

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE MAGÍSTER PARA TEMUCO
CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL

“¿EXISTE UN CASO DE ANTICIPACIÓN DE TUTELA PENAL EN EL ARTÍCULO 366
QUATER DEL CODIGO PENAL?”

CARMEN VALDEBENITO HUENCHUÑIR
15.502.997-8

PROFESOR GUÍA: CLAUDIA CÁRDENAS ARAVENA

RESUMEN

La legislación sexual nacional, tipifica múltiples ilícitos, entre ellos, el artículo 366 quáter, llamado abuso sexual impropio o sin contacto, que sanciona varias conductas, en que no existe contacto entre víctima y agresor, norma que fue objeto de una modificación legal, a través de la ley N° 20.526, que incorpora la hipótesis de realizar este delito a distancia por cualquier medio electrónico, dando cabida al fenómeno criminológico conocido como *grooming*.

El objeto de este trabajo, es el análisis de dicha norma, su contenido actual, a fin de determinar, si existe un caso de anticipación de tutela penal, como lo sería el sancionar la solicitud de información a la víctima, sin lograr el envío de la misma, o si en este supuesto, existe una forma imperfecta de comisión del delito.

Comenzaré con una breve exposición a los límites del *ius puniendi* y su relación con el artículo en estudio, análisis del bien jurídico protegido por la norma, modificaciones legales que ha sufrido la norma, estudio de las hipótesis descritas en el artículo y una ilustración de los fallos dictados a propósito de la norma en estudio, especialmente luego de la modificación legal introducida por la ley N° 20.526.

Palabras claves: sexual, abuso, impropio, modificaciones, *grooming*, anticipación, tutela penal.

ABSTRACT

The national sexual legislation, typifies multiple illicit, among them, the article 366 quáter, called improper or non-contact sexual abuse, that sanctions several conducts, in which there is no contact between victim and aggressor, norm that was object of a legal modification, to through Law No. 20,526, which incorporates the hypothesis of carrying out this crime remotely by any electronic means, making room for the criminological phenomenon known as *grooming*.

The object of this work is the analysis of that norm, its current content, in order to determine if there is a case of anticipation of criminal protection, as it would be to sanction the request for information to the victim, without achieving it sent from the same, or if in this case, there is an imperfect form of commission of the crime.

I will begin with a brief exposition to the limits of *ius puniendi* and its relationship with the article under study, analysis of the legal right protected by the norm, legal modifications that the norm has suffered, study of the hypotheses described in the article and an illustration of the failures dictated by the rule under study, especially after the legal modification introduced by Law No. 20,526.

Keywords: sexual, abuse, improper, modifications, *grooming*, anticipation, criminal protection.

| | |
|--|----|
| INDICE | |
| RESUMEN | 2 |
| INDICE | 4 |
| INTRODUCCIÓN..... | 5 |
| CAPÍTULO 1: ABUSO SEXUAL SIN CONTACTO DEL ARTICULO 366 QUATER Y SU RELACION CON LOS LÍMITES AL <i>IUS PUNIENDI</i> | 6 |
| 1.1 PANORAMA ACTUAL DEL ARTICULO 366 QUATER Y SU VINCULACION CON NORMATIVA INTERNACIONAL..... | 6 |
| 1.2 MANDATO DE EXCLUSIVA PROTECCION DE BIENES JURIDICOS | 8 |
| 1.4 BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS SEXUALES | 10 |
| 1.5 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 366 QUÁTER..... | 19 |
| CAPÍTULO 2: DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL SIN CONTACTO..... | 26 |
| 2.1 AMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTICULO 366 QUATER..... | 26 |
| 2.2 DELITO DEL ARTICULO 366 QUÁTER: CARACTERÍSTICAS ESPECIALES Y ÁNIMO LASCIVO..... | 29 |
| 2.3 GENESIS LEGISLATIVA DEL ARTICULO 366 QUATER: MODIFICACIONES INCORPORADAS EN DELITOS SEXUALES POR LA LEY N° 19.617 | 31 |
| 2.4 MODIFICACIONES INCORPORADAS EN DELITOS SEXUALES POR LA LEY N° 19.927..... | 33 |
| 2.5 ÚLTIMA MODIFICACIÓN DEL 366 QUÁTER: LEY 20.526..... | 36 |
| 2.6 ESPECIFICACIONES RESPECTO DEL <i>GROOMING</i> | 39 |
| CAPITULO 3: ANÁLISIS DE LAS HIPÓTESIS CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 366 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL..... | 42 |
| 3.1 DEL ESTUDIO PARTICULAR DE LAS HIPOTESIS | 42 |
| 3.1.1. CONDUCTA DESCRITA EN EL INCISO 1º DEL ARTICULO 366 QUÁTER. . | 42 |
| 3.1.2 DETERMINAR A UN MENOR DE 14 AÑOS A REALIZAR ACCIONES DE SIGNIFICACIÓN SEXUAL | 49 |
| 3.1.3. CONDUCTAS SANCIONADAS RESPECTO DE MAYORES DE 14 AÑOS Y MENORES DE 18 AÑOS..... | 59 |
| 3.1.4. COMETER LAS HIPÓTESIS DESCRITAS EN EL ARTÍCULO A DISTANCIA, MEDIANTE CUALQUIER MEDIO ELECTRÓNICO..... | 61 |
| 3.1.5. AGRAVANTE ESPECIAL CONTEMPLADA EN EL INCISO FINAL DEL ARTICULO 366 QUÁTER..... | 63 |
| CONCLUSIÓN..... | 66 |
| BIBLIOGRAFÍA | 68 |

INTRODUCCIÓN

Los delitos sexuales en nuestra legislación tienen asignada una alta penalidad para aquellos que los cometen, especialmente si estos afectan a menores de edad, lo que se entiende por las consecuencias que estos delitos provocan para quienes son víctimas de ellos.

En esta materia, es de suma importancia al momento de legislar y luego al aplicar la ley, tener en cuenta el interés superior del niño, que ellos crezcan sin la menor alteración posible, sobre todo en el ámbito sexual, y por tanto, que cualquier conducta que atente de forma concreta contra su sexualidad debe ser sancionada, sin embargo, no se debe perder de vista el derecho penal de determinación o taxatividad, esto atendido a las altas penas que este tipo de ilícitos llevan aparejadas, debe exigirse que las conductas descritas en estos tipos penales deben ser lo más claras y delimitadas posibles, para evitar llegar al absurdo que, cualquier conducta pueda considerarse una agresión sexual, especialmente en materia de abusos sexuales, donde algunas de sus figuras no exigen contacto sexual entre víctima y agresor.

Nuestra legislación en el Código Penal en el Título VII del Libro Segundo sanciona los Crímenes y Simples Delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual, contemplando diversos tipos penales entre ellos el abuso sexual.

Precisamente dentro de este tipo de delitos es que esta descrita la figura del artículo 366 quáter, que sanciona el llamado abuso sexual impropio, atendido a que no exige contacto corporal entre la víctima y el agresor, describiendo distintas hipótesis en las que, el sujeto pasivo es expuesto a actos de significación sexual o es determinado por el sujeto activo a realizar acciones de significación sexual. De su sola lectura queda claro la enorme cantidad de situaciones que este artículo puede abarcar, por lo que el objetivo de este trabajo será precisamente determinar a qué situaciones se refiere, estudiando la génesis y fundamento de la norma, tratamiento que ha recibido en la jurisprudencia, las modificaciones que ha sufrido la misma, especialmente la incorporación del fenómeno *grooming* en nuestra legislación, a fin de determinar cuáles de todas las acciones que ejecuta el sujeto activo son sancionadas por nuestra legislación.

CAPÍTULO 1: ABUSO SEXUAL SIN CONTACTO DEL ARTICULO 366 QUATER Y SU RELACION CON LOS LÍMITES AL *IUS PUNIENDI*

1.1 PANORAMA ACTUAL DEL ARTICULO 366 QUATER Y SU VINCULACION CON NORMATIVA INTERNACIONAL.

Desde el 1ero de enero de 2018 al 30 de septiembre del mismo año, se han recepcionado 1.015.200 denuncias en la Fiscalía de Chile, de las cuales 20.350 corresponden a delitos sexuales, representando el 2% del ingreso total de casos¹. Como es posible advertir, estos tipos de delitos constituyen un bajo porcentaje de ingresos del total de delitos denunciados, sin embargo, son de gran connotación pública, ya que en su mayoría, afectan a menores de 18 años, y teniendo en cuenta el daño psicológico que en la mayoría de los casos, tendrá aparejado para el menor que los sufra, es que el legislador castiga duramente este tipo de conductas, tratando de sancionar nuevas figuras penales y así abarcar la totalidad de delitos que puedan atentar contra la sexualidad de los menores.

Ahora bien, si bien se entiende el deber del Estado de introducir nuevas figuras penales, esta creación de nuevas normas debe estar sujeta a límites o controles, que están dados por los principios limitadores al *ius puniendi*, los que deben estar presente al momento de la creación y aplicación de la norma. Uno de estos límites se encuentra en el principio de legalidad que tiene dos alcances: es una garantía contra la arbitrariedad y da validez a la norma penal, lo que se logra respetando la necesidad de la pena, la exclusiva protección de bienes jurídicos y respeto de la dignidad de la persona humana². Dentro de los principios limitadores la doctrina también señala el principio de absoluta necesidad de intervención y principio de culpabilidad.

En nuestro país, los delitos sexuales han sido objeto de diversas reformas, entre ellas las más importantes, especialmente para el artículo que es objeto de este trabajo, las modificaciones introducidas a través de la Ley 19.617 del año 1999, Ley 19.927 del año 2004 y la Ley 20.056 del año 2011, reformas legislativas que serán analizadas en detalle en forma posterior en el desarrollo de este trabajo. Estas

¹ FISCALIA DE CHILE (en línea) Boletín Estadístico III Trimestre Enero – Septiembre de 2018 <http://fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadistica/index.do>, consultada el 25 de Octubre de 2018.

² BUSTOS R., Juan y HORMAZABAL M., Hernán, 2012, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Chile, Librotecna, Volumen I, 128p.

modificaciones han sido inspiradas en diversas reformas que existen en el derecho comparado en esta materia, y que han sido frutos de los desafíos planteados por diversa normativa internacional, ejemplo de ello la Convención de Derechos del Niño, ratificada por Chile en el año 1990 y que en su artículo 1º dispone que “para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Luego en su artículo 19 establece que “los estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”, para luego en el artículo 34 disponer que “los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.³

El artículo 366 quáter del Código Penal sanciona el llamado abuso sexual sin contacto, el que describe varias conductas en las que no existe contacto físico entre víctima y sujeto activo y que luego de la última modificación incorpora a nuestra legislación el fenómeno conocido como *grooming*, por lo que el objeto de este trabajo será determinar si la norma, se ajusta a los principios limitadores del *ius puniendi*, determinando si sanciona como delito independiente la solicitud de envío, entrega o exhibición de imágenes o grabaciones del sujeto pasivo o de otro menor de 14 años de edad con significación sexual, hipótesis contemplada en el inciso 2º del artículo, lo que

³ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (en línea) <http://www.2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>, consultada el 10 de Agosto de 2014.

implicaría una anticipación de tutela penal o si esta misma situación puede ser sancionada como una forma imperfecta del delito.

1.2 MANDATO DE EXCLUSIVA PROTECCION DE BIENES JURIDICOS

La norma penal durante su creación debe estar sujeta a ciertos límites, a fin de no vulnerar derechos de los ciudadanos que van a ser castigados con dichas sanciones. Los límites al *ius puniendi* o garantías penales en la creación o producción de las normas, están dados por el principio de necesidad de la intervención, el principio de dignidad de la persona y del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Me referiré a este último a fin un poco más en detalle, para luego dilucidar si cumple con este mandato nuestro artículo en estudio.

La función del Derecho Penal es en general, evitar los atentados contra valores elementales sobre los que descansa la convivencia social, valores elementales que son cambiantes según la estructura de la sociedad a través del tiempo. Por tanto la selección de valores a los que se otorga protección debe ser rigurosa, teniendo especialmente en cuenta, que no se deben tutelar valores puramente éticos, como tampoco valores cuya vigencia esté condicionada a que se acaten voluntaria y no coactivamente, y solo se deben tutelar penalmente cuando quede de manifiesto que es la única forma de defenderlos (naturaleza subsidiaria del derecho penal)⁴. Por tanto la eficacia del Derecho Penal está condicionada por la certeza de que sus medidas de reacción operan realmente cuando sus prohibiciones o mandatos son infringidos, y esta seguridad es inversamente proporcional a la frondosidad de las incriminaciones.⁵ Así dice Enrique Cury el Derecho Penal cumple con su misión de preservar los valores elementales sobre los que descansa la convivencia amenazando con una pena a quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico mediante la realización de una acción o incurriendo en una omisión inadecuadas a sus prohibiciones y mandatos, requiriéndose para la construcción del injusto penal el desvalor de resultado como del de acción.⁶

⁴ CURY, U. Enrique, 2005, Derecho Penal parte general, Octava Edición ampliada, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 47p.

⁵ CURY, U. Enrique, 2005, Derecho Penal parte general, Octava Edición ampliada, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 48p.

⁶ CURY, U. Enrique, 2005, Derecho Penal parte general, Octava Edición ampliada, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 52p.

Precisamente dentro del desvalor de resultado, es que se encuentra el bien jurídico, que para efectos de este trabajo se entenderá como estados sociales valiosos, que hacen posible la convivencia y a los que el ordenamiento jurídico les ha otorgado reconocimiento, estados sociales que prexisten a su consagración como tales por el derecho, el cual se limita a conferirles ese carácter mediante el otorgamiento de su protección, pero ellos existen y valen para sus titulares antes que el ordenamiento jurídico los reconozca, entre ellos la autodeterminación sexual.⁷

Así, es unánime que el Derecho Penal intervendrá, cuando se lesione o se ponga en peligro un bien jurídico protegido por el derecho, se lesiona un bien jurídico cuando se destruye, deteriora o menoscaba el estado social deseable protegido por el derecho. La puesta en peligro de un bien jurídico descansa sobre un pronóstico que debe hacer el juez de acuerdo con las reglas que regulan los hechos de la naturaleza, que debe contar con base objetiva fundada en la experiencia general, sobre la probabilidad que la acción ocasione el resultado, es decir, la lesión al bien jurídico debe ser posible dentro de términos razonables.

En cuanto al desvalor de acción a juicio de Enrique Cury consiste en la reprobabilidad ético-social objetiva de la conducta que exterioriza una voluntad inadecuada a los mandatos o prohibiciones mediante los cuales el derecho asegura el respeto por los bienes jurídicos.⁸

Por su parte Juan Pablo Cox, entrega un concepto de bien jurídico, que señala que “se puede entender por bien jurídico aquella realidad que al derecho penal le interesa proteger frente al ataque de terceros o del propio titular y secundariamente y por vía consecuencial, aquellas aspiraciones que se considera deseable transformar en realidades”⁹. Díez Ripollés, por su parte, señala que los bienes jurídicos protegen situaciones o relaciones de la realidad social, y no meros derechos o facultades

⁷ CURY, U. Enrique, 2005, Derecho Penal parte general, Octava Edición ampliada, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 52p.

⁸ CURY, U. Enrique, 2005, Derecho Penal parte general, Octava Edición ampliada, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, 57p.

⁹ COX L., Juan Pablo, 2003, Los abusos sexuales, aproximación dogmática, Chile, Editorial Lexis Nexis, 20p.

subjetivas o, dicho de otro modo, intereses sociales y no simples pretensiones subjetivas¹⁰.

Teniendo presente lo expuesto, resulta claro que el derecho penal intervendrá cuando se lesione en forma grave o ponga en peligro en forma concreta el bien jurídico protegido, por lo que no interferirá, cuando esto no suceda, debiendo el Estado renunciar a la introducción de bienes jurídicos vagos y evitar la incriminación de conductas anticipadas, como lo sería en el artículo en estudio, si al terminar el análisis de la figura del 366 quáter, determinamos que se sanciona como delito independiente el acoso propiamente tal, la sola solicitud que realiza el sujeto activo sobre un menor para obtener por ejemplo, imágenes de carácter sexual, sin lograr su objetivo, por lo que el legislador para cumplir con el mandato de exclusiva protección de bienes jurídicos, debe requerir para los delitos de peligro una descripción precisa del bien jurídico tutelado puesto en peligro.¹¹ Los delitos de peligro es una categoría de tipos penales que se han sido concebidos en oposición a los delitos de lesión, cuyo elemento diferenciador entre ambas categorías, es la relación de lesividad o afectación que los vincula con el bien jurídico que justifica su sanción penal, es decir, el centro de este tipo de delitos es la generación de una condición que hace peligrar el bien jurídico, así sucede en los delitos de peligro concreto. En los delitos de peligro abstracto el riesgo pasa ser presumido por el legislador, apareciendo generalmente descritos como fórmulas de mera actividad¹².

A continuación, analizare el tema del bien jurídico protegido en los delitos sexuales, tema controvertido en la doctrina.

1.4 BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS SEXUALES

El tema del bien jurídico protegido en los delitos sexuales no ha sido sencillo para la doctrina, atendido especialmente que, en esta materia el derecho invade

¹⁰ DIEZ, R., José Luis, 2000, El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual, Revista de derecho penal y criminología, 2ª Época, (6): 70.

¹¹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia, 2014, Lecciones de Derecho Penal Chileno; Chile, Editorial Jurídica, Reimpresión segunda edición, Parte General, 69p.

¹² MALDONADO, F., Francisco, 2006, Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal”, Revista de Estudios de la Justicia, (7): 23 y 24.

profundamente la intimidad de las personas, introduciéndose en algo tan privado como es la sexualidad de los individuos, la que es definida por el diccionario de la Real Academia Española como, “el conjunto de condiciones anatómicas, fisiológicas que caracterizan a cada sexo, definida también, como apetito sexual, propensión al placer carnal.”¹³ Usualmente, la práctica de la sexualidad busca el placer, que es definido como “satisfacción, sensación agradable producida por la realización o susceptión de algo que gusta o complace,”¹⁴ que en este caso será la realización del acto sexual, siendo una de las características principales del placer sexual, el erotismo que es precisamente, la capacidad de sentir placer a través de la respuesta sexual, es decir, a través del deseo sexual, la excitación sexual y el orgasmo. La sexualidad, no está solo vinculada con actos que tienden a la procreación, sino que implica una serie de actitudes insertas en los planos afectivos y comunicacional del individuo, no siendo correcto restringirla o identificarla con genitalidad, ya que la conducta sexual conlleva un respuesta integrada que involucra la totalidad del organismo, mereciendo el calificativo de actos sexuales aquellos que la persona realiza bajo la motivación de impulso sexual, cualesquiera sean los órganos del cuerpo que resulten comprometidos¹⁵.

En este punto haré una breve exposición respecto al punto del bien jurídico protegido en los delitos sexuales, dando cuenta de las distintas teorías que existen, para luego analizar que sucede con la figura que es objeto de nuestro estudio la figura del 366 quáter del Código Penal. Me detendré en este punto con una breve exposición de cada teoría, ya que es importante determinar de qué forma se lesiona un bien jurídico de carácter sexual, si no existe contacto físico entre víctima y agresor.

Para Rodríguez Collao¹⁶, el bien jurídico protegido en los delitos sexuales debiera respetar tres principios limitadores del derecho penal, a saber; debiera respetar en primer lugar el principio de exclusión de valores ideológicos, atendido a que en esta materia se presta para una confusión entre lo ético y lo jurídico, aun

¹³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (en línea) <http://www.rae.es/rae.html=sexualidad> (consulta:09 de septiembre de 2013)

¹⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (en línea) <http://www.rae.es/rae.html=placer> (consulta:09 de septiembre de 2013)

¹⁵ RODRIGUEZ, C. Luis, 2014, Delitos Sexuales, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 29p.

¹⁶ RODRIGUEZ, C. Luis, 2004, Delitos sexuales, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 96 a 106p.

cuando legislativamente, aún quedan resabios en esta materia que la doctrina quiere eliminar, porque entiende que el derecho no puede imponer a las personas ciertas formas de comportamiento en el ámbito sexual que se consideren deseables según la moral que se entienda en el momento. Por cierto que este trabajo es política criminal y consiste en evitar que se desvirtúe la misión o fin del derecho penal.

En segundo término debiera tener en cuenta siempre el principio de lesividad por el cual la legitimidad de la intervención punitiva dependerá de que ella se oriente a la tutela de un bien jurídico.

Por último debiera respetar el principio de igualdad, que tiene por objeto garantizar la autonomía del hombre en cuanto a la determinación de su comportamiento en la esfera sexual, debiendo tomar en cuenta condiciones sociales y culturales en que se desarrolla el ser humano pero también la forma en que cada individuo opta por encausar su sexualidad.

En cuanto, a cual es en definitiva el bien jurídico sexual protegido en materia de delitos sexuales, ha habido una evolución en este punto en la legislación comparada y por cierto también en la legislación nacional, así se conocen en la doctrina varias teorías respecto al tema, de las que yo me referiré a cuatro grandes concepciones respecto a lo que es el bien jurídico protegido en los delitos sexuales.

Una de las primeras doctrinas conocidas sostenía que lo que protege los delitos que atentan contra la sexualidad era la moral, que es aquella que tiene base en el orden interno de las personas y que se orienta a distinguir, lo bueno de lo malo, buscando siempre lo bueno¹⁷. Esta es la doctrina más antigua en esta materia aparece en los textos normativos de España durante la baja edad media y el periodo del absolutismo y lo que prohibía era la entrega de una persona al “disfrute de una pasión desordenada”¹⁸. En la etapa de codificación se comienza hablar de la moral secularizada, social, alejándose dentro de lo que era posible de la moral cristiana que era la que había marcado la doctrina en sus inicios. La sexualidad para esta doctrina es un instrumento de procreación y no expresión de la libertad individual, y sostenían en su segunda etapa, que la moral debía revestirse de las características de las

¹⁷ COX, L. Juan Pablo, 2003, Los abusos sexuales, aproximación dogmática, Chile, Editorial Lexis Nexis, 23p.

¹⁸ RODRIGUEZ, C. Luis, 2004, Delitos sexuales, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 30p.

normas jurídicas para así verse protegida frente a su violación o puesta en peligro, fundamentando la necesidad de que el derecho proteja un cierto orden valórico que se considera necesario para el buen funcionamiento de la vida en sociedad, atendida la función modeladora que tendría el derecho penal, ya que el derecho educa y refuerza moralmente a los individuos.¹⁹

Los inconvenientes de esta teoría son evidentes y dicen relación principalmente con que la moral no es concepto absoluto y que no rige para todas las personas igual, si no que por el contrario, es un concepto de carácter personal que cambia de persona a persona, teniendo cada cual una apreciación distinta que lo que la moral significa. Por lo tanto si el Estado impusiera su concepción moral a través de las normas penales ejercería una tutela moral sobre las personas, que por cierto no es el fin del derecho penal, lo que traería consigo consecuencias negativas, ya que el derecho y la moral son ordenamientos distintos.²⁰ Señala Juan Bustos Ramírez, que una concepción moralista es ajena al derecho penal moderno, ya que en vez de tender al desarrollo del sujeto se inclina por su opresión²¹. Así la protección de la moral sexual tiene directa relación con la restricción de la libertad en su expresión activa, es decir, se restringe la realización por parte de las personas de ciertos actos de significación sexual atendido a si son o no considerados como correctos desde un punto de vista moral²².

Otra doctrina en esta materia, señalaba que el bien jurídico protegido en los ilícitos sexuales era la Honestidad y el Pudor, conceptos que están íntimamente ligados, ya que, la honestidad desde un punto de vista subjetivo, según algunos autores, sería sinónimo de pudor, definiendo honestidad para este ámbito, como el sentimiento de desagrado que una persona experimenta frente a los actos que constituyen expresión del instinto sexual, en razón de su naturaleza, circunstancias bajo las cuales debe ejecutarlos o el individuo con quien debe realizarlos. Ahora desde

¹⁹ COX, L. Juan Pablo, 2003, Los abusos sexuales, aproximación dogmática, Chile, Editorial Lexis Nexis, 25p.

²⁰ COX, L. Juan Pablo, 2003, Los abusos sexuales, aproximación dogmática, Chile, Editorial Lexis Nexis, 26 y 27p.

²¹ BUSTOS, R. Juan, 2009, Obras Completas, Derecho Penal Especial, Segunda Edición, Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, Tomo III.

²² BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, 2007, Curso de Derecho Penal, 2ª edición, Chile, Editorial Lexis Nexis, Tomo III.

un punto de vista objetivo el concepto de honestidad tiene dos acepciones, una que la define como la cualidad personal, representada por la observancia de normas éticas que rigen el comportamiento sexual y otra acepción que la hace sinónimo de sexual, siendo esta la propuesta que formulan quienes trabajan sobre la base de ordenamientos que agrupan la totalidad de infracciones sexuales bajo el rotulo de delitos contra la honestidad²³. En Chile, quien postula que el bien jurídico protegido en los delitos sexuales es la Honestidad es José Luis Guzmán Dalbora, quien la entiende como “facultad individual de manifestar el impulso sexual dentro de los moldes de comedimiento que impongan las valoraciones dominantes”²⁴, en su opinión libertad sexual y honestidad tienen semejanzas, así la ley acude en defensa de la honestidad y sanciona al hechor, cuando este pretende imponer al sujeto pasivo actos que no desea y por tanto, el consentimiento que válidamente les dé debe surtir un amplio efecto desincriminante, sin embargo las expresiones de la sexualidad están subordinadas a límites y condicionamientos que la norma de cultura en materia sexual dicta²⁵.

Los inconvenientes en aceptar esta tesis, resulta ya que la honestidad dice Juan Pablo Cox, es un valor moral, por lo tanto depende de cada persona según sus condiciones y pensamientos, por lo que el primer inconveniente que salta a la vista es que no es posible que alguien deje de ser honesto por las acciones que terceros realicen en su contra, se entiende que la honestidad debe concurrir en el sujeto pasivo, ya que la honestidad de una persona solo puede menoscabarse por actos o pensamientos de esa persona²⁶. Otro argumento para señalar que este no puede ser el bien jurídico protegido en la materia esta dado porque se deja sin protección penal a aquellos que según la sociedad no tienen la cualidad de honestas porque a su respecto

²³ RODRIGUEZ, C. Luis, 2004, Delitos sexuales, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 54p.

²⁴ GÚZMAN, D. José Luis, 2000, Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile, Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta:138 y 139.

²⁵ GÚZMAN, D. José Luis, 2000, Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile, Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta: 138 y 139.

²⁶ COX, L. Juan Pablo, 2003, Los abusos sexuales, aproximación dogmática, Chile, Editorial Lexis Nexis, 32p.

no hay nada que proteger²⁷, lo que claramente atenta contra la igualdad entre las personas.

En cuanto al pudor, esta es una idea de connotación esencialmente ética y que al igual que la honestidad es un sentimiento de carácter estrictamente personal, que varía de una persona a otra, pero en cuanto al contenido de dicho sentimiento no existe consenso. También se habla de pudor público o colectivo que son los sentimientos predominantes en la comunidad en cuanto al ejercicio de la actividad sexual²⁸. Se dice que es el respeto físico de nosotros mismos o la decencia sexual en sentido amplio²⁹. Tampoco se aceptó el pudor como bien jurídico protegido al igual que la honestidad, ya que al ser considerado como un sentimiento trae aparejado muchas emociones que no son fáciles de precisar, los bienes jurídicos no pueden ser sentimientos que son expresiones subjetivas y cambiantes.

La tercera doctrina y de la cual se desprenden varias otras, postula que la libertad sexual es el bien jurídico protegido por los delitos sexuales, pasando a ser el bien jurídico dominante en la doctrina contemporánea y en el criterio inspirador de las reformas que se introducen en estos delitos en el panorama comparado desde los años 60, consolidándose como el objeto de protección que justifica la intervención jurídico penal en la práctica sexual de los ciudadanos, cuyo posicionamiento estuvo inspirado en la necesidad de adecuar las legislaciones penales a las concepciones dominantes de la época que reclamaban la libertad en el sexo eliminando todo elemento moralizante.

Las razones porque se protege la libertad en la sexualidad en forma diversa a como se protege la libertad en general, están dadas, por la especial vinculación de la esfera vital donde la sexualidad se desarrolla, teniendo directa relación con la autorrealización personal de cada individuo, por la diferencia en las formas comitivas entre los delitos sexuales y como se atenta en contra de la libertad en general y por los

²⁷ DÍEZ, R. José Luis, 2000, La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma”, España, Editorial Bosh S. A., 16p.

²⁸ RODRIGUEZ, C. Luis, 2014, Delitos sexuales, Chile, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición actualizada, 139p.

²⁹ ROJAS, Joel y BRAVO, Marcelo, 2002, Actividad y elementos típicos del delito de abusos sexuales, Tesis de grado, Antofagasta, Universidad de Antofagasta Facultad de Ciencias Jurídicas, 87p.

significativos condicionamientos normativos presentes en estos delitos.³⁰ Así por ejemplo lo estima Luis Rodríguez Collao, quien opina que la explicación a la autonomía de la libertad sexual respecto de la libertad en general, obedece a condicionamientos éticos o culturales, siendo necesario admitir que los atentados contra la libertad sexual merecen una regulación propia e independiente respecto de los atentados en contra de la libertad en general, sencillamente, porque según los cánones morales imperantes se considera más grave el atentado contra la libertad cuando éste incide en el terreno sexual que cuando incide en cualquier otro aspecto de las relaciones interpersonales³¹.

La libertad sexual a grandes rasgos es la facultad de toda persona de gobernar su vida y actuar sexual según su formación y creencias³², o como dice Díez Ripollés que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad³³. Esta libertad se manifiesta de dos formas, la primera en que cada persona elija según sus deseos e inclinaciones sexuales la forma de vinculación, tipo de contacto sexual y el compañero con quien desea dicho acercamiento y el segundo aspecto dice relación con la facultad de cada persona de oponerse o negarse a verse envuelto en una situación sexual que no desee³⁴. Estas son las fases positiva y negativa de la libertad sexual o como las señala Rodríguez Collao, positivo o dinámico que dice relación con la libre disposición de la persona de sus potencialidades sexuales o negativo o estático que señala el derecho de cada persona de no verse involucrado por otro, sin su consentimiento, en un contexto sexual³⁵.

Las críticas que se hacen a esta corriente están dadas respecto a determinar qué es lo que se protege en aquellas personas a quienes no se les reconoce libertad sexual, como por ejemplo los menores de 14 años y discapacitados, a quienes el derecho no les otorga la libertad de elegir involucrase en un acto sexual, negándole

³⁰ DIEZ, R. José Luis, 2000, El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual, Revista de derecho penal y criminología, España, 2ª Época, (6):71.

³¹ RODRIGUEZ, C. Luis 2014, Delitos sexuales, Chile, Editorial Jurídica de Chile, Segunda edición actualizada, 170p.

³² RODRIGUEZ, C. Luis, 2004, Delitos sexuales, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 61p.

³³ DIEZ, R. José Luis, 2000, El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual, Revista de derecho penal y criminología, España, 2ª Época, (6): 70.

³⁴ COX, L. Juan Pablo, 2003, Los abusos sexuales, aproximación dogmática, Chile, Editorial Lexis Nexis, 51p.

³⁵ RODRIGUEZ, C. Luis, 2004, Delitos sexuales, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 61p.

todo efecto a su consentimiento, atendida varias razones, entre ellas que no están capacitados para entender la magnitud y consecuencias del acto que van a realizar y también por razones fisiológicas, ya que muchas veces, sus cuerpos no están preparados para llevar a cabo una acción de esta índole. Así respecto de los menores de 14 años, pareciera existir consenso en que el bien jurídico protegido no puede ser la libertad sexual ya que ellos carecen de la posibilidad de ejercerla libertad, surgen así otros bienes jurídicos protegidos. En primer término, surge la teoría de la intangibilidad sexual, doctrina española e iberoamericana que postula que el bien jurídico protegido respecto de las personas incapaces para consentir o realizar conductas sexuales, es la intangibilidad sexual, intangibilidad referida a su calidad de intocables de estos sujetos, en el sentido de que no deben ni pueden ser alcanzados por una conducta sexual ajena³⁶.

En segundo término, surge como bien jurídico protegido la indemnidad sexual, que implica el derecho que poseen los menores y personas privadas de sentido o mentalmente discapacitadas de no experimentar perturbación o daño en sus aptitudes físicas, psíquicas o emocionales, como resultado de su involucramiento en un contexto sexual, cuyo fundamento radica en la potencialidad lesiva que el sometimiento a una actividad sexual indeseada puede ocasionar en una persona incapaz de consentir, y en el caso de los menores, la aptitud corruptiva y traumatizante que involucra cualquier ejercicio prematuro de la sexualidad³⁷. Anteriormente señale que el derecho penal debe intervenir cuando se lesione en forma grave o ponga en peligro en forma concreta el bien jurídico protegido, considero que los delitos sexuales cometidos en contra de menores de 14 años, que son sometidos a una actividad o experiencia sexual, que por edad, no son capaces de entender a cabalidad o si la entienden no son capaces de dimensionar las consecuencias de las mismas, colocando énfasis especialmente en las consecuencias que estos atentados pueden acarrear en su desarrollo, es que en esta materia estimo se deben sancionar todos aquellos actos que de forma concreta atenten

³⁶ RODRIGUEZ, C. Luis, 2007, Criterios morales en la fundamentación del castigo de los delitos de significación sexual, Contribuciones críticas al sistema penal en la post modernidad, In Memoriam Eduardo Novoa Montreal, 247p.

³⁷ RODRIGUEZ, C. Luis, 2007, Criterios morales en la fundamentación del castigo de los delitos de significación sexual, Contribuciones críticas al sistema penal en la post modernidad, In Memoriam Eduardo Novoa Montreal, 247p.

contra el bien jurídico protegido, que según mi opinión respecto de menores de 14 años es la indemnidad sexual.

La indemnidad sexual, como bien jurídico protegido implica el interés en que determinadas personas consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situaciones especiales en las que se encuentran, queden exentos de cualquier daño que derive de la experiencia sexual por lo que se les debe mantener al margen del ejercicio sexual³⁸. Rodríguez Collao señala que indemnidad sexual es el derecho que corresponde a tales personas (menores e incapaces) de no experimentar perturbación o daño en sus aptitudes físicas, psíquicas o emocionales, como resultado de su involucramiento en un contexto sexual, debido a la potencialidad lesiva que el sometimiento a una actividad sexual no deseada puede ocasionar en una persona que no esté capacitada para consentir y, en el caso de los menores, la aptitud corruptiva y/o traumatizante que va implícito en cualquier forma de ejercicio prematuro de la sexualidad³⁹. En opinión de Raúl Carnevali Rodríguez respecto de los menores lo que se procura es la preservación de las condiciones fundamentales que permitan a éstos ejercer en el futuro sus facultades sexuales, esto es, impidiéndoles la vivencia de experiencias que lo puedan afectar en su desarrollo sexual posterior, afirmando como objeto de tutela, la libertad sexual potencial o indemnidad sexual, tutelando así su libertad futura.⁴⁰

Igualmente existen detractores de estas doctrinas sin embargo la mayoría de los autores, con algunos reparos consideran que el bien jurídico protegido en los delitos sexuales, es la libertad sexual y que respecto de los menores de edad y los incapaces el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual. En este punto y tal como lo hace presente Politoff, Matus y Ramírez, se debe tener en cuenta lo que señala José Luis Guzmán Dalbora, respecto de los púberes, para quien salvo las figuras de violación y abusos sexuales cometidos con violencia o intimidación, las distintas figuras legales parecen proteger más bien lo que todavía podríamos denominar honestidad,

³⁸ DIEZ, R. José Luis, 2000, El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual, Revista de derecho penal y criminología, España, 2ª Época, (6): 80 y 81.

³⁹ RODRIGUEZ, C. Luis, 2004, Delitos sexuales, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 63 y 64p.

⁴⁰ CARNEVALI, R. Raúl, 2012, Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y obtención de servicios sexuales. Departamento de Estudios. Informe En Derecho N° 2/2012/Agosto: 10.

entendida como “la facultad individual de manifestar el impulso sexual dentro de los moldes de comedimiento que impongan las valoraciones dominantes”, como paradigmáticamente sucede en el delito de sodomía del artículo 365 del Código Penal.⁴¹

En cuanto al bien jurídico protegido en los delitos sexuales, respecto de los menores de 14 años, estimo que es la indemnidad sexual, respecto de estos sujetos pasivos a mi entender, el delito debe ser de peligro concreto, bastando para su consumación, que la conducta desplegada por el sujeto activo tenga la aptitud de provocar algún efecto nocivo en el desarrollo sexual posterior de la víctima, debiendo existir un real compromiso del bien jurídico protegido. En cuanto a los mayores de 14 años, el bien jurídico protegido es la libertad sexual, aun cuando coincido con la opinión de José Luis Guzmán Dalbora, que en nuestra legislación existen figuras típicas sancionadas que no atentan contra la libertad sino contra la honestidad como es el caso del artículo 365 del Código Penal. Volveré sobre este punto en detalle al referirme al bien jurídico protegido en el artículo en estudio.

1.5 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 366 QUÁTER

Esta figura penal que fue incluida en el catálogo de delitos penales por la ley 19.617 y luego modificada por la ley 19.927, introduciéndose la última modificación por la ley 20.526, es una figura que contempla un conjunto de hipótesis delictivas que obedecen a la idea común de proteger a los menores de edad, frente a la ejecución de actos, que si bien no son de la magnitud de los que se sancionan en los ilícitos de violación, estupro o abuso sexual con contacto, si pueden dañar o afectar en sus víctimas su normal desarrollo psíquico, afectivo y/o emocional. Se le llama abuso impropio o indirecto ya que, en esta figura, no existe contacto directo o aproximación corporal entre el autor y la víctima.

Respecto a lo que sucede en nuestro delito en estudio es decir, el artículo 366 quáter y el bien jurídico que dicha norma tutela, debemos hacer referencia a su antecedente penal que fue la corrupción de menores, que hasta antes de la reforma de

⁴¹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia, 2013, Lecciones de Derecho Penal Chileno; Chile, Editorial Jurídica, Reimpresión segunda edición, Parte especial, 246p.

la ley 19.617 del 12 de julio de 1999, estaba tipificado junto al favorecimiento de la prostitución de menores en el artículo 367 del Código Penal, figura respecto de la cual existía en la doctrina acuerdo que el bien jurídico protegido era la honestidad, a fin de determinar si luego de la modificación legal se mantiene la honestidad como bien jurídico protegido por esta norma.

A continuación, realizare un breve análisis de las modificaciones sufridas por el artículo, a fin de clarificar cómo evoluciona legislativamente esta figura, y si se ha ampliado o restringido su contenido y si con dichas modificaciones ha variado el bien jurídico protegido por la norma. El delito de corrupción de menores, antes de la reforma, según lo que prescribía el artículo 367 consistía en promover o facilitar, habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, por tanto el tipo objetivo del delito estaba constituido por promover o facilitar la corrupción de los sujetos pasivos que eran los menores de edad. Respecto a que se entendía por corrupción Labatut señalaba, por corrupción debe entenderse la perversión o depravación sexual de una persona, alterando las condiciones normales de su sexualidad en un sentido antinatural o degenerado⁴², agregando Garrido Montt, que debía tratarse de una alteración con cierta permanencia de la personalidad de la víctima en el plano biopsicológico, que lo inclinan a la realización de una actividad sexual no natural, atendidas sus circunstancias personales, debe dejarse en el menor una huella profunda, torciendo el sentido natural y sano de la sexualidad⁴³. La corrupción también comprendía la actividad del sujeto activo destinada a que el menor desarrollara una actividad sexual natural, pero prematura, así la perversión consistía en despertar anticipadamente en el niño su sexualidad o a practicarla cuando aún no había alcanzado el desarrollo normal adecuado⁴⁴, por ejemplo acostumbrando al menor de edad a un sexo normal pero excesivamente prematuro.

⁴² LABATUT, G. Gustavo, 2000, Derecho Penal, Parte especial, 7ª edición, Chile, Editorial Jurídica, Tomo II.

⁴³ GARRIDO, M. Mario, 2002, Derecho Penal, Parte especial, 2ª edición, Chile, Editorial Jurídica, Tomo III.

⁴⁴ GARRIDO, M. Mario, 2002, Derecho Penal, Parte especial, 2ª edición, Chile, Editorial Jurídica, Tomo III.

El tipo penal exigía habitualidad, entendida como repetición de hechos análogos⁴⁵, exigiendo por tanto más de un acto, que no necesariamente debía afectar al mismo sujeto pasivo y que revelaba en el sujeto activo una inclinación o tendencia a realizar dicha conducta. Si no concurría habitualidad el hecho podía ser igualmente sancionado si se cometía con abuso de autoridad o confianza, que se entendía como prevalerse en alguna forma, o aprovecharse de la situación que tiene aquel que posee autoridad sobre el menor (el padre o madre, el tutor, el maestro, entre otros) o la relación de confianza que media entre el agente y ese menor (el empleado doméstico, el amigo íntimo)⁴⁶ para promover o facilitar la prostitución.

Existía consenso en la doctrina que el delito exigía dolo directo en el agente, más el elemento subjetivo del injusto de tendencia trascendente, el móvil de satisfacer los deseos de otro siendo indiferente que el menor consintiera o no en su corrupción⁴⁷, por lo tanto no existía su comisión por omisión ni por culpa, y tampoco se admitía a su respecto la tentativa.

Como ya lo señale, según la doctrina, en el delito de corrupción de menores el bien jurídico protegido era la honestidad de los menores de edad, debiendo lesionar el bien jurídico en forma efectiva o por lo menos colocarla en situación de peligro eficaz, por tanto era un delito de lesión o al menos de peligro concreto, en este último caso, se exigía del acto del sujeto activo, la actitud de producir una alteración psíquica en el joven respecto de su desarrollo sexual, esto debido a que requería que el sujeto pasivo entendiera aun, de una manera rudimentaria la naturaleza lasciva del acto del sujeto activo, ya que si el sujeto pasivo no entendía el acto este no podía dejar una huella deformante en él.

Luego de la modificación legal, no es tan claro cuál es el bien jurídico protegido, así por ejemplo para Politoff, Matus y Ramirez, en los delitos de corrupción de menores, que para ellos están integrados por los delitos contemplados en los artículos 365, 367, 366 quinquies y 366 quáter del Código Penal, el objeto de protección

⁴⁵ LABATUT, G. Gustavo, 2000, Derecho Penal, Parte especial, 7ª edición, Chile, Editorial Jurídica, Tomo II.

⁴⁶ GARRIDO, M. Mario, 2002, Derecho Penal, Parte especial, 2ª edición, Chile, Editorial Jurídica, Tomo III.

⁴⁷ GARRIDO, M. Mario, 2002, Derecho Penal, Parte especial, 2ª edición, Chile, Editorial Jurídica, Tomo III.

principal es la indemnidad sexual y la honestidad, pero no la libertad sexual, lo que se refleja en que se castiga al autor sin la consideración a la voluntad del menor, señalando además que en cuanto a la figura del 366 quáter, se refleja la voluntad del legislador de proteger la indemnidad sexual del menor de 14 años, combinada con la libertad sexual, si se trata de un mayor de 14 años y menor de 18.⁴⁸ Otra opinión la dan los autores Bullemore y Mackinnon quienes señalan que conforme a las modificaciones de la ley 19.617 y 19.927 el delito de conducta sexual impropia con menores de 14 años y con personas entre 14 y 18 años sancionadas en el artículo 366 quáter atentaría contra la libertad sexual.⁴⁹

¿Cuál es el bien jurídico protegido? Para responder esta interrogante hay que distinguir respecto de las hipótesis en que los sujetos pasivos son menores de 14 años y aquellas que afectan a los mayores de 14 y menores de 18 años.

Atendido al daño psicológico que estos hechos pueden provocar en el menor, aun cuando la intensidad del mismo dependerá del tipo de acto y prolongación y reiteración de los mismos, creo que el bien jurídico protegido respecto de los menores de 14 años, en el delito en estudio es la indemnidad sexual, con todo lo que ello implica, refiriéndome especialmente a que este delito respecto de menores de 14 años, a mi entender, sería de peligro concreto, bastando para su consumación, que la conducta desplegada por el sujeto activo tenga la aptitud de provocar algún efecto nocivo en su desarrollo sexual posterior, debiendo existir un real compromiso del bien jurídico protegido, por tanto, en mi opinión, bastaría que el sujeto pasivo, perciba el suceso no siendo necesario que lo comprenda, ya que muchas veces por su edad u otras condiciones el niño expuesto a estas situaciones no tendrá la posibilidad de comprender el acto del sujeto activo, pero sí podrá repetirlo, porque en definitiva la conducta del sujeto activo, como sería por ejemplo que exhiba a un menor, una película de contenido pornográfico o que convenza al menor a que se masturbe, provocara en el niño una erotización prematura, que lo hará repetir dicha conducta, no porque entienda que está procurando la excitación sexual del sujeto activo, ni menos que está realizando un acto sexual. Ahora bien, debo enfatizar en que el menor debe

⁴⁸ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2005, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Chile, Editorial Jurídica de Chile, Segunda edición, Parte Especial.

⁴⁹ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John R., 2007, Curso de Derecho Penal, 2ª edición, Chile, Editorial Lexis Nexis, Tomo III.

percibir el acto del sujeto activo, para que este sea sancionado, porque si por ejemplo el menor está durmiendo y llega un sujeto que comienza a masturbarse frente al niño que duerme y es sorprendido por un tercero, ese hecho, según mi opinión, no podría ser sancionado, ya que el menor no se vio expuesto al riesgo de ser afectado por la acción de este sujeto, ya que aun cuando el sujeto activo realiza la acción descrita por la norma, su acto carece de la capacidad de dejar una huella deformante sobre la personalidad del menor, porque simplemente el sujeto pasivo no lo percibió y si sancionara se estaría castigando la inmoralidad del sujeto activo o la nuda lascivia y de esta forma las leyes penales pasan a ser un instrumento de purificación ética, inaceptable de un Estado de Derecho que respete los límites al *ius puniendi*.⁵⁰ Cualquier acción del sujeto activo debe ser concretada, de ninguna forma podría sancionarse una fantasía, sueño o pensamiento de carácter sexual aun cuando involucrara a un menor de 14 años.

Respecto de los mayores de 14 años y menores de 18, sostengo que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, respecto de ellos, ya que se coarta forzosamente la facultad de autodeterminar su conducta a un contexto sexual afectando por tanto, su libre determinación exenta de abuso, fraude o engaño, direccionándola en un sentido no deseado ni querido⁵¹, por tanto, este adolescente debe comprender la significación del acto, existiendo un fundamento de texto, para afirmar la libertad sexual como bien jurídico protegido respecto de estos sujetos pasivos en el mismo artículo 366 quáter, ya que al exigir la norma respecto de ellos, que el delito se cometa con la circunstancia del artículo N°1 del 361 que sanciona el delito de violación, circunstancia que exige fuerza o intimidación, o las enumeradas en el artículo 363 que sanciona el estupro, es decir, abuso de una anomalía o perturbación mental, abuso de una relación de dependencia o de grave desamparo de la víctima o engaño abusando de su falta de experiencia o ignorancia sexual, y luego de la modificación de la ley 20.526, que se realice la misma conducta bajo amenazas, se debe concluir que estos menores deben poder comprender el acto del sujeto activo.

⁵⁰ GUZMÁN, D. José Luis, 2000, *Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile*. Anuario de Derecho Penal Número 1999-2000:13.

⁵¹ AGUILAR, A. Cristian, 2015, *Delitos sexuales, Tráfico ilícito de migrantes, y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming doctrina y Jurisprudencia*, Chile, Editorial Metropolitana, 135p.

Respecto del uso de la fuerza en el delito de violación, según lo refiere Rodríguez Collao, se refiere a la violencia material ejercida sobre el cuerpo de la víctima, con el propósito de anular o vencer su voluntad contraria de la realización del acto carnal⁵². En cuanto a la intimidación, doctrinariamente se le asemeja a la amenaza que se realiza a la víctima, definiendo la intimidación como el acto de violencia moral o vis compulsiva, mediante el cual se da a conocer a la víctima la realización inminente del daño a que se verá expuesta en caso de no acceder a los requerimientos del agresor, la que puede concretarse en palabras o acciones⁵³. Lo esencial de la fuerza es la falta de voluntad de la víctima y que el agresor actúe por vías de hecho⁵⁴.

En cuanto a las hipótesis contempladas en el delito de Estupro, que sanciona el acceso carnal con una persona menor de 18 años, pero mayor de 14 años, todas ellas dan cuenta de la mejor situación en la que se encuentra el sujeto activo respecto del sujeto pasivo, es decir, debe existir una situación de superioridad en la que se encuentra el hechor, pero lo más importante es que debe existir un abuso de esta situación de superioridad, aprovecharse de la mejor situación en la que se encuentra respecto de la víctima, a fin de obtener el acceso carnal. La anomalía o perturbación mental es la primera hipótesis que contempla el artículo 363 del Código Penal, al sancionar el delito de Estupro, se trata de una alteración de los procesos intelectuales y volitivos de la víctima, que sin embargo le permite expresar su voluntad para la realización del acto sexual⁵⁵, tratándose por ende un cuadro de menor intensidad que el exigido en el delito de violación. Debe producir en la psiquis una alteración en la captación o representación de los hechos, que no lo incapacitan totalmente para

⁵² RODRIGUEZ, C. Luis, 2014, Delitos Sexuales, Chile, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición actualizada, 191p.

⁵³ RODRIGUEZ, C. Luis, 2014, Delitos Sexuales, Chile, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición actualizada, 195p.

⁵⁴ POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y Ramírez G., María Cecilia, 2013, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Segunda Edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2013, Parte Especial.

⁵⁵ RODRIGUEZ, C. Luis, 2014, Delitos Sexuales, Chile, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición actualizada, 224p.

comprender la trascendencia o significado del acto sexual, respecto del cual consiente⁵⁶.

La segunda hipótesis en que sanciona el delito de Estupro, es abusar de una relación de dependencia de la víctima, dando como ejemplo el mismo artículo los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral, es claro que el artículo nombra estas situaciones a modo de ejemplo, sin agotar las situaciones en que se podría aplicar esta hipótesis, y da cuenta del aprovechamiento del sujeto activo de esta situación de dependencia en que se encuentra la víctima a fin de obtener el acceso carnal, lo que supone una amenaza latente para la víctima sobre su seguridad personal o económica⁵⁷.

El número 3 del artículo 363 se refiere, al que abusa del grave desamparo, que puede ser transitorio o permanente, en que se encuentra la víctima, se trata como lo refiere Luis Rodríguez Collao, aquellas situaciones en que la víctima carece de la protección que puedan brindar otras personas o de la seguridad de un lugar en que pueda sentirse realmente protegida, desamparo que debe ser de una cierta entidad para que resulte decisivo en pro de acceder la víctima a la realización del acceso carnal⁵⁸.

La última hipótesis contemplada para sancionar el Estupro, se refiere a engañar a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual, tratándose de una maquinación destinada a que la víctima consienta en el acto sexual equivocándose precisamente acerca del sentido y alcance de la realización de dicho acto, atendida su inexperiencia o ignorancia sexual. Para Rodríguez Collao la inexperiencia sexual es una falta de conocimiento derivada de no haber ejercitado una persona actividad sexual o de los hechos de su propia vida, que pudieron mantenerla alejada de la información que el común de las personas adquiere acerca de la sexualidad humana, en tanto que la ignorancia, es la falta de conocimientos más relevantes de la

⁵⁶ AGUILAR, A. Cristian, 2015, Delitos sexuales, Tráfico ilícito de migrantes, y trata de personas con fines de prostitución y explotación. *Grooming* doctrina y Jurisprudencia, Chile, Editorial Metropolitana, 82p.

⁵⁷ POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y Ramírez G., María Cecilia, 2013, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Segunda Edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2013, Parte Especial.

⁵⁸ RODRIGUEZ, C, Luis, 2014, Delitos Sexuales, Segunda Edición actualizada, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 226p.

sexualidad⁵⁹. Según Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, la circunstancia que se habría querido describir es la de una persona sexualmente ignorante o inexperta que se enfrenta a un individuo sexualmente experto, el que tiene una capacidad de manipulación de la capacidad del menor para llevarlo o convencerlo de la interacción sexual⁶⁰.

Como se puede advertir, en todas estas hipótesis, además de realizar el delito bajo amenazas como lo exige el artículo 366 quáter en el inciso tercero, para sancionar al sujeto activo que comete una de sus hipótesis, respecto de una víctima mayor de 14 y menor de 18 años, el sujeto pasivo debe entender el actuar del hechor, la víctima sabe que por ejemplo observando a un sujeto masturbarse en frente a suyo, que lo que está viendo es una película de contenido pornográfico o que lo que está enviando es una fotografía con significación sexual, pero en definitiva su voluntad está siendo coaccionada por alguna de las circunstancias ya mencionadas, se envió la foto porque fue amenazado de ser víctima él o su familia de sufrir algún delito, se está observando a un sujeto masturbarse porque se está aplicando fuerza etc.

CAPÍTULO 2: DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL SIN CONTACTO

2.1 AMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTICULO 366 QUATER

El artículo 366 quáter comienza señalando, “el que sin realizar una acción sexual en los términos anteriores...” refiriéndose específicamente a los artículos 366, 366 bis y en especial al 366 ter que consagra una definición de acción sexual, que reza “[p]ara los efectos de los tres artículos anteriores, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”. Es de importancia determinar en qué consiste la acción sexual, atendida a que es el límite de la norma en estudio, por tanto si la acción desplegada por el sujeto activo satisface esta definición

⁵⁹ RODRIGUEZ, C. Luis, 2014, Delitos Sexuales, Segunda Edición actualizada, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 228 y 229p.

⁶⁰ POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y Ramírez G., María Cecilia, 2013, Lecciones de Derecho penal Chileno, Parte Especial, Segunda Edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 268p.

de acción sexual, estaremos dentro de los abusos sexuales propiamente tales o con contacto. Se aprecia que son tres circunstancias la que determinan la acción sexual: connotación sexual del comportamiento, relevancia del acto ejecutado y aproximación corporal con la víctima o afectación de genitales, ano o boca. El artículo 366 ter establece los elementos típicos para que una conducta sea comprendida en el delito de abuso sexual, bastando para configurarlo, un acto, efectuado mediante contacto corporal o en su defecto que afecte las zonas señaladas por el artículo, pudiendo ser la acción del sujeto activo expresión del impulso sexual convencional o no⁶¹.

Lo primero que se puede concluir que es en este tipo al igual que en el delito de abusos deshonestos, es que el límite de la conducta está en la ausencia de acceso carnal, siendo un tipo residual de esta familia de delitos, limitando su aplicación a conductas distintas y de menor entidad a las de violación y estupro.

Dentro del plano semántico de la expresión abuso sexual su concepto no es unívoco por la amplitud del termino abuso que puede referirse a múltiples situaciones, pero para Luis Rodríguez Collao, por ejemplo no existe inconveniente para "llamar abuso sexual a ciertos actos que sin importar un contacto físico entre el autor y la víctima, tienen en cambio, la fuerza necesaria para obrar en desmedro de esta última, como sucede en general con los actos de un cierto poder corruptivo⁶².

El contacto corporal es requerido expresamente por el tipo penal, no importando que la víctima los haya padecido o que le haya correspondido a ella ejecutar sobre el hechor, no siendo necesario que el contacto sea sobre el cuerpo desnudo. La segunda parte del 366 ter, amplía el ámbito del delito a supuestos que no existe contacto corporal, siempre que la acción sexual afecte a los genitales, el ano o la boca de la víctima.⁶³

Analizando las circunstancias que determinan la acción sexual el contacto corporal con la víctima o, al menos, que la acción del hechor afecte sus genitales, el ano o la boca, exige una acción y no palabras, por los que los piropos y palabras obscenas no están contemplados dentro de este tipo, comprendiendo cualquier otro

⁶¹ RAMIREZ, María Cecilia, 2007, Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia. Política Criminal N°3, (A4): 6.

⁶² RODRIGUEZ C., Luis, Delitos sexuales, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, 192p.

⁶³ RAMIREZ, María Cecilia, 2007, Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia. Política Criminal N°3 (A4):6.

acto de carácter sexual ejecutado por el agente, bastando un acto para configurar el delito no exigiendo multiplicidad de actos. Sin embargo surge la duda de si no constituye acción también el obligar a una persona a presenciar actuaciones de contenido sexual, teniendo en cuenta que ser expuesto a un situación de esta índole puede dañar seriamente la libertad sexual de una persona. Esta discusión no nace a raíz de los abusos sexuales, ya se discutía antes de la modificación legal. Esta situación es precisamente una de las contempladas por el artículo 366 quáter, que es objeto de este trabajo, que sanciona la exposición de menores de catorce años a actos de connotación sexual.

En cuanto a la significación sexual del acto ejecutado por el hecho de involucrar a una persona en un contexto sexual, activando los componentes sexuales de la personalidad del sujeto pasivo, es necesario que se genere un ambiente sexual, que es aquel en que la sexualidad cobra una inusitada relevancia, convirtiéndose en un factor preponderante o, al menos, relevante de la realidad inmediata de la persona, sea que ésta lo perciba así o no, en el cual participa de alguna manera en contra de su voluntad⁶⁴.

El legislador en el artículo 366 ter, no exige la concurrencia de un ánimo o tendencia especial del autor, no exigiendo móviles subjetivos especiales en este, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 366 quáter, en que requiere expresamente dicho ánimo. Sin embargo, para algunos autores, este ánimo lascivo si tiene relevancia, para determinar la significación sexual del acto, para Rodríguez Collao, se pueden distinguir dos posiciones, aquellas que determinan la significación sexual del acto en base a parámetros objetivos, bastando para estas que la acción desplegada por el sujeto activo tenga la aptitud para excitar el instinto sexual, según cánones vigentes en una sociedad determinada o bien que involucre los órganos genitales. La segunda posición se basa en elementos subjetivos para la cual, una acción será de significación sexual, cuando la intención o finalidad del hechor sea involucrar a una persona en un contexto sexual, es el llamado ánimo libidinoso⁶⁵.

⁶⁴ COX, L. Juan Pablo, 2003, Los abusos sexuales, aproximación dogmática, Chile, Editorial Lexis Nexis, 137p.

⁶⁵ RODRIGUEZ C. Luis, 2004, Delitos Sexuales, Chile, Editorial Jurídica de Chile, páginas 199p.

Rodríguez Collao también hace mención a una postura que combina elementos objetivos y subjetivos, según la cual acto sexual es aquel que conjuga lo que se relaciona con el sexo y la intención del hechor de satisfacer su apetito sexual.⁶⁶

Rodríguez Collao concluye que, para efectuar el análisis si una acción es o no sexual se debe recurrir a criterios de carácter objetivo, en forma similar opina Garrido Montt, para quien acto de significación sexual sería aquel que resulta objetivamente adecuado para excitar el instinto sexual de una persona, dentro del medio social donde se desarrolla⁶⁷

Además el acto debe ser de relevancia a fin de descartar agresiones mínimas que no menoscaben efectivamente el bien jurídico protegido, determinando el umbral mínimo de punición, reafirmando la característica del derecho penal de ser de última ratio.

2.2 DELITO DEL ARTICULO 366 QUÁTER: CARACTERÍSTICAS ESPECIALES Y ÁNIMO LASCIVO

Este delito conocido como corrupción de menores o abuso sexual sin contacto es un ilícito con características especiales, así este es el único tipo penal dentro de los delitos sexuales que exige en su redacción un ánimo especial en el sujeto activo que es realizar dichas acciones para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, lo que elimina la comisión de este delito por dolo eventual⁶⁸, exigiendo por tanto dolo directo para su comisión⁶⁹. Además, como todos los abusos sexuales, es una figura residual, por un lado no puede haber acceso carnal, bucal o anal, ya que estaríamos ante un delito de violación si se dan sus circunstancias o ante un delito de estupro, e incluso ante las figuras agravadas de abuso contempladas en el artículo 365 bis y por otro lado tampoco debe existir contacto corporal con la víctima que haya

⁶⁶ RODRIGUEZ, C. Luis, 2004, Delitos Sexuales, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 199 a 201p.

⁶⁷ RAMIREZ, María Cecilia, 2007, Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia. Política Criminal N°3,(A4): 9.

⁶⁸ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia, 2013, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Reimpresión segunda edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile, Parte especial.

⁶⁹ SCHEECHLER, C. Christian, 2012, El Childgrooming en la legislación penal chilena: sobre los cambios al artículo 366 quáter del Código Penal introducidos por la ley N° 20.526. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Volumen 3, (1): 67.

afectado sus genitales, concurriendo los demás requisitos, ya que estaríamos frente a los abusos sexuales con contacto.

Además se debe hacer presente que existe una delgada línea entre este delito y el delito almacenamiento o producción de material pornográfico, cuando este abuso se realiza con el objeto de obtener fotografías o imágenes de las víctimas desnudas o en situaciones sexuales, ya que es una de las formas en que los sujetos activos pueden hacerse de este tipo de fotografías para almacenarlas o posteriormente distribuirlas, como lo detallo a continuación. La doctrina habla de la cadena de producción, distribución y comercialización de material pornográfico en donde son utilizados menores de edad, que es la cadena de conductas que van desde quien produce el material hasta quien lo recibe como consumidor⁷⁰, una de las formas de obtener el material pornográfico está dado por utilizar a menores de edad en espectáculos de esta índole, hipótesis que está cubierta por el artículo 366 quáter, específicamente en el inciso segundo de dicha norma, cuando señala que para procurar la excitación sexual del sujeto activo, o de otro, se determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro o a enviar, entregar, imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad, con significación sexual, la imagen o grabación que se obtenga es material pornográfico, este será el inicio de la cadena, por tanto, si la imagen enviada por la víctima se encuentra en el computador o almacenada de alguna forma por el sujeto activo además de cometer el delito del artículo 366 quáter, el sujeto también habrá cometido el delito de almacenamiento de material pornográfico, sancionado en el artículo 374 bis inciso segundo del Código Penal.

En el artículo 374 bis de nuestro Código Penal se sanciona al que comercialice, importe, exporte, distribuya o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años. En el inciso segundo de la norma sanciona al que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados

⁷⁰ CARNEVALI, R. Raúl, 2012, Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales. Departamentos de Estudios, Informe en Derecho N° 2/2012/Agosto: 6.

menores de dieciocho años, norma sumamente criticada por algunos autores⁷¹. Sobre este punto solo haré presente, que llama la atención se diferencie para sancionar en las hipótesis del artículo 366 quáter entre menores de 14 años y menores de 18 y mayores de 14 años, sin embargo, una vez que la imagen es grabada o almacenada por el sujeto activo, se está en presencia de un nuevo delito, que es el almacenamiento, ilícito en el que la diferencia de edad no es un elemento que se tiene en cuenta para la pena impuesta⁷², cuyo límite entre un delito y otro es almacenar de cualquier forma la imagen pornográfica donde haya participado el menor de 14 años.

2.3 GENESIS LEGISLATIVA DEL ARTICULO 366 QUATER: MODIFICACIONES INCORPORADAS EN DELITOS SEXUALES POR LA LEY N° 19.617

En esta parte del trabajo, expondré los fundamentos que se tuvieron a la vista por el legislador para incluir dentro del catálogo de delitos sexuales de nuestra legislación penal, la figura del artículo 366 quáter.

La génesis del artículo 366 quáter lo encontramos en la Ley N° 19.617 la que fue publicada el 12 de julio de 1999, su fundamento radicó en la ausencia histórica de una normativa eficaz que regulara a este respecto.

Así dentro de las enmiendas propuestas se planteaba modificar el delito de abusos deshonestos, hasta esa fecha no existía el delito de abuso sexual como lo conocemos hoy, sino que la legislación contemplaba la figura de abusos deshonestos que estaba contemplado como un delito residual de la violación. Sobre esta figura en particular se proponía precisar la conducta típica, destacando que la expresión de abusos deshonestos era equívoca, ya que lo deshonesto no necesariamente podía referirse a acciones de índole sexual y parecía más apropiado entonces referirse a abusos sexuales.⁷³

⁷¹ MAYER, L., Laura. 2014, Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil. Política Criminal Vol. 9, (17) Artículo 2: 31.

⁷² MAYER, L., Laura. 2014, Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil. Política Criminal Vol. 9, (17) Artículo 2: 43.

⁷³ BIBLIOTECA DE CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 19.617.

El delito de abusos deshonestos se consagraba en el artículo 366 del Código Penal, en los siguientes términos *“El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo mayor de doce años y menor de dieciocho, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Si concurriere alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 361, se estimará como agravante del delito, aun cuando sea mayor de veinte años la persona de quien se abusa”*.

Estaba descrita como una figura residual de los demás delitos sexuales, ya que sancionaba a todas las conductas de connotación sexual que no se encontraban sancionados en el Código Penal, a saber Violación, Sodomía, Estupro e Incesto, en base a los conceptos abusar deshonestamente y establecía dos modalidades, calificada si para su comisión concurrían las circunstancias contempladas en el 361 y simple si no concurrían. Lo anterior tenía como consecuencia que la conducta era tan amplia que no entregaba indicios de la conducta mínima que era necesaria realizar por el hechor para configurar el delito. Así los abusos deshonestos eran aquellos atentados de connotación sexual de una entidad mínima, que diferían de los demás regulados por el legislador, por lo que se deducía que se trataba de conductas de significación sexual distintas de la cópula⁷⁴.

La acción típica era abusar deshonestamente, termino muy amplio pero se concluía por la doctrina que se trataba de actos, de cualquier tipo, y no de palabras; actos que debían ser de significación lasciva, es decir, debían tener un contenido sexual pero que no podían consistir en coito vaginal, porque se hubiera estado en el tipo de violación, tampoco se trataba de coito anal realizado entre hombres porque se hubiera estado frente al delito de sodomía, ni de actos que tuvieran como objetivo la ocurrencia de alguno de estos accesos carnales.⁷⁵

Ante esta ambigüedad de la norma recién expuesta, la comisión de Constitución, Legislación y Justicia por unanimidad acordó estudiar esta iniciativa, proponiéndose en su remplazo cuatro artículos: 366, 366A, 366B y 366C.

⁷⁴ COX, L., Juan Pablo, 2003, Los abusos sexuales, aproximación dogmática. Chile, Lexis Nexis, 102p.

⁷⁵ ROJAS A., Joel y BRAVO V., Marcelo, 2002, Actividad y elementos típicos del delito de abusos sexuales. Tesis de Grado, Antofagasta, Universidad de Antofagasta, Facultad de Ciencias Jurídicas, 157p.

El artículo 366 sancionaba el abuso sexual de una persona mayor de 12 años, el artículo 366 A que sancionaba el abuso sexual contra menor de doce años, el artículo 366 B se establecía el alcance del término acción sexual y el artículo 366 C que incorporaba dos nuevas hipótesis, sancionando al 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 12 años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o la determinare a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo a medio. Con la misma pena será castigado el que empleare personas menores de doce años en la producción de material pornográfico.

La primera hipótesis de esta norma, consistía en la realización de acciones de significación sexual en donde no existía contacto corporal entre la víctima y agresor, sino una realización de acción sexual del autor del delito enfrente del menor o de éste enfrente de aquel, o en la exhibición de acciones de significación sexual de un tercero, ya sea en forma presencial, o en imágenes, efectuada con la intención de obtener la excitación sexual. La segunda hipótesis sanciona el empleo de menores de 12 años para la producción de material pornográfico, entendida en la perspectiva de un abuso sexual y no de un atentado a las buenas costumbres.

Luego de algunas modificaciones menores esta Ley fue publicada el 12 de junio del mismo año bajo la Ley N° 19.617.

2.4 Modificaciones incorporadas en delitos sexuales por la Ley N° 19.927

El día 14 de enero de 2004 se dictó la ley 19.927 la que realiza varias modificaciones al Código Penal en materia de delitos sexuales complementando las modificaciones que había realizado la Ley 19.617, así por ejemplo reemplazo el epígrafe del Título VII del Libro II por “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”.

Además, este cuerpo legal, realiza una modificación general que afecta todos los tipos penales de índole sexual, elevando la edad de los sujetos pasivos de estos delitos, así aumenta la edad de 12 a 14 años, ya que estimó el legislador que los 12 años era una edad demasiado baja para que pudieran prestar su consentimiento para realizar conductas sexuales, la finalidad de esta modificación que fue aumentar la

protección de los menores, se fundamentó en que “a los doce años un niño no cuenta aún con las capacidades cognitivas mínimas para tomar una decisión que pueda tener fuertes repercusiones en su vida y su aspecto emocional se encuentran en proceso de aprendizaje de vínculos con otras personas, por lo que es susceptible de ser manipulado por alguien mayor, lo que lo coloca en desventaja y en una situación de incapacidad de decidir conjuntamente con tal persona. Asimismo, sus capacidades físicas y sexuales están comenzando a desarrollarse, pero ello no significa que tal hecho vaya unido a un desarrollo afectivo, cognitivo y social. Es decir, la posibilidad de sentir deseo sexual y de tener información sobre el tema, no significa que sus actos sean la expresión de su voluntad informada y consciente. Igualmente, si bien en tal etapa se comienza a pensar en términos de posibilidades futuras, la gran mayoría no está capacitada para prever las consecuencias de sus actos y en la búsqueda de su identidad resulta altamente influenciable”⁷⁶

En cuanto al artículo 366 quáter, con la modificación, su redacción fue del siguiente tenor, “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.

Sí, 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 de suyo o de otro, la pena será presidio menor en su grado máximo.

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

Lo que la ley modificó en cuanto a esta figura es lo siguiente:

⁷⁶ Historia de la Ley N° 19.927, Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, pág., 36.

- En el inciso primero del artículo se agrega la hipótesis de hacer presenciar a un menor de 14 años espectáculos de carácter pornográfico, ampliando así la figura de acciones de significación sexual.
- En cuanto a la pena diferencia las conductas de realizar acciones de significación sexual delante de una persona menor de 14 años, hacerla ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos de este carácter, conductas que sanciona con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, pena más baja que con la que sanciona la conducta de determinar a un menor de dicha edad a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, conducta que castiga con la pena de presidio menor en su grado máximo.

El artículo 366 quáter había sido modificado anteriormente por la ley N° 19.846, sobre calificación de producción cinematográfica que tipificó de forma especial la producción y comercialización de material pornográfico, sacando de la esfera de su competencia la referencia que el artículo hacía al empleo de un menor en la producción de material pornográfico, materia que la ley 19.927 regreso al Código Penal al introducir el artículo 366 quinquies. Esta norma que sanciona al que participare en la producción de este tipo de material, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubiesen sido utilizados menores de edad, agregando una definición de lo que debe entenderse por pornografía infantil, antes de la modificación el código penal en esta materia, contenía criterios diferentes de protección legal en relación con la edad de la víctima y de la concurrencia de determinadas circunstancias en la ejecución del delito, ya que se establecía en 12 años la edad de protección legal para el delito de utilización de menores en la producción de material pornográfico, sin exigir otros requisitos o elementos de la tipicidad penal, para las víctimas de entre 12 y 18 años exigía la concurrencia de circunstancias de los artículos 361 o 363, por lo que ante la ausencia de tales circunstancias la conducta será impune, situación que hacía probable que los pederastas buscaran a niños precisamente entre 12 y 18 años para acceder a ellos, por medio de otras circunstancias, logrando su supuesto consentimiento para que la conducta resultara impune. El Código Penal, en esta materia, en su actual redacción sigue lo dispuesto en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativa a la venta de Niños, la Prostitución infantil y la Utilización de los Niños en

la Pornografía, la que no hace distinción alguna entre pornografía en cuya producción se utilice a un joven de 17 años de edad o a un niño de 10 años, no justificándose en opinión de Laura Mayer, la misma sanción para ambos casos, teniendo en cuenta la afectación del bien jurídico y el consentimiento que pudiera mediar de parte de la víctima que se utiliza para la producción de dicho material⁷⁷. Posteriormente y la última modificación de la figura establecida en el artículo 366 quáter fue por la Ley N° 20.526 que sanciona el acoso sexual contra menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil, cuyo análisis de las modificaciones introducidas analizare a continuación.

2.5 ÚLTIMA MODIFICACIÓN DEL 366 QUÁTER: LEY 20.526.

Esta ley tuvo su origen en una moción de los Diputados Juan Bustos Ramírez, Guillermo Ceroni Fuentes, Marcelo Díaz Díaz, Maximiano Errázuriz Eguiguren, Carolina Goic Borojevic, Nicolás Monckeberg Díaz, Claudia Nogueira Fernández, Patricio Walker Prieto y Felipe Ward Edwards, este proyecto tenía por objeto modificar varias disposiciones del Código Penal, entre ellas la más importante el artículo 366 quáter a fin de incluir en nuestra legislación la figura del *child grooming* y así terminar con la discusión que hasta ese momento existía en la materia, en cuanto si la anterior redacción del artículo era aplicable a este nuevo fenómeno.

Entre los argumentos esgrimidos por los autores de la moción se señaló “el acceso masivo a los recursos informáticos especialmente a la red Internet ha creado nuevos espacios de conocimiento y entretenimiento, pero también ha dado lugar a nuevas amenazas, particularmente para los menores de edad, permitiendo a pedófilos y pederastas, servirse de los vacíos de la ley, para buscar acercamientos sexuales con menores”⁷⁸. Como se aprecia Internet es el elemento medular y transversal de todos los antecedentes que el legislador tuvo en cuenta, directa o indirectamente, para promulgar esta ley, ya sea como medio de comunicación, como espacio de convergencia o como soporte de una serie de aplicaciones tecnológicas, Internet es el

⁷⁷ MAYER, L. Laura, 2014, Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años un delito asistemático, ilegítimo e inútil, Política Criminal, Volumen 9, (17) Artículo2: 42 y 43.

⁷⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley 20.526, sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil. Diario Oficial de 13 de Agosto, 2011, 10p.

punto neurálgico de un contexto social que motivo a nuestro legislador a introducir cambios en varias disposiciones legales sustantivas y adjetivas que penalizan ciertas conductas sexuales donde se involucran menores de edad⁷⁹.

El fenómeno conocido como “*child grooming*” es una figura criminológica, compuesta de un abanico más o menos acotado de conductas realizadas por un sujeto contra un menor de edad⁸⁰, el proyecto de ley hacia coincidir el *child grooming* a la seducción de menores, y lo definía “como el conjunto de acciones emprendidas deliberadamente por un adulto con el objeto de ganarse la amistad de un menor de edad, al crearse una conexión emocional con el mismo, con el fin de disminuir las inhibiciones de este último y poder abusar de él”⁸¹.

El proyecto además de buscar sancionar el *child grooming* tenía por objeto sancionar la producción de pornografía infantil simulada, que es aquella, en donde se emplea la imagen o voz de un menor y a través de algún software de compilación de audio y video se agrega dichas imágenes o voz a una producción pornográfica a fin de hacer parecer que dicho menor participó en dicha producción, este tipo de pornografía se conoce como *Hentai*, En este fenómeno que nació en Japón, las imágenes de menores involucrados en actos sexuales no son reales, este tipo de pornografía se define “como toda representación pornográfica en la que participa un menor o incapaz creado íntegramente a partir de un patrón irreal, verbigracia de un dibujo animado”⁸². Algunos tipos de *Hentai* son *manga hentai* que son las representaciones en donde aparecen niños de ambos sexos teniendo relaciones con otros niños o adultos, se llama *loli-con* cuando se trata de niñas y *shota-con* cuando se representa a niños varones⁸³. Ahora bien, cuando se alteran las imágenes colocando sobre la imagen del

⁷⁹ SCHEECHLER, C. Christian, 2012, El *Childgrooming* en la legislación penal chilena: sobre los cambios al artículo 366 quáter del Código Penal introducidos por la ley N° 20.526. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Volumen 3, (1): 56.

⁸⁰ SCHEECHLER, C. Christian, 2012, El *Childgrooming* en la legislación penal chilena: sobre los cambios al artículo 366 quáter del Código Penal introducidos por la ley N° 20.526. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Volumen 3, (1): 61.

⁸¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley 20.526, sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil. Diario Oficial de 13 de Agosto, 2011, 5p.

⁸² SANZ, M. Nieves, 2009, Pornografía en Internet. EN: Revista Penal N°23, Enero 2009, página 186.

⁸³ SANZ Mulas, Nieves, Pornografía en Internet. EN: Revista Penal N°23, Enero 2009, paginas 186.

adulto la cara de un menor real, o se añaden objetos a la imagen de un menor que le den un contexto sexual se habla de pseudo pornografía o pornografía simulada⁸⁴, acá lo que se hace es insertar imágenes o fotogramas de menores reales en escenas pornográficas, representaciones que pueden ser reales o no, por lo tanto, aun cuando los menores no han intervenido en ellas de forma real sí parecen utilizados en dichas representaciones con un fin obsceno⁸⁵. En ambos tipos de pornografía se discute cual es el bien jurídico protegido, para algún sector de la doctrina, según lo indica Carnevali Rodríguez, haciendo referencia a Vera Azocar y Sepúlveda Sánchez⁸⁶, quienes así lo expresan, señalando que en los delitos que sancionan la pornografía infantil donde intervienen menores de edad, tienen un carácter pluriofensivo, protegen la indemnidad, la libertad sexual, el derecho a la propia imagen del menor y su honra, ya que la captación grafica de su imagen, en el soporte que sea, supone el riesgo de divulgación o difusión⁸⁷, comparto esta opinión, creo son pluriofensivas, afectando en mi opinión primordialmente el derecho a la imagen y el honor. En la medida en que en las representaciones de actividades sexuales aparezca la imagen de un menor o su voz, que hagan reconocerlo, o incluso una animación, que lo represente haciéndolo reconocible para el resto de las personas por sus características personales, se está atentando contra la imagen de ese menor y su honor, la difusión de esas imágenes generará un detrimento de su intimidad al exponerlo a la intromisión ajena, en opinión de Raúl Carnevali, se lo cosifica al desconocer su calidad de sujeto de derechos⁸⁸.

Finalmente esta ley fue promulgada con fecha 12 de Julio del 2011 bajo el número ley 20.526 y publicada el 13 de Agosto de 2011 en el Diario Oficial.

⁸⁴ SANZ, M. Nieves, 2009, Pornografía en Internet. Revista Penal (23): 186.

⁸⁵ SANZ, M. Nieves, 2009, Pornografía en Internet. Revista Penal (23): 186.

⁸⁶ VERA, A. Alejandra y SEPULVEDA, S. Ivonne, 2011, Aproximación a los bienes jurídicos protegidos y a las cuestiones concursales en el ámbito de los delitos vinculados a la pornografía infantil. Revista Jurídica del Ministerio Público, (49):200.

⁸⁷ CARNEVALI, R. Raúl, 2012, Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales. Departamentos de Estudios, Informe en Derecho N°2/2012/Agosto: 10.

⁸⁸ CARNEVALI, R. Raúl, 2012, Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales. Departamentos de Estudios, Informe en Derecho N° 2/2012/Agosto: 11.

2.6 ESPECIFICACIONES RESPECTO DEL *GROOMING*.

Grooming proviene de un vocablo de habla inglesa específicamente del verbo *groom* que alude a conductas de acercamiento, preparación y acicalamiento de “algo”. Los anglosajones han definido el acoso sexual a menores de edad como *child grooming* para referirse a las acciones deliberadas que toma un adulto para crear una relación interpersonal de confianza con un niño con la intención de tener contacto sexual con posterioridad⁸⁹.

Lo primero que se debe tener en cuenta, es que en este tipo de conductas el sujeto activo no es como el común de los delincuentes sexuales, en este tipo de delitos nos enfrentamos con sujetos que poseen un nivel de manejo de tecnologías a lo menos usuario medio-avanzado, que mantiene conocimientos de programas computacionales, mantienen información de los sitios visitados por sus víctimas, conocen acerca de las formas de burlar bloqueos o protecciones que pudieran estar instalados en los computadores y que además poseen cualidades personales que les permite seducir a los menores, planificando estrategias de contacto, tomando conocimiento de los intereses de sus víctimas para poder tener temas en común con ellos, sujetos que esperan el momento oportuno para luego de haber logrado la confianza de la víctima solicitar la información que desean obtener de ellas. Dentro de estas actuaciones de los acosadores, es común por ejemplo, que simulen tener menos edad, cambiar su sexo, muchas veces establecen con las víctimas relaciones de pololeo a través de internet donde se muestran altamente manipuladores, pidiendo a las víctimas que posen frente a la cámara en distintas situaciones, y si las víctimas no acceden a sus requerimientos, entonces las chantajea emocionalmente planteándoles que no los quieren, o que no son importantes para ellas, a fin de que ellas accedan a sus requerimientos; si todas estas maniobras no les funcionan, entonces comienzan a presionar a los menores con la información que ellos mismos les han entregado, presionándolos a fin de lograr las imágenes que ellos desean que sus víctimas les envíen. Así entonces, el acosar a un menor a través de un medio como Internet, proporciona al agresor una serie de garantías que le generan la ilusión de poder actuar

⁸⁹ INOSTROZA, D Félix; MAFFIOLETTI, C. Francisco; CAR, S. Macarena, 2008, Que es el *Grooming* o ciberacoso sexual a niños a través de internet. Revista Jurídica del Ministerio Público (35): 219.

sobre seguro, disminuyendo al máximo los riesgos para sí mismo, ya que se inscribe en una cuenta bajo otra identidad, se hace pasar por otra persona, no se expone a ser descubierto in fraganti, y en definitiva puede amenazar a su víctima mediante intimidaciones que, sin necesidad de ser realizables materialmente, producen el efecto coaccionador para llegar al resultado⁹⁰.

En cuanto a cuales son las etapas de este fenómeno conocido como grooming, pueden diferenciarse a lo menos 4 etapas⁹¹:

- La generación de un lazo de amistad con el menor fingiendo ser un niño o niña, por lo general de edad similar a la víctima.
- Obtención de información clave de la menor víctima de grooming, tales como sus claves de acceso a correos, colegio donde estudia, nombre de sus amigos, su domicilio, datos de sus familiares cercanos como hermanos y padres etc.
- Seducción del menor para conseguir que este frente a la webcam se desvista, se realice tocaciones, se masturbe o realice otro tipo de acciones de connotación sexual o en su defecto envíe fotografías de él y/o de otro menor en las mismas situaciones descritas.
- Inicio del Ciber acoso, dando inicio a la fase de extorción de la víctima con el objeto de obtener material pornográfico, o en algunos casos el acoso va dirigido a concretar contacto físico con el menor, a fin de realizar otro tipo de agresión sexual tal como un abuso sexual con contacto o una violación.

Para Luis Torres, estas conductas realizadas por estos adultos, en sí mismas, son atípicas y, mientras no traspasen los límites de cualquiera de los delitos que protegen la indemnidad sexual, no son punibles. Su naturaleza, más bien, se corresponde con actos preparatorios para la comisión de alguno de los ilícitos ya contemplados en nuestro ordenamiento penal sexual.⁹² Sin embargo, estimo que es

⁹⁰ INOSTROZA, D. Félix; MAFFIOLETTI, C. Francisco; CAR, S. Macarena, 2008, Que es el Grooming o ciberacoso sexual a niños a través de internet. Revista Jurídica del Ministerio Publico, (35): 223.

⁹¹ DOLZ, L. Manuel Jesús, 2011, Un acercamiento al nuevo delito de *childgrooming*. Entre los delitos de pederasta, Diario La Ley, N° 7575, Sección Doctrina, año XXXII, Editorial La Ley.

⁹² TORRES, G. Luis. 2010, ¿Existe el delito de *Grooming* o ciber acoso sexual infantil? Una aproximación desde la óptica jurídico-penal (especial referencia al proyecto de ley que modifica el artículo 366 quáter del Código Penal). Revista Jurídica del Ministerio Publico (45): 220.

necesario distinguir, respecto de las dos primeras fases a las que el autor se refiere, concuerdo en que serían actos preparatorios si es que no llegan a la fase seducción, ya que acá el sujeto activo ya está iniciando la acción de determinar al menor, como se analizara más adelante.

Varios países ya han dado respuesta a esta problemática elevando los actos que la constituyen a la categoría de delito, así ha sucedido en Francia⁹³, Australia⁹⁴, España⁹⁵. Esta opción político criminal no está fuera de controversias en la doctrina, especialmente en lo que se refiere a la legitimación de adelantar la intervención penal y la consecuente creación de nuevos tipos de peligro, sin embargo la elevada necesidad de protección de los bienes jurídicos involucrados, junto con la obligación de dar un efectivo cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por los Estados, ha prevalecido en la idea de penalizar todas estas conductas como delitos independientes⁹⁶.

Dentro de los compromisos Internacionales asumidos por los Estados destaca la Convención sobre la Protección de los Niños contra la explotación sexual y el Abuso Sexual del año 2007, que es un documento del Consejo de Europa, que es el primer documento internacional, contiene obligaciones de incriminación de ciertas conductas para sus Estados partes, entre ellas, las distintas formas de abuso sexual de menores, incluyendo el *Child Grooming* y el turismo sexual, este documento fue acordado en Lanzarote con fecha 25 de Octubre de 2007, y entró en rigor el 01 de Julio de 2010, tras cumplirse con el requisito impuesto para su obligatoriedad que imponía la ratificación de cinco estados miembros del Consejo de Europa. Los objetivos del convenio son, prevenir y combatir la explotación sexual y el abuso sexual de los niños;

⁹³ Artículo 227-22-1 del Código penal francés sanciona al mayor de edad que hace proposiciones sexuales a un menor de 15 años o a una persona que se presenta como tal mediante la utilización de un medio de comunicación electrónica.

⁹⁴ Artículo 474.27 del Código penal australiano sanciona el delito de utilización de un sistema de comunicación para facilitar la consecución de la involucración de un menor de 16 años en actividades sexuales.

⁹⁵ Artículo 183.bis del Código penal español sanciona a el que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento.

⁹⁶ TORRES, G. Luis. 2010, ¿Existe el delito de *Grooming* o ciber acoso sexual infantil? Una aproximación desde la óptica jurídico-penal (especial referencia al proyecto de ley que modifica el artículo 366 quáter del Código Penal). Revista Jurídica del Ministerio Publico (45): 215.

proteger de los derechos de los niños víctimas de la explotación sexual y el abuso sexual; promover la cooperación nacional e internacional contra la explotación sexual y el abuso sexual de los niños. En su artículo 23 señala “seducción de niños con fines sexuales, cada parte adoptará las medidas legislativas o de otra índole necesarias para tipificar como delito la propuesta intencional, a través de tecnologías de la información y de la comunicación, de un adulto para encontrarse con un niño que la ha alcanzado la edad fijada en aplicación del artículo 18 , apartado 2, con el propósito de cometer cualquiera de los delitos tipificados de conformidad con el artículo 18, apartado 1.a, o en el artículo 20, apartado 1.a, en su contra, cuando tal propuesta haya sido seguida por actos materiales encaminados al encuentro”.⁹⁷ A los delitos que hace referencia el artículo son el abuso sexual, que según el Convenio consiste en realizar actividades sexuales con un niño que, de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar tales actividades y el delito de producción de pornografía infantil. En la actualidad todos los países del Consejo de Europa han firmado el Convenio y 44 de ellos la han ratificado, a su vez ningún país no miembro del Consejo la han firmado ni ratificado⁹⁸. En esta última situación se encuentra nuestro país, al no ser un país miembro, lo dispuesto por la convención no le es obligatorio.

CAPITULO 3: ANÁLISIS DE LAS HIPÓTESIS CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 366 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL.

3.1 DEL ESTUDIO PARTICULAR DE LAS HIPOTESIS

El artículo 366 quáter del Código Penal después de la modificación de la Ley 20.526 incluye distintas hipótesis de comisión:

3.1.1. CONDUCTA DESCRITA EN EL INCISO 1º DEL ARTICULO 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

⁹⁷ Convenio del Consejo de Europa de sobre la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual, Consejo de Europas Treaty Series-N 201, Lanzarote, 25.X.2007.

⁹⁸ CONSEJO DE EUROPA, (en línea) <http://conventions.coe.int>, (consulta: 18 de Noviembre de 2018)

pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo”.

En este primer inciso del artículo en estudio se contemplan varias hipótesis de comisión.

La primera de ellas sanciona al que para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realiza acciones de significación sexual, ante el sujeto pasivo que es un menor de 14 años, como el sujeto que se para frente a una ventana a la hora que sabe, transita por el lugar una menor de 14 años, posándose el sujeto desnudo, con su pene erecto, masturbándose mientras ella lo mira realizar dicha acción o el sujeto que se presenta en la vía pública frente a una menor de 14 años desnudo, masturbándose frente a ella. Se trata por tanto, “de una acción que realiza el propio sujeto activo consigo mismo y teniendo al menor de edad como mero espectador⁹⁹ o simple observador, ya que si toma parte en la ejecución de los actos el título de castigo sería por violación o abuso sexual¹⁰⁰. En cuanto a que tipo de acción de significación sexual se exige, por el tipo penal, se entiende que cualquier acción de significación sexual es apta para realizar el tipo, incluyendo relaciones sexuales genitales, anales, diversas formas de sexo oral, entendiéndose que en todos estos ejemplos estas actividades se llevan a cabo por otras personas distintas del sujeto pasivo, que solo las observa, y la masturbación del sujeto activo, quedando fuera la mera exhibición de genitales y del cuerpo humano desnudo, ya que no constituyen acciones sexuales por sí solas, al igual que las caricias sexuales no impúdicas, los besos expresivos de sexualidad, ya que estas acciones por sí solas, no están provistas de la relevancia material necesaria para considerarlas seriamente lesivas al bien jurídico protegido por la norma¹⁰¹.

La segunda hipótesis sanciona al sujeto activo que para procurar su excitación sexual, hace ver a un menor de catorce años material pornográfico, o la hace escuchar dicho material pornográfico o la hace presenciar espectáculos pornográficos, en esta

⁹⁹ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. 2007, Curso de Derecho Penal, Chile, Editorial Nexis Lexis, Parte Especial.

¹⁰⁰ AGUILAR, A. Cristian, 2015, Delitos Sexuales, Tráfico ilícito de Migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. *Grooming*, doctrina y jurisprudencia, Tercera Edición ampliada y actualizada, Chile, Editorial Metropolitana, 136p.

¹⁰¹ WINTER, E. Jaime, 2018, Delitos contra la indemnidad sexual, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Chile, Der Ediciones Limitadas, 49p.

hipótesis la conducta del sujeto activo consiste en, hacer que el menor tenga acceso por vía visual o auditiva a material pornográfico¹⁰², esto lo puede lograr obligándolo, convenciéndolo, pagándole dinero etc.¹⁰³, incluso el sujeto pasivo podría solicitar la exhibición del material pornográfico, pero su consentimiento es normativamente irrelevante, atendido a que el bien jurídico protegido por esta norma respecto de menores de 14 años es la indemnidad sexual¹⁰⁴.

La ley no define para este artículo lo que ha de entenderse por “material o espectáculos pornográficos, como si lo hace en el artículo 366 quinquies. Según Garrido Montt se trataría de algo “impúdico, ofensivo al pudor, pero no meramente ofensivo, sino groseramente y, en especial, torpe o repugnante”, lo que se conoce habitualmente como “sexo explícito”, esto es, la exposición de los genitales masculinos o femeninos durante la actividad sexual¹⁰⁵. Se entiende como “la representación que no tiene por objeto transmitir ningún contenido ideológico, ni siquiera escandaloso o conmocionador, sino que tiene por objeto producir una excitación sexual y, debido a ello, sobrepasa inequívocamente los límites de la decencia sexual, trazados en concordancia con las representaciones valorativas generales¹⁰⁶.”

Como ya lo indique anteriormente, este tipo penal requiere para su comisión dolo directo del sujeto activo, descartándose su comisión con dolo eventual o culpa, exigiendo como elemento subjetivo del injusto la excitación sexual del sujeto activo o de un tercero¹⁰⁷.

Una resolución judicial que ha estimado que la circunstancia de procurar la excitación sexual en el sujeto activo, se configura por la masturbación que este, realice frente a las víctimas, es la sentencia dictada en la causa RUC N° 0500432144-

¹⁰² RODRIGEZ, C. Luis, 2000, Delitos Sexuales, de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley N° 19617 de 1999. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 220p.

¹⁰³ RODRIGEZ, C. Luis, 2000, Delitos Sexuales, de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley N° 19617 de 1999. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 220p.

¹⁰⁴ WINTER, E. Jaime, 2018, Delitos contra la indemnidad sexual, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Chile, Der Ediciones Limitadas, 50p.

¹⁰⁵ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia, 2013, Lecciones de Derecho Penal Chileno; Reimpresión segunda edición, Chile, Editorial Jurídica, Parte especial.

¹⁰⁶ AGUILAR, A. Cristian, 2015, Delitos Sexuales, Tráfico ilícito de Migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. *Grooming*, doctrina y jurisprudencia, Tercera Edición, Chile, Editorial Metropolitana, 137p.

¹⁰⁷ AGUILAR, A. Cristian, 2015, Delitos Sexuales, Tráfico ilícito de Migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. *Grooming*, doctrina y jurisprudencia, Tercera Edición, Chile, Editorial Metropolitana, 143p.

k, RIT N° 49-2006, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, que condenó con fecha 24 de mayo del 2006, al acusado como autor del delito reiterado de exposición frente a menores de 14 años a dos penas de 150 días de presidio menor en su grado mínimo por los siguientes hechos: El día 12 de Septiembre de 2005, cerca de las 15:30 horas, el acusado en el sector próximo al Colegio F-78 de esta ciudad, ubicado en calle Maullín esquina Vicuña, procedió a realizar actos de relevancia y connotación sexual respecto de la menor C.P.G.M., de 12 años de edad, consistentes en extraer su pene y exhibírselo a la menor, realizando movimientos de masturbación, con el objeto de procurar su excitación sexual, ante lo cual, la ofendida se retiró y dio aviso a su madre, lográndose luego su detención. Que esta misma conducta, la había realizado el acusado con antelación y durante el año 2005, en varias oportunidades y en el mismo sector, respecto de la menor indicada. En igual año, esto es, durante el año 2005, el acusado en varias oportunidades, en calle Calbuco y en calle Pisagua con Aysén, de esta ciudad, también realizó iguales actos de corte sexual, en contra de la menor C.A.F.C., de 13 años de edad, para procurar su excitación sexual.¹⁰⁸

Otro fallo es el dictado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, en causa RUC N° 0901065261-5, RIT N° 33-2011 que conoció de varios hechos, entre ellos que el imputado Juan Reinaldo Paredes Barrientos, durante el transcurso del año 2006 hasta el mes de agosto del año 2007, en circunstancias que la menor de iniciales C A. V. B., nacida el 27/05/1999 junto a su familia visitaba el inmueble de parientes, ubicado en calle Jorge Montt N° 0696, trasladaba a la menor a uno de los dormitorios, como también en el dormitorio ocupado por éste, con el fin de procurar su excitación sexual, hacía que la menor antes referida presenciara y viera como su perro raza Basset Haund le lamía el pene y genitales.¹⁰⁹ En este caso el tribunal condenó al acusado como autor del delito de abuso sexual impropio atendido a que estimó en su considerando décimo cuarto que “en la especie, el abuso sexual impropio consistió en realizar actos de clara significación sexual y relevancia delante de una persona menor de catorce años de edad, a saber, la menor de iniciales C.V.B. (sujeto pasivo del ilícito), mismos que se tradujeron en que, el acusado permitió que su perro Basset

¹⁰⁸ Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, causa RUC 0500432144-k, RIT N° 49-2006, de fecha 24 de Mayo de 2006.

¹⁰⁹ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, causa RUC N° 0901065261-5, RIT 33-2011, de fecha 20 de julio de 2011.

Haund le lamiera el pene y los genitales, en donde C.V.B. quedó relegada a un papel de simple observadora. En efecto, para estar en presencia de este ilícito el hechor debe realizar ante el ofendido o respecto de aquel, acciones de connotación sexual que no supongan su acceso carnal vía vaginal, anal o bucal, o bien, que no representen contacto corporal con éste o afectación de sus genitales, ano o boca”, agregando que “aquí se sanciona cualquier interacción sexual que no tenga incidencia en el cuerpo del menor o, que aun teniéndola, no afectare sus genitales, ano o boca. Como se expresa en el Informe de la Comisión de Estudios del Senado “esta es una hipótesis de abuso del menor impúber que sobrepasa los límites de punibilidad del delito de abusos sexual, ya que presupone la ausencia de contacto corporal o afectación de los genitales o el ano, y se establece en atención a la necesidad de brindar una protección razonablemente exhaustiva al menor que aún carece de capacidad de autodeterminación sexual. (Melva Flores y Lorena Aracena, obra citada, página 392).”¹¹⁰

Un fallo relevante es el dictado por el Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar de fecha 01 de Marzo de 2016, en donde se condena a Rubén Andrés Salinas Valero, por los siguientes hechos “Entre los meses de diciembre de 2013 y julio de 2014, el acusado Rubén Andrés Salinas Valero, para procurar su excitación sexual, realizó acciones de significación sexual ante la menor de iniciales V.A.M.S.M., nacida el 22 de febrero de 2001, consistentes en una serie de comunicaciones a distancia mediante el sistema de mensajería de Facebook, desde su perfil “Man Balero”, medio a través del cual le envió dos fotografías de su pene erecto, con el fin de que las viera; las cuales fueron recibidas y vistas por la víctima. También le efectuó una serie de insinuaciones e invitaciones a mantener relaciones sexuales, además de incitar a la menor a enviarle fotografías de sus partes íntimas.”¹¹¹ Es relevante hacer presente que estas conversaciones el imputado las mantuvo por Facebook, con la menor de iniciales V.A.M.S.M., de 13 años a la fecha de los hechos desde Diciembre del año 2013 hasta el mes de julio de 2014, atendido a que la víctima e imputado se conocían, ya que él es profesor de Inglés y había realizado clases a la víctima por un corto periodo de tiempo,

¹¹⁰ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, causa RUC N° 0901065261-5, RIT 33-2011, de fecha 20 de julio de 2011, considerando décimo cuarto.

¹¹¹ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, causa RUC N° 1400681649-6, RIT 20-2016, de fecha uno de marzo de 2016, considerando Octavo.

en el año 2013, en el colegio al que la víctima asistía. La Fiscalía, acusó al imputado por el delito previsto y sancionado en el artículo 366 quáter del Código Penal, en grado de consumado y en calidad de autor, reconociéndole la circunstancia atenuante del artículo 11 N°6, del Código Penal, solicitando la imposición de la pena de 3 años de presidio menor en su grado medio, mas accesorias legales.

El Tribunal Oral en lo Penal, lo condenó por la hipótesis del inciso primero del artículo 366 quáter, tal como lo señala en el considerando Décimo Tercero “Que, en cuanto a la concurrencia de los elementos del tipo penal aludido y si bien el Ministerio Público no precisó cuál de las hipótesis del citado precepto legal era aquella que estimaba concurrente en el presente caso, el Tribunal ha entendido que esta corresponde a aquella prevista en el inciso primero del citado artículo. Para así entenderlo ha tenido en consideración que el acusado, junto con comunicarse vía chat con la menor ofendida comenzó a sostener conversaciones de índole erótica con ésta, en las que simulaba que mantenía relaciones sexuales con ella, que incluían la penetración y a propósito de las mismas él le envió fotografías suyas, en las que él se aprecia, en primer término, en ropa interior (en las propias palabras de él “en sunga”) y luego, en segundo término, fotografías de su pene desnudo erecto.

De los antecedentes recopilados puede corregirse que dichas conductas se explican en el propósito del acusado de procurar su propia excitación sexual, pues no hay indicios de que las referidas conductas hayan pretendido la excitación sexual de terceros. Es evidente que cuando un hombre adulto exhibe su pene erecto lo hace pues se encuentra en un estado de excitación sexual, estado que en el presente caso se ve corroborado con el tenor de las conversaciones que antecedieron al envío de las fotografías a menor.

Por cierto, la menor nunca solicitó el envío de tales fotografías, ni fue ella quien incitó o sedujo al acusado para que este realizara tales conductas. Ni aún en el caso de que ella hubiese tenido un rol protagónico en la génesis de dicha situación ello no autorizaría el obrar del acusado, toda vez que nos encontramos ante una niña que no ha cumplido los 14 años de edad y el respectivo precepto legal sanciona al adulto que interactúa con ella, pues entiende que la menor aún no tiene el grado de madurez que le permita, libremente, discernir respecto de la situación en que se ve envuelta con motivo de la actividad lasciva del sujeto agente y por eso la protege la ley.

Si bien se logró establecer que, además, el acusado reiteradamente le solicitó a la menor que ésta le enviara fotografías de su cuerpo, específicamente de “su ass”, esto es, en palabras del propio acusado, del trasero de ella, tal situación no se concretó, ya que la menor aun cuando envió algunas imágenes, dijo que no eran propias sino que eran fotografías de otras personas, que había buscado en Google. Ello conlleva a concluir que no se cumplió la hipótesis prevista en el segundo inciso del citado artículo 366 quáter.

Resulta evidente, en todo caso, que las conductas del acusado tuvieron lugar a distancia, esto es, sin estar en compañía física de la menor, pues todas las comunicaciones se verificaron utilizando el sistema de mensajería de Facebook, método electrónico que aunque permite una comunicación simultánea o instantánea, se verificó precisamente estando el acusado y la menor en lugares o habitaciones distintas y separadas. Ello, en todo caso, resulta irrelevante para el establecimiento de la figura delictual, pues expresamente el penúltimo inciso del citado artículo 366 quáter alude dicha modalidad de comisión, incluyéndola como típica.

Las conductas del acusado no constituyen “una acción sexual”, en los términos del artículo 366 ter del Código Penal, pues en ellas no hay contacto corporal con la víctima, pero sí implican la realización de acciones de *significación sexual*, esto es, acciones que no se explican ni obedecen a otra motivación que aquella de naturaleza erótica, habida consideración del tenor de las conversaciones que aludían a la realización de una cópula y las referencias que el acusado hacía a lo que él denominaba “su herramienta” y a la exhibición de su cuerpo en ropa interior, primero y, de su pene erecto, después.

Ha quedado además establecido, que dada la fecha de nacimiento de la víctima (en febrero de 2001) y la fecha de ocurrencia de los hechos (en julio de 2014) ésta era una persona menor de 14 años de edad a la fecha de la conducta abusiva, condición que era conocida del acusado, quien había sido su profesor durante el año 2013¹¹².

De este considerando es importante destacar que no dan por establecido el inciso 2do del artículo 366 quáter, ya que aun cuando el acusado, le pide insistentemente a la víctima que le envíe foto de su ass, y al consultarle a él a que se

¹¹² Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, causa RUC N° 1400681649-6, RIT 20-2016, de fecha uno de marzo de 2016, considerando Décimo Tercero.

refería con el termino, manifestó que solicitaba fotos de su trasero, y aun cuando la víctima declara que busco en google algunas fotos y se las envió, ninguna de esas fotografías correspondía a ella, estableciendo los jueces, acertadamente en mi opinión, que la sola solicitud de imágenes no configura el delito, si es que la víctima no envía las imágenes.

Finalmente, el acusado fue condenado a 100 días de presidio menor en su grado mínimo como autor del delito de Abuso Sexual Impropio, previsto en el artículo 366 quáter del Código Penal, ya que se le reconocieron las atenuantes del artículo 11 N°6 y 11 N°9, pena que le fue sustituida por reclusión parcial nocturna, con las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, interdicción del derecho de ejercer guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designa y sujeción de la vigilancia de la autoridad durante a los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal y a la inhabilitación absoluta perpetua para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.

3.1.2 DETERMINAR A UN MENOR DE 14 AÑOS A REALIZAR ACCIONES DE SIGNIFICACIÓN SEXUAL

“Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de 14 años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad, con significación sexual, la pena será de presidio menor en su grado máximo”.

El verbo determinar, empleado en este inciso debe entenderse de forma distinta a forzar o intimidar, dado que si el legislador lo hubiere querido, lo habría redactado en esos términos, como lo hace en el número 1 del artículo 361, o en otros tipos penales del mismo título¹¹³. Según el diccionario de la RAE, determinar es hacer tomar una resolución¹¹⁴, y en esos términos debe entenderse la norma, hacer que alguien haga

¹¹³ SCHEECHLER, C. Christian, 2012, El Childgrooming en la legislación penal chilena: sobre los cambios al artículo 366 quáter del Código Penal introducidos por la ley N° 20.526. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Volumen 3, (1): 67.

¹¹⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (en línea) <http://www.rae.es/rae.html=determinar> (consulta: 10 de Mayo de 2014).

algo, por lo que puede realizarse a través de fuerza, pero también puede convencer al menor, mediante manipulaciones, e incluso a cambio de un precio, regalos o de comida, se puede persuadir, seducir al menor¹¹⁵, o incluso incitar para que este sujeto pasivo acepte realizar acciones de significación sexual delante del sujeto activo o de otro. Según el RAE incitar es “inducir con fuerza a alguien a una acción”¹¹⁶, inducir a su vez es definido en la acepción que nos interesa como “mover a alguien a algo o darle motivo para ello”¹¹⁷, conductas que están dentro de la acción determinar, siendo la incitación a un niño para que se dedique a cualquier actividad sexual ilegal, una de las conductas llamadas a impedir por los Estados dentro del artículo 34 de la Convención de derechos del Niño. Si el menor accede voluntariamente a realizar estas acciones, su consentimiento, no tiene validez alguna, sin embargo la iniciativa a realizar estas acciones debe provenir del sujeto activo, ya que él es quien debe determinar al menor, si el sujeto pasivo espontáneamente realiza acciones sexuales frente a otro, o realiza él envió o entrega de imágenes sexualmente significativas el espectador o receptor, por el solo recibirlas y observarlas no realiza el tipo, a menos que determine al sujeto pasivo a continuar él envió o entrega de este tipo de imágenes¹¹⁸.

En esta hipótesis ya no es el sujeto activo el que realiza las acciones sexuales sino que es el sujeto pasivo, el menor de 14 años, quien se realiza tocamientos impúdicos o introducción de objetos con significación sexual en la boca, genitales o ano, realizar cierto tipos de bailes o movimiento de naturaleza sexual¹¹⁹. La realización de cualquier acto de significación sexual, como acceso carnal o abusos sexuales, con otros sujetos imputables por parte del menor, coloca al sujeto, que lo determina a realizar dicho acto, como inductor del delito que se cometa, y la pena ha de corresponder a la del acto sexual inducido. Así, si el acto consiste en el acceso carnal,

¹¹⁵ WINTER, E. Jaime, 2018, Delitos contra la indemnidad sexual, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Chile, Der Ediciones Limitadas, 52p.

¹¹⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (en línea) <http://www.rae.es/rae.html=incitar> (consulta: 11 de Diciembre de 2018).

¹¹⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (en línea) <http://www.rae.es/rae.html=inducir> (consulta: 11 de Diciembre de 2018).

¹¹⁸ WINTER, E. Jaime, 2018, Delitos contra la indemnidad sexual, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Chile, Der Ediciones Limitadas, 52p.

¹¹⁹ AGUILAR, A. Cristian, 2015, Delitos Sexuales, Tráfico ilícito de Migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. *Grooming*, doctrina y jurisprudencia, Tercera Edición, Chile, Editorial Metropolitana, 136p.

habrá violación o estupro del menor y de ella responde el inductor, por otro lado si se utilizan menores para realizar el acto, entonces opera respecto del inductor la agravante del artículo 72 del Código Penal¹²⁰.

Un fallo interesante en esta materia es el dictado por el Juzgado de Garantía de Angol, en causa RUC Nº 0800080303-1, RIT Nº 1124- 2008 en que se condena en procedimiento abreviado, con fecha 24 de febrero de 2009, al acusado quien era un profesor de una Escuela de la comuna por los siguientes hechos: “Desde inicios del año lectivo 2006 el acusado don Héctor José Sáez Paredes se desempeñaba como profesor jefe del primer año básico de la Escuela Novel Gabriela de Renaico, continuando con dicho curso en segundo básico durante el año 2007. En estas circunstancias, ya desde mediados del año 2006, el imputado, abusando de la situación de absoluta confianza de que gozaba entre su grupo de alumnos y entre su padres y apoderados, y con el fin de procurar su excitación sexual y la de sus alumnos; comenzó a realizar juegos de contenido erótico con los niños a su cargo; consistentes en la interacción de varias parejas de niños de ambos sexos, que se besaban mutuamente en la boca, dándose besos con lengua, ante todo el resto del curso, quienes participaban como jurado de tal concurso; asignándoseles premios consistentes en polcas de vidrio, láminas de álbum y alimentos que formaban parte de las colaciones que entregaba el programa puente y que eran administradas por el imputado. Estos juegos se realizaban en la sala de clases, cuando sólo el imputado se encontraba a cargo de los menores, señalándoles éste a los niños que este juego era un secreto y no debían contarlo a nadie en la escuela. Dentro de este contexto, todos los niños participaron en este juego, ya sea como concursantes, como jurado y como público.”¹²¹. En este caso el Tribunal estimó en su considerando Séptimo que estos hechos eran constitutivos del delito de abuso sexual impropio reiterado del artículo 366 quáter inciso 2º del Código Penal, teniendo el acusado participación en calidad de autor de los mismos por haber tomado parte en su ejecución en forma directa e inmediata, en los términos del artículo 15 Nº 1 del Código Penal, lo condenó a la pena única de 5 años de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales.

¹²⁰ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia, 2013, Lecciones de Derecho Penal Chileno; Reimpresión Segunda Edición, Chile, Editorial Jurídica, Parte especial.

¹²¹ Juzgado de Garantía de Angol, causa RUC Nº 0800080303-1, RIT Nº 1124-2008 de fecha 24 de Enero de 2009.

La segunda parte de este inciso es el que contempla el fenómeno criminológico conocido como *grooming* que consiste en determinar a un menor de 14 años a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad, con significación sexual. Las imágenes o grabaciones enviadas deben ser de significación sexual, sin embargo el tipo no exige que sean representativas de acciones sexualmente relevantes, por lo que estarían incluidas las fotos que contengan imágenes de desnudos reconocibles como sexualmente significativas¹²². El tipo penal se satisface alternativamente con el envío, entrega o exhibición de imágenes o grabaciones de la víctima o de otro menor de 14 años¹²³. Así, las imágenes enviadas pueden ser del propio menor u otro menor de 14 años, las que a su vez pueden ser capturadas por el sujeto pasivo o incluso por un tercero, pudiendo realizarse el tipo si el sujeto pasivo baja de internet pornografía infantil y se la envía a la persona que lo ha determinado a realizar esta acción o un tercero, instado por el sujeto activo¹²⁴.

En estos casos la determinación del menor se logra bajo presiones, acoso, manipulaciones o derechamente bajo amenazas. Con esta modificación se comprendió la finalidad propia del agresor en el *child grooming*, esto es, conseguir material pornográfico del menor con el que ha establecido contacto, normalmente a través de redes informáticas o telemáticas, sumergiéndose en la espiral de la pornografía, es decir, su visualización lo estimula para conseguir, y luego producir, más material¹²⁵. Como se puede apreciar, se sanciona el determinar al menor a enviar, entregar o exhibir las imágenes o grabaciones, por tanto no se sanciona el simple acoso de los menores, sino que dicho acoso haya tenido como resultado la determinación del menor a realizar la conducta solicitada por el sujeto activo.

En este mismo sentido, resuelve el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, al conocer de la causa RUC 1501025760-0, de fecha 03 de febrero de 2017, en

¹²² WINTER, E. Jaime, 2018, Delitos contra la indemnidad sexual, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Chile, Der Ediciones Limitadas, 53p.

¹²³ AGUILAR, A. Cristian, 2015, Delitos Sexuales, Tráfico ilícito de Migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. *Grooming*, doctrina y jurisprudencia, Tercera Edición, Chile, Editorial Metropolitana, 140p.

¹²⁴ WINTER, E. Jaime, 2018, Delitos contra la indemnidad sexual, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Chile, Der Ediciones Limitadas, 53p.

¹²⁵ SCHEECHLER, C. Christian, 2012, El Childgrooming en la legislación penal chilena: sobre los cambios al artículo 366 quáter del Código Penal introducidos por la ley N° 20.526. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Volumen 3, (1): 68.

la que condena a Juan Pablo Parra Trujillo a la pena de sesenta y un días, de presidio menor en su grado mínimo, a la accesoria de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena, y la de inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, como autor del delito contemplado en el inciso 1° del artículo 366 quáter del Código Penal, en perjuicio de la menor C.S.V.C. perpetrado entre los días 22 y 23 de octubre de 2015 en Romeral. Los hechos que se dieron por establecidos por el Tribunal fue que “entre los días 22 y 23 de octubre de 2015 Juan Pablo Parra Trujillo, quien a esa época se desempeñaba como conductor de un furgón escolar en la comuna de Romeral en el cual trasladaba, entre otros niños, a la menor de iniciales C.S.V.C, nacida el día 14 de enero de 2002, procedió a enviarle a esta última y vía WhatsApp fotografías de sus genitales, así como le solicitó que ella, a su vez, enviara imágenes de sus senos, lo que no ocurrió.”¹²⁶.

El tribunal absolvió al condenado por el delito contemplado en el artículo 2° del artículo 366 quáter del Código Penal, según lo indican en el considerando décimo primero por las siguientes consideraciones, “primero, esta figura penal llamada también child grooming, ha sido entendida como el “conjunto de acciones emprendidas deliberadamente por un adulto, por medios virtuales, con el objeto de ganar la amistad de un menor de edad, al crear una conexión emocional con el mismo, con el fin de disminuir sus inhibiciones y consecuentemente obtener de su víctima el envío de imágenes suyas para procurar su excitación sexual o incluso poder – físicamente- abusar sexualmente de él”; segundo, de la historia de la ley que introdujo este ilícito, aparece que el fin perseguido con su establecimiento era el evitar que en la red, circularan imágenes de menores desnudos o realizando conductas con significación sexual; tercero, la norma en comento señala que si para lograr su excitación sexual o la de otro, determinare a un menor de menos de 14 años de edad a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor, con significación sexual será sancionado con la pena que se señala. En consecuencia, este artículo exige que el autor determine a un menor a ejecutar las conductas descritas, debiendo

¹²⁶ Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Curicó, causa RUC N° 1501025760-0, RIT N° 281-2016 de fecha 03 de Febrero de 2017, considerando Quinto.

entender por la expresión “determine” según el diccionario de la RAE, como el “Ser causa de que algo ocurra o de que alguien se comporte de un modo determinado” y ello implica que el sujeto activo logre de alguna manera, sea aprovechándose de la inexperiencia del menor, abusando de la confianza, mediante engaño o de cualquier otra forma que no implique, necesariamente, intimidación, amenazas o fuerza, que éste le envíe grabaciones o imágenes de su cuerpo, y que ellas las requiera para lograr satisfacer sus instintos lúbricos, cuarto, de todo lo anterior fluye que el delito se comete, cuando el hechor logra, mediante cualquier medio, que un menor de edad le envíe, entregue o exhiba imágenes o grabaciones de su cuerpo o del cuerpo de otro menor de edad

Dicho lo anterior, resulta claro y de la prueba aportada, así como de la convención probatoria, que Parra Trujillo, si bien solicitó a la niña que le enviase imágenes de sus senos, ella no consintió en aquello, no remitiéndole por la vía que se comunicaban lo que se le pedía, lo que motivó, a que finalmente y así fluye de la conversación incorporada, el acusado no persistiera en sus peticiones, indicando que incluso había sido un error la conversación¹²⁷.

Como se observa en el fallo recién analizado y en el dictado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, en causa RUC N° 1400681649-6, RIT 20-2016, de fecha uno de marzo de 2016, los Tribunales no sancionan como autor del delito, a quien solo solicita él envió de imágenes, sin lograr su cometido, es decir, sin lograr determinar al menor al envió de las imágenes requeridas, lo que como ya señale me parece una decisión acertada. Sin embargo, nace la duda, si con esa acción desplegada por el hechor, de solicitar las imágenes se da o no inicio a la ejecución de este delito, y por tanto pudiera sancionarse como una figura imperfecta de este tipo penal, tema que tratare a continuación.

Para nuestro Código Penal, según el artículo 7 inciso 3° “hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento”. Desde el punto de vista de la acción del sujeto activo, él solicita las imágenes al menor, pero no logra su determinación, sin

¹²⁷ Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Curicó, causa RUC N° 1501025760-0, RIT N° 281-2016 de fecha 03 de Febrero de 2017, considerando Décimo Primero.

embargo él toma contacto con la víctima, gana su confianza, obtiene información personal de ellas referente a su edad, colegio, etc., y solicita las imágenes y como vimos en los casos analizados, insiste en él envió de las imágenes de significación sexual, pero el menor no las envía, porque el sujeto activo no logra determinarlo a que lo realice.

Para contestar la interrogante si la sola solicitud de imágenes constituye un grado imperfecto del delito hay que establecer de qué tipo de delito se trata, es decir, si estamos en presencia de un delito de mera actividad o de un delito de resultado.

El delito de abuso sexual, ha sido considerado por la doctrina, como un delito formal o de mera actividad que se consuma al realizarse una acción sexual distinta del acceso carnal con el ofendido, no exigiendo un resultado posterior, por tanto como forma imperfecta solo admite la tentativa¹²⁸. Sin embargo, como se trató a lo largo de este trabajo, el delito objeto de esta investigación está fuera del ámbito de los delitos de abusos propiamente tal, tratándose de un delito independiente, en que se sanciona el involucrar a menores en una interacción sexual, cuyo límite que lo diferencia con los abusos es que acá no hay contacto corporal entre víctima e imputado y no se realiza una acción sexual en los términos del 366 ter. Así, este tipo penal, prohíbe distintas conductas que señala el artículo, conductas que lesionan la indemnidad sexual respecto de menores de 14 años, y que involucran una interacción comunicativa sexualmente abusiva entre el autor y su víctima, sin que se traduzca en contacto sexual físico entre ambos, constituyendo un complemento de los delitos sexuales de interacción corporal, cuya finalidad es brindar al menor impúber una protección penal que abarca una esfera más amplia de posibles interacciones atentatorias a su indemnidad¹²⁹.

Este delito, es un tipo mixto alternativo que contiene distintas hipótesis de comisión, así en el inciso primero, contiene las hipótesis de a) realizar acciones de significación sexual, b) hacer ver o escuchar material pornográfico y c) hacer

¹²⁸ AGUILAR, A. Cristian, 2015, Delitos Sexuales, Tráfico ilícito de Migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. *Grooming*, doctrina y jurisprudencia, Tercera Edición, Chile, Editorial Metropolitana, 108p. Mismo sentido, RODRIGUEZ, C., Luis, 2014, Delitos Sexuales, Segunda Edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 264 a 266p.

¹²⁹ WINTER, E. Jaime, 2018, Delitos contra la indemnidad sexual, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Chile, Der Ediciones Limitadas, 48p.

presenciar espectáculos pornográficos, a su vez el inciso segundo de la norma contiene la hipótesis de determinar al sujeto pasivo a realizar acciones sexuales o a enviar, entregar o exhibir imágenes sexuales.

Para el autor Jaime Winter Etcheberry, respecto del inciso primero el delito se consuma cuando él menor toma contacto visual con la acción de significación sexual que se realiza frente a él, o toma contacto visual o auditivo con el material o espectáculo de contenido pornográfico, señalando que la exhibición que no es percibida por el menor constituye tentativa¹³⁰. En cuanto al inciso segundo del artículo, este autor considera que es un delito cortado de resultado, y por tanto, se consuma en el momento en que el menor toma la determinación de llevar a cabo la acción sexual, envió, entrega o exhibición, ya que el autor determina al menor para que produzca un resultado posterior¹³¹. Para Alicia Gil Gil¹³², constituye un delito de resultado cortado, aquel en el que solo se ha prescindido del acaecimiento del resultado, teniendo este tipo de delitos una estructura de meros actos preparatorios o de una tentativa castigada como delito consumado, en estos tipos se prescinde del acaecimiento del resultado por consumarse formalmente antes de la lesión o peligro del bien jurídico, castigándose la peligrosidad de la acción, así el resultado material o la mera actividad descrita en el tipo objetivo y que supone consumación formal del delito constituyen en el plano valorativo, un mero acto ejecutivo o preparatorio en el camino hacia la lesión del bien jurídico indicado en el elemento subjetivo. En este tipo de delitos se comete un acto para tener consecuencias posteriores. La acción del hechor consiste en determinar, acción que fue anteriormente analizada y que puede consistir en obligar, hasta seducir, incitar al menor a realizar las acciones descritas en la norma, según refiere el autor, según el autor, el delito se consuma cuando el menor toma la determinación de llevar a cabo la acción sexual, envió, entrega o exhibición, es decir, cuando decide o accede a realizar lo solicitado por el sujeto activo, sin embargo si ese es el momento de la consumación, es muy difícil establecer el momento justo en

¹³⁰ WINTER, E. Jaime, 2018, Delitos contra la indemnidad sexual, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Chile, Der Ediciones Limitadas, 51p.

¹³¹ WINTER, E. Jaime, 2018, Delitos contra la indemnidad sexual, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Chile, Der Ediciones Limitadas 53p.

¹³² GIL, G. Alicia, 2000, El concepto de intención en los delitos de resultado cortado, especial consideración del elemento volitivo de la intención, Revista de Derecho Penal y criminología (6): 106 a 109.

que este delito esta consumado, porque la determinación del menor victima estará en su esfera íntima, y luego realizara la acción a la que fue determinado por el sujeto activo y realizara la acción de significación sexual, o enviara, entregara o exhibirá las imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años. Si entendemos que el delito analizado es de resultado cortado, no tiene lugar la tentativa, pues estamos en presencia de delitos de consumación anticipada, así su consumación se adelanta a un momento anterior de la lesión del bien jurídico¹³³.

En este punto, creo que el tipo penal del artículo 366 quáter, es un delito de resultado, y que se consuma, cuando el menor victima efectivamente toma la decisión de realizar la acción solicitada por el sujeto activo, que se verifica, al realizar la acción de significación sexual, o enviar, entregar o exhibir las imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años, ese es el momento de consumación, la determinación de hacerlo y la ejecución de la acción solicitada por el sujeto activo, entonces el tipo permite una división de la estructura del delito, y por tanto la acción punible es fraccionable material e intelectualmente, y al haber dado comienzo a la actividad, esta no ha alcanzado el pleno desarrollo que la hace punible¹³⁴ a título de consumado, pero si permite su castigo a título de delito frustrado y también a título de tentativa.

En este punto, en la situación planteada anteriormente, en que el sujeto activo realiza tales como contactar al menor víctima, solicitar el envío de imágenes, ya sea seduciéndolo, incitándolo, etc, creo que el sujeto activo da principio de ejecución al delito, aun cuando su acción de determinar no ha sido lo suficientemente concreta o potente para que el menor de 14 años realice el envío solicitado, ya que se le ha dado principio a la ejecución del delito y se ha exteriorizado en la realización de una parte de la acción típica mediante hechos directos¹³⁵. Además el bien jurídico protegido por este delito, ha sido puesto en peligro, ya que se vulnera la indemnidad sexual del

¹³³ GIL, G. Alicia, 2000, El concepto de intención en los delitos de resultado cortado, especial consideración del elemento volitivo de la intención, Revista de Derecho Penal y criminología (6): 106 a 109

¹³⁴ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia, 2013, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Reimpresión segunda Edición, Chile, Editorial Jurídica, Parte General.

¹³⁵ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia, 2013, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Reimpresión segunda edición, Chile, Editorial Jurídica, Parte General, 372p.

menor, al hacerlo colocarse en la situación de verse involucrado en esta interacción sexual. Será frustrado a su vez, cuando el delincuente hay colocado de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad, un ejemplo sería el caso en que el sujeto activo toma contacto con el menor, solicita en envió de imágenes, y el menor se toma fotos de significación sexual, y las va a enviar, pero es sorprendido por sus padres, y no envía el archivo al sujeto activo.

Un fallo que sanciona por la hipótesis del artículo 366 quáter inciso 2° es el dictado por el 11 Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RUC 1400609227-7, RIT N° 8847-2014 de fecha 22 de Enero de 2015, que condeno a MANUEL ANDRES TORRES CASTRO, a sufrir una pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, mas accesorias legales por los siguientes hechos "En el mes de junio del año 2014, en reiteradas oportunidades, MANUEL ANDRÉS TORRES CASTRO, desde su domicilio ubicado en calle Contauco N2 330, comuna de Temuco, utilizando el perfil de nombre "Daniel Jara" de la red social de Internet Facebook, contactó por medio de mensajería instantánea el perfil de la menor de iniciales D. R. M. N., de 10 años de edad, y con el fin de procurar su excitación sexual, la amenazó con publicar en la red social Facebook fotografías de los genitales de la niña, a menos que le enviase fotografías de ella desnuda, ante lo cual, la menor, desde su domicilio ubicado en calle Salesianos N°1310, comuna de San Miguel, envió varias imágenes de ella desnuda exhibiendo sus genitales, imágenes que el imputado almacenó en su computador.

En el mes de abril del ario 2014, en reiteradas oportunidades, MANUEL ANDRÉS TORRES CASTRO, desde su domicilio ubicado en calle Contauco N° 330, comuna de Temuco, utilizando el perfil de nombre "Daniel Jara" de la red social de Internet Facebook, contactó por medio de mensajería instantánea el perfil de la menor de iniciales S. N. Y. G., de 12 años de edad, y con el fin de procurar su excitación sexual, mediante amenazas obligó a la menor, desde su domicilio ubicado en calle Aconcagua N° 2349, comuna de Calama, a enviarle varias imágenes de ella desnuda exhibiendo sus genitales, imágenes que el imputado almacenó en su computador"¹³⁶.

¹³⁶ 11 Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RUC 1400609227-7, RIT N° 8847-2014 de fecha 22 de Enero de 2015.

3.1.3. CONDUCTAS SANCIONADAS RESPECTO DE MAYORES DE 14 AÑOS Y MENORES DE 18 AÑOS

“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 o mediante amenazas en los términos de los artículos 296 y 297, tendrá las mismas penas señaladas en los incisos anteriores”.

El inciso tercero del artículo en estudio sanciona las conductas contempladas en los incisos primero y segundo cuando el sujeto pasivo es un mayor de 14 años y menor de 18 años, bajo ciertas circunstancias especiales como es la fuerza o intimidación exigida en el N° 1 del artículo 361 que sanciona el delito de violación o las enumeradas en el artículo 363 que sanciona el estupro, es decir, abuso de una anomalía o perturbación mental, abuso de una relación de dependencia o de grave desamparo de la víctima o engaño abusando de su falta de experiencia o ignorancia sexual. Respecto a este punto algunos autores consideran que el legislador ha cometido un “olvido” al no contemplar las otras circunstancias contempladas en el artículo 361, a saber, víctima que se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse y abuso de la enajenación o trastorno mental de la víctima, así ha permitido que sea impune el caso por ejemplo de la niña púber que por una enfermedad incapacitante no puede resistir ser expuesta a actos de significación sexual, o la niña que sufre una enfermedad mental¹³⁷. Respecto a este punto ya me referí al tratar el bien jurídico protegido en esta norma, en el punto 1.5, ya que en este inciso, el tipo penal está destinado a proteger la libertad de abstención sexual de los menores púberes de no verse involucrados en esta interacción sexual¹³⁸. Pensemos que ocurre en la hipótesis de privación de sentido, como sería por ejemplo el caso de una adolescente de 17 años que se encuentra ebria. La privación de sentido consiste en un estado transitorio de pérdida de conciencia, por causas dependientes o independientes de la voluntad de la afectada, en que la víctima se encuentra imposibilitada para recibir las impresiones

¹³⁷ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia, 2013, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Reimpresión segunda edición, Chile, editorial Jurídica, Parte especial, 280p.

¹³⁸ WINTER, E. Jaime, 2018, Delitos contra la indemnidad sexual, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Chile, Der Ediciones Limitadas, 54p.

provenientes del mundo externo¹³⁹, por tanto si bien no concurre fuerza o intimidación, la víctima no está en condiciones de consentir, ni de resistir, el acto al que está siendo expuesta, en el ejemplo de la adolescente de 17 años que se encuentra ebria y frente a la cual, el sujeto activo se desnuda, exhibiéndose y tomándose su pene, masturbándose frente a la referida adolescente. Otro ejemplo sería en la misma situación de una adolescente de 17 años ebria, que debido a su estado de ebriedad es convencida por el sujeto activo a que realice un baile erótico y se comience a sacar la ropa, tocándose en sus partes íntimas. Si en estas mismas circunstancias de ebriedad de la víctima, el sujeto activo la determinara a entregar imágenes con significación sexual, atendido a su estado transitorio de pérdida de conciencia, no está en condiciones de comprender la acción que está ejecutando, aun cuando se la está involucrando en una interacción sexual a la que no está consintiendo, entiendo que podría asimilarse esta situación al grave desamparo del artículo 363 N°3, o incluso abusar de una anomalía transitoria de la víctima del 363 N°3, ya que en definitiva se está coartando su poder de decisión de verse involucrada en esta interacción sexual.

En cuanto a la pena para este tipo de delitos en la misma que la señalada para los menores de 14 años, presidio menor en su grado medio a máximo, es decir desde 541 días a 5 años de presidio, en el caso de las conductas descritas en el inciso primero y una pena de presidio menor en su grado máximo, de 3 años y un día a 5 años en el caso de las conductas del inciso 2do de la norma.

Este inciso también contempla, respecto de los sujetos pasivos mayores de 14 años y menores de 18 años, el determinarlos a realizar las conductas descritas mediante amenazas. El delito de amenazas está regulado en el Código Penal en los artículos 296 y siguientes, y atenta principalmente contra la seguridad individual del amenazado como presupuesto de la libertad y, eventualmente contra la libertad de actuación, si las amenazas producen efecto en su voluntad. Es siempre un delito de peligro concreto, atendidas las estrictas condiciones que impone el Código Penal¹⁴⁰ y

¹³⁹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia, 2013, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Reimpresión segunda edición, Chile, Editorial Jurídica, Parte especial, 258p.

¹⁴⁰ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia, 2013, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Reimpresión segunda edición, Chile, Editorial Jurídica, Parte especial, 195p.

exige para su realización dolo directo, atendido el elemento subjetivo adicional que persigue este delito: el propósito de causar el mal con el que se amenaza y el de obtener alguna prestación, en su caso¹⁴¹. La conducta del delito consiste en amenazar, esto es, “dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro”¹⁴². La ley señala que toda amenaza debe recaer en la persona, comprendiendo su vida, salud e integridad corporal; en contra de su honor, y este será el contenido de la gran mayoría de las amenazas realizadas por el *groomer* o en contra de la propiedad del amenazado o de su familia. En cuanto a los requisitos que debe contener la amenaza esta debe ser seria, es decir, debe existir, ser proferida o expresada seriamente, sin asomo de burla o broma, dando a entender la decisión de quien la realiza de llevarla a cabo. Además debe ser verosímil, esto es, que el mal con el cual se amenace debe tratarse de un mal que, por la forma y circunstancias en que se le señala a la víctima, sea para ella creíble su realización futura atendida la situación concreta en que se encuentra¹⁴³. Este punto creo es de suma importancia ya que no es lo mismo amenazar a una persona adulta que a un niño, por lo tanto en las amenazas que se realizan a los niños no podría exigirse una amenaza muy elaborada.

3.1.4. COMETER LAS HIPÓTESIS DESCRITAS EN EL ARTÍCULO A DISTANCIA, MEDIANTE CUALQUIER MEDIO ELECTRÓNICO

“Las penas señaladas en el presente artículo se aplicaran también cuando los delitos descritos en él sean cometidos a distancia, mediante cualquier medio electrónico”.

Este inciso viene a resolver un problema que aparentemente no estaba resuelto en el artículo 366 quáter, y que dice relación con la utilización de webcams u otros medios análogos para realizar las acciones del inciso primero o determinar al menor a

¹⁴¹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia, 2013, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Reimpresión segunda edición, Chile, Editorial Jurídica, Parte especial, 197p.

¹⁴² POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia, 2013, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Reimpresión segunda edición, Chile, Editorial Jurídica, Parte especial, 196p.

¹⁴³ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia, 2013, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Reimpresión segunda edición, Chile, Editorial Jurídica, Parte especial, 194p.

hacer las del inciso 2º. Su fundamento criminológico está dado por la utilización de Internet y sus herramientas para que el *groomer* acose a sus víctimas menores de edad, situación que era discutible si estaba cubierta por la anterior redacción del artículo 366 quáter, equiparando la gravedad de estas acciones con los mismos hechos realizados en forma presencial.¹⁴⁴ Antes de esta modificación de la ley 20.526 se discutía en la doctrina y en Tribunales, si la frase “delante suyo” utilizada por la antigua redacción del artículo 366 quáter, podía incluir los delitos cometidos a través de una pantalla de un computador, a distancia, estando víctima e imputado incluso en países distintos, centrándose entonces la discusión bajo qué circunstancias era posible sostener que la presencia física equivalía a la presencia cibernética o virtual. Esta es la discusión que se zanja con la modificación legal, ya que se contempla en forma expresa esta posibilidad de comisión a distancia cuando se consagra en el inciso 4º del artículo 366 quáter que dispone “las penas señaladas en el presente artículo se aplicaran también cuando los delitos descritos en él sean cometidos a distancia, mediante cualquier medio electrónico”.

En mi opinión, esta modificación es un acierto del legislador, porque da certeza jurídica, al contemplar en forma expresa esta posibilidad, evitando que la decisión quede entregada a la interpretación que puedan hacer los jueces para considerar si la hipótesis del delito cometido a distancia estaba o no contemplado dentro del artículo 366 quáter, con la desigualdad que ello provocaba. Estimo que dada la característica que otorga internet de las comunicaciones en tiempo real, el bien jurídico protegido se afecta igualmente si la acción se emprende frente a frente o si se realiza a través de una pantalla, por ejemplo el tipo que manteniendo una conversación en un chat con una menor de 12 años, mediante la cámara comienza a masturbarse frente a ella, el tendrá la posibilidad de ver la reacción de la menor mediante la cámara, y la impresión o secuela que esa actitud pueda generar en la víctima será la misma que si lo hubiera visto frente a frente.

¹⁴⁴ SCHEECHLER, C. Christian, 2012, El *Childgrooming* en la legislación penal chilena: sobre los cambios al artículo 366 quáter del Código Penal introducidos por la ley N° 20.526. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Volumen 3, (1): 70.

3.1.5. AGRAVANTE ESPECIAL CONTEMPLADA EN EL INCISO FINAL DEL ARTICULO 366 QUÁTER.

“Si en la comisión de cualquiera de los delitos descritos en este artículo, el autor falseare su identidad o edad, se aumentara la pena aplicable en un grado”.

Este inciso contempla una agravante, que se verificara cuando el sujeto activo para la comisión de cualquiera de las conductas contempladas en el artículo en estudio, falseare su identidad o edad, es decir la adultere dando otro nombre, u otro género, o disminuya su edad haciendo parecer que tiene edad similar a la de la víctima, así como el sujeto pasivo no ve a la persona con la que se contacta a través del computador, el que se presenta como si fuere otro menor de similar edad, ya que este puede colocar fotos de otros menores, el sujeto pasivo entra en confianza y accederá a la entrega de información, creyendo se está relacionando con un par, en estos casos se aumentara la pena en un grado.

Falsear la identidad, es una de las formas comisivas más comunes del *groomer* y tiene por objeto que la víctima pueda generar confianza rápidamente con alguien que es cercano a sí mismo, el *groomer* utiliza el engaño y la seducción como formas comisivas centrales de su actuar, para lograr su cometido que es, conseguir el material pornográfico de su víctima o concertar la reunión física con ella¹⁴⁵. De esta forma la víctima, el menor, confía en que está compartiendo información con un par, con alguien en quien puede confiar, incluso en la mayoría de los casos cree está entregando datos personales, de su familia etc, a la persona con la cual está estableciendo un vínculo amoroso, un “pololo”, sin lograr vislumbrar el riesgo al que se está exponiendo, más aún si accede a posar desnuda frente a la cámara o a enviar las imágenes de carácter sexual solicitadas por el sujeto activo, quien almacenara esas imágenes o incluso las distribuirá y compartirá con otros sujetos. Así el sujeto activo, se beneficia de las principales ventajas que propicia el entorno virtual, el anonimato, la posibilidad de enmascarar fácilmente la personalidad, de hacer uso de la disponibilidad de información personal sensible que abunda en la red, facilidad de contacto¹⁴⁶etc.

¹⁴⁵ SCHEECHLER C. Christian, 2012, El *Childgrooming* en la legislación penal chilena: sobre los cambios al artículo 366 quáter del Código Penal introducidos por la ley N° 20.526. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Volumen 3, (1 70 y 71.

¹⁴⁶ GONZALEZ, T. María Marta, 2011, El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC. Estudios Penales y Criminológicos, Volumen XXXI, Universidad de Santiago de Compostela: 217.

Estimo que la razón de esta agravante es la peligrosidad adicional que el falseamiento de dicha información entraña para el bien jurídico, así el menor, que engañado por el sujeto activo, cree estar siendo interpelado por una persona de su edad o por alguien en quien confía, está más vulnerable¹⁴⁷, ya que al ser engañado el menor que entabla una amistad u otro tipo de relación con una persona que cree es de similar edad, no permite que este menor pueda imaginarse el riesgo que está corriendo, por tanto, no implementa ningún tipo de protección, como darle aviso a sus padres, o simplemente no aceptar el contacto virtual, que es lo que normalmente sucedería, si este menor estuviera en conocimiento que quien está tratando de contactarlo es un sujeto mayor de edad, con el cual seguramente no tendrá nada en común.

Una de las modificaciones de la ley 20.526 fue la introducida en el artículo 222 del Código Procesal Penal, por la cuales se amplía el plazo de seis meses a un año para que las empresas de telecomunicaciones guarden los registros de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados. IP es el acrónimo de Internet Protocol, y corresponden un número único e irrepetible que sirve para identificar una computadora conectada a la red, y que se refleja en un conjunto de 4 números que van desde el 0 al 255, separados por puntos, ejemplo 230.38.147.80¹⁴⁸.

Al momento de realizar las investigaciones por este tipo de ilícitos lo primero que se debe determinar es el número y tipos penales involucrados en cada caso en particular, los que pueden incluir, además de las conductas ya analizadas del 366 quáter, los delitos de producción, distribución y almacenamiento de material pornográfico, y el delito de apropiación de clave del artículo 2 de la ley 19.223, lo que es relevante para determinar la procedencia de las técnicas de investigación conforme al artículo 369 ter del Código Penal y a los artículos 222 – 225 del Código Procesal Penal¹⁴⁹. También se debe verificar la existencia de encuentros con el sujeto activo que hayan permitido realizar una agresión sexual.

¹⁴⁷ WINTER, E. Jaime, 2018, Delitos contra la indemnidad sexual, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Chile, Der Ediciones Limitadas, 54p.

¹⁴⁸ DUQUE, G. Catalina, 2009, Consideraciones para la investigación del fenómeno del *grooming*. Revista Jurídica del Ministerio Público (41): 127.

¹⁴⁹ DUQUE G. Catalina, 2009, Consideraciones para la investigación del fenómeno del *grooming*. Revista Jurídica del Ministerio Público (41): 127.

Internet le permite a los abusadores, quienes ocultan su verdadera identidad, ingresar a diversas páginas, tales como fotologs, Facebook, Messenger, chat, etc., y tomar contacto con niños, niñas y adolescentes, ganarse su confianza y obtener de estos la realización de connotación sexual ya sea utilizando webcams o enviando imágenes suyas, en las que realizan actividades sexuales explícitas o exponen sus genitales o sus zonas erógenas¹⁵⁰. Por tanto, toda la investigación gira en obtener medios de prueba de Internet, así se solicita a la víctima o a sus padres autorización para el acceso a la cuenta de correo, chat u otra página de la víctima con el propósito de recolectar la mayor cantidad de información para la investigación. Frecuentemente también se envía analizar el computador de los menores a las Brigadas de Ciber Crimen de la Policía de Investigaciones, para obtener información que a veces las mismas víctimas han borrado a petición del sujeto activo¹⁵¹.

Como se puede advertir en el desarrollo del trabajo, la norma en estudio es un tipo penal, especial, de múltiples hipótesis en las que se busca proteger de forma más global las interacciones sexuales que pueden atentar en contra de su indemnidad o libertad sexual.

¹⁵⁰ DUQUE G. Catalina, 2009, Consideraciones para la investigación del fenómeno del *grooming*. Revista Jurídica del Ministerio Público (41): 127.

¹⁵¹ DUQUE G. Catalina, 2009, Consideraciones para la investigación del fenómeno del *grooming*. Revista Jurídica del Ministerio Público (41): 127.

CONCLUSIÓN.

Lo primero que debo señalar respecto del tipo penal en estudio, es que es un delito especial, como ya lo señale, sanciona diversas conductas en que si bien no existe un contacto directo entre víctima y agresor, las conductas desplegadas por el autor del delito, son capaces de afectar la indemnidad y/o libertad sexual de las víctimas. Es una figura residual, no tan solo respecto de los delitos de violación, estupro o abusos sexuales con contacto, sino también la línea que lo divide con los delitos de producción y almacenamiento de pornografía de menores es bien delgada, muchas veces este es el primer eslabón de la cadena de distintos ilícitos que termina en la venta y distribución de pornografía infantil.

Como quedo de manifiesto, este ilícito cuyo antecedente fue el delito de corrupción de menores, ha sido objeto de variadas modificaciones que fueron analizadas en el cuerpo del trabajo a fin de dejar de manifiesto, como ha ido variando la figura en estudio, la última de ellas, las incorporadas por la ley 20.526, cuyo fin era agregar en nuestra legislación el fenómeno conocido como *Grooming*, que no es otra cosa que el acoso realizado por un adulto, hacia menores de edad, por medio de Internet y sus distintas herramientas, con el fin de lograr que los menores se desnuden frente a ellos, exhiban sus genitales o realicen alguna conducta sexual que el agresor les pida, o les envíe imágenes del mismo contenido. Sancionar estas conductas de acosos, anteriores al envío de las imágenes solicitadas por el adulto *groomer*, como un delito independiente, significaba castigar actos preparatorios, anteriores a la perpetración del delito propiamente tal, antes de determinar al menor al envío de imágenes con contenido sexual, pero finalmente dicha modificación no sancionó el acoso propiamente tal, sino que complementó el tipo penal base de abuso sexual impropio, incluyendo expresamente la hipótesis para incluir el envío, entrega o exhibición de imágenes de contenido sexual, aun cuando estos sean cometidos a distancia, mediante cualquier medio electrónico. Esta decisión me parece un acierto del legislador, toda vez que haber sancionado el acoso propiamente tal, como un tipo independiente, hubiera significado sancionar actos preparatorios, anticipando de esta forma la tutela penal. Sin embargo, como se desarrolló en el trabajo, estas formas de contacto y solicitud de imágenes, en las que no se logra el envío de las mismas, serían constitutivas a mi parecer de una forma imperfecta del delito.

Además, el tipo en estudio, luego de la modificación legal de la ley 20.526, esta otorga seguridad y certeza jurídica, al incluir como medio de comisión del delito, el envió, entrega o exhibición de imágenes de contenido sexual, aun cuando estos sean cometidos a distancia, mediante cualquier medio electrónico, ya que la condena o absolución de dichos casos, estimando que las hipótesis del artículo 366 quáter puedan o no cometerse a distancia mediante cualquier medio electrónico, no quedara sujeta a la interpretación que realicen de la norma los jueces al momento de fallar. Además de esto agrega una forma de comisión nueva, respecto de aquellas víctimas que sean mayores de 14 años y menores de 18, cual es determinar a este menor a enviar la información solicitada por el sujeto activo, mediante amenazas, que es una circunstancia bastante común en este tipo de ilícitos. También agrega una agravante cual es que si en la comisión de cualquiera de los delitos descritos en la norma, el autor falsea su identidad, se aumenta la pena aplicable en un grado, cuyo fundamento radica en el engaño al que es sometido el menor víctima.

Este es un tipo de ilícitos que causa conmoción en los medios de comunicación y de preocupación por parte de los padres que sus hijos se vean expuesto a hechos de estas características, sin embargo no es un delito masivo, así por ejemplo desde la modificación de la ley 20.526, existen muy pocas condenas por la hipótesis de cometer este delito a distancia, mediante cualquier medio electrónico, no porque no hayan existido denuncias, las que no han sido elevadas en número, sino porque su investigación es tan compleja que la mayoría de estas causas terminan Archivadas Provisionalmente o con otro tipo de termino como la decisión de No Perseverar si por cualquier motivo la investigación se ha judicializado.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Aranela, Cristian, Delitos sexuales, tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming doctrina y Jurisprudencia, Editorial Metropolitana, Tercera Edición, 2015.

BULLEMORE G. Vivian ; MACKINNON R., John, Curso de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, Segunda edición aumentada y actualizada, Santiago, Lexis Nexis, 2007.

BUSTOS, Ramírez Juan, Obras Completas, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009.

BUSTOS, R. Juan y HORMAZABAL M. Hernán, Lecciones de Derecho Penal chileno, Volumen I, primera edición, Santiago, Librotecnia, 2012.

CARNEVALI Rodríguez, Raúl, Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y obtención de servicios sexuales. DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS. INFORME EN DERECHO N° 2/2012/Agosto

Convenio del Consejo de Europa de sobre la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual, Consejo de Europas Treaty Series-N 201, Lanzarote, 25.X.2007

COX Leixelard, Juan Pablo, Los Abusos Sexuales, aproximación dogmática, Chile, Lexis Nexis 2003.

CURY Urzúa, Enrique, Derecho Penal Parte General, Séptima edición ampliada, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.

DIEZ Ripolles, José Luis, El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. EN: Revista de Derecho Penal y Criminología, España, 2da Época (6) 2000, Páginas 69 a 101.

DOLZ Lago, Manuel Jesús, Un acercamiento al nuevo delito de childgrooming. Entre los delitos de pederasta, Diario La Ley, N° 7575, Sección Doctrina, 23 febrero de 2011, año XXXII, Editorial La Ley.

DUQUE Gonzalez, Catalina, Consideraciones para la investigación del fenómeno del *Grooming*, Revista Jurídica del Ministerio Público, (41), 125-130, 2009.

ETCHEBERRY Orthusteguy, Alfredo, Derecho Penal, Parte especial, Chile, Editorial jurídica de Chile, Tomo Cuarto, Tercera Edición, 1997

FISCALIA DE CHILE (en línea) Boletín Estadístico III Trimestre Enero – Septiembre de 2018 <http://fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadistica/index.do>

GARRIDO Montt, Mario, Derecho Penal, Parte Especial, 2da Edición, Chile Editorial Jurídica, 202, Tomo III.

GIL Gil, Alicia, El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención. Revista de Derecho Penal y Criminología N°6, página 103 a 138.

GONZALEZ Tascón, María Marta, El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC. EN: Estudios Penales y Criminológicos, Volumen XXXI, 2011, páginas 207 a 258.

GUZMÁN Dalbora, José Luis, Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile, Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta, 2000, Páginas 127 a 172.

INOSTROZA Díaz, Félix; MAFFIOLETTI Celedon, Francisco; CAR Silva, Macarena, ¿Que es el Grooming o ciberacoso sexual a niños a través de internet? En: Revista Jurídica del Ministerio Publico N°35, Julio 2008, Página 215 a 233.

LABATUT Glenda, Gustavo, Derecho Penal, Parte Especial, Séptima Edición, Chile, Editorial Jurídica, 2002, Tomo III.

MALDONADO Fuentes, Francisco, “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho Penal, Revista de Estudios de la Justicia N°7, año 2006, Páginas 23 a 63.

MAYER Lux, Laura, Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil. EN: Política Criminal, Volumen 9, N°17, julio 2014, Art 2, páginas 27 a 57.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (en línea) <http://www.2.ohchr.org/spanish/law/crc.ht>.

POLITOFF L., Sergio., MATUS A., Jean Pierre., RAMIREZ G., María Cecilia, “Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General”, reimpresión segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011.

POLITOFF L., Sergio., MATUS A., Jean Pierre., RAMIREZ G., María Cecilia, “Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial”, segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

POLITOFF L., Sergio., MATUS A., Jean Pierre., RAMIREZ G., María Cecilia, “Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial”, reimpresión segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2013.

RAMIREZ Guzmán, María Cecilia, "Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia. EN: Política Criminal N°3, A4, páginas 1 a 13.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, en línea www.rae.es

RODRIGUEZ Collao, Luis, Delitos Sexuales, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición actualizada, año 2014.

RODRIGUEZ Collao, Luis, Criterios morales en la fundamentación del castigo de los delitos de significación sexual, En: UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE, Facultad de Ciencias Jurídicas, Contribuciones críticas al sistema penal en la post modernidad, In Memoriam Eduardo Novoa Montreal, 2007 pagina 247.

ROJAS, Joel y BRAVO, Marcelo, Actividad y elementos típicos del delito de abusos sexuales, Tesis de grado, Antofagasta, Universidad de Antofagasta facultad de Ciencias Jurídicas, 2002

SANZ Mulas, Nieves, Pornografía en Internet, EN: Revista Penal N° 23, Enero de 2009, páginas 181 a 202.

SCHEECHLER Corona, Christian, El Childgrooming en la legislación penal chilena: sobre los cambios al artículo 366 quáter del Código Penal introducidos por la ley N° 20.526. En: REVISTA CHILENA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA-VOL 3, N°1, 2012- pp 55-78

TORRES Gonzalez, Luis, ¿Existe el delito de *grooming* o ciber acoso sexual infantil?: una aproximación desde la óptica jurídico penal (especial referencia al proyecto de ley que modifica el artículo 366 quáter del código penal), Revista Jurídica del Ministerio Público, (45), 214-225, 2010.

VERA Azocar, Alejandra; SEPULVEDA Sánchez, Ivonne, Aproximación a los bienes jurídicos protegidos y a las cuestiones concursales en el ámbito de los delitos

vinculados a la pornografía infantil. Revista Jurídica del Ministerio Público, (49, 2011, páginas 194 a 222.

WINTER Etcheberry, Jaime, Delitos contra la indemnidad sexual, Cuadernos Jurídicos de la academia Judicial, Ediciones Der, 2018.

Ley N° 20.526, Sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil, Chile, 13 de agosto de 2011.

Ley N° 19.617 que introduce modificaciones al Código Penal, Chile, 12 de julio de 1999.

Ley N° 19.927 que introduce modificaciones al Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil.

Juzgado de Garantía de Angol, causa RUC N° 0800080303-1, RIT N° 1124-2008 de fecha 24 de Enero de 2009.

Juzgado de Garantía de Santiago, causa RUC N° 1400609227-7, RIT N° 8847-2014 de fecha 22 de Enero de 2015.

Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, causa RUC 0500432144-k, RIT N° 49-2006, de fecha 24 de Mayo de 2006.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, causa RUC N° 0800205760-4, RIT N° 111-2008, de fecha 17 de Noviembre de 2008.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, causa RUC N° 0901065261-5, RIT 33-2011, de fecha 20 de julio de 2011.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, causa RUC N° 1400681649-6, RIT 20-2016, de fecha 01 de Marzo de 2016.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, causa RUC N° 1501025760-0, RIT 281-2016, de fecha 03 de Febrero de 2017.