PROYECTO DE LEY

Modifica el artículo 366 quinquies del Código Penal, incorporando un inciso segundo nuevo, con el fin de tipificar como delito la producción de material pornográfico infantil

Boletín N° 5215-07

VISTOS:

Lo dispuesto en los artículos 63 y 65 de la Constitución Política de la República; lo prevenido por la Ley Nº 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y lo establecido por el Reglamento de la H. Cámara de Diputados.

CONSIDERANDO:

1° Que el artículo 366 quinquies del Código Penal, introducido por la ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004, tipifica como delito: al **acto de participar en la producción de material pornográfico, en cualquier soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados niños**, es decir, menores de 18 años. Agrega, el mismo artículo -en su inciso segundo- qué ha de entenderse por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados niños, estableciendo que es tal "**toda representación de éstos** (niños) **dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales**"

2° Que, la opinión pública chilena, ha tomado conocimiento de la existencia de una gran cantidad de material pornográfico, contenido en diversos soportes, fundamentalmente electrónicos, referidos a la participación de niños, pero con la salvedad –claro- que no se trata de la participación realmente de menores, sino a creaciones del intelecto humano, a partir del diseño y las modernas herramientas que la tecnología ha desarrollado; se trata de imágenes virtuales, en

tres dimensiones, que no existen ni han existido en el mundo real, sino tan sólo en la mente de sus creadores, que luego son capaces de reproducir, como decimos, gracias al desarrollo tecnológico y sus particulares habilidades.

3° Que la elaboración de este tipo de material pornográfico no es un fenómeno moderno, acaso sólo de mayor divulgación y mejor desarrollo tecnológico, gracias a la informática y a la Red Internet, pero ya conocido hace muchos lustros, sin ir más lejos, en los comics (revistas de dibujos) trasandinos y de la península ibérica.

4° Que el tema ha tomado revuelo con motivo de la aún reciente tipificación de una serie de figuras que punen como delito la producción y divulgación de la pornografía infantil, que como veíamos en el primer considerando, se castiga la producción, cualquiera sea el soporte en que se contenga el material pornográfico, en la medida que se utilicen niños.

5° Que para la elaboración de este proyecto de ley, hemos solicitado opiniones a diversos letrados versados en la materia, con la finalidad de saber si en Chile las creaciones en que se divulgan imágenes pornográficas infantiles, sin que en su elaboración hubieren sido utilizados menores de edad, son consideradas dentro de las figuras típicas contenidas en los respectivos artículos del Código Penal o en leyes especiales.

6° Que es una opinión generalizada de los letrados consultados, el que dichos actos no cabe punirlos a la luz de ninguno de los artículos del Código Penal, ni en otros cuerpos legales, por varios motivos; el primero, y probablemente el de mayor importancia, se refiere a que detrás de cualquier tipificación legal, existe lo que los juristas denominan *el bien jurídico tutelado* que en este caso es la indemnidad sexual de los niños. Se trata de proteger la integridad psico sexual de una persona, que no cuenta con la madurez suficiente para manifestar libremente su voluntad, en torno a realizar actos, en este caso, sexuales o de connotación sexual. Entonces, para saber si estamos ante un delito, lo primero que cabe preguntarse, es qué ocurre con el bien jurídico que tutela la figura penal. En el caso de la producción de material pornográfico creado a

partir de la imaginación de una persona, que no utiliza a menores, es claro que no existe afectación del bien jurídico indemnidad sexual, que protegen todas las figuras introducidas o perfeccionadas a partir de la ley N° 19.927.

7° Que, una opinión minoritaria, se inclina por considerar que la figura del artículo 366 quinquies sí contemplaría la creación de pornografía infantil, -que no utiliza a menores- como delito, interpretando el no definido verbo “representar” a la luz del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que lo define como “*figura*” o “*imagen o idea que sustituye a la realidad*” o “*cosa que representa otra*” e “*imagen o concepto en que se hace presente a la conciencia un objeto exterior o interior*”. Esta opinión, sin embargo -y por cierto muy minoritaria- no parece la más adecuada si además de lo ya dicho acerca del bien jurídico protegido (que en este caso no sería la indemnidad sexual de los menores, pues no participan niños) consideramos el principio conforme al cual las palabras utilizadas en los tipos penales deben ser interpretadas restrictivamente, y además que para configurar un delito es menester que concurren todos y cada uno de los elementos –copulativamente- de modo que si falta alguno no hay delito. En este caso, no sólo se exige la representación, como verbo del tipo, sino también la utilización de menores, de modo que puede haber representación que sustituya a la realidad, pero siempre bajo el supuesto que se utilizaron niños Aún más, y si realizáramos un *ceteris parubis* y olvidáramos todos los fundamentos que venimos anotando (bien jurídico, interpretación restrictiva y concurrencia copulativa de los elementos) y otorgáramos el mérito de tipificar como delito la acción de crear una imagen en tres dimensiones de pornografía infantil, a partir de la interpretación de la palabra “representación”, la excusa absolutoria sería irrefutable: Nos diría el imputado lo siguiente: - el de la “representación” no es menor de 18 años, sino un adulto en cuerpo de niño, como el protagonista del “El Tambor de Hojalata” de la novela del escritor Günter Grass llevada al cine y dirigida por Volker Schlöndorff, que relata la historia de un niño que horrorizado por el mundo de los adultos decide no crecer, pese al transcurso de los años que lo convierten en un hombre en cuerpo de niño. Porque claro, quién podría sostener una opinión contraria a la de su creador.

8° Que jurídicamente no estamos frente a un vacío legal, sino lisa y llanamente, frente a una conducta no tipificada como delito. La distinción es importante, pues si se sostiene que hay un vacío legal, quiere decir que cuando el tema fue discutido en el Congreso, los parlamentarios, ni el ejecutivo (órgano co legislador) no fuimos lo suficientemente agudos y perspicaces en la elaboración de la norma, quedándosenos hipótesis comitivas fuera de la tipificación, lo que no es efectivo; lo que ocurre, es que en su momento no se consideró a dicha actividad como constitutiva de un acto reprochable al grado de punirlo.

9° Que, entonces, y puesto que es una opinión mayoritaria y fundada, la que sostiene que no está tipificado como delito la creación de pornografía infantil en que no son utilizados menores de edad, nos parece, recogiendo por lo demás parte de una sensibilidad social, que es necesario tipificar tal conducta como delito.

10° Que la tipificación de la figura que planteamos, según lo expuesto, no protege el mismo bien jurídico que los tipos penales sobre pornografía infantil, que como hemos dicho, es la indemnidad sexual de los menores de 14 años, o la libertad sexual de los menores de 18. Y como lo hemos dicho también, ello es así, porque no hay participación de niños en la creación de dicho material. El que se protege es otro bien jurídico, asociado no a delitos de resultado, sino a delitos de peligro, y más específicamente a delitos de peligro abstracto, que protege su propio bien jurídico, que es la seguridad de los menores frente al riesgo que importa la existencia de ese tipo de material, que puede ser utilizado como elemento de seducción de menores.

11° Que en la elaboración de este proyecto, hemos tenido en especial consideración el acucioso trabajo escrito por el profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile y Ministro de la Corte de Apelaciones de San Miguel, don Carlos Künsemüller, publicado en la Gaceta Jurídica N° 273 del año 2003, sobre DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL (modificaciones legales anunciadas y problemas ad portas), del cual citamos, a la letra, *"Siguen quedando excluidas de toda relevancia penal –afirma Tamarit Sumalla– las conductas de pornografía técnica o virtual en que el material utilizado*

corresponde exclusivamente a personas mayores de edad a las que mediante una alteración de sus facciones o de otros aspectos se les da una apariencia infantil" (8). En segundo término, la "pseudo pornografía", entendiéndose por tal aquella en la que se insertan fotogramas o imágenes parciales o totales de menores reales como intervinientes en situaciones de contexto pornográfico, parece encontrar bastante menos resistencia en cuanto a su punibilidad (9). Por último, tratándose de la pornografía infantil propiamente "virtual", esto es, generada íntegramente en el ordenador, ella ha suscitado desde ya un intenso debate jurídico. Numerosos autores piensan que estas situaciones deberían quedar al margen de medidas incriminadoras, por cuanto en estos supuestos no se produce una utilización real de menores de edad en contextos sexualmente ofensivos, lo que a su vez traería como consecuencia la ausencia de lesión material al bien jurídico protegido y, por ende, una vulneración del principio de ofensividad, en caso de punición (10). Por su parte, el Borrador de 25 de abril de 2000 de la Convención Internacional sobre delitos en Internet del Comité Europeo de Problemas Penales (Comité de Expertos en delitos en Internet), propugna en su artículo 29 una definición de pornografía infantil que incluye la "pornografía técnica", quien agrega, *Por ahora, en esta brevísima minuta y sin perjuicio de mayores y mejores reflexiones que de seguro nuestros comentaristas efectuarán en relación a estas nuevas iniciativas legales, sometidas directamente al poderoso influjo de las veloces –y difíciles de regular jurídicamente– tecnologías modernas, estimamos conveniente no dejar de lado las opiniones vertidas por quienes, en sus respectivos ámbitos jurídico penales, ya han debido ocuparse de estos problemas. Así, p. ej., Morales Prats ha puntualizado que la eclosión de la Red constituye uno de los problemas jurídicos más candentes en el panorama jurídico actual. El fenómeno de las nuevas autopistas de la información suscita un enjambre de cuestiones de fondo, cuya elucidación requiere que se opere en varias direcciones. Se trata de abordar el significado multidireccional de la Red en el ámbito jurídico como cuestión previa e ineludible al análisis jurídico penal de las conductas ilícitas en Internet, las relaciones y fronteras entre responsabilidad civil y penal, la problemática jurídica general de la tutela de datos personales y cuestiones relativas a la tutela de la propiedad intelectual e industrial en las redes telemáticas o, por último, cuestiones que afectan las reglas del tráfico jurídico en el*

mercado virtual; como es fácil de comprobar se trata de un elenco de problemas que trascienden, con mucho, la estricta disciplina del Derecho Penal (11). Este nuevo desafío para los juristas los enfrenta directamente a conflictos o tensiones entre tecnología, libertad, protección irrenunciable de ciertos individuos y seguridad jurídica, cuya solución equilibrada no es tarea de fácil despacho.

POR LO TANTO,

Los diputados que suscriben viene en someter a la consideración de este Honorable Congreso Nacional el siguiente,

PROYECTO DE LEY

Artículo único: Se agrega, en el artículo 366 quinquies del Código Penal, el siguiente inciso segundo nuevo, pasando el actual inciso segundo a ser tercero: "***Si en la producción de material pornográfico no hubieren sido utilizados menores de edad, pero se les representare, se impondrá la pena de presidio menor en su grado mínimo***"