



DEBATES JURÍDICOS Y SOCIALES

Tema central:
Los riesgos ante el Derecho

Universidad de Concepción
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

AÑO 4 | N° 4 | 2011-2012

Delitos sexuales y redes sociales en tiempos del derecho penal del riesgo

Tania Saavedra Yáñez*

Christian Scheechler Corona**

Resumen: La sociedad del riesgo ha dado lugar a un derecho penal que ha intervenido fuertemente en los focos generadores de peligros para la sociedad, como las tecnologías de la información y las comunicaciones. Gracias a estas, una nueva forma de sociabilidad se ha asentado en Internet, las redes sociales 2.0, que al tener como uno de sus principales usuarios a menores de edad, se transforman en un ingente foco de riesgos para niños y adolescentes. La integridad sexual de estos queda expuesta a nuevas formas comisivas usadas por ciberdelincuentes en este entorno, como el *cibergrooming*, el *sexting* o la pornografía infantil. La importancia de estas conductas, de las redes sociales, y cómo las trata el derecho penal de la sociedad del riesgo es lo que se revisará en estas líneas.

Palabras clave: Sociedad del riesgo, Redes sociales 2.0, Pornografía infantil, *Sexting*, *Cibergrooming*.

1.- La sociedad del riesgo

1.1. Beck y los riesgos

Mucho se ha escrito desde que el sociólogo germano Ulrich Beck acuñara una de las expresiones más usadas por los penalistas de la última década: La sociedad del riesgo¹. Su idea

* Egresada de Derecho, Universidad Católica del Norte, Antofagasta. Ayudante de la cátedra de Derecho Penal Parte Especial en la Escuela de Derecho de la U. Católica del Norte, Antofagasta (2011). Correo electrónico t.saavedra.y@gmail.com.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas, U. Católica de Temuco; Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Penal, Universidad de Deusto, Bilbao, España. Académico de Derecho Penal e Introducción al Derecho, Escuela de Derecho, Universidad Católica del Norte, Antofagasta. Correo electrónico cscheechler@ucn.cl.

¹ BECK, ULRICH. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002; V. también, BECK, ULRICH. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ed. Paidós, 2006.

central apunta a que en la sociedad actual, continuadora de la sociedad industrial, los riesgos producidos por las implicancias negativas del desarrollo tecnológico, así como por el modelo de producción y consumo moderno, adquieren una característica de globalidad y perniciosidad sin parangón en la historia. Su resorte siempre es una decisión humana, sea individual, sea colectiva, en un marcado proceso de modernización reflexiva. El riesgo para Beck es global y está íntimamente relacionado con el proceso administrativo y técnico de decisión, "...es el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada..."².

Rovira del Canto, siguiendo al mismo Beck, diferencia tres categorías de riesgos: Los tradicionales son aquellos de carácter personal, individualmente imputables y limitados en el tiempo, como los deportes de alto riesgo; Los riesgos propios del Estado industrial de bienestar, en tanto, son soportados de forma socializada en sus costes, a pesar de ser perfectamente identificables sus autores individuales, como en los contratos de seguros; Finalmente están los nuevos riesgos, que participan de las características de las dos categorías antes mencionadas. No son aceptados voluntariamente pero producen efectos colectivos que no han sido perseguidos por quien los creó³. Es en esta última categoría donde podemos situar los riesgos que las nuevas tecnologías como la informática, y su aplicación a la sociabilidad de niños y adolescentes, generan a su integridad sexual⁴.

1.2. Características de la sociedad del riesgo

a) Cambio en el potencial de los peligros actuales. Los actuales riesgos son artificiales, tremendamente masivos e importan, quizás por primera vez en la historia de la humanidad, la posibilidad real y concreta de llevar a la autodestrucción de la especie humana (piénsese en las armas químicas o la energía nuclear, por ejemplo). Son, como dice Mendoza Buergo, "consecuencias secundarias del progreso tecnológico"⁵.

² BECK, ULRICH. *La sociedad...*, op. cit, p. 8.

³ ROVIRA DEL CANTO, ENRIQUE. *Delincuencia informática y fraudes informáticos*. Granada: Ed. Comares, 2002, p. 19.

⁴ PÉREZ DEL VALLE considera a las tecnologías como la informática y la telemática como un mero fenómeno asociado en el tiempo al nacimiento de los nuevos riesgos, minimizando su importancia como generadora de riesgos. V. PÉREZ DEL VALLE, CARLOS. "Sociedad de riesgos y reforma penal". *Poder Judicial*. Vol. II, (Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial), 1996, pp. 43-44. Cfr. ROVIRA DEL CANTO, ENRIQUE. *Delincuencia informática y fraudes informáticos*. Granada: Ed. Comares, 2002, pp. 21-22, quien sostiene que ésta tiene la "categoría suficiente para ser considerada como una parte de la propia sociedad de riesgos, como un nuevo riesgo en sí mismo"; En la misma línea, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª. Edición. Montevideo: Ed. B de F, 2006, p. 14.

⁵ MENDOZA BUERGO, BLANCA. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 25; en igual sentido ROMEO CASABONA, CARLOS. "De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político criminal", en ROMEO CASABONA, CARLOS (Coord.). *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. Granada: Ed. Comares, 2006, p. 4.

b) La complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad. Esto se debe, entre otros factores, a que el individuo que forma parte de las relaciones sociales resulta cada vez más intercambiable, lo que produce una asignación difusa de responsabilidades. Beck acuña la expresión “irresponsabilidad organizada”⁶, lo que se produce por la suma de una multiplicidad de acciones individuales y por la sistemática divergencia entre producción de riesgos y sus efectos en sociedades funcionalmente diferenciadas⁷.

c) Sensación de inseguridad subjetiva. El aumento de esta hace que se exija al poder público tanto el aumento de la protección objetiva de la seguridad como de que esta misma se traduzca en un aumento de la sensación de seguridad subjetiva⁸.

1.3. Impacto en el Derecho penal actual.

Discutible es si el derecho penal es el medio idóneo para resolver los problemas de la sociedad del riesgo. Para Silva Sánchez, a raíz de esto es “el recurso cada vez más asentado a los tipos de peligro, así como a su configuración cada vez más abstracta o formalista”. Él mismo indica como consecuencias del cambio en los paradigmas sociales para el derecho penal la eliminación de espacios de riesgo permitido, propios de la sociedad industrial; el incremento en la apreciación de infracciones del deber de cuidado, que se complementa con la construcción crecientemente ampliatoria de la comisión por omisión en virtud de injerencia.⁹ En el ámbito de los delitos sexuales en la Red, estos puntos nos merecen especial atención, como se verá *infra*.

2.- Panorama del derecho penal sexual en la sociedad del riesgo

2.1. Instrumentos normativos existentes en la actualidad

La preocupación por el incremento de conductas atentatorias contra la integridad sexual de los menores ha motivado la generación de diversas enmiendas legislativas a nivel nacional e internacional, que se plasman en un abundante catálogo de disposiciones tendientes a regular los pormenores de las actividades sexuales lesivas, y especialmente lo relativo a la pornografía infantil. Esto se traduce en el fundamento para la propuesta de líneas de actuación político-criminales, pero también en una tendencia amenazante a la esencia del derecho penal de garantías. Revisaremos brevemente este panorama.

⁶ La “irresponsabilidad organizada” es una forma institucional impersonal hasta el punto de carecer de responsabilidades, incluso ante sí misma. BECK, ULRICH. *La sociedad...* op. cit. pp. 9-10.

⁷ MENDOZA BUERGO, BLANCA. *El Derecho penal...* op. cit. p. 29.

⁸ El binomio riesgo-inseguridad, representado por el anhelo de lo segundo frente al desprecio por lo primero, produce la demanda de seguridad de la comunidad hacia el Estado. BALMACEDA H., GUSTAVO; HENAO C., LUIS FELIPE. *Sociedad del riesgo y bien jurídico penal*. Santiago: Ed. Jurídica, 2005, p. 26. En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA. *La expansión...* op. cit. p. 16.

⁹ *Ibid.*, p. 45.

2.1.1. Iniciativas Internacionales. La Unión Europea, consciente sobre la necesidad dar una respuesta supranacional al combate de estas conductas, reúne en 1996 al Consejo de Telecomunicaciones, el que se pronuncia sobre la temática publicando dos textos claves.¹⁰ Sin embargo, la iniciativa más relevante que se lleva a cabo en abril de 1997, bajo el alero del Comité de Ministros del Consejo de Europa, con la creación de un Comité de Expertos de los Delitos en el Ciberespacio, al que se encarga la elaboración de un “Convenio sobre la Delincuencia en el Ciberespacio” que ve la luz en el año 2000.¹¹

2.1.2. Iniciativas estatales.¹² En Alemania, tras la dictación de la Sexta Reforma del Código Penal el año 1998, es que se sancionan las conductas ligadas a la pornografía infantil,¹³ incluyendo las relativas a la difusión (por cualquier soporte) de escritos pornográficos, exhibición, importación y exportación de material relativo a actos violentos o abusos sexuales con menores de edad. En Francia, en el año 1998, la Ley N° 486¹⁴ reforma el Código punitivo de 1992, específicamente el Título II del Libro II, dentro del cual es posible diferenciar los delitos genéricamente denominados “agresiones sexuales” y aquellos que se organizan bajo el epígrafe de “Atentados contra la dignidad de la persona”. Esta reforma, además, es la

¹⁰ (1) “Comunicación sobre contenidos ilícitos y nocivos por Internet” (COM (96) 487 final, de 16 de octubre de 1996) y (2) “El Libro verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información” (COM (96) 483 Final, de 16 de octubre de 1996). MARIN PEIDRO, LUCIA. *Los contenidos ilícitos y nocivos en Internet*. Madrid: Ed. ELR, 2000, pp. 117-123.

¹¹ Este Convenio es el único que abarca todas las áreas relacionadas a la legislación sobre ciber-delincuencia (Derecho Penal, Derecho Procesal y Cooperación Internacional). Fue adoptado en la Sesión N° 109 de 8 de noviembre de 2001 (Budapest), entrando en vigor el día 1 de julio de 2004 y se destacan dos aspectos de relevancia: *Primero*, elabora un listado de conductas genéricamente denominadas como “delitos informáticos” que debían ser tipificados por los Estados contratantes; y *Segundo*, intenta complementar la parte sustantiva otorgando a las autoridades judiciales de los poderes necesarios para poder afrontar el flagelo de la ciber-criminalidad, destacándose entre ellas la denominada “euro-orden de entrega y arresto” y la facultad para interceptar en tiempo real de “datos de tráfico”, que son “aquellos datos relativos a una comunicación a través de un sistema informático, producidos por éste último en tanto como elementos de una cadena de comunicación y que indique el origen, el destino, el itinerario, la hora, la fecha, el tamaño y duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente”. LÓPEZ ORTEGA, Juan José, “Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet”, en LÓPEZ ORTEGA, Juan José (Director): *Internet y Derecho Penal*, Madrid, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2001, p 51.

¹² Legislaciones expuestas *in extenso* en el Capítulo I de la obra de MOLINA CANTILLANA, RENÉ. *Delitos de pornografía infantil*. Santiago: Ed. Librotecnia, 2008, pp. 27- 47.

¹³ El primer caso de delito contra la libertad o indemnidad sexual en Internet que se suscitó ante los tribunales ocurrió en este país en el año 1995, Caso *Compuserve Bavaria c. Felix Somm. Amtsgericht Munich* (Tribunal local) de 30 de julio 1998, cuando el director de un proveedor de servicios de Internet fue denunciado por dar acceso a más de 282 grupos de noticias (*Usenet*) en los que se difundían imágenes de pederastia, zoofilia, sadomasoquismo y otras perversiones pornográficas. Crf. MARIN PEIDRO, LUCIA. *Los contenidos...* op. cit. p. 39.

¹⁴ D.O 18 de junio de 1998.

encargada de introducir el delito de pornografía infantil procurando un tratamiento minucioso de las modalidades comisivas.¹⁵

Por su parte, el derecho penal sexual italiano se mantiene inalterable hasta el año 1996, pues tras la dictación de la Ley N°66 se busca eliminar el imperante sesgo moralizante, estableciendo que lo tutelado en esta temática es la libertad sexual del individuo y no bienes jurídicos colectivos como la dignidad o la moralidad social. En 1998 se publica la Ley N° 269/1998,¹⁶ denominada “Normas contra la explotación de la prostitución, la pornografía y el turismo sexual en perjuicio de los menores, como nuevas formas de reducción de esclavitud”, y ocho años más tarde, se publica la Ley N° 38/2006¹⁷ que contiene las “Normas relativas a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, incluso a través de Internet”.

Por último, en España es el Título VIII del Libro II del Código Penal de 1995 el que se dedica a los ilícitos de corte sexual, apartado considerado esencialmente mutable, toda vez que, para algunos,¹⁸ el esquema regulatorio adoptado el año 1995 fue deficiente, arrastrando un vaivén legislativo interminable y atentatorio contra la seguridad jurídica.¹⁹⁻²⁰ La última fue el

¹⁵ La legislación francesa sanciona comportamientos lascivos tales como: i. Fijar, grabar o transmitir imágenes o representación de un menor cuando éstas tengan un carácter pornográfico; ii. Difundir representaciones de esta índole, por cualquier medio, importar o exportar, hacerlas importar o exportar; y iii. Sanciona al que capte o difunda iconografías de corte pornográfico de una persona con aspecto físico de un menor, salvo que se acredite que éste último es una persona mayor de dieciocho años. A su vez, el año 2002 se dicta la Ley N° 305 sobre Patria Potestad, que incorpora una nueva conducta típica: La tenencia de una imagen o representación pornográfica de un menor.

¹⁶ D.O. 3 de agosto de 1998.

¹⁷ D.O. 7 de diciembre de 2006. La finalidad de esta ley es complementar la legislación existente, sancionando la cesión del material lúbrico, incluso en aquellos casos donde medie la gratuidad en la transferencia.

¹⁸ Por todos, CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN. “Comentarios al Código Penal”. En COBOS DEL ROSAL, MANUEL (Director), *Manual de Derecho Penal Español. Parte especial*. Madrid: Ed. Marcial Pons, Tomo VI, Madrid, 1999, art. 178, p 433 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. “Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológicas*, N° 07-04, 2005, p. 2.

¹⁹ Un panorama en MORILLAS FERNÁNDEZ, DAVID. *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*. Madrid: Ed. Dykinson S.L, 2005, pp. 131 y ss.

²⁰ Se llega al punto de castigar la conducta de posesión de material pornográfico para el uso personal, en el año 2004, con la Ley N° 15/2004 que efectivamente la sanciona con una penalidad menor a la establecida para el delito de posesión destinado al tráfico y equivalente a los delitos de producción y tráfico del material representativo. La mencionada ley, adiciona la tipificación de la pseudo-pornografía, al castigar a todo aquel que “produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare, por cualquier medio, material pornográfico en que no siendo utilizado directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada”. FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER. “La sanción penal de la llamada distribución de pornografía infantil a través de Internet y otras modalidades afines tras la reforma 15/2003”. En BUENO ARÚS, FRANCISCO (Director) *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: Ed. Dykinson S.L, 2006, p. 708.

año 2010, donde el legislador procedió a reubicar sistemáticamente las figuras típicas, separando agresiones sexuales de actos sexuales; se incorporaron nuevas modalidades de los anteriores; se equipara en su gravedad la introducción de objetos u otras partes del cuerpo al acceso carnal; se protege con especial atención a los menores de 13 años; se elevan las penas de la mayoría de los atentados sexuales, sobre todo a los que afecten a aquellos; y, finalmente, se incorpora la figura del ciberacoso o *childgrooming*²¹.

2.1.3. El panorama en Chile. El Código Penal de 1874 desde sus inicios ha procurado regular los delitos de corte sexual, aumentando progresivamente las conductas tipificadas a fin de dar mayor protección a los afectados, especialmente menores de edad²². De ellas cabe destacarse tres, por su impacto en las conductas delictivas en estudio.

En primer lugar, mediante la Ley N° 19.617 de 1999²³, el esquema tradicional de las agresiones sexuales es readecuado a fin de hacer frente a las falencias detectadas durante los casi cien años de vigencia del sistema. De esta forma, se incorporan una serie de enmiendas al título entre las que cabe aludir la eliminación de las figuras de raptó, la ampliación de las vías de acceso carnal en la violación y la incorporación del varón como sujeto pasivo de este ilícito. Se altera la figura del estupro al reprimir los atentados experimentados por cualquier persona y se perfeccionan sus modalidades de ejecución.

Luego, la Ley N° 19.846 de 2003,²⁴ sobre Calificación de la producción cinematográfica, erige el delito de producción de pornografía infantil, hasta ese momento vagamente abordado por el legislador chileno. Sin embargo sólo con la publicación de la Ley N° 19.927 de 2004,²⁵- denominada "Ley sobre pornografía infantil"- es posible vislumbrar una evolución certera en la materia, la que se concreta en el reconocimiento de la capacidad para consentir en la realización de actos sexuales a partir de los catorce años; el traslado de los tipos penales de producción y tráfico de material de pornografía infantil al Código Penal; el aumento de sus sanciones; la

²¹ CUGAT MAURI, MIRIAM. "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales". En ÁLVAREZ G., FRANCISCO; GONZÁLEZ C., JOSÉ L. *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp. 226 y ss.

²² Principalmente: La Ley N° 17.727 de 1972, que incorpora la figura de violación sodomítica, D.O. 27 de septiembre de 1972; DL N° 2.967 de 1979, aumenta la penalidad del delito de violación del menor de doce años y de la sodomía con un menor de catorce años, e introduce el tipo agravado de violación o sodomía con resultado de muerte, D.O. 11 de diciembre de 1979; Ley N° 19.221 de 1993, fijó en dieciocho años el límite máximo de edad para ser víctima de los delitos de raptó por seducción, estupro y abusos deshonestos simples, D.O. 01 de junio de 1993; Ley N° 19.335 de 1994, despenaliza las figuras de adulterio y amancebamiento; Ley N° 19.409 de 1995, introdujo el delito de proxenetismo internacional, D.O. 7 de septiembre de 1995.

²³ D.O. 12 de julio de 1999.

²⁴ D.O. 4 de enero de 2003.

²⁵ D.O. 14 de enero de 2004. Reforma originada en la Moción parlamentaria presentada el día 10 de abril de 2002. Boletín N°2906-07. Informe de la Comisión del Senado de 8 de octubre de 2003. Disponible en http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?2906-07 (Última visita 17 de julio de 2011). Tras la reforma de 2004, la totalidad de las conductas vinculadas a la pornografía se encuentran contenidas en el Código Penal.

creación de las figuras de adquisición y almacenamiento malicioso de este tipo de material, y la definición expresa de lo que debe entenderse por “pornografía infantil”, apartándose de la tendencia legislativa de conferir la labor hermenéutica a los tribunales competentes. Se suma el establecimiento de algunas reglas nuevas en materias de penas.

2.2. Características generales del derecho penal sexual en la actualidad

Mucho, o todo, de lo que se pueda decir de su panorama presente responde a lo mismo que se diga del derecho penal en general²⁶. Conforme a ello, es menester señalar que el actual derecho penal sexual presenta cuatro características de trascendencia.

La primera de ellas dispone que la dinámica social antes expuesta es un motivo plausible para incitar la penalización de actos preparatorios -habitualmente impunes- como delitos autónomos,²⁷ enfatizando que éstas tutelas se centran en la creación de delitos de peligro abstracto y su implementación se justifica en que lo tutelado adquiere una especial dimensión por el mayor contenido del injusto que estos actos representan. La segunda característica se funda en que el fenómeno de ciberdelincuencia exige la innovación del derecho penal material, mediante la equiparación de la normativa internacional respecto a los criterios que permitan determinar las conductas que serán constitutivas de delito; y del derecho procesal, unificando los presupuestos procesales encaminados a facilitar su prosecución y ejecución de la eventual sentencia condenatoria.²⁸

Por su parte, la tercera particularidad es que mantiene una protección centrada en los bienes jurídicos individuales -en especial la indemnidad, la libertad e integridad sexual-, de forma complementaria a bienes jurídicos colectivos o supraindividuales²⁹. Sin embargo, estos últimos han cambiado su cariz moralizante para dar cabida a otros más contemporáneos pero de límites aun difusos, como la protección de la infancia y la adolescencia o la seguridad pública, por ejemplo. Finalmente, el punto más débil y conflictivo de la regulación de los

²⁶ LÓPEZ ORTEGA, JUAN JOSÉ. “Libertad...*op.cit.* p. 92.

²⁷ V. gr. situación que se verifica plenamente con la incorporación en las legislaciones extranjeras de figuras criminológicas como el *cibergrooming*, pues en algunos países sólo se sancionan conductas tendientes a exponer al menor a iconografías, producciones o charlas de material lúbrico e inducirlo a realizar actividades sexuales a través de una *webcam*, telefonía móvil o una red social como sucede en Alemania y España tras la LO 05/2010; mientras otras, más rigurosas, proscriben seducir al menor (falseando la identidad) y además, viajar o preparar un viaje para generar encuentros con ellos como ocurren en el Estado de La Florida en EE.UU con la *CyberCrimes Against Crimes Act*, 2007; y en Escocia, mediante la *Protection of Children and Prevention of Sexual Offences Act*, 2005.

²⁸ En América Latina, los países pertenecientes a la OEA también han manifestado su preocupación frente a este flagelo, de forma tal que a partir de 2008 se llevan Taller Técnicos Regionales tendientes a analizar la cooperación conjunta contra los delitos cibernéticos. V. información en página de la OEA, disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/cybersp_talleres_tec.htm. (Última visita 16 de julio de 2011)

²⁹ Por todos, RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS. *Delitos Sexuales. De conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004, sobre delitos de pornografía infantil*. Reimpresión de la 1ª edición. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2004, p. 133.

delitos sexuales cometidos mediante vías telemáticas, subyace en la tendencia mundial por eximir de responsabilidad civil y penal³⁰ a los Prestadores de Servicios de Internet (PSI),³¹ respecto a la supervisión de los contenidos expuestos en sus sitios, lo que tiene pleno sustento si se considera que son ilícitos transfronterizos que hacen incierta la reparación del daño, la determinación de la jurisdicción competente y la ley aplicable en el caso concreto.³²

3.- Las redes sociales y la web 2.0.

Castells ha sido uno de los más prolíficos autores en el ámbito de estudio de las redes como elemento central de la sociabilidad del ser humano, considerando nuestro entorno actual como una sociedad red, una forma organizativa superior de la actividad humana con una nueva economía³³.

Es innegable que muchos de nuestros patrones de conducta habitual, sean personales, profesionales o familiares, han sido alterados, en mayor o menor medida, por los fenómenos descritos y por la existencia de una red de redes como es Internet³⁴. Las comunidades espaciales comienzan paulatinamente a ser sustituidas por las redes *on line* como formas principales de sociabilidad³⁵. Nuevos mecanismos sociales del ciberespacio, como *facebook* o

³⁰ V. gr. materia regulada en EE.UU el año 1998 mediante la aprobación de *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA); en el año 2000 la Unión Europea lo regula en la *Directiva de Comercio Electrónico*; y en España, el año 2002 se aprueba la *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información* (LSSI).

³¹ Los PSI son aquellos operadores de telecomunicaciones que prestan servicios eminentemente técnicos y, concretamente, los denominados servicios de intermediación, mientras que la información que transmiten y almacenan es facilitada directamente por los proveedores de contenidos. LLANEZA GONZÁLEZ, PALOMA. *Internet y comunicaciones digitales: régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación*. Barcelona: Ed. Bosch S.A., 2000, p 187.

³² Chile sigue la misma línea expuesta, sin embargo, la Ley N° 19.927 prevé dos obligaciones especiales para los PSI: (1) La creación de un registro de rango de las direcciones IP utilizadas en la prestación de los servicios; y (2) La mantención de un registro actualizado de las conexiones que realicen sus abonados en un periodo no inferior a seis meses (el que buscaba ampliarse a 1 o 2 años). En ambos casos, estos registros deben estar a disposición del Ministerio Público. ÁLVAREZ VALENZUELA, DANIEL - CERDA SILVA, ALBERTO. "Sobre la inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Ley N° 19.927 que tipifica los delitos de pornografía infantil", en *Anuario de Derechos Humanos*, 2005, p. 138. Disponible en el sitio web del Centro de Derechos Humanos www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/13inviolabilidad-comunic-electronica.pdf. (Última visita 16 de julio de 2011)

³³ Véase CASTELLS, MANUEL, *et al. La transición a la sociedad red*. Barcelona: Ed. Ariel, 2007; CASTELLS, MANUEL - HIMANEN, PEKKA. *La sociedad de la información y el estado de bienestar*, el modelo finlandés. Madrid: Alianza Editorial, 2002; CASTELLS, MANUEL. *Globalización, desarrollo y democracia: Chile en el contexto mundial*. Santiago: Fondo de Cultura Económica, 2005; CASTELLS, MANUEL. *La galaxia internet*. Barcelona: Ed. Plaza y Janés, 2001.

³⁴ Como bien apunta PÉREZ LUÑO respecto al impacto de las nuevas expresiones tecnológicas, "La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano con su contexto o marco cultural de convivencia". PÉREZ LUÑO, ANTONIO E. *La tercera generación de Derechos Humanos*. Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2006, p 29.

³⁵ CASTELLS, MANUEL. *La galaxia...* op. cit. p. 148.

google+ comienzan a ganar terreno, así como redes profesionales tipo *LinkedIn*, con un gran impacto en la sociedad³⁶, en sus pautas de comunicación,³⁷ y en la regulación de los sistemas normativos, incluyendo el penal.

Hoy, al menos en el mundo occidental y sin olvidar lo que ocurre en África, algunos sectores de Asia y América, e incluso en Europa del Este, el modelo dominante es el del usuario conectado en línea.³⁸ El ser humano pasa gran parte del día conectado a la Red, vaya donde vaya e independientemente del lugar físico en el que se encuentra, gracias a *smartphones*, *tablets* o el teléfono móvil. Pueden apreciarse en el individuo conductas que tienden hacia un exhibicionismo virtual con disminución de la privacidad. El gancho de las redes sociales es la posibilidad de compartir fotos, videos o textos de carácter originalmente personal. Por ende, es posible sostener que la nueva generación de usuarios –niños y adolescentes inclusive- de los “servicios sociales” de la Web 2.0 llevan el límite de lo privado hacia una frontera más cercana a lo público de lo que era años atrás.

Es común escuchar el término “comunidades virtuales”, que alude a ciertas formas de sociabilidad centradas principalmente en Internet. En términos generales, y sin ánimo de dar una definición científica, son grupos de personas reunidas en torno a intereses comunes y organizados a través de la Web³⁹. En el ciberespacio forman vínculos quizás más débiles que aquellos del mundo físico, pero en mayor cantidad. Las redes sociales 2.0⁴⁰ han despojado de importancia al componente territorial de las antiguas comunidades.

El impacto de estas redes sociales ha sido confirmado por una serie de estudios dados a conocer a la opinión pública en los últimos meses, y cuyos datos son similares a otros de los últimos años. El estudio de ComScore en Chile demuestra que el sitio más visitado por los cibernautas chilenos es precisamente una red social 2.0: *facebook*, que contó con 6.7 millones de visitas en Mayo de 2011, con 8,1 hrs., al mes en promedio por cada visitante. Lo importante para estas líneas es que el segmento que más consume Internet en Chile es el de 14 a 24 años⁴¹.

³⁶ V. Diario *El Mercurio*, noticia disponible en página web <http://www.mer.cl/modulos/catalogo/Paginas/2011/07/19/MERSTCT012AA1907.htm> (Última visita 22 de julio de 2011)

³⁷ Como la actividad humana está basada en la comunicación e Internet transforma el modo en que nos comunicamos, nuestras vidas se ven profundamente afectadas por esta nueva tecnología. De esta interacción surge un nuevo modelo socio-técnico. CASTELLS, MANUEL. *La galaxia...* op. cit. pp.18-19.

³⁸ BARROS, OSCAR. *Tecnologías de la información y su uso en gestión*. Santiago de Chile, Ed. McGraw Hill, 1998, pp. 1-6.

³⁹ RHEINGOLD las entiende como “una red electrónica autodefinida de comunicación interactiva, organizada en torno a intereses o fines compartidos, aunque en ocasiones la comunicación se convierte en el fin en sí mismo”. RHEINGOLD, HOWARD. *La comunidad virtual*. Barcelona: Ed. Gedisa, 1996. p. 20.

⁴⁰ Son las propias de la Web 2.0, que a diferencia de la Web original, brilla por su interactividad y por estar centrada en el usuario final. Es el ambiente natural de las redes sociales 2.0.

⁴¹ Datos sobre grupos etéreos consumidores de internet disponibles en: http://www.comscore.com/esl/Insights/Press_Releases/2011/7/In_Chile_15-24_Year_Olds_Are_Most_Engaged_Internet_Users (Última visita 24 de Julio de 2011). Similares datos pueden

El Estudio de Conectividad Social 2.0 en nuestro país arrojó cifras que confirman lo anterior. Por ejemplo, más del 70% de los jóvenes chilenos tienen una cuenta de *facebook*, el 21% de *fotolog* y el 17% de *twitter*, mientras que el 68,5% usa *MSN*. El mismo informe cataloga a *MSN* como la red social de mayor riesgo en Internet, dejando a *youtube* en segundo lugar y *twitter* en tercero. Además, entre el 4 y 5% de los jóvenes encuestados han cargado o recibido fotografías desnudos o en ropa interior a través de estas plataformas, o bien a su teléfono celular⁴². Cerramos el panorama con un dato importante para el estudio criminológico de estos riesgos: el 22,8% de los niños y el 46,4% de los adolescentes tienen ubicado el computador en su habitación, el lugar predilecto para un íntimo ciber-contacto. No olvidemos que más del 70% de los menores de edad encuestados tiene computador e Internet en casa.

4.- Conductas criminógenas de características sexuales en las redes sociales 2.0.

El aumento del riesgo en este ámbito ha sido recogido por el derecho penal, pero solo de manera parcial. Algunas conductas han sido tipificadas en instrumentos nacionales e internacionales. Otras, en tanto, están en vías de o bien aún han sido ignoradas. Revisaremos a continuación, desde una perspectiva político-criminal y criminológica más que dogmática, algunos de los aspectos centrales que transforman a estas conductas en los principales factores de riesgo para los menores de edad usuarios de las redes sociales.

4.1. La pornografía infantil.

Bajo este rótulo está una serie de conductas profusamente estudiadas por la doctrina nacional y que, como ya se vio, constituyen tipos penales consagrados en nuestro Código.⁴³

Actualmente y tras la dictación de la Ley N° 19.927, se proscriben en Chile todas las conductas o “eslabones” de esta verdadera “cadena de producción de la industria de la pornografía infantil”, inclusive aquellas relacionadas con la difusión y producción de material pornográfico no infantil, previstas y sancionadas en el artículo 374. Respecto a la pornografía infantil, los comportamientos lesivos y sancionados encuentran sustento en tres artículos: Artículo 366 quáter, que sanciona el determinar (inducir) a ver o escuchar material pornográfico o a presenciar

observarse en España, según el Informe Redes Sociales España 2009, donde también *Facebook* lleva la delantera. Datos disponibles en http://www.slideshare.net/IAB_Spain/informe-sobre-redes-sociales-en-espana (Última visita el 20 de Julio de 2011).

⁴² Estudio disponible en www.serdigital.cl y www.divergente.cl (Última visita el 20 de Julio de 2011).

⁴³ AGUILAR ARANELA, CRISTIAN. *Delitos sexuales. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago de Chile: Ed. Metropolitana, 2008, pp. 164 y ss; MOLINA CANTILLANA, RENÉ. *Delitos...* op.cit, p. 49 y ss; SÁNCHEZ PECAREVIC, CLAUDIO. *Delito de almacenamiento de pornografía infantil*. Santiago de Chile: Ed. Librotecnia, 2010, pp. 157 y ss., entre otros.

espectáculos de esta índole a menores de edad; el art. 366 quinquies, que sanciona la producción⁴⁴ de material pornográfico infantil (a través de cualquier soporte); y el art. 374 bis, que tipifica el tráfico o difusión de material lúbrico y la posesión maliciosa del mismo.⁴⁵

Cabe hacer presente que los tipos penales asociados a “la cadena de producción de la industria de pornografía infantil”, encuentran pleno sustento legal y potestativo para ser perseguidos, investigados y sancionados en Chile, toda vez que abarcan gran parte de las conductas delictivas desplegadas por los agresores sexuales, aún cuando los atentados sean impetrados por medios telemáticos o similares, ya que nuestra normativa tiende a la descripción genérica de los tipos, admitiendo como medio y objeto material “cualquier soporte”, incluso aquellos que el actual progreso tecnológico no nos permite prever.

Más allá del convencimiento expuesto, es plausible aludir que las falencias que esta temática presenta se vinculan directamente con las políticas criminales que el Estado adopta y que dificultan la labor investigativa de la Policía especializada.

4.2. Figura de *childgrooming*, *cibergrooming* o ciber acoso infantil.

En términos generales, suele denominarse “ciber acoso infantil” a aquellas conductas por medio de las cuales un adulto toma contacto con un menor de edad a través de un medio telemático⁴⁶, como un programa de conversación y de transferencia de archivos (*Messenger*, salas de chats, etc.) o por las actuales redes sociales (*Facebook*, *Twitter*, *MySpace*, *Hi5*, etc.), con la finalidad de obtener de él imágenes con contenido erótico mediante el engaño y/o extorsión, dificultando que la víctima pueda salir o protegerse de esa relación.⁴⁷ Básicamente, es un abuso sexual virtual.

⁴⁴ Esta locución comprende toda elaboración o fabricación de material pornográfico infantil, es decir, un conjunto de actividades tendientes a la realización de un determinado producto audiovisual, impreso, etc. En MOLINA CANTILLANA, RENÉ. *Delitos...* op. cit., p. 60.

⁴⁵ En el Derecho comparado y particularmente en España, la doctrina discute sobre la necesidad de destipificación del tipo penal de posesión de material pornográfico infantil para *su propio uso*, toda vez que se entiende que la mera visualización de éste y sin que proceda el almacenamiento del mismo, no implicaría atentado alguno; es más, algunos ven una utilidad inmanente para que pedófilos satisfagan sus instintos y no deban recurrir a actos de mayor connotación sexual. En la misma línea, se promueve la atipicidad de la pseudo-pornografía. Por todos, FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER. “La Sanción...op. cit., p. 721 y MORILLAS FERNÁNDEZ, DAVID. *Análisis...* op. cit., p. 320.

⁴⁶ El uso de la Web no excluye otros medios análogos, pues se han verificado casos de acoso infantil mediante el uso de telefonía celular, situación protagonizada en Chile por C.C.B (36 años) quien contactaba telefónicamente a una menor de 16 años a quien realizaba proposiciones sexuales, remitía fotografías pornográficas y SMS eróticos para procurar que ésta se excitara y le enviara, a su vez, fotografías propias. Tras la investigación policial, se incautó de su domicilio DVD's con material pornográfico infantil. El Tribunal de Garantía de Villa Alemana dispuso que los hechos satisficieron las hipótesis descritas en los artículos 366 quáter y 374 bis inciso 2º del CP, es decir, corresponde a los delitos de exposición de menor a material pornográfico y almacenamiento de pornografía infantil. Sentencia de 2 de septiembre de 2009, pronunciada por Juzgado de Garantía de Villa Alemana, ROL 93-2009.

⁴⁷ Se le describe como aquella “consistente en la realización de acciones deliberadamente emprendidas por un adulto con el objetivo de ganarse la amistad de un menor de edad, al crearse una conexión emocional

El *grooming* es un vocablo inglés cuyo significado alude a conductas de preparación o acicalamiento de algo⁴⁸ y suele asociarse a toda acción que tenga por objetivo minar o socavar moral y psicológicamente a un niño, con el fin de conseguir su control a nivel emocional. Respecto a su *modus operandi*, los expertos disponen que sea una figura de “acoso progresivo” que se verifica en etapas o periodos⁴⁹.

En el intento constante por prescindir de obsolescencias normativas y actualizar el derecho punitivo ante las “nuevas formas delictuales”, se han presentado tres iniciativas de ley⁵⁰ que pretenden “incorporar” la figura del *cibergrooming*. De ellas, sólo la tercera⁵¹ ha proliferado,

con el mismo, con el fin de disminuir las inhibiciones del niño y poder abusar sexualmente de él”. BUSTOS, ANDREA, MAZZO, RODRIGO. “*Grooming*” Disponible en Biblioteca del Congreso Nacional, *On line* en página http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/grooming-acoso-sexual-ninos (Última visita 14 julio de 2011).

Aún cuando la mayoría de las naciones han regulado la sanción de los delitos asociados a la corrupción de menores y a la pornografía infantil- tipificación legal y estricta que en muchas ocasiones impide que se sancione conductas sexuales contra menores cuando éstas son cometidas por medios telemáticos o análogos, pues las normativas hacen referencia a un contacto físico o “en vivo” e intentar la sanción de conductas de *child grooming* implicaría transgredir el contenido del principio de legalidad, referente a la prohibición de analogías o *lex scripta*. Actualmente Alemania, Australia, Escocia, EE.UU, Reino Unido, Singapur, Canadá, España y República de Irlanda, han incluido esta figura de manera expresa, otorgándole los más variados matices.

⁴⁸ Cuando se adiciona la expresión *child* se traduce en “engatusamiento de un menor”. Se utiliza también el prefijo “ciber” para determinar que el *grooming* se realiza principalmente a través de medios telemáticos.

⁴⁹ PRIMERA: Se genera un lazo 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 utilizará iconos y modismos infantiles; SEGUNDA: Obtendrá información clave de la víctima de *grooming*, pues ésta suele comentar en qué ciudad reside, el colegio al que asiste, número telefónico de su móvil y la dirección domiciliaria; TERCERA: Procede la seducción, buscará conseguir que el menor frente a la *Webcam* del computador se desvista, se realice auto tocamientos, se masturbe o realice otro tipo de expresiones de connotación sexual; CUARTA: 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 delitos sexuales de mayor entidad. INOSTROZA DÍAZ, FÉLIX, MAFFIOLETTI CELEDÓN, FRANCISCO, CAR SILVA, MACARENA. “¿Qué es el *grooming* o ciber acoso sexual a niños a través de Internet?”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, número 35, julio de 2008, p. 217.

⁵⁰ El primero encuentra sustento en el Boletín N° 5573-07, y busca la creación de una figura residual que permita sancionar aquellas conductas lesivas de este tipo que no constituyan delitos autónomos en sí. Conforme al artículo 36 bis inciso segundo del Reglamento de la Cámara de Senadores, la moción fue archivada el día 17 de marzo de 2011. Oficio N° CL/13/2010. Disponible en Biblioteca del Congreso Nacional http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?5573-07 (Última visita 17 de julio de 2011); la segunda iniciativa subyace en el Boletín N° 5751-07 y que se destaca por incluir el castigo del *Morphing*. Disponible en Biblioteca del Congreso Nacional http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?5751-07 (Última visita 17 de julio de 2011).

⁵¹ Boletín N° 5837-07. Fue ingresado a la Cámara el día 30 de abril de 2008. El 1° de diciembre de 2010 fue aprobado por la Comisión Mixta y el 25 de julio de 2011 se finalizó el control constitucional al que estaba expuesto, toda vez que el Tribunal Constitucional rechazó el contenido del artículo 4°- relativo al control de identidad en los cibercafés-. El día 12 de agosto de 2011 se promulga y el día 13 se publica en el D.O al alero de la Ley N°20.526. Disponible en sitio Diario Oficial <http://www.diarioficial.cl/> (Última visita 22 de agosto de 2011).

materializándose en la reciente publicación de la Ley N° 20.526 -denominada Ley de *Grooming*-. Esta reforma no incorpora la figura a nuestro acervo legislativo, ya que las conductas propias del *grooming* habían sido anexadas en el año 2004 (mediante la Ley N° 19.927). En ese contexto, la nueva ley sólo viene a subsanar algunas falencias detectadas por los entes persecutorios en las investigaciones y procesos penales que a este respecto se han realizado en Chile. De esta forma se altera el tenor literal de los artículos 366 quáter⁵² y 366 quinquies⁵³ del Código Penal, el artículo 4° de la Ley N°20.084⁵⁴ sobre Responsabilidad Penal adolescente y el artículo 222⁵⁵ del Código Procesal Penal.

Conforme a lo expuesto, es dable señalar los avances que reforma incorpora: En el artículo 366 quáter (i) Se adiciona una nueva modalidad relativa a las amenazadas en los términos de los artículos 297 y 298 del Código Penal (es decir, coaccionar al menor a acceda a las peticiones de su victimario, so pretexto de causar a él o a su familia, en su persona, honra o propiedad, un mal que

⁵² Artículo 366 quáter CP. “El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.”

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

“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.”

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

“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.”

⁵³ Artículo 366 quinquies CP. “El que participe en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo. Para los efectos de este artículo y del artículo 374 bis, se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales, o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines.”

⁵⁴ El artículo 4° de la Ley N° 20.084 establece una regla especial para delitos sexuales en los siguientes términos “No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis, 366 quáter y 366 quinquies del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquélla y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos”. Ley N° 20.526 al abordar la temática de ciber acoso infantil y al constatar una falencia preexistente, anexa los tipos penales descritos en los artículos 366 quáter y 366 quinquies del código punitivo a la excepción descrita.

⁵⁵ La modificación del artículo 222 del Código Procesal Penal consiste en que se amplía de seis meses a un año el periodo de obligatoriedad para que los prestadores de servicios de Internet (PSI) mantengan el registro de los rangos utilizados en la prestación de sus servicios.

constituya delito); (ii) Dispone que las penas señaladas se aplicarán incluso cuando los delitos se comentan a distancia o mediante cualquier medio electrónico (zanjando con ello la nimia controversia doctrinal relativa a si esta norma era o no aplicable cuando el victimario se valía de medios telemáticos); (iii) Incorpora las conductas de enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad, con significación sexual; y (iv) Por el sólo hecho de falsear la identidad para cometer estos ilícitos, se aumentará en un grado la pena aplicable.

Por su parte, en el artículo 366 quinquies se añade que toda representación de menores, incluso en aquellas en que se emplee su voz o imagen, se considerará como material pornográfico, lo que permite sancionar conductas propias de pseudo-pornografía⁵⁶.

Respecto a las falencias que subsisten, se destacan: (i) No se sanciona concertar reuniones, o los encuentros en sí entre el menor y el acosador. Tal hecho es sumamente relevante, pues el reportaje titulado “Cazadores de menores”, realizado por el programa del canal estatal “Informe Especial”⁵⁷ durante el año 2009, dejó de manifiesto la facilidad de concretar una cita. De hecho, todos aquellos acosadores con los que la periodista Paulina Allende mantuvo charlas vía *MSN* (simulando ser una menor de 13 años) accedieron a encontrarse con la supuesta menor, esto, pese a que estaban plenamente conscientes de su edad, y de que al momento del encuentro nadie más estaría en la vivienda; (ii) No se incorpora como sujeto pasivo de delito de comercialización y almacenamiento de material pornográfico infantil a los incapaces quienes, conforme a su modo de percibir el mundo, son tan o más vulnerables que los menores frente a los delitos de cometidos por medio de la Web; y (iii) En la investigación de determinados delitos sexuales es posible solicitar ciertas medidas para facilitar la misión, por ejemplo, solicitar ordenes de interceptación de comunicaciones, la posibilidad de introducir agentes encubiertos o realizar entregas vigiladas, sin embargo, estas medidas no pueden exigirse para la investigación de las hipótesis previstas en el artículo 366 quáter, eje fundamental de esta figura.

Lo anteriormente expuesto, demuestra que luego de la enmienda legal aún perduran falencias que imposibilitan la plena eficacia de esta figura criminológica, y cuya subsistencia priva el trascender de las reformas recientemente implementadas. Es responsable aseverar que el derecho penal regente antes de la Ley N° 20.526 comprendía perfectamente la figura en estudio, lo que se visualiza tras un análisis dogmático de tipos penales incorporados y/o reformulados por la Ley N° 19.927 y en mayor medida, por las resoluciones judiciales dictaminadas en este sentido y que en el presente apartado se han descrito. En efecto, y a modo de ejemplo, tras indagar en las conductas alternativas del artículo 366 quáter que sanciona la realización de actos de significación sexual ante

⁵⁶ La *pseudo-pornografía* consiste en insertar fotogramas o imágenes de menores reales en escenas pornográficas en las que no han intervenido realmente, esto ocurrirá, verbigracia, si se superpone la imagen del rostro de un niño en el cuerpo de un adulto para dar la impresión de que es el menor quien realiza la acción sexual (fotomontaje).

⁵⁷ Disponible en <http://www.24horas.cl/videos.aspx?id=2764> (Última visita 22 de agosto de 2011).

un menor de catorce años, admite la posibilidad de sancionar a aquel sujeto activo que induce conversaciones o, solicita y/o envía imágenes lúbricas con menores a través de salas de *chat* o MSN, pues en ésta no exige que la corrupción sea presencial- se vale de la preposición “ante” que alude a “en presencia de” pero también “frente a”- y sí se considera la norma en su conjunto, es innegable que el legislador busca establecer la proximidad entre el agresor y su víctima, mas no la presencia efectiva. Por lo anterior, la anejió tendiente a sancionar estos delitos aún cuando se “comentan a distancia o mediante cualquier medio electrónico”, parece ser casi anecdótica.

4.3. El *sexting*.

Es una figura criminógena cuyo nacimiento está íntimamente ligado a la masificación del uso de medios telemáticos de comunicación, especialmente equipos portátiles. Su origen, como tantas otras figuras, puede fijarse en Estados Unidos. Etimológicamente proviene de la contracción de los términos anglosajones *sex* –sexo- y *texting* –envío de texto-, y se refiere al envío de fotografías o videos de contenido sensual o erótico que realizan niños y adolescentes, y que usualmente producen ellos mismos sobre su imagen, la de parejas o amigos. El ciclo natural de las imágenes o videos finaliza con el material cargado por los mismos adolescentes en sitios web, particularmente redes sociales 2.0. ¿Alguien ha visto la típica foto de una adolescente posando semidesnuda frente al espejo, fotografiándose, usada como perfil de *facebook*? Eso es, básicamente, *sexting*⁵⁸.

Los focos de riesgo del *sexting* estarían puestos, desde nuestra perspectiva, en tres puntos. Primero, en el hecho de que los videos y fotografías producidos puedan constituir, en muchos casos, material pornográfico infantil, objeto de varias figuras penales en nuestro Código y en el derecho comparado; Segundo, que dicho material es producido, en buena parte de los casos, por los mismos niños o adolescentes que aparecen retratados en aquel; y, finalmente, que el material producido termina siendo difundido por medios de fácil y rápida multiplicación, básicamente teléfonos celulares y redes sociales.

Nuestro Código define lo que se debe entender por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de 18 años en el art. 366. Sin embargo, los supuestos más comunes de *sexting*⁵⁹ no parecen encajar tan fácilmente en dicha definición. Por una parte, muchas de estas actividades no parecen “explícitamente sexuales”, como lo exige la norma, sino más bien algún ejercicio de “sensualidad”, propia de las primeras aproximaciones del menor a la

⁵⁸ Para MCLAUGHLIN, en la misma línea, dicho fenómeno englobaría aquellas conductas o prácticas entre adolescentes consistentes en la producción, por cualquier medio, de imágenes digitales en las que aparezcan menores de forma desnuda o semidesnuda, y en su transmisión a otros menores, ya sea a través de telefonía móvil, email, o mediante su puesta a disposición de terceros a través de Internet (por ejemplo, subiendo fotografías o videos en páginas como *Facebook* o *Myspace*). MCLAUGHLIN, JULIA H. “*Crime and Punishment: Teen Sexting in Context*”. Disponible en http://works.bepress.com/julia_mclaughlin/1 (Última visita, 20 de Julio de 2011).

⁵⁹ Pensemos en el o la adolescente que se fotografía, con poca ropa o sin ella, y que lo envía por MMS o lo carga a una red social; o bien aquel que fotografía o graba a su pareja, en poses eróticas, por ejemplo.

actividad sexual. Una imagen de una joven de 15 años, frente a un espejo de baño, en ropa interior, no sería considerada con facilidad una actividad sexual explícita; pero lo sería si se masturbara mientras toma la fotografía.

Por otra parte, lo mismo puede discutirse del elemento “representaciones de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales”. ¿Lo serán las imágenes de una menor tapando sus senos desnudos con uno de sus brazos, mientras se toma una fotografía frente al espejo? Recurrimos a estos ejemplos porque representan la mayoría del material producido bajo el rótulo de *sexting*, siendo una parcela menor aquel donde se representan acciones sexuales explícitas entre menores de edad.

Respecto al segundo punto, al ser los mismos adolescentes los que producen el material, surge el problema de calificarlos como sujeto activo y pasivo de una misma figura penal. En específico, si repetimos el ejemplo anterior, deberíamos considerar a la joven como sujeto activo del delito de producción del material pornográfico en el que se ha utilizado a un menor de edad, cuyo sujeto pasivo sería... ¡la misma joven! Esta es la interpretación que debería tomarse si el bien jurídico protegido es, como cree la doctrina mayoritaria⁶⁰, la indemnidad sexual del menor. La autolesión del bien jurídico no es una opción considerada punible por el legislador, con lo que incluso una imagen de un menor completamente desnudo, representando sus partes genitales, tomada por él mismo, estaría fuera del ámbito punible de la norma. Sin embargo, la situación sería distinta si se opta por otro bien jurídico, sobre todo si es de carácter colectivo, como la moral pública –altamente descartable como opción- o la seguridad de niños y adolescentes –sumamente difuso en su contenido y alcances-. En este caso, el menor que produce material pornográfico de sí mismo podría ser sujeto activo de un delito que no lo daña a él mismo –al menos directamente- sino a un bien jurídico cuyo titular es la sociedad toda. De todas formas, ambas opciones son cuestionables desde una perspectiva dogmática y político-criminal.

Finalmente, el tercer foco de riesgo tiene directa relación con las redes sociales 2.0. Hemos visto como el uso que los menores dan a estas plataformas las transforma en su principal forma de socializar. En particular, cada vez que un menor de edad hace uso de su legítimo derecho de entablar relaciones sociales, aumenta un foco de riesgo propio de los ciber ambientes, lo que sin duda va mucho más allá de exponer su intimidad o sexualidad en la Red. Considerando que el compartir imágenes se transforma en una actividad central, y de que muchos menores reciben o envían productos audiovisuales de contenido aparentemente pornográfico, no puede obviarse al *sexting* de la mirada del derecho penal⁶¹.

⁶⁰ Por todos, RODRIGUEZ COLLAO, LUIS. *Delitos...* op.cit., p. 131; Cfr. BULLEMORE & MACKINNON optan por la moral sexual como bien jurídico protegido, separando estas figuras de los otros delitos sexuales. BULLEMORE G., VIVIAN; MACKINNON R., JOHN, *Curso de derecho penal. Tomo III, parte especial*. 2ª. ed. Aumentada y actualizada. Santiago de Chile: Ed. Legal Publishing, 2009, pp. 169 y ss.

⁶¹ Lo que no implica avalar directamente su tipificación, pues podría, a primera vista, bastar con las figuras existentes, situación similar a la ya vista a propósito del *cibergrooming*.

4.4. El *ciberstalking*.

De poco impacto e interés dogmático en nuestro país, esta figura es una variable específica de una conducta más amplia, denominada simplemente *stalking*, y que ha sido estudiada de forma algo más profunda en el derecho comparado, principalmente Estados Unidos, Italia y España.⁶² Etimológicamente puede explicarse su origen a partir del verbo *to stalk*, que significa acechar. El *stalking* es una forma de acechar a la víctima de la conducta de forma repetitiva y constante, intentando generar por el autor un contacto y una relación que la víctima no desea y rechaza, lesionando principalmente su libertad.

A pesar de no ser un fenómeno nuevo, las redes telemáticas han otorgado a los *stalkers* poderosas herramientas para realizar su conducta. Mensajes de texto (SMS), *emails* o solicitudes de amistad en *facebook* se transforman en las modernas formas de acechar. A diferencia de las formas “tradicionales” (correo postal o llamadas telefónicas), las nuevas herramientas implican un *plus* para el victimario, tanto por masividad –puede acosarse a distancia–, como en selectividad –el *stalker* tiene un abanico de posibles “presas” para acechar–.⁶³

5. Derecho penal, riesgo y menores de edad: conclusiones.

Se ha hecho mención que la proliferación de los avances tecnológicos, la globalización y el dinamismo afectan las conductas humanas generando un incremento en los riesgos, y consecuentemente, el aumento en los deberes de cuidado. Esto se traduce en la expansión del derecho penal a esferas tradicionalmente no comprendidas y cuya anexión en él solo se justifica por la necesidad de resguardar determinados bienes jurídicos más allá de la lesividad misma. Sin embargo, este tipo de política criminal –en auge– es altamente cuestionable, pues no existe plena certeza sobre la necesidad de una intervención penal *a priori* y la tipificación de nuevos delitos de peligro. Esta problemática encuentra buen nicho en materia de delitos sexuales, más aún

⁶² Véase, entre otros, MARINO, RAFFAELE. *Violenza sessuale, pedofilia y stalking*. Nápoles: Ed. Esselibri-Simone, 2009; WALL, DAVID. *Cyberspace crime*. Dartmouth UK: Ed Ashgate, 2003; DE NATALE, DOMENICO. *Attività di contrasto alla pedopornografia on line: aspetti problematici Della responsabiliza delle persone fisichi e degli enti*. En *Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia*, N°4, 2009; VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA. *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico penal de una nueva forma de acoso*. Madrid: Ed. Iustel, 2009. Para esta última, son “las conductas de persecución y acecho continuados a víctimas que rechazaban el contacto con su perseguidor”(p. 23).

⁶³ Las conductas constitutivas de *stalking* son muchas, pero pueden agruparse en: Amenazas (cartas amenazantes, intimidación directa o a familiares, etc.); violencia (ataques, colisiones deliberadas, etc.); llamadas atemorizantes (llamadas nocturnas, intervención telefónica, etc.); Envíos y cartas por correo (cartas amorosas, regalos, etc.); persecución o vigilancia (rondas nocturnas, revisar la basura del acechado); difamaciones (chismes, habladurías, etc.); forzar entradas o robar propiedad de la víctima. Todas, cualquiera que sea, debería tener un elemento de habitualidad y constancia para que pueda considerarse verdaderamente un acecho, descartándose hablar de *stalking* respecto a conductas aisladas. ROYAKKERS, LAMBÉR. “*The dutch approach to stalking laws*”, en *California Criminal Law Review*, Vol. 3, 2000.

cuando estos atentados afectan a menores de edad y el agresor, valiéndose de los medios telemáticos, toma contacto con ellos, generando la sensación de que ha violentado el resguardo del hogar de manera sigilosa e imperceptible.

Las conductas aquí revisadas responden perfectamente a las características de los focos de riesgo del modelo de sociedad creado por Beck. Su potencial es mucho mayor que el que conductas tradicionales –ataques físicos– generaban a la integridad sexual de los menores, pues los medios ocupados –redes sociales 2.0 inclusive– tienen el alcance global propio de Internet, y son dominados perfectamente por jóvenes y niños de corta edad, evadiendo el control de adultos. El modelo de sociabilidad en red incrementa, a su vez, la complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad, que se distribuye entre los propios usuarios de una red 2.0, los creadores y administradores de la misma y los PSI. Los factores anteriores sin duda han incrementado la sensación de inseguridad subjetiva, plasmada en la ingente cantidad de iniciativas públicas y privadas destinadas a salvaguardar a niños y adolescentes frente al nuevo escenario tecno social.

Las normas penales con que el legislador hace frente a estas conductas también responden, al menos en parte, a las características del derecho penal del riesgo. La posesión de pornografía infantil, el *childgrooming* o el *sexting* son, al menos a primera vista, figuras en que se penaliza la puesta en peligro, concreta o abstracta, de los bienes jurídicos de corte sexual de los menores, restringiendo los espacios de riesgo propios de la forma de sociabilidad de estos, cuando se ejerce en las redes sociales 2.0. No obstante, el uso de estas permite que el agresor establezca un contacto con el menor previo a una futura agresión sexual corporal, pudiendo establecer una relación de subyugación moral de especial intensidad, en la medida en que el miedo facilita la obtención de material audiovisual o meras confesiones íntimas que luego puedan ser utilizadas para el chantaje. Por esto sería más que un mero acto preparatorio, y su tipificación no una simple punición de un peligro. Estas conductas pueden afectar concretamente el normal desarrollo psico-sexual del menor, lo que permitiría no considerar a estas figuras de un modo atentatorio a la *ultima ratio*.

La utilización de tipos omisivos o culposos no nos parece adecuada para el ámbito en estudio, a pesar de ser muy utilizadas en la sociedad del riesgo. La faz subjetiva del injusto –la intención de concretar físicamente las tratativas virtuales– hace inconveniente recurrir a la culpa o la omisión como formas de intervención penal, considerando además que, de acuerdo a la doctrina mayoritaria, el *ius puniendi* ingresa en la esfera de la privacidad del ser humano. Sin embargo, la situación puede cambiar respecto a los PSI, entidades que con su injerencia o inacción perfectamente pueden contribuir a incrementar los riesgos a los que se exponen niños y adolescentes en las redes sociales 2.0.

Bibliografía.

- AGUILAR ARANELA, Cristian. *Delitos Sexuales, Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago: Ed. Metropolitana, 2008.
- BALMACEDA H., Gustavo; HENAO C., Luis Felipe. *Sociedad del riesgo y bien jurídico penal*. Santiago: Ed. Jurídicas, 2005.
- BARROS, Óscar. *Tecnologías de la información y su uso en gestión*. Santiago de Chile, Ed. McGraw Hill, 1998.
- BULLEMORE G., Vivian; MACKINNON R., Jhon. *Curso de derecho penal. Tomo III, parte especial*. 2ª. ed. Aumentada y actualizada. Santiago de Chile: Ed. Legal Publishing, 2009.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ed. Paidós, 2006.
- CARMONA SALGADO, Concepción. "Delitos contra la libertad sexual". En COBO DEL ROSAL, Manuel (Director). *Manual de Derecho Penal Español. Parte especial*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1996.
- CASTELLS, Manuel. *La galaxia internet*. Barcelona: Ed. Plaza y Janés, 2001.
- CASTELLS, Manuel; HIMANEN, Pekka. *La sociedad de la información y el estado de bienestar. El modelo finlandés*. Madrid: Alianza Editorial, 2002.
- CASTELLS, Manuel, et al. *La transición a la sociedad red*. Barcelona: Ed. Ariel, 2007.
- CUGAT MAURI, Miriam. "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales". En ÁLVAREZ G., Francisco; GONZÁLEZ C., José L. Comentarios a la reforma penal de 2010. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. "La sanción penal de la llamada distribución de pornografía infantil a través de internet y otras modalidades afines tras la reforma 15/2003". En BUENO ARÚS, Francisco (Director) *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: Ed. Dykinson S.L., 2006.
- LÓPEZ ORTEGA, Juan José. Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet. En LÓPEZ ORTEGA, Juan José (Director): *Internet y Derecho Penal*. Madrid: Ed. C. G. del Poder Judicial, 2001.
- LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales: régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación*. Barcelona: Ed. Bosch S.A., 2000.
- MARIN PEIDRO, Lucia. *Los contenidos ilícitos y nocivos en Internet*. Madrid: Ed. ELR Madrid, 2000.
- MARINO, Raffaele. *Violenza sessuale, pedofilia y stalking*. Nápoles: Ed. Esselibri-Simone, 2009.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Ed. Civitas, 2001.
- MOLINA CANTILLANA, René. *Delitos de pornografía infantil*. Santiago: Ed. Librotecnia, 2008.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, David. *Análisis Dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*. Madrid: Ed. Dykinson S.L., 2005.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E. *La tercera generación de Derechos Humanos*. Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2006.
- RHEINGOLD, Howard. *La comunidad virtual*. Barcelona: Ed. Gedisa, 1996.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales. De conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004, sobre delitos de pornografía infantil*. Reimpresión de la primera edición. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2004.

- ROMEO CASABONA, Carlos. “De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político criminal”, en ROMEO CASABONA, Carlos (Coord.). *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. Granada: Ed Comares, 2006.
- ROVIRA DEL CANTO, Enrique. *Delincuencia informática y fraudes informáticos*. Granada: Ed. Comares, 2002.
- SÁNCHEZ PECAREVIC, Claudio. *Delito de almacenamiento de pornografía infantil*. Santiago de Chile: Ed. Librotecnia, 2010.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª. Edición. Montevideo: Ed. B de F, 2006.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico penal de una nueva forma de acoso*. Madrid: Ed. Iustel, 2009.
- WALL, David. *Cyberspace crime*. Darmouth UK: Ed Ashgate, 2003.

II. HEMEROGRAFÍA

- DE NATALE, Domenico. “Attività di contrasto alla pedopornografia on line: aspetti problematici Della responsabiliza delle persone fisichi e degli enti.” En *Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia*, N°4, 2009.
- INOSTROZA DÍAZ, Félix, MAFFIOLETTI CELEDÓN, Francisco, CAR SILVA, Macarena. “¿Qué es el grooming o ciberacoso sexual a niños a través de Internet?”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, número 35, julio de 2008.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos. “Sociedad de riesgos y reforma penal”, en *Poder Judicial*. Vol. II, 1996. Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial.
- ROYAKKERS, Lambér. “The dutch approach to stalking laws”, en *California Criminal Law Review*, Vol. 3, 2000.

III. FUENTES ELECTRÓNICAS.

- ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel, CERDA SILVA, Alberto. “Sobre la inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Ley N° 19.927 que tipifica los delitos de pornografía infantil”. *Anuario de Derechos Humanos*, 2005. Disponible en el sitio web del Centro de Derechos Humanos dependiente de la Universidad de Chile www.anuariodh.uchile.cl/anuario1/13inviolabilidad-comunic-electronica.pdf.
- BUSTOS Andrea, MAZZO Rodrigo. “Grooming”. Disponible Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <http://www.ligasmayores.bcn.cl/content/view/216106/Grooming-nueva-tactica-de-contacto-de-pedofilos.html>
- MCLAUGHLIN, Julia H. “Crime and Punishment: Teen Sexting in Context”. Disponible en http://works.bepress.com/julia_mclaughlin/1