

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

BOLETÍN N° 5837-07

HONORABLE CÁMARA:

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia viene en informar, en primer trámite constitucional y primero reglamentario, el proyecto de la referencia, originado en una moción del Diputado señor Patricio Walker Prieto y copatrocinada por los Diputados señoras Carolina Goic Boroevic y Claudia Nogueira Fernández, y señores Juan Bustos Ramírez, Guillermo Ceroni Fuentes, Marcelo Díaz Díaz, Maximiano Errázuriz Eguiguren, Cristián Monckeberg Bruner y Felipe Ward Edwards.

Durante el análisis de esta iniciativa, la Comisión contó con la colaboración de don Jaime Jara Retamal, Jefe de la Brigada de Investigaciones del Cibercrimen de la Policía de Investigaciones de Chile y don Néstor González Hidalgo, Subjefe de la misma Brigada, el abogado de la Biblioteca del Congreso Nacional señor Patricio Cavada Herrera y el abogado de la Fundación Jaime Guzmán señor Cristián Valenzuela Bustos.

Igualmente, la Comisión tuvo a la vista un trabajo preparado por la abogada de la Biblioteca del Congreso señorita Christine Weidenslaufer von Kretschmann, titulado “Child Grooming” en la legislación extranjera.”.

I.- IDEAS MATRICES O FUNDAMENTALES.

La idea central del proyecto pretende:

a) modificar el Código Penal para sancionar el acoso sexual a menores efectuado por medios informáticos y virtuales y reprimir la pornografía de menores virtual o simulada, y

b) incluir el delito de pornografía infantil en la regla especial para delitos sexuales prevista en el artículo 4° de la ley N° 20.084, cuando esta figura se da entre menores con una diferencia de edad inferior a tres años y siempre que no concurra fuerza o intimidación ni ninguna de las circunstancias propias del delito de estupro.

Tal idea, la que es propia de ley al tenor de lo establecido en el artículo 19 N° 3, incisos séptimo y octavo, en relación con el artículo 63, números 2 y 3, todos de la Constitución Política, el proyecto, de acuerdo a la indicación sustitutiva total, la concreta mediante tres artículos que introducen las correspondientes modificaciones.

II.- CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS.

Para los efectos de lo establecido en los números 2°, 4°, 5° y 7° del artículo 287 del Reglamento de la Corporación, la Comisión dejó constancia de lo siguiente:

1.- Que ninguna de las disposiciones del proyecto requiere un quórum especial de aprobación.

2.- Que el proyecto no contiene disposiciones que sean de la competencia de la Comisión de Hacienda.

3.- Que el proyecto fue aprobado en general por unanimidad (participaron en la votación los Diputados señores Araya, Burgos, Bustos, Cardemil, Ceroni, Eluchans, Cristián Monckeberg y Walker).

4.- Que no hubo artículos o indicaciones rechazados por la Comisión.

III.- DIPUTADO INFORMANTE.

Se designó Diputado Informante al señor Patricio Walker Prieto.

IV.- ANTECEDENTES.

1.- En los fundamentos de la moción se señala que el acceso masivo a los recursos informáticos, especialmente a la red internet, ha creado nuevos espacios de conocimiento y entretenimiento, pero también ha dado lugar a nuevas amenazas, especialmente para los menores de edad, permitiendo a pedófilos y pederastas, servirse de los vacíos de la ley, para buscar acercamientos con menores.

Se agrega que esta práctica, conocida en el derecho anglo - sajón como “ child grooming”, consiste en contactar a menores en sitios de conversación mediante identidades simuladas, con el objeto de tratar temas de carácter sexual orientados a obtener que el menor envíe imágenes suyas que procuren la excitación sexual del abusador o lograr encuentros personales para llevar adelante sus abusos. Tales encuentros pueden estar acompañados de engaños, amenazas o coacciones.

Se añade que el problema ha sido tratado en países como Inglaterra, Canadá y los Estados Unidos y en Chile ya ha tomado la policía conocimiento de hechos que podrían tener las características de este tipo de acciones, lo que, sin perjuicio de que nuestra legislación contemple sanciones para algunas formas de esta clase de abusos, resulta conveniente, especialmente si se tiene presente que el acceso a internet residencial ha experimentado un crecimiento de 9,14% entre 2000 y 2006, precisar los términos de estos ilícitos y adoptar las prácticas preventivas previstas en las legislaciones extranjeras. De aquí, entonces, que el proyecto se refiera al empleo de los medios virtuales e informáticos para la realización de este tipo de acciones y se ocupe del acoso sexual a menores.

Se agrega en los fundamentos que el proyecto trata también de la pornografía infantil virtual o simulada, tema ya tratado en otras mociones que han sido consideradas para afrontar el problema, señalando que este tipo de acciones pueden adoptar dos formas principales: la primera emplea la imagen o la voz de un menor para, por medio de manipulaciones virtuales, incorporarlas a una producción pornográfica de tal manera que parezca que el menor participa efectivamente en las acciones de carácter sexual que se exhiben; la segunda consiste en la creación por medios informáticos de imágenes o sonidos pornográficos, pero sin emplear la imagen o la voz de una persona. La primera de estas formas sería la que trataría el proyecto puesto que es la única que lesiona la intimidad de un menor.

Con el objeto de afrontar las situaciones descritas, el proyecto modifica los artículos 366 quáter y 366 quinquies del Código Penal, como también incluye la producción pornográfica infantil en la regla de excepción que establece el artículo 4° de la Ley sobre Responsabilidad Penal Juvenil.

2.- El texto de las disposiciones que se modifican será analizado en el capítulo sobre la discusión en particular de este proyecto.

V.- LEGISLACIÓN COMPARADA.

De acuerdo a los antecedentes proporcionados por la Biblioteca del Congreso, podría definirse el “child grooming” o seducción de menores como el conjunto de acciones emprendidas deliberadamente por un adulto con el objeto de ganarse la amistad de un menor de edad, al crearse una conexión emocional con el mismo, con el fin de disminuir las inhibiciones de este último y poder abusar sexualmente de él.

Agregan dichos antecedentes que careciendo el ciber espacio de fronteras, no existe una legislación común para enfrentar este problema y, más aún, dado el hecho de tratarse de un delito nuevo, son aún pocas las legislaciones que han tomado medidas para enfrentarlo. Entre éstas pueden citarse las siguientes:

Alemania

El artículo 176 del Código Penal sanciona con pena privativa de libertad, de tres meses hasta cinco años, a quien realice acciones de significación sexual ante un menor y en su número 4. trata el caso de la figura que se analiza, sancionando con la misma pena a quien ejerza influencia sobre el menor por medio de la exhibición de ilustraciones o representaciones pornográficas o por dispositivos sonoros de contenido pornográfico o por conversaciones en el mismo sentido.

Si bien la figura descrita, no señala expresamente el medio empleado para la exhibición de las ilustraciones e imágenes, establece en cambio la forma cómo se ejerce la influencia sancionada.

Igualmente, esta normativa sanciona con la misma pena privativa de libertad a quien ofrezca o prometa a un menor para la comisión de los delitos que señala el artículo 176 citado, o bien se coluda con otro para cometerlo.

Australia

El Código Criminal australiano ha introducido a nivel federal diversas modificaciones para contrarrestar la seducción de menores.

Así la sección 474.26 trata acerca del uso de un servicio de transmisión de comunicaciones por medios electromagnéticos para procurar que una persona se involucre, tienta, aliente, induzca o reclute, en actividades sexuales a personas menores de 16 años de edad.

El número 1 de esta sección señala que el remitente comete delito si utiliza un servicio de transmisión electromagnético para transmitir una comunicación a otra persona, con la intención de que el receptor participe o se someta a una actividad sexual con el remitente. Además de lo anterior el remitente debe ser una persona mayor de 18 años y el receptor debe ser menor de 16 años o el remitente creer que tiene esa edad.

El número 2 repite la misma figura, pero referido a que quien se involucra con el menor es un tercero de 18 o más años de edad o el remitente cree que tiene tal edad.

El número 3 describe la misma figura pero pretende que la acción sexual se lleve a cabo delante de él o de un tercero que tiene 18 o más años o el remitente cree que tiene tal edad.

En todos estos casos la penalidad llega hasta los 15 años de prisión.

La sección 474.27 trata del uso de un servicio de transmisión de comunicaciones por medios electromagnéticos para seducir a personas menores de 16 años.

El número 1 de esta sección señala que el remitente, mayor de 18 años, comete delito si utiliza un servicio de transmisión de comunicación para contactarse con otra persona, que la comunicación incluya material indecente, que la comunicación se haga con la intención de que el receptor participe o se someta a una actividad sexual con el remitente, y que el receptor sea una persona menor de 16 años o el remitente crea que tiene esa edad.

El número 2 reitera la figura anterior pero quien se involucra con el menor es un tercero que tiene 18 o más años de edad o el remitente cree que tiene esa edad.

El número 3 repite la figura pero en este caso el remitente tiene la intención de que la actividad se lleve a cabo en su presencia o en la de un tercero de 18 o más años de edad o que el remitente cree que tiene tal edad.

La penalidad en los dos primeros casos es de 12 años y en el tercero de 15.

Estados Unidos de Norteamérica.

La legislación federal contenida en United State Code, en su Título 18, secciones 1591, 2421, 2422 y 2423 sanciona a quien intente seducir o atraer a menores para participar en acciones sexuales.

La sección 2422 consagra dos hipótesis:

- por la primera sanciona a quien, a sabiendas, persuade, induce, incita o coacciona a otras personas a viajar a través del comercio interestatal o exterior para dedicarse a la prostitución o participar en cualquier actividad sexual delictual, con multa, prisión hasta 20 años o ambas penas.

- por la segunda sanciona al que, a sabiendas, utilice el correo electrónico o cualquier medio del comercio interestatal o exterior para persuadir, inducir, incitar o coaccionar a un menor de 18 años para ejercer la prostitución o participar en cualquier actividad sexual delictual, con multa y prisión entre 5 y 30 años.

El Departamento de Justicia señala como ejemplo que justificaría la aplicación de la norma descrita, el que una persona adulta se encuentre con un menor en una sala de chat y utilice los correos electrónicos mutuamente intercambiados para persuadirla a que se reúnan con la intención de realizar una actividad sexual.

VI.- DISCUSIÓN DEL PROYECTO.

A.- Intervención del señor Jaime Jara Retamal, Jefe de la Brigada de Investigación del Cibercrimen de la Policía de Investigaciones de Chile.

Invitado a exponer, manifestó su conformidad con el proyecto por cuanto se trataba de un tema enfocado en los menores de edad afectados por el uso de la informática. Aclaró que internet no tenía regulación alguna y cualquier persona podía colocar en ella el material que quisiera sin restricción de ninguna especie, de tal manera que la imagen de un menor difundida por medio de la red no se borraba nunca más.

Agregó que lo lógico era que se sancionara al ciudadano responsable del país que, a sabiendas de que trata con un menor de edad, una persona vulnerable, intenta conseguir de ella o de él los datos suficientes para establecer una relación virtual de intimidad o pololeo y obtener fotografías o videos de esa persona desnuda o, aprovechándose de

su ingenuidad o inocencia, concertar un encuentro directo. Estimaba que el sólo hecho de la relación virtual, de la intención de provocar el encuentro, debería sancionarse, para lo cual resultaba necesaria la existencia de una legislación que sancionara la obtención de tal material como producto del aprovechamiento de un menor de edad. Agregó que ello ayudaría a evitar posibles abusos futuros.

Dijo no tener claro cuál podría ser la edad adecuada para establecer la sanción, por cuanto los menores aprovechados creían interactuar con alguien de su misma edad, siendo, en consecuencia, tarea de los especialistas determinar su grado de madurez y la edad en que tienen conciencia de sus actos.

En cuanto a la necesidad de la existencia de registros, señaló que estaba de acuerdo con la exigencia de un registro de los usuarios, pero como las investigaciones solían demorarse, no parecía conveniente el establecimiento de plazos muy breves de duración de éstos, ya que ello podría perjudicarlos. La capacidad de almacenamiento no era tan costosa hoy día como en el pasado, por lo que creía que perfectamente los proveedores de internet podían mantener registros de, por lo menos, un año. Agregó que la existencia de registros no sólo había servido para la investigación de pornografía infantil sino que también para la de otro tipo de delitos en el país.

En el caso de los “ciber café”, en que se protege el anonimato del usuario, le parecía que no debería haber inconvenientes para exigir a éstos su cédula de identidad para tener acceso a los equipos. Creía necesario regular el accionar de los proveedores de internet y de quienes subarriendan estos servicios.

Refiriéndose a la pornografía infantil, señaló que quien consume habitualmente este tipo de material, tiene más probabilidades de abusar de un menor, siendo de observar que pederastas y pedófilos normalmente visualizan páginas de pornografía infantil pero no almacenan dado que ello constituye delito. Creía que la visualización habitual de pornografía infantil debería penalizarse.

Ante una consulta acerca de que esta última afirmación podría dar lugar a una violación de la privacidad de las personas, que podrían recibir en sus equipos material pornográfico infantil por la vía de los llamados “spam” o correos no deseados, señaló que tal habitualidad podía determinarse por el análisis técnico de los equipos por parte de especialistas y que lo normal era que los “spam” se recibieran como consecuencia de haber visitado páginas de pornografía.

B.- Discusión en general.

Durante el debate acerca de la idea de legislar, el Diputado señor Walker explicó que como efecto del desarrollo de las tecnologías de la información, específicamente el acceso a internet, han surgido muchas posibilidades positivas para el mundo, pero también muchas amenazas, como es el caso del llamado “child grooming”, el que consiste en contactar a menores por medio de sitios de conversación o programas

informáticos como el Messenger u otras formas, en que un adulto, simulando su identidad y haciéndose pasar por otro menor, entabla conversaciones de carácter lascivo con el objeto de conseguir que el menor contactado envíe imágenes íntimas en un contexto sexual para provocar la excitación del solicitante, o bien, para convenir un encuentro personal con el menor y abusar de él, problema que ha sido tratado por las legislaciones de varios países tales como Canadá, Inglaterra y los Estados Unidos.

En atención a lo anterior, señaló que se proponía modificar el artículo 366 quater del Código Penal, norma que trata del abuso sexual impropio, y que en sus dos primeros incisos señala lo siguiente:

“ 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, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.

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, la pena será presidio menor en su grado máximo.”.

Explicó que las modificaciones que se proponían, tenían por objeto establecer que se incurría en este delito cualquiera fuera el medio por el que se realizaren las acciones de connotación sexual, como también para precisar más la figura delictiva.

Cerrado el debate, se aprobó la idea de legislar por unanimidad (participaron en la votación los Diputados señores Araya, Burgos, Bustos, Cardemil, Ceroni, Eluchans, Cristián Monckeberg y Walker).

C.- Discusión en particular.

Antes de comenzar la discusión pormenorizada del proyecto, los Diputados señoras Nogueira y Saa y señores Araya, Burgos, Bustos, Cardemil, Ceroni, Eluchans, Cristián Monckeberg y Walker presentaron una indicación sustitutiva total del proyecto, sobre la cual se pronunció la Comisión.

Artículo 1º.-

Modifica los artículos 366 quáter y 366 quinquies del Código Penal.

I - Su letra a) introduce cuatro modificaciones en el artículo 366 quáter, todas las que la Comisión acordó tratar separadamente.

El texto del artículo que se modifica, ubicado en el párrafo 6 del Título VII del Libro II, que trata del estupro y otros delitos sexuales, señala lo siguiente:

“Artículo 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, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo. (541 días a 5 años).

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, la pena será presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años).

Con iguales penas se sancionará a 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 1º del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363.”.

1ª. Modificación.

Intercala en el inciso segundo, entre las frases “suyo o de otro” y” la pena será”, lo siguiente:

“ o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona, con significación sexual,”.

El Diputado señor Walker explicó la indicación, señalando que el artículo 366 quáter sancionaba la figura del abuso sexual impropio y dentro de esta figura se contemplaba la incitación a un menor de catorce años para la realización de acciones de significación sexual frente a un adulto, pero tal figura no comprendía el envío por medio de la red, de imágenes del menor, por ejemplo, desnudo o realizando acciones de significación sexual. Añadió que estas acciones, conocidas como “child grooming”, habían experimentado una constante proliferación y se encontraban penadas en diferentes legislaciones como las de los Estados Unidos, España, Inglaterra y Alemania. En la legislación nacional existía un vacío al respecto que resultaba necesario subsanar.

El Diputado señor Burgos coincidió con la necesidad de sancionar esta nueva forma del abuso sexual impropio, pero creyó ver en la proposición que se sometía a consideración de la Comisión, una cierta desproporción, toda vez que la figura actualmente descrita en este inciso del artículo 366 quáter, requiere que las acciones de significación sexual a que se incita o determina al menor, se realicen en la presencia física del hechor o de un tercero, exigencia que, en cambio, no se plantea en la nueva forma que se propone, no obstante lo cual la penalidad sería la misma. Al respecto, dijo creer que le parecía más reprochable la forma actualmente descrita en la norma, que exige la presencia física de víctima y victimario y no la que se propone en que la comisión del delito se consuma por la vía del envío de imágenes.

El Diputado señor Walker sostuvo que ambas formas merecían igual juicio de reproche e, incluso, pensaba que la forma propuesta, es decir, el “child grooming” propiamente tal, podría, quizás, merecer mayor reproche, porque la imagen del menor en acciones de significación sexual queda almacenada y es subida a la red, elemento de carácter global que permite la difusión a lo largo y ancho del mundo, por lo que el daño que se causa resulta de enorme gravedad.

Cerrado el debate, la Comisión procedió a aprobar la modificación en los mismos términos propuesto, por unanimidad.

2ª. Modificación.

Agrega en el inciso tercero, a continuación del punto final, que pasa a ser coma, la siguiente frase:

“o mediante amenazas en los términos de los artículos 296 y 297.”.

El Diputado señor Walker explicó esta nueva modificación, señalando que de acuerdo al inciso tercero de este artículo, la figura del abuso impropio se aplica, asimismo, respecto de personas mayores de 14 años pero menores de 18, siempre que concurra una de las circunstancias del delito de violación como es el uso de la fuerza o intimidación o cualquiera de las que señala el artículo 363 para el delito de estupro, vale decir, abuso de una anomalía o perturbación mental, abuso de una relación de dependencia o de grave desamparo de la víctima o engaño abusando de su falta de experiencia o ignorancia sexual. No obstante, no se contemplaba la posibilidad de que para la consumación del delito se incluyeran las amenazas, situación que de acuerdo a los antecedentes proporcionados por la Policía de Investigaciones y por el Ministerio Público, sería algo de ordinaria ocurrencia y que muchas otras legislaciones contemplarían. Esa sería la razón de esta proposición, de manera de configurar también el delito respecto de mayores de 14 años, cuando se usa de amenazas para ello.

Ante algunas dudas manifestadas por el Diputado señor Burgos, agregó que en el caso de los dos primeros incisos de este artículo, referidos a los menores de 14 años, la concurrencia o no de las amenazas sería irrelevante para la configuración del ilícito, por cuanto para ello basta que se determine al menor para la realización de acciones de significación sexual. Se trataría de una situación similar a lo que sucede con el delito de violación impropia contemplado en el artículo 362, en que el simple acceso carnal a un menor de 14 años configura el ilícito, sin necesidad de que concurra ninguna de las circunstancias de la violación propiamente tal previstas en el artículo 361.

El Diputado señor Bustos explicó que en el caso planteado por la indicación, además del delito base, concurriría el de amenaza y, por tanto, habría un concurso ideal, aplicándose al efecto la pena más alta correspondiente al delito más grave.

Finalmente, el mismo Diputado señor Bustos, en atención al debate suscitado respecto de la tercera modificación que se introduce a este artículo 366 quáter y que se trata a continuación, propuso, junto con acoger la modificación planteada, sustituir el actual 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.”.

Se aprobó la proposición por unanimidad.

3ª. Modificación.

Agrega un nuevo inciso al artículo, el que pasaría a ser cuarto, del siguiente tenor:

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

El Diputado señor Walker explicó que esta proposición acogía una sugerencia formulada por el Diputado señor Bustos quien, en atención a que en el texto original de la moción, se incluía en cada inciso de este artículo 366 quáter la circunstancia de cometerse estos ilícitos por medios electrónicos o de transmisión a distancia, había planteado consagrar en un inciso aparte que la realización de tales conductas por medios electrónicos, configuraba también el delito. Por ello, en esta indicación se proponía hacer aplicables las mismas penas con que se sanciona el abuso impropio y el “grooming”, a los casos en que estos delitos se cometan a distancia, por cualquier medio electrónico. En otras palabras, la proposición se refería a la forma o la vía que se utiliza para la consumación del delito, procurando así que no queden impunes estas conductas cuando se cometen por los medios que hoy facilita la electrónica, vale decir, el chat, internet, fotolog, messenger y demás elementos nuevos existentes.

El Diputado señor Cardemil dijo comprender la proposición, pero creía que la expresión “ a distancia” introducía cierta vaguedad a la construcción del tipo penal, por lo que se mostró partidario de suprimirla.

El representante de la Biblioteca del Congreso, señor Cavada, explicó que lo que justificaba la inclusión de tal expresión, era que en los dos primeros incisos de este artículo se exigía para los efectos de la configuración del tipo penal, que las acciones de significación sexual se realizaran ante o delante de un menor o de un adulto, según el caso, y como tales características no se daban en las imágenes transmitidas electrónicamente, los jueces podrían considerar no configurado el delito.

Asimismo, ante la observación formulada por el Diputado señor Walker quien creyó necesario incluir en esta proposición una referencia no sólo a los dos primeros incisos del artículo sino también al tercero, por cuanto la omisión de tal mención entendería excluidos a los mayores de catorce años y menores de dieciocho, explicó que tal mención no parecía procedente porque dicho inciso no señalaba penas sino que solamente efectuaba una referencia.

El Diputado señor Bustos, haciéndose cargo de esta última respuesta, fue partidario de sustituir la redacción actual del inciso tercero indicando primero el tipo penal y señalar al final la penalidad aplicable, proposición que se aprobó y que se tradujo en el texto ya señalado en el número anterior.

En cuanto a las expresiones “ a distancia”, coincidió con el Diputado señor Burgos en cuanto a que, no obstante su complejidad, su exclusión no permitiría otra forma de ejecución del delito que no fuera personal. Explicó que el delito a distancia, como sería por ejemplo una carta bomba enviada a un lugar determinado, en el Derecho Penal reflejaba más bien un problema de competencia, sin embargo en este caso formaba parte del tipo penal.

Finalmente, la Comisión, dejando constancia que entendía los términos “ a distancia” como formando parte de la tipificación de este delito, acordó, por unanimidad, aprobar la proposición con la siguiente redacción:

“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.”.

4ª. Modificación.

Agrega el siguiente inciso final a este artículo:

“ 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.”.

El Diputado señor Walker explicó la proposición señalando que falsear la imagen o la edad era una práctica muy común en el “grooming”, toda vez que como el menor no veía a la persona con la que se contactaba por medio del computador, la que se presentaba como si fuera otro menor, lo que hacía que el primero, creyendo tratar con alguien de su edad, entrara en confianza y se prestara a lo que se le pedía, es decir, envío de imágenes, fotografías e incluso, la posibilidad de contactos físicos. En otras palabras, se utilizaba el engaño para conseguir los fines perseguidos, por lo que pensaba que parecía lógico agravar la penalidad.

Ante las objeciones formuladas por el Diputado señor Burgos, en el sentido de que en la inmensa mayoría de los casos lo común sería que el delincuente no diera a conocer su verdadera identidad y

las observaciones del Diputado señor Ceroni, en cuanto a que no creía que tal circunstancia justificara agravar la penalidad, el Diputado señor Bustos respaldó la proposición, argumentando que si con ese falseamiento de la identidad el hechor busca, progresivamente, ganarse la confianza de la víctima para obtener los fines que persigue, si se justificaría agravar su responsabilidad.

Cerrado el debate, se aprobó la proposición, sólo con correcciones formales, por mayoría de votos (6 votos a favor y 2 abstenciones).

III.- Su letra b) modifica el inciso segundo del artículo 366 quinquies, el que señala lo siguiente:

“Artículo 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, será sancionado con presidio menor en su grado máximo. (3 años y un día a 5 años).

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.”.

La proposición contenía un total de tres enmiendas a este inciso, siendo retiradas las dos primeras, por lo que la modificación se redujo a agregar al final del inciso segundo, sustituyendo el punto final por una coma, lo siguiente:

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

El Diputado señor Walker señaló que la primera parte de este artículo tipifica el delito de producción de material pornográfico infantil y su inciso segundo define lo que se entiende por tal para los efectos de este artículo y del artículo 374 bis, que se refiere a la comercialización de este material.

Agregó que en la producción de material pornográfico infantil que se efectúa mediante medios virtuales, suelen utilizarse los cuerpos o determinados miembros de una persona con la cara de un menor, de tal manera que este último debe resignarse a que se realice la comercialización de su rostro en tales condiciones. Agregó que esto comprendía también la producción de este material por medio de monos animados que, conocidos con el nombre de “hentai”, se exporta del Japón, donde esta prohibido, a Chile donde no lo está. De ahí, entonces, que se quiera sancionar esta forma que emplea la voz o la imagen del menor, alterada o modificada.

Ante la duda planteada por el Diputado señor Burgos en el sentido de que si se empleaba la voz o la imagen del menor sin alteración o modificación alguna, significaría que no habría producción de

material pornográfico y, por consiguiente, tampoco delito, el Diputado señor Eluchans, propuso anteponer a las palabras “alterada o modificada” la expresión “incluso”, lo que llevó a la Comisión a aprobar la proposición, con la modificación señalada, por unanimidad.

Artículo 2°.-

Modifica el artículo 4° de la ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal juvenil, norma que señala lo siguiente

“Artículo 4°.- Regla especial para delitos sexuales.- No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis y 366 quáter del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquélla y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos.”.

La modificación consiste en agregar a la enumeración de las normas del Código Penal, después del artículo “366 quáter” el artículo “366 quinquies”.

El Diputado señor Walker recordó que al aprobarse la ley N° 20.084, se había modificado la edad mínima para que el consentimiento en una relación sexual fuera válido, elevándose dicha edad de 12 a 14 años. En ese entonces, el Diputado señor Bustos y otros parlamentarios habían señalado que no les parecía conveniente penalizar como violación la relación que pudiera existir entre un joven de 15 años y una niña de 13. En este caso no habría delito por falta de tipicidad. En el caso en análisis se quiere establecer la misma excepción respecto de la pareja que tiene la diferencia de edad que indica esta norma, es decir, menos de tres años en los casos de que trata este proyecto.

Se aprobó sin mayor debate, por unanimidad.

Artículo 3°.-

Introduce dos modificaciones en el artículo 222 del Código Procesal Penal, norma que, ubicada en el párrafo 3°, del Título I del Libro II, que trata sobre las “Actuaciones de la investigación” dispone lo siguiente:

“Artículo 222.- Interceptación de comunicaciones telefónicas. Cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella preparare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciere imprescindible, el juez de garantía, a petición del ministerio público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación.

La orden a que se refiere el inciso precedente sólo podrá afectar al imputado o a personas respecto de las cuales existieren sospechas fundadas, basadas en hechos determinados, de que ellas sirven de intermediarias de dichas comunicaciones y, asimismo, de aquellas que facilitaren sus medios de comunicación al imputado o sus intermediarios.

No se podrán interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado, a menos que el juez de garantía lo ordenare, por estimar fundadamente, sobre la base de antecedentes de los que dejará constancia en la respectiva resolución, que el abogado pudiere tener responsabilidad penal en los hechos investigados.

La orden que dispusiere la interceptación y grabación deberá indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida y señalar la forma de la interceptación y la duración de la misma, que no podrá exceder de sesenta días. El juez podrá prorrogar este plazo por períodos de hasta igual duración, para lo cual deberá examinar cada vez la concurrencia de los requisitos previstos en los incisos precedentes.

Las empresas telefónicas y de comunicaciones deberán dar cumplimiento a esta medida, proporcionando a los funcionarios encargados de la diligencia las facilidades necesarias para que se lleve a cabo con la oportunidad con que se requiera. Con este objetivo los proveedores de tales servicios deberán mantener, en carácter reservado, a disposición del Ministerio Público, un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, **no inferior a seis meses**, de los números IP de las conexiones que realicen sus **abonados**. La negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida de interceptación y grabación será constitutiva del delito de desacato. Asimismo, los encargados de realizar la diligencia y los empleados de las empresas mencionadas en este inciso deberán guardar secreto acerca de la misma, salvo que se les citare como testigo al procedimiento.

Si las sospechas tenidas en consideración para ordenar la medida se disiparen o hubiere transcurrido el plazo de duración fijado para la misma, ella deberá ser interrumpida inmediatamente.”.

El proyecto introduce dos modificaciones en el inciso quinto de este artículo, las que la Comisión acordó tratar separadamente.

1ª. Modificación.

Sustituye la frase “ seis meses “ por “ un año”.

El Diputado señor Walker explicó el contenido de esta primera modificación, señalando que cuando se investiga una red de pornografía infantil o red de pederastas, si se sorprende a alguien comercializando, importando, exportando o distribuyendo material pornográfico infantil y se los pesquisa, se procede a investigar todas las conexiones que ha tenido para tratar de desbaratar toda la red. A este efecto, los proveedores de acceso a internet tienen la obligación de mantener

durante seis meses los números IP de las conexiones que realicen sus abonados, pero tanto el Ministerio Público como la Policía de Investigaciones han insistido en que se trata de un lapso muy breve, por lo que se propone ampliar este plazo a un año.

Se aprobó sin mayor debate, por unanimidad.

2ª. Modificación.

Agrega a continuación del término “abonados” lo siguiente:

“ Asimismo, los establecimientos que ofrezcan al público servicios de acceso a internet, de forma gratuita u onerosa, deberán mantener, en carácter de reservado, a disposición del Ministerio Público, previa autorización del juez de garantía, un registro de los usuarios, no inferior a un año, con su nombre, cédula de identidad y fecha y hora del servicio y la individualización del equipo en el cual utilizó el servicio.”.

El Diputado señor Ceroni se mostró contrario a esta proposición, toda vez que, a su juicio, pondría un cerco a la libertad de las personas como consecuencia del actuar de la delincuencia, afectaría la privacidad y debería analizarse otra forma de facilitar la investigación. Dijo creer que esta exigencia terminaría con el negocio de los “ciber café”, comúnmente frecuentados por estudiantes y de cierta importancia en regiones y en pueblos chicos.

Le pareció una medida odiosa toda vez que ella significaba poner en duda la honestidad u honradez de una persona.

El Diputado señor Walker recordó que lo que trata esta modificación ya se había analizado tiempo atrás en otro proyecto que no llegó a prosperar. Sin embargo, conforme al parecer de la Policía de Investigaciones, sería la parte más importante de la iniciativa, porque, de acuerdo a sus opiniones, cuando se investiga una red de pornografía infantil, resulta muy fácil llegar al computador en que se produjo cuando éste es de su dueño, porque el IP o nombre del computador, coincide con el usuario del mismo, cuestión que se demostró en el programa Contacto. Pero cuando no es así, tanto la Policía de Investigaciones como el ministerio público y los jueces de garantía al investigar estas redes, han llegado a situaciones insalvables, producidas por las personas que operan por medio de los “ciber café”. En efecto, estas personas saben que están amparadas por el anonimato ya que nadie los obliga a registrarse y porque el IP coincide con el dueño del establecimiento y no con el usuario del equipo. En consecuencia, resulta imposible determinar quien compró, distribuyó o mandó hacer un video de pornografía infantil y hasta ahí llega la investigación por cuanto el dueño del establecimiento no recuerda quien ocupó los equipos tres o seis meses atrás.

Agregó que, efectivamente, la proposición solamente afecta la privacidad cuando se trata de prevenir un delito y, si se hace una comparación con otras actividades en que también se exige la identificación, recordó que en viajes interurbanos como de Santiago a

Concepción o a La Serena, quince segundos antes de la salida, se solicita la identificación y los datos del pasajero como una forma de poder avisar a sus familiares o cercanos en caso de algún percance o accidente. No veía, en consecuencia, qué inconvenientes podría haber para similar exigencia tratándose de la investigación de un delito de esta naturaleza.

Hizo énfasis en el daño que causa y la gravedad de estos delitos, toda vez que el trato que se da a un menor, muchas veces un recién nacido, es peor que el que se puede dar a un animal. Recordó que la producción de pornografía infantil opera en cadena: alguien produce el material, otro distribuye y todo ello resulta porque alguien consume este producto, formándose comunidades virtuales que constituyen redes que actúan como organizaciones criminales que lucran o satisfacen perversiones mentales de sus usuarios.

Por último, precisó que lo que se proponía no constituía un medio de prueba sino que un mecanismo para investigar la existencia de estas redes.

El Diputado señor Bustos apoyó la proposición por cuanto ya era muy común en la actividad comercial, por ejemplo en la compra con tarjeta de crédito, la exigencia de la exhibición de documentos de identidad para evitar posibles fraudes, por lo que creía que en este caso, en que el bien protegido era de gran importancia, se justificaba plenamente dicha exigencia.

La Diputada señora Turrez acogió, asimismo, la proposición, toda vez que si bien podría causar ciertas molestias, tenía por finalidad proteger un bien superior. No sería un medio de prueba sino una orientación para la investigación de un delito y serviría, a la vez, como un medio de disuasión para quienes, escudándose en el anonimato, utilizan lo “ciber café” para la consumación de estos ilícitos.

El Diputado señor Burgos, junto con formular una observación formal a la construcción gramatical de la proposición, anunció su abstención por las dudas que le merecía la proposición desde el punto de vista de la libertad personal. No dudaba de la importancia de la idea que la inspiraba, pero le preocupaba que ello afectara a gran cantidad de personas que no tendrían la más mínima mala intención. Asimismo, veía en ella cierta discriminación, toda vez que, por ejemplo, no se exigía también la identificación a quienes concurrieran a las bibliotecas, como también le preocupaba que la redacción de la norma no se refiriera solamente a los “ciber café” o establecimientos semejantes, sino que a cualquier lugar en que se prestara el servicio como podría ser un hotel.

Por último, el Diputado señor Cardemil entendiendo que la proposición planteaba el problema de dilucidar cuánta libertad podría existir frente a cuánta autoridad ejercer, dijo creer que en atención a la entidad del bien jurídico protegido, la indicación se justificaría. No obstante, recogiendo la observación formal planteada por el Diputado señor Burgos, propuso una indicación para agregar un párrafo a la propuesta, basada en los dos primeros incisos de este artículo 222, que

reglaría el acceso al registro y contemplaría los resguardos necesarios para rodear de la privacidad mínima a los datos consignados en él.

La proposición, aprobada por mayoría de votos (7 votos a favor, 1 en contra y 1 abstención) quedó con el siguiente texto:

“ Asimismo, los establecimientos que ofrezcan al público servicios de acceso a internet, de forma gratuita u onerosa, deberán mantener, en carácter de reservado, un registro de los usuarios no inferior a un año, con su nombre, cédula de identidad, 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.”.

Por las razones señaladas y por las que expone oportunamente el señor Diputado Informante, esta Comisión recomienda aprobar el proyecto de conformidad al texto acordado, sin perjuicio de algunas modificaciones puramente formales, sin mayor trascendencia:

“ PROYECTO DE LEY:

Artículo 1°.- 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°.- Sustitúyese 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 que ofrezcan al público servicios de acceso a internet, de forma gratuita u onerosa, deberán mantener, en carácter de reservado, un registro de los usuarios no inferior a un año, con su nombre, cédula de identidad, 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.”.

Sala de la Comisión, a 2 de julio de 2008.

Acordado en sesiones de fechas 4 de junio y 2 de julio del año en curso, con la asistencia de los Diputados señor Edmundo Eluchans Urenda (Presidente), señoras María Antonieta Saa Díaz y Marisol Turres Figueroa y señores Pedro Araya Guerrero, Jorge Burgos Varela, Juan Bustos Ramírez, Guillermo Ceroni Fuentes, Cristián Monckeberg Bruner y Patricio Walker Prieto.

En reemplazo del Diputado señor Gonzalo Arenas Hödar asistió la Diputada señora Claudia Nogueira Fernández.

Asistieron también a una sesión los Diputados señores Marcelo Díaz Díaz y Maximiano Errázuriz Eguiguren.

EUGENIO FOSTER MORENO
Abogado Secretario de la Comisión