

MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE ADECUA LA LEGISLACIÓN QUE INDICA EN RAZÓN DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LAS LEYES N° 21.522, N° 21.523 Y N°21.527.

Santiago, 05 de abril de 2023

M E N S A J E N° 022-371/

**A S.E. EL
PRESIDENTE
DE LA H.
CÁMARA DE
DIPUTADAS Y
DIPUTADOS**

Honorable Cámara de Diputadas y Diputados:

En uso de mis facultades constitucionales, tengo el honor de someter a vuestra consideración el siguiente proyecto de ley que adecua la legislación que indica en razón de la entrada en vigencia de las leyes N° 21.522, N° 21.523 y N° 21.527.

I. ANTECEDENTES

Teniendo como antecedente el trabajo mancomunado de diversos actores del Estado y de organizaciones de la sociedad civil, que por muchos años han desplegado sus esfuerzos en el desarrollo de políticas públicas destinadas a la protección de la infancia, existe en nuestro ordenamiento jurídico una vocación indiscutible por sancionar contundentemente a los infractores de ley en este ámbito, adoptando medidas en este sentido, no sólo con las herramientas que da el derecho penal, tipificando específicamente determinadas conductas que afectan a menores de edad, adaptando el sistema de penas y de consecuencias adicionales, sino que también, ciertos aspectos procesales penales, para que ésta sanción sea posible y efectiva.

Producto de esta vocación, desde la entrada en vigencia en 1999 de la ley N° 19.617 que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación, se ha sucedido una multiplicidad de reformas legales que han modificado diversos cuerpos normativos, tales como la ley N° 19.927 que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal penal en materia de delitos de pornografía infantil; la ley N° 20.685 que agrava penas y restringe beneficios penitenciarios en materia de delitos sexuales contra menores de edad; y más recientemente la ley N° 21.160 publicada en 2019 que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, entre otras.

Asimismo, en el año 2022 se logró mejorar de manera importante la legislación en esta materia. Fueron promulgadas la ley N° 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia; la ley N° 21.515, que modifica diversos cuerpos legales para establecer la mayoría de edad como requisito esencial para la celebración del matrimonio; y la ley N° 21.527, que crea el nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil.

Además, en cuanto a la implementación de políticas públicas, durante el primer año de Gobierno del Presidente Gabriel Boric Font, se ha puesto en marcha la nueva Línea Especializada para la Representación de Niñas, Niños y Adolescentes, a raíz de la cual se implementaron 17 nuevos Centros Regionales Especializados a lo largo de todo el país; ha concluido la implementación en todo el territorio nacional de la ley N° 21.057, que Regula Entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales,

mediante la concreción de la tercera y última fase del sistema de entrevistadores; y se puso en marcha el Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos creado por la ley N° 21.389.

En el marco de estas acciones, fue aprobado el proyecto de ley, iniciado en mensaje, contenido en el Boletín N° 14.440-07. Este proyecto de ley tenía como objetivo hacerse cargo de las recomendaciones hechas por el Tercer Marco para la Acción contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes (ESCNNA)¹, correspondiente al período 2017-2019, en el sentido de adecuar la aproximación de nuestra legislación al fenómeno de la ESCNNA por la vía del reconocimiento de que el niño, niña o adolescente no se prostituye. En efecto, no tiene lugar una transacción voluntaria y consentida entre un niño, niña o adolescente y un adulto, consistente en el intercambio de dinero, especies, "protección" u otros favores proveídos por el adulto, a cambio de la realización de una determinada actividad de índole sexual. Lo que en verdad tiene lugar es una acción de explotación de parte del adulto de la vulnerabilidad del niño, niña o adolescente. De acuerdo con el mensaje de esta iniciativa, "los respectivos tipos penales, y particularmente las referencias a la prostitución, favorecen la percepción y entendimiento -erróneo, por cierto-, de que las niñas, niños o adolescentes presentan algún nivel de "voluntariedad" para "participar" en la comisión de este delito. Esta noción, niega o condiciona la "calidad de víctima". Al no considerar la situación de asimetría de poder que subyace entre una víctima y el o los victimarios"².

¹ Disponible en: https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=246616&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION

² Mensaje Proyecto de ley Boletín 14.440-07. Página 6. Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=14667&prmTIPO=INICIATIVA>

Luego de su tramitación y aprobación por este Honorable Congreso, la iniciativa fue finalmente publicada el 30 de diciembre de 2022, como ley N° 21.522, que introduce un nuevo párrafo en el Título VII del Libro II del Código Penal, relativo a la explotación sexual comercial y material pornográfico de niños, niñas y adolescentes.

Para la consecución de sus objetivos, la ley N° 21.522, además de otras modificaciones, crea un nuevo Párrafo 6 bis en el Título VII del Libro II del Código Penal, llamado "Explotación sexual comercial y material pornográfico de niños, niñas y adolescentes". En este nuevo párrafo se recogen normas y se reconfiguran conductas anteriormente contenidas en otros artículos y en otros párrafos, como se verá, por ejemplo, a propósito de los artículos 374 bis y 374 ter, que se encontraban previamente en el párrafo VIII llamado "De los ultrajes públicos a las buenas costumbres" y que esta ley traslada a este nuevo párrafo 6 bis, y se crea un nuevo delito que sanciona la transmisión de imagen o sonido a través de dispositivos técnicos de acciones sexuales o de significación sexual realizadas por personas menores de 18 años, contenido en un nuevo artículo 367 septies.

Producto de estas modificaciones, la producción de material pornográfico de niños, niñas y adolescentes, antes regulada en el artículo 366 quinquies, y las conductas de comercialización y almacenamiento de dicho material, antes reguladas en los incisos primero y segundo, respectivamente, del artículo 374 bis, pasaron a formar parte de una sola nueva disposición, a saber, el artículo 367 quáter.

Así, el inciso primero del artículo 367 quáter contiene la sanción a la

comercialización de material pornográfico y de explotación sexual de NNA; en su inciso segundo, se regula la producción de este mismo material y en su inciso tercero la de almacenamiento.

Como consecuencia de estas modificaciones, se hizo necesario suprimir los artículos reemplazados, es decir, los artículos 366 quinquies y 374 bis, en tanto que, como se señalaba previamente, los delitos allí regulados con la nueva ley pasaron a formar parte del artículo 367 quáter nuevo.

La nueva ubicación de estos delitos, y la correlativa derogación de los artículos que previamente los contenían, requiere hacer las correspondientes adecuaciones en las diversas normas que hacen referencia a estas, que, además, dada la relevancia de la materia, no son pocas.

Así, en razón de las modificaciones recién mencionadas, en concreto, surgió la necesidad de, por una parte, actualizar las referencias contenidas en diversas normas, tanto dentro como fuera del Código Penal, que se hacían respecto del párrafo 6 y los delitos allí regulados, como también de aquella regulación trasladada desde el párrafo VIII al nuevo 6 bis, como lo son los artículos 374 bis y 374 ter. Estas modificaciones, gestadas tanto durante la tramitación del proyecto, como en razón de las observaciones presentadas por el Presidente de la República, implicaron, como se señalaba anteriormente, adecuaciones no sólo al interior del propio Código Penal, sino también modificaciones en otros cuerpos normativos, como el Código Procesal Penal; la ley N° 21.057; la ley N° 21.160; la ley N° 20.084; y la ley N° 18.216.

Sin embargo, de manera paralela al avance en este Honorable Congreso de esta

iniciativa legal, se encontraban siendo tramitados otros dos proyectos de ley que, en algunos aspectos, regulaban materias similares, a saber, el comúnmente denominado proyecto de "Ley Antonia" y el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. El primero, contenido en el Boletín N° 13.688-25, que introduce múltiples modificaciones al Código Penal, Procesal Penal y otras leyes, tenía como finalidad, de acuerdo con los objetivos descritos en la propia moción parlamentaria: "[...]modificar diversos cuerpos legales con el fin de proteger los derechos de las víctimas de delitos sexuales, brindándole apoyo estatal para que conozcan y puedan ejercer adecuadamente sus derechos, protegiendo su integridad y privacidad en la investigación y el proceso penal, evitando su revictimización y, en definitiva, garantizando su derecho a una vida libre de violencia"³.

Esta iniciativa incorporaba menciones a conductas como la producción de material pornográfico de NNA que regulaba el artículo 366 quinquies, el que, según se ha dicho, fue suprimido por la ley N° 21.522, por trasladarse sustantivamente dicha descripción del tipo penal al inciso segundo del artículo 367 quáter. De manera que, a pesar de que la voluntad del legislador fue la de incluir en múltiples artículos la mención al artículo 366 quinquies, al haberse derogado este por una ley anterior, en definitiva, el texto finalmente publicado de la denominada "Ley Antonia", esto es, ley N° 21.523, no incluyó referencias al derogado artículo 366 quinquies.

Por otra parte, el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, contenido en el boletín N° 11.174-07, también tramitado de manera paralela, contiene

³ Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=14013&prmTIPO=INICIATIVA>

asimismo una referencia al artículo 366 quinquies.

Por todo lo mencionado es que, mediante la presente iniciativa de ley, se busca solucionar estos problemas que se produjeron debido a la tramitación paralela de distintos proyectos en que se hace mención a artículos que la ley N° 21.522 deroga y reemplaza, incorporando o sustituyendo dichas menciones, por la correspondiente figura vigente actualmente.

Por ende, se deben llevar a cabo las correspondientes adecuaciones, incluyendo en la ley N° 21.523 el artículo 367 quáter inciso segundo en todos aquellos casos en que este se mencionaba.

Asimismo, la presente iniciativa pretende realizar la correspondiente adecuación en la ley N° 21.527, que se tramitó paralelamente a la ley N° 21.522. De esta forma, resulta necesario adecuar la referencia que se hace al artículo 366 quinquies, con el objeto de lograr igualmente la sincronía entre ambas legislaciones.

Finalmente, el proyecto agrega una norma interpretativa al inciso cuarto del artículo 14 de la ley N° 21.522. Dicha norma establece las condiciones sobre las cuales se realiza el juicio de favorabilidad de aplicación de la normativa penal, a efectos de prohibir la creación de la denominada *lex tertia* o "tercera ley", en virtud de la cual el intérprete, con ocasión del juicio de favorabilidad, combina elementos más favorables al imputado existentes al momento de la comisión del hecho y las normas más favorables existentes al momento de la sentencia. De esta manera, la ley que aplica el intérprete no se corresponde en identidad, ni con la antigua ley, ni con la dictada con

posterioridad a la comisión del hecho, constituyendo una verdadera "tercera ley" que no ha sido objeto de deliberación democrática.

Pues bien, dicho inciso cuarto de la ley N° 21.522, indica que, para la realización de la determinación de la ley aplicable resultado del juicio de favorabilidad, se deben tomar en consideración "todas las normas en ella previstas que fueren pertinentes al juzgamiento del hecho".

La misma redacción de este artículo ya ha sido adoptada con anterioridad por el legislador a propósito de otras normas penales, entre otras, por el artículo primero transitorio de la ley N° 21.456, que establece la nueva ley de delitos informáticos. Sin embargo, a diferencia de aquella, la regulación de derecho intertemporal no se había enfrentado a una actualización de esta entidad, sino más bien, al reemplazo de un esquema por otro o al mero aumento de la pena del delito asociado.

De esta forma, mediante la presente iniciativa de ley se procura insertar una norma interpretativa del sentido de la regla contenida en inciso cuarto del artículo 14 de la ley N° 21.522, a efectos de despejar la posibilidad de interpretaciones que, fundándose en la distinción teórica entre, por una parte, normas sustantivas y, por otra, normas no sustantivas, no consideren a estas últimas en el ejercicio ordenado por el artículo 14 de la ley N° 21.522.

Así, por ejemplo, no es una interpretación adecuada ni válida la que, dado el cambio de referencia que se realiza en la norma sobre extraterritorialidad de la ley penal establecida en el artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales, que quien estuviera siendo juzgado por el delito de

producción de material pornográfico (artículo 366 quinquies, anterior a la ley N° 21.522) cometido en el extranjero arguyere que, con posterioridad a la ley N° 21.522, que los tribunales chilenos no tendrían competencia para conocer el asunto habida consideración de que, en la actualidad, la regla hace referencia al artículo 367 quáter inciso segundo, y no al artículo 366 quinquies.

Quien sostuviera dicha interpretación pretendería utilizar la regulación jurídica "sustantiva" referida al delito por el cual está siendo juzgado (artículo 366 quinquies, anterior a la ley N° 21.522) y, al mismo tiempo, la norma de competencia actualizada por la propia ley N° 21.522, generándose una situación jurídica que no se corresponde ni con la regulación anterior ni con la posterior a dicha ley. En otras palabras, esa interpretación corresponde a una tercera ley, respecto de la cual el Estado no tiene jurisdicción para conocer del delito, olvidando que la regla que contiene el delito, como aquella que permite el conocimiento de hechos cometidos en el extranjero son en igual medida "pertinentes para el juzgamiento del hecho".

Lo mismo podría suceder con la aplicación de la regla de la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra personas menores de edad. A pesar de que la norma que establece la prescripción de los delitos es, obviamente, una regla pertinente para el juzgamiento del hecho de conformidad con el inciso cuarto del artículo 14, una interpretación hábil, pero contraria al espíritu de la ley, podría sostener que, no siendo una regla "sustantiva" sino más bien "procesal" o de otra naturaleza, no sería necesario tenerla en cuenta para el ejercicio establecido en el inciso cuarto. Dicha interpretación inadecuada podría

sostener que, dado que la nueva regla de prescripción (artículo 94 bis) hace referencia a delitos cuyos guarismos no se corresponden con la ubicación actual de los mismos en el Código Penal, algunos delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley N° 21.522 deben someterse a las reglas generales.

Esta necesidad, entonces, surge por los indeseables efectos que se producirían de interpretarse inadecuadamente y, por otra parte, debido a que es una norma relativamente nueva y original en nuestro sistema.

Por esta razón, siendo una norma como la establecida en el artículo 14 de la ley N° 21.522 novedosa en el derecho nacional y no habiéndose desafiado las normas idénticas, contenidas en el artículo primero transitorio de la ley N° 21.459 (ley de delitos informáticos) de junio de 2022 o en el artículo transitorio de la ley N° 21.402 (ley introduce modificaciones a las normas del Código Penal referidas al delito de incendio, conocida como "ley Juan Barrios") de diciembre de 2021, es que la regla interpretativa que se ofrece en esta iniciativa legal deja claro que en la noción de "normas pertinentes al juzgamiento del hecho" incluye también a las normas de carácter procesal y a las normas referidas a la prescripción de la acción penal y que, por tanto, deben ser tomadas en consideración por el intérprete y el adjudicador para efectos del juicio de favorabilidad de conformidad con su inciso cuarto y, de esta forma, determinando la aplicabilidad de la completitud del derecho disponible con anterioridad a la entrada en vigencia de ley N° 21.522 o del derecho disponible con posterioridad a ella, pero no una combinación de ambos con cargo a permisibilidad de la aplicación retroactiva de la ley más favorable.

II. OBJETIVOS DE LA INICIATIVA

Con base en lo expuesto, la iniciativa que se somete a vuestra consideración tiene por objetivo principal adecuar la legislación posterior a las modificaciones hechas por la ley N° 21.522, sobre Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes, para no dejar espacios de ambigüedad en un área del derecho que debe aplicarse estrictamente apegada a la legalidad y para lograr que la cobertura que estas leyes brindan a los niños, niñas y adolescentes alcance también a aquellos que sean víctimas de los nuevos delitos tipificados.

De esta manera, un primer objetivo de esta iniciativa legal es actualizar en las leyes N° 21.523 y N° 21.527 aquellas referencias hechas al artículo 366 quinquies, reemplazándolas por el inciso segundo del artículo 367 quáter, en razón de ser ésta la norma que ahora ha pasado a contener sustantivamente la misma conducta delictiva, cual es, la producción de material pornográfico o de explotación sexual en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas menores de dieciocho años.

Luego, se incluyen otras adecuaciones menores, que dicen relación con los problemas de coordinación que se produjeron con la entrada en vigencia diferida de la ley de entrevistas video grabadas N° 21.057, que terminó de implementarse en octubre de 2022, haciendo que algunas referencias de la ley N° 21.523 estén desactualizadas, por cuanto hacen referencia a artículos derogados por la ley N° 21.057.

Por último, como se explicaba previamente, se incorpora también una norma interpretativa del inciso cuarto del

artículo 14 de la ley N° 21.522, para evitar interpretaciones incorrectas al momento de determinar la ley aplicable resultado del juicio de favorabilidad, y así, no sean consideradas normas no sustantivas, contrariando el ejercicio ordenado por dicha disposición.

III. CONTENIDO DEL PROYECTO

Teniendo presente lo expuesto de forma precedente, el proyecto de ley que someto a vuestra consideración propone:

1) Respecto de las modificaciones que realizó la ley 21.523:

a) Reemplazar todos aquellos artículos contenidos en la ley N° 21.523 en que, en el texto aprobado por este Honorable Congreso se hacía referencia al artículo 366 quinquies, incorporando la referencia actualizada a la numeración propuesta por la ley N° 21.522 del mismo, es decir, se incorpora a los catálogos de delitos la producción de material pornográfico de NNA del artículo 367 quáter inciso segundo. Este reemplazo se realiza respecto de las modificaciones propuestas por la ley 21.523 a los artículos 368 bis A, 369 bis A y 369 ter del Código Penal; a los artículos 109 y 109 bis del Código Procesal Penal; y al artículo 20 de la ley N° 19.640, orgánica constitucional del Ministerio Público.

b) Dada la instancia de adecuación, se corrige un problema de referencia de la ley N° 21.523 en la modificación del artículo 280 del Código Procesal Penal, probablemente suscitado producto de la implementación gradual de la Ley de entrevistas video grabadas, ley N° 21.057.

2) En cuanto a las adecuaciones que se requieren en el artículo 55 de la ley N° 21.527 que modifica la ley N° 20.084

sobre Responsabilidad Penal Adolescente, se propone:

i) Una actualización de referencia en el artículo 5, que reemplaza la mención al art. 366 quinquies derogado, por el 367 quáter inciso segundo.

ii) Dada la aspiración adecuatoria, se corrige un error de referencia contenido en el nuevo artículo 35 septies, respecto del artículo 33 de la ley orgánica que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, que debiese estar hecho al artículo 34.

3) Se restringe la referencia en el artículo 369 quinquies del Código Penal al artículo 367 quáter, solo al inciso segundo de esta última norma.

4) Incorporación de una norma interpretativa del inciso 4° del artículo 14 de la ley N° 21.522, para prevenir eventuales problemas sobre el alcance de la aplicación de la norma de derecho penal intertemporal.

En consecuencia, tengo el honor de someter a vuestra consideración, el siguiente

PROYECTO DE LEY:

"Artículo 1.- Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 21.523:

1) Introdúcese, en los numerales dos, tres y cuatro del artículo 1, entre las referencias a los artículos "367 ter" y "372 bis", la expresión "367 quáter, inciso segundo".

2) Introdúcese, en los numerales uno y dos del artículo 2, entre las referencias a los artículos "367 ter" y "372 bis", la expresión "367 quáter, inciso segundo".

3) Reemplázase, el numeral seis del artículo 2 por el siguiente:

"6. Intercálase en el inciso segundo del artículo 280, luego de la expresión "alguna de las circunstancias señaladas en el inciso segundo del artículo 191,", la frase "como también, tratándose de la situación a que refiere el artículo 191 ter,".

4) Introdúcese, en el artículo 3, entre las referencias a los artículos "367 ter," y "372 bis", la expresión "367 quáter, inciso segundo,".

Artículo 2.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 55 de la ley N° 21.527, que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes, y a otras normas que indica:

1) En el numeral 1:

i) Elimínase la expresión "366 quinquies,";

ii) Intercálase, entre las expresiones "367 ter," y "; el artículo 411 quáter en relación con la explotación sexual", la siguiente: ", 367 quáter, inciso segundo;".

2) En el numeral 28, reemplázase, en el inciso segundo del artículo 35 septies, la expresión "de conformidad a lo dispuesto en el artículo 33" por la frase "de conformidad a lo dispuesto en el artículo 34".

Artículo 3.- Sustitúyase en el artículo 369 quinquies del Código Penal, la expresión "367 quáter", por la frase "367 quáter, inciso segundo;".

Artículo 4.- Interpretase el artículo 14 de la Ley N°21.522, que Introduce un nuevo párrafo en el Título VII del Libro II del Código Penal, relativo a la explotación sexual comercial y

material pornográfico de niños, niñas y adolescentes, en el siguiente sentido:

Para efectos de lo dispuesto en el inciso cuarto, son también normas pertinentes para el juzgamiento del hecho las leyes de carácter procesal y las referidas a la prescripción de la acción penal vigentes durante el tiempo en que el hecho perpetrado pudo ser conocido por los tribunales. En consecuencia, las eliminaciones, sustituciones, derogaciones, reemplazos y supresiones realizadas por la ley N° 21.522 sólo se podrán tomar en consideración respecto de hechos perpetrados con posterioridad a su entrada en vigencia.

Dios guarde a V.E.,

GABRIEL BORIC FONT
Presidente de la República

LUIS CORDERO VEGA
Ministro de Justicia
y Derechos Humanos



Ministerio de Hacienda
Dirección de Presupuestos
Reg. 61GG

I.F. N°61/06.04.2023

Informe Financiero

Proyecto de Ley que adecua la legislación que indica en razón de la entrada en vigencia de las leyes N° 21.522, N° 21.523 y N°21.527.

Mensaje N° 22-371

I. Antecedentes

Este proyecto de ley tiene por objetivo principal adecuar la legislación posterior a las modificaciones hechas por la ley N° 21.522, sobre Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes.

Para ello, actualiza las referencias que se hacen en las leyes N°21.523, que modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales, y evitar su revictimización, N°21.527 que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N°20.084, sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes, y a otras normas que indica, y en el Código Penal. Además, se agrega una norma interpretativa para prevenir eventuales problemas sobre la aplicación de la norma de derecho penal intertemporal.

II. Efecto del proyecto de ley sobre el Presupuesto Fiscal

Dada la naturaleza adecuatoria de las modificaciones, su aplicación **no irrogará mayor gasto fiscal.**

III. Fuentes de información

- Mensaje 22-371 de S.E el Presidente de la República, con el que inicia un Proyecto de Ley que adecua la legislación que indica en razón de la entrada en vigencia de las leyes N° 21.522, N° 21.523 y N°21.527.

