad de conciencia, 7° que ampara la libertad personal y seguridad individual, 12° la libertad de emitir opinión, 16° inciso 2° que prohíbe cualquier tipo de discriminación arbitraria, 17° admisión a todas las funciones y empleos públicos.

¹⁵ De acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, estaremos frente a un ilícito si se trata de algo “No permitido legal o moralmente” [en línea]<[http:// www.rae.es](http://www.rae.es)> [consulta: 09 septiembre 2015].

¹⁶ Real Academia de la Lengua Española <[http:// www.rae.es](http://www.rae.es)> [consulta: 5 de diciembre2014].

Como podemos apreciar, los bienes jurídicos susceptibles de ser lesionados a través de estas conductas son diversos. Siendo así, para entender el encuadre en nuestro derecho hemos identificado cinco tipos de procedimientos en los que estas conductas podrán ser analizadas, sancionadas y, eventualmente punidas por los tribunales de justicia:

1. Procedimiento de no discriminación arbitraria, contenido en la ley N° 20.609.
2. Procedimiento laboral de tutela de los Derechos Fundamentales, contenido en los artículos 175 a 182 del Código del Trabajo.¹⁷
3. Procedimientos regulados de acuerdo al Código Procesal Penal, en los casos en que estas conductas hayan sido tipificadas como delitos.
4. Conforme al proceso Civil ordinario, si se busca alguna reparación de naturaleza civil, tal como la indemnización de perjuicios.
5. A través de la Acción de Protección, si se trata de una acción u omisión arbitraria o ilegal, que conlleve a la privación, perturbación o amenaza al ejercicio de uno de los derechos constitucionales protegidos por el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

¹⁷ El cual no analizaremos en la presente tesis.

LOS SUJETOS DEL BULLYING, GROOMING Y CONDUCTAS AFINES

LA VÍCTIMA

En términos generales, cualquier persona puede ser víctima de estas conductas antijurídicas. En general las conductas de Grooming y Bullying están asociadas a menores de edad.

EL ACOSADOR

En términos generales, siguiendo a Olweus, el comportamiento del acosador puede describirse en los siguientes términos: “comportamiento negativo, repetitivo e intencional”, siendo así, se trata de una conducta voluntaria, realizada con la intención de causar un mal a otra persona. En segundo lugar, el jurista señala que el autor de estas conductas normalmente se sitúa en una posición dominante respecto de la víctima a quien considera más débil y sin capacidad de defenderse. Un tercer elemento esencial, según este mismo, es que este tipo de abuso se produce entre “pares”, esto es, dos sujetos que se encuentran en igualdad de condiciones objetivas.

Esto es relevante a la hora de analizar la responsabilidad del hechor y el encuadre de las figuras penales correspondientes.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, ¿Quién puede llevar a cabo estas conductas? ¿Cuál es el problema de capacidad que surge de ellas? Si bien en general podemos sostener que cualquier persona puede ser capaz de realizar esta clase de conductas antijurídicas, respecto del Bullying, tratándose de conductas *inter parim* muchas veces quienes cometen actos de Bullying son menores de edad inimputables o son menores sujetos a las normas de responsabilidad penal juvenil, en lo que a imputabilidad se refiere, sin perjuicio de que la responsabilidad civil se guiará por las normas generales.

Así, tratándose de responsabilidad civil, entendemos que ésta se trata de responsabilidad extracontractual, ya que no existe anteriormente a la conducta una relación contractual.¹⁸ En este sentido, serían capaces todas las personas mayores de dieciséis años, y los mayores de siete pero menores de dieciséis

¹⁸ Esto podría ser discutido tratándose de situaciones que se den en el marco de una relación contractual, por ejemplo, un contrato de trabajo. No obstante ello, es difícilmente sostenible que una conducta de discriminación laboral constituya una ruptura de los términos del contrato.

que tengan discernimiento, conforme a las reglas generales. Así lo establece el artículo 2319 del Código Civil:

“No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia.

Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior.”

Tratándose de responsabilidad penal, se hace la distinción entre mayores de dieciocho años y menores de dieciocho pero mayores de catorce. En el primer caso, es decir, tratándose de mayores de edad, serían completamente imputables, y estarán sujetos a las penas que señale el Código Penal, a diferencia del segundo tramo, en el que la capacidad está condicionada por la ley de responsabilidad penal adolescente, es decir, estos son imputables, pero se les aplican penas más laxas, con énfasis en las salidas alternativas y reinserción social, y en caso de cárcel, serán destinados a recintos penitenciarios distintos de los adultos, esto, a diferencia de lo que anteriormente ocurría, es decir, ya no existe el “examen de discernimiento” para

adolescentes. Al respecto ha señalado Juan Bustos Ramírez que “La problemática del menor no se puede reducir a estos términos de conocimiento y voluntad, sino que se trata en su caso de una consideración global de su situación dentro del sistema social. Se trata de una consideración fundamentalmente político criminal y no psicológica. Resultaría hoy totalmente absurdo y una total ficción plantear sin más que el menor no tiene capacidad para conocer el injusto o no tiene capacidad para actuar en consecuencia con su consentimiento. Tal planteamiento carecería de toda fundamentación e implicaría negar la complejidad de la realidad del menor.”¹⁹

Los menores de catorce años son inimputables de acuerdo a las reglas generales. Esto, de acuerdo al numeral 2° del artículo 10 del Código Penal, que dispone:

“Están exentos de responsabilidad criminal:

(...)

2° El menor de dieciocho años. La responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se regulará por lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal juvenil.”

¹⁹ Bustos, Juan. Obras Completas Tomo II, Control Social y otros estudios. Lima, Perú. Ara Ediciones 2004, p. 726.

MEDIOS TECNOLÓGICOS

Si nos referimos al CiberBullying, Grooming y conductas relacionadas cometidas a través de medios tecnológicos deberemos al menos referirnos brevemente a qué entendemos por este tipo de medios. Al respecto, si bien no hay una definición unánime de la doctrina, el Profesor Montaner ha recogido algunas de las características de este tipo de medios, que, conforme a Javier González Villanueva, pueden resumirse en:

“a) La incorporeidad, ya que se crean mensajes sin la necesidad de que exista un referente externo; la información es su materia prima y se construyen los mensajes sin influencia externa.

b) También es característica la interactividad, que acrecienta los territorios en donde moverse, ya que existe una relación que se acomoda al perfil psicológico del usuario.

c) Además las nuevas tecnologías están asociadas a la idea de innovación, ya que tiene como objetivo la mejora, el cambio y la superación

cualitativa y cuantitativa de su predecesor y por ende las funciones que éste realiza.

d) Por último, la diversidad, no sólo por el abanico de posibilidades de comunicar, sino por la diversidad de las funciones que puede desempeñar, desde la función de información exclusivamente (videodiscos) hasta la que permite interacción entre usuarios (videoconferencias).²⁰

MEDIOS TECNOLÓGICOS Y BULLYING GROOMING Y CONDUCTAS AFINES

En general, las figuras de Grooming, Bullying y sexting tecnológicos suelen realizarse a través de: correo electrónico, redes sociales, páginas webs en general, llamadas telefónicas, mensajes de texto, grabaciones de voz o de video, radiodifusión, viralización de fotos o videos a través de internet.

Respecto de las plataformas tecnológicas que son utilizadas para realizar CyberBullying, de acuerdo a una encuesta publicada por VTR, los estudiantes

²⁰GONZÁLEZ, Javier. Nuevas Tecnologías y Medios de Prueba en el Proceso Laboral. Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo (2), 2001. P. 215-234.

afectados (un 8%) manifestaron que la agresión se cometió a través de páginas web diseñadas especialmente sobre ellos. En segundo lugar, 6% los estudiantes identificaron como medio de agresión el envío de fotos vía celular y en tercer término, 4% a través de mensajes de texto.²¹

De acuerdo a una encuesta de WliveSecurity, las redes sociales son el principal medio en que se produce el Grooming (75,4%), le siguen los chats con el 49,8%, videojuegos en línea 23,2%, correo electrónico 22,7%, y SMS o mensajes a través de teléfonos móviles con 15,3%.²²

Además, existen conductas que, a pesar de no realizarse a través de estos medios, pueden ser probadas valiéndose de éstos, por ejemplo usando video grabaciones, interceptaciones de teléfonos, detección de dirección IP, bases de datos, discos duros, dispositivos de almacenamiento de información, grabaciones de audio, etc.

²¹CriteriaResearch, Bullying, CyberBullying y Violencia Escolar [encuesta] Chile, 2010.

²²Goujon, André. Grooming, en el 68,3% de los encuestados cree que es una amenaza muy frecuente [en línea] We Live Security en Internet. 13 de Marzo de 2013 [consulta: 15 de Septiembre de 2015].

Dada la singularidad de estos medios y su regulación probatoria en Chile, es que nos encontramos frente a una serie de dificultades en el ámbito jurídico, tanto de índole teórica como práctica, las cuales analizaremos en los siguientes capítulos.

CAPÍTULO II: EL BULLYING Y GROOMING EN LA LEGISLACIÓN

NACIONAL

HISTORIA DE LA LEY N° 20.609, QUE ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

Nueve años tardó la tramitación legislativa de la ley 20.609 y sin lugar a dudas el proyecto original fue objeto de varios cambios. Repasaremos ahora los que parecen ser más sustanciales para esta investigación:

OBJETIVO DE LA LEY

El objetivo del proyecto original era “prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona.” Éste objeto fue posteriormente especificado, en los siguientes términos: “instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria.” Dicho cambio fue introducido por la Cámara de Senadores durante el 2° trámite constitucional, y

aprobado por la Cámara de Diputados durante el 3° trámite, en base a las indicaciones formuladas por el Grupo Técnico, y resumidas por Señor *Oliva*:

“En cuanto a éste (el artículo 1°), expresó que se había optado por redactarlo del modo más riguroso y menos pretencioso posible. Así, se señala que la ley “tiene por objeto fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria”²³

Como podemos apreciar, este cambio significó pasar de un objetivo meramente programático a uno más bien procesal, en el sentido que busca instaurar un mecanismo para restablecer el imperio del derecho.

Esta aprobación no fue, sin embargo, pacífica. En todos los trámites de aprobación de la ley se discutió respecto del objetivo, y especialmente del alcance que éste debería tener, en el sentido de entregar una responsabilidad explícita al Estado en términos de la Prevención de la discriminación, no obstante, a juicio del Presidente de la Comisión Mixta, Sr. Hernán. Larraín,

ACTAS del proyecto de ley antidiscriminación. <<http://www.leychile.cl/>> [consulta en línea: 01 noviembre 2014]. P.719.

dicha mención era innecesaria por cuanto estaba contemplada de en mandato general del art. 38 de la Constitución Política de la República.²⁴

DEFINICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

Señala el proyecto de ley original, en su artículo 3° “[P]ara efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria, por acción o por omisión, basada en la raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia, opinión política o de otra índole, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquiera otra condición social o individual.”

En contraste, el artículo 2° de la ley finalmente aprobada dispone que “[P]ara los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados

²⁴ACTAS del proyecto de ley antidiscriminación. [En línea]<<http://www.leychile.cl/>> [consulta: 01.11.2014]. P.1111.

internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.”

En este sentido, cabe tener en consideración varias cosas:

En primer lugar, que en el proyecto de ley original, se entendía por discriminación la distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria, al tiempo que en la ley se prescribe que es “discriminación arbitraria” la distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable. Esto también referido a las indicaciones presentadas por el grupo técnico, en segundo trámite constitucional.

De ello se colige, por una parte que se desplaza el requisito de la arbitrariedad, y por otra parte, se establece una exigencia nueva, cual es, que esta “carezca de justificación razonable”. En términos procesales, las implicancias de este añadido no son menores; ya no basta con que concurra un

acto de discriminación solamente, sino que además la ley impone a la parte que lo alega, el deber de probar la arbitrariedad de la misma, conforme a las reglas generales del *onus probandi* en Chile.

Dicha decisión fue argumentada de la siguiente forma, por el Señor Larraín: “[E]s efectivo que se presentan riesgos, pues siempre hay formas distintas de justificar las cosas. Pero el concepto consagrado en el artículo 2º - que no está en discusión, lo cual me alegra - tendiente a abrir la posibilidad de que exista una justificación razonable para hacer una diferenciación me parece clave.

Ello destrabó el debate de esta iniciativa, porque conceptualmente pareciera que toda discriminación arbitraria, por sí misma, debería ser condenada. Y de ahí que la palabra “arbitraria” tal vez esté de más, porque tras la expresión “discriminación” subyace una diferenciación injustificada que, dentro de una sociedad igualitaria, no debería ocurrir de manera alguna.

Sin embargo, por variadas razones, incluso a veces positivas, es conveniente que la sociedad efectúe diferenciaciones. Pero en tal caso sería

necesario que existiera una justificación razonable. Y el proyecto consagra este elemento, el cual -como mencioné- destrabó significativamente el problema.²⁵

En este mismo sentido, indica “que si bien agregar el vocablo “arbitrario” a continuación de “discriminación” es redundante, sin duda que es aclaratorio, porque si bien en la legislación internacional bastaría con sólo mencionar la expresión “discriminación”, para efectos internos, correspondería y sería más ilustrativo agregar la expresión “arbitraria”.²⁶

Segundo, en la ley finalmente promulgada, se exige, a su vez, que esta distinción, exclusión o restricción perturbe, prive o amenace a la víctima en el ejercicio legítimo de sus derechos fundamentales, requisito que no existía en el proyecto de ley original, el cual indicaba que el fin o efecto de la discriminación debía ser “la abolición o menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos esenciales a toda persona humana”, esto se cambió conforme a la indicación de señores Arancibia y Kuschel, que fue aprobada por mayoría de los votos del Senado, en segundo trámite constitucional.

²⁵ACTAS del proyecto de ley antidiscriminación. [En línea]<<http://www.leychile.cl/>> [consulta: 01.11.2014].P. 835.

²⁶ACTAS del proyecto de ley antidiscriminación. [En línea]<<http://www.leychile.cl/>> [consulta: 01.11.2014].P.57.

CATEGORÍAS SOSPECHOSAS

Respecto de la base que esta distinción debe tener, el proyecto de ley original contempla, para el artículo 2º, una serie de elementos que no aparecen en la ley finalmente promulgada: el color, nacimiento, lengua, estructura genética, y además, un elemento “amplio”, el que establece “o cualquiera otra condición social o individual”. A su vez, la ley finalmente promulgada hace referencia a: la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ella y la filiación, las cuales no aparecen explícitamente mencionadas en el proyecto original.

Respecto de este tema en particular se suscitó una larga discusión la cual abordaba principalmente dos puntos; el primero, si aquel artículo debía regular la discriminación enumerando las categorías de forma específica, o si bastaba con mencionarlas de forma genérica. Al respecto, indicó el señor Chadwick “es muy difícil establecer por la vía de la ley si algo es o no discriminatorio porque siempre se requiere un análisis para determinar si la discriminación es o no arbitraria. No se trata de que se busque una justificación, prosiguió, pues la vida cotidiana es pródiga en desigualdades y diferencias. Concordó en que es evidente que el ordenamiento jurídico fija el límite, pero siempre hay elementos de diferenciación que examinar para saber si se está o

no ante una arbitrariedad, y esa es la razón por la que la Constitución utiliza otros términos. Indicó que lo anterior hace complejo definir qué es discriminación arbitraria, y de allí deriva su insinuación de que se introdujera un elemento que permita determinar si la conducta es o no discriminatoria.²⁷

En segundo lugar, se detuvo la discusión, respecto de cuáles deberían ser las categorías sospechosas reguladas explícitamente.

Así, el señor Subsecretario General de Gobierno, Señor Carlos Maldonado, expuso “que, desde un punto de vista técnico, el Ejecutivo postula una formadistinta de legislar al que proponen estas indicaciones, pues éstas ponen el acento en la intencionalidad o motivación de quien discrimina, mientras que el proyecto apunta a señalar los factores de vulnerabilidad, esto es, las causas por las que la persona puede ser discriminada.”²⁸

Por tanto, se concluye, “la definición de discriminación arbitraria deja en claro que las categorías sospechosas a que alude el texto lo son *prima facie* y no en términos definitivos o absolutos. Hay contextos en que su empleo, aun cuando pudiere significar la exclusión de alguna oportunidad o prestación, es

²⁷ACTAS del proyecto de ley antidiscriminación. <<http://www.leychile.cl/>> [consulta en línea: 01.11.14].P.332.

²⁸ACTAS del proyecto de ley antidiscriminación. <<http://www.leychile.cl/>> [consulta en línea: 01.11.14].P.323.

sin embargo, legítimo, dada la existencia de una justificación razonable. Sostuvo que la ley no puede anticipar a priori, y para cada caso, cuáles podrían ser esas justificaciones razonables, pero que el Grupo de Trabajo hizo un esfuerzo por identificar genéricamente las principales justificaciones que importan tal razonabilidad”.²⁹

EL PROCEDIMIENTO

En general, respecto de su tramitación, podemos decir que la acción en su planteamiento original tenía la forma y plazos de una acción de protección, lo cual fue reemplazado por un procedimiento más similar al sumario, al cual se le aplican, en subsidio, las reglas generales contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil.

a) Competencia

Respecto de la tramitación se produjeron cambios substanciales: Mientras en el proyecto original se consagraba una primera acción ante la Corte de Apelaciones, quien además tenía la facultad de decretar una Orden de No

²⁹ACTAS del proyecto de ley antidiscriminación. [En línea]<<http://www.leychile.cl/>> [consulta: 01.11.14].P.721.

Innovar en caso de que esta fuere procedente. Respecto de este punto, cabe declarar que se indicó, a la presentación del proyecto, que “se ha preferido una Corte y no un juzgado de letras, atendido la similitud del recurso que el proyecto establece con otros que conocen las Cortes de Apelaciones.”³⁰ En el proyecto primigenio, el Juez de Letras actuaba exclusivamente, respecto de la declaración de los daños que deberían indemnizarse, en caso de haberse obtenido previamente una sentencia favorable por parte de la Corte.

Finalmente, en la ley promulgada, la competencia fue asignada al Juez de Letras, por decisión de la Comisión Mixta, por los argumentos que resume el Señor Quintana: “La iniciativa legal en comento crea -como se mencionó- un nuevo recurso judicial y, al igual que a la Senadora Alvear, me parece muy bueno el camino escogido por la Comisión Mixta, en el sentido de que esa acción deba presentarse en los juzgados de letras. Ello otorgará mayores facilidades de acceso a cualquier persona que desee recurrir para castigar y revertir actos arbitrarios de privados o del Estado que la afecten en razón de su condición sexual, social, étnica y en todas las categorías que aparecen

³⁰ACTAS del proyecto de ley antidiscriminación. [En línea]<<http://www.leychile.cl/>> [consulta: 01.11.14].P. P. 25.

especificadas en el artículo 2º del proyecto, que es conveniente mencionar una vez más, porque estamos hablando de aspectos enunciativos”³¹

En este mismo sentido, se indica “en cuanto a la competencia para conocer de la acción de no discriminación arbitraria, indicó que se optó por entregarla a los Juzgados de Letras, en quienes se ha radicado generalmente el conocimiento y resolución de los litigios contenciosos y aquellos en que se deducen acciones cautelares, dejando la revisión de la sentencia sometida a las Cortes de Apelaciones por la vía del recurso de apelación. Adicionalmente, se consideró que de esta manera se facilita el acceso a la justicia por parte de quienes viven en localidades donde no hay una Corte de Apelaciones pero sí Juzgados de Letras”.³²

b) Legitimación activa

Respecto de la legitimación activa, en el proyecto la ostentaba el directamente afectado o cualquiera a su nombre, en tanto que en la ley promulgada es requisito del legitimado activo ser el directamente afectado, su

³¹ACTAS del proyecto de ley antidiscriminación [En línea]. <<http://www.leychile.cl/>> [consulta: 01.11.14]. P. 1166.

³²ACTAS del proyecto de ley antidiscriminación.[En línea].<<http://www.leychile.cl/>> [consulta: 01.11.14].P.722-

representante o su tutor, y solo en casos particulares, vale decir, cuando el titular esté imposibilitado de ejercerla y carezca de representantes legales, puede otra persona accionar a su nombre, así, “en relación a la legitimación, hubo un extenso debate, que se zanjó mediante la fórmula contenida en el artículo 4° del texto sustitutivo, según la cual el propio afectado, su representante legal o quien tiene de hecho su cuidado personal o su educación, podrán interponer la acción.

Puntualizó que al considerarse la posibilidad de que organismos no gubernamentales u otras entidades pudieran ejercer la acción, se convino en que éstas, solamente en caso de que las personas naturales mencionadas en el párrafo anterior se encuentren imposibilitadas de ejercerla, podrán interponer la acción a favor, y no en representación, del afectado.”³³

c) Plazo

El plazo para su interposición fue extendido de 30 días hábiles a 90 días corridos contados desde la acción o conocimiento de la acción discriminatoria, se adujo, respecto de este aumento de plazo, la seguridad jurídica, por lo que

³³ACTAS del proyecto de ley antidiscriminación. [En línea]. <<http://www.leychile.cl/>> [consulta: 01.11.14].P.726.

finalmente dicho plazo fue ampliado por la Comisión Constitución, a sugerencia del grupo técnico.

d) Norma penal especial

Destaca, en la ley finalmente aprobada por el Congreso, la reformulación en la redacción del proyecto original, que contempla una nueva agravante, que debía ser agregada al art. 12 del Código Penal, en un nuevo numeral 21, que señala “cometer el delito por una motivación discriminatoria fundada en la raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia, opinión política o de otra índole, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquiera otra condición social o individual.”

Al respecto señaló el Señor Espina: “[N]o es lo mismo matar a una persona en una riña o en un robo -lo que por cierto es un acto criminal y cobarde- que hacerlo en razón de la condición sexual del afectado, de su raza, de su nacionalidad, de sus creencias políticas o religiosas. Porque la sociedad tiene un juicio de reproche mayor respecto de quien -según señala el artículo- comete un delito con ese propósito. Esas pandillas o bandas que atemorizan a personas por su condición sexual o por su creencia política deben saber con

claridad que la sociedad chilena no va a tener contemplaciones respecto de las conductas que realicen. Y eso es bueno para un país que quiere realmente dar la posibilidad de protección y de acogimiento a los habitantes que vivimos en él.”³⁴

Al respecto, Don Hugo Rojas Corral, abogado, profesor investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado señaló que “[S]i realmente se quiere condenar hechos que atenten contra la dignidad de las personas y el orden público, en los cuales hubiera habido dolo por parte del infractor, entonces lo que corresponde es configurar uno o más tipos penales que sancionen acciones u omisiones graves; en el caso de haber concurso aparente de delitos, la ley que proteja más eficazmente el bien jurídico vulnerado ha de primar; es necesario contemplar una agravante de responsabilidad penal con carácter general para todos los delitos en los que haya habido un motivo discriminatorio.”³⁵

Finalmente la redacción quedó, en Comisión de Constitución de la siguiente manera:

³⁴ ACTAS del proyecto de ley antidiscriminación. [En línea] <<http://www.leychile.cl/>> [consulta: 01.11.14]. P. 1165.

³⁵ ACTAS del proyecto de ley antidiscriminación. [En línea]. <<http://www.leychile.cl/>> [consulta: 01.11.14].P. 32.

"21ª. Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca."

En este mismo sentido, durante el segundo Informe de la Comisión de Derechos Humanos, se suprimieron el artículo 294 bis y el párrafo nuevo que incorporaba al Título VI del Libro II del Código Penal, titulado "[I]ncitación al odio y la hostilidad con fines discriminatorios", incluidos los artículos que lo conformaban, esto, por considerar que esta norma podría acarrear una limitación al derecho de opinión.

Estas son las diferencias más sustanciales para la materia investigada en esta memoria, entre el proyecto de ley original, impulsado por el Presidente Ricardo Lagos, y la ley finalmente promulgada por el Presidente Sebastián Piñera. Ciertamente hay muchas otras, no obstante ello, me parece que acá he podido destacar aquellas que marcan, de cierta forma, un antes y un después en la ley en comento, y que reflejan, también, las consideraciones morales y jurídicas que se tuvieron en cuenta en cada etapa de la creación de la misma.

REGLAMENTO DE CONVIVENCIA ESCOLAR

Con el fin de regular las relaciones entre los miembros de la comunidad escolar, se ha establecido la obligación, para los establecimientos subvencionados, la existencia de un Reglamento, el cual se ha definido por el Ministerio de Educación de la siguiente forma:

“El Reglamento de Convivencia es un componente del Reglamento Interno que todo establecimiento educacional debe tener. Los establecimientos subvencionados están legalmente obligados a contar con un Reglamento Interno que contenga el de Convivencia, cuyo objetivo es otorgar un marco regulatorio a los problemas de convivencia en la comunidad educativa. Sirve para orientar el comportamiento de los diversos actores que conforman la comunidad, a través de normas y acuerdos que definen los comportamientos aceptados, esperados o prohibidos, estableciendo criterios y procedimientos formativos para abordar los conflictos y las situaciones de violencia. Para esto, define sanciones y medidas reparatorias proporcionales y ajustadas a derecho, susceptibles de aplicar.”³⁶

³⁶ MINEDUC (2011). Orientaciones para elaboración y revisión de reglamentos de convivencia escolar [En línea]<<http://www.educarchile.cl/UserFiles/P0037/File/Clima/Clima%2004.pdf>> [consulta: 13 de diciembre].

En este contexto, el Ministerio de Educación ha redactado un “Reglamento Tipo de Convivencia escolar”, en el cual define maltrato escolar:

“ARTÍCULO 7°. Definición de maltrato escolar.

7.1. Se entenderá por maltrato escolar cualquier acción u omisión intencional, ya sea física o psicológica, realizada en forma escrita, verbal o a través de medios tecnológicos o cibernéticos, en contra de cualquier integrante de la comunidad educativa, con independencia del lugar en que se cometa, siempre que pueda:

- Producir el temor razonable de sufrir un menoscabo considerable en su integridad física o psíquica, su vida privada, su propiedad o en otros derechos fundamentales;
- Crear un ambiente escolar hostil, intimidatorio, humillante o abusivo; o

- Dificultar o impedir de cualquier manera su desarrollo o desempeño académico, afectivo, moral, intelectual, espiritual o físico.”³⁷

TIPOS PENALES AFINES

A continuación, corresponde analizar los principales tipos penales tradicionales en los que podrían subsumirse esta clase de conductas.

RESPECTO DE LA DISCRIMINACIÓN

No existen tipos penales que puedan asimilarse a estos hechos, no obstante ello, siendo derechos reconocidos por la Constitución, pueden perseguirse vía acción de protección (tratándose de derechos contemplados en el art. 20 de la Constitución Política de la República) y vía acción de Amparo (si se pone en peligro la seguridad o libertad de la persona).

No hay que olvidar, sin embargo, la introducción, con la ley N° 20.609 de una agravante penal, en el artículo 12, N°21: “[C]ometer el delito o participar

³⁷ Fundación Pro Bono y MINEDUC [En línea]<[http://www.mineduc.cl/biblio/documento/201009131508470.Reglamento%20Final%20\(11%209\)1-1.pdf](http://www.mineduc.cl/biblio/documento/201009131508470.Reglamento%20Final%20(11%209)1-1.pdf)> [consulta: 13 de diciembre de 2014].

en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca."

RESPECTO DEL GROOMING

El artículo que mejor engloba este comportamiento, es el artículo 366 quáter del Código Penal, el cual consagra la figura del abuso sexual impropio, que dispone:

“Artículo 366 quáter.- El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de 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 1º del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363.”

En este artículo, se contemplan situaciones que son de significación sexual no obstante no haber contacto sexual con el menor. Así, se pena a quién lleve a cabo acciones de significación sexual “delante” de un menor, o que determine a un menor a llevarlas a cabo “delante” de él.

En este caso el término “delante” no se refiere a una necesidad física de que el partícipe del ilícito esté presencialmente al frente del menor, si no que se refiere a que el otro pueda ser testigo de la acción sexual, en el sentido de que pueda observarlo u oírlo. Esto puede perfectamente ser llevado a cabo a través de medios tecnológicos, y la aplicación de la expresión “delante” en términos amplios no constituiría una infracción al principio de la legalidad ni a la prohibición de analogía, por cuando es del espíritu de la ley punir a quienes pongan en peligro el “libre desarrollo de la autodeterminación del menor”, lo

cual se estaría llevando a cabo igualmente siendo este hecho presencial o bien a través de cámara, grabación de voz, teléfono u otro medio tecnológico.

RESPECTO DEL BULLYING

Respecto de esta categoría, cabe mencionar que hay una serie de tipos penales que pueden ser subsumidos, dadas ciertas circunstancias específicas (V.gr. la intencionalidad) dentro de la categoría de Bullying. Entre ellas encontramos, principalmente, las lesiones, la injuria y la calumnia. Las cuales están contempladas por el código penal, en los siguientes artículos:

“Art. 397. El que hiere, golpeare o maltratare de obra a otro, será castigado como responsable de lesiones graves:

1° Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si de resultas de las lesiones queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme.

2° Con la de presidio menor en su grado medio, si las lesiones produjeren al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.”

“Art. 399. Las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes se reputan menos graves, y serán penadas con relegación o presidio menores en sus grados mínimo o con multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.”

“Art. 412. Es calumnia la imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio.”

“Art. 416. Es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona.”

Cabe mencionar, a su vez, que los tipos de injurias y calumnias pueden también ser subsumidos dentro de la categoría “discriminación”, en el sentido de que estos pueden ser utilizados como una forma de resaltar, publicitar o excluir a alguien de forma arbitraria.

Asimismo, las injurias y calumnias contemplan una agravante, cual es, haber sido realizadas por escrito y con publicidad, siendo la publicidad definida en el art. 422 del Código Penal.

“Art. 422. La calumnia y la injuria se reputan hechas por escrito y con publicidad cuando se propagaren por medio de carteles o pasquines fijados en los sitios públicos; por papeles impresos, no sujetos a la ley de imprenta, litografías, grabados o manuscritos comunicados a más de cinco personas, o por alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones reproducidos por medio de la litografía, el grabado, la fotografía u otro procedimiento cualquiera.”

Respecto de esta última parte del artículo, vale decir “o reproducidos por otro procedimiento cualquiera” sería aplicable la agravante en casos en que ellas hayan sido llevadas a cabo a través de medios tecnológicos “públicos”, tales como blogs, redes sociales, mensajes de textos masivos, mails virales, etc.

Así, tenemos que, en general, si bien existen algunos tipos particulares a los que éstas conductas pueden ser subsumidas, la mayor parte de ellas quedan fuera del ámbito de aplicación de la ley penal, lo cual es concordante, tanto con la idea de la sanción penal como un recurso de *última ratio legis*, como con la preocupación, más bien reciente, por parte de nuestro legislador, de regular estas conductas de forma más específica.

CAPÍTULO III. LA PRUEBA DEL BULLYING, GROOMING Y CONDUCTAS

AFINES

En este capítulo analizaré la forma en que nuestra legislación ha contemplado la rendición de prueba través de los medios tecnológicos, a la vez que analizaré la forma en que esta clase de prueba debe ser rendida, sus limitaciones, con especial mención del debido proceso, a la vez que la forma y motivos por los cuales se puede impugnar esta clase de medios.

LA PRUEBA COMO MARCO TEÓRICO

Para efectos de poder analizar adecuadamente las complejidades de la prueba de las conductas constitutivas de Bullying, Grooming y otras afines consideramos necesario dedicar a lo menos un capítulo a la prueba de forma genérica y a la prueba tecnológica en juicio en particular, cual será el objeto del presente capítulo.

Si bien el tratamiento de esta materia es escueto en nuestra legislación, podemos encontrar normas relativas a los documentos electrónicos y a la forma como habrá de producirse la prueba instrumental en juicio cuando los documentos consten en estos formatos. De nuestra parte, además de revisar estas normas nos referiremos a las limitaciones de estas pruebas, con especial mención del debido proceso y a los motivos por los cuales se puede impugnar esta clase de medios.

Originalmente, el Código de Procedimiento Civil no contemplaba a los documentos electrónicos entre los medios de prueba de los que las partes podían valerse en el juicio. Sin embargo, con el avance de las nuevas tecnologías la necesidad de una ley que incluyera esta clase de documentos se hizo cada vez más evidente. Con la dictación de la ley N° 20.217, en el año 2007, se agregan a la categoría de “instrumentos” los documentos electrónicos, dándole especial relevancia probatoria a aquellos suscritos mediante firma electrónica avanzada. En la discusión de esta ley el profesor Alberto Cerda, entonces representante de la División Tecnológica del Ministerio de Economía, manifestó que “cabe considerar que la ley N° 19.799 ya ha homologado los documentos electrónicos con los contenidos en soporte papel, brindando a

unos y otros el mismo tratamiento para efectos probatorios, si bien atendiendo a las garantías técnicas de aquéllos.”³⁸

En este sentido, los efectos y alcances del documento electrónico se asimilan a los que la ley les da a los documentos contenidos en soporte papel, no obstante, claro está, las diferencias técnicas entre uno y otro, y al igual que estos, se distingue en sus efectos entre instrumentos privados y públicos.

En cuanto a la forma como se hacen valer estos documentos electrónicos en juicio, La ley N° 20.217 agrega al Código de Procedimiento Civil el art. 348 bis, el cual prescribe una “audiencia de percepción documental”, cuyo objeto es ser la oportunidad procesal para presentar e impugnar estos mencionados documentos, además de ello, es necesario que el tribunal dicte resolución que lo tenga por presentado.

En este sentido, señala “no obstante el tenor literal de este artículo, no basta con que la parte presente el documento electrónico, sino que es preciso que el tribunal dicte una resolución teniéndolo por presentado, y, al mismo

³⁸ Actas de discusión de la ley N° 20.217 [en línea] < <http://www.leychile.cl/> > [consulta en línea: 30 Noviembre 2014] P. 65.

tiempo, en forma conjunta citará a todas las partes para el sexto día a una audiencia de percepción documental.”³⁹

Así, señala el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, que “en el caso de los documentos electrónicos privados, para los efectos del artículo 346 N°3, se entenderá que han sido puestos en conocimiento de la parte contraria en la audiencia de percepción”.⁴⁰ En el mismo sentido, establece, para el caso de ser el documento objetado, una prueba complementaria de autenticidad, cuyo resultado será suficiente para tener por reconocido o por objetado el instrumento.⁴¹

Por lo tanto, teniendo en cuenta la distinción anteriormente señalada, los documentos electrónicos pueden acompañarse de dos formas, conforme a las reglas generales de la presentación de documentos en juicio, dependiendo de si son públicos o privados. Así, si se trata de documentos públicos, se acompañarán “con citación”, en cambio, en caso de tratarse de documentos

³⁹ OBERG, Héctor. Un desastre procesal. *Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo*. (18), 2008. P.241.

⁴⁰ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Ley 1552. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile. Última versión 22 de octubre de 2015. Art. 346.

⁴¹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Ley 1552. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile. Última versión 22 de octubre de 2015. Art. 346.

privados, se acompañan bajo el apercibimiento del art. 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto, cabe preguntarse cómo se impugna un documento electrónico, es decir, ¿cuál es la oportunidad procesal para hacerlo, cuáles son las razones por las que se puede objetar un documento electrónico y cuál es la forma en que se formulan y resuelven tales objeciones?

Sabemos, que el documento electrónico suscrito mediante firma electrónica avanzada tendrá los mismos efectos probatorios que un instrumento público, sin embargo esto no significa que troque su naturaleza jurídica a un instrumento público. Siendo así las causales de impugnación serán las que correspondan al carácter de instrumento público y/o privado del instrumento de que se trate, que se hizo constar en formato electrónico, salvo ciertamente la causal de falta de autenticidad, que de acuerdo a la ley N°19799 queda vedada cuando se trata de documentos firmados con firma electrónica avanzada.

En cuanto a las vías de impugnación, la norma no innova y por tanto habrá dos vías de impugnación: vía principal y vía incidental.

En cuanto a la forma de acompañar los documentos en juicio, “la forma de acompañarlo a juicio será, por consiguiente, de acuerdo a las reglas generales, vale decir, con citación”⁴², cualquiera sea la naturaleza instrumento.

Ahora bien, la impugnación podrá basarse en la nulidad por no concurrir las solemnidades legales necesarias para su otorgamiento o la falsedad de las declaraciones contenidas en él, “no así por falta de autenticidad, dado que como lo hemos manifestado, la ley de documentos electrónicos impide que se desconozca la integridad del documento y su autoría (art. 2 letra g)”.⁴³

Por el otro lado, tratándose de documentos privados, cuando estos se tengan por presentados conforme al art. 346 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, existen también dos razones para impugnarlo, cuales son(1) falsedad, o (2) falta de integridad, los cuales se impugnan vía incidente de prueba.

Estas impugnaciones pueden presentarse, conforme a las reglas generales, hasta vencido el término de prueba y dentro de los diez días siguientes a aquel.

⁴²OBERG, Héctor. Ob. Cit. P. 241.

⁴³ OBERG, Héctor. Ob. Cit. P. 241.

Hemos visto ya sucintamente cuáles son los medios para acompañar y objetar un documento electrónico, queda ahora por analizar, cuáles son los medios de prueba idóneos para la prueba de ladiscriminación, Bullying y Grooming,

Cabe destacar, que para los casos analizados en este estudio, vale decir, casos de Grooming, Bullying y discriminación, parece ser que la prueba a través de medios tecnológicos es la más eficaz. En ese sentido, la prueba tecnológica toma aún más relevancia, especialmente teniendo en consideración que en la sociedad moderna estos medios se han posicionado como una forma sumamente rápida y certera de generar reacciones en la víctima, a veces incluso de manera anónima.

Teniendo en consideración que la ley regula el documento electrónico como único medio tecnológico válido para ser medio de prueba, cabe analizar cuál es la definición de documento electrónico, y en tal sentido, cómo pueden los diversos medios tecnológicos encajar dentro de esta definición, de modo de poder asimilarse a él en la prueba. Así, la ley entiende como documento electrónico, “toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada,

enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior”.⁴⁴

Bajo esta definición, podría entenderse como documento electrónico cualquier medio electrónico que transmita y almacene una idea, hecho o imagen a través de medios electrónicos. Así, están incluidos dentro de esta categoría: historiales, bases de datos, grabaciones de sonido o imagen, y en general, “cualquier característica de la tecnología que tiene capacidades eléctricas, digitales, magnéticas, inalámbricas, ópticas, electromagnéticas u otras similares.”⁴⁵

Sin embargo, es importante igualmente tener en consideración que la prueba tecnológica, al igual que cualquier medio de prueba, no puede ni debe afectar los principios que la regulan, a saber, el debido proceso.

Así, ya desde la Constitución Política de la República el debido proceso se establece como un límite probatorio.

⁴⁴ Art. 2° letra d, Ley N° 19.799 sobre documento electrónico, firma electrónica y los servicios de certificación de dichas firmas. Ministerio de economía; fomento y reconstrucción. Santiago, Chile. 12 de Abril de 2002.

⁴⁵ Art. 2°, letra a, Ley N° 19.799 sobre documento electrónico, firma electrónica y los servicios de certificación de dichas firmas. Ministerio de economía; fomento y reconstrucción. Santiago, Chile. 12 de Abril de 2002.

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.

Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”⁴⁶

Por lo tanto, la prueba documental electrónica que se rinda en juicio no deberá, en ningún caso, tratarse de una prueba ilícita, es decir, aquella que se obtiene a través de la vulneración de garantías fundamentales. Se entiende por prueba ilícita aquella en que (1) la prueba en sí misma está prohibida, o (2) la prueba que, aun estando permitida, su proceso de obtención es ilícito.

Esto es relevante, puesto que la prueba tecnológica ilícita podrá ser excluida de acuerdo a las reglas generales de la exclusión de la prueba ilícita, y en este sentido será ineficaz.

⁴⁶ Art. 19 N°3 inc. 5°. Constitución política de la república. [En línea] <http://www.leychile.cl/N?i=242302&f=2012-03-06&p=> [consulta: 15.10.13].

Lo anteriormente dicho lo podemos encontrar recogido en la más reciente legislación que trata sobre este tema, esta es, la ley n° 20.609, la cual, en su artículo 10° señala: “Serán admitidos todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos que se hubieren ofrecido oportunamente y que sean aptos para producir fe.”⁴⁷

En este sentido, es perfectamente sostenible que el proceso contemplado para la acción “de no discriminación arbitraria” sí acepta la utilización de medios tecnológicos como forma de prueba, siempre que estos hayan sido obtenidos por medios lícitos, ofrecidos oportunamente y sean aptos para producir fe.

A diferencia de la legislación previamente analizada, este procedimiento no contempla una audiencia de percepción documental como parte de la forma de rendir las pruebas, sino que este proceso se encuentra englobado en una audiencia de recepción de pruebas, que es una instancia más genérica, la cual tiene como objeto la rendición de todas las pruebas (y no solamente la tecnológica), conforme lo contempla el artículo 9°, inciso 4° de la ley antidiscriminación.

⁴⁷ Art. 10, Ley N° 20.609. Establece medidas contra la antidiscriminación. Subsecretaría General de Gobierno. Santiago, Chile. 24 de Julio de 2012.

Respecto a la apreciación de la prueba en este nuevo procedimiento, señala el art. 10° inciso 2°, que “el tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.” Es decir, conforme a la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.⁴⁸ Esto difiere también del procedimiento supletorio general (el procedimiento civil ordinario), en tanto este último contempla un sistema de valoración de prueba legal o tasada.

LA PRUEBA EN LOS JUICIOS POR BULLYING

La prueba en esta clase de juicios dependerá, principalmente, de la definición de Bullying que el juez acoja; así, dependiendo de ésta, será el mismo juez quien defina cuáles serán los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que deberán probarse en juicio.

Podemos, sin embargo, ensayar algunas propuestas, de lo que, sin lugar a dudas deberá probarse:

1. Una acción u omisión.

⁴⁸ VON CONTA, Alejandro. La Sana Crítica. Trabajo de Investigación de Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Santiago, Chile, 2010.

2. Que produzca daño. En este punto podemos sugerir, sólo a modo de ejemplo, algunos bienes jurídicos que podrían ser lesionados con esta clase de conductas: libertad, libertad sexual, salud, honor, integridad moral o intimidad.
3. Que exista una diferencia de poder, esto es, que el agresor se encuentre en una situación de superioridad (física o mental), respecto de la víctima.

Además, discutiblemente, podrían sostenerse los siguientes requisitos:

Que los sujetos involucrados lo sean en un contexto escolar, aunque ello no necesariamente implique que la acción u omisión deba ser realizada físicamente al interior del colegio – como podría suceder en casos de CyberBullying, o Bullying fuera del establecimiento educacional. En este punto es importante establecer que el Bullying no necesariamente debe ser entre compañeros que pertenezcan al mismo establecimiento, también puede darse entre pares de distintos establecimiento, o incluso entre estudiantes y profesores o estudiantes y apoderados, pero en todo caso la presencia de un estudiante es requerida (contexto escolar).

Finalmente, según algunas definiciones del término, esta conducta debe ser deliberada. Consideramos que ello es discutible, pues ésta podría darse, con la

misma fuerza, configurándose sólo una hipótesis de dolo eventual e incluso culpa.

Adicionalmente, conforme a las reglas civiles generales, para responsabilizar al establecimiento educacional por esta clase de hechos, deberá además probarse la falta de diligencia para evitar esta clase de conductas, en los casos en que no existe una regla de responsabilidad infraccional u objetiva.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS CASOS POR BULLYING

Entendemos, de forma general como “autor”, al agente productor del hecho ilícito.

La doctrina ha tendido a distinguir dos clases de autores, esto es, el autor principal o directo, que, en términos del artículo 28 del Código Penal Español, es el sujeto que domina la acción, realizando personalmente el comportamiento descrito en el tipo; y el autor mediato quien no realiza el hecho directamente y personalmente, sino que se vale de una tercera persona, quien actúa como instrumento, y que es quien realiza el delito.

En el derecho penal chileno se aceptan ambas hipótesis de autoría; la primera, conforme al artículo 15 números 1 y 2 del Código Penal: se trata de la autoría inmediata, o material, esto es, “quien toma parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite” o aquellos que “fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo”; en segundo lugar (artículo 15 N°3 del mismo cuerpo legal, encontramos autoría mediata o “intelectual”, descrita como “los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”.

Además, encontramos participaciones distintas a la autoría, cuales son, para nuestro derecho los cómplices y encubridores. Los cómplices, de acuerdo al artículo 16 son los que, “no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos”, y finalmente los encubridores, descritos en el artículo 17 del Código Penal, son los que;

“[C]on conocimiento de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en

él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1°. Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito.

2°. Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento.

3°. Albergando, ocultando o proporcionando la fuga del culpable.

4°. Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conocimiento de los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido, o facilitándoles los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos, o suministrándoles auxilio o noticias para que se guarden, precavan o salven.”

Así, para el análisis de la autoría y participación en cada uno de los delitos en que pueda subsumirse la conducta de Bullying, habrá que estarse al tipo que se invoque, y especialmente a su comunicabilidad. No obstante lo señalado, se ha de tener en cuenta, que en muchos casos la descripción típica en esta clase de conductas no requiere que la acción u omisión sea realizada físicamente sobre la víctima (como es el caso de los delitos cometidos por medios informáticos) sino que además muchas veces podemos encontrar que

el autor intelectual y quién lleva a cabo la conducta típica de forma directa no son la misma persona – e incluso podría imputárseles por delitos distintos, entrando eventualmente en una hipótesis concursal-; razón por la que cobra especial relevancia la figura de la autoría mediata, para su prueba, por tanto, habrá que estarse a las reglas generales, teniendo en cuenta la descripción típica que se haga del hecho.

En el caso del Bullyingy Groomingel desafío de la autoría consiste en que el uso de las tecnologías diluye al hechor, pues pueden ser muchas personas que participan en los hechos constitutivos, incluso colectivos o comunidades conectadas. Por tanto conocer y luego probar el origen de la conducta será parte importante de la actividad probatoria.

Otro desafío en esta materia, de acuerdo a nuestra investigación es que, tratándose de partícipes o autores menores de edad, en los juicios a este respecto no se discute la autoría material, sino la responsabilidad de las personas que tienen bajo su custodia a los niños, y la corrección o no, en su actuar respecto de éstas causas, esto se ve reflejado en una serie de sentencias de las Cortes de Apelaciones, que se refieren al actuar de los colegios, tales son, “Ricci, Jorge con Sociedad del Colegio Alemán de Santiago”, “Jorge Alberto VelozoRencoret con Colegio Mayor de Peñalolén”,

“Ana Lanchipa Nieve con Director Colegio North American College”, “Cea Miriam con Colegio San Mateo de Osorno”, todos casos, en los cuales lo que se discute es la posibilidad del Colegio en cuestión de expulsar a los alumnos en razón de su reglamento interno, y no así, el hecho y su participación.⁴⁹

MEDIOS PROBATORIOS IDÓNEOS

Cabe destacar, que para los casos analizados en este estudio, vale decir, casos de Grooming, Bullying y discriminación, parece ser que la prueba a través de medios tecnológicos es la más eficaz.

Si bien esta clase de conductas antijurídicas podrían probarse de varias maneras, debemos hacer hincapié en la relevancia de la prueba tecnológica, teniendo en consideración que en la sociedad moderna estos medios se han posicionado como una forma sumamente rápida y certera de generar interacciones sociales, y, por lo tanto, reacciones en la víctima.

⁴⁹ Para un acercamiento más detallado respecto de este tema, consultar MATTE, Arturo. Sanciones disciplinarias por agresiones desplegadas por alumnos a través de un fotolog. *Jurisprudencia constitucional sobre Bullying en Chile. Anuario de doctrina y jurisprudencia. Sentencias destacadas 2008. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas.* 2009.

Otras formas de probar esta clase de conductas podrían ser, (1) a través de la declaración de testigos, como compañeros de curso, familiares, profesores, o personas que se encontraban presentes cuando esta conducta, o parte de ella, se desplegó. También podrían probarse estas a través de (2) informes de peritos, tales como psiquiatras o psicólogos que estudien el efecto que esta conducta ha tenido en la víctima. (3) A través de la prueba documental, podrían probarse estas conductas también, eventualmente, en caso de que ellas consten en algún documento escrito.

Resulta difícil imaginar una hipótesis en que estas conductas puedan probarse vía escritura pública, no obstante ser esto posible, sobre todo tratándose de situaciones de discriminación, en cuyo caso podrían encontrarse ejemplos de diferenciaciones arbitrarias descritas en estos documentos (como por ejemplo bases de concursos o exclusiones discriminatorias ante notario).

Teniendo en consideración que la ley regula el documento electrónico como único medio tecnológico válido para ser medio de prueba, cabe analizar cuál es la definición de documento electrónico, y en tal sentido, cómo pueden los diversos medios tecnológicos encajar dentro de esta definición, de modo de poder asimilarse a él en la prueba. Así, la ley entiende como documento electrónico, “toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada,

enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior”.⁵⁰

Bajo esta definición, podría entenderse como documento electrónico cualquier medio electrónico que transmita y almacene una idea, hecho o imagen a través de soportes electrónicos. Así, están incluidos dentro de esta categoría: historiales, bases de datos, grabaciones de sonido o imagen, y en general, “cualquier característica de la tecnología que tiene capacidades eléctricas, digitales, magnéticas, inalámbricas, ópticas, electromagnéticas u otras similares”.⁵¹

MEDIOS ELECTRÓNICOS EN PARTICULAR

Originalmente, el Código de Procedimiento Civil no contemplaba entre los medios de prueba de los que las partes podían valerse en el juicio a los documentos electrónicos. Sin embargo, con el avance de las nuevas tecnologías la necesidad de una ley que incluyera esta clase de documentos se

⁵⁰ Art. 2° letra d. Ley N° 19.799 sobre documento electrónico, firma electrónica y los servicios de certificación de dichas firmas. Ministerio de economía; fomento y reconstrucción. Santiago, Chile. 12 de Abril de 2002.

⁵¹ Art. 2°, letra a. Ley N° 19.799 sobre documento electrónico, firma electrónica y los servicios de certificación de dichas firmas. Ministerio de economía; fomento y reconstrucción. Santiago, Chile. 12 de Abril de 2002.

hace cada vez más evidente. Con la dictación de la ley n° 20.217, en el año 2007, se agregan a la categoría de “instrumentos” los documentos electrónicos, dándole especial relevancia probatoria a aquellos suscritos mediante firma electrónica avanzada.

¿Cuál ha sido el tratamiento que se le ha dado en nuestra legislación a los documentos electrónicos? Al respecto señala, “el señor Alberto Cerda, representante de la División Tecnológica del Ministerio de Economía, manifestó que cabe considerar que la ley N° 19.799 ya ha homologado los documentos electrónicos con los contenidos en soporte papel, brindando a unos y otros el mismo tratamiento para efectos probatorios, si bien atendiendo a las garantías técnicas de aquéllos.”⁵²

En este sentido, los efectos y alcances del documento electrónico se asimilan a los que la ley les da a los documentos contenidos en soporte papel, no obstante, claro está, las diferencias técnicas entre uno y otro, y al igual que estos, se distingue en sus efectos entre instrumentos privados y públicos.

Ahora bien, ¿cómo se hacen valer estos documentos electrónicos en juicio? La ley n° 20.217 agrega al CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL el art. 348 bis, el

⁵² ACTAS de discusión de la ley n° 20.217 <<http://www.leychile.cl/>> [consulta en línea: 30.11.14], p. 65.

cual prescribe una “audiencia de percepción documental”, la cual tiene por objeto ser la oportunidad procesal para presentar e impugnar estos mencionados documentos, además de ello, es necesario que el tribunal dicte resolución que lo tenga por presentado.

En este sentido, señala el autor “no obstante el tenor literal de este artículo, no basta con que la parte presente el documento electrónico, sino que es preciso que el tribunal dicte una resolución teniéndolo por presentado, y, al mismo tiempo, en forma conjunta citará a todas las partes para el sexto día a una audiencia de percepción documental.”⁵³

Teniendo en cuenta la distinción anteriormente señalada, los documentos electrónicos pueden acompañarse de dos formas, conforme a las reglas generales de la presentación de documentos en juicio, dependiendo de si son públicos o privados. Así, si se trata de documentos públicos, se acompañarán “con citación”, en cambio, en caso de tratarse de documentos privados, se acompañan bajo el apercibimiento del art. 346 N° 3 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

⁵³ OBERG, Héctor. Ob. Cit.

Así, señala el Código de Procedimiento Civi, que “en el caso de los documentos electrónicos privados, para los efectos del artículo 346 n°3, se entenderá que han sido puestos en conocimiento de la parte contraria en la audiencia de percepción”.⁵⁴ En el mismo sentido, establece, para el caso de ser el documento objetado, una prueba complementaria de autenticidad, cuyo resultado será suficiente para tener por reconocido o por objetado el instrumento.⁵⁵

Es importante, sin embargo, tener en consideración que la prueba tecnológica, al igual que cualquier medio de prueba, no puede ni debe afectar los principios que la regulan, a saber, el debido proceso. Así, ya desde la Constitución Política de la República, el debido proceso se establece como un límite probatorio.

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer

⁵⁴ Art. 348 bis. CÓDIGO PENAL. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile. Última versión: 6 de febrero de 2015.

⁵⁵ Art. 348 bis. Inciso 3°. CÓDIGO PENAL. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile. Última versión: 6 de febrero de 2015.

siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”⁵⁶

Por lo tanto, la prueba documental electrónica que se rinda en juicio no deberá, en ningún caso, tratarse de una prueba ilícita, es decir, aquella que se obtiene a través de la vulneración de garantías fundamentales. Al respecto, se entiende por prueba ilícita aquella en que (1) la prueba en sí misma está prohibida, o (2) la prueba que, aun estando permitida, su proceso de obtención es ilícito.

Esto es relevante, puesto que la prueba tecnológica ilícita podrá ser excluida de acuerdo a las reglas generales de la exclusión de la prueba ilícita, y en este sentido será ineficaz.

VALORACIÓN E IMPUGNACIÓN DE LA PRUEBA

⁵⁶ Art. 19 N°3 inc. 5°. Constitución política de la república, disponible online en <http://www.leychile.cl/N?i=242302&f=2012-03-06&p=> [consulta: 15.10.12] Decreto 100, 06.03.2012.

Al respecto, cabe preguntarse cómo se impugna un documento electrónico, es decir, ¿cuál es la oportunidad procesal para hacerlo, cuáles son las razones por las que se puede objetar un documento electrónico y cuál es la forma en que se formulan y resuelven tales objeciones?

Sabemos, que el documento electrónico suscrito mediante firma electrónica avanzada es un instrumento público para todos los efectos legales, lo cual implica que hay dos motivos para su impugnación: (1) falsedad, es decir, que no haya sido suscrito por quienes aparecen firmando, y (2) nulidad, vale decir, que carece uno de los requisitos que la ley prescribe para que sea público. A su vez, hay dos vías para su impugnación: vía principal y vía incidental.

Así señala “La forma de acompañarlo a juicio será, por consiguiente, de acuerdo a las reglas generales, vale decir, con citación. Y dentro del término de ésta se podrá impugnar por nulidad o por falsedad, no así por falta de autenticidad, dado que como lo hemos manifestado, la ley de documentos electrónicos impide que se desconozca la integridad del documento y su autoría (art. 2 letra g)”.⁵⁷

⁵⁷ OBERG, Héctor. Ob. Cit.

Por el otro lado, tratándose de documentos privados, cuando estos se tengan por presentados conforme al art. 346 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, existen también dos razones para impugnarlo, cuales son (1) falsedad, o (2) falta de integridad, los cuales se impugnan vía incidente de prueba.

Estas impugnaciones pueden presentarse, conforme a las reglas generales, hasta vencido el término de prueba y dentro de los diez días siguientes a aquel.

En este sentido, la valoración de la prueba tecnológica en los juicios que se rigen por el Código de Procedimiento Civil será conforme a las reglas de la prueba legal o tasada, vale decir, se la valorará conforme a las reglas de valoración de la prueba instrumental.

PROCESOS ESPECIALES: PENALES, DE NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA

Hemos visto ya sucintamente cuáles son las formas para acompañar y objetar un documento electrónico, queda ahora por analizar, cuáles son los medios electrónicos idóneos para la prueba de la discriminación, Bullying y Grooming,

Ahora bien, retomando el tema de la prueba lícita, vemos que la más reciente legislación que trata sobre este tema, esta es, la ley n° 20.609, la cual, en su artículo 10° señala: “Serán admitidos todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos que se hubieren ofrecido oportunamente y que sean aptos para producir fe.”⁵⁸

En este sentido, es perfectamente sostenible que el proceso contemplado para la acción “de no discriminación arbitraria” sí acepta la utilización de medios tecnológicos como forma de prueba, siempre que estos hayan sido obtenidos por medios lícitos, ofrecidos oportunamente y sean aptos para producir fe.

A diferencia de la legislación previamente analizada, este procedimiento no contempla una audiencia de percepción documental como parte de la forma de rendir las pruebas, sino que este proceso se encuentra englobado en una audiencia de recepción de pruebas, que es un proceso más genérico el cual tiene como objeto la rendición de todas las pruebas (y no solamente la

⁵⁸Art. 10. Ley N° 20.609. Establece medidas contra la discriminación. Subsecretaría General de Gobierno. Santiago, Chile. 24 de Julio de 2012.

tecnológica), conforme lo contempla el artículo 9°, inciso 4° de la ley antidiscriminación.

Además, respecto a la apreciación de la prueba en este nuevo procedimiento, señala el art. 10° inciso 2°, que “el tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.” Es decir, conforme a la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.⁵⁹ Esto difiere también del procedimiento supletorio general (el procedimiento civil ordinario), en tanto este último contempla un sistema de valoración de prueba legal o tasada.

En el régimen procesal penal chileno, podemos observar una mayor flexibilización de la prueba. Así, en tanto que en el Código de Procedimiento Civil impera un sistema de prueba legal, que reconoce una cantidad finita de tipos de pruebas, el Código Procesal Penal establece, en sus artículos 295 y siguientes, un sistema de libertad de prueba.

Como características principales de este sistema de libertad probatoria podemos mencionar (1) la oralidad de la rendición de la prueba, (2) la

⁵⁹ VON CONTA, Alejandro. Ob. Cit.

valoración de ésta según las reglas de la sana crítica y (3) la aceptación de cualquier medio de prueba, aunque estos no se encuentren expresamente regulados, en tanto aquellos sean “aptos para producir fe”, adecuándolo al medio de prueba más análogo, conforme al art. 323 de este código.

Así, esta prueba debe ser ofrecida y rendida oralmente. Su ofrecimiento se realiza en la audiencia preparatoria del juicio, conforme al artículo 272, instancia en la cual las partes pueden debatir respecto de esta, formulando las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimen relevantes.

Del mismo modo, la rendición de esta prueba se realizará de conformidad al artículo 333 del Código Procesal Penal reproduciéndola en la audiencia “por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes.”

Cabe mencionar, en este ítem, que, al igual que el Código de Procedimiento Civil, el procedimiento penal también contempla hipótesis de exclusión de prueba, las cuales están contenidas, principalmente, en los artículos 225 y 276.

Así, dispone el Código Procesal Penal, "(...) Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales."⁶⁰

Finalmente, tenemos que las pruebas que hubieren ofrecido, y que no hubieren sido excluidas, deberán ser admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral. Del mismo modo, deberá el juez sentenciador tener estas en cuenta al momento de dictar la sentencia, explicitando el por qué se toma o no encuentra, y el valor que a esta se le otorga.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

En Chile –a fines del año 2007- se condenó a un liceo a pagar una indemnización por daño moral ascendente a \$ 2.000.000 por una golpiza que propinó un alumno a otro, en virtud del siguiente razonamiento: "(...) los jefes de colegio responden de los daños que causen sus discípulos en razón de que concurren al daño en virtud de una relación causal que la misma ley describe. En este caso, según Pablo Rodríguez Grez, "no se responde de la conducta

⁶⁰ Art. 276 Ley N° 19.696. Aprueba el Código Procesal Penal. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile. 12 de octubre de 2010.

ajena, sino de la conducta propia, al dejar de ejercer el control, fiscalización u cuidado que le asigna la ley"⁶¹. 9.- Que en la responsabilidad contractual, la víctima no necesita probar culpa ya que ésta se presume y por ende, en el caso presente no se necesitó acreditar que existió falta de cuidado por parte del colegio para evitar la pelea en que se vio involucrado el hijo de la actora. 10.- Que en la responsabilidad contractual no sólo se responde por los perjuicios directos previstos que pudieron haberse originado, sino también por el daño moral, ya que por la naturaleza del contrato, su infracción puede ser capaz de producir este tipo de daño".⁶²

En otra sentencia, rol 9.875-11, respecto de la condicionalidad por haber participado un alumno en actos constitutivos de Bullying en el colegio de la Santísima Trinidad, se señala por la Corte de Apelaciones, en su considerando décimo:

“DÉCIMO: Que si bien se señala en el Acta, ya referida, que los alumnos confesaron su participación en los hechos, lo concreto es que con la presentación de la presente acción ello no fue así, o a lo menos el alumno (...),

⁶¹ RODRIGUEZ, Pablo. Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1999, pág.33.

⁶² Corte de Concepción. 24.10.2007. "Sáez Henríquez, Claudio con Liceo Industrial de Concepción".

solo, o con sus padres, reflexionó con posterioridad y estima que no correspondía aplicar la sanción ya mencionada. Ello ha provocado un conflicto que se ha profundizado porque no existe un procedimiento prefijado, claro, racional y justo para la aplicación de las sanciones escolares, donde se respeten normas básicas de procedimiento, particularmente para plantear defensas y dar la oportunidad de probar en caso de controversia.”

Considerando Undécimo: “(...) La potestad disciplinaria está sujeta a normas legales y constitucionales, por lo que debe reunir normas mínimas de un debido proceso.”

En el mismo sentido, el considerando duodécimo sostiene: “Que existe consenso en nuestra doctrina que los siguientes elementos deben estar presentes en todo procedimiento sancionatorio aplicado por un establecimiento educacional, y deben estar contenidos en los respectivos reglamentos sancionatorios, esto es, las conductas deben estar tipificadas, debe nombrarse un instructor imparcial, investigación previa, formulación de cargos en forma precisa y fehaciente, el imputado debe ser emplazado, debe aplicarse el principio de la bilateralidad de la audiencia, debe ser imparcial quien resuelva, y debe existir derecho al recurso.”

Vale decir, nuestra jurisprudencia ha sostenido que, si bien la cancelación de matrícula o situación de condicionalidad de un alumno que incurre en conductas contrarias a la política del colegio pueden legítimamente ser reguladas a través del reglamento interno, esto no significa que por ello no deban adaptarse a los estándares nacionales sobre debido proceso, en el sentido de que debe existir derecho a defensa. Debe entenderse, por tanto, que para la prueba del Bullying tampoco puede ser tomada en cuenta aquella que haya sido obtenida de forma contraria a las leyes y derechos fundamentales de las personas.

En Chile no existen sentencias que se hayan dado específicamente por Grooming, sino sólo algunas basadas en otros tipos penales, tales como el abuso sexual, pornografía infantil, o la violación impropia, que han sido perpetradas a través de la práctica del Grooming, particularmente por medio de tecnología electrónica. Sin embargo, destaca el rol de la Brigada Investigadora del Ciber Crimen, unidad dependiente de la Policía de Investigaciones, la cual, a partir del año 2.000, define como su misión:

“(1) Aportar los medios probatorios a los diferentes tribunales y fiscalías del país, cuando se detecta la utilización de herramientas y/o tecnologías de la información, en la comisión de delitos. (2) Detectar e investigar conductas

ilícitas en Internet, referidas principalmente al comercio electrónico y hacking de sitios y servidores web. (3) Capacitar y formar investigadores especialistas en delitos informáticos.”⁶³

Así, tenemos que frente a esta clase de evidencia, tanto los tribunales como los entes persecutores e investigadores, como son las Policías o el Ministerio Público, encuentran sus facultades considerablemente constreñidas, en razón de que no hay gran desarrollo jurisprudencial y doctrinal respecto de la forma en que estas pruebas deben acompañarse e impugnarse.

En el ámbito de la persecución Penal, el Ministerio Público usualmente acompaña esta clase de prueba de una triple forma, en primer lugar, acompañando la evidencia misma como “otros medios de prueba”, luego, solicitando un Peritaje a alguna Policía especializada, y finalmente, citando al funcionario que realizó el Informe en calidad de Perito, lo cual muchas veces implica alegaciones de sobreabundancia por la contraparte, y otras que sea desestimada por falta de verosimilitud.

⁶³ Brigada Investigadora del Ciber crimen. [En línea] <<http://www.policia.cl/paginas/brigadas/bg-bricib/bg-bricib.htm>> [Consulta: 10.01.14]

Aún más precario es, como vimos, el acompañamiento en la práctica de estos medios en sede civil, en la que, de ser factible, se prefiere acompañar esta clase de prueba simplemente adaptada como prueba documental, para evitar la audiencia de percepción documental exigida por la ley y especialmente, la desconfianza que muchos jueces suelen mostrar respecto de su autenticidad.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS COMPARADO

La complejidad de la prueba en este tipo de casos no ha sido tema fácil de solucionar, como veremos a continuación. Al respecto, tanto en el derecho nacional como en el internacional se han ido desarrollando reglas y presunciones para establecer quién tiene la carga de la prueba y cómo puede y no puede probar aquello que alega. Analizaremos ahora la legislación y jurisprudencia comparada, para establecer sus similitudes y diferencias con la chilena.

ESPAÑA

a) Jurisprudencia

En un fallo de un tribunal español, se condenó a un establecimiento educacional a pagar una indemnización de 12.000 euros a una víctima de Bullying, por no haber tomado medidas eficaces para impedir los ataques.

Se acreditó que los alumnos que cometían estos actos"aprovechaban los espacios de tiempo en los que no se encontraba profesor alguno dentro del aula para realizar tales comportamientos, apostándose uno de ellos en la puerta para vigilar. (...) La responsabilidad de las personas o entidades titulares de un Centro docente de enseñanza (...) se basa en un deber de vigilancia dimanante de las funciones que desempeñan estos centros sobre sus alumnos menores de edad. Deber de vigilancia que ha de exigirse con mayor rigurosidad cuanto más pequeño es el menor. (...) Por lo que, una vez se ha comprobado que ha ocurrido el hecho que nos ocupa en horas escolares, dentro del centro, siendo agresores y agredida dos alumnas del colegio demandado, se pone de relieve una negligencia en el control de los alumnos, debiendo ser la demandada la que acredite que agotó el deber de diligencia que le es exigible"⁶⁴

REINO UNIDO

a) Legislación

⁶⁴ Sentencia del Juzgado de primera instancia N° 2 de Vitoria, País Vasco, España, de fecha 1-2-2005, ponente Javier Pegenaute Allo. [En línea] <<http://www.victimas.org/html/sentencias/Bullying.htm>> [Consulta: 16 de Marzo 2015].

En el Reino Unido, la parte más relevante de la legislación respecto del Grooming, es el Acta de Indecencia con Niños, particularmente la sección 1:6.

“1(1) Cualquier persona que cometa un acto de grosera indecencia con o hacia un niño menor de catorce, o que incite a un niño bajo esa edad tal acto con él o con otro, será condenado a encarcelamiento por un término que no exceda dos años, o a condena sumaria de encarcelamiento por un tiempo que no exceda los seis meses, hacia un multa que no exceda las cien libras, o a ambas”

b) Jurisprudencia

Respecto del Grooming, el caso más paradigmático en el Reino Unido es el de “Patrick Green”: En febrero del 2000, Patrick Green, un empleado de exportaciones de 33 años hizo contacto con una niña de 12 años en una sala de chat para adolescentes en internet. El contacto inicial llevó a e-mails diarios por un periodo superior a dos meses, y luego a conversaciones regulares a través del teléfono móvil. De esta forma la niña fue llevada desde este contacto en la sala de chat hasta conocer a Green offline, y hasta el punto de ser atacada sexualmente.

A través de un inteligente proceso de manipulación vía e-mail y teléfono, Green convenció a la niña de que estaba enamorado de ella. La niña inicialmente se resistió a las peticiones de Green parajuntarse, pero finalmente accedió a conocerlo en un lugar público. Green llegó en auto, se presentó a su víctima y la llevo a su departamento donde inició una serie de ataques indecentes.

Luego de cuatro juntas que se dieron en poco tiempo, la niña le contó todo a su madre. Sus padres estaban en shock e informaron inmediatamente a la policía. Pasaron algunos días antes de que Green fuera arrestado y, luego de una investigación y el resultado del análisis de laboratorio de su computadora, fue dejado en libertad bajo fianza.

Entre medio había usado el computador de su lugar de trabajo para contactar a otra niña menor de edad y, usando tácticas similares, se desplazó por el país para cometer un ataque similar. Los colegas de Green descubrieron algunos emails perturbadores y previnieron a la policía, la que montó una operación de vigilancia y lo volvió a arrestar, justo en el momento en que su próxima víctima estaba entrando en el auto.

Patrick Green fue sentenciado a 5 años de prisión en octubre del 2.000 por ataque sexual y posesión de pornografía infantil.

Respecto de la discriminación en general: Wong con Igen Ltd. (2005)

Se ha establecido, en conformidad a la implementación de las Directivas Europeas, que si un solicitante sostiene que ha sido tratado menos favorablemente en base a sexo o raza, el tribunal debe presumir que tal tratamiento fue discriminatorio, salvo que el contestante pueda otorgar una explicación razonable para la diferenciación.

Así, se requiere que el tribunal realice un proceso en dos etapas; (1) en la primera el solicitante debe probar los hechos sobre los cuales el tribunal podrá concluir la ausencia de una explicación adecuada, y (2) si se prueban tales hechos, la segunda etapa será requerir que el contestante pruebe que existió una explicación razonable.

E.E.U.U.

a)Legislación

La ley antidiscriminación tiene su inicio en una ordenanza de la ciudad de Santa Cruz, que prohíbe la discriminación de las personas sobre la base de su “apariencia personal”. Esta ordenanza pretendía invisibilizar las apariencias, no solo en el contexto del tratamiento a sus ciudadanos, sino también respecto de las relaciones entre privados.

Esto se debe a que lo injusto de un prejuicio es particularmente manifiesto cuando se dirige hacia características inmutables de una persona, como son raza o sexo. Sin embargo, el prejuicio también puede ser injusto si se dirige hacia características que están dentro del control de una persona. Así, la ley antidiscriminación estadounidense requiere que los empleados sean considerados como si carecieran de atributos sociales, puesto que tales atributos podrían inducir juicios irracionales y prejuiciosos. En definitiva, lo que esta legislación busca es que se aprehenda el “mérito individual” del empleado, en contraste con su apariencia, condición socio-económica, u otros factores conducentes a estereotipos.

b) Jurisprudencia

i. Respecto de la discriminación

1. Griggs con Duke Power Co.: (1971)

El título VII del Acta de Derechos Civiles busca eliminar prácticas que operan para “congelar” el estatus quo de prácticas de desempleo discriminatorias preexistentes, ella no solo prohíbe la discriminación explícita, sino también aquellas que parecen justas, pero operan discriminatoriamente. En esta acta ha puesto en el empleador la carga de probar que cualquier requisito exigido tenga efectivamente una relación directa con el empleo en cuestión.

Así, observamos que en Estados Unidos, la carga de la prueba recae sobre todo en el empleador, quien debe probar la pertinencia de los requisitos exigidos para el empleo.

2. Massachusetts con Feeney: (1979)

En este caso el tema en cuestión era si Massachusetts, al otorgarle comodidades vitalicias a los veteranos, había incurrido en una conducta discriminatoria en contra de las mujeres, dada la tendencia de que los veteranos sean hombres.

En este caso, es notorio que la legislación no buscaba dañar a las mujeres, pero que una consecuencia inevitable del esquema elegido era que las oportunidades de las mujeres se veían truncadas.

La pregunta en este caso es qué pasa cuando las consecuencias de una ley son inevitables, ¿pueden éstas ser efectivamente clasificadas como no intencionales? Se sostiene que no puede argumentarse seriamente que el legislativo pudiera no saber que la mayoría de los veteranos son hombres, Sin embargo, necesariamente esta decisión causaba un efecto adverso en los no-veteranos, por lo que sería ingenuo sostener que las consecuencias adversas de esta ley fueran no intencionales, en el sentido de que no podían preverse.

Se define en este caso que el “propósito discriminatorio” implica más que la intención, entendida como conocimiento de las consecuencias,⁶⁵ sino que además implica que el que toma la decisión haya elegido un curso de acción particular al menos en parte “en razón de” y no solamente “no obstante que” este tenga un efecto adverso sobre un grupo identificable, lo que en este caso no se demostraba, pues no había ninguna prueba de que la preferencia por los

⁶⁵Ver el voto concurrente en “Organizaciones Judías Unidas con Carey”.

veteranos había sido decidida porque su objetivo colateral sería mantener a las mujeres en un rol relegado en el Servicio Civil de Massachusetts.

3. McDonnell Douglas Corporation con Green (1973)

Se establece que en un juicio sobre el Título VII es el reclamante quien tiene la carga inicial de establecer *prima facie* un caso de discriminación racial, lo cual puede hacerse demostrando (i) que pertenece a una minoría racial, (ii) que solicitó y estaba calificado para un trabajo para el cual el empleador buscaba candidatos, (iii) que, a pesar de sus calificaciones, fue rechazado, y (iv) que luego de su rechazo la posición se mantuvo abierta y el empleador continuó buscando candidatos para las calificaciones del reclamante. Luego la carga de la prueba pasa a ser del empleador, con el objetivo de que éste establezca una razón legítima y no discriminatoria para el rechazo del empleado.

4. St. Mary Honor Center con Hicks. (1993)

En este caso se establece que si el Factfinder⁶⁶ no cree las razones argüidas por el demandado (particularmente si es acompañada por una sospecha de deshonestidad), puede bastar, en conjunto con los elementos de un juicio prima facie, para probar la discriminación intencional.

Así, la Corte de Apelaciones notó que respecto de este rechazo “no se requiere prueba adicional de discriminación”, es decir, se establece una presunción, sin embargo, una presunción no necesariamente altera la carga de la prueba, y, por lo tanto, en juicios por el título VII es el demandante quien siempre lleva la “carga definitiva de persuasión”, es decir, es el demandante quien tiene el deber de convencer al juez o jurado, más allá de toda duda razonable, de que efectivamente ha habido discriminación.

5. Caso Price Waterhouse con Hopkins:(1989)

En este caso la demandante, Ann Hopkins, fue propuesta como candidata para ser socia de la Price Waterhouse’s Office of Government Services in Washington D.C., pero fue rechazada como socia por

⁶⁶ En un juicio o demanda de persecución criminal, el jurado o juez (si no hay jurado) que decide si los hechos han sido probados. Ocasionalmente un juez puede indicar un especialista para investigar y reportar la existencia de ciertos hechos. [En línea]fact finder [Consulta: 11 de enero 2014]

un voto de la sociedad, y posteriormente se le informó que no se la volvería a proponer.

Se estableció, en este caso, que los socios habían reaccionado negativamente a su personalidad, que consideraban “agresiva”, y que, debido a su falta de feminidad, se la describió como “amachada”, “poco femenina”, etc. La Dra. Susan Fiske, una psicóloga social testificó en el juicio que el proceso de selección de socios estaba profundamente influenciado por estereotipos sexistas. En este contexto específico, el empleador había actuado en base al género.

En el aspecto legal, un empleador ya no puede discriminar en contra de individuos sobre la base de sexo. Esta fue la intención del Congreso al atacar un espectro completo de tratamiento dispar entre mujeres y hombres.

UNIÓN EUROPEA

a) Legislación

La distinción entre discriminación directa e indirecta en Europa, fue explicada en una Directiva del Consejo de la Unión Europea en Junio del 2000⁶⁷, artículo 2:

“Para el propósito de esta directiva, el principio de igual tratamiento significará que no habrá discriminación directa o indirecta basada en el origen racial o étnico”.

Para los propósitos del párrafo 1:

Discriminación directa deberá entenderse que ocurre cuando una persona es tratada, ha sido tratada o será tratada de forma menos favorable que otra en una situación comparable en términos de origen racial o étnico.

Discriminación indirecta deberá entenderse que ocurre cuando una prohibición, criterio o práctica aparentemente neutral pondría a las personas de origen racial o étnico en una desventaja particular comparado con otras personas, excepto que esta prohibición, criterio o práctica sea justificada

⁶⁷ Directiva del Consejo 2000/43/EC del 29 de Junio del 2000

objetivamente por un fin legítimo, y los medios para lograrla sean apropiados y necesarios.”

En los mismos términos define la Directiva del Consejo 2006/54/EC del 5 de Julio del 2006 la implementación del principio de igualdad de oportunidades y tratamiento igualitario entre hombres y mujeres en materia de empleo y ocupación.

“Artículo 2(b): "discriminación indirecta": la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.”

I. El rol de las presunciones

Es poco común que el reclamante tenga prueba de un ánimo discriminatorio. En ausencia de esta evidencia la habilidad de un reclamante para probar discriminación dependerá comúnmente de los límites procedimentales y de la

evidencia proporcionada por cada parte. Entonces, las presunciones juegan un rol relevante, a la hora de definir su existencia, y pueden abordarse desde dos puntos de vista:

Si entendemos la discriminación como algo común, podremos concluir fácilmente de la evidencia circunstancial en un caso de trato diferenciado, que la causa de la diferenciación fue discriminación impropia. Por el otro lado, sin embargo, si somos escépticos al respecto, y entendemos la discriminación como un fenómeno aislado estaremos más llanos a aceptar explicaciones alternativas, cuando un grupo determinado es tratado de forma diferente.

b) Jurisprudencia

I. Bilka-KaufhausgmbH con Weber von Hartz:

(Corte Europea de Justicia, 1986)

Conforme con la comisión, en orden de establecer que no ha habido incumplimiento del artículo 119 del Tratado de la Comunidad Europea, no basta con mostrar que en la adopción de una práctica de asignación de sueldos, la

cual en los hechos discrimina contra las mujeres trabajadoras, el empleador buscaba objetivos distintos a la discriminación en contra de las mujeres.

La Comisión recomienda que para justificar esta práctica el empleador debe demostrar bases económicas objetivas relacionadas con la administración de la gestión, además es necesario establecer que la práctica en cuestión sea necesaria y proporcionada para los objetivos perseguidos por el empleador. En el fondo, se establece que no sólo basta para excusarse de la responsabilidad el probar que no hubo una intención discriminatoria, sino que además este trato diferenciado debe cumplir con un determinado estándar justificatorio.

II. Directiva del Consejo 2000/43/EC de 29 de junio de 2000

Artículo 8 – Carga de la Prueba:

“Los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano

competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.

Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante”.

III. Handels-ogkontorfunktionrernesForbundidanmark con Dansk Arbejdsgiverforening for Danfos(Corte Europea de Justicia, 1989)

En este caso el empleador pagaba la misma base salarial a los empleados en la misma clase de salario, y pagaba suplementos salariales individuales basados en su entrenamiento y tiempo de servicio. El resultado era que la paga promedio de los hombres era 6.85% más alta que la de las mujeres.

En los documentos del caso apareció, que la implementación de los salarios se había realizado de tal forma, que una mujer era incapaz de identificar la razón de la diferencia de sus salarios.

La Corte sostuvo que, conforme a la directiva del Consejo 75/117 del 10 de febrero de 1975 cuando una gestión aplica un sistema de salarios que es carente de transparencia, corresponde al empleador probar que su práctica en materia de sueldos no es discriminatoria, para el caso en que una trabajadora demuestra, en relación a un número relativamente grande de empleados, que la paga promedio para una mujer es menos que la de un hombre”.

Es decir, en este caso la Corte es consistente con la Directiva del Consejo 2000/43/EC de 29 de junio de 2000, al ordenar que sea la parte demandada la que deba demostrar que no ha existido vulneración al principio de igualdad y de no discriminación.

FRANCIA

En el evento de un juicio relacionado con discriminación en el empleo, el empleador debe presentar hechos que permitan inferir una discriminación directa o indirecta. La carga de la prueba luego recae en el demandado para probar que tal decisión está justificada por elementos objetivos carentes de discriminación.

I. Discriminación y la división Civil-Penal.

En Francia, el mayor problema para los demandantes que reclaman discriminación en la contratación en un contexto civil es que las partes no pueden obligar al adversario a otorgar evidencia en su poder. Tener la carga de la prueba implica que se tiene la carga de presentar evidencia en defensa del caso propio, pero el litigante civil no tiene acceso a la que está en manos de su adversario.

En estos casos debe establecerse por el Juez una orden de investigación, pero ésta se encuentra limitada, conforme con el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil Francés, el cual prohíbe que se decrete una orden de investigación para suplir deficiencias probatorias de una de las partes.

Por lo tanto, si la demandante obtuviere el documento a través de medios ilegítimos, esta evidencia sería inadmisibile; esto genera dificultades probatorias, ya que generalmente, los demandantes no tienen acceso a las pruebas que demuestran que ha existido discriminación.

No obstante ello, esto se ve, de alguna manera en contraste con la discriminación como un delito, conforme a la legislación francesa. Una serie de características del Procedimiento Criminal francés hacen más sencillo para las víctimas de discriminación desenterrar evidencia de que se ha ejercido un tratamiento dispar. El código de procedimiento penal le otorga un rol mucho más activo al “*juged'instrucción*”,⁶⁸ el que investiga la causa penal, en comparación al juez de la causa civil.

a) **Jurisprudencia**

En un caso contra Ikea, la investigación descubrió que un memorándum vía e-mail, respecto del reclutamiento de empleados responsables de la distribución de un catálogo, decía “para este tipo de trabajo, no recluten personas de color (...).”

En este mismo sentido, la dueña de una peluquería fue condenada por discriminación racial, ya que una mujer negra testificó que había acudido al lugar con su CV en respuesta a un aviso de empleo, pero la dueña del local le

⁶⁸ Una especie de Fiscal, se trata de un juez distinto de aquel que falla la causa, cuyo rol es proceder en todos los actos de investigación que juzgue útil para la manifestación de la verdad.

dijo que ya no estaba buscando más empleados. Una amiga de la víctima, una mujer blanca, testificó que acudió después al lugar para solicitar el trabajo, describiendo sus calificaciones como iguales a las de la víctima, y se le ofreció inmediatamente una entrevista de trabajo. La dueña del salón admitió que había rechazado a la víctima porque una empleada blanca correspondía mejor a su clientela.

La Corte de Apelaciones de París condenó a L'Oréal por discriminación racial en su contratación, ya que la investigación determinó que la Firma estaba buscando mujeres del "tipo BBR", esta expresión, que deriva de "bleu, blanc, rouge", los colores de la bandera francesa, está asociada al Frente Nacional, que es un Partido Político francés, que propugna abiertamente su rechazo a los inmigrantes.

Aún más, las grabaciones hechas durante operaciones de prueba son consideradas formas válidas de evidencia en procedimientos criminales. En junio del 2002, la Corte de Casación sostuvo que "ninguna disposición legal permite a los jueces criminales desechar métodos de prueba producidos por las partes, por el único motivo de que fueron obtenidos a través de medios ilícitos o desleales". Esto en contraste con los civiles, en que este tipo de prueba es considerada ilícita.

También ha sido aprobado, por la Corte de Casación, la utilización de testigos como un medio legítimo de prueba de una discriminación.

En conclusión, en el sistema francés, debido a la dificultad de utilizar grabaciones no-consensuadas como evidencia en un procedimiento civil, se excluye la única prueba que la víctima podría tener. Además, como los candidatos no pueden obligar a los empleadores a exhibir documentos sin mostrar primero alguna evidencia de desigualdad en el trato de candidatos de diferentes razas, nos encontramos frente a una serie de problemas para probar la discriminación en casos civiles.

Estos problemas, sin embargo, han sido superados a través de la utilización de procedimientos penales. Lo complejo, no obstante, respecto de la persecución criminal de la discriminación, consiste en la prueba del dolo, la cual es, además complementada por la presunción de inocencia.

En estos casos, son los persecutores los que tienen la carga de mostrar que el tratamiento dispar ha sido motivado por una intención de discriminar. Sin embargo, en estos casos los persecutores no pueden beneficiarse de la carga de la prueba dinámica que se establece en el régimen civil, en el cual la simple demostración de una diferencia de trato cambia la carga de la prueba hacia el

empleador. Así, la mayoría de los procedimientos criminales resultan en sobreseimiento por falta de evidencia.

VISIÓN COMPARADA

Así, tenemos que, en general en los procedimientos civiles se ha buscado establecer un sistema de prueba dinámica, en el que basta que el demandante sea capaz de demostrar que ha existido una diferencia en el trato, para que la carga de la prueba se desplace inmediatamente al demandado, que es el que deberá probar la existencia de una explicación racional para esta diferencia.

Esto debido a que, como ya se ha dicho, generalmente una víctima de discriminación no tiene dentro de su poder los medios para demostrar que efectivamente ha existido un ánimo discriminatorio al momento de establecer diferencias arbitrarias. No olvidemos que las víctimas de discriminación son generalmente, precisamente por su vulnerabilidad, personas desfavorecidas por la sociedad, y que, respecto de su contraparte, se encuentran en una situación de absoluta desigualdad en el poder.

En el caso chileno, tenemos aún una legislación procedimental civil extremadamente formalista, que se basa en el principio de que “quien alega una situación debe probarla”, y en un sistema de prueba tasada, que si bien ha ido evolucionando hacia la sana crítica, aún se encuentra con una serie de impedimentos legales a la hora de establecer una carga de laprueba dinámica.

En este sentido, la legislación antidiscriminación chilena se asemeja, en lo que a procedimiento respecta, a la legislación civil francesa, y adolece por tanto de las mismas debilidades; su excesivo formalismo y la posición pasiva del juez. Sin embargo, en Chile nos hallamos frente a otro problema, debido a que la discriminación no se encuentra tipificada como delito penal, y por lo tanto las debilidades respecto de su investigación no pueden sanearse de la forma en que se hace en Francia. Esto no obstante la agravante introducida al artículo 12 del Código Penal, por la ley 20.609, la cual a su vez es igualmente deficiente en el sentido que debe, para hacerse efectiva, demostrarse que el imputado ha actuado “motivado” por ciertos factores⁶⁹, lo que conlleva la complejidad de establecer el estado de ánimo de la persona que ha cometido el delito, al tiempo que, consistentemente con el artículo 19 n°3 de nuestra Constitución

⁶⁹ Art. 12 n° 21, Código Penal. Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca.

Política de la República, se coarta la posibilidad de una alteración en la carga de la prueba en materia Penal.

CONCLUSIONES

Hemos concluido, por tanto, que la naturaleza de estas conductas - las cuales, valga la pena recordar, también podrían configurarse desde omisiones - es la de ser hechos antijurídicos, por cuanto estos son contrarios a derecho.

En particular, estos hechos son contrarios a la Constitución Política de la República, por cuando develan una situación de diferencia o desbalance entre las partes, la cual afecta su dignidad, y se interpone en la realización personal de los individuos, además de atentar contra bienes jurídicos general y específicamente tutelados por nuestra legislación y tratados internacionales vigentes y ratificados conforme a derecho.

Desde el punto de vista del derecho sustantivo, urge la determinación en forma más específica del contenido de este tipo de conductas, especialmente refiriéndonos al ámbito de la discriminación, creemos que la formulación del tipo es demasiado amplia, lo cual conlleva enormes dificultades a la hora de la

prueba de ésta, por cuanto no es posible determinar la manera en que este ilícito se configura conforme a la norma.

En este mismo sentido, urge determinar jurídicamente el contenido y los límites de los actos de *Bullying* y *Grooming*, a efectos de poder señalar más claramente los hechos que deberán acreditarse para sostener su existencia.

Respecto a su tipificación penal, hemos observado que muchas de estas conductas podrían reconducirse a tipos penales establecidos en la ley, dependiendo de su configuración. Destacamos particularmente los tipos de lesiones, injurias y calumnias, y el abuso sexual impropio, contenido en el art. 366 quáter del Código Penal. Además, cabe recordar la agravante introducida por la ley 20.609, respecto de los delitos cometidos, motivados por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca

Respecto del *Grooming* particularmente, y desde un punto de vista meramente pragmático, debemos resaltar las dificultades que su persecución

presenta *de facto*, esto debido a la poca actividad que se realiza para su persecución y penalización.

Nos parece prudente señalar como recomendable analizar la creación de una política criminal a tal efecto, que establezca un organismo (fiscalía o similar) que conste con los medios tecnológicos idóneos, y que esté investido de las facultades y poderes requeridos para la investigación y prosecución de esta clase de actividades.

De esta misma forma, es necesario estudiar las políticas criminales actuales, a fin de identificar si se requiere o no de la tipificación de este tipo de conductas, de *Bullying*, *Grooming* y discriminación como ilícitos penales, dándoles así un contenido más determinado y conforme a las exigencias constitucionales en materia de *IusPuniendi* estatal.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta, que la incorporación de tipos penales, especialmente en el ámbito del *Grooming*, ha sido ampliamente cuestionado por la doctrina, sobretodo la proveniente de E.E.U.U., en que se ha señalado “[E]l problema de la infracción al principio de culpabilidad debe ser solucionado involucrando dos niveles de análisis, por un lado, que la posesión

de objetos no puede ser delito a menos que el legislador haya incluido como elemento de la descripción legal el hecho que la posesión de los objetos lo sea para la utilización en fines delictivos y, por otro lado, que la carga de la prueba sobre la intención no puede ser modificada mediante el uso de una presunción legislativa.⁷⁰

En este mismo sentido “[N]os parece que el Derecho Penal no es útil para detener el problema social que supone la posesión de pornografía infantil, con el castigo de un hecho como este, no se pone un freno a la cadena de reproducción criminal, sino que se está apuntando a la selección de la criminalidad visible, esto es, a la punta del iceberg del delito, al mismo tiempo se olvida que el verdadero problema está en canalizar la intervención penal hacia las formas más graves de criminalidad. Con todo, esta realidad demuestra la existencia de una nueva moral que reclama la punición de todas las formas de intervención posible en la sexualidad infantil, incluyendo aquellas conductas que no supongan inequívocamente la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos individuales y, al mismo tiempo, está exigiendo que el Derecho Penal se ocupe, también, de modo particularmente relevante de la prevención y promoción de la no realización de acciones que atenten contra la sexualidad

⁷⁰OXMAN, Nicolás. Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica. [En línea] Política criminal. Diciembre, 2011, volumen 6 (12) <http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A2.pdf> [Consulta: 3 febrero 2015]. P. 10.

infantil; por mínimas o equívocas que sean tales conductas, todas merecen ser objeto de reproche.”⁷¹

“Además vale la pena reflexionar sobre un punto. Si la intervención penal en casos en que un menor de edad se ve sometido a ataques de naturaleza sexual por parte de personas cercanas o parientes tiene, además, por objetivo extraer al menor de dicho contexto, tratando en consecuencia de proveer el apoyo para superar el trauma que significan, ello no se produce cuando han transcurrido muchos años desde el ataque. La protección de la víctima supone también pertinencia en la respuesta estatal. Cuando esa respuesta llega con una distancia temporal demasiado prolongada, este objetivo no puede cumplirse.”⁷²

Respecto de los medios probatorios idóneos para la prueba de estos hechos, no obstante que éstos pueden ser probados de cualquier forma admisible en juicio, hemos recalcado el valor de la prueba tecnológica, cual es la forma en que se produce la mayor parte de estas conductas en atención a sus características particulares; la incorporeidad, la interactividad y la

⁷¹ OXMAN, Nicolás. Ob. Cit. P.13.

⁷² CABEZAS, Carlos. Prescripción de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad: problemas aplicativos del artículo 369 quater del Código penal. MJCH_MJD1015. 2013. [En línea] <<http://cl.microjuris.com/>> [Consulta: 23 De febrero 2015]. P.11.

innovación, la cual deberá ser rendida en juicio civil ordinario, conforme a las reglas generales, establecidas particularmente en la ley 20.217, que la análoga a la prueba instrumental, más allá de las regulaciones en procedimientos especiales, que han tendido a facilitar la rendición de esta clase de prueba, a través de la figura de “otros medios de prueba” o “medios probatorios idóneos”. Estos medios deberán valorarse e impugnarse conforme a las reglas generales, a saber, en el procedimiento ordinario, diferenciando entre instrumento público y privado para las causales por las cuales se podrá impugnar, a través de la vía principal o incidental, primando el sistema de valoración de la prueba legal o tasada, y luego ya observando las reglas particulares para los procedimientos especiales los cuales han tendido más hacia la oralidad y la inmediación, con reglas de valoración conformes a la sana crítica.

En relación a la regulación en el derecho comparado podemos sostener que éste ha tendido hacia la tipificación más estricta de éstas conductas, ya sea a través de la legislación civil o propiamente penal. Destaca, además, en este ámbito, la tendencia internacional a la generación de una prueba dinámica, en que corresponde al demandante probar la existencia de un trato diferenciado, y luego al demandado probar su racionalidad.

Dentro del ámbito propiamente procesal, corresponde hacer las siguientes observaciones:

En primer lugar, es menester tener presente la dificultad que en materia probatoria civil presenta el hecho de limitar la prueba tecnológica al documento electrónico, analogándola con la prueba instrumental.

Sostenemos que esta solución no se hace cargo de las divergencias fácticas, especialmente tecnológicas que presenta la prueba a través de medios modernos, y por lo tanto implica falencias de tipo técnico.

Si bien es cierto que se incorpora una instancia para, a través de peritos, revisar su autenticidad, no es menos cierto que el llamado a dicha audiencia no solo es facultativo del juez, sino que, por la misma letra de la ley, se encuentra limitada al establecimiento de la autenticidad de la misma, y por lo tanto, deja de lado otro tipo de objeciones que se puedan formular, que puedan requerir igualmente la intervención de expertos.

Además, cabe señalar el rol que juega la carga de la prueba en este tipo de conductas, por cuanto estas muchas veces requieren, para su determinación, la prueba de subjetividades, tales como un “ánimo lascivo” o bien un “ánimo discriminatorio”, cuya exigencia no debe en ningún caso entenderse como un mandato al Juez para incursionar en la mente de los imputados con tales actitudes, entendiendo que su acreditación debe referirse siempre a conductas externas que permitan inferirlas.

En este mismo sentido, corresponde hacer hincapié en la necesidad de incorporar, a este tipo de procedimientos, presunciones, alteraciones a la carga de la prueba, y un mandato legislativo de avanzar hacia un sistema de carga de la prueba dinámica.

Progresar hacia un sistema de prueba a través de medios modernos autónomo implica también reconocer la independencia de este tipo de prueba a nivel de valor probatorio, no siendo razonable mantener la ponderación que se le da actualmente a esta como prueba instrumental, a la hora de compararla con otros medios de prueba.

Sostenemos firmemente que el sistema de valoración de la prueba debe enfocarse hacia la sana crítica, dejando atrás el sistema de valoración tasada de la prueba, el cual no se hace cargo de la rapidez con que avanza la tecnología actualmente y de las ventajas que la incorporación de esta puede reportar para la búsqueda de la certeza por parte del sentenciador.

Finalmente, queremos concluir este trabajo señalando la importancia de una reforma sistemática al procedimiento civil general y supletorio, que abarque de manera plena y responsable las falencias que existen en nuestro procedimiento actual.

Relativo a lo que nos concierne en esta investigación, urge incorporar la prueba a través de medios tecnológicos como un medio autónomo, regulando los límites e implicancias técnicas que ella requiera, a la vez que incorporando la infraestructura y procedimiento necesario para la rendición de ésta, con especial mención de la importancia de la inmediación de la prueba, esto es, del contacto directo del juzgador con ella, a fin de poder aprovechar cabalmente su potencial.

En este mismo sentido, es necesario hacerse cargo de regular los límites de la prueba a través de medios modernos de prueba; y sobretodo resaltar la importancia que tiene una configuración legal y doctrinal clara de la prueba ilícita y sus implicancias a nivel procesal y sustantivo, a fin de asegurar realmente un debido proceso.

NORMATIVA

1. ACTAS del proyecto de ley antidiscriminación. [en línea]<<http://www.leychile.cl/>> [consulta: 01 noviembre 2014].
2. ACTAS de discusión de la ley N° 20.217. [en línea]<<http://www.leychile.cl/>> [consulta en línea: 30 Noviembre 2014]
3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Ley 1552. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile. Última versión 22 de octubre de 2015.
4. CÓDIGO PENAL. Publicada en Diario Oficial. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile. Última versión: 10 de Julio de 2015.
5. CÓDIGO PROCESAL PENAL. Ley N° 19696. Publicada en Diario Oficial. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile. Última versión: 6 de febrero de 2015.
6. DECRETO N°100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Publicado en Diario Oficial. Santiago, Chile. Última versión 3 de Mayo de 2014.
7. LEY N° 19.696. Crea el Código Procesal Penal. Ministerio de Justicia. Publicada en Diario Oficial. Santiago, Chile. 12 de octubre de 2010.
8. LEY N° 19.799. Sobre documento electrónico, firma electrónica y los servicios de certificación de dichas firmas. Ministerio de economía; fomento y reconstrucción. Publicada en Diario Oficial. Santiago, Chile. 12 de Abril de 2002.
9. LEY N° 20.217. Modifica el Código de Procedimiento Civil y la ley N° 19.799 sobre documento electrónico, firma electrónica y los servicios de certificación de dichas firmas. Ministerio de economía; fomento y reconstrucción. Diario Oficial. Santiago, Chile. 12 de Noviembre 2007.

10. LEY N° 20.536. Sobre Violencia Escolar. Ministerio de Educación. Diario Oficial. Septiembre de 2011.
11. LEY N° 20.609. Establece medidas contra la antidiscriminación. Subsecretaría General de Gobierno. Diario Oficial. Santiago, Chile. 24 de Julio de 2012
12. OFICIO N° 11.272. Proyecto de ley: Código Procesal Civil. Valparaíso, Chile. 7 de mayo de 2014.
13. UNIVERSIDAD DE CHILE, Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho. Anteproyecto de Código Procesal Civil. Santiago, Chile. Diciembre de 2006.

JURISPRUDENCIA

1. 3° Juzg. Civ. de Santiago. 5.12.2012. Zapata con Sociedad Comercial Marín Limitada. MJCH_MJJ33826. [en línea] <<http://cl.microjuris.com/>> [Consulta: 23 febrero 2015].
2. 4° Juzg. Civ. De Antofagasta. 30. 06.2014. Majmud con Ministerio de Obras Públicas.MJCH_MJJ38021. [En línea] <<http://cl.microjuris.com/>> [Consulta: 23 febrero 2015].
3. Corte de Arica. 17.9. 2011. Mussa Valenzuela, Lorena con Representante legal Colegio Alemán Arica. MJCH_MJJ28519. [En línea]<<http://cl.microjuris.com/>> [Consulta: 25 febrero 2015].
4. Corte de Santiago. 18.8.2014. Carlos y otros con Ilustre Municipalidad de Santiago y otros. MJCH_MJJ38089. [En línea] <<http://cl.microjuris.com/>> [Consulta: 25 febrero 2015].
5. Corte de Valdivia. 23.5.2012. Sáez Patricia con Colegio Blas Pascal Osorno. MJCH_MJJ32081 [En línea] <<http://cl.microjuris.com/>> [Consulta: 25 febrero 2015].

OTRAS FUENTES

1. ANTI DISCRIMINATION BOARD. Conciliation cases.
2. BRIGADA INVESTIGADORA del Ciber crimen.
3. *Bullying.org* [en línea] <<http://www.Bullying.org>> [consulta 04 febrero 2014].
4. CENTRO de Estudios Públicos. Estudio Nacional de Opinión Pública N°44, Tercera Serie [encuesta]. Abril 2015. Chile.
5. *CHILDNET International. Grooming and UK law.*
6. CriteriaResearch, Bullying, CiberBullying y Violencia Escolar [encuesta] Chile, 2010.
7. *cyberBullying.org.* [en línea] <<http://www.cyberBullying.org/>> [consulta: 04 febrero 2014]
8. DICCIONARIO de la Real Academia de la Lengua Española. Madrid, Editorial Espasa Calpe S.A.
9. FONDECYT N°1040694 “Figuras Estructurales De La Violencia Escolar. Hacia Una Recuperación De La “Subjetividad Educativa”, aprobado para el año 2004.
10. FUNDACIÓN Pro Bono. El Bullying y sus implicancias legales: manual para los colegios [en línea] <<http://www.probono.cl/documentos/documentos/manual%20Bullying.pdf>> [consulta: 06 diciembre 2014].
11. INSTITUTO Nacional de Estadísticas. Justicia, Informe Anual 2013[en línea] <http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/completa_justicia_2013.pdf> [consulta: 12 febrero 2015].
12. LEGISLACION y políticas antidiscriminatorias en México.

13. MINEDUC (2011). Orientaciones para elaboración y revisión de reglamentos de convivencia escolar [en línea] <<http://www.educarchile.cl/UserFiles/P0037/File/Clima/Clima%2004.pdf>> [consulta: 13 de diciembre 2015].
14. NSPCC [en línea] <<http://www.nspcc.org.uk/preventing-abuse/child-abuse-and-neglect/Grooming/>> [consulta: 14 de septiembre 2015].

BIBLIOGRAFIA

1. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Estudios de derecho probatorio. Concepción, Chile. Universidad de Concepción. 1965.
2. ALVARADO, Christian. CRUZ, José Manuel. DE LA MAZA, Eduardo de la Maza. El *Bullying* y sus implicancias jurídicas. 2008. [en línea] <http://www.jaimeguzman.cl/wp-content/uploads/2010/01/hostigamiento-escolar.pdf>> [consulta: 16 de marzo de 2016].
3. ARMENTA DEU, Teresa. La prueba ilícita (Un estudio comparado). Madrid, España, Marcial Pons, 2009.
4. ASTUDILLO, Andrés. La infracción de las normas reguladoras de la prueba como Causal del Recurso de Casación en el fondo. Tesis (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2001.
5. BUSTAMANTE, Mónica. Garantismo: el estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia. Lima, Perú, Editorial San Marcos, 2013.
6. BUSTOS, Juan. Obras Completas, Tomo II, Control Social y otros estudios. Lima, Perú, Ara Ediciones, 2004.
7. CABEZAS, Carlos. Prescripción de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad: problemas aplicativos del artículo 369 *quater* del Código penal. MJCH_MJD1015. 2013. [En línea]<<http://cl.microjuris.com/>> [Consulta: 23 De febrero 2015].

8. CARRANZA, JAVIERA. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre discriminación sexual, antes y después a la Ley 20.609 y propuestas de modificaciones. Santiago, Chile. 2014.
9. CARRASCOSA, Valentín. Digitalización, firma electrónica y debido proceso. *Revista Chilena de Derecho Informático*. 2004.
10. CAROCCA, Alex. Una Primera Aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile. *Ius et Praxis*, vol. 4 (2). 1998. Universidad de Talca, Chile.
11. CASABONA, Romeo. El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales. Granada, España. Editorial Comares, 2006.
12. CERDA SAN MARTIN, Rodrigo. La prueba ilícita y la regla de exclusión. *Revista de la Justicia Penal* (6). Octubre, 2010.
13. CUERDA, María Luisa. Menores y Redes sociales: protección penal de los menores en el entorno digital. En *Cuadernos de política criminal: segunda época* (112), 2014.
14. DÍAS Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Autoría y Participación. Chile, *Revista de Estudios de la Justicia* (10): 49 p.2008.
15. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. La prueba tecnológica en la ley de enjuiciamiento civil. Navarra, Editorial Aranzadi, 2003.
16. DELGADO, LUIS. La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia. Universidad de Burgos. [en línea]. <http://www.te.gob.mx/ccje/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf> [Consulta: 12 febrero 2015].
17. DEVIS, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá, Colombia. Editorial Temis, 2002.

18. DUNLOP, Sergio. Nuevas Orientaciones de la Prueba. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile 1981.
19. FERRADA, Francisco. La prueba ilícita en sede civil. Tesis (Para optar al grado de Magíster en Derecho). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009.
20. GARCÍA, Javier. Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet. Valencia, España. Tirant lo Blanch, 2010.
21. GIANNINI, Leandro. Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria). En La Ley. F-1136. 2010.
22. GINER, César. Prueba prohibida y prueba ilícita. Anales de Derecho (26) Universidad Murcia. 2008.
23. GONZÁLEZ, Javier. Nuevas tecnologías y medios de prueba en el proceso laboral. Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo. (2). España. 2001.
24. GOZÁINI, Osvaldo. Obtención y Valoración de la Prueba Ilícita. En: DE LA OLIVA SANTOS, A., PALOMO VÉLEZ, D. (Coord.). Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2007.
25. MATTE, Arturo. Sanciones disciplinarias por agresiones desplegadas por alumnos a través de un fotolog. Jurisprudencia constitucional sobre Bullying en Chile. Anuario de doctrina y jurisprudencia. Sentencias destacadas 2008. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas. 2009.
26. MATURANA, Javier. Sana crítica: un sistema de valoración racional de la prueba. Tesis (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias

Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2010.

27. MIRANDA, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona, España, J. M. Bosch Editor, 2004.
28. MANRÍQUEZ, Samuel. La libertad de prueba en el juicio oral. Tesis (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Valparaíso, Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile. 2005.
29. MAYER, Laura. Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil. [en línea] <<http://cl.microjuris.com/>> [Consulta: 23.02.15].
30. MENDOZA, Silvia, El Derecho penal frente al acoso a menores: Bullying, cyberBullying, Grooming y sexting. Tirant lo Blanch (868), Valencia, España. 2014. Monografías.
31. OBERG, Héctor. Un desastre procesal. Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo (18), 2008.
32. OLWEUS, Dan. Acoso escolar, "Bullying, en las escuelas: hechos e intervenciones. Conferencia. Centro de investigación para la promoción de la salud, Universidad de Bergen, Noruega, citando sus trabajos Mobbing –vad vi veto ch vad vi kan göra. Stockholm: liber (1986).
33. OPPENHEIMER, David. Comparative Equality and Anti-Discrimination Law, Cases, Codes, Constitutions and Commentary. Nueva York, Estados Unidos. Foundation Press, 2012.
34. OST, Suzanne. *Child Pornography and Sexual Grooming: Legal and Societal Responses*. Law and society, Cambridge University Press. Nueva York, Estados Unidos. 2009.

35. OXMAN, Nicolás. Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica. [En línea] Política criminal. Diciembre, 2011, volumen 6 (12) <http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A2.pdf> [Consulta: 3 febrero 2015].
36. PÉREZ, María A. La prueba ilícita en el proceso civil. El derecho (1). 2011.
37. PEYRANO, Jorge Walter, et al. Cargas Probatorias Dinámicas. Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.
38. PICÓ i Junoy, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil. Barcelona, España, J.M. Bosch Editor, 1996.
39. QUINTINO, Rubén. Formas de Autoría y Participación [en línea] <http://www.inacipe.gob.mx/stories/investigacion/descargas/CAPITULO%2010%20Autor%C3%ADa%20y%20Participaci%C3%B3n.pdf> [consulta: 28 septiembre 2015].
40. RIOSECO H, Emilio. La Prueba Ante la Jurisprudencia (5 volúmenes). Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1982.
41. RODRIGUEZ, Pablo. Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1999.
42. ROMEO, Carlos María. El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales. Granada, España, Colmares, 2006.
43. SALGADO F., Liliana. La Prueba: Objeto, Carga y Apreciación. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1979.

44. SCHEECHLER, Cristián. El *childGrooming* en la legislación penal chilena: sobre los cambios al artículo 366 quáter del código penal introducidos por la ley no. 20.526. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política. 3 (1), 2012.
45. SIERRA, Ismael. Análisis crítico del tipo penal de abusos sexuales y de la figura del *childGrooming* a partir de una interpretación jurisprudencial del Artículo 366 quáter del Código Penal. Tesis (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales) Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2011.
46. SUCKLING, A. y Temple, C. Herramientas contra el acoso escolar. Un enfoque integral. Madrid, España, Ediciones Morata, 2006.
47. TAPIA, Mauricio y otros. Comentarios al proyecto de nuevo código procesal civil Revista de Derecho. Escuela de posgrado. Universidad de Chile. (4), 2013.
48. TARUFFO, Michele. Investigación Judicial y Producción de Prueba por las Partes. Revista de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Austral de Chile. 15(2), 2003.
49. TERRASA, Eduardo. Cargas Probatorias Dinámicas. Lima, Perú, Editorial San Marcos, 2013.
50. VALENTÍN, Gabriel. Análisis Crítico de la llamada Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas. Revista Uruguaya de Derecho Procesal. (3-4), 2008.
51. VILLA, Javier. Autoría y Participación. Perú, Cuadernos de Investigación y jurisprudencia, 3 p. 2005.
52. VON CONTA, Alejandro. La Sana Crítica, Trabajo de Investigación. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2010.

53.ZAPATA, María Francisca. La Prueba Ilícita. Santiago, Chile, Lexis-Nexis, 2004.