



TESINA EN DERECHO

¿ES ADECUADA LA REGULACIÓN EXISTENTE EN NUESTRA LEGISLACIÓN
DEL FENÓMENO DENOMINADO “*CHILD GROOMING*”?:
UNA VISIÓN CRÍTICA A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL.

Autores: Tamara Ibaceta Bravo.

Daniela Ureta Alarcón

Profesor Guía: Emanuele Corn.

Mes de Entrega: Octubre de 2012.

TABLA DE CONTENIDOS

- Tabla de contenidos.....	2
- Tabla de abreviaturas.....	4
- Resumen.....	5
- Palabras clave.....	5
- Introducción.....	6

CAPÍTULO I.

DEL CHILD GROOMING O CIBER ABUSO DE MENORES: NOCIONES GENERALES.

1. Definiciones generales.....	8
2. El menor como sujeto pasivo de estas conductas en relación al bien jurídico protegido.....	9
3. El Child Grooming y el adelantamiento de la protección penal.....	10
3.1. La respuesta penal frente a esta figura.....	10
3.2. Legitimación del adelantamiento en la intervención penal.....	12

CAPÍTULO II.

DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

1. Ley N° 20.526. Aspectos generales.....	14
2. Modificaciones al Art. 366 <i>quater</i> del CP.....	15
2.1. El Art. 366 <i>quater</i> del CP antes de la reforma.....	15
2.2. Cambios introducidos por la Ley N° 20.526.....	17
2.3. Concurso con otros delitos.....	20
3. Modificación al Art. 366 <i>quinquies</i>	22
5. Modificación del Art. 222 del CPP.....	23
6. Proyectos de ley sobre la materia en actual tramitación en el Congreso Nacional...	25

CAPÍTULO III.

DE LA NORMATIVA NIVEL SUPRANACIONAL Y LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA.

1. Aspectos Generales.....	28
2. Convenciones y Directrices Internacionales.....	28
3. Tratamiento internacional de la figura delictiva.....	37
3.1. La experiencia Española.....	37
3.2. Análisis crítico del artículo 183 <i>bis</i>	42

CAPÍTULO IV.

DE LA IMPLEMENTACIÓN.

1. Respuesta penal previa a la modificación realizada por la Ley 20526.....	44
2. Técnicas Investigativas y <i>Grooming</i>	46
3. Políticas Públicas y Prevención.....	49
3.1. Servicio Nacional de Menores (SENAME).....	49
3.2. Policía de Investigaciones (PDI).....	50
- Conclusiones.....	
- Bibliografía.....	

TABLA DE ABREVIATURAS

- COE : Consejo de Europa (De su sigla en Inglés, Council of Europe)
- CP : Código Penal.
- CPP : Código Procesal Penal.
- CPR : Constitución Política de la República.
- OCDE : Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
- ONU : Organización de Naciones Unidas.
- TIC : Tecnología de la Información y las Comunicaciones.
- TJO : Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.
- UE : Unión Europea.
- UNICEF : Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (De la sigla en Inglés: United Nations Children’s Fund.)

RESUMEN: El desarrollo de la tecnología – en todos sus ámbitos- ha traído aparejados nuevos peligros, en especial para las mentes más vulnerables, como lo son los niños y adolescentes, facilitando la comisión de ciertos delitos que antaño no eran considerados, como lo es el *child grooming* o ciber abuso de menores.

El objetivo de este trabajo es determinar si la legislación vigente es suficiente en esta materia para proteger a los menores de dichos delitos y si se adecua a los estándares internacionales que se han desarrollado a este respecto, a partir del análisis conjunto de la Ley N° 20.526, las directrices internacionales, la legislación española y la opinión de algunos autores; tomando en consideración, la aplicación práctica que recepciona esta nueva figura delictiva.

PALABRAS CLAVE O DESCRIPTORES: *Child Grooming*, Delitos sexuales, Tutela Penal anticipada, Delitos cometidos a través de Internet, TIC.

ABSTRACT: *The development of technologies -in all its aspects- have brought new dangers, especially for those who are more vulnerable, such as children and adolescents, helping on the perpetration of certain felonies that weren't considered in the past, like Child grooming or cyber abuse of minors.*

The objective of this paper, is to determine whether the current legislations is sufficient in this matter to protect minors from this crimes, and if it adequates to international standards, by analyzing as a whole the Law 20.526, international directives, Spanish legislation and author's opinion; considering the implementation of this new criminal figure.

KEY WORDS: *Child grooming, Sexual offences, Anticipated Penal Tutelage, Felonies committed through Internet, ICT.*

INTRODUCCIÓN

El desarrollo y uso generalizado de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) es una realidad presente y constatable a nivel mundial. De este modo, Latinoamérica y nuestro país no son una excepción: los esfuerzos conjuntos de Gobiernos e instituciones privadas, además de los usuarios particulares por integrar esta tecnología a sus vidas, han traído como resultado, un procesamiento de información sin precedentes. Se han abierto de esta manera, nuevas posibilidades en todos los ámbitos, tanto para el desarrollo económico como social y educativo y en general, se ha mejorado el nivel de vida y bienestar de nuestra sociedad.

El fácil acceso a elementos tecnológicos, como computadoras y los llamados “teléfonos inteligentes”, convierten a Internet en un fenómeno de uso masivo que abarca transversalmente todas las edades. Particularmente se ha transformado en un elemento imprescindible en la vida de niños y adolescentes, no sólo para fines educativos, como así lo ha comprobado uno de los últimos sondeos de la Consultora Comscore, que ha determinado que 9 de cada 10 usuarios de Internet en nuestro país, utilizan las redes sociales, como *Facebook*, *Twitter* y *Messenger*, posicionándonos como líderes dentro de la región en el uso de estas plataformas, incluso superando a Estados Unidos, a pesar de que éstos poseen la mayor cantidad de conexiones a Internet. (Comscore, 2011, pp. 12-15). Esta nueva realidad supone que los menores se desarrollen en un medio cada vez más complejo.

La estrecha relación entre niños y adolescentes y las TIC no está libre de problemáticas y preocupaciones, puesto que esta reciente realidad significa para los menores una nueva forma de llevar a cabo sus relaciones sociales, de elegir cómo distribuir su tiempo, y una elección de qué compartir, pero aún más importante con *quién* compartirlo. Es en este ámbito donde se advierten los mayores peligros, como lo demuestra un estudio realizado por la Fundación Telefónica en el año 2010, pues los niños y adolescentes chilenos superan altamente la media global en el uso de las plataformas, por ejemplo las de mensajería instantánea (llegando a alcanzar el 85% de los consultados, en el caso de las mujeres), y de los mismos consultados, 1 de cada 3 niños admitió, que el mantener conversaciones con desconocidos, les resulta una práctica habitual. (La

Generación Interactiva en Iberoamérica, 2010). Estas cifras se deben en gran parte a la clandestinidad que ofrecen los medios informáticos, como a la errónea utilización de los mismos y al hecho de no poder advertir, nuestros niños y adolescentes, las verdaderas intenciones de los sujetos con los que mantienen relaciones virtuales. Este panorama se transforma en el escenario propicio para la comisión de actividades ilícitas que atentan contra la indemnidad sexual de los menores, entre las cuales encontramos lo que hoy se conoce como *Child Grooming*, o Ciber Abuso de menores.

Nuestro país no ha querido estar ajeno a esta nueva figura, puesto que con fecha 13 de Agosto de 2011, es publicada la Ley N° 20.526, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil, también conocida como Ley de *Child Grooming* y que significó importantes modificaciones al Código Penal chileno, en particular (y principalmente) al delito de abuso sexual impropio contenido en el artículo 366 *quater*.

El presente trabajo busca analizar la figura en comento: aproximándonos, de modo preliminar, a su conceptualización, características, elementos y etapas, para luego estudiar el fenómeno del *Child Grooming* al amparo de la Ley N° 20.526 y de las diversas modificaciones que introduce a nuestro Código Penal, sin perder de vista los diversos proyectos de ley que puedan existir en actual tramitación en el Parlamento y que digan relación con la materia. A continuación, intentaremos ilustrar el panorama mundial, al examinar las Convenciones Internacionales y Directivas que resultan pertinentes en la materia. Además, y con un afán metodológico, se tratará someramente el tratamiento llevado a cabo en el caso español. Finalmente, examinaremos si en el caso de la legislación nacional, el tratamiento realizado por el legislador resulta adecuado, y si en la práctica soluciona el problema al cual apunta.

CAPÍTULO I.

DEL CHILD GROOMING O CIBER ABUSO DE MENORES: NOCIONES GENERALES.

1. Definiciones previas.

Antes de comenzar a analizar la figura del *child grooming* al amparo de nuestra legislación y con una finalidad metodológica, corresponde señalar qué se entiende por este reciente fenómeno. Conforme a su etimología, *grooming*¹ es una forma verbal de *groom*, vocablo cuyo significado alude a conductas de preparación o acicalamiento de algo, que en el ámbito de la pedofilia suele asociarse a toda acción que tenga por objeto minar o socavar moral y psicológicamente a un niño, con el fin de conseguir su control a nivel emocional para un posterior abuso sexual (Scheechler, 2012: p. 61). Es en este sentido que el *child grooming* puede definirse como el conjunto de estrategias que una persona adulta desarrolla para ganarse la confianza de un menor a través de Internet con el fin último de obtener concesiones de índole sexual voluntarias o forzadas. La confianza del menor, en la práctica, se obtiene generalmente a través de formas de empatía y/o engaños y, en menor medida, coacción o amenaza; tras esta fase amable se pasa a pretender un encuentro en persona con los fines descritos (Fernández, 2011: p. 153).

Una vez establecido el concepto de la figura en cuestión, a partir de su raíz etimológica y su visión doctrinal, es posible enumerar sus características:

- a) Las conductas de *child grooming* tienen como sujeto pasivo un menor de edad;
- b) Progresivamente el acercamiento se transforma en acoso intimidatorio;
- c) Se utilizan redes informáticas o telemáticas;
- d) Las conductas tienen contenido sexual, sea porque se busque obtener material pornográfico o bien porque se pretenda realizar un abuso sexual físico;

¹ Algunas variantes terminológicas comprenden *internet grooming*, *cyber grooming*, donde se cambia el sujeto pasivo de estas conductas "*child*", por el medio empleado para llevarlas a cabo.

- e) Usualmente el agresor recurre a falsear su edad o identidad (Scheechler, 2012: p. 62).

En cuanto al modo de llevar a cabo conductas constitutivas de *child grooming*, expertos señalan que se trata de un acoso progresivo (Inostroza, Maffioletti y Car, 2008: p. 220) que se consume por etapas sucesivas, entre las cuales podemos diferenciar las siguientes:

- a) Fase de amistad con el menor fingiendo ser otro par. Si el contacto es a través de un programa de conversación o red social, el adulto acosador falseará su identidad y edad, además utilizará iconos y modismos infantiles;
- b) Fase de relación, donde el abusador obtendrá información clave del menor víctima de *child grooming*, como su domicilio, número de teléfono móvil, colegio al que asiste, etc.;
- c) Mediante seducción, conseguirá que el menor frente a la webcam del computador se desvista, se haga tocaciones, se masturbe o realice otro tipo de expresiones de connotación sexual;
- d) Finalmente, se inicia el ciber acoso propiamente tal, mediante la extorsión de la víctima, con el objeto de obtener material pornográfico, o bien el contacto físico con el menor para concretar un abuso sexual (Saavedra, 2011: p.2).

2. El menor como sujeto pasivo de estas conductas en relación al bien jurídico protegido.

Continuando con esta aproximación al fenómeno del *child grooming*, resulta necesario destacar la relevancia que adquiere el sujeto pasivo previsto en estos tipos penales en relación al bien jurídico protegido de los mismos, por lo cual se entiende que se trata de proteger el proceso de formación y maduración de menores de edad en el ámbito sexual frente a conductas que pretenden involucrarlos en actos de naturaleza sexual (Mata, 2001: p. 104), de tal forma que quien ha sido sometido a prácticas sexuales en forma prematura, demasiado frecuentes, excesivas o complejas, puede ver afectado el proceso de autoconformación de su sexualidad, con posible trascendencia en su pubertad y madurez.

La evidente potencialidad que revisten ciertos actos de relevancia sexual para incidir en el proceso de formación y consolidación de la sexualidad de una persona, unido a la vulnerabilidad en que se encuentra el sujeto pasivo en su desarrollo, sirven como antecedente fundante de esta nueva figura (Garrido, 2007: p. 389). Además, en este tipo de casos estaremos en presencia de un doble vicio en el consentimiento del menor: el producido por la relación estuprova entre un adulto y un menor de edad, y en segundo término, porque el menor cree, mediante engaño, estar relacionándose con otra persona (Inostroza et al, 2008 p. 220).

3. El *child grooming* y el adelantamiento de la protección penal.

3.1. La respuesta penal frente a esta figura.

El incremento en las cifras de las denuncias que obedecen a este tipo de conductas, se debe principalmente a la circunstancia de que los acosadores de menores encuentran en Internet un lugar mas accesible para desplegar una variedad de actividades de abuso sexual contra menores, amparados bajo la posibilidad de ocultación de su identidad en el medio (Pardo, 2012: p. 58). El efecto inmediato de este mal uso de las nuevas tecnologías se traduce en una serie de demandas de diversos sectores por un mayor control y regulación para prevenir su proliferación. La intervención del Derecho Penal en este sentido ha sido una de las principales herramientas que ha echado mano la comunidad internacional, tipificando las conductas que encierran esta práctica (Torres, 2010: p. 214). Algunas legislaciones extranjeras han incluido el *child grooming* como delito en sus sistemas penales, como Alemania, Australia, Canadá, España, EE.UU, Escocia, Inglaterra y Gales. Así por ejemplo, el Código Penal Australiano (Criminal Code Act) de 1995, en sus secciones 474.26 y 474.27, a nivel federal sanciona el uso de servicios de transmisión de comunicaciones por medios electromagnéticos para procurar que una persona se involucre, tiente, aliente, induzca o reclute, en actividades sexuales a personas menores de 16 años² de edad con una pena de 15 años de prisión.

² Si bien los diversos estados y territorios federados australianos tienen leyes similares, por lo general difieren en la edad de la víctima, por ejemplo 18 años en Queensland.

La tipificación de las conductas constitutivas de este nuevo abuso infantil conocido como *child grooming*, en virtud del cual el agresor o *groomer* puede en algunos casos buscar la obtención de fotografías o videos de contenido sexual por parte de su víctima³ o bien en otros, el contacto físico con el menor para concretar un abuso sexual posterior, constituye lo que según los autores se denomina adelantamiento de la protección penal del bien jurídico contra determinadas formas de atentado (Fernandez, 2011:p. 155; Cury, 2005: p. 560). De esta forma el legislador lo que hace es castigar expresamente actos preparatorios de delitos sexuales ulteriores de mayor entidad, elevándolos a la condición de tipos legales autónomos de peligro. Por lo tanto, estaríamos en presencia de actos preparatorios que la ley, en determinados casos, tipifica como delitos consumados (Politoff, 1999: p.48).

Tradicionalmente no es usual que se castiguen los actos preparatorios que apunten a hacer posible o facilitar la ejecución de un delito (Politoff, 1999: p. 43) porque se entiende que no tienen consecuencias por sí mismos hasta que efectivamente se ejecuta la fase principal del tipo penal mismo. Sin embargo, la aparición de la figura del *child grooming*, ha obligado al legislador a cambiar de estrategia. En este supuesto considera que aunque se trate de un acto preparatorio que ayuda a pedófilos a cometer ulteriores delitos contra la indemnidad y libertad sexual de las víctimas, éste si tiene trascendencia y puede ser castigado de manera autónoma (Gras, 2012: p. 10).

Técnicamente, según el profesor Enrique Cury (2005: p. 560), se puede acudir a diferentes procedimientos para consagrar la sanción de este tipo de conductas:

1. Mediante una extensión expresa y directa del tipo penal y establecer una pena para el que prepara su ejecución. Esta técnica, si bien presenta facilidades en su aplicación, significa una extensión exagerada de la punibilidad, por lo cual no es recurso utilizado con frecuencia por el legislador.

³ La conducta del *child grooming* suele incluirse dentro de los delitos relativos a la pornografía infantil y dentro de la pornografía se incluyen los actos preparatorios cuya finalidad es concertar encuentros entre el autor y la víctima para que esta última acceda a las peticiones de índole sexual del primero.

2. Elevarse a la categoría de delito *sui generis* a ciertas conductas más o menos específicas que preceden a su ejecución⁴.
3. Mediante la sanción de esas conductas como formas anticipadas de participación criminal⁵.

3.2. Legitimación del adelantamiento en la intervención penal.

Esta opción de política criminal no está fuera de controversias en la doctrina, especialmente en lo que refiere a la legitimación de adelantar la intervención penal y la consecuente creación de nuevos tipos de peligro⁶ (Torres, 2010: p. 214), ya que si bien en los actos preparatorios se comprenden todas aquellas conductas en que la voluntad se ha exteriorizado mediante actos, ellos no llegan todavía a representar un “comienzo de ejecución” del delito mismo (Etcheberry, 1998: p. 53).

Puschke advierte que la justificación de este tipo de punición, consiste en la peligrosidad que lleva implícita la conducta y que sería el resultado de la relación entre la acción preparatoria y la acción lesiva futura, tanto en sus elementos objetivos como subjetivos, de manera tal que el sujeto activo intencionadamente busque tener el dominio sobre una lesión a un bien jurídico que tendrá lugar en un momento posterior (2010: p. 6). Para Ferrajoli en cambio, la actuación del Derecho Penal en este ámbito carece de legitimidad porque no respeta los límites impuestos por el principio de ofensividad, al contemplarse una intervención penal contra conductas que no representan un ataque con suficiente entidad objetiva al bien jurídico tutelado (2001: p. 468).

A este respecto, coincidimos en que el Derecho Penal únicamente se legitima cuando la conducta afecte a intereses fundamentales de la persona o la sociedad de acuerdo al principio de lesividad y, además, las medidas disponibles desde otros sectores y disciplinas del ordenamiento jurídico no resulten adecuadas para su tutela en concordancia

⁴ Cuando así ocurre, la ley no aplica sanción por estos hechos en calidad de actos preparatorios, sino que los erige en figura delictiva especial y distinta, cuya penalidad no está regida por la de otra figura delictiva, sino que es propia y diferente (Etcheberry, 1998: p. 53).

⁵ Entre las formas de concurrencia criminal destacan la proposición y conspiración para delinquir a que se refiere el art. 82 del CP. También son conocidos como actos preparatorios colectivos (Politoff, 1999: p. 45).

⁶ En los delitos de peligro, el legislador no exige la real lesión del bien jurídico amparado por estas figuras, por tanto, no requiere que se haya afectado la indemnidad sexual del menor involucrado (Garrido, 2007: p.395).

con el principio de subsidiariedad o intervención mínima (Mata, 2001: p. 19). En este sentido, la función que cumplen la familia y demás instituciones sociales resulta de vital importancia en orden a controlar y prevenir la aparición de estas conductas, a través de la educación en el uso adecuado de las tecnologías y protección frente a los riesgos asociados. Lo cual, unido al reforzamiento de políticas públicas orientadas al mismo fin, harían prescindible la intervención penal, o por lo menos esta última se relegaría a un rol subsidiario frente a la ineficacia de los mecanismos señalados.

CAPÍTULO II

DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

1. Ley N° 20.526. Aspectos generales.

En lo que respecta a la figura analizada, en Chile contamos con la Ley N° 20.526 publicada en el Diario Oficial el día 13 de Agosto de 2011, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil, conocida también como Ley de *Child Grooming*. El proyecto de ley (boletín N° 5837-08), fue presentado por moción parlamentaria⁷ con fecha 30 de Abril de 2008.

En los fundamentos de la moción se señala que 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, especialmente para los menores de edad, permitiendo a pedófilos y pederastas, servirse de los vacíos de la ley, para buscar acercamientos con menores. Se agrega que esta práctica, conocida en el derecho anglosajón como *child grooming*, consiste en contactar a menores en sitios de conversación mediante identidades simuladas, con el objeto de tratar temas de carácter sexual orientados a obtener que el menor envíe imágenes suyas que procuren la excitación sexual del abusador o lograr encuentros personales para llevar adelante sus abusos. Tales encuentros pueden estar acompañados de engaños, amenazas o coacciones (Historia de la Ley N° 20.526: pp. 10-11).

Por tanto, la finalidad del proyecto de ley era incluir en nuestra legislación la figura del *child grooming*, y en especial el empleo de medios virtuales e informáticos para la realización de este tipo de acciones. De esta forma, se considera que son cuatro los cambios introducidos por el legislador a partir de esta ley, y que pueden dividirse en tres sobre aspectos penales y uno sobre asuntos procesales, de la siguiente forma:

- a) Modificación del art. 366 *quater* del CP.
- b) Modificación al art. 366 *quinquies* del CP.

⁷ Moción de los señores 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.

- c) Cambios realizados al art. 4 de la Ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente.
- d) Modificación del art. 222 del CPP. (Scheechler, 2012: p. 63).

2. Modificaciones al art. 366 *quater* del CP.

2.1. El art. 366 *quater* del CP antes de la reforma.

Este artículo establece el delito de abuso sexual impropio o indirecto⁸ (Rodríguez, 2001: p. 196) o delito de conducta sexual impropia con menores de catorce años y con personas de entre 14 y 18 años (Bullemore, 2005: p.181), mientras que para otros autores, estaríamos en presencia del delito de exposición de menores a actos de significación sexual (Politoff et al. 2005: p. 279; Aguilar, 2008: p. 129). Con independencia de la nomenclatura utilizada, a partir de la estructura del tipo legal resulta posible sostener que la norma contempla una pluralidad de hipótesis conductuales que giran en torno a la figura básica de abusar sexualmente, en sentido amplio, de otra persona menor.

El referido artículo señala en su inciso primero que quien, “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”. Por tanto, la conducta típica consiste en la ejecución de actos de significación sexual distintos de la violación (art.361 CP) o de los constitutivos del delito de abuso sexual propio o directo (art.366 y art. 366 *bis* CP), estos últimos en los términos del art. 366 *ter*⁹, ante una persona menor de catorce años, en hacerla ver o escuchar material pornográfico o presenciar tales espectáculos.

⁸ Para el profesor Rodríguez, en esta modalidad de abuso sexual, la ley contempla hipótesis que no suponen un contacto directo entre el autor y la víctima, es decir, no se exige que el acto se ejecute en un contexto de proximidad y presencia conjunta de ambos sujetos (2001: p. 196).

⁹ Art. 366 *ter*: “Para los efectos de los tres artículos anteriores, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”.

Por su parte el inciso segundo señala que “si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, la pena será presidio menor en su grado máximo”. La voz “determinar” parece ser más amplia que la idea de fuerza física o moral y pareciera incluir incluso la persuasión (Bullemore, 2005: p. 203). Cabe señalar además, que la realización de cualquier acto de significación sexual (constitutivas de violación o abusos sexuales) con otros por parte del menor pone a quien lo determina como inductor de dicho acto sexual, y la pena ha de corresponder a la del acto sexual inducido (Politoff, 2005: p. 281).

El inciso final del art. 366 *quater* establece que “con iguales penas se sancionará a quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1º del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363”. Este inciso agrega las circunstancias fuerza o intimidación de la violación o cualquiera del delito de estupro, vale decir, abuso de una anomalía o perturbación mental, aprovechamiento de una relación de dependencia o de grave desamparo de la víctima o engaño abusando de su falta de experiencia o ignorancia sexual, en todos estos casos, al ser el sujeto pasivo un mayor de catorce años pero menor de dieciocho.

La exigencia legal de un determinado sujeto pasivo hace que como víctima de estos hechos sólo pueda considerarse a los menores de edad penal, sin embargo, la presencia del menor o incapaz hace que se suscite un nuevo problema, cual es el del conocimiento que deba poseer el autor de este extremo y las posibles consecuencias ante un hipotético error del autor en cuanto a la edad de la víctima. (Mata, 2001: p. 123).

Por su parte, el bien jurídico cautelado, en el caso que el sujeto pasivo sea menor de catorce años, consiste en la indemnidad sexual, combinada con la libertad del menor si se trata de uno mayor de catorce pero menor de dieciocho (Politoff, 2005: p. 279). De acuerdo a la construcción típica, en el primer caso, no se requiere de circunstancia comisiva alguna, siendo además irrelevante el consentimiento de la víctima (Aguilar, 2008: p. 135), de manera que el delito se consuma aunque el menor haya consentido la realización de los actos que lo configuran, y aun cuando éstos tengan origen en la propia iniciativa de la

víctima (Rodríguez, 2001: p. 223). Cosa distinta ocurre cuando esta última es mayor de catorce años pero menor de dieciocho, puesto que el legislador exige para su configuración la voluntad contraria del ofendido y la utilización de fuerza o intimidación (art. 361 N°1 CP) o cualquiera de las circunstancias del delito de estupro (art.363 CP).

En todos estos casos, el elemento subjetivo del tipo, sin el cual no se configura la figura, consiste en procurar la excitación sexual propia o de otro¹⁰, por tanto, este elemento elimina el dolo eventual respecto a la conducta punible (Politoff, 2005: p. 281), subsistiendo el dolo directo del agente, por cuanto lleva implícita la idea de aprovechamiento (Aguilar, 2008: p. 135). Además resulta suficiente la ejecución del acto con la subjetividad requerida para que el delito se consuma, porque es un delito de peligro, lo que descarta la posibilidad de frustración (Garrido, 2007: p.395).

2.2. Cambios introducidos por la Ley N° 20.526.

Salvo el inciso primero del art. 366 *quater*, los demás fueron modificados, además de agregarse los incisos cuarto y quinto, de la siguiente forma:

El inciso segundo fue modificado al introducir a continuación de la acción típica descrita en el mismo, la siguiente alternativa de conducta: “o (determinare a un menor de catorce años) a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad, con significación sexual”. Concordamos en que esta conducta coincide con la etapa final del *child grooming*, en cuya virtud el acto de determinar a un menor a realizar alguna de las hipótesis introducidas por la modificación, puede ser llevado a cabo mediante la extorsión de la víctima, con el objeto de obtener material pornográfico.

En consecuencia, las conductas del inciso segundo del art. 366 *quater*, incluidas las modificaciones, son las siguientes:

- a) Determinar a un menor de catorce años a que realice acciones de significación sexual delante suyo o de un tercero.

¹⁰ Para Aguilar, en caso contrario, la conducta será impune, salvo que sea constitutiva de otro hecho punible como el previsto en el art. 373 (ofensas al pudor o las buenas costumbres) y en la medida que se cumplan con los requerimientos del tipo (2008: p. 136).

- b) Determinarlo a enviar imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años con significación sexual.
- c) Determinarlo a entregar imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años con significación sexual.
- d) Determinarlo a exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años con significación sexual.

Por su parte, el inciso tercero del art. 366 *quater* es sustituido por el siguiente: “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 o mediante amenazas en los términos de los artículos 296 y 297, tendrá las mismas penas señaladas en los incisos anteriores”. Los cambios introducidos se traducen en adicionar a las circunstancias comisivas existentes (fuerza o intimidación en el caso de violación o cualquiera del delito de estupro), las amenazas de los artículos 296 y 297 del CP¹¹, cuando se trate de un sujeto pasivo mayor de catorce años pero menor de dieciocho. Esta modificación dice relación con las circunstancias de que se vale el sujeto activo para determinar al menor a realizar las conductas descritas en los incisos precedentes, y al igual que estas últimas, coinciden con la etapa final del *child grooming*. A este respecto, el Diputado señor Bustos sostuvo en la discusión del proyecto de ley que además del delito base, concurriría el de amenaza y, por tanto, habría un concurso ideal de delitos, aplicándose al efecto la pena más alta correspondiente al delito más grave (Historia de la Ley N° 20.526: p. 19).

¹¹ Art. 296: “El que amenazare seriamente a otro con causar a él mismo o a su familia, en su persona, honra o propiedad, un mal que constituya delito, siempre que por los antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho, será castigado: 1°. Con presidio menor en sus grados medio a máximo, si hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo ilegítimamente cualquiera otra condición y el culpable hubiere conseguido su propósito. 2° Con presidio menor en sus grados mínimo a medio, si hecha la amenaza bajo condición el culpable no hubiere conseguido su propósito. 3° Con presidio menor en su grado mínimo, si la amenaza no fuere condicional; a no ser que merezca mayor pena el hecho consumado, caso en el cual se impondrá ésta. Cuando las amenazas se hicieren por escrito o por medio de emisarios, éstas se estimarán como circunstancias agravantes...”

Art. 297. “Las amenazas de un mal que no constituya delito hechas en la forma expresada en los números 1° o 2° del artículo anterior, serán castigadas con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio”.

Resulta pertinente precisar que en el caso de los dos primeros incisos del art. 366 *quater*, referidos a los menores de 14 años, la concurrencia o no de las amenazas sería irrelevante para la configuración del ilícito, por cuanto para ello basta que se determine al menos para la realización de acciones de significación sexual, con independencia de las circunstancias comisivas de que se valga el hechor. Se trataría de una situación similar a lo que sucede con el delito de violación impropia contemplado en el artículo 362 del CP, en que el simple acceso carnal a un menor de 14 años configura el ilícito, sin necesidad de que concurra alguna de las circunstancias de la violación propiamente tal previstas en el artículo 361 del CP.

Una tercera modificación al art. 366 *quater*, consiste en la adición de un cuarto inciso según el siguiente tenor: "Las penas señaladas en el presente artículo se aplicarán también cuando los delitos descritos en él sean cometidos a distancia, mediante cualquier medio electrónico." Este inciso viene a complementar la norma, en el sentido de consagrar la importancia, para efectos de abarcar las conductas constitutivas del *child grooming*, de llevar a cabo estas últimas por medios informáticos o telemáticos. Si bien algunos diputados fueron partidarios de excluir la expresión "a distancia", porque introducía cierta vaguedad a la construcción del tipo penal, finalmente se mantuvo debido a que los dos primeros incisos del artículo exigían para los efectos de la configuración del tipo penal, que las acciones de significación sexual se realizaran ante o delante de un menor o de un adulto y por tanto su exclusión no permitiría otra forma de ejecución del delito que no fuera personal (Historia de la Ley N° 20.526: p. 20).

Esta última enmienda legislativa, además de incluir el elemento "a distancia, mediante cualquier medio electrónico", equiparó la gravedad de estos delitos con los mismos hechos realizados de forma presencial. Esta circunstancia encuentra su fundamento en que el daño que puede sufrir el menor en su indemnidad sexual o su intimidad se incrementa a tal punto en la Red, que perfectamente es equiparable al acto que el hechor pudiera realizar de manera directa o personal (Scheechler, 2012: p.71).

Finalmente, la Ley N° 20.526 agrega el siguiente inciso final a este artículo: "Si en la comisión de cualquiera de los delitos descritos en este artículo, el autor falseare su identidad o edad, se aumentará la pena aplicable en un grado.". El objetivo fue incorporar

una forma de comisión agravada de cualquiera de las conductas típicas del artículo, cuando el autor falseare su identidad o edad. Estas prácticas son de común uso para el *groomer*, quien valiéndose de la clandestinidad ofrecida por los medios informáticos, finge ser otra persona o tener menor edad de la real, con la finalidad última de establecer una relación de confianza con la víctima. Llama la atención que se considere con un desvalor mayor una conducta que es parte inherente del *child grooming*, puesto que el engaño y la seducción, sin perjuicio de mantenerse a lo largo del ciberabuso, coinciden con la primera etapa del mismo. Además se identifican con las formas comisivas centrales del actuar del agresor, al punto que es difícil concebir que este último no oculte su identidad o información personal cuando comete el ilícito, incluso para evitar ser descubierto por las policías (Scheechler, 2012: p. 72).

2.3. Concurso con otros delitos.

En algunos casos, y como se ha mencionado con anterioridad, para que ocurra abuso sexual, hay una etapa previa de acercamiento o puesta en contacto a través de Internet por parte del abusador con un menor de edad encaminada a ganarse la confianza y/o establecer un control emocional sobre éste, con el propósito último de obtener material pornográfico de la víctima o bien lograr un encuentro con el menor donde se podría configurar algún tipo de agresión sexual, situaciones que coinciden con la etapa final del *child grooming*. En este sentido, las figuras típicas que principalmente se ven involucradas en la fase última de este tipo de ciberabuso, son las siguientes (Duque, 2010, pp:125-127):

- a) El delito de abuso sexual impropio, previsto en el artículo 366 *quater* del CP (en lo que respecta a las hipótesis no comprendidas por la Ley N° 20.526).
- b) El delito de producción de material pornográfico infantil, contenido en el 366 *quinquies* del CP.
- c) El delito de distribución de material pornográfico infantil, del 374 inciso primero del CP.
- d) El delito de almacenamiento de material pornográfico infantil, sancionado en el inciso segundo del 374 *bis* del CP.
- e) El delito de amenazas de los artículos 296 y 297 del CP.

- f) El delito de apropiación de clave, infracción contenida en el artículo 2 de la Ley 19.223.
- g) Además de otros delitos, como por ejemplo los de violación, estupro, abusos sexuales, corrupción de menores, etc. en el caso que el agresor logre concretar un encuentro con la víctima.

Aguilar, ante la concurrencia de otros delitos en un mismo contexto situacional, distingue dos situaciones (2005: p. 140):

En primer lugar, cuando concurren varias hipótesis conductuales del art.366 *quater*, se deberán considerar en su conjunto como un solo ilícito por vulnerarse el mismo bien jurídico y tratarse de delitos de la misma especie, esto es, aquellos que afectan al mismo bien jurídico. La regla aplicable es la del artículo 351 del Código Procesal Penal. La norma distingue entre aquellos delitos que pueden estimarse como uno solo, y los que no. Respecto de las infracciones que se pueden estimar como un solo delito, se impone la pena de éste, aumentada en uno o dos grados.

En segundo lugar, cuando concorra con un delito de violación, estupro o abuso sexual, producción, distribución o almacenamiento de material pornográfico, etc. deberá observarse un concurso medial entre ambas figuras, por cuanto en un mismo contexto situacional se habrán perpetrado hechos punibles diversos, que atacan bienes jurídicos idénticos y que según la estructura dogmática de la figura del *child grooming*, se encuentran en relación de medio a fin de acuerdo al art.75 del CP¹². El profesor Cury, para reforzar esta opinión, considera que siempre que la ley castiga expresamente actos preparatorios, como es el caso del *child grooming*, la realización ulterior de actos ejecutivos del correspondiente tipo de consumación, absorbe la punibilidad de aquéllos (2005: p. 561). Cabe señalar que en el caso del delito de amenazas, como se señaló con anterioridad, estaríamos en presencia de un concurso ideal de delitos, pero no por una relación de medio a fin entre uno y otro, como en los casos anteriores, sino que por constituir un solo hecho, dos delitos, de acuerdo al mismo art. 75 del CP.

¹² Art. 75 del CP: “La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro. En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave.”

3. Modificación al art. 366 *quinquies*.

La disposición expresa en su inciso primero el delito de producción de material pornográfico con menores, al establecer que quien “participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo”. Por su parte el inciso segundo, para evitar equívocos, precisa lo que para estos efectos debe entenderse como material pornográfico, al señalar que lo es “toda representación de éstos (los menores de dieciocho años) dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales”.

La modificación introducida por la Ley N° 20.526 estuvo destinada a agregar al final del inciso segundo, el elemento : “o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines”, procurando incorporar de este modo, la pornografía infantil virtual o simulada¹³, señalando que este tipo de acciones pueden adoptar dos formas principales: la primera emplea la imagen o la voz de un menor para, por medio de manipulaciones virtuales, incorporarlas a una producción pornográfica de tal manera que parezca que el menor participa efectivamente en las acciones de carácter sexual que se exhiben; la segunda consiste en la creación por medios informáticos de imágenes o sonidos pornográficos, pero sin emplear la imagen o la voz de una persona. Es a la primera de estas formas que se refiere la modificación, puesto que es la única que lesiona la intimidad de un menor (Historia de la Ley N° 20.526: p. 11).

¹³ Por medio de la pornografía infantil virtual o simulada, imágenes reales de menores que no eran pornográficas en su origen pueden transformarse sencillamente en material pornográfico, por ejemplo, los programas informáticos de tratamiento de gráficos permiten combinar dos imágenes en una sola, o distorsionar fotografías para crear una totalmente nueva. Este tipo de pornografía también es conocida como “*morphing*” (Del Griego <Morph>, forma o figura).

4. Cambios realizados al art. 4 de la Ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente.

Este artículo establece una regla especial para los delitos sexuales que obliga a sobreseer definitivamente el hecho investigado, y constitutivo de los delitos de violación impropia (art.362 CP), sodomía (art.365 CP), abusos sexuales impropios (art.366 *bis*) y exposición de menores a actos de significación sexual (art.366 *quater*), cuando el sujeto activo hubiese accedido carnalmente a un menor de 14 años sin las circunstancias del art. 361 (violación) o del art. 363 (estupro), a menos que exista entre aquella y el imputado una diferencia de al menos dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos (Aranela, 2008: p. 67).

La modificación consiste en agregar a la enumeración de las normas del Código Penal, después del artículo “366 *quater*” el artículo “366 *quinqües*”, extendiendo de esta forma el ámbito de aplicación de la norma, para que la excusa legal absolutoria establecida en él, tenga efectos, además de los delitos ya indicados, respecto de aquél contenido en el art. 366 *quinqües* (producción de material pornográfico infanto- juvenil). Como fundamento de la adenda, el Diputado señor Walker recordó en la Comisión, que al aprobarse la Ley N° 20.084, se había modificado la edad mínima para que el consentimiento en una relación sexual fuera válido, elevándose dicha edad de 12 a 14 años. En ese entonces, el Diputado señor Bustos y otros parlamentarios habían señalado que no les parecía conveniente penalizar como violación la relación que pudiera existir entre un joven de 15 años y una niña de 13, puesto que no habría delito por falta de tipicidad. En el caso en análisis se quiere establecer la misma excepción respecto de la pareja que tiene la diferencia de edad que indica esta norma, es decir, menos de tres años en los casos de que trata este proyecto (Historia de la Ley N° 20.526: p. 23).

5. Modificación del art. 222 del CPP.

Originalmente el proyecto contemplaba dos modificaciones en el artículo 222 del Código Procesal Penal, norma que, ubicada en el párrafo 3° del Título I del Libro II, trata

sobre las “Actuaciones de la Investigación”¹⁴, prosperando finalmente solo una de ellas, que es la que extiende el plazo de 6 meses a un año en que “los proveedores de tales servicios deberán mantener, en carácter reservado, a disposición del Ministerio Público, un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a un año, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados”. El fundamento de este aumento nominal radica en que cuando se investiga una red de pornografía infantil o red de pederastas, si se sorprende a alguien comercializando, importando, exportando o distribuyendo material pornográfico infantil y se los pesquisa, se procede a investigar todas las conexiones que ha tenido para tratar de desbaratar toda la red. A este efecto, los proveedores de acceso a internet tenían la obligación de mantener durante seis meses los números IP de las conexiones que realicen sus abonados, pero tanto el Ministerio Público como la Policía de Investigaciones han insistido en que se trata de un lapso muy breve, por lo que se propuso ampliar este plazo a un año (Historia de la Ley N° 20.526: pp. 24-25).

La segunda modificación pretendía establecer que “los establecimientos comerciales, cuya actividad principal sea ofrecer al público servicios de acceso a internet, a través de computadores propios o administrados por ellos, deberán mantener un registro actualizado de los usuarios, durante un plazo no inferior a un año, en el que se consignará su nombre, cédula de identidad o número de pasaporte, o con los datos que se consignan en la licencia de conducir o en el pase escolar, fecha y hora inicial de cada acceso e individualización del equipo en el cual se utilizó el servicio”. Si bien esta modificación se estableció para facilitar las labores investigativas llevadas a cabo por el Ministerio Público junto con las Policías, fue objeto de críticas entre los parlamentarios, puesto que según algunos diputados, se afectaría la libertad de las personas y su privacidad y por tanto, debería analizarse otra forma de facilitar la investigación de estos ilícitos. Los partidarios de incluir la modificación afirmaron que no sería un medio de prueba sino una orientación para la investigación de un delito y serviría, a la vez, como un medio de disuasión para quienes, escudándose en el anonimato, utilizan los “ciber café” para la consumación de estos ilícitos (Historia de la Ley N° 20.526: p. 26).

¹⁴ La norma regula la procedencia de la interceptación de las comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación.

Finalmente, el Tribunal Constitucional conforme a la atribución conferida por la Constitución Política de la República y al ejercer el control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley aprobado por el Congreso antes de ser promulgada y publicada como ley N° 20.526, declaró que el artículo 4° (que contenía esta última modificación) del proyecto era inconstitucional y en consecuencia debía eliminarse de su texto. A mayor abundamiento, el Tribunal señala en su fallo que “en las condiciones anotadas y en atención a lo dispuesto en el artículo 1°, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, puede concluirse -en definitiva- que ni aún los fines superiores que procura alcanzar el proyecto, así sea la prevención y el combate a delitos tan abyectos como aquellos de que trata en su texto, son bastantes para justificar la implementación de un medio como el “registro” señalado, por resultar su implementación, de la manera como se ha visto, lesiva para el legítimo ejercicio de los comentados derechos constitucionales” (Sentencia rol 1894). Los derechos fundamentales que, a juicio del Tribunal resultan vulnerados son los de libertad e igualdad ante la ley (artículo 19 numeral 2° CPR) y la vida privada o intimidad (artículo 19 numeral 4° CPR).

5. Proyectos de ley sobre la materia en actual tramitación en el Congreso Nacional.

En lo que dice relación con el fenómeno de *child grooming*, se ha instalado la preocupación en miembros del poder legislativo, desde mediados del año 2007. En este contexto, resulta importante señalar que la Ley N° 20.526 tuvo su origen en la presentación de una moción parlamentaria proveniente de la Cámara de Diputados, el 30 de Abril de 2008. Paralelo a ello, y no con similar éxito, se originaron una serie de iniciativas legales que se materializaron en distintos proyectos de ley, destacándose el Boletín N° 5573-07¹⁵ de 12 de Diciembre de 2007, que proponía modificar el Código Penal para sancionar el acoso sexual infantil y el Boletín N° 5751-07 de 5 de Marzo de 2008 que busca introducir modificaciones al Código Penal para sancionar la seducción de menores y otros abusos contra menores por medios virtuales. Ambas iniciativas fueron posteriormente contenidas en el Boletín N° 5837-07, proyecto de ley que sanciona el acoso sexual de

¹⁵ Respecto del cual, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado dispuso su archivo por Oficio N° CL/13/2010.

menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil (Torres, 2010: p.214), cuya tramitación culmina con la publicación de la Ley N° 20.526.

Otro de los proyectos de ley relacionados con el tema corresponde al Boletín N° 6537-07¹⁶, ingresado el 8 de Noviembre de 2005 y que busca introducir en el Código Penal un artículo 367 *quater*, sancionando a quien establezca comunicación con un menor para la comisión de un delito de connotación sexual, en términos tales que efectivamente el sujeto activo se reúna con un menor de 18 años, viaje para reunirse con éste o concierten dicha reunión, con posterioridad a la realización de dos o más comunicaciones con la víctima.

Referido a las conductas asociadas al *child grooming* (de manera más bien indirecta) y en las que se haga uso de las técnicas informáticas disponibles, existen diversos proyectos de ley en el Congreso que dicen relación con variadas temáticas, desde su mayor a menor incidencia respecto al tema:

- a) Boletín N° 4156-07, presentado el 19 de Abril de 2006, que permite el monitoreo electrónico a imputados por delitos sexuales contra menores de edad a quienes se les otorgue libertad provisional, en actual primer trámite constitucional en la cámara de Diputados, desde el año 2006.
- b) Boletín N° 4041-07, presentado el 8 de Noviembre de 2005, que establece obligación a emisores y operadores de tarjetas de crédito de informar operaciones constitutivas de comercialización o adquisición de pornografía infantil, a través de Internet. Desde el año 2009, este proyecto se encuentra archivado por la Comisión de Constitución.
- c) Boletín N° 8167-07, presentado el 5 de Marzo de 2012, proyecto de Reforma Constitucional que “tiene por objeto materializar una serie de derechos y garantías fundamentales específicas en el contexto de las exigencias de los derechos del niño, estableciendo una norma especial en el capítulo III de los derechos y deberes constitucionales, que de cuenta de la especial protección que la Constitución debe asegurar a los menores tanto en los ámbitos de sus derechos esenciales (vida, integridad, identidad e igualdad) como del bienestar socio cultural (salud,

¹⁶ Este proyecto se encuentra actualmente en la etapa de primer trámite constitucional, en la Cámara de Diputados, desde el año 2009.

educación, seguridad social, vida familiar), con una primacía de estos derechos, pues precisamente, lo más relevante es el reconocimiento de un derecho de prioridad en relación al niño, tal como se desprende del artículo tercero de la Convención Internacional¹⁷”. Este proyecto se encuentra en primer trámite constitucional a la espera del primer informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia.

- d) Boletín N° 3792-07, presentado el 19 de Enero de 2005, sobre protección de derechos de la infancia y de la adolescencia. Busca reconocer, valorar y fomentar el derecho del niño a ser tratado como sujeto de derechos y no como depositario de prácticas asistenciales. El enfoque de derechos aplicado a la Infancia asume una nueva concepción del niño, de sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado, dejando atrás la idea predominante del niño definido a partir de sus necesidades o carencias. Así, al configurar el nuevo sistema sobre la base de la “titularidad de derechos”, el Estado intervendrá de dos formas. Por una parte, para proteger a los niños, niñas y adolescentes de las vulneraciones a sus derechos, a través de medidas de protección no asistenciales y por la otra, para hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes frente a infracciones a la ley penal, con respeto a las garantías y derechos procesales. Actualmente este proyecto se encuentra retirado en su urgencia para adecuarlo a la nueva normativa sobre infancia y adolescencia.

¹⁷ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Noviembre de 1989.

CAPÍTULO III:

DE LA NORMATIVA A NIVEL SUPRANACIONAL.

1. Aspectos Generales.

A nivel internacional, el *child grooming* se ha erigido como una figura delictiva de relevancia, debido al bien jurídico que afecta, entendido como la indemnidad sexual de los menores y la consecuente afectación o daño en su normal desarrollo en el plano psíquico, afectivo o emocional (Rodríguez, 2001: p. 217). Si bien el nacimiento de Internet y las TIC no implica, a su vez, el surgimiento de los delitos de abusos sexuales a menores o la pornografía, su creciente desarrollo ha significado un notable incremento en las cifras negras de este tipo de delitos. Frente a este inquietante panorama, resulta pertinente analizar la reacción de la comunidad internacional tendiente a prevenir y revertir esta situación.

2. Convenciones y Directrices Internacionales.

En el contexto anteriormente aludido, es que se han dictado una serie de convenciones que buscan por distintos medios, cumplir una finalidad protectora frente a las potenciales situaciones de peligro a que resultan expuestos los menores usuarios de las TIC. A continuación se ofrece una somera revisión de las distintas convenciones que dicen relación, de modo directo o no, con la figura del *child grooming*.

En primer lugar, resulta adecuado mencionar la Convención sobre Derechos Del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Noviembre del año 1989, la cual se ha convertido en el tratado de mayor aceptación internacional, significando un importante avance en el reconocimiento de los derechos de la infancia y una garantía a su pleno respeto y cumplimiento¹⁸. En su parte dispositiva establece en el artículo 27.1, que

¹⁸ Cabe señalar, que en la actualidad, el niño es titular de todos los derechos que los instrumentos internacionales definen como “derechos de toda persona humana”, con la salvedad de aquellos que establecen algún requisito de edad o de Estado. Dentro de estos instrumentos internacionales se mencionan: La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención de Ginebra (1949) y sus dos Protocolos Adicionales (1977), la Declaración sobre la Protección de la Mujer y del Niño en estados de emergencia o de conflicto armado (1975), entre otros.

los Estados partes deben reconocer “el derecho de todo niño¹⁹ a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.”(UNICEF, 1989), es decir, otorgarle al menor las mejores posibilidades para su desarrollo pleno.

Respecto a la fuerza vinculante de la Convención, y de acuerdo a las reglas generales, la Convención puede obligar a los Estados por medio de dos vías: ya sea por medio de la firma y ratificación, o por medio de la adhesión. Para estos efectos, debemos entender ratificación como “el acto por el cual, un Estado expresa su consentimiento para encontrarse legalmente vinculado a los términos de un tratado en particular” y en este caso, a los términos de la Convención sobre Derechos del Niño. El objetivo principal de esta ratificación, finalmente se refleja en la adecuación de las legislaciones a los parámetros establecidos por el tratado, luego de cumplir con los procesos constitucionales establecidos para este procedimiento en la normativa interna de cada país (UNICEF, 1999, p.2). De este modo, la respuesta legislativa dada por los Estados Parte, debe generar un equilibrio entre el derecho de los menores a recibir protección contra toda forma de violencia, abuso sexual y explotación sexual, y los derechos a la información, a la privacidad, a la no discriminación y la libertad de expresión y de asociación, tal como se define en la Convención en comento y en otras normas internacionales pertinentes (UNICEF, 2012, p.9).

Dentro de este punto y atinente al tema que tratamos, se enmarca uno de los dos Protocolos Facultativos²⁰ desarrollados por UNICEF y aprobados por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en el año 2000. En este caso, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos el Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la Pornografía²¹, vinculante desde el 18 de

¹⁹ La Convención define en su artículo primero que “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”.

²⁰ Mecanismos jurídicos que complementan y añaden provisiones al tratado. Puede versar sobre un tema relacionado con el tratado original y se utiliza para profundizar sobre cuestiones que aparecen en éste, abordar una preocupación nueva o añadir un procedimiento para la aplicación o puesta en marcha de la Convención de que se trata. (http://www.unicef.org/spanish/crc/indez_protocols.html)

²¹ El segundo, corresponde al Protocolo Facultativo sobre la participación de los Niños en conflictos armados, vinculante desde el 12 de Febrero de 2002.

Enero de 2002. Estos protocolos nacen como respuesta a la necesidad de crear una protección mayor, y a la vez para concientizar y sensibilizar a la comunidad internacional, instaurando por medio de éstos, una regulación complementaria a la ya existente, de modo de adaptarse a los cambios y situaciones que en la actualidad pueden afectar a los menores. Es así, como en el preámbulo del Protocolo, se hace presente “que será más fácil erradicar la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía si se adopta un enfoque global que permita hacer frente a todos los factores que contribuyen a ello [...]” (UNICEF, 2000, p.4).

La Convención sobre Derechos el Niño se encuentra ratificada por Chile, desde el año 1990, y el Protocolo Facultativo posterior fue firmado por nuestro país en el año 2000 y ratificado con posterioridad el año 2003²².

El punto de conexión de la Convención y el Protocolo facultativo que comentamos, con la figura del *child grooming* (si bien de modo indirecto, puesto que el instrumento no hace referencia a la figura), se evidencia en cuanto a la utilización de menores para fines pederastas, ya que, como hemos manifestado a lo largo del desarrollo de la investigación, las TIC han creado un ambiente que facilita tanto la producción como el acceso a material pornográfico, coincidiendo entonces estas conductas con la etapa final del *child grooming*, consistente en la obtención de material pornográfico o la concreción de un abuso de mayor entidad en contra del menor.

Un instrumento también importante a tratar en relación a este tema, es la Declaración de Seúl sobre el futuro de la economía del Internet, de Noviembre de 2008, aprobada en el marco de una reunión Ministerial de la Organización para la cooperación y el desarrollo económico, OCDE²³, donde los distintos Estados asistentes se comprometieron a tomar todas las medidas necesarias para garantizar que las políticas públicas del futuro de la economía del Internet, se hagan con el mayor respeto al estado de Derecho, la promoción de las instituciones públicas y el amplio acceso a la información para la mayor cantidad de personas posible (OCDE, 2008b: p.4). Pero, este amplio acceso

²² El carácter facultativo del Protocolo implica que no vincula *ipso-facto* a los Estados que ya han ratificado el tratado original, en este caso, la Convención sobre Derechos del Niño.

²³ <http://www.oecd.org/FutureInternet>

a la información no puede promoverse, sin temer que se pueda prestar a malas prácticas, puesto que no siempre cantidad implica calidad, por lo que también los estados deben realizar los mayores esfuerzos (en conjunto con las entidades de educación y los padres), para evitar que en este camino hacia el futuro, se descuide algo de vital importancia como los son los derechos humanos.

En atención a esto, de acuerdo a lo discutido en la reunión ministerial, una de las medidas que los Estados deberían tomar para hacer de Internet un lugar donde la información sea accesible para todos - pero a la vez segura, en especial para los grupos más vulnerables- es crear conciencia de los beneficios y peligros que de Internet emanan, por medio de la educación conjunta, pero además crear una legislación o regulación lo suficientemente acotada que tomen en consideración los posibles delitos o afecciones a los derechos de las personas en general, pero especialmente a aquellos que afectan la indemnidad sexual de los menores, por medio de la “reducción de actividades maliciosas en línea a través de la cooperación reforzada, nacional e internacional, entre las comunidades interesadas”, en sus pasos para la efectiva prevención y protección, además de “asegurar la protección de las identidades digitales y datos personales, así como la privacidad de los individuos en línea”(OECD, 2008b, p.8). Esto en el marco de las recomendaciones realizadas por la OECD, a raíz de la declaración, puesto que uno de los retos que vieron la luz tras la reunión ministerial, fue la necesidad de adaptar las distintas legislaciones para proteger la información de los nuevos peligros y formas de delitos que se pueden producir debido a las posibilidades que otorga Internet (OECD, 2008a, pp. 3-5).

Chile fue parte de esta declaración, junto con otros 38 estados, además de la Unión Europea, creando así un compromiso de realizar mejoras en las regulaciones que atañen el tema de Internet y sus avances a nivel global. Tras 4 años de la entrada en vigencia de esta declaración, una de las modificaciones realizadas por nuestro país orientada a mejorar la seguridad de Internet, fue justamente la ley 20.526 que comentamos, debido a la vulnerabilidad de los sujetos pasivos a los que afectan los delitos regulados por esta ley.

Por cierto, quizás la convención más importante sobre delitos informáticos, es la Convención del Cibercrimen o Convención de Budapest, de Noviembre de 2001, la cual establece una clasificación novedosa, no siguiendo los patrones clásicos en torno a los

bienes jurídicos protegidos tradicionales. Si bien tiende a subsumir ciertos ilícitos bajo una sola figura, esto se explica ya que se trata de una “convención de mínimos”, como la denomina Enrique Rovira (2010, p.4), pues por medio de ésta, se trató de abarcar la mayor cantidad posible de estados y su consenso, incluso de estados por fuera del Consejo de Europa, lugar de origen del instrumento, “conscientes de los profundos cambios suscitados por el incremento, la convergencia y la mundialización permanente de las redes informáticas”(COE, 2001).

Observando el preámbulo, éste reconoce la necesidad de “aplicar con carácter prioritario, una política penal común, encaminada a proteger a la sociedad frente a la ciberdelincuencia, entre otras formas, mediante la adopción de la legislación adecuada y el fomento de la cooperación internacional”, y haciendo presente la necesidad de intensificar ésta última, por medio de una “lucha efectiva contra la ciberdelincuencia [...] en materia penal reforzada, rápida y operativa” (COE, 2001). En el fondo, este tratado es un llamado a la armonización en cuanto a los delitos informáticos, lo que permitiría “aunar los criterios punitivos en torno a dichas conductas” respetando el ordenamiento propio de los Estados, porque como ya se hizo presente, pretende “garantizar la conciliación con los más diversos sistemas jurídicos”. (Díaz Gómez, 2010, p. 198)

Así como comentamos, esta convención recoge en su título II, sección primera, bajo el título de “Derecho Penal Sustantivo”, las disposiciones relativas –entre otras- a la tipificación de las conductas que considera penalmente reprobables en el ámbito de los delitos informáticos, nueve infracciones básicas, divididas en cuatro grupos:

- a) Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos (ejemplo: acceso ilegal);
- b) Delitos vinculados propiamente a la informática (ejemplo: falsificación informática);
- c) Delitos de contenido (Refiere específicamente a la pornografía infantil); y
- d) Delitos relacionados con infracciones de derecho de propiedad y otros afines.

El segundo grupo de infracciones es el que resulta relevante, puesto que si bien, la Convención de Budapest hace referencia a la pornografía infantil, omite referencias al *child*

grooming o abuso sexual infantil, ya que esta figura delictual no fue objeto de análisis ni tratamiento en las comisiones que redactaron y debatieron el proyecto de Convenio, siendo una figura casi sin incidencia en la época (año 2001 y precedentes), y sólo la vino a adquirir con posterioridad (Rovira, 2010, p.5). Resulta difícil comprender que quizás el instrumento más importante en la materia de delitos informáticos, no se haya puesto al corriente con los tiempos, y que no haya considerado en forma posterior la figura del *child grooming*, tal como lo hiciera el Consejo de Europa en el año 2006 con los actos de naturaleza racista y xenofóbica realizados por medios tecnológicos.

En este marco es que surge bajo el alero del Consejo de Europa, una Convención que viene a resolver esta ausencia de regulación, algunos años después. Hacemos referencia a la Convención sobre la Protección de los niños contra la explotación y abuso sexual del Consejo de Europa, o Convenio de Lanzarote de 25 de Octubre de 2007, ya que como dijimos, fue ésta la que vino a suplir una falencia en la legislación sobre ciertos delitos en el ámbito internacional Europeo que resultan de vital importancia. Esta convención, es el primer documento internacional que señala como delitos las distintas formas de abuso sexual de menores, incluyendo el grooming y el turismo sexual, además de encontrarse en plena consonancia con los instrumentos internacionales de protección de la infancia.

La Convención, en su capítulo sexto -Derecho Penal sustantivo- artículo 23, sobre “Proposiciones a niños con fines sexuales”, establece que todos los estados firmantes deben adoptar las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño con el propósito de cometer dos de los delitos tipificados también por la convención, que serían el abuso de menores, y la producción de pornografía infantil, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro. De este apartado, se desprende que lo que estaría penado, no sería sólo la conducta del abuso o la producción de pornografía, sino que estaría sujeta a tipificación, también el uso de medios tecnológicos como forma de consecución de aquellos fines, o lo que la profesora Lina Cortés Díaz ha llamado “*contacto TIC preordenado a la actividad sexual con menores*” (2012b, p.7).

Se considera positivo que la convención unifique la necesidad de promover acciones legales además de considerar algunas medidas preventivas, de modo de concientizar y educar a los menores con respecto a los peligros de la explotación sexual y la pornografía infantil, además de las nuevas figuras penales contempladas, pero se considera que la regulación realizada en el Convenio tendría algunos puntos en contra.

Uno de los principales fallos, sería la falta de armonización en cuanto a la edad de consentimiento en los estados miembros, ya que hay una gran diferencia: puede ir desde los 13 años (como en el caso de España) hasta los 17 años.

También se critica que se sigue usando el consentimiento para evitar la penalización de relaciones abusivas. Ya que si bien es positivo que no se penalicen las relaciones entre menores que son consentidas, es difícil considerar que debiese repetirse la situación en el caso de la existencia de una relación entre un menor (entendiéndose este como un menor de 18, pero mayor de la edad de consentimiento establecido por cada país) y un adulto, aún cuando medie el válido consentimiento del primero. Las consecuencias negativas de este tipo de relaciones no se ven cuando el menor está en medio del romance, si no con posterioridad, cuando éste alcanza la madurez.

Por último se considera un error el no unificar la criminalización del consumo de las imágenes de abuso de menores y su reproducción virtual. El convenio optó, en lugar de crear una postura común, por permitir que cada Estado Parte decida qué hacer legalmente con este hecho, sin hacer eco de las investigaciones a nivel internacional ni el sentir de la comunidad (Pulido, 2008, pp. 197-203).

Si bien esta Convención se dirige principalmente a los países pertenecientes a la Unión Europea, y cuenta con la firma de la mayoría de los 47 miembros del consejo de Europa (su ratificación aún es baja), éste instrumento también está abierto para la firma y ratificación a países no miembros, como es el caso de México, Japón o Canadá. Su articulado se constituye en un ejemplo a seguir en cuanto a la regulación de este tipo de delitos, ya que repetimos, es el primero en su tipo en regular el ciber abuso infantil, y en instar a los legisladores para que extiendan la limitación legal para llevar los casos de abusos sexuales a tribunales.

También resulta necesario tratar una reciente directiva, correspondiente al 27 de Octubre de 2011, la Directiva 2011/93/UE emanada del Parlamento de la Unión Europea y adoptada en Estrasburgo, que trata el tema que comentamos, en reemplazo de la Decisión marco 2004/68/JAI, de 22 de Diciembre de 2003. Este instrumento viene a establecer mínimas reglas en cuanto al tratamiento, definición y sanción de los delitos de abuso sexual y explotación sexual de menores, la pornografía infantil y el llamado “embaucamiento” con fines sexuales, además de establecer disposiciones que pretenden reforzar la prevención de estos delitos y la protección de la víctima, nuevamente ante la consciencia de que “la pornografía infantil, que consiste en imágenes de abusos sexuales a menores, y otras formas especialmente graves de abusos sexuales y explotación sexual de la infancia está aumentando y extendiéndose con el uso de las nuevas tecnologías e Internet”(Parlamento Europeo, 2011). Es decir, esta directiva se hace cargo de temas que la decisión marco del año 2003 no contemplaba, como lo son los nuevos fenómenos del *child grooming*, el abuso por webcams, o la observación y obtención de pornografía infantil por medio de cámaras y medios tecnológicos.

La directiva surgió para cumplir con los objetivos señalados, considerando el legislador Europeo, que éstos no podrían ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, a causa del carácter transnacional de la conducta criminal, por lo que se hizo necesaria la intervención de la Unión Europea, en virtud del principio de subsidiariedad establecido en el art. 5 TUE según el cual “en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros[...], sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión” (Unión Europea, 1992).

Como ya expresamos, esta directiva reemplaza a la decisión marco 2004/68/JAI, que contemplaba disposiciones sobre la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Si bien esta decisión prestaba un mínimo de armonización en la lucha contra el abuso y la explotación sexual, presentaba una serie de carencias, siendo las principales, el no contemplar las nuevas formas de estos delitos cometidos a través de las TIC, el no remover los obstáculos a la persecución penal de estos delitos fuera del territorio nacional, y en definitiva, no satisfacer todas las exigencias específicas de la víctima

incluyendo la provisión de medidas para evitar la comisión de estos delitos. El parlamento Europeo y el consejo consideraron, entonces, oportuno sustituir en su totalidad la decisión en vez de simplemente modificarla, debido a que los cambios realizados no sólo eran sustanciales, sino que numerosos, lo que podría haber fácilmente creado el riesgo de confusión en su aplicación práctica (Verri, 2012, p.3).

En cuanto al derecho sustancial, como se ha dicho, establece normas mínimas relativas a la definición y sanción del abuso, explotación sexual, pornografía infantil y captación de niños con fines sexuales, proveyendo numerosos tipos de delito, con un alto grado de precisión, de modo de otorgar la menor discrecionalidad posible al legislador nacional para la configuración del precepto. Una excepción en este punto, constituye el concepto de la edad de consentimiento sexual, entendiéndola como “la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor” (Parlamento europeo, 2011), ya que como bien lo expresa la literalidad del artículo 2, deja a la normativa nacional la determinación de la edad de consentimiento (tal como lo hiciera con anterioridad, el Convenio de Lanzarote).

Con respecto a la figura en estudio, viene configurada por la Directiva, la criminalización del delito de la captación de menores, tanto en línea como al margen de Internet, con el fin del abuso o la mera visualización de pornografía infantil, para lo cual se utiliza la fórmula “en presencia o cerca del menor”, de modo que con independencia de la forma en que los Estados decidan penar la captación, estos delitos no queden impunes.

En cuanto a las sanciones, la nueva directiva considera penas más altas para los sujetos activos, aumentándolas de 1 a 5 años cómo lo recomendaba la antigua decisión marco, a una pena que puede ir desde 1 a 10 años, además de establecer niveles de pena más detallados (antes se establecían sólo 2, con penas de 1 o 5 años), y tomar en consideración circunstancias agravantes (Niños vulnerables, abuso por familiares, violación por pandillas, etc.).

También realizó cambios en cuanto a la persecución y a la investigación de estos delitos, otorgándole a las autoridades competentes a nivel nacional, las mejores armas para la persecución efectiva de estos delitos, siendo uno de los principales cambios, la extensión

del inicio del plazo de la prescripción para la mayoría de los delitos, hasta después de cumplida la mayoría de edad de la víctima.

Para finalizar, la directiva contiene además, un llamado al fortalecimiento de las políticas de prevención por parte de los Estados miembros, “incluidas medidas destinadas a disuadir y disminuir la demanda, que estimula todas las formas de explotación sexual de menores- y medidas destinadas a reducir el riesgo de que los menores se conviertan en víctimas, mediante la información, las campañas de sensibilización y los programas de investigación y educación”

3. Tratamiento internacional de la figura delictiva.

En relación al derecho comparado y las distintas legislaciones, el tema del *child grooming* o abuso de menores por medios electrónicos, ha tenido diversos tratamientos, ya sea por el método que recepciona su regulación, como por el tiempo que tomó a los distintos estados llegar a las normas que en la actualidad se encuentran vigentes. Entre los países que regulan esta reciente figura delictiva se encuentran: Canadá, Reino Unido, Escocia, Alemania, Australia y España, entre otros. Consideramos para este análisis en particular, el tomar con mayor detención el caso Español, ya que este sistema, es el que presenta mayores similitudes con nuestra legislación, además de contar con una fructífera doctrina relacionada con el tema, permitiendo realizar una cabal investigación.

3.1. La experiencia Española.

Debemos, sin duda alguna, revisar en este análisis, la regulación realizada por el legislador español en torno al *child grooming*, la cual, al igual que en nuestro país, es de reciente data (2010), y que no ha estado libre de críticas por parte de la doctrina de ese país, en relación a su denominación, tanto como a la figura penal en sí y su tipificación.

El código Español, regula el acercamiento de adultos hacia los menores por medios tecnológicos con el fin de afectar su libertad o indemnidad sexual en el recientemente modificado artículo 183 bis del Código Penal. El legislador español incluyó este delito, en atención al Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de niños contra la

explotación sexual y el abuso sexual del 25 de octubre de 2007, en la ley orgánica 5 de 2010, que señala “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 arts. 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”.

De lo anterior se desprende que lo penalizado por el legislador español, es la conducta de aquella persona que contacte a través de cualquier TIC, a un menor de trece años y le proponga concertar una cita, con el fin de cometer delitos de carácter sexual (de los señalados expresamente en el artículo) siempre que para realizar la propuesta, realice actos que busquen un acercamiento en ese sentido (Díaz, 2011, p.17).

En el preámbulo de la Ley Orgánica 5 de 2010²⁴, el legislador justifica la introducción del artículo 183 bis en que “la extensión de la utilización de Internet y de las Tecnologías de la información con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las personas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores, con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual” (BOE, Exposición de Motivos, p.54817).

El contenido del artículo, permite realizar una aproximación a esta figura desde la perspectiva del derecho comparado (ya que varios países han dado cabida en su legislación a este tipo de conductas), y desde la perspectiva de la doctrina penal española.

En primer lugar, el autor que realiza la conducta, puede ser cualquier persona responsable penalmente, dada la redacción del artículo “El que”. Lo anterior implica que el

²⁴ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Se añade, entre otras modificaciones, un nuevo Capítulo II bis al Título VIII del Libro II del Código Penal, denominado *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, que comprende los artículos 183 y 183 bis.

sujeto activo puede ser tanto un adulto como un menor con edad comprendida entre los 14 y los 18 años. Aunque en este último caso, al tratarse de un menor de edad no respondería por las penas previstas en el 183 *bis*, sino que le sería de aplicación alguna de las medidas previstas en la Ley Orgánica 5/2000, norma aplicable para exigir la responsabilidad de las personas de más de más de catorce y menos de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o en las leyes penales especiales (Panizo, 2011, p.25).

Por lo anterior, se entiende que en el caso de que el legislador hubiese querido sólo penalizar la conducta del adulto, hubiese sido preferible la utilización de una redacción similar a la utilizada en el Reino Unido en el artículo 15 de la Ley de delitos sexuales (*Sexual Offences Act*) del año 2003, donde expresamente se establece que quien realiza la acción debe ser un mayor de edad.

Ahora, en cuanto al sujeto pasivo, es decir la persona que resulta afectada en su indemnidad sexual, en el caso de la legislación española, es el menor de 13 años. Se rompe con esto la simetría protectora, puesto que el Código Penal refiere sólo a los menores, sin considerar a los incapaces, tomando en cuenta que los mismos delitos y la misma fundamentación, podría operar para ambos casos.

El legislador optó por tomar como referencia la edad de 13 años, puesto que en España se entiende que a partir de esa edad el menor está en condiciones de prestar su consentimiento en materia sexual. Lo anterior implica que en España, el adulto que tenga relaciones sexuales con un menor de trece años está cometiendo un delito -aunque no medie violencia o intimidación-, ya que se entiende que éste no puede prestar su consentimiento, por no tener la madurez necesaria.

La decisión española de poner como edad tope para el sujeto pasivo de este delito en los trece años, se desprende de lo establecido por el Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de niños contra la explotación sexual y el abuso sexual, en su artículo 23, en el que se hace expresa referencia a que la proposición se realice a un menor que no haya alcanzado la edad para dar su consentimiento en materia sexual, según el ordenamiento de cada país ratificante.

En este sentido, tal como lo hace la profesora Lina Díaz, podemos afirmar que los más vulnerables respecto a este tipo de actuaciones son los menores que superan la edad para prestar su consentimiento en materia sexual, que en el caso español, es de 13 años, por lo que la redacción no se adaptaría a la realidad criminológica española²⁵. Parecería entonces más razonable, haber seguido la línea de legislaciones como la de Canadá o el Reino Unido, que consideran como sujetos pasivos a los menores de 16 y 18 años. Además de esto, plantear los 13 años, al entender que es la edad en la cual los menores son capaces para otorgar su consentimiento, resulta carente de fundamentos, tomando en cuenta que precisamente nos encontramos frente a conductas en las cuales no media el consentimiento, porque se ha obrado con violencia o intimidación en contra del menor. (2012 b: p.14).

En cuanto a la estructura típica, esta figura penal viene dada por las siguientes características:

- a. Contacto con un menor de 13 años, a través de TIC.
- b. Propuesta de encuentro.
- c. Realización de actos materialmente tendientes a conseguir el encuentro.
- d. Finalidad de cometer algunos de los delitos sexuales previstos en los artículos 178 a 183 y 189.

De la estructura anterior se desprende que:

1. Debe existir un contacto con el menor, al cual éste debe haber dado respuesta, ya que no se entenderá por contacto con un menor el mero envío de mensajes sin que éstos hayan sido contestados por el menor (Tamarit Sumalla, 2010, p. 172).
2. En cuanto a la propuesta de encuentro con el menor, entendemos así mismo que debe haber sido aceptada por éste.

²⁵ En relación al tema, un estudio realizado por el Defensor del Pueblo (p. 233-244) el año 2010, que tomó como muestra encuestas realizadas a un total de 3219 adolescentes de entre 12 y 18 años de 150 centros educativos alrededor de todo el territorio español, arrojó interesantes datos con respecto al tema que comentamos, siendo uno de los más importantes, aquel que nos muestra, que las proposiciones de tipo sexual, se encuentran más presentes respecto a menores entre 14 y 15 años, bajando levemente en el caso de aquellos de 16 y 17 años.

3. Para que se configure la conducta no basta el mero acercamiento o establecimiento del contacto con el menor, si no que es necesario que el sujeto activo acompañe su acción de actos materiales encaminados al acercamiento. Se entiende entonces que no bastaría el trato realizado por medio de un chat haciéndose pasar por un menor, sino que sería necesario que además establezca un contacto más cercano con éste y luego de haber logrado su confianza, le proponga que le remita fotos o declaraciones comprometedoras y luego bajo amenaza de difundirlas, le proponga un encuentro con el fin de abusar sexualmente de él (Díaz, 2011, p.18).

Sobre este último punto, se señala que lo que el legislador español ha expresado con la frase “actos materiales encaminados al acercamiento” no establece un *numerus clausus* de actos que taxativamente se puedan entender como tales, y esto radica especialmente en el hecho de que el Código Penal no puede ser casuístico. La dificultad radica, en la discrecionalidad que puede llevar a los operadores jurídicos a determinar que cualquier tipo de expresión o acción pueda significar un acto material encaminado al acercamiento al menor. Es necesario entonces delimitarlo por medio de directrices racionales, que sirvan para guiar la actividad judicial (Díaz, 2012a, p.22).

Es importante destacar, que de la redacción del artículo 183 *bis*, se desprende una cláusula concursal: ya que las penas contempladas en él se aplican “sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”. De este modo, el legislador excluye expresamente el concurso de normas, optando por el de delitos, de modo que si se llegase a configurar alguna de las conductas reguladas en los artículos 178 al 183 o del 189, se aplicarán tanto éstos como el artículo que comentamos (Ramos Vázquez, 2011, p. 8).

Finalmente el último inciso del artículo establece un subtipo agravado para los supuestos en que el acercamiento se haya obtenido por medio de “coacción, intimidación o engaño”. La interpretación de estos tres términos no puede realizarse en el mismo sentido que se haría cuando son previstos legalmente como medios de comisión de los delitos de agresión o abuso sexual. Por ejemplo, la intimidación debe ser valorada en un contexto de un acto dirigido a evitar que el menor ponga fin al contacto, informe de éste a sus padres o acepte un encuentro.

En cuanto al bien jurídico, éste viene dado por el bienestar psíquico, desarrollo, proceso de formación y socialización de los menores de 13 años, tratándose en todo caso, de un delito de peligro abstracto.

3.2. Análisis crítico del artículo 183 bis.

Analizado el contenido del precepto, es necesario hacer presentes algunas críticas realizadas por la doctrina española a la introducción de este artículo a la legislación.

En primer lugar se presenta el problema de la denominación que ha de darse al delito contemplado en el artículo 183 bis. Ante todo, coincidimos con la opinión de Ramos Vázquez, quien entiende que se debe rechazar la denominación de “ciber acoso”, ya que para que se configure la conducta, no es necesario que se presente un acoso, ni cualitativa ni cuantitativamente. Cualitativamente, porque no necesariamente el contacto con el menor debe resultar agobiante para éste, por el contrario, resultará más fructífero para quien realiza esta conducta un contacto que no resulte agobiante, para concertar un encuentro. Cuantitativamente, porque bastaría un único contacto con el menor para la configuración de la figura, si concurren los otros requisitos.

En cuanto a la denominación de *grooming o child grooming*, al igual que en nuestro país, el legislador español utilizó este anglicismo para hacer referencia a esta conducta desde los inicios de la discusión parlamentaria, no sin reparos por parte de la doctrina. *Grooming* en sentido estricto, es el proceso de contacto y eventual establecimiento de una relación de confianza entre el sujeto activo y el menor. Es decir, cuando hablamos de *grooming*, estamos haciendo referencia sólo a la primera parte de un proceso mucho más amplio, y en el caso español, abarcaría sólo el período de contacto a través de Internet y de las demás TIC, pues el resto de los elementos típicos exceden de aquel concepto. Por tanto, a falta de una denominación más precisa, parece mejor utilizar *grooming*, siempre que se entienda “*que se hace referencia a sólo un aspecto del global del ilícito*” (Ramos Vázquez, 2010, p.9).

Desde otra perspectiva, resulta pertinente preguntarse por la necesidad de la introducción de este artículo en el contexto español. En el fondo, nos referimos a los fundamentos político-criminales que justificaron su entrada al Código Penal. El Art. 183

bis es un fiel reflejo del fenómeno conocido como “sociedad del riesgo”, está vinculada esencialmente a cómo son percibidos por la sociedad, la infancia, Internet, etc. Todas estas construcciones sociales llevan a un incremento en la criminalización de toda conducta que pueda resultar atentatoria contra los menores. Propio de esta sociedad del riesgo, es el miedo, y la idea de que el Derecho Penal es la respuesta por excelencia. Resultaría difícil encontrar hoy una situación de conflicto en la que no se señale que la causa fue la intervención tardía o deficiente, o respecto de la cual no se refiera a que la mejor solución es la respuesta punitiva.

El nuevo modelo social, ha repercutido en una política criminal de corte preventivista, desplazando los ideales de resocialización -limitándose la pena a tener una función de neutralizar comportamientos de individuos- por objetivos como el control y la seguridad.

Creemos fuertemente, tal como lo afirmamos con anterioridad, que el establecimiento de este tipo de figuras en las legislaciones debe realizarse con suma cautela, sólo en cuanto exista una real afectación de intereses, pues se pierde el fin último del Derecho Penal, el cual ya dijimos, es la resocialización de los individuos. El control penal debe operar como sistema de *ultima ratio*, es decir sólo en cuanto los otros medios de control social- como la educación y las políticas públicas de prevención- hayan fallado, de acuerdo al principio de subsidiariedad.

CAPITULO IV:

DE LA IMPLEMENTACIÓN.

1. Respuesta penal previa a la modificación realizada por la Ley 20526.

Para analizar la aplicación práctica de esta figura delictiva en nuestro país, es necesario considerar preliminarmente, el modo en que se resolvían los casos que se presentaban, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.526.

Recordado es el primer caso formalizado bajo la denominación de *grooming*, a pesar de que en nuestra legislación el delito no estaba tipificado como tal, ante el Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la comuna de Santiago, conocido como el caso “Mariposita”²⁶, durante el transcurso del año 2008.

En este caso, un joven de 26 años de la comuna de Pudahuel, mediante la utilización de cuentas de correo electrónico y el programa de mensajería instantánea *Messenger*, haciéndose pasar por una menor de edad por medio del *nickname* “Karlita”, se puso en contacto con la menor de iniciales N.V.D.R. de 13 años de edad a esa fecha, logrando hacerse amigo de la menor, para luego presentarse a sí mismo a través del mismo programa, como un menor de 16 años de nombre “Pedro”. Con este segundo *nickname* y cuenta, primeramente sedujo a la menor proponiéndole una relación sentimental por vía *Messenger*, luego una vez ganada su confianza prosiguió a exigirle, mediante amenazas, que posara desnuda frente a la cámara y exhibiera sus zonas erógenas, todos estos hechos aptos para procurar su excitación sexual. Debido a las presiones la menor accedió a lo exigido por el joven a través de este mismo medio, guardando éste con posterioridad en su computador, las impresiones captadas de las imágenes de video enviadas por la menor. Esta conducta la repitió con posterioridad bajo la advertencia de divulgar las imágenes a su madre y amigos.

²⁶Causa RUC 0800205760-4, RIT 111-2008.

Luego de esto, haciéndose pasar nuevamente por “Karlita”, y convenciendo a la menor de poder ayudarla, a través de un familiar que trabaja para la Policía de Investigaciones, le solicita su clave, apropiándose de la cuenta de la ofendida y más adelante, haciéndose pasar por ella, entabla conversaciones con otra menor, a quién le pide que pose frente a la cámara, tal como lo había hecho en un inicio.

El Tribunal en virtud de estos hechos condenó al acusado por los delitos de abuso sexual impropio del art. 366 *quater*, producción de material pornográfico infantil del art. 366 *quinquies* y almacenamiento de material pornográfico infantil del inciso segundo del art. 374 *bis*, todos del Código Penal, además del delito de apropiación de clave contemplado en el artículo 2 de la Ley N° 19.223.

De la acusación realizada por el Ministerio Público, así como de los considerandos emitidos por el tribunal, se consideró que si bien el *grooming* no se encontraba tipificado a nivel de legislación nacional, “*no implica que estos hechos no tengan aptitud legal para conformar los delitos solicitados*”(1° TJOP de Santiago, 2008, p.8).

Otro caso similar, es el presentado en juicio abreviado frente al Tribunal de Garantía de Loncoche²⁷ de fecha 31 de mayo de 2010.

El día 24 de Marzo, en horas de la tarde mientras las menores de iniciales J.C.S.B de 14 años de edad; V.B.P. de 14 años de edad y M.S.A. de 15 años de edad, se encontraban en un domicilio de la comuna y se mantenían conectadas a través de la red social *Facebook*, se contactó con ellas el imputado de la causa, quién comenzó a entablar conversación con ellas y ante la negativa de las menores de conversar con él, el procedió a enviar mensajes amenazando a las menores, señalando que si no mantenían relaciones sexuales con él o en su defecto le enviaban fotografías desnudas, él haría que las expulsaran del colegio. En el particular, el Tribunal condena al acusado por los delitos previstos en los artículos 374 *bis* inciso segundo (Almacenamiento de material pornográfico) y 296 N° 2 del CP (Amenazas).

En ambos casos presentados, es posible encontrar acciones que configuran las conductas de *grooming*. Según se señaló, en Chile no existía para la época en la cual ocurrieron los hechos relatados, una regulación autónoma de los actos constitutivos de esta

²⁷ Causa RUC 1000285761-3, RIT 183-2010.

nueva figura, por lo tanto, las acciones que la caracterizan serían atípicas. Pero, “en el momento en que cualquiera de las conductas que sean perpetradas con el propósito de atentar contra la indemnidad sexual de algún menor, constituyan un principio ejecutivo de cualquiera de los delitos establecidos en el Código Penal para protegerlos, la conducta es punible según las reglas generales” (Torres, 2010, p.220).

Si bien en los casos que señalamos, fue posible arribar al castigo de las conductas descritas, por haberse realizado parte de un tipo penal contemplado en el Código Penal, en un gran número de ellos, las acciones preparatorias que no alcanzaban su objetivo –pese a su real peligrosidad- seguían quedando impunes. Por lo anterior, fue que se instaló el debate en cuanto a la conveniencia de incriminarlas directamente. No obstante la baja cantidad de denuncias, ya se anticipaba el aumento de este flagelo (Historia de la Ley 20.526, p.67), lo cual unido al crecimiento exponencial que había tenido la llegada de Internet a los hogares (crecimiento de un 9,14% entre 2000 y 2006), tornó necesario a juicio del legislador, el precisar los términos de estos ilícitos y adoptar las prácticas preventivas previstas en las legislaciones extranjeras. De aquí entonces, toma sentido cuando en el proyecto de reforma al Código Penal (que precede a la Ley 20526), se refiera al empleo de medios virtuales e informáticos para la realización de este tipo de acciones y se ocupe del acoso sexual de menores (Historia de la Ley N°20526, p.11).

2. Respuesta penal después de la Ley 20526.

En la actualidad y tras la entrada en vigencia de la Ley 20.526 que comentamos, las consultas realizadas a los organismos encargados de la investigación, persecución y sanción de este tipo de delitos, han reflejado como resultado la baja aplicación de esta nueva ley. En relación a los tribunales, a nivel nacional, sólo se ha tenido conocimiento de una denuncia en la comuna de Santiago, correspondiente a este año, y a nivel de la región de Valparaíso, tanto en los tribunales de Valparaíso como Viña del Mar, no se ha tenido noción alguna de denuncias que correspondan a las características del *grooming*.

Con respecto a la investigación de estos delitos, según la información otorgada por la Brigada del Cibercrimen de Valparaíso de la Policía de Investigaciones, la figura como la ley establece, no ha sido utilizada. Respecto al ingreso de causas que dicen relación con

delitos sexuales e Internet, se encausa la figura de acuerdo al método utilizado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.526, es decir, los hechos denunciados se asimilan y buscan encuadrar en las figuras tradicionales del Código Penal (como lo son las amenazas, o la elaboración, almacenamiento y difusión de pornografía), sin hacer referencia alguna a la nueva figura. Incluso, se puede utilizar como ejemplo de esto, el sistema de ingreso de denuncias que utiliza la PDI, esto es, por medio de códigos identificativos de cada delito, no existiendo uno para el *child grooming*, aún después de la entrada en vigencia de la Ley 20.526.

En el fondo, el intento del legislador por incorporar este conjunto de conductas, no introduciría completamente la figura del *child grooming*, si no, lo que hace es incluir y especificar conductas constitutivas de acoso, que ya habían sido implícitamente situadas en la legislación por la Ley 19.927, pero dando el carácter certero, a situaciones que resultaban complejas con la antigua redacción (Scheechler, 2012, p. 72).

3. Técnicas Investigativas y *Grooming*.

Como ya se ha reiterado a lo largo de la investigación, el medio de comisión de estos delitos es Internet, fuente de innumerables beneficios, pero que genera también externalidades negativas como lo es el fenómeno que comentamos. Así mismo, parte importante de la investigación se vuelca en Internet para la búsqueda de medios de prueba, como para la individualización del perpetrador.

La investigación debe abordarse desde dos ópticas necesarias: Por un lado, la información que puede obtenerse de la víctima; por otro, lograr identificar de algún modo al sujeto activo de los hechos. El primer punto se consigue por medio del acceso a la cuenta de correo, chat u otras páginas de las cuales la víctima participe, de modo de conseguir la mayor cantidad de antecedentes útiles para la investigación. Y la identificación del agresor, se puede lograr por medio de una dirección IP (*Internet Protocol*)²⁸. Son los proveedores de Internet quienes otorgan una IP a los equipos, y por ello son éstos los que poseen la información necesaria para la identificación completa del dueño de la conexión IP, tipo de

²⁸ Número único que se utiliza para la identificación y comunicación de los dispositivos entre ellos, en una red estándar.

servicio, lugares de conexión de una dirección IP, registro de conexiones de la misma, sus fechas y horas.

En cuanto a las técnicas de investigación y las direcciones IP, es necesario hacer referencia a una discusión suscitada durante la tramitación de la Ley N° 20.526. Esto es, si resulta necesario o no la solicitud de autorización judicial para el acceso a las bases de datos que poseen los proveedores de Internet, quienes tienen la obligación de guardar estos registros por un año. Se indicó durante la discusión, que el mero acceso del Ministerio Público a los registros de los números IP de las conexiones que realicen los abonados a las empresas que presten servicios de telecomunicaciones “no vulnera el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, porque dichos registros sólo contienen la identificación de los que se conectaron a Internet pero no el contenido de sus comunicaciones. Por ello, no se ve razón para que el Ministerio Público deba contar con la autorización previa del Juez de Garantía para acceder a ellos” (Historia de la Ley 20526, p.79).

Conteste con esta opinión emitida por Félix Inostroza, Jefe de la Unidad de delitos sexuales y violentos del Ministerio Público de la época, es el oficio del Fiscal Nacional N°160 del año 2009, que imparte criterios de actuación en los delitos sexuales. Respecto de las solicitudes de registro del tráfico de llamadas y de las direcciones físicas de conexión, números de teléfono y nombre de titulares de servicios con direcciones IP, “no se requiere autorización judicial previa”, ya que la información requerida no produce ni restricciones ni perturbaciones en el ejercicio de algún derecho, de conformidad a lo establecido en el artículo 9 del Código Procesal Penal. Además, es la propia Ley N° 19.628 sobre Protección de la vida Privada, la que establece una clara diferencia entre lo que se considera dato personal -como los datos de identificación-, y lo considerado dato sensible. Es por esta diferenciación que se permite a las empresas que manejan datos personales, comunicarlos a otras con fines meramente comerciales, sin autorización judicial previa. Además, es necesario tener presente que esta solicitud del fiscal se enmarca dentro de las facultades otorgadas por el 180 del CPP²⁹ (Duque, 2009, p. 129).

²⁹ Art.180 inc. 3 CPP: “Los fiscales podrán exigir información de toda persona o funcionario público, los que no podrán excusarse de proporcionarla, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley...”

En nuestra legislación, es el artículo 369 *ter* del CP, el que señala un catálogo de técnicas de investigación en relación a los delitos sexuales previstos en el 366 *quinquies*, 367, 367 *bis*, 367 *ter*, 374 *bis* inciso primero y 374 *ter*, todos del Código Penal. Este artículo hace referencia a ciertas figuras indispensables para el esclarecimiento de estos delitos. Estas figuras son las interceptación de comunicaciones; fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes; los agentes encubiertos y las entregas vigiladas. Cabe señalar que estas variadas técnicas que se tienen en consideración al momento de investigar delitos de carácter sexual resultan particularmente útiles en el caso del *grooming*.

En efecto, el tenor del artículo que comentamos es el siguiente: “Cuando existieran sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva, hubiera cometido o preparado la comisión de los delitos previstos [...] y la investigación lo hiciera imprescindible, el tribunal, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la interceptación o grabación de las telecomunicaciones de esa persona o de quienes integren dicha organización, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos y la grabación de las comunicaciones. En lo demás, se estará íntegramente a lo dispuesto en los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal”. El inciso segundo hace aplicable los mismos supuestos respecto de los agentes encubiertos, haciendo referencia además a las entregas vigiladas de material, señalando en el inciso tercero el ámbito de aplicación de ambas figuras “al caso en que la actuación de los agentes o el traslado o circulación de producciones se desarrolle a través de un sistema de telecomunicaciones.”

A propósito de las técnicas investigativas y el tenor del 369 *ter* del Código Penal, se torna necesario hacer referencia al parámetro estándar de su procedencia. En efecto, el criterio de las “sospechas fundadas” que establece la ley, tal como señala el oficio 160/2009 del Ministerio Público, el cual ya dijimos, imparte criterios de actuación en los delitos de tipo sexual, es claramente menos exigente que el de “presunciones fundadas” utilizado, por ejemplo, para el caso de la procedencia de las medidas cautelares de los artículos 140 y siguientes del Código Procesal Penal. Esta mayor flexibilidad, se explica por la dinámica complejidad que involucran las técnicas investigativas en torno a los delitos de explotación sexual, y la finalidad de recabar medios de prueba en el marco de la investigación de estos últimos. En este mismo sentido se entiende, el hecho de que el 369 *ter* permita, para la

autorización de éstas técnicas, las sospechas fundadas sobre actividades ilícitas no sólo de organizaciones delictivas – como es el caso de la Ley N° 20.000, sobre tráfico de estupefacientes- sino también de personas naturales. (Duque, 2009, p.129-130)

Refuerza lo anteriormente señalado, el tenor del artículo 222 del CPP, en cuanto a que para la procedencia de la interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas u otros medios de telecomunicación (como lo serían los correos electrónicos) se requiere, tal como lo mencionamos en relación al 369 *ter*, de “fundadas sospechas”.

Extraño resulta a raíz de este análisis, el percibir que las técnicas investigativas que comentamos, no alcanzan a los delitos contemplados en el artículo 366 *quater*, es decir a los delitos que sufrieron mayores modificaciones, producto de la Ley N° 20.526. Esto genera cierto desconcierto, puesto que considerados como delitos sexuales, no contemplan en su investigación la posibilidad de utilizar los métodos especiales que establece el 369 *ter*, sujetándolo por esto a las reglas generales del artículo 222 del CPP, lo que pudiese implicar un menoscabo al momento de recabar información para dar con los sujetos responsables de los hechos.

4. Políticas Públicas y Prevención.

Producto de la regulación y ocurrencia de este tipo de delitos, el Estado ha optado no sólo por legislar sobre esta nueva figura penal, si no, también integrar políticas públicas que permitan educar a la población desde que se tuvo nociones de ello, en el año 2008, de modo que -como se ha dicho con anterioridad- sean las propias familias, centros de educación y organismos del Estado los que ayuden a evitar que los menores pasen a engrosar las listas de víctimas del *grooming*. Como ya se ha establecido, la protección de los menores se transformó en una prioridad, y aún cuando la aplicación de esta normativa ha sido baja desde la modificación de las normas del Código Penal, se entiende que de todos modos es un problema actual y que afecta a los menores. A raíz de esto, se han realizado una serie de programas, contemplados tanto por el SENAME como por la PDI, para cumplir con dicho cometido.

A. Servicio Nacional de Menores (SENAME).

Ya desde el 2008, año en que la opinión pública tuvo las primera nociones sobre esta figura, a raíz de las primeras denuncias, el Servicio Nacional de Menores (SENAME) comenzó con una campaña de concientización de los menores, ya que en las palabras del, en ese entonces, Director de la institución Eugenio San Martín, “Si no les enseñamos a ellos a reconocer y rechazar a quienes los acosan por medio de Internet, dudo que los padres u otros adultos responsables seamos capaces de controlar este problema”. A este respecto se inicio por varios medios, una campaña de educación, bajo el eslogan “Bórralo con un *click*”, dando a entender a los menores que está en sus manos, el no ser víctimas de estos delitos. La iniciativa incluyó también la creación del grupo “Dile No al *Grooming*” en la red social *Facebook* y la difusión de frases alusivas al tema en varias radioemisoras.

Además, Para atender a los niños, niñas y adolescentes víctimas de *grooming*, el SENAME cuenta con Programas de Prevención Focalizada, que atienden entre otras problemáticas, casos de maltrato leve y de mediana complejidad -no constitutivo de delito-. A diferencia de la oferta especializada que atiende a víctimas de maltrato grave y abuso sexual, no se requiere ingresar a través de tribunales, por lo que se puede prestar atención a las víctimas aunque el *grooming* se encuentre en sus primeras etapas. Se trata de 143 programas, que están presentes en todas las regiones del país y que cuentan con capacidad para atender a 10.887 niños y adolescentes³⁰.

B. Policía de Investigaciones (PDI).

La Policía de Investigaciones, en su constante misión por educar e informar a la población, fue uno de los primeros organismos en dar alerta sobre este creciente flagelo en nuestro país. Desde entonces han entregado por distintos medios, presenciales (siendo uno de los principales las charlas realizadas en colegios y universidades, como la realizada el 24 de Octubre del presente año, en Osorno) e informáticos³¹, la información necesaria, tanto

³⁰ Para mayor información: Campaña Anti Grooming del SENAME:

<http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=content&pa=showpage&pid=99>.

³¹ Para más consultas sobre prevención: <http://www.policia.cl/paginas/prevencion/prevencion-de-delitos-informaticos/informatico.htm>.

como para conocer en que consiste el delito, como aquella necesaria para evitar la ocurrencia de éste.

Los consejos más habituales, y en los cuales coinciden tanto la PDI, el Ministerio Público y el SENAME y que son considerados como la forma de evitar la ocurrencia de estos delitos, son:

1. Fomentar a los padres para que conozcan las tecnologías vinculadas a Internet, para que puedan saber qué hace su hijo cuando está conectado y para que puedan advertirlos de los posibles riesgos a que se pueden ver enfrentados.
2. Enseñar a los niños a ignorar los spams (o correo no deseado) y a no abrir archivos que procedan de personas desconocidas.
3. Ubicar el computador en una habitación de uso común, para que así los padres puedan controlar cuando sus hijos ingresan a Internet.
4. Evitar instalar una webcam en el computador familiar y si se instala restringir su uso mediante una clave de seguridad.
5. Restringir el uso de Internet de los menores.
6. Enseñar a los niños que no deben revelar sus datos personales a las personas que hayan conocido a través de la web e informarse sobre los contactos que los niños agregan a su cuenta de *Messenger* u otro tipo de mensajería instantánea.
7. Explicar a los menores que nunca deben mandar fotografías, ni videos suyos o de sus amigos a desconocidos.
8. Informar sobre los peligros en Internet.

Conclusiones

Las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.526 si bien no utilizan la expresión *child grooming*, en los fundamentos del proyecto de ley que le antecede, se manifiesta expresamente la intención de regular sus términos y a fin de cuentas, hacerse cargo de esta nueva realidad. Creemos que este cuerpo normativo lo que hace es incluir algunas de las conductas propias del ciberacoso que no estaban comprendidas en el art. 366 *quater* –que versa sobre distintos abusos sexuales- y que complementan esta norma al incluir nuevas hipótesis recurrentes para la configuración del delito de abuso sexual impropio a menores. Las inclusiones vendrían a precisar este tipo de abusos sexuales cuando son cometidos “a distancia” y “mediante cualquier medio electrónico”, lo que si bien significa un avance para la sanción de estas circunstancias comisivas propias del *child grooming*, el legislador no las entendió como un nuevo delito.

La forma más común que reviste el *grooming* es precisamente determinar a la víctima a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona, con contenido sexual, en este sentido las modificaciones introducidas al inciso segundo del artículo 366 *quater* del Código Penal son apropiadas y coinciden plenamente con una de las finalidades de la figura –obtener material pornográfico- , pero no se hacen cargo de la finalidad alternativa que puede acompañar a dichas prácticas, cual es procurar un encuentro con el menor para así cometer otros delitos sexuales de mayor entidad, con independencia de si se llega a concretar o no dicho encuentro. Para aclarar esto, puede darse el caso en que el agresor tome contacto con el menor, lleve a cabo conductas de engatusamiento respecto del mismo para así ganarse su confianza, pero en ningún momento llegue a determinarlo a enviar imágenes o grabaciones con significación sexual de su persona, pero sí lo inste a llevar a cabo -por medio de extorsión o no- un encuentro personal con los fines anteriormente aludidos.

En estrecha relación con el punto anterior, la ley de *child grooming*, como fue denominada en su origen, si bien no sanciona los posteriores encuentros entre el abusador y la víctima, creemos que tal inclusión resultaría innecesaria puesto que de acuerdo a la configuración dogmática de la figura, el grado de consumación se satisface una vez que el agresor o *groomer* lleve a cabo las conductas con la “finalidad” de obtener material

pornográfico por parte de la víctima o de procurarse un encuentro con el menor para concretar un abuso sexual posterior. Respecto a esta última finalidad, el *child grooming* se transforma en un acto preparatorio de otros delitos sexuales, donde el encuentro con la víctima además de resultar indispensable para la comisión de estos últimos, coincide con el principio de ejecución de la correspondiente conducta típica.

Otra crítica a la legislación vigente consiste en que no contempla como sujeto pasivo del delito contemplado en el art. 366 *quater* a los incapaces, quienes conforme a su modo de percibir el mundo son tan o más vulnerables que los menores frente a los delitos cometidos por medio de la web. Lo idóneo habría sido considerar a las personas que padecen alguna anomalía psíquica, quienes no pueden consentir válidamente en las relaciones sexuales y que por razones vinculadas a su desarrollo y/o bienestar conviene mantener alejadas de todo acto sexual.

En cuanto a las técnicas investigativas, para el éxito de estas y respecto a determinados delitos sexuales resultan procedentes ciertas actuaciones como la interceptación de comunicaciones telefónicas, intervención de agentes encubiertos o la posibilidad de realizar entregas vigiladas, sin embargo, estas medidas no resultan aplicables para la investigación de las conductas del art.366 *quater*, no obstante tratarse de delitos sexuales, lo que implica una desventaja frente a los demás delitos de tal índole respecto los cuales sí se contemplan dichas herramientas investigativas.

Al analizar desde una perspectiva crítica las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.526, y concluir de esta manera que no se ha introducido un nuevo delito, se justifica y pone de manifiesto, a la vez, la escasa aplicación práctica que ha recibido esta figura, tanto a nivel de organismos encargados de la investigación y persecución de delitos (Policías y Ministerio Público), como a nivel de los encargados de sancionarlos (Juzgados de Garantía y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal).

En lo que respecta a la normativa supranacional, se señala que dentro de este contexto, las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.526 garantizan la protección de los menores y da cumplimiento a los tratados internacionales que nuestro país ha ratificado en esta materia, como: la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Convención sobre la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual y el Abuso

Sexual y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía.

Finalmente, resulta relevante reforzar la importancia que adquieren en esta materia las labores preventivas y de educación que deben cumplir diversas instituciones sociales, desde la familia, pasando por asociaciones de participación ciudadana, medios de comunicación, hasta los organismos públicos, es decir, se trata de un esfuerzo conjunto orientado a combatir esta nueva realidad, de manera tal que niños y jóvenes y sus padres tengan conciencia y conocimiento sobre la amenaza existente en la red respecto al denominado *child grooming*.

BIBLIOGRAFIA

- Aguilar Aranela, Cristián (2008): *Delitos sexuales, Doctrina y jurisprudencia. Incluye actualización de leyes N° 20.084, 20.207 y 20.230*, Ed. Metropolitana, Santiago.
- Bullemore G., Vivian (2005): *Curso de derecho penal*, vol.3, parte especial, 2ª. Ed., Legal Publishing, Santiago de Chile.
- Comscore (2011), *Estado de Internet en Chile*. Disponible en: http://www.comscore.com/esl/Insights/Presentations_and_Whitepapers/2011/State_of_the_Internet_Chile . Fecha última visita, 26 de Octubre de 2012.
- Consejo de Europa (COE) (2001): *Convención del Cibercrimen*. ETS N° 185, Budapest, 23 de Noviembre. Disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/185-SPA.htm> Fecha última visita, 17 de Octubre de 2012.
- Consejo de Europa (COE) (2007): *Convenio sobre la protección de menores contra la explotación y abusos sexuales*. CETS N° 201, Lanzarote, 25 de Octubre. Disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/treaties/Html/201.htm> . Última visita, 17 de Octubre de 2012.
- Consejo de Europa (COE) (2006): *Protocolo Adicional a la Convención del Cibercrimen, concerniente a la criminalización de actos de naturaleza racista y xenofóbica, realizada a través de medios tecnológicos*. CETS N° 189, Estrasburgo, 28 de Enero. Disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/189.htm> .
- Cury Urzúa, Enrique (2005): *Derecho Penal: parte general*, 2ª ed. Act., Jurídica de Chile, Santiago.
- Defensor del Pueblo (2010), *Programación y contenidos de la televisión e internet : la opinión de los menores sobre la protección de sus derechos*. Disponible en http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Prog_Tv_Internet.pdf Fecha última visita, 27 de Septiembre de 2012.

- Díaz Cortés, Lina Mariola (2011): *Algunas consideraciones sobre el meeting a child following sexual grooming through TICs (contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores)*. Cuaderno Red de Cátedras Telefónica. Disponible para consulta en línea.
- http://catedraseguridad.usal.es/sites/default/files/Cuaderno_II_Contacto_TICS_preordenado_act_sexual_con_menores_0.pdf Fecha última visita, 20 de Septiembre de 2012.
- Díaz Cortés, Lina Mariola (2012a): *El denominado “Child grooming” del artículo 183 bis del código Penal: una aproximación a su estudio*, en *Boletín del ministerio de Justicia*, Número 2138.
- Díaz Cortés, Lina Mariola (2012b): *Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores en el Código Penal Español- Art. 183 bis C.P.*, en *Revista UNED*.*
- Díaz Gómez, Pablo (2010): *“El delito informático su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: El convenio de Budapest”* en *Revista Electrónica de Derecho Universidad de la Rioja (RedUR) N° 8*, p. 169-203.
- Duque, Catalina (2009): *“Consideraciones para la investigación del fenómeno del grooming”*, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°41, pp. 125-130.
- España (2010), Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio de 2010, por la que se modifica la Ley 10/1995 del Código Penal, en *Boletín Oficial del Estado*, Número 152, Sección I, pp. 54811-54880.
- Etcheberry, Alfredo (1998) : *Derecho Penal*, vol. 2, 3ª ed., Jurídica de Chile, Santiago.
- Fernandez Teruelo, Javier (2011): *Derecho Penal e Internet: especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Lex Nova, Valladolid.
- Ferrajoli, Luigi (2005): *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 7ª ed., Trotta, Madrid.
- Garrido Montt, Mario (2007): *Derecho Penal* , vol.3, 3a. ed. act., Jurídica de Chile, Santiago.

- Historia de la Ley 20526 (2011). Disponible en www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero . Fecha última visita, 25 de Octubre de 2012.
- Innocenti Research Center (2012), UNICEF: *La seguridad de los niños en línea: retos y estrategias mundiales*. Disponible en: www.unicef-irc.org/publications/658 . Fecha última visita, 20 de Septiembre de 2012.
- Inostroza, Félix; Maffioletti, Francisco y Car, Macarena (2008) : “Qué es el *grooming* o ciber acoso sexual a niños a través de Internet?”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°35, pp.215-233.
- Magro Servet, Vicente (2010): *El grooming o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código Penal*, en *Revista Diario La Ley*, N° 7492, sección Tribuna.
- Mata y Martín, Ricardo (2001): *Delincuencia informática y derecho penal*, Edisofer, Madrid.
- OECD (2008a): *Shaping policies for the future of the Internet Economy*. OECD Digital Economy Papers, N° 148, OECD Publishing. Disponible para consulta en línea: <http://dx.doi.org/10.1787/230388107607> . Fecha última visita, 16 de Octubre de 2012.
- OECD (2008b): *The Seoul Declaration for the future of the Internet Economy*. OECD Publishing. Disponible en: <http://www.oecd.org/sti/40821707.pdf> . Fecha última visita, 16 de Octubre de 2012.
- ONU (1989): UNICEF; Convención sobre los derechos del niño, Disponible en: <http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Texto-Oficial-de-la-Convencion> . Fecha última visita, 16 de Octubre de 2012.
- ONU (2000): UNICEF *Protocolo Facultativo de la convención sobre derechos del niño, Relativa a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. Disponible en:
- <http://www.unicef.cl/sites/default/files/Protocolo%20Facultativo%20de%20la%20Convencion%20sobre%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20relativo%20a%20la%20venta%20de%20ni%C3%B1os.pdf> Fecha última visita, 30 de Septiembre de 2012.

- Panizo Galence, Victoriano (2011): *El ciber acoso con intención sexual y el child grooming*, en *Cuadernos de criminología: Revista de criminología y ciencias forenses*, N°15, pp. 22-33. Disponible en:
- <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3795512> . Fecha última visita: 26 de Septiembre de 2012.
- Pardo Albiach, Juan (2010) *Ciberacoso: Cyberbullying, grooming, redes sociales y otros peligros en Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Javier García González (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 51-81.
- Parlamento Europeo, Consejo de Europa (2011): *Directiva relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de niños y la pornografía infantil*, 2011/93/EU. Disponible en:
- <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0468+0+DOC+XML+V0//ES> Fecha última visita, 17 de Octubre de 2012.
- Politoff Lifschitz, Sergio (1999): *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración: estudio de dogmatica penal y de derecho penal comparado*, 1ª ed., Jurídica de Chile, Santiago.
- Politoff L., Sergio; Matus A., Jean Pierre y Ramírez G., María (2005): *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, 2ª. ed. Actualizada, Ed. Jurídica, Santiago.
- Pulido Rodríguez, Cristina (2008): *Prevención de los abusos sexuales a menores en Internet: Acciones preventivas online (en España)*, Tesis Doctoral Universidad de Barcelona. Disponible en
- http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/1272/CPR_TESIS.pdf;jsessionid=B68DF9E82EE840628822EA31719EB1BA.tdx2?sequence=1 . Fecha última visita: 17 de Octubre de 2012.
- Puschke, Jens (2010) : *Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito*, en Indret, Revista para el análisis del Derecho, N°3.

- Ramos Vásquez, José Antonio (2011): *El nuevo delito de Ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado*. Diario LA LEY, n° 7746, Sección Doctrina, 29 de noviembre de 2011.
- Rodríguez Collao, Luis (2001) *Delitos sexuales: de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley N° 19.617 de 1999*, 1ª. ed., Jurídica de Chile, Santiago.
- Rovira del Canto, Enrique (2011): *Ciberdelincuencia Intrusiva: Hacking y Grooming*, Primera Jornada TIC sobre Ciberdelincuencia, en *Revista Iuris N° 160*. Disponible en: http://www.iaitg.eu/mediapool/67/671026/data/Ciberdelincuencia_intrusiva_hacking_y_grooming_Enrique_Rovira.pdf . Fecha última visita: 28 de Septiembre de 2012.
- Ruiz Rodríguez, Luis; González Agudelo, Gloria (2008): *El factor tecnológico en la expansión del crimen organizado*. Disponible en http://www.ciidpe.com.ar/area3/FACTOR_TECNOLOGICO_EN_CRIMEN_ORGANIZADO_RUIZ_Y_GONZALEZ.pdf . Fecha última visita: 27 de Septiembre de 2012.
- Saavedra, Tania (2011): *Nueva ley de child grooming: el contraataque a un peligro silente*, en SerDigital. Disponible en <http://www.serdigital.cl/wp-content/uploads/fotos/Nueva-Ley-de-Grooming-El-contraataque-a-un-silente-enemigo.pdf>. Fecha última visita: 27 de Septiembre de 2012.
- Scheechler Corona, Christian (2012): *El childgrooming en la legislación penal chilena: sobre los cambios al artículo 366 quater del Código Penal introducidos por la ley N° 20.526*, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol.3, N°1, pp. 55-78.
- Tamarit Sumalla, J.M. (2010): *Acoso sexual cibernético de menores de trece años*. La reforma penal de 2010: análisis y comentarios. Ed. Aranzadi- Thomson Reuters, págs. 171 y ss.
- Torres, 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 *quater* del Código Penal)”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°45, pp. 214-228.

- Unión Europea (1992): *The treaty on European Union*. Disponible en: <http://www.eurotreaties.com/lisbontext.pdf> Fecha última visita: 17 de Octubre de 2012.
- Verri, Alessandra (2012): *Contenutto ed effetti (attuali e futuri) della Direttiva 2011/93/UE*. Disponible en: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/13328800851332855720verri%20commento%20direttiva.pdf> Fecha última visita, 17 de Octubre de 2012.