

Moción de la diputada señora María Pía Guzmán y del diputado señor Patricio Walker.

Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. (boletín N° 2906-07)

FUNDAMENTOS Y JUSTIFICACIÓN

En los años recientes se han producido una serie de notables avances tecnológicos en materia de impresión gráfica y de medios de registro audiovisual, con lo cual hoy se acrecientan y perfeccionan las posibilidades de captar, conservar, modificar y reproducir escritos, dibujos, imágenes y sonidos en las más diversas formas, quedando atrás el tiempo en que se requerían complejos y costosos procedimientos para lograr estos mismos efectos y resultados. Los nuevos medios tecnológicos, además, se han hecho fácilmente accesibles a los usuarios, lo que les permite manejar por sí mismos los respectivos procedimientos de impresión gráfica o de registro y procesamiento audiovisual, sin requerir los servicios externos de otras personas o de empresas especializadas.

Paralelamente se ha producido en el mundo un rápido y masivo desarrollo del sistema de Internet, reconocido como un nuevo espacio virtual de comunicación en redes computacionales conectadas. Este nuevo espacio de comunicación aumenta la velocidad de las interacciones, y permite que quienes las realizan puedan ocultar o simular sus identidades. También es posible que a través de este medio las personas se organicen y se asocien para diversos fines, incluso para propósitos criminales.

En el contexto descrito se han comenzado a manifestar conductas que vulneran o amenazan importantes bienes jurídicos de las personas, aprovechando la ausencia de control del sistema, las características propias de los nuevos medios tecnológicos utilizados, y principalmente los vacíos o deficiencias en la legislación de cada país.

Los niños han sido particularmente vulnerables a las conductas realizadas por los adultos a través del empleo de las tecnologías señaladas. Se han multiplicado considerablemente los casos de niños utilizados en la producción de material pornográfico, el cual es posteriormente difundido, reproducido, intercambiado o vendido en diversas formas y medios, incluyendo Internet.

La pornografía infantil es casi siempre el registro de un delito que se acaba de cometer. Los niños que aparecen en este tipo de imágenes han sido sometidos en el momento en que se toma la fotografía, a un acto degradante y humillante de naturaleza delictiva. (La Pornografía Infantil: Registro de un crimen. Documento de Ecpat -End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking of Children for Sexual Purposes- en Segundo Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, Yokohama 2001).

Gran impacto mundial han causado casos como los de la denominada “operación Catedral” que permitió la detención de decenas de pederastas en varios países de Europa, implicados en una red internacional de pornografía infantil, que había producido y traficado imágenes de miles de niños y niñas.

En Chile se han descubierto los primeros casos. En agosto de 2001, en un procedimiento policial que causó gran conmoción pública, le fueron incautadas miles de imágenes de pornografía infantil a un ciudadano norteamericano que había establecido su residencia en una comuna de la ciudad de Santiago. Sin embargo, a dicho ciudadano se le otorgó la libertad y se le permitió salir del país como consecuencia de

controvertidas resoluciones judiciales dictadas por la juez del crimen a cargo de la investigación.

La gravedad y complejidad de los delitos relacionados con la pornografía infantil, el carácter de internacionalización que adquieren y sus devastadoras consecuencias para las víctimas, han llevado a que los Estados intenten uniformar y perfeccionar sus legislaciones. Es así como el Parlamento Europeo ha adoptado acuerdos y efectuado recomendaciones con estos propósitos (documento A5-0206/2001 informe sobre la propuesta de decisión marco relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil). En años recientes la mayoría de los países europeos han dictado leyes relativas a la pornografía y explotación sexual infantil que han ampliado y perfeccionado los tipos penales y establecido normas de procedimiento para la investigación eficaz de estos delitos. Un ejemplo notable en esta tendencia del derecho comparado lo constituye la ley italiana de agosto de 1998 (Publicada en Gazzetta Ufficiale N° 185) y la ley irlandesa de 29 de junio de 1998 (Child Trafficking and Pornography Act 1998).

En Chile si bien en el año 1999 se dictó la ley N° 19.617 que modificó el Código Penal en materia de delitos sexuales, las normas respectivas han demostrado contener importantes vacíos y ser insuficientes e imperfectas para enfrentar adecuadamente el problema de la pornografía infantil, principalmente por las siguientes razones:

1. El artículo 266 quater del Código Penal que se refiere al delito de utilización de menores en la producción de material pornográfico, no define lo que debe entenderse por pornografía infantil, con lo cual el concepto queda entregado a las reglas generales de hermenéutica legal.
2. El artículo 366 quater establece criterios diferenciados de protección legal en relación con la edad de la víctima y de la concurrencia de determinadas circunstancias en la ejecución del delito.

Se establece en 12 años la edad de protección legal para el delito de utilización de menores en la producción de material pornográfico, sin exigir otros requisitos o elementos de tipicidad penal.

Respecto de las víctimas de edad superior a 12 años y hasta 18 años, se exige que el delito se cometa con violencia o intimidación o con alguna de las circunstancias previstas en el artículo 363 del Código Penal que se refiere al estupro.

Estas distinciones contradicen la tendencia del derecho comparado, y afectan la protección de las víctimas con edad entre 12 y 18 años, pues si no concurren las circunstancias legalmente especificadas la conducta será impune.

Es posible que los pederastas busquen niños con edad superior a los 12 años y eviten deliberadamente la concurrencia de las circunstancias que harían punible su conducta al producir pornografía. Esta situación se dará en relación a niños sin vínculo de dependencia con el autor de las acciones. En estos casos el “consentimiento aparente” de la víctima permitirá que el autor quede en zonas de impunidad legal.

3. El artículo 366 quater no sanciona como delito el tráfico de pornografía infantil, entendiéndose por tal la distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil.
4. El artículo 366 quater no sanciona como delito la posesión de pornografía infantil, con lo cual esta conducta queda impune.
5. El artículo 366 quater establece la sanción de reclusión menor en cualquiera de sus grados para el delito de utilización de menores en la producción de material pornográfico.

Estas penas cuyos límites teóricos se extienden entre 61 días y 5 años de reclusión, en su fijación concreta quedarán sin embargo determinadas en los niveles inferiores de dichos rangos, por disposición de las reglas de aplicación de penas que regulan el ejercicio de la facultad judicial para el establecimiento de penas al dictar sentencias condenatorias

(artículos 67 y siguientes del Código Penal). Lo anterior determinará a su vez que a los condenados se les otorguen beneficios que permiten medidas alternativas a las penas privativas de libertad (remisión condicional o libertad vigilada reglamentadas en la ley N° 18.216).

Las penas no cumplen, en consecuencia, con las condiciones de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias en los casos de pornografía infantil.

Al existir penas más altas en la legislación de otros países, es posible que los nacionales o residentes de dichos países se trasladen a Chile para la comisión de este tipo de delitos, pues las consecuencias legales serán de menor entidad y en la práctica no se traducirán en general en un cumplimiento efectivo de las condenas.

Al situarse en este margen las penas, tampoco es posible la utilización de métodos de interceptación de comunicaciones en la investigación del delito de utilización de menores en la producción de material pornográfico, pues según lo dispuesto en el artículo 222 del Nuevo Código Procesal Penal, es necesario que se trate de delitos que tengan asignada penas superiores a 5 años de presidio o reclusión (que se trate de crímenes de acuerdo a la clasificación del artículo 21 del Código Penal).

6. La actual legislación no contempla la sanción especial de las organizaciones criminales que se constituyan para la perpetración de delitos relacionados con pornografía infantil. Sólo es posible aplicar las normas establecidas en los artículos 292 y siguientes del Código Penal que sancionan las asociaciones ilícitas.
7. La actual legislación no establece sanciones de carácter patrimonial como el comiso de los bienes utilizados o que se hayan obtenido como “beneficios lucrativos” en los delitos de pornografía infantil.
8. La legislación actual no contempla normas de procedimiento que otorguen a fiscales del ministerio público, jueces y agentes de la policía facultades especiales para la investigación de los delitos de pornografía infantil.
9. La legislación actual no contiene normas sobre extraterritorialidad para la sanción de nacionales o residentes en Chile que hayan cometido delitos de pornografía infantil en el extranjero.

En el presente proyecto de ley se formulan en consecuencia modificaciones a los textos normativos correspondientes, teniendo presente las obligaciones contraídas por el Estado de Chile al suscribir la Convención Internacional de los derechos del Niño que en su artículo 34 establece que: “...los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: ... c) La explotación del niño en espectáculos y materiales pornográficos.

En lo esencial el presente proyecto de ley propone:

-Incluir un concepto legal de pornografía infantil: Se ha estimado útil definir la expresión “pornografía infantil” pues así se pueden incluir supuestos fácticos que han sido incorporados en la legislación comparada, tales como las imágenes con “niños virtuales”. Es necesario también que el concepto de pornografía infantil abarque todas formas en que se puede cometer el delito, para evitar que de otro modo queden impunes.

-Establecer en 18 años la edad de protección legal de las víctimas en los delitos de pornografía infantil: Se sigue así la tendencia del derecho comparado en orden a aumentar la edad de “consentimiento” válido en las acciones relacionadas con la producción de material pornográfico. Se establece de este modo concordancia con la Convención Internacional de los derechos del Niño que fija en 18 años el margen de protección legal.

-Sancionar como delito la distribución, difusión, transmisión, importación, exportación, con o sin fines de lucro de pornografía infantil: Es conveniente incluir esta conducta en la respectiva tipificación penal por cuanto se trata de acciones directas relacionadas con la “red de oferta y demanda” de pornografía infantil. La pornografía infantil existe y se genera porque hay quienes la distribuyen o son intermediarios entre productores y destinatarios.

-Sancionar la posesión de pornografía infantil: La tendencia sostenida del derecho comparado es sancionar penalmente la adquisición y posesión dolosa de la pornografía infantil, excluidas bajo determinados supuestos, las situaciones de recepción accidental o no solicitada. Quienes poseen pornografía infantil son parte de la cadena criminal que destruye la dignidad de los niños y promueve su utilización en prácticas sexualmente abusivas y dañinas.

-Aumentar las penas aplicables a los que participan en delitos de pornografía infantil: Atendida la naturaleza y características de las acciones, la entidad de los bienes jurídicos protegidos y la necesidad de que las penas sean proporcionadas, efectivas y disuasorias. Se tiene también en consideración el carácter internacional de los delitos, y que atendida la movilidad y desplazamiento de los autores se debe evitar que éstos busquen los países con legislaciones que contemplen penas más bajas.

-Establecer una sanción penal especial para quienes integren organizaciones criminales dedicadas a prácticas relacionadas con pornografía infantil: Se considera la particular situación de las organizaciones criminales que se constituyen para fines relacionados con la pornografía infantil.

-Establecer el comiso de los bienes que provengan de las actividades relacionadas con la pornografía infantil: Se hace necesario que los bienes utilizados u obtenidos con las utilidades ilícitas del “negocio de la pornografía infantil” caigan en comiso y se destinen a los servicios o instituciones dedicadas a combatir estos delitos.

-Establecer normas de procedimiento que otorguen facultades especiales a fiscales del ministerio público, jueces y agentes policiales para investigar y acreditar los delitos relacionados con la pornografía infantil: Es necesario que se puedan interceptar comunicaciones o facilitar las investigaciones a través del “agente policial encubierto” teniendo en consideración que estos delitos se cometen en el contexto de organizaciones criminales.

-Establecer normas que permitan juzgar a nacionales y residentes que cometan delitos de pornografía infantil en el extranjero: La tendencia del derecho comparado es establecer normas de extraterritorialidad, considerando la movilidad y desplazamiento de los autores de estos delitos y el fácil traspaso de fronteras que existe en la actualidad.

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.- Deróganse los incisos tercero y cuarto del artículo 366 quater del Código Penal.

Artículo 2.- Agrégase como Artículo 367 ter, el siguiente:

Artículo 367 ter

El que empleare a un menor de 18 años en la producción de material pornográfico será castigado con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio.

El que fuera del supuesto anterior por cualquier medio produjere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, difusión o exhibición de pornografía infantil, incluso a título gratuito y aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuera desconocido, será castigado con presidio menor en su grado máximo.

Artículo 3.- Agrégase como artículo 367 quater el siguiente:

Art. 367 quater

El que fuera de los supuestos previstos en el artículo anterior ejerciere conscientemente la tenencia o posesión de pornografía infantil, será castigado con presidio menor en su grado medio.

Para los efectos de lo dispuesto en el inciso precedente y en el artículo 367 ter se entenderá por pornografía infantil todo material en forma de texto escrito, audio, dibujo, fotografía, fotomontaje, película, cinta de video, cinta de cine, programa informático, creado por medios digitales, electrónicos, mecánicos, químicos o de otro tipo que representen a menores de 18 años o creen la impresión de que las personas representadas son menores de edad participando en actos explícitamente sexuales o presenciándolos, o tengan como contenido principal la exposición de los genitales o la zona púbica o anal de los menores, con fines sexuales.

Artículo 4.- Agrégase como artículo 367 quinquies el siguiente:

Artículo 367 quinquies

En los delitos previstos en los artículos 367 ter y 367 quater se impondrá la pena superior en grado cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de las actividades allí señaladas.

Sin perjuicio de las reglas generales, caerán especialmente en comiso los bienes inmuebles, muebles, dinero y todo instrumento que haya servido o hubiere estado destinado a la comisión de cualquiera de los delitos penados en los artículos 367 ter y 367 quater, los efectos que de ellos provinieren y las utilidades que hubieran originado, cualquiera sea su naturaleza jurídica o las transformaciones que hubieren experimentado.

Artículo 5.- Agrégase como artículo 226 bis al Código Procesal Penal, el siguiente:

Artículo 226 bis:

Cuando el procedimiento tuviere por objeto la investigación de los delitos previstos en los artículos 367 ter, 367 quater y 367 quinquies del Código Penal, el juez de garantía podrá ordenar a petición del Ministerio Público la interceptación y registro de comunicaciones telefónicas, de correo electrónico o en foros de conversación a través de Internet. El juez de garantía, a petición de Ministerio Público, podrá autorizar a la policía y con el único objetivo de adquirir elementos de prueba relativos a los delitos previstos en los artículos señalados, para que proceda a la compra simulada de pornografía infantil, actúe de manera encubierta, active sitios en la red de Internet, instale o participe en foros de conversación en el mismo medio.

Artículo 6.- Agrégase como artículo 113 ter del Código de Procedimiento Penal mientras dure su vigencia, el siguiente:

Artículo 113 ter:

Cuando el procedimiento tuviere por objeto la investigación de los delitos previstos en los artículos 367 ter, 367 quater y 367 quinquies del Código Penal, el juez podrá ordenar la interceptación y registro de comunicaciones telefónicas, de correo electrónico o en foros de conversación a través de internet. El juez podrá autorizar a la policía y con el único objetivo de adquirir elementos de prueba relativos a los delitos previstos en los artículos señalados, para que proceda a la compra simulada de pornografía infantil, actúe de manera encubierta, active sitios en la red de internet, instale o participe en foros de conversación en el mismo medio”.