INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY QUE 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

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 Guillermo Ceroni Fuentes y copatrocinada por los Diputados señoras María Antonieta Saa Díaz, Laura Soto González y Marisol Turres Figueroa y señores Pedro Araya Guerrero, Jorge Burgos Varela, Juan Bustos Ramírez, Rodrigo González Torres y Cristián Monckeberg Bruner.

Durante el análisis de esta iniciativa, la Comisión contó con la colaboración de doña Nelly Salvo Ilabel, Jefa de Asesoría y Estudios de la División Jurídica del Ministerio de Justicia, doña María Ester Torres Hidalgo y doña Paula Recabarren Lewin, asesoras jurídicas del mismo Ministerio.

I.- IDEAS MATRICES O FUNDAMENTALES.

La idea central del proyecto tiene por finalidad penar como delito la creación de pornografía infantil en que no se utiliza a menores sino que se los representa en forma virtual.

Tal idea, la que el proyecto concreta mediante un artículo único que introduce la correspondiente modificación en el artículo 366 quinquies del Código Penal, es propia de ley conforme lo establecido en el artículo 63 números 2) y 3) de la Constitución Política y artículo 19 N° 3, incisos séptimo y octavo, de la misma Carta Fundamental.

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 el artículo único del proyecto no requiere un quórum especial de aprobación.

2.- Que dicho artículo no es de la competencia de la Comisión de Hacienda.

3.- Que se aprobó la idea de legislar por unanimidad (participaron en la votación los Diputados señora Soto y señores Burgos, Bustos, Ceroni y Saffirio).

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

III.- DIPUTADO INFORMANTE.

Se designó Diputado Informante al señor Guillermo Ceroni Fuentes.

IV.- ANTECEDENTES

1.-En los fundamentos de la moción, se señala que el artículo 366 quinquies tipifica como delito el 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, agregando su inciso segundo que para los efectos de este artículo, se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados niños, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales.

Se agrega, a continuación, que la opinión pública ha tomado conocimiento de gran cantidad de este material, contenido en diversos soportes, especialmente electrónicos, en que se incluye la participación de niños, pero no en términos reales sino virtuales, en tres dimensiones, que son el producto de creaciones humanas reproducidas gracias al desarrollo tecnológico. Se añade que, si bien la producción de este tipo de material no constituye algo moderno porque se conoce desde hace bastante tiempo por medio de revistas argentinas o españolas, ha logrado ahora gran divulgación gracias a la informática y a internet.

Se sostiene que se ha solicitado la opinión de distintos especialistas sobre la materia, quienes han señalado que la conducta descrita no puede ser castigada en virtud de ninguna de las disposiciones penales vigentes porque el bien jurídico protegido en el caso de la pornografía infantil, sería la indemnidad sexual del menor y, en un caso en que solamente se utiliza material pornográfico producto de la creación de la mente humana, sin participación real de menores, lógicamente, no puede existir afectación de dicha indemnidad.

Si bien existe una opinión muy minoritaria en el sentido de que tal conducta podría estar comprendida en la figura que describe el artículo 366 quinquies, basándose para ello en la acepción del verbo representar, tal opinión no parece la más acertada porque el bien jurídico protegido no sería la indemnidad sexual del menor, ya que no habría una participación real de niños, y porque en materia penal las palabras empleadas en la construcción de los distintos tipos deben interpretarse en forma restrictiva. Más aún, en la descripción típica deben concurrir copulativamente todos los requisitos y en este caso, habría solamente una representación de menores en sustitución de la realidad pero no concurriría el otro elemento que es la utilización de niños.

Agregan los autores de la moción que no están frente a un vacío legal sino que ante una conducta que no fue considerada delictiva al momento de legislar sobre pornografía infantil, por lo que, recogiendo el sentir mayoritario, creen que es necesario tipificar tal conducta como delito. Precisan, en todo caso, que la nueva figura que se describe no protege el mismo bien jurídico objeto de la tipología sobre pornografía infantil, ya que no existe, como se dijo, participación real de menores. Se trataría de un delito de peligro que cautelaría la seguridad de los menores frente al riesgo que importa la existencia de este tipo de material.

2.- El artículo 366 quinquies forma parte del Párrafo 6, que trata del estupro y otros delitos sexuales, ubicado en el Título VII del Libro Segundo del Código Penal.

Su texto es el 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.”.

V:- DISCUSIÓN DEL PROYECTO.

a) Discusión en general.

Durante la discusión acerca de la idea de legislar, el Diputado señor Ceroni señaló que el proyecto se refería a la tipificación del delito de pornografía infantil, el que se encuentra tratado en el artículo 366 quinquies del Código Penal, que sanciona al que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados niños, es decir, menores de dieciocho años, con presidio menor en su grado máximo, vale decir, tres años y un día a cinco años.

Agregó que había mucha producción de material pornográfico infantil en que no necesariamente se utilizaban niños, sino representaciones virtuales de seres humanos sin referencia a nadie en especial. Señaló que estimaba que existía un vacío legal al respecto, porque cualquiera podría dedicarse a la producción virtual de material pornográfico con menores y puede divulgarlo por medio de Internet, pero como en dicha producción no hay una participación real de niños, tal conducta no recibe sanción alguna.

Tales serían los fundamentos de su proposición, destinada a sancionar la producción virtual de material pornográfico en que se representa a menores de edad.

La Diputada señora Soto, aunque de acuerdo con la finalidad de la iniciativa, manifestó inquietud por la situación de menores entre los 16 y 18 años que, en situaciones conocidas últimamente y que se han traducido en la producción de material por parte de uno y en la actuación de otro, podrían dar lugar a una situación de coparticipación, aprensión que los representantes del Ejecutivo contrarrestaron recordando que el artículo 4° de la ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal juvenil, eximía de responsabilidad por la comisión de delitos de connotación sexual entre menores que no sean violación o estupro, salvo que exista entre el imputado y la víctima, una diferencia de edad de dos o tres años, según el caso.

Cerrado el debate, se aprobó la idea de legislar por unanimidad (participaron en la votación los Diputados señora Soto y señores Burgos, Bustos, Ceroni y Saffirio).

b) Discusión en particular.

El artículo único de la moción modifica el artículo 366 quinquies, norma que sanciona al que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, con presidio menor en su grado máximo. (3 años y un día a 5 años).

Su inciso segundo agrega que 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 moción propone agregar el siguiente inciso segundo, 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.”, es decir, 61 a 540 días.

Durante el análisis de la proposición misma, los representantes del Ejecutivo apoyaron la iniciativa por considerar que se fundaba en una idea acertada, pero hicieron presente que incurría en algunas situaciones que requieren ser dilucidadas y que dicen relación con el bien jurídico protegido. En efecto, los fundamentos de la moción señalan que la protección que se establece es respecto de los menores de edad, en consecuencia, se trataría de un delito contra las personas y el bien jurídico protegido sería la indemnidad sexual de los menores, pero, posteriormente, se señala que se trata de la producción de pornografía a la que podría acceder el menor, situación en la cual el bien jurídico protegido, sería, entonces, la moralidad pública. Agregaron que al respecto, en la legislación comparada existían ciertas técnicas para enfrentar esta situación y que podrían llevar a dos tipos de conclusiones: la primera buscaría la protección del menor de edad y en ese caso, se trataría de un delito contra las personas y el bien jurídico protegido sería la indemnidad sexual del menor, pero para ello sería necesario que en la producción de pornografía se utilizara algo del menor de edad que fuera real y no puramente virtual, como podría ser su voz o su imagen alterada. Por tanto, aunque lo anterior no implicara una protección directa del menor, si lo sería en forma indirecta, lo que sería positivo porque se trataría de un problema que seguramente iría en aumento.

Agregaron, en seguida, que la segunda conclusión o técnica para combatir la situación que describe la moción, sería negar el acceso de los menores a los lugares en que se exhiba, comercialice o difunda pornografía infantil, cuestión regulada ya, aunque en forma muy indirecta, por la ley de abusos de publicidad. Además, se trataría de una solución de muy difícil implementación dada la existencia de innumerables locales en que se brindan servicios de internet, incluidos los llamados “cibercafé”.

Finalmente, por las consideraciones anteriores, unida a la conveniencia de evitar colisiones con otras legislaciones, creyeron más adecuada la primera solución, es decir, proteger la voz y la imagen del menor de edad.

Acogiendo las observaciones mencionadas, los Diputados señora Soto y señores Burgos, Bustos, Ceroni y Saffirio presentaron una indicación para introducir en el nuevo inciso que se propone, entre las palabras “utilizados” y “menores de edad”, la expresión “directamente” y para sustituir los términos “ se les representare” por la frase “ se emplee su voz o imagen alterada o modificada”, indicación que se aprobó por unanimidad.

*****

Por las razones expuestas y por las que dará a conocer oportunamente el señor Diputado Informante, esta Comisión recomienda aprobar el proyecto de conformidad al siguiente texto:

“PROYECTO DE LEY:

Artículo único.- Intercálase en el artículo 366 quinquies del Código Penal, el siguiente inciso segundo, nuevo, pasando el actual a ser tercero:

“ Si en la producción de material pornográfico no hubieren sido utilizados directamente menores de edad, pero se empleare su voz o imagen alterada o modificada, se impondrá la pena de presidio menor en su grado mínimo.”.

****

Sala de la Comisión, a 10 de octubre de 2007.

Acordado en sesión de igual fecha con la asistencia de los Diputados señor Jorge Burgos Varela (Presidente), señora Laura Soto González y señores Juan Bustos Ramírez, Guillermo Ceroni Fuentes y Eduardo Saffirio Suárez.

EUGENIO FOSTER MORENO
Abogado Secretario de la Comisión