

**INFORME DE LA COMISIÓN DE
CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN,
JUSTICIA Y REGLAMENTO,**
recaído en el proyecto de ley, en
segundo trámite constitucional, que
sanciona el acoso sexual de
menores, la pornografía infantil y la
posesión de material pornográfico
infantil.

BOLETÍN N° 5.837-07.

HONORABLE SENADO:

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento informa respecto del proyecto de ley de la suma, en segundo trámite constitucional, iniciado en moción de los Honorables Diputados señoras Carolina Goic Borojevic y Claudia Nogueira Fernández, señores Guillermo Ceroni Fuentes, Marcelo Díaz Díaz, Maximiano Errázuriz Eguiguren, Nicolás Monckeberg Díaz, Patricio Walker Prieto y Felipe Ward Edwards, y el ex Diputado señor Juan Bustos Ramírez.

Cabe hacer presente que a petición de la Comisión de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, los Comités acordaron que este proyecto fuera informado, en primer lugar, por esa Comisión y luego por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Este acuerdo fue ratificado por la Sala del Senado el día 9 de diciembre de 2008 y en su cumplimiento aquella Comisión informó el proyecto con fecha 9 de enero de 2008, acordando, por la unanimidad de sus miembros, constituida por los Honorables Senadores señores Cantero, Chadwick, Letelier, Núñez y Ruiz-Esquide, su aprobación en general.

En conformidad a lo dispuesto en el artículo 36, inciso sexto, del Reglamento del Senado, la Comisión discutió y aprobó en general el proyecto.

Para los efectos del artículo 77, inciso primero, de la Constitución Política de la República, se deja constancia de que el proyecto no contiene normas relativas a la organización y atribuciones de los tribunales de justicia ni otras que requieran quórum especial para su aprobación.

Concurrió a la sesión en que se trató el tema el Ministro Secretario General de la Presidencia, señor José Antonio Viera-Gallo. Por el Ministerio Público asistieron el Jefe de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, señor Félix Inostroza, y el Psicólogo Forense de esa repartición, señor Francisco Maffioletti. Por la Biblioteca del Congreso Nacional estuvo presente el analista señor Juan Pablo Cavada. Por el Instituto Libertad concurrió la abogada señora Daniela Godoy.

- - - - -

OBJETIVO DEL PROYECTO

La idea matriz de este proyecto es sancionar la modalidad de ejecución del delito de acoso sexual a menores, del artículo 366 quáter del Código Penal, cuando se efectúa por medios informáticos y electrónicos, y penalizar la producción de material pornográfico infantil por esos mismos medios.

ESTRUCTURA DEL PROYECTO

La iniciativa consta de tres artículos permanentes. El artículo 1º introduce dos modificaciones al Código Penal. La primera incide en los artículos 366 quáter, que castiga los abusos sexuales distintos a la violación y el estupro, y 366 quinquies, que penaliza la producción de material pornográfico en que participen menores de edad.

El artículo 2º incide en el artículo 4º de la ley Nº 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Esta última disposición consagra una regla especial para la persecución de delitos sexuales en que han participado menores. En efecto, en la hipótesis que señala el precepto no hay acción penal.

El artículo 3º modifica el artículo 222 del Código Procesal Penal, que regula la interceptación de comunicaciones telefónicas como parte de una investigación criminal.

- - - - -

ANTECEDENTES DE DERECHO

Están relacionados con este proyecto los siguientes cuerpos normativos:

- De la Constitución Política de la República, su artículo 19, número 5º, sobre inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

- Del Código Penal, el párrafo 6 del Título VII del Libro Segundo, sobre el estupro y otros delitos sexuales.

- De la ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, su artículo 4º, que contiene una regla especial que impide el ejercicio de la acción penal en delitos sexuales en que se hallen involucradas personas menores de 14 años de edad, si concurren determinadas circunstancias.

- Del Código Procesal Penal, su artículo 222, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Moción

Los autores de la moción señalan que el aumento significativo de la cobertura de conexiones residenciales a Internet ha creado nuevos espacios de conocimiento y entretención pero, paralelamente, ha generado nuevas amenazas, particularmente para los menores de edad. Una de estas amenazas es la práctica de pedófilos y pederastas consistente en contactar a menores en sitios web de conversación, simulando identidades falsas, con el propósito de conseguir que el menor envíe imágenes suyas de índole sexual, o incluso de lograr encuentros físicos donde se concreten abusos. Esta práctica recibe en inglés el nombre de “child grooming” y ya ha sido tratada por legislaciones extranjeras.

Agregan que el proyecto también pretende combatir la pornografía virtual o simulada. Ésta adopta dos formas; en primer lugar, emplea la imagen o voz captada de un menor y, por medio de manipulaciones informáticas, se la incorpora en una producción pornográfica, de modo de hacer parecer que el menor efectivamente ha participado en las acciones sexuales que se representan. La otra forma consiste en la creación completa, por medios informáticos, de producciones pornográficas, sin emplear imágenes o voces de personas reales. Los autores del proyecto señalan que la iniciativa propone penalizar la primera hipótesis.

Tramitación en la Cámara de Diputados.

La moción que contiene el proyecto ingresó a la Cámara Baja el 30 de abril de 2008 y fue enviada a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de esa Corporación, para su estudio y despacho. Dicha Comisión aprobó en general y en particular el proyecto e informó de ello a la Sala de la Cámara el día 9 de julio del mismo año. En esa sesión la iniciativa fue aprobada en general por 89 votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención. En la misma sesión, y con la misma

votación, fue aprobado en particular el proyecto, con excepción del párrafo segundo de la letra c) del número 1) del artículo 1º, que fue sancionado por 77 votos a favor, 3 en contra y ninguna abstención, y de la letra b) del artículo 3º, que fue aprobada por 68 votos a favor, 12 en contra y 4 abstenciones.

- - - - -

DISCUSIÓN EN GENERAL

El Jefe de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos del Ministerio Público, señor Félix Inostroza, expresó que el grooming se puede definir como toda acción deliberadamente emprendida por un adulto con el objetivo de ganarse la amistad de un menor de edad, al crear una conexión emocional con el mismo, con el fin de disminuir las inhibiciones del niño y poder abusar sexualmente de él. Observó que el grooming no consiste en un nuevo delito, sino que es un conjunto heterogéneo de modalidades de comisión de ciertos delitos contra la indemnidad sexual de menores que ya existen en el Código Penal. El Ministerio Público considera positivo que ese conjunto heterogéneo se unifique en una sola figura específica.

Indicó que la persecución del grooming es una prioridad para el Ministerio Público, cuya Fiscalía Nacional encargó un estudio sobre el tema en enero de 2008 y estableció un turno de fiscales especializados para dirigir las investigaciones de este tipo de delitos. A la fecha se han iniciado doce investigaciones y se han obtenido dos sentencias condenatorias.

Agregó que, con todo, la Institución observa algunos detalles técnicos en el proyecto aprobado en la Cámara de Diputados que deben superarse para evitar problemas prácticos de interpretación.

La primera modificación planteada por el proyecto, que recae en el artículo 366 quáter del Código Penal, cubre las hipótesis más frecuentes de grooming, al especificar que la forma de comisión puede ser a distancia y por cualquier medio electrónico.

Hay dos observaciones que se pueden hacer a este artículo. La primera es que la figura que propone el inciso tercero sustitutivo extiende la penalización propuesta al estupro concretado por medio del grooming, al grooming configurado mediante las amenazas que penan los artículos 296 y 297 del Código Punitivo y a la violación concretada por medio del grooming, siempre y cuando haya sido mediante fuerza o intimidación. El problema de esta última hipótesis es que no considera la violación concretada por medio del grooming cuando ella se efectúa con

víctimas privadas de sentido, incapaces de oponer resistencia o cuando hay abuso de la enajenación o trastorno mental del sujeto pasivo.

La segunda observación es a la redacción del nuevo inciso final propuesto para el artículo 366 quáter. La intención de esta disposición es agravar la penalidad del grooming cuando el autor delinque valiéndose de una identidad simulada. El problema es que el artículo exige que exista la intención de cometer los delitos descritos en él y, en caso de delitos frustrados o tentativas punibles, puede interpretarse que basta con la intención de cometer el ilícito, cuando lo verdaderamente plausible es que la tentativa punible suponga, a lo menos, el hecho externo y comprobable de que el autor falseó su identidad o su edad.

La segunda modificación propuesta recae en el artículo 366 quinquies y tiene por fin castigar la producción por medios informáticos de pornografía en que se ocupen voces o imágenes reales de menores.

El artículo 2º del proyecto, que modifica la ley Nº 20.084, exime de responsabilidad penal el grooming y la producción pornográfica en que ha participado un menor de edad, siempre que no haya habido intimidación, abuso o amenaza y que concurren las demás circunstancias indicadas en la norma que se modifica.

El artículo 3º del proyecto enmienda el artículo 222 del Código Procesal Penal, disposición que se refiere a la interceptación de comunicaciones telefónicas como diligencia investigativa regulada en el proceso penal. La modificación es triple. En primer lugar, se amplía de seis meses a un año el plazo durante el cual los proveedores de servicios telefónicos y de telecomunicaciones deberán mantener un listado actualizado de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados. En segundo lugar, se exige que los establecimientos cuya actividad principal sea ofrecer al público servicios de acceso a internet lleven un registro de los usuarios que utilicen sus servicios, que incluya el nombre del cliente, fecha y hora del servicio prestado e identificación del equipo utilizado. En tercer lugar, se faculta al Ministerio Público, previa autorización del juez de garantía, para tener acceso a esos registros.

El Fiscal señor Inostroza puntualizó que, aunque las modificaciones que introduce el artículo 3º del proyecto facilitan la labor investigativa, son aún muy restrictivas. Al respecto, consideró que la primera modificación debería ampliar el plazo de mantención del registro de los números IP a dos años, porque muchas veces investigaciones internacionales de redes de pederastas informan de participaciones en ellas de números IP domiciliados en Chile una vez que los casos están resueltos, y cuando el Ministerio Público quiere usar esa información las empresas de telecomunicaciones que proveyeron el servicio ya no tiene a esos usuarios

en el registro que ordena el artículo 222. Además, ese término sería coincidente con el lapso máximo que autoriza la ley para mantener una investigación formalizada¹.

En relación con la segunda modificación que plantea el artículo 3º, observó que no parece razonable limitar el registro sólo a las empresas que tengan por giro principal proporcionar acceso a internet, como los cibercafés, y que debería aplicarse también a toda empresa que preste este servicio, porque muchas veces estos delitos se cometen desde establecimientos con otros giros, como hoteles o aeropuertos, donde habitualmente se facilitan a los clientes estas conexiones.

La tercera modificación que propone el artículo 3º también fue objetada por el funcionario, quien indicó que en el mero acceso del Ministerio Público al registro de los números IP de las conexiones que realicen los abonados a las empresas que prestan servicios de telecomunicaciones, o al nuevo registro de usuarios de servicio de acceso a internet que el proyecto crea, no vulnera el derecho constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, porque dichos registros sólo contienen la identificación de los que se conectaron a internet pero no el contenido de sus comunicaciones. Por ello, no se ve razón para que el Ministerio Público deba contar con la autorización previa del juez de garantía para acceder a ellos.

Finalmente, el funcionario indicó que el Ministerio Público es partidario de que se introduzca una modificación al artículo 369 ter del Código Penal, para incluir en él las figuras delictivas del artículo 366 quáter, que por este proyecto se modifica, de manera que les sean aplicables las medidas especiales de investigación que para ciertos casos aquél artículo autoriza, previa venia del juez de garantía. Esas medidas especiales de investigación son la interceptación y grabación de telecomunicaciones, la fotografía o filmación de los sospechosos, los agentes encubiertos y las entregas vigiladas de especies.

Los miembros presentes de la Comisión expresaron su interés en que la iniciativa propuesta se transforme en ley y se mostraron conformes con las ideas generales del proyecto. Con todo, algunos de sus integrantes formularon observaciones puntuales sobre algunos aspectos de la proposición.

El Honorable Senador señor Espina señaló que la redacción del nuevo inciso cuarto propuesto para el artículo 366 quáter puede prestarse para equívocos, porque tratándose del delito de grooming efectuado por medios informáticos no tiene sentido hablar de un delito “cometido a distancia”, tal como indica el inciso, porque aunque víctima y

¹ Artículo 247 del Código Procesal Penal.

victimario estén en la misma habitación, el tráfico de internet utilizado para cometer el delito pasa por servidores que pueden estar en otros países.

Agregó que la causal de atipicidad que plantea el artículo 2º está mal redactada, porque de su tenor literal no queda meridianamente claro que el autor deba ser necesariamente un menor de edad que actúe por su cuenta y no por cuenta o a instigación de un tercero que sea mayor de edad.

El Honorable Senador señor Gómez manifestó su preocupación por la introducción de un registro de los usuarios que utilicen los servicios de establecimientos cuya actividad principal sea ofrecer al público acceso a internet, porque un proceder descuidado por parte de los responsables de ellos pone en riesgo a personas inocentes que podría ser inculpas. Además, está el problema técnico de los cibercafés pequeños, que comparten una única dirección IP para todos sus usuarios, situación que daría lugar aún a mayores confusiones. Su Señoría puntualizó que si esta disposición prospera, en todo caso debe mantenerse la intervención del juez de garantía, porque se afecta la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Recordó que en tales casos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 9º del Código de Enjuiciamiento Criminal, se requiere siempre la autorización previa de ese magistrado.

-Sometida a votación la idea de legislar, fue aprobada por la unanimidad de los miembros de la Comisión presentes, Honorables Senadores señores Chadwick, Espina, Gómez y Muñoz, don Pedro.

- - - - -

TEXTO DEL PROYECTO APROBADO

Se consigna a continuación el texto del proyecto cuya aprobación en general propone la Comisión:

PROYECTO DE LEY:

“Artículo 1º.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:

1) Modifícase el artículo 366 quáter en el siguiente sentido:

a) Intercálase en el inciso segundo, entre la frase “suyo o de otro” y la coma (,) que precede a las expresiones “la pena será”, lo siguiente: “o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona, con significación sexual”.

b) Sustitúyese el inciso tercero por el siguiente:

“Quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1° del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363 o mediante amenazas en los términos de los artículos 296 y 297, tendrá las mismas penas señaladas en los incisos anteriores.”.

c) Agréganse los siguientes incisos cuarto y quinto:

“Las penas señaladas en los incisos primero, segundo y tercero de este artículo se aplicarán también cuando los delitos descritos en dichos incisos sean cometidos a distancia, a través de cualquier medio electrónico.

Cuando con intención de cometer cualquiera de los delitos descritos en este artículo, el autor falseare su identidad o edad, se aumentará la pena aplicable en un grado.”.

2) Agrégase en el inciso segundo del artículo 366 quinquies, sustituyendo el punto final por una coma, lo siguiente:

“o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, incluso alterada o modificada, con los mismos fines.”.

Artículo 2°.- Sustitúyense en el artículo 4° de la ley 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, las expresiones “y 366 quáter” por las siguientes: “366 quáter y 366 quinquies”, precedidas de una coma (,).

Artículo 3°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el inciso quinto del artículo 222 del Código Procesal Penal:

a) sustitúyense las expresiones “seis meses” por “un año”.

b) Intercálanse a continuación del punto que sigue a la expresión “abonados”, las siguientes oraciones:

“Asimismo, los establecimientos cuya actividad principal sea ofrecer al público servicios de acceso a internet, de forma gratuita u onerosa, a través de computadores propios o administrados por ellos, deberán mantener, en carácter de reservado, un registro de los

usuarios no inferior a un año, con su nombre, cédula de identidad, o con los datos que se consignan en la licencia de conducir o en el pase escolar, fecha y hora del servicio e individualización del equipo en el cual utilizó el servicio. El juez de garantía, a petición del Ministerio Público, podrá ordenar el examen de dicho registro en los términos de los incisos primero y segundo de este artículo.”.”.

- - - - -

Acordado en sesión de 3 de marzo de 2009, con asistencia de los Honorables Senadores señores José Antonio Gómez Urrutia (Presidente), Andrés Chadwick Piñera, Alberto Espina Otero y Pedro Muñoz Aburto.

Valparaíso, 6 de marzo de 2009.

FERNANDO SOFFIA CONTRERAS
Secretario de la Comisión

RESUMEN EJECUTIVO

PRIMER INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO, RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY, EN SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL, QUE SANCIONA EL ACOSO SEXUAL DE MENORES, LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y LA POSESIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL.

(BOLETIN N° 5.837-07)

I. PRINCIPAL OBJETIVO DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN: sancionar la modalidad de ejecución del delito de acoso sexual a menores, del artículo 366 quáter del Código Penal, cuando se efectúa por medios informáticos y electrónicos, y penalizar la producción de material pornográfico infantil por esos mismos medios.

II. ACUERDOS: aprobado en general (Unanimidad 4 x 0).

III. ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN: tres artículos permanentes.

IV. NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL: no tiene.

V. URGENCIA: no tiene.

VI. ORIGEN E INICIATIVA: moción de los Honorables Diputados señoras Carolina Goic Borojevic y Claudia Nogueira Fernández, señores Guillermo Ceroni Fuentes, Marcelo Díaz Díaz, Maximiano Errázuriz Eguiguren, Nicolás Monckeberg Díaz, Patricio Walker Prieto y Felipe Ward Edwards, y el ex Diputado señor Juan Bustos Ramírez.

VII. TRÁMITE CONSTITUCIONAL: segundo.

VIII. INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO: 15 de julio de 2008.

IX. TRÁMITE REGLAMENTARIO: primer informe.

X. NORMAS QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:

- De la Constitución Política de la República, su artículo 19, número 5°.
- Del Código Penal, el párrafo 6 del Título VII del Libro Segundo.

- De la ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, su artículo 4°.
- Del Código Procesal Penal, su artículo 222.

Valparaíso, 6 de marzo de 2009.

FERNANDO SOFFIA CONTRERAS
Secretario de la Comisión