



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

COMENTARIO A PROYECTO DE LEY, INICIADO EN MOCIÓN DE LOS
HONORABLES SENADORES SR. OSSANDÓN Y SRAS. ARAVENA Y
GATICA Y SR. MOREIRA, QUE MODIFICA DIVERSOS CUERPOS
LEGALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LA INDEMNIDAD SEXUAL
DE NNA (BOLETIN N°15.071-07).

Profesora Rocío Lorca Ferreccio, rlorca@derecho.uchile.cl

MODIFICACIONES AL CÓDIGO PENAL

- Art. 362
- Art. 365 bis
- Art. 366
- Art. 366 bis
- Art. 366 quáter
- Art. 366 quinquies
- Art. 374 bis
- Art. 411 quáter

TEXTO LEGAL VIGENTE	MOCIÓN
<p>ART. 362. El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, <u>será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados</u>, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior.</p>	<p>Artículo primero.- Se modifica el Código Penal de la siguiente forma:</p> <p>1) En el artículo 362 se sustituye el texto “será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados” por el texto que sigue “será castigado con presidio mayor en sus grados medio a máximo”.</p>

Comentario:

La modificación es innecesaria porque la pena propuesta fue introducida recientemente por la ley 21.483.

TEXTO LEGAL VIGENTE	MOCIÓN
<p>ART. 365 bis. Si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello, será castigada:</p> <p>1.- con presidio mayor en su grado mínimo a medio, si concurre cualquiera de las circunstancias enumeradas en el artículo 361;</p> <p>2.- con presidio mayor en cualquiera de sus grados, si la víctima fuere menor de catorce años, y</p> <p>3.- con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363 y la víctima es menor de edad, pero mayor de catorce años.</p>	<p>2) En el artículo 365 bis se sustituyen los numerales 2 y 3 por los que siguen:</p> <p>“2.- con presidio mayor en sus grados medio a máximo, si la víctima fuere menor de catorce años, y</p> <p>3.- con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363 y la víctima es menor de edad, pero mayor de catorce años.”.</p>

Comentario: Esta modificación es consistente con la regulación actual, en la que el abuso sexual calificado del 365 bis se sanciona con igual pena que la violación: 1) La hipótesis primera, tiene la misma pena que la violación de mayor de 14 años regulada en el 361; 2) la hipótesis segunda, tiene la pena de la violación de menor de 14 correspondiente a la regulación previa a la modificación reciente por lo que tiene pleno sentido modificarla; y 3) la tercera hipótesis tiene la misma pena que actualmente tiene el delito de estupro: ¿por qué modificarla?

Si la lógica del sistema es hacer equivalente el abuso sexual agravado al acceso carnal (361, 362 y 363), aumentar la pena a la circunstancia tercera rompe el sistema pues esta forma de abuso quedaría con una pena más alta que si hubiera habido acceso carnal. Lo que no resulta muy comprensible.

¿Subir la pena del estupro para evitar una inconsistencia? Problema de proporcionalidad.

- 1) Quedaría con la misma pena que la violación propia, lo que no parece adecuado considerando la gravedad de la conducta. La hipótesis delictiva del estupro es de menor gravedad, pues vemos que en sus circunstancias la afectación de la libertad es menos intensa que en la de la violación.
- 2) Supondría restringir en demasía el espacio de autonomía sexual que reconocemos a los adolescentes, en circunstancias en las que pareciera que otras formas de intervención (como la educación sexual integral, el apoyo psicológico, etc.), son mucho más respetuosas de su desarrollo y efectivas para lograr formas de interacción sexual más respetuosas, sin limitar la posibilidad de exploración en este ámbito.
- 3) Es importante considerar nuevo artículo 12 N° 22 que establece como agravante cometer un delito contra una víctima menor de 18 años y el artículo 69, ambos del CP, introducidos por la ley 21.483 que obliga al tribunal al considerar la condición de menor de edad para efectos de determinar la cuantía de la pena.
- 4) No olvidemos que los adolescentes también pueden ser sujetos activos de estos delitos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4° de la ley 20.084 de responsabilidad penal adolescente.

TEXTO LEGAL VIGENTE	MOCIÓN
<p>ART. 366. El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años, <u>será castigado con presidio menor en su grado máximo</u>, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361.</p> <p>Igual pena se aplicará cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho años.</p> <p><u>Se aplicará la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio</u>, cuando el abuso consistiere en el empleo de sorpresa u otra maniobra que no suponga consentimiento de la víctima, siempre que ésta sea mayor de catorce años.</p>	<p>3) En inciso primero del artículo 366 se sustituye el texto “será castigado con presidio menor en su grado máximo” por el texto que sigue “será castigado con presidio mayor en su grado mínimo”.</p> <p>4) En el inciso tercero del artículo 366 se sustituye el texto “Se aplicará la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio” por el texto que sigue “Se aplicará la pena de presidio menor en su grado medio a máximo”.</p>

Comentarios:

3) La propuesta se acerca demasiado a la pena que actualmente tiene el delito de violación, pero la conducta típica aquí es muy amplia, muchas formas de comportamiento de significación sexual podrían satisfacer esta hipótesis, un beso forzado podría terminar castigándose casi con la misma pena que la violación. Esto plantea un problema de proporcionalidad y de sistematicidad (el acceso carnal empieza a dejar de tener una especial relevancia), y puede tener un efecto contraproducente en el sentido de llevar a una interpretación demasiado restringida del delito de abuso sexual del 366. Si nos importa evitar impunidad, no debemos superar las barreras de la proporcionalidad y caer en el rigorismo penal.

4) Pienso que al igual que lo sostenido anteriormente, la pena parece excesiva, pues una interacción por sorpresa no tiene la capacidad de afectar la libertad de una persona con la misma intensidad que lo que ocurre en los casos descritos en el 361, o en los casos de abuso propios del estupro. Entonces para poder mantener esa distinción creo que es necesario que la pena del abuso por sorpresa, en donde no se exige ni acceso carnal ni una interacción especialmente coercitiva, sea notablemente más baja.

***Observación común: a lo anterior debemos sumar el impacto de los nuevos arts. 12 N°22 y 69 que aumentarán en todo caso las penas.**

TEXTO LEGAL VIGENTE	MOCIÓN
<p>ART. 366 bis. El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años, <u>será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.</u></p>	<p>5) En el artículo 366 bis se sustituye el texto “será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.” Por el texto que sigue “será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.”</p>

Comentario: Frente a este cambio no tengo mayor comentario.

TEXTO LEGAL VIGENTE	MOCIÓN
<p>ART. 366 quáter. El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, <u>será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.</u></p> <p>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, <u>la pena será presidio menor en su grado máximo.</u></p> <p>(...)</p>	<p>6) En el inciso primero del artículo 366 quáter se sustituye el texto “será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.” Por el texto que sigue “será castigado con presidio menor en su grado máximo.”.</p> <p>7) En el inciso segundo del artículo 366 quáter se sustituye el texto “la pena será presidio menor en su grado máximo.” Por el texto que sigue “la pena será presidio mayor en su grado mínimo.”</p>
<p>No tengo comentario.</p>	

TEXTO LEGAL VIGENTE	MOCIÓN
<p>ART. 366 quinquies. El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, <u>será sancionado con presidio menor en su grado máximo.</u></p> <p>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.</p>	<p>8) En el inciso primero del artículo 366 quinquies se sustituye el texto “será sancionado con presidio menor en su grado máximo.” Por el texto que sigue “será sancionado con presidio mayor en su grado mínimo.”.</p>
<p>Comentario:</p> <p>Sobre esto no tengo mayor comentario.</p>	

TEXTO LEGAL VIGENTE	MOCIÓN
<p>ART. 374 bis. El que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, <u>será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo.</u></p> <p>El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, <u>será castigado con presidio menor en su grado medio.</u></p>	<p>9) En el inciso primero del artículo 374 bis se sustituye el texto “será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo” por el texto que sigue “será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo”.</p> <p>10) En el inciso segundo del artículo 374 bis se sustituye el texto “será castigado con presidio menor en su grado medio” por el texto que sigue “será castigado con presidio menor en su grado máximo”.</p>
<p>Comentario: Quizás sería conveniente incorporar la voz “maliciosamente” o “a sabiendas” en el inciso primero para aclarar que el sujeto debe estar plenamente consciente de que el material pornográfico fue elaborado con menores de 18 años. Pero Lo más problemático aquí es el inciso segundo, pues el comportamiento “almacenar” en sí mismo no parece ser demasiado lesivo y ha sido ampliamente criticado (ver, MAYER, Laura. “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”). Pienso que quizás sería útil incorporar un móvil o propósito para restringir su ámbito si acaso se piensa subir su pena, por ejemplo, que el almacenamiento y adquisición sean <i>para comercializarla</i>.</p>	

TEXTO LEGAL VIGENTE

ART. 411 quáter.- El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en cualquiera de sus grados y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, **se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.**

No tengo comentario

MOCIÓN

II) En el inciso segundo del artículo 411 quáter se sustituye el texto “se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.” Por el texto que sigue “se impondrán las penas de reclusión mayor en sus grados medio a máximo y multa de cien a doscientas unidades tributarias mensuales.”.

TEXTO LEGAL VIGENTE

Código Procesal Penal

Artículo 191 bis.- Anticipación de prueba de menores de edad. El fiscal podrá solicitar que se reciba la declaración anticipada de los menores de 18 años que fueren víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal. En dichos casos, el juez, considerando las circunstancias personales y emocionales del menor de edad, podrá, acogiendo la solicitud de prueba anticipada, proceder a interrogarlo, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio.

Con todo, si se modificaren las circunstancias que motivaron la recepción de prueba anticipada, la misma deberá rendirse en el juicio oral.

La declaración deberá realizarse en una sala acondicionada, con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor de edad.

En los casos previstos en este artículo, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral.

MOCIÓN

Artículo segundo.- Se modifica la ley N° 19.696, que Establece el Código Procesal Penal, de la siguiente forma: Se sustituye el artículo 191 bis por el siguiente:

“Artículo 191 bis.- Anticipación de prueba de menores de edad. **El fiscal deberá solicitar** que se reciba la declaración anticipada de los menores de 18 años que fueren víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal. **Dicha declaración podrá tomarse por una sola vez**, y deberá realizarse por intermedio de un psicólogo imparcial, calificado y con experiencia en atención de traumas de niños, niñas y adolescentes, que será designado conforme con las normas para elección de peritos del Código de Procedimiento Civil y se regirá por dichas normas en todo lo que fuere aplicable. Durante la audiencia de designación del psicólogo, los intervinientes podrán reclamar su grado de parcialidad por alguna de las causales de implicancia o recusación establecidas en el Código Orgánico de Tribunales.

En los casos señalados en el inciso precedente, el juez, considerando las circunstancias personales y emocionales del menor de edad, procederá a formular por escrito una serie de preguntas para que sean realizadas por el psicólogo que vaya a interrogarlo y citará a los intervinientes a una audiencia en la que ellos podrán asimismo entregar un pliego de posiciones semejante y objetar las preguntas de los demás intervinientes. Una vez firmes las preguntas, el juez las comunicará en la misma audiencia al psicólogo encargado de tomar la prueba al menor, quien dentro del plazo de 3 días deberá realizar una propuesta de reformulación de las preguntas, de la cual el juez dará traslado a los intervinientes para que puedan objetarla.

Resueltas las objeciones, el psicólogo interrogará al menor de edad en la fecha y lugar dispuesto por el juez.

La declaración deberá realizarse en una sala acondicionada, con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor de edad. Sólo podrán ingresar a dicha sala el menor y el psicólogo encargado de tomar su declaración, pudiendo llevar consigo elementos que faciliten la cercanía y calidez del momento, tales como animales inofensivos, peluches o juguetes. Podrán ingresar, a solicitud de algún interviniente y previa autorización del juez, otros profesionales especializados en algún área de infancia, quienes sólo podrán hablar con el menor por intermedio del psicólogo que tome la declaración. El psicólogo podrá apartarse levemente del tenor literal de las preguntas, atendiendo a la edad y estado emocional del menor y teniendo presente el principio de no revictimización.

En los casos previstos en este artículo, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral. La declaración será transmitida en vivo, para que los intervinientes puedan verla mientras se realiza. El fiscal podrá solicitar que la grabación sea incorporada al proceso como medio de prueba, previo consentimiento de los padres del menor.

Finalizada la declaración, si los intervinientes lo desearan, podrán solicitar al juez que el psicólogo le pregunte al menor sobre algún aspecto específico, quien accederá o denegará la solicitud, según considerare pertinente, teniendo presente el principio de no revictimización.”

COMENTARIO A MOCIÓN

- Importante incorporar a un sicólogo especialista en la obtención de estas declaraciones. Sería importante que los jueces fueran capacitados y mantuvieran un rol activo en el control de estos interrogatorios (Ver art. 50 ley 21.430 derecho de NNA a un debido proceso).
- Rigidez de la regla: la declaración anticipada altera las reglas del juicio penal en el sentido de permitir el adecuado examen de las pruebas que se introducen y permitir controvertir las declaraciones de la manera más inmediata posible. Esto no quiere decir que la obligación de evitar una revictimización deba relativizarse, pero habría que mantener la posibilidad de una excepción. La posibilidad de los defensores, por ejemplo, de interrogar directamente es muy valiosa para su labor.
- En este mismo sentido, tampoco estoy de acuerdo con que la declaración de supuestas o potenciales víctimas menores de edad solo pueda tomarse una vez. Si bien tenemos que intentar evitar al máximo la revictimización, no podemos poner en riesgo el derecho a la defensa, pues con ello estamos afectando la integridad del proceso y la validez de la condena. Y no olvidemos que los adolescentes también puede ser acusados en un proceso penal. Pienso que podría incorporarse la posibilidad de una excepción cuando al juez le pareciera que los fines del proceso lo requieren y tomando en consideración el interés superior de los NNA.
- Los procesos penales son lugares de sufrimiento para las víctimas, no son un espacio de pura reparación. **Tenemos que diseñar espacios alternativos y complementarios para ello**, pues si buscamos que el proceso penal sea inocuo sacrificaremos en algún punto los fines del proceso penal que consisten, ante todo, en posibilitar la condena de los culpables y evitar la condena de inocentes.

ARTÍCULO TERCERO.- SE APRUEBA LA SIGUIENTE LEY SOBRE INDEMNIDAD SEXUAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES:

Comentario general: Muchas de las cosas que se proponen en esta ley ya están reguladas en la nueva ley 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, publicada en marzo del presente año. Algunos derechos preferentes de los padres pueden ser contrarios a los principios de esta nueva ley y al interés superior de los NNA.

Podría fortalecerse la regla ya existente en vez de intentar dictar una ley nueva. Habría que revisar especialmente:

- 1) el derecho a la protección contra la violencia (art. 36), en el que se incorpora la violencia y el acoso sexual,
- 2) el derecho de protección contra la explotación económica, la explotación sexual comercial y el trabajo infantil (art. 37), en el que se mandata al Estado para tomar una serie de medidas de prevención, que podrían quizás articularse con alguna mayor precisión en esta ley;
- 3) el derecho a medidas de protección y prevención del embarazo, maternidad y paternidad de menores de 18 años (art. 45), en donde se regula especialmente su derecho a recibir una enseñanza sobre sexualidad.

ARTÍCULO TERCERO.- SE APRUEBA LA SIGUIENTE LEY SOBRE INDEMNIDAD SEXUAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES:

- **Artículo 2°. Definición de indemnidad sexual.** Se entiende por indemnidad sexual el derecho de todo niño, niña o adolescente a no ser vulnerado en su sexualidad y a no ser expuesto a contenidos, imágenes o material audiovisual de tipo erótico o de connotación sexual que, a juicio de sus padres o de quien tenga a su cargo su cuidado personal, pueda resultar nocivo o inadecuado para el menor.
 - Comentario: Es problemático entregar la definición de lo que pueda ser nocivo de manera exclusiva a los padres o cuidadores. Esto puede afectar derechos de los NNA (ej. Art. 45 de la ley 21.430) y, por otra parte, ¿qué ocurre si los padres consideran que la exposición a un material pornográfico no afecta su indemnidad sexual? ¿se configuraría una causal de justificación por 10 No. 10 del CP?
 - Quizás bastaría con sacar la frase “A juicio de sus padres o de quien tenga a cargo su cuidado personal.”

ARTÍCULO TERCERO.- SE APRUEBA LA SIGUIENTE LEY SOBRE INDEMNIDAD SEXUAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES:

4) Principio de respeto hacia las convicciones éticas y antropológicas de los padres: Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos, que comprende no sólo la transmisión de ciertos conocimientos, sino también la formación humana, social y ética que ellos consideren mejor para sus hijos. En caso de conflicto o dificultad de interpretación respecto de un caso concreto, siempre debe optarse por la lectura que sea más favorable a las convicciones éticas, morales y antropológicas de los padres.

- Comentario: Considero que esta regla es complicada y contraria a los lineamientos de la ley 21.430. No creo que los NNA deban someterse siempre a la lectura favorecida por sus padres, pienso que esto podría ser controlado por los jueces bajo el estándar de su interés superior.

ARTÍCULO TERCERO.- SE APRUEBA LA SIGUIENTE LEY SOBRE INDEMNIDAD SEXUAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES:

6) **Principio de consentimiento maduro:** El consentimiento de un niño, niña o adolescente en ningún caso legitima que sea expuesto a material inadecuado para su edad, sea o no explícitamente pornográfico. La exposición a material erótico o con alguna connotación sexual, en caso de no ser delictiva, debe siempre contar **con la presencia y el consentimiento expreso y por escrito** de sus padres.

- Comentario: La segunda frase no parece un principio, sino una regla y no tengo claro cuál es el sentido y alcance de la misma. ¿Supone esto que para que los adolescentes puedan ver una película que tenga escenas con alguna connotación sexual, como por ejemplo, un beso, deben estar siempre CON sus padres Y éstos deben otorgar consentimiento EXPRESO Y ESCRITO? Creo que la regla exige demasiado, sería mejor plantear el punto en términos más generales, como orientación, como un verdadero principio. Quizás basta la primera frase.

ARTÍCULO TERCERO.- SE APRUEBA LA SIGUIENTE LEY SOBRE INDEMNIDAD SEXUAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES:

Artículo 4°. Indemnidad respecto de la educación afectiva y sexual. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir la educación necesaria para su pleno desenvolvimiento social, (...) lo anterior bajo la dirección de sus padres. (...).

i. 3° Todo establecimiento de educación básica y media, público o privado, está obligado a informar a los padres de todo contenido, enfoque y actividades que se vayan a impartir en materia de sexualidad. Los padres tienen el derecho a oponerse a que su hijo reciba todo o parte de dichas asignaturas, que se enseñe con un determinado enfoque y/o que participen en las referidas actividades, para lo cual los padres deberán informar previamente y por escrito al establecimiento educacional del contenido que excluyen de la educación sexual de sus hijos.

- Comentario: No me parece que los padres deban tener un derecho preferente sin contrapeso alguno pues los NNA son sujetos de derechos, y por eso el derecho a educar de los padres debe estar siempre subordinado al interés superior de los NNA.
- Ver Ley 21.043 art. 45 y artículos 2 y 10 sobre el derecho de los padres a educar a sus hijos.