



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Postgrado

Magister en derecho con mención en derecho penal versión VI

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS DELITOS DE PRODUCCIÓN,
ADQUISICIÓN O ALMACENAMIENTO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL
Y RELACIONES CONCURSALES**

CLAUDIA CAROLINA DE LA FUENTE JIMÉNEZ

13.600.325-9

JAIME WINTER ETCHEBERRY

2017

RESUMEN

Este trabajo contiene un estudio jurisprudencial de las principales discusiones que se generaron a partir de la dictación de la Ley N°19.927 “De los delitos de pornografía infantil”, específicamente se circunscribe a los delitos de producción y adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil, a las relaciones concursales entre estos últimos y a las relaciones concursales entre el delito de producción de material pornográfico infantil y los demás delitos sexuales. Para ello primero se expuso la evolución de la tipificación de la pornografía infantil en Chile a fin de asentar las bases de lo que sería nuestro estudio jurisprudencial y luego se llevó a cabo el mismo, no sin antes hacer una breve referencia a la historia fidedigna del establecimiento de la ley y una exposición de las principales posiciones doctrinales en torno a cada uno de los temas investigados.

Palabras Claves:

Pornografía infantil

Material Pornográfico infantil

Delitos de pornografía infantil

Producción de pornografía infantil

Almacenamiento pornografía infantil

ÍNDICE

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

CAPITULO 1: HISTORIA DE LA TIPIFICACIÓN DE LA PORNOGRAFÍA EN CHILE

1.1. Explicación preliminar.....	3
1.2. Artículo 374 del Código Penal.....	4
1.3. Ley N°16.643 “Sobre abusos de publicidad”.....	5
1.4. Decreto Ley 303 de 1974.....	7
1.5. Ley N°19.617 “De los delitos sexuales”.....	7
1.6. Ley N°19.733 “Sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo”.....	10
1.7. Ley N°19.742 “Que elimina la censura cinematográfica”.....	11
1.8. Ley N°19.846 “Sobre Calificación de la producción cinematográfica”.....	11
1.9. Ley N°19.927 “Sobre delitos de pornografía infantil”.....	12
1.10. Ley N°20.526 “Que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil.....	14
1.10.1 Alcance de la modificación del artículo 366 quinquies por la Ley 20.526.....	15

CAPITULO 2: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE PRODUCCIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL

2.1. Explicación preliminar.....	19
2.2. Bien Jurídico Protegido.....	19
2.2.1. Historia de la Ley N°19.927.....	20
2.2.2. Antecedentes doctrinarios.....	23
2.2.3. Pseudopornografía.....	26
2.2.4. Estudio Jurisprudencial.....	27
2.2.5. Comentarios.....	31
2.3. Concepto de material pornográfico infantil.....	33
2.3.1. Historia de la Ley N°19.927.....	34
2.3.2. Antecedentes doctrinarios.....	35
2.3.3. Estudio Jurisprudencial.....	38
2.3.4. Comentarios.....	45
2.4. Propósito del sujeto activo de lograr su propia excitación sexual o la excitación sexual de un tercero.....	50
2.4.1. Historia de la Ley N°19.927.....	50
2.4.2. Antecedentes doctrinarios.....	51
2.4.3. Estudio Jurisprudencial.....	54
2.4.4. Comentarios.....	58
2.5. Discusión acerca de la preordenación de la conducta para un posterior tráfico o difusión del material pornográfico infantil.....	59
2.5.1. Historia de la Ley N°19.927.....	60
2.5.2. Antecedentes doctrinarios.....	61

2.5.3. Estudio Jurisprudencial.....	63
2.5.4. Comentarios.....	67

CAPITULO 3: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE ADQUISICIÓN O ALMACENAMIENTO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL

3.1. Explicación preliminar.....	72
3.2. Discusión acerca de la cantidad de material pornográfico infantil que debe adquirirse o almacenarse para configurar el delito.....	75
3.2.1. Historia de la Ley N°19.927.....	75
3.2.2. Antecedentes doctrinarios.....	81
3.2.4. Estudio Jurisprudencial.....	84
3.2.5. Comentarios.....	92
3.3. Discusión acerca de la preordenación de la conducta de almacenamiento o adquisición de material pornográfico infantil para un posterior tráfico o difusión del material.....	93
3.3.1. Historia de la Ley N°19.927.....	93
3.3.2. Antecedentes doctrinarios.....	94
3.3.3. Estudio Jurisprudencial.....	96
3.2.4. Comentarios.....	101

CAPITULO 4: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS RELACIONES CONCURSALES

4.1. Explicación preliminar.....	104
4.2. Problema concursal entre los delitos de producción y el de adquisición o almacenamiento de pornografía infantil.....	105
4.2.1. Historia de la Ley N°19.927.....	105
4.2.2. Antecedentes doctrinarios.....	105
4.2.3. Estudio Jurisprudencial.....	106
4.2.4. Comentario.....	110
4.3. Problemas concursales entre el delito de producción de material pornográfico infantil y otros delitos de significación sexual.....	111
4.3.1. Historia de la Ley N°19.927.....	111
4.3.2. Antecedentes doctrinarios.....	112
4.3.3. Estudio Jurisprudencial.....	113
4.2.4. Comentario.....	120

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Cada cierto tiempo en nuestro país se dictan leyes emblemáticas. La Ley N°19.927 que modificó el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil, publicada en el Diario Oficial el 14 de enero de 2004, sin duda fue una de ellas al abordar por primera vez en forma unitaria, completa y sistemática todos los delitos que conforman la cadena de la pornografía infantil, sin perjuicio de las críticas que pudiesen hacerse desde el punto de vista de los principios que sustentan a un Derecho Penal moderno. A grandes rasgos y sin entrar en el fondo del asunto, ya que este tema será tratado en el primer capítulo de este trabajo, esta Ley en materia de delitos de pornografía Infantil trasladó nuevamente a nuestro Código Penal el delito de producción de material pornográfico infantil, el que había sido tipificado por primera vez en el año 1999 por la Ley N°19.617 “De los delitos sexuales”, en el inciso segundo del artículo 366 quáter del Código Penal, inciso que en el año 2003 fue eliminado por la Ley N°19.846 “Sobre Calificación de la producción cinematográfica”, con el único objeto de trasladar su tipificación al artículo 30 de ese mismo cuerpo legal, en donde estuvo regulado hasta el año 2004, fecha en que entró en vigencia la Ley N°19.927. Conjuntamente con ello, la Ley N°19.927 también trasladó la tipificación del delito de difusión de material pornográfico infantil desde la Ley N°19.846 al inciso primero del artículo 374 bis de nuestro Código Penal, delito que había sido incorporado por primera vez a nuestra legislación, precisamente por la ley N°19.846 en el año 2003. Finalmente la Ley N°19.927, fue la que reguló por primera vez en el inciso segundo del artículo 374 bis del Código penal, el hasta ahora polémico y cuestionado delito de adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil.

Habiendo transcurrido trece años desde la dictación de la Ley N°19.927, a través de este trabajo en donde fueron analizados un total de 120 fallos, nos proponemos investigar su evolución a nivel jurisprudencial, expondremos cómo se resolvieron una serie de problemáticas y cuestionamientos que se plantearon incluso desde antes de su dictación a la luz de la experiencia extranjera. Así por ejemplo, en materia de

producción de material pornográfico infantil, queremos dilucidar cuáles fueron los bienes jurídicos que nuestra jurisprudencia entendió que se protegían, qué se entendió por material pornográfico infantil; en materia de adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil, si se exigió o no una preordenación al tráfico, cómo se resolvieron los problemas concursales entre el delito de producción y el de almacenamiento o adquisición de material pornográfico infantil y entre el delito de producción de material pornográfico infantil y los demás delitos sexuales.

También se busca exponer todas aquellas discusiones doctrinarias que si bien no se previeron surgieron en la práctica y cómo se resolvieron.

Este trabajo consta de cuatro capítulos, el primero destinado a hacer una breve exposición de la historia de la tipificación de la pornografía en Chile, a fin de sentar las bases de lo que será nuestro posterior estudio jurisprudencial.

En el capítulo segundo se tratarán las discusiones más recurrentes a nivel jurisprudencial en materia de delito de producción de material pornográfico infantil; en el capítulo tercero se hará lo mismo pero en relación al delito de adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil y finalmente en el capítulo cuarto se tratarán las discusiones que se han generado a nivel jurisprudencial en torno a los concursos de delitos, específicamente entre el delito de producción y adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil y el delito de producción de material pornográfico infantil y los demás delitos sexuales.

Cabe señalar que en cada capítulo, previo a hacer el respectivo análisis jurisprudencial, haremos una breve referencia a la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°19.927, luego una resumida exposición de las opiniones doctrinales en torno al tema, a fin de poder comprender de mejor manera el razonamiento efectuado por los jueces en cada uno de los fallos.

Esperamos que al finalizar la lectura de este trabajo, el lector pueda adquirir una idea general de la realidad jurisprudencial de los delitos de pornografía infantil en Chile.

CAPITULO 1: HISTORIA DE LA TIPIFICACIÓN DE LA PORNOGRAFÍA EN CHILE

1.1. Explicación preliminar:

Podemos decir sin temor a equivocarnos que el Código Penal chileno a lo largo de sus 140 años de existencia se ha preocupado de tipificar delitos de pornografía; delitos que en diversas épocas y por distintos motivos, como lo podremos ver, también han estado regulados en leyes especiales. Los tipos penales relacionados con la pornografía a lo largo de nuestra historia legislativa han ido en aumento abarcando cada vez más hipótesis delictivas, desde la pornografía en general (producción y difusión) hasta la pornografía infantil (producción, difusión, adquisición o almacenamiento). Conjuntamente con ello la tendencia del legislador a lo largo del tiempo ha sido la de ir aumentando las penas de los distintos tipos penales relacionados en general con la pornografía. Es una realidad incuestionable que con el paso de los años las sociedades cambian y que por tanto el legislador debe adecuarse a las nuevas realidades, pero también es cierto que existen principios que configuran la esencia del derecho penal moderno, entre ellos, el principio de legalidad, ultima ratio, lesividad, proporcionalidad y culpabilidad, principios que a nuestro parecer se han visto gravemente vulnerados con este aumento sistemático de la tipificación de los delitos de pornografía y con el incremento sostenido de su penalidad¹ A continuación nos referiremos brevemente a aquellos artículos, leyes y decretos leyes que han regulado delitos de pornografía o que los han modificado, para así sentar las bases de lo que será nuestro estudio jurisprudencial.

¹ En este sentido Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, han señalado con respecto al delito de adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil, que la conducta básica es la adquisición o almacenamiento, esto es, la posesión de dicho material, con independencia de si se destinará o no al tráfico comercial, lo cual parece a todas luces un exceso, que ha llevado a convertir la miseria humana en delito. Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte especial*. 2da edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2014. p. 288

1.2. Artículo 374 del Código Penal

Nuestro Código Penal desde sus inicios castigó a través del artículo 374, la difusión y la producción de pornografía,² no ocupándose especialmente de aquellos casos en donde se utilizara a menores en la producción de tal material o que se difundiera material en donde los protagonistas fueran menores. Fue recién en el año 1999 que el legislador optó por regular expresamente la primera de esas figuras delictivas y en el año 2003, la segunda. Podríamos afirmar que la doctrina nacional ha entendido tácitamente que aunque el legislador no utilice la palabra pornografía en el artículo 374, se está refiriendo a ella cuando alude a las canciones, folletos u otros escritos, impresos o no, figuras o estampas contrarios a las buenas costumbres.³ Resulta interesante lo planteado por Alfredo Etcheberry, en el sentido que “...el verdadero problema que este artículo plantea es lo que debe entenderse por ‘contrario a las buenas costumbres’, o sea, ‘obsceno’. Tratándose de hechos, la solución no es tan difícil, pero resulta ardua en materia de escritos e imágenes...”⁴ ya que es precisamente uno de los grandes problemas que plantea el concepto de material pornográfico infantil hoy en día. Finalmente este autor recomienda “que debe atenderse a la obra en su conjunto y no sobre la base de pasajes aislados.”⁵ En la actualidad el artículo 374 del Código Penal es un tipo penal de escasa utilidad práctica, casi en desuso, y merced a su extraordinaria apertura, puede redundar en un atentado

² Art. 374. *El que vendiere, distribuyere o exhibiere canciones, folletos u otros escritos, impresos o no, figuras o estampas contrarios a las buenas costumbres, será condenado a las penas de reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.*

En las mismas penas incurrirá el autor del manuscrito, de la figura o de la estampa o el que hubiere reproducido por un procedimiento cualquiera que no sea la imprenta.

La sentencia condenatoria por este delito ordenará la destrucción total o parcial, según proceda, de los impresos o de las grabaciones sonoras o audiovisuales de cualquier tipo que sean objeto de comiso.

³ En este sentido por ejemplo, tanto los profesores Alfredo Etcheberry como Luis Rodríguez Collao, tratan en sus respectivas obras el artículo 374 del Código Penal bajo el título difusión de pornografía. ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal parte especial*. Tomo IV. 3ra edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica, 2011. p. 88; y RODRIGUEZ Collao, Luis. *Delitos sexuales de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 19.617 de 1999*. 1ra edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2001. p. 243

⁴ ETCHEBERRY, Alfredo. op. cit., p. 90

⁵ Ibid, p.91.

contra las garantías constitucionales relacionadas con la libertad de expresión y la libertad de prensa.⁶

1.3. Ley N°16.643 “Sobre abusos de publicidad”

La Ley N°16.643 fue publicada en el Diario Oficial el 4 de septiembre de 1967, con el objetivo de fijar el texto definitivo de la Ley N°15.576, sobre abusos de publicidad. La unanimidad de la doctrina chilena⁷ estimó que el artículo 20 de esta ley, que a su vez se remitía a su artículo 16,⁸ había desplazado al artículo 374. En este sentido Luis

⁶ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Curso de derecho penal. Parte Especial*. 3ra edición. Santiago. Editorial Legal Publishig, 2010. Tomo III, p. 180

⁷ En este sentido ETCHEBERRY, Alfredo. op. cit., p. 89 y MOLINA Cantillana, René. *Delitos de pornografía infantil*. 1ra edición. Santiago de Chile, Librotecnia, 2008. p. 41.

⁸ Artículo 16° *Para los efectos de la presente ley se considerarán medios de difusión los diarios, revistas o escritos periódicos; los impresos, carteles, afiches, avisos, inscripciones murales, volantes o emblemas que se vendan, distribuyan o expongan en lugares o reuniones públicas; y la radio, la televisión, la cinematografía, los altoparlantes, la fonografía y en general cualquier artificio apto para fijar, grabar, reproducir o transmitir la palabra, cualquiera que sea la forma de expresión que se utilice, sonidos o imágenes.*

Artículo 20° *El que cometiere el delito de ultraje a las buenas costumbres, por alguno de los medios enunciados en el artículo 16° será castigado con reclusión menor en su grado mínimo y multa de uno a cuarenta ingresos mínimos.*

Se considerará en especial que cometen ultraje público a las buenas costumbres y serán castigados con la pena establecida en el inciso anterior:

1° *Los que internaren, vendieren o pusieren en venta, ofrecieren, distribuyeren, exhibieren o difundieren, o hicieren distribuir, exhibir o difundir públicamente escritos, impresos o no, figuras, estampas, dibujos, grabados, emblemas, objetos o imágenes obscenas o contrarios a las buenas costumbres.*

La venta, oferta, distribución o exhibición a menores de edad, será punible aunque no se efectuó públicamente.

La distribución a domicilio de los escritos u objetos enumerados será castigada también con la misma pena; pero el simple hecho de entregarlos al correo o a alguna empresa de transporte o distribución sólo será pesquisable cuando la entrega se hiciera bajo faja o en sobre abierto. En todo caso serán pesquisables después de llegar a poder del consignatorio.

2° *Los que profirieren, hicieren proferir, transmitieren o difundieren expresiones, hechos o acciones obscenos o contrarios a las buenas costumbres.*

3° *Los que valiéndose de cualquier medio de difusión divulgaren avisos o correspondencias obscenos o contrarios a las buenas costumbres.*

La pena se elevará al doble si el ultraje a las buenas costumbres en cualesquiera de las formas enunciadas, tiene por objeto la perversión de menores de dieciocho años.

Se presume que el ultraje a las buenas costumbres tiene por objeto la perversión de menores de dieciocho años cuando se empleen medios de difusión que, por su naturaleza,

Rodríguez Collao señala “Tal planteamiento era, indudablemente, correcto, porque éste último precepto contiene una descripción mucho más minuciosa de las conductas constitutivas de difusión de pornografía y, por otra parte, los instrumentos de comisión del delito que determinaban la aplicación de aquella ley especial eran de tal amplitud que en el práctica captaban todas las modalidades enunciadas en el artículo 374 del Código Penal.”⁹ No estamos de acuerdo con este planteamiento ya que si leemos detenidamente el artículo 20, nos daremos cuenta que si bien es cierto que hace una descripción mucho más minuciosa de las conductas constitutivas del delito de difusión de pornografía, nada dice con respecto a la elaboración de la misma, cuestión que sí hace el artículo 374 del Código Penal cuando en su inciso segundo castiga al autor del manuscrito de la figura o de la estampa. El gran mérito de la Ley N°16.643, en materia de pornografía, fue el contemplar por primera vez la especial situación de los menores de edad, estableciendo en la segunda parte del numeral primero del artículo 20 que “la venta, oferta, distribución o exhibición a menores de edad, será punible aunque no se efectuó públicamente” y en la segunda parte del numeral tercero que “la pena se elevará al doble si el ultraje a las buenas costumbres en cualesquiera de las formas enunciadas, tiene por objeto la perversión de menores de dieciocho años”; y finalmente al contemplar en su inciso final una presunción legal de cuando debemos entender que el ultraje público a las buenas costumbres tiene por objeto la perversión de menores de 18 años. Sin embargo, esta Ley no se hizo cargo de una conducta aún más grave que la sola confrontación de los menores con pornografía: la utilización de éstos en su elaboración y la posterior difusión de dicho material.¹⁰

estén al alcance de los menores o cuando a un menor de esa edad se ofrezcan, vendan, entreguen o exhiban escritos, figuras, objetos o imágenes obscenos o contrarios a las buenas costumbres, o cuando el delito se cometiere dentro del radio de doscientos metros de una escuela, colegio, instituto, universidad o cualquier establecimiento educacional o de asilo destinado a niños y jóvenes.

⁹ RODRIGUEZ Collao, Luis. op.cit., 2001. p. 243. En este sentido ETCHEBERRY, Alfredo. Op. cit., p. 89.

¹⁰ MOLINA Cantillana, René. op. cit., p. 41

1.4. Decreto Ley 303 de 1974

El Decreto Ley 303 agregó un cuarto numeral al artículo 20, bajo el siguiente tenor: “Se considerará en especial que cometen ultraje público a las buenas costumbres y serán castigados con la pena establecida en el inciso anterior: 4° Los impresores o editores de diarios, revistas, periódicos, escritos, impresos, carteles, afiches, avisos, inscripciones, volantes o emblemas, en cuyos talleres se impriman o multipliquen fotografías, imágenes, dibujos, palabras, frases o artículos de contenido obsceno atentatorios contra la moral o las buenas costumbres. Para estos efectos los editores o impresores serán considerados autores, y sólo podrán excusar su responsabilidad en el caso de que se presente el que materialmente, sin su conocimiento o autorización, haya ordenado o realizado alguno de los hechos referidos en el inciso precedente.”

En este sentido Alfredo Etcheberry señala que “... más que una figura específica, es en verdad una ampliación de los grados de responsabilidad, ya que la misma disposición agrega que las personas pueden ‘excusar su responsabilidad’ (lo que no podría ocurrir si se tratara de una figura autónoma) en caso de que se presente el autor material que sin conocimiento ni autorización de aquellos haya hecho imprimir el material pornográfico.¹¹

1.5. Ley N°19.617 “De los delitos sexuales”

La denominada Ley N°19.917 “De los delitos sexuales”, se publicó en el Diario Oficial el 12 de julio de 1999 y pese a las críticas que se han planteado por la doctrina,¹² hasta la fecha ha sido la Ley que ha introducido las más importantes

¹¹ ETCHEBERRY, Alfredo. op. cit., p. 90.

¹² En este sentido el profesor Luis Rodríguez Collao señaló en la introducción de la primera edición de su obra que si bien era cierto que nadie podría poner en duda que esta parte del ordenamiento punitivo precisaba una reforma, el resultado de los cambios que operaron en el

modificaciones en materia de delitos sexuales en nuestro Código Penal. En materia de pornografía fue la primera ley que en nuestro ordenamiento jurídico tipificó el delito de producción de material pornográfico infantil a través de los incisos segundo y tercero del artículo 366 quáter¹³ Esta Ley además modificó el artículo 374, aumentando la pena de multa, reemplazando la pena de 6 a 10 UTM por la de 11 a 20 UTM. A modo de resumen podemos decir que a juicio del profesor Rodríguez Collao, el nuevo artículo 366 quáter habría derogado tácitamente al artículo 20 de la Ley N°16.643 e incluso al artículo 374 del Código Penal, ya que de acuerdo a su interpretación la voluntad implícita del artículo 366 quáter era la impunidad de todas aquellas conductas en las que no se vieran involucrados menores de edad, ya que de no ser así no existiría otro propósito que el de tutelar la moralidad pública, lo que a su parecer es inconstitucional.¹⁴ Distinto piensa René Molina Cantillana, quien señala que no concuerda totalmente con el planteamiento de Luis Rodríguez Collao, expresando que si bien este artículo (refiriéndose al artículo 20 de la Ley N°16.643), “quedó tácitamente derogado en lo que respecta a la exhibición de material pornográfico a menores de edad –que ahora pasa a regirse por el artículo 366 quáter del Código Penal– no ocurrió lo mismo con los demás supuestos que aquél contemplaba. Aún más, la propia Ley N°19.617 modificó la penalidad establecida para el delito del artículo 374 del Código Penal, lo que demuestra que el legislador, al especificar las conductas de utilización de menores en la producción de material pornográfico y la determinación de los mismos a ver o escuchar esta clase de material, no buscó en realidad acotar el castigo de la

año 1999 dista mucho de ser satisfactorio: los párrafos que agrupan los delitos sexuales configuran hoy un cuadro normativo poco coherente y colmado de contradicciones internas, que estaba seguro, dificultará la comprensión e interpretación de cada uno de los tipos y su aplicación por parte del órgano jurisdiccional. RODRIGUEZ Collao, Luis. op. cit., 2001. p. 15.

¹³ 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 doce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o la determinare a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, será castigado con reclusión menor en cualquiera de sus grados.

Con la misma pena será castigado el que empleare un menor de doce años en la producción de material pornográfico.

También se sancionará con igual pena a quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de doce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1 del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363.”.

¹⁴ RODRIGUEZ Collao, Luis. op. cit., 2001. pp. 246 y 247.

pornografía sólo a ese ámbito –dejando impunes las demás conductas– sino más bien, proteger la integridad sexual de los menores, manteniendo plena vigencia las normas sancionadoras de la pornografía, de modo que su producción y difusión entre personas adultas –aun cuando no se hubiere utilizado a menores en su elaboración– continuaron siendo conductas punibles.¹⁵ Cabe señalar que con el paso de los años y bajo el imperio de la Ley N°19.927 “Sobre delitos de pornografía infantil”, el profesor Rodríguez Collao, siguió sosteniendo la inaplicabilidad del artículo 374 del Código Penal, señalando que “...pese a que el artículo 24 de la Ley sobre Calificación de la producción Cinematográfica sigue haciendo referencia al artículo 374 del Código Penal, es claro que este precepto legal se ha tornado inaplicable. En efecto, como el ordenamiento jurídico establece una completa regulación de las conductas de producción, difusión, adquisición y almacenamiento de material pornográfico infanto-juvenil, no cabe duda de que la pornografía cuya producción y difusión se intenta reprimir aquí es aquella que registra la intervención de mayores de edad. Asimismo, y por idénticas razones, las operaciones que el tipo pretende sancionar corresponden a actos jurídicos en el que solo pueden intervenir adultos. En estas circunstancias cualquier intento por aplicar el tipo implicaría vulnerar el derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación de la vida en el plano sexual e, incluso, la libertad de comercio. Ello sin contar con que la aplicación de la pena prevista por el artículo 374, significaría instrumentalizar al condenado en pro de la obtención de un objetivo social.”¹⁶ A nuestro juicio, ni la ley N°19.617 a través de su artículo 366 quáter, ni la ley 19.927, derogaron tácitamente al artículo 374 del Código Penal, el cual pese al cuestionamiento que se hace a nivel de derechos fundamentales, lo cuales compartimos, se encuentra plenamente vigente, debido a que ninguna de las leyes antes mencionadas a nuestro parecer tuvo siquiera la intención de derogarlo, lo cual queda acreditado con la modificación de la penalidad que hace a este artículo la Ley N°19.617 y además se desprende del estudio de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°19.927, que en ningún momento manifestó la intención de derogar los tipos penales relacionados con la pornografía en la que solo intervengan adultos. Si bien,

¹⁵ MOLINA Cantillana, René. op. cit., pp. 42 y 43.

¹⁶ RODRIGUEZ Collao, Luis. *Delitos sexuales*. 2da edición actualizada. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2014. pp. 351 y 352.

reconocemos que el artículo 374 del Código Penal, en la actualidad se trata de una norma en desuso, estimamos que esa circunstancia no es suficiente para derogar la ley, ya que como todos sabemos "...esta nace y muere por obra del legislador...".¹⁷

1.6. Ley N°19.733 "Sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo"

La Ley N°19.733 "Sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo" fue publicada en el Diario Oficial el 4 de junio de 2001 y fue la que finalmente derogó expresamente a la Ley N°16.643. No obstante ello, consagró en el inciso primero del artículo 34,¹⁸ una figura que agrava las penas de los delitos contemplados en los artículos 373 y 374 del Código Penal cuando el ultraje público a las buenas costumbres se cometiera a través de un medio de comunicación social y en su inciso segundo estableció como circunstancia agravante al ultraje público a las buenas costumbres, la incitación o promoción de la perversión de menores de edad o que el delito se cometiere dentro del radio de doscientos metros de una escuela, colegio, instituto o cualquier establecimiento educacional o de asilo destinado a niños y jóvenes. Con lo dicho podemos sostener que con esta nueva Ley el artículo 374 que tipifica la difusión y producción de pornografía ratificó su vigencia.¹⁹

¹⁷ ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Tratado de derecho civil, Partes preliminar y general*. Tomo primero. 1ra Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998. P. 210.

¹⁸ Artículo 34.- El que cometiere alguno de los delitos de ultraje público a las buenas costumbres contemplados en los artículos 373 y 374 del Código Penal, a través de un medio de comunicación social, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo a medio y multa de once a ochenta unidades tributarias mensuales.

Constituirá circunstancia agravante al ultraje público a las buenas costumbres, la incitación o promoción de la perversión de menores de edad o que el delito se cometiere dentro del radio de doscientos metros de una escuela, colegio, instituto o cualquier establecimiento educacional o de asilo destinado a niños y jóvenes.

¹⁹ En este sentido MOLINA Cantillana, René. op. cit., p. 43.

1.7. Ley N°19.742 “Que elimina la censura cinematográfica”

Con posterioridad a la Ley N°19.733 de 2001, se publicó el 25 de agosto del mismo año la Ley N°19.742, la cual eliminó la censura cinematográfica, sustituyéndola por un sistema de calificación y consagró el derecho a la libre creación artística, introduciendo con ello importantes modificaciones a la Constitución Política de la República, una de las cuales consistía en reemplazar el párrafo final del número 12° del artículo 19, estableciendo que, “La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica”, conjuntamente con lo cual agregó una cuadragésima disposición transitoria que señala que, “lo dispuesto en el párrafo final del número 12° del artículo 19 regirá al momento de entrar en vigencia la ley “Sobre calificación cinematográfica” que se dicte en reemplazo del decreto ley N° 679, de 1974.” Razón por la cual, en cumplimiento de este mandato constitucional, se publicó el 4 de enero de 2003 en el Diario Oficial, la Ley N°19.846 “Sobre Calificación de la Producción Cinematográfica”.²⁰

1.8. Ley N°19.846 “Sobre Calificación de la producción cinematográfica”

Si bien el principal objetivo de la Ley N°19.846, era regular un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica, en la práctica significó un gran aporte en materia de pornografía infantil, ya que fue la primera ley en Chile que en su artículo 2° letra d)²¹, consagró un concepto de contenido pornográfico, y en su artículo 30²² tipificó la producción de material pornográfico infantil, eliminando

²⁰ DE LA FUENTE Jiménez, Claudia. *Delitos de pornografía infantil*. 1ra Edición. Santiago de Chile. Legal Publishing, 2008. pp. 90 y 91

²¹ Artículo 2°.- d) Contenido pornográfico: la exposición abusiva o grosera de la sexualidad o la exposición de imágenes obscenas, con interacciones sexuales más o menos continuas que, manifestadas en un plano estrictamente genital, constituyen su principal fin.

²² Artículo 30.- El que participe en la producción de material pornográfico, en cualquier soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de 18 años, será sancionado con reclusión menor en sus grados medio a máximo.

expresamente a través de su artículo 34²³ el inciso 2º del artículo 366 quáter del Código Penal, trasladando el delito de producción de pornografía infantil desde el Código Penal a una ley especial. Pero sin duda el aporte más novedoso fue haber tipificado por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico penal a través del inciso 2º del artículo 30, el delito de difusión de pornografía infantil.²⁴

1.9. Ley N°19.927 “Sobre delitos de pornografía infantil”

La Ley N°19.927 fue publicada en el Diario Oficial el 14 de enero de 2004, y constituye hasta el día de hoy la ley más importante que se haya dictado en nuestro ordenamiento jurídico penal en materia de pornografía infantil, sin perjuicio del análisis

El que comercialice, importe, distribuya o exhiba material pornográfico, en cualquier soporte, en cuya elaboración hayan sido empleados menores de 18 años, será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

²³ Artículo 34.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 366 quáter del Código Penal:

1) Elimínase su inciso segundo, y

2) Reemplázase, en su inciso tercero, la frase “los incisos anteriores” por “el inciso anterior”.

²⁴ La Comisión de Educación señaló en su informe que la Carta de 1980, le imponía al Estado la obligación de contribuir a crear condiciones sociales que permitieran a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional “su mayor realización espiritual y material posible” y, además, la de “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (inciso 4º y 5º del artículo 1º de la Constitución Política de la República), recalando que en lo relativo a la protección de la infancia y la adolescencia, la mencionada preceptiva constitucional adquiriría más precisión, si se consideraban los tratados internacionales, cuyo respeto y promoción eran igualmente un deber para el Estado. Tales como, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art.24), la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 19) y, muy especialmente, las normas de la Convención sobre Derechos del Niño, todos los cuales son tratados internacionales ratificados por Chile, que se encuentran vigentes. Según la Comisión este conjunto de normas de carácter constitucional e internacional habrían motivado la dictación de la Ley 19.617, que en aquel entonces era de reciente aprobación, la que sancionó la pornografía infantil, en el artículo 366 quater del Código Penal, sin embargo los comisionados señalaron, que las conductas ahí establecidas no abarcaban todas las posibilidades o supuestos de este tipo de pornografía, particularmente las relativas a la difusión de material pornográfico infantil, de ahí que el proyecto sancionara al que importe, produzca, venda, distribuya o exhiba material pornográfico en cualquier soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de 18 años. En el proyecto inicial sólo se sancionaba, la difusión de la pornografía infantil, pero en el seno de la Comisión de educación, Cultura, Deportes y Recreación, se aprobó una indicación que proponía penalizar no sólo al que importe, venda, distribuya o exhiba material pornográfico de menores, sino también al que lo produzca. DE LA FUENTE Jiménez, Claudia. op.cit., pp. 92 y 93.

crítico que pudiese hacerse a la luz de los principios que conforman el derecho penal moderno, principalmente con respecto a los delitos de difusión y adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil.²⁵ Esta ley trasladó nuevamente a nuestro Código Penal el delito de producción de material pornográfico infantil, manteniendo la descripción típica de la conducta pero sancionándola más severamente, para lo cual creó un nuevo artículo 366 quinquies,²⁶ en cuyo inciso primero quedó tipificado este delito y en el inciso segundo definió lo que debía entenderse por material pornográfico infantil, definición que se tomó, según la historia fidedigna del establecimiento de la ley, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía.²⁷ Además trasladó el delito de difusión de material pornográfico infantil desde el inciso segundo del artículo 30 de la Ley N°19.846 al inciso primero del nuevo artículo 374 bis del Código Penal, prácticamente manteniendo la descripción típica pero sumando dos nuevas hipótesis delictivas mediante los verbos rectores exportar y difundir, y al igual que con el delito de producción de material pornográfico infantil, también aumentó la pena. Además en el inciso segundo del artículo 374 tipificó por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico penal un nuevo, polémico y cuestionado delito, el de adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil.²⁸ Finalmente la Ley N°19.927 para

²⁵ En este sentido RODRIGUEZ Collao, Luis. op. cit., 2014. p. 324 y 327, MOLINA Cantillana, René. op. cit., p. 106; BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Tomo III, op. cit., p. 178 y 179, Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte especial. op. cit., p. 288.

²⁶ 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.

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.

²⁷ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, Artículo 2º A los efectos del presente protocolo: ...c) Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.”

²⁸ Artículo 374 bis.- El que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su

armonizar todos los cambios y otorgarle coherencia al sistema, sustituyó el contenido del artículo 30 de la Ley 19.846 por el siguiente: “la participación en la producción de material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años y la comercialización, importación, exportación, distribución o exhibición de ese material, serían sancionadas de conformidad a lo previsto en los artículos 366 quinquies, 374 bis y 374 ter del Código Penal”.

1.10. Ley N°20.526 “Que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil”.²⁹

El 13 de agosto de 2011 se publicó y entró en vigencia la Ley N°20.526. Esta ley introdujo modificaciones en el Código Penal, en la Ley N°20.084 y en el Código Procesal Penal. En el Código Penal modificó el artículo 366 quáter, sancionando expresamente el “*child grooming*” o acoso sexual de menores y además modificó el artículo 366 quinquies, ampliando el concepto de pornografía infantil a la pornografía infantil virtual o pseudopornografía. Para introducir esta modificación agregó 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, con los mismos fines.”. Una segunda modificación consistió en incluir el artículo 366 quinquies, que tipifica la producción de material pornográfico infantil, en la regla especial para los delitos sexuales prevista en el artículo 4 de la Ley N°20.084. Y finalmente modificó el artículo 222 del Código Procesal Penal que regula las interceptaciones telefónicas, aumentado de 6 meses a un año el plazo que tienen los proveedores para registrar los números IP de las conexiones que realicen sus abonados.

soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio.

²⁹ Cabe señalar que el nombre de la Ley N° 20.526 incurren en un error, ya que la misma reguló el acoso sexual de menores, también llamado “*child grooming*” y la pornografía infantil virtual al incluirla dentro del concepto de material pornográfico infantil, no así la posesión de material pornográfico infantil, por tanto esta última frase está demás.

1.10.1 Alcance de la modificación del artículo 366 quinquies del Código Penal por la Ley N°20.526

Para comprender el alcance de la modificación al artículo 366 quinquies del Código Penal, resulta necesario tener presente que la doctrina tanto nacional como extranjera ha clasificado a la pornografía infantil según diversos criterios, uno de los cuales es de acuerdo a su forma de representación o a la forma en que el material es elaborado o producido, de esta manera podemos hablar de:

Pornografía infantil real o también denominada pornografía infantil clásica: Es aquella que consiste en la elaboración de material pornográfico infantil utilizando a menores reales, sin manipulación de la imagen y en un contexto pornográfico real.³⁰

Pornografía Infantil Virtual o Dibujada, Simulada o también llamada Artificial: esta variante utiliza la representación de dibujos infantiles pornográficos. Deriva del género artístico “comics”, (manga o animé), y su país de origen es el Japón. El material pornográfico consiste en figuras de niños virtuales o dibujos animados de niños realizando actividades sexuales. Su temática predilecta es el incesto, la violación, la pederastia, el sexo lésbico y el bestialismo.³¹

El género se denomina “*Hentai*”, que significa depravación o depravado, el que puede contener las siguientes líneas argumentales: a) la persona menor seduce al

³⁰ DE LA FUENTE Jiménez, Claudia. op. cit., p.76. En este sentido ALTAMIRANO, Marcelo, MEDINA Lorena y OLIVA, Teresita. *Abuso Sexual de Menores*. Criminal Praga. Córdoba, Argentina, Editorial Alveroni, noviembre 2011. pp. 243 y 244. Pornografía infantil real: Es la que utiliza menores reales. Los chicos son inducidos o forzados a ser fotografiados o filmados, teniendo actividad sexual solitaria, con otros menores o con personas mayores. La pornografía real es destructiva de la personalidad en formación de chicos/as y siempre le preceden actos de abuso sexual, violación y servidumbre.

La Pornografía infantil real se encuentra íntimamente vinculada a la prostitución infantil y al tráfico y venta de personas menores destinadas a ser explotadas sexualmente. Resulta fácil advertir, como bien señala, que detrás de cada imagen pornográfica que utiliza menores reales hay una chica/co abusada de verdad, de la cual se obtuvieron las imágenes. Se destaca que Rusia y EE.UU. son los países de mayor producción comercial de pornografía infantil real.

³¹ ALTAMIRANO, Marcelo, MEDINA Lorena y OLIVA, Teresita. *Abuso Sexual de Menores*. Criminal Praga. Córdoba, Argentina, Editorial Alveroni, noviembre 2011. p. 244.

adulto; b) el adulto es quien seduce al menor; c) la relación se efectúa entre menores (hétero u homosexual); d) la relación es incestuosa, (materno-filial, paterno-filial, entre hermanos). Este material se difunde copiosamente por soporte gráfico, foto y video gráfico o principalmente por Internet, generando fabulosas ganancias con la denominación de Lolicon y Shotacon.³²

Pornografía infantil técnica: En esta forma se alteran imágenes por ordenadores, distorsionando fotografías, (*morphed*), para crear otras totalmente nuevas. Son imágenes de adultos que se parecen a menores de edad. Los rostros infantiles pertenecen a imágenes ficticias, creadas técnicamente por transformación o distorsión de una imagen real, de tal manera que la representación del menor es inexistente.³³

Pseudopornografía, pornografía seudoinfantil, o también llamada pornografía infantil virtual: Es la que emplea programas de tratamiento de gráficos que permiten combinar dos imágenes en una sola, haciendo que las representaciones pornográficas de adultos simulen la participación de menores de edad. Emplea técnicas de fotomontaje de rostros. En esta variante, el daño es mayor porque la imagen del menor es real ya que pertenece a un niño de verdad, cuyos rasgos faciales han reemplazado a los del adulto. El niño no participa del acto pornográfico, pero su representación fisonómica está presente en el reemplazo.³⁴

Aclarado los conceptos anteriores podremos comprender el fundamento de la modificación y luego el alcance de la misma.

El fundamento de la Ley 20.526 para modificar el concepto de material pornográfico, esgrimido en el primer trámite constitucional emitido por la Cámara de Diputados fue el siguiente:

“...Otro de los temas que trata el presente proyecto es el de la pornografía infantil

³² Ibid, p. 244.

³³ Ibid, p. 245.

³⁴ Ibid, p. 245.

virtual o simulada. Este tema ya ha sido objeto de iniciativas parlamentarias (Boletines 5210-18 y 5215-07), que se han tenido en cuenta para esta propuesta. La pornografía infantil virtual o simulada puede adoptar dos formas principales. La primera, donde se emplea la imagen o voz captada de un menor y por medio de manipulaciones virtuales se la incorpora en una producción pornográfica, de modo de hacer parecer que el menor efectivamente participó en las acciones sexuales que se muestran. La segunda, consiste en la creación por medios informáticos y sin emplear la imagen o voz de una persona, imágenes o sonidos pornográficos...”.

“...El presente proyecto se ocupa solamente de la primera forma referida toda vez que es en ella donde se lesiona la intimidad de un menor de edad...”³⁵

Hasta antes de la dictación de la Ley N°20.526, la gran mayoría de la doctrina nacional estaba conteste en que el concepto de material pornográfico infantil abarcaba solo a la pornografía infantil clásica, descartando de plano a la pornografía infantil técnica y a la pornografía infantil virtual, ya que en la primera no se utilizaba a menores de edad y en la segunda no se utilizaba a seres humanos.³⁶ Resultaba un poco más discutida la pseudopornografía, ya que en ella se podían utilizar por ejemplo imágenes de menores reales o su voz en un contexto pornográfico real, pero pese a ello en general se entendía que este tipo de pornografía no se encontraba comprendida dentro del concepto de material pornográfico infantil,³⁷ existiendo además argumentos de historia fidedigna de la Ley N°19.927 que abalaban esta postura.³⁸ En la actualidad,

³⁵ Historia de la Ley 20.526, Boletín 5837-07. p. 5 y 6.

³⁶ En este sentido RODRIGUEZ Collao, Luis. op. cit., 2014, p. 319; MOLINA Cantillana, R. op. cit., pp. 72-77.

³⁷ En este sentido Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. op. cit., *Parte especial*. p. 286; en sentido contrario MOLINA Cantillana, René. op. cit., p. 73, quien desde antes de la dictación de la Ley 20.526, era partidario de abarcar esta clase de pornografía infantil dentro del concepto de material pornográfico infantil, entendiendo que ésta era una forma indirecta de utilizar a un menor de 18 años, pero que era suficiente para alcanzar a llenar las exigencias del tipo penal.

³⁸ La Comisión advirtió que el proyecto plantea la modificación del tipo penal de producción de pornografía infantil, que fue creado el 4 de enero de 2003, por el artículo 30, inciso primero, de la reciente ley No 19.846, sobre calificación cinematográfica, en virtud del cual “el que participe en la producción de material pornográfico, en cualquier soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de 18 años, será sancionado con reclusión menor en sus grados medio a máximo.”. La propuesta no sólo persigue elevar la pena (de 541 días a 5 años, actualmente, a 3 años y un día a 5 años) sino que amplía su objeto de protección, puesto que la redacción del

con la modificación al concepto que ha efectuado la Ley N°20.526, queda absolutamente zanjada esta discusión ya que el legislador ha incluido expresamente a la pseudopornografía infantil, dentro del concepto de material pornográfico infantil.³⁹

inciso segundo del artículo 366 quinquies permite concluir que se sancionarían casos de pornografía en el que no se hubieren utilizado propiamente seres humanos menores de edad, sino que consistieren en "representaciones" de ellos, como dibujos, caricaturas, alusiones, etcétera.

Al respecto, considero que resulta esencial determinar el bien jurídico que se quiere proteger: hasta ahora, incluida la ley sobre calificación cinematográfica, se quiere evitar la explotación de niños en la pornografía, es decir, proteger a los menores y no reprimir las fantasías sexuales que puedan tener los adultos. Incluso, dicha ley amplió el margen de protección en cuanto a la edad del menor, puesto que el castigo de las conductas punibles que los afectaban entre los 12 y los 18 años de edad exigía la concurrencia de ciertas circunstancias, descritas a propósito de la violación y del estupro.

Estimó que no se justifica un cambio de criterio, que otorgue carácter de bien jurídico protegido a esa intromisión en decisiones de adultos y, todavía más, la asimile a la protección que ciertamente se debe a las personas menores de edad.

Más aun, como ha dicho la doctrina respecto de esta propuesta, no queda en claro a qué situaciones específicas de las varias posibles, que en este complejo ámbito tecnológico pueden presentarse, ha querido referirse, puesto que está la "pornografía técnica", constituida por la alteración de imágenes de adultos a fin de que parezcan menores de edad; la "pseudopornografía", en la que se insertan fotogramas o imágenes de menores reales como intervinientes en situaciones de contexto pornográfico y la pornografía infantil propiamente "virtual", generada íntegramente en el ordenador. "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". En este punto la comisión citaba a Carlos Kunsemuller, Gaceta Jurídica Nro 273, marzo de 2003, páginas 11 y 12. Historia de la Ley 19.927, Boletín 2906-07. pp. 187-188.

³⁹ En este sentido RODRIGUEZ Collao, Luis. op.cit., 2014. p. 319.

CAPITULO 2:

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE PRODUCCIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL

2.1. Explicación preliminar

Para realizar el presente estudio jurisprudencial se tuvo a la vista un total de 120 fallos emanados la gran mayoría de los Tribunales Orales en lo Penal, otros pocos de las Cortes de Apelaciones y un número menor de los Juzgados de Garantía y Corte Suprema de Justicia, dictados entre los años 2006 y 2015, a lo largo de todo nuestro país. De este total, 38 fallos contenían discusiones relativas al delito de producción de material pornográfico infantil. Es por ello que a continuación nos referiremos a las principales discusiones que ha generado la aplicación práctica de este nuevo tipo penal.

2.2. Bien Jurídico Protegido

A diferencia de lo que ocurre con los delitos de difusión y adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil, con respecto al delito de producción no se discute la existencia de un bien jurídico digno de tutela. Lo que se discute es cual sería el bien jurídico o los bienes jurídicos a proteger.⁴⁰ La determinación del o los

⁴⁰ En este sentido también se manifiesta en España Javier Gustavo Fernández Teruelo, cuando señala que una de las cuestiones más relevantes es la determinación del interés o bien jurídicamente protegido o afectado por las conductas que nos ocupan. Hoy apenas es objeto de discusión la nocividad para la indemnidad sexual de menores de corta edad que son sometidos a prácticas de índole sexual con el objeto que sea, incluida la elaboración de material pornográfico. Sin embargo la determinación del bien jurídico afectado ya no resulta tan sencilla, si analizamos las conductas de aquellos que, sin haber participado en la elaboración de dichos materiales, los distribuyen, los poseen para su distribución y aún mucho menos cuando se trata de los que simplemente los poseen para autoconsumo. También surgen dudas en este sentido, cuando el objeto sobre el que recae la conducta típica es material pornográfico en el que no han sido utilizados directamente menores o incapaces (se emplea su voz o imagen alterada o

bienes jurídicos resulta de vital importancia, pues como sabemos el principio de lesividad o del bien jurídico, como lo llaman algunos autores,⁴¹ es uno de los principios informadores del derecho penal moderno en virtud del cual solo se otorga la consideración de infracción penal a aquellos hechos que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico.⁴² Además el bien o interés a tutelar será determinante a la hora de interpretar el sentido y alcance de este tipo penal.

2.2.1. Historia de la Ley N°19.927

Ahora bien, sin tener el afán de recurrir a la teoría subjetiva o psicológica, esto es, aquella en que "...la tarea del intérprete consiste en rehacer el pensamiento del legislador, en "repensar" lo querido por éste en el momento de poner en vigencia el precepto legal...",⁴³ creemos que para precisar cual fue la verdadera voluntad de la ley, el telos de la misma, "...es indispensable hacerse cargo de lo que fue esa intención, al menos en sus rasgos más generales...".⁴⁴

En este sentido podemos señalar, que si bien de la lectura de la historia fidedigna del establecimiento de La ley N°19.927, podemos concluir que no se hizo un análisis del o de los bienes jurídicos que se tenía por objetivo proteger con el delito de producción de material pornográfico infantil, en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de Ley que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal, en

modificada). FERNÁNDEZ Teruelo, Javier. *Ciberdelitos. Los delitos cometidos a través de Internet*. Editorial Constitutio Criminalis Carolina, 2007. pp. 62-63

⁴¹ En este sentido BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Curso de derecho penal. Parte General*. 3ra edición. Santiago. Editorial Legal Publishig, 2010. Tomo I, p. 30., y Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte general*. 2da edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2014. p. 67.

⁴² BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Curso de derecho penal. Parte General*. 3ra edición. Santiago. Editorial Legal Publishig, 2010. Tomo I, p. 30.

⁴³ CURY Urzúa, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. 2da Edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999. Tomo I, pp.164-165.

⁴⁴ Ibid, p. 166

materia de delitos de pornografía infantil, se señala lo siguiente: “...Agregan los parlamentarios que en tal contexto se han comenzado a manifestar una serie de conductas que vulneran o amenazan importantes bienes jurídicos protegidos, aprovechando la falta de control sobre el sistema, las características de los nuevos medios tecnológicos y, especialmente, los vacíos o deficiencias de la legalidad de cada país.

Señalan que quienes resultan particularmente vulnerables a este tipo de conductas son los niños, los que son utilizados por adultos para la producción de material pornográfico, el que es posteriormente reproducido, difundido, intercambiado o vendido en diversas formas y medios, incluyendo internet. Añaden que la pornografía infantil, corresponde, normalmente, a delitos de reciente comisión, en los que se ha utilizado a niños en términos degradantes, y que han dado lugar a acciones delictuales que han provocado gran revuelo mundial.”⁴⁵

Luego en el mismo informe, previo a hacerse referencia a la legislación comparada se señala “...Como cuestión previa al análisis de la legislación de otros países sobre la materia, cabe señalar que el marco existente sobre la tema lo entrega la Convención Internacional de los Derechos del Niño, cuerpo jurídico que considera niños a los menores de 18 años, salvo que de acuerdo a la ley que les sea aplicable, se alcance antes la mayoría de edad.

De conformidad al artículo 34, letra c) de esta Convención, los Estados Partes se comprometen a tomar todas las medidas necesarias, tanto de carácter nacional, bilateral y multilateral, para impedir la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

A su vez, el Protocolo Facultativo de esta Convención, entiende por pornografía infantil toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

⁴⁵ Historia de la Ley 19.927, Boletín 2906-07. p. 16.

De acuerdo a lo anterior, los bienes jurídicos protegidos no se reducirían únicamente a la integridad y libertad sexual de los menores, sino que tendrían también especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la indemnidad de los menores, cuya voluntad, sin la necesaria información para ser considerada verdaderamente libre, no puede ser relevante respecto de la licitud de conductas que sí podrían serlo entre personas adultas.”⁴⁶.

Entendemos que la referencia anterior de los bienes jurídicos a proteger alude en general a todos los delitos en donde el objeto material del mismo es el material pornográfico infantil, la interrogante que surge es cual o cuales de ellos dicen relación solo con el delito de producción de material pornográfico infantil, y es en este punto en donde debemos hacer referencia a una modificación que la ley N°19.927 hizo al Código Orgánico de Tribunales, la que de su sola lectura a nuestro juicio dilucidará nuestra interrogante. La Ley N°19.927 introdujo un nuevo numeral al artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales:

Art. 6° Quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República que a continuación se indican: ...

10. Los sancionados en los artículos 366 quinquies, 367 y 367 bis N°1, del Código Penal, cuando pusieren en peligro o lesionaren la indemnidad o la libertad sexual de algún chileno o fueren cometidos por un chileno o por una persona que tuviere residencia habitual en Chile; y el contemplado en el artículo 374 bis, inciso primero, del mismo cuerpo legal, cuando el material pornográfico objeto de la conducta hubiere sido elaborado utilizando chilenos menores de dieciocho años.

De acuerdo a lo expuesto, según la historia fidedigna del establecimiento de la ley el delito de producción de material pornográfico infantil tutela los bienes jurídicos de indemnidad o libertad sexual.

⁴⁶ Historia de la Ley 19.927, Boletín 2906-07. p. 16.

Decidimos hacer referencia a la historia fidedigna debido a que de la lectura de los fallos nos pudimos percatar que en el debate oral los litigantes suelen en muchas ocasiones, como lo podremos ver, hacer alusión a ella al igual que los Tribunales de Justicia, muchas veces refiriéndose en forma sesgada y no tomando en consideración el todo de la discusión parlamentaria.

2.2.2. Antecedentes doctrinarios

Si bien la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico del delito de producción de pornografía infantil, es relativamente reciente, a lo largo de estos 16 años, se ha ido generando una serie de posiciones doctrinarias con respecto a las distintas problemáticas que genera este tipo penal. Específicamente en lo que dice relación con el bien jurídico protegido, podemos decir que nuestra doctrina nacional no ha llegado a consenso.

Luis Rodríguez Collao, estima que en este tipo penal el bien jurídico protegido es el mismo que subyace a los delitos de violación, de estupro y de abuso sexual: la indemnidad sexual, entendida como el derecho de las personas a no verse involucradas en un contexto sexual en atención al daño físico, psíquico o emocional que tal experiencia puede ocasionar en el común de los seres humanos.⁴⁷ Cabe señalar que para este autor existe una completa sinonimia entre indemnidad sexual e integridad sexual.⁴⁸

Para Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, cuando se utilicen en la producción de pornografía infantil a menores de 14 años el bien jurídico protegido será la indemnidad sexual y cuando se utilicen a mayores de 14 años pero menores de 18 años el bien jurídico será la libertad sexual.⁴⁹ Cabe señalar que estos autores entienden a la libertad sexual como la facultad de la persona para autodeterminarse en

⁴⁷ RODRIGUEZ Collao, Luis. op. cit., 2014. p. 315

⁴⁸ Ibid, p.177

⁴⁹ Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. op. cit., *Parte especial*. p. 279

materia sexual, sin ser compelido ni abusado por otro. Y la indemnidad sexual como el libre desarrollo de la sexualidad.⁵⁰

Vivian Bullemore y Jhon Mackinnon, realizan la misma distinción etérea anterior, siendo aún más drásticos, ya que no solo reconocen la existencia de bienes jurídicos distintos sino que en atención a lo mismo separan su estudio en apartados distintos, a juicio de estos autores, cuando se trata de menores de 14 años el bien jurídico protegido es la libertad sexual y cuando se trata de mayores de 14 y menores de 18 años es la moral sexual.⁵¹ Ellos conciben la libertad sexual como “...el derecho de toda persona de determinar libremente el uso de las funciones sexuales, con las limitaciones que dicen relación con el sentimiento ético de la comunidad o con los derechos de los demás.”. Para estos autores el bien jurídico protegido respecto de los menores de 14 años, sigue siendo la libertad sexual y no la indemnidad sexual, pero reconocen que en estas personas la libertad sexual tiene un contenido algo más complejo que el de la mera “autodeterminación en el campo sexual”, porque, en definitiva nuestro ordenamiento no les reconoce esa facultad de autodeterminación. Eso significa, antes que una prohibición al menor de 14 años de realizar conductas sexuales –las que como realidad pueden concretarse incluso en la primera infancia, según algunos estudios, aun en la actividad fetal– la prohibición a terceros de realizarlas con ellos o a determinarlos a llevarlas a cabo. En cambio la moral sexual moralmente protegida estos autores la relacionan con la restricción a la libertad en su expresión activa, es decir a la realización sin restricción de cualquier tipo de actos, sean o no considerados correctos desde un punto de vista moral. Esto último se relaciona con la imposición de una “esfera de lo permitido”, que restringiría a las personas en el libre ejercicio de su propia sexualidad.⁵²

René Molina Cantillana, al igual que una parte de la doctrina española, expone que para determinar el bien jurídico protegido debemos distinguir si el menor es consciente de que está siendo utilizado en la producción del material pornográfico, sea que se efectúe con su consentimiento o contra su voluntad, o si el autor actúa

⁵⁰ Ibid, p. 246

⁵¹ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Tomo III, op.cit., p. 173

⁵² Ibid, pp. 152-153

subrepticamente, es decir fotografiando o filmando al menor sin que éste se de cuenta, en el primer caso el bien jurídico protegido será la integridad sexual (en el mismo sentido que la entiende Rodríguez Collao) y en el segundo la intimidad del menor.⁵³

Y finalmente Raúl Carnevali Rodríguez, señala que este delito tiene un carácter pluriofensivo en donde los bienes jurídicos a tutelar serían además de la indemnidad o libertad sexual, el derecho a la propia imagen del menor y su honra.⁵⁴ Decidimos hacer referencia a la postura de este autor debido a que esta opinión la expresa en un informe en derecho que elaboró para la Defensoría Penal Pública, informe que engloba alguno de los postulados que invocan los abogados defensores en los juicios orales y en los recursos que pudimos estudiar.

En la doctrina española tampoco hay consenso, solo a modo ejemplar, podemos señalar que David Lorenzo Morillas Fernández ⁵⁵, quien realiza un acabado análisis de los bienes jurídicos a tutelar en los distintos numerales del artículo 189 del Código Penal Español, concluye que el bien jurídico protegido en los supuestos de utilización con fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pornográfico o la financiación de cualquiera de estas actividades es la

⁵³ MOLINA Cantillana, René. op.cit., pp. 58 y 59.

⁵⁴ CARNEVALI Rodríguez, Raúl. *Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales*. Informe en Derecho. Defensoría Penal Pública (2): 9-11, Agosto 2012.

⁵⁵ Resulta interesante destacar que este autor propone en su obra un concepto de indemnidad sexual distinto del tradicional, explicándolo de la siguiente manera: "...a mi juicio, lo que debe protegerse es el correcto proceso de formación de los menores o incapaces en materia sexual con el propósito de que, una vez adultos, los primeros decidan en libertad su comportamiento sexual y, los segundos, no actúen como objetos sexuales de terceras personas, pues semejantes actos pueden causar daños traumáticos a la víctima. En consecuencia, la principal distinción, en mi opinión, entre el concepto tradicional y el aquí defendido radica en esa protección absoluta otorgada por los partidarios de aquella en el sentido que todo comportamiento en el que se vea inmerso un menor o incapaz atentará contra su indemnidad sexual, derivado del derecho a no ser objeto de explotación y tráfico sexual, frente a la opción presentada en donde semejante afección únicamente se producirá cuando exista incidencia directa sobre la persona; esto es, aquellas situaciones en donde el menor no sea consciente de que ha sido objeto de una filmación pornográfica no vulnerarán la indemnidad sexual relativa en tanto no existe afectación al proceso evolutivo en la referida materia del menor o incapaz, pues al desconocer la situación no es posible que la misma le perjudique; por el contrario, de acotarse, que no es el caso, el concepto tradicional sí existiría vulneración por el mero hecho de desarrollar la conducta ante menores o incapaces debido a la cualidad de sujetos intocables o protección absoluta acordada. MORILLAS Fernández, David. *Análisis Dogmático y Criminológico de los delitos de pornografía infantil*. Madrid, Editorial Dykinson, 2005. p. 168

indemnidad sexual relativa siempre que el sujeto pasivo sea consciente de que es objeto de la realización de la conducta típica y en el supuesto de que la grabación fuera llevada a cabo de manera subrepticia sin que el menor advierta su participación en la filmación, el bien jurídico protegido debe ser la intimidad del sujeto pasivo por cuanto al no ser consciente de semejante situación no existirá afección a la indemnidad sexual relativa debiendo, en consecuencia, aplicar el artículo 197 del Código Penal.⁵⁶ Para Javier Fernández Teruelo, el bien jurídicamente protegido en los delitos de elaboración de material pornográfico infantil es la indemnidad sexual sin hacer ninguna distinción.⁵⁷

2.2.3. Pseudopornografía

Mención aparte merece la determinación del bien jurídico a proteger cuando el objeto material recae en pseudopornografía infantil,⁵⁸ entendida por nuestros legisladores como aquella en donde se emplea la imagen o voz captada de un menor y por medio de manipulaciones virtuales se la incorpora en una producción pornográfica, de modo de hacer parecer que el menor efectivamente participó en las acciones sexuales que se muestran.⁵⁹ Este tipo de pornografía infantil, como lo señaláramos en el capítulo I de este trabajo, fue expresamente incorporado al concepto de material pornográfico infantil por la Ley N° 20.526. Así lo reconoce Luis Rodríguez Collao cuando señala que hay antecedentes históricos que indican que sí estaría comprendida dentro del tipo de producción de material pornográfico infanto-juvenil, porque éste es el propósito que tuvo en mente el legislador de la Ley N° 20.526, al modificar la definición de material pornográfico infantil, agregando una referencia a la imagen o a la voz del menor.⁶⁰ Ahora bien, con respecto al bien jurídico protegido, este

⁵⁶ Ibid, p. 178

⁵⁷ FERNÁNDEZ Teruelo, Javier. op. cit., p. 62

⁵⁸ Se trata de un montaje o creación ficticia en la que se introducen caracteres parciales identificables de menores reales con la cara, el cuerpo o la voz. PARRA González, Ana Victoria. *La pornografía infantil en la red especial referencia a la posesión simple* (Tesis doctoral). España, Universidad de Salamanca. Octubre 2011. p. 175 y 176.

⁵⁹ Historia de la Ley 20.526, Boletín 5837-07. p. 6

⁶⁰ RODRIGUEZ Collao, Luis. op. cit., 2014. p. 319

mismo autor señala que la pseudopornografía debe interpretarse dentro del conjunto de exigencias que contempla el tipo en estudio, entre las cuales se cuenta la efectiva utilización del menor. Dicho elemento no puede ser interpretado como sinónimo de emplear al niño o al adolescente en cualquier forma, sino que debe entenderse en el sentido de emplearlo de un modo que comprometa el bien jurídico protegido, es decir, su indemnidad sexual.⁶¹ Por otro lado René Molina Cantillana, quien desde antes de la publicación de la Ley N°20.526, opinaba que la elaboración de pseudopornografía se encontraba captada por el artículo 366 quinquies del Código penal, reconoce como bien jurídico a proteger la dignidad de los menores.⁶² El bien jurídico tutelado tratándose de pseudopornografía infantil, ha sido un tema muy discutido por la doctrina española, no obstante, el pronunciamiento mayoritario apunta hacia un delito de peligro abstracto para la indemnidad y/o libertad sexual de los menores en su conjunto y no en el menor en concreto objeto de la manipulación de su imagen o voz.⁶³

No nos extenderemos más respecto de la pseudopornografía infantil, debido a que pudimos comprobar con la revisión y lectura de los fallos objeto de este estudio, que la pseudopornografía tiene una nula aplicación práctica.

2.2.4. Estudio Jurisprudencial

Luego de esta breve reseña en torno a la historia fidedigna y a las distintas posiciones doctrinales con respecto al bien jurídico protegido en el delito de producción de material pornográfico infantil, a continuación analizaremos qué fue lo que ocurrió en la práctica jurisprudencial durante estos 12 años desde que entró en vigencia de la Ley N° 19.927, para ello hemos hecho una selección de algunos de los fallos que han desarrollado de forma un poco más profunda este tema.

a) Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de mayo de 2006, ROL 201-2006

⁶¹ Ibid, p. 178

⁶² MOLINA Cantillana, René. op. cit., p. 60

⁶³ PARRA González, Ana Victoria. op. cit., p. 278

(víctimas menores de 14 años, Recurso de Apelación interpuesto por defensa, Corte confirmó veredicto condenatorio).⁶⁴

“...QUINTO: Que en el delito contemplado en el artículo 366 quinquies del Código Penal, el bien jurídico protegido por la ley penal es la indemnidad sexual del menor, esto es, el derecho del menor de edad a desarrollar su sexualidad en forma normal y natural sin interferencia de hechos que por su naturaleza anormal o desviada tengan la capacidad real o potencial para pervertir, corromper o impedir dicho desarrollo. En palabras del profesor Luis Rodríguez Collao, es el derecho de las personas a no verse involucradas en un contexto sexual, en atención al daño físico, psíquico o emocional que tal experiencia puede ocasionar en el común de los seres humanos (En Delitos Sexuales, Editorial Jurídica de Chile, 2004, página 124). De la discusión parlamentaria fluye que lo que se procura amparar es la indemnidad de los menores, en que la voluntad de los menores no tiene relevancia, sino que lo esencial es valorar al menor en cuanto a su dignidad como persona y su derecho al libre desarrollo de su personalidad. Se protege un bien jurídico individual, esto es, actos que afectan a menores determinados, quedando fuera las representaciones virtuales. En definitiva, debe tratarse de actos que afecten a personas concretas, de carne y hueso.”

b) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, 04 de julio de 2006, RUC 0500199555-5, RIT 18-2006, (víctima mayor de 14 años-condena).⁶⁵

“...NOVENO: ...En efecto, si bien este delito es de reciente data dentro de nuestro ordenamiento, ya que sólo fue incorporado por la Ley N° 19.927, publicada en el Diario Oficial el 14 de enero de 2004, en la legislación comparada tiene un tiempo de funcionamiento bastante superior, lo que ha hecho que exista un pormenorizado estudio del sentido y alcance de este injusto y cual es el bien jurídico afectado, como por ejemplo en la Legislación española, el cual se encuentra comprendido en el artículo 189.1 letra a) del Código Penal Español, que reza:

“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años:

⁶⁴ CA de Concepción, 12 de mayo de 2006, causa ROL 201-2006..

⁶⁵ TOP de San Antonio, 4 de julio 2006, causa RIT 18-2006.

a) *El que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, o financiare cualquiera de estas actividades”, concepto que mutatis mutandi, es plenamente asimilable a nuestro artículo 366 quinquies del Código Penal en cuanto sanciona a quien utiliza a menores de edad en la elaboración de material pornográfico.*

En dicha doctrina se ha llegado a determinar que la ratio legis de esta disposición descansa en que la conducta de utilización de menores para elaborar material pornográfico, es la protección de la libertad sexual.

Pero además se ha estimado que tal conducta es indiscutiblemente idónea para socavar la adecuada formación de la personalidad y la libertad sexual de los menores, es decir, para influir o incidir en una personalidad en formación afectando a su normal y futuro desenvolvimiento sexual, lo que también a sido reconocido por el Tribunal Supremo Español, lo que quiere decir, en otras palabras, que se tutela bienes jurídicos como la libertad e indemnidad sexuales.

De esta forma, si se profundiza en el significado de las conductas incriminadas, es posible afirmar que a través de la protección de los bienes jurídicos de la libertad e indemnidad sexuales del menor, se protegen también otros derechos constitucionales del mismo, como el derecho a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la libertad y a la seguridad, el derecho a la intimidad y, en concreto, su intimidad sexual.

Si bien la labor que nos llama es pronunciarnos sobre el asunto sometido a nuestra decisión y no realizar un tratado teórico sobre los bienes jurídicos tutelados en cada delito ni un estudio dogmático penal respecto del ilícito en comento, de todas maneras es necesario dejar asentado que éste ilícito, nuevo en nuestro ordenamiento jurídico como ya se dijo, puede al menos, estimarse como pluriofensivo en cuanto al ámbito de lesiones que afectan a un individuo, menor de edad en este caso, que incluso sabiendo que va a verse expuesto a esta situación, atendida su minoría de edad, puede no saber las reales y muchas veces insospechadas consecuencias que esta exposición de su

actividad sexual puede acarrear a futuro.”.

c) Sentencia del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 29 de junio de 2012, RUC 1000834649-1, RIT 173-2012 (víctimas mayores de 14 años – condena).⁶⁶

“...OCTAVO: ...Así las cosas, la forma en que se produjeron las grabaciones, la duración y contexto de las mismas, que dan cuenta de la imagen de una menor de edad en posturas insinuantes, desnuda y exhibiendo sus genitales, en un contexto erótico y de otra menor teniendo relaciones sexuales y practicando sexo oral, permiten afirmar que el acusado ejecutó conscientemente y a sabiendas de la minoría de edad, actos tendientes a crear y fabricar una filmación de carácter pornográfico, procediendo con un dolo específico, al realizar una producción de aquel carácter con menores de edad, afectando con ello el bien jurídico de la integridad sexual de las jóvenes, que comprende tanto la indemnidad sexual como el derecho a la honra y dignidad, todo lo cual produjo en ellas una alteración en su desarrollo y formación sexual y afectó su dignidad y honra al haberlas expuesto en un contexto de representación de su corporeidad con fines primordialmente sexuales, que importa cosificarlas, reduciendo su propia imagen a un objeto destinado a satisfacer los deseos sexuales de otro, alienándola de su calidad de sujeto y en definitiva, instrumentalizar una característica primordial en la constitución de la personalidad, que es nuestra propia imagen.”.

d) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, 22 de diciembre de 2012, RUC 1100182874-8, RIT 162-2012 (víctima menor de 14 años – condena).⁶⁷

“...NOVENO: Así las cosas, la forma en que se produjeron las grabaciones, la duración y contexto de las mismas, que dan cuenta de la imagen de dos menores de edad exhibiendo sus genitales, en un contexto erótico pues eran tocadas sus vaginas por las manos de un hombre mayor, permiten afirmar que el acusado ejecutó conscientemente y a sabiendas de la minoría de edad, actos tendientes a crear y fabricar una filmación de carácter pornográfico, procediendo con un dolo específico, al

⁶⁶ 6º TOP de Santiago, de 29 junio de 2012, causa RIT173-2012.

⁶⁷ TOP de Puente Alto, de 22 diciembre de 2009, causa RIT 162-2012.

realizar una producción de aquel carácter con menores de edad, afectando con ello el bien jurídico de la integridad sexual de las niñas, que comprende tanto la indemnidad sexual como el derecho a la honra y dignidad, todo lo cual produjo en ellas una alteración en su desarrollo y formación sexual y afectó su dignidad y honra al haberlas expuesto en un contexto de representación de su corporeidad con fines primordialmente sexuales, reduciendo su propia imagen a un objeto destinado a satisfacer los deseos sexuales de otro y en definitiva, instrumentalizar una característica primordial en la constitución de la personalidad, que es nuestra propia imagen.”.

e) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, 19 de mayo de 2015, RUC 1301024029-2, RIT 134-2015 (víctimas menores y mayores de 14 años – condena).⁶⁸

“...TRIGÉSIMO PRIMERO: Siendo la pena asignada a cada uno de los cuatro delitos de Producción de Material Pornográfico, acreditados, conforme lo dispone el artículo 366 quinquies del Código Penal, la de presidio menor en su grado máximo, y teniendo presente que en los cuatro delitos referidos precedentemente se vulnera el mismo bien jurídico, esto es, la moralidad pública y la dignidad sexual de la víctima, por aplicación del artículo 351 inciso 2do del Código de procesal Penal tratándose de delitos cuya naturaleza no pueden estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, la que se aumentará en un grado, arribándose a la pena de presidio mayor en su grado mínimo.”.

2.2.5. Comentarios

Con respecto a la problemática del bien jurídico protegido podemos concluir que la tendencia jurisprudencial se inclina a entender que el delito de producción de material pornográfico infantil es un delito pluriofensivo en donde se protegen varios bienes

⁶⁸ TOP de Iquique, 19 de mayo de 2015, causa RIT 134-2015.

jurídicos, no limitándose a la indemnidad y libertad sexual.

Llama la atención la inclusión en varias de las sentencias del bien jurídico dignidad sexual. A este respecto el profesor Rodríguez Collao señala que en forma cada vez más frecuente, la doctrina viene planteando que la noción de dignidad humana se encontraría en la base de numerosos atentados sexuales; fundamentalmente, de aquellos que implican un trato especialmente vejatorio o humillante para la víctima.⁶⁹ Cabe señalar que la doctrina a que hace referencia este autor es principalmente doctrina española. Rodríguez Collao, no está de acuerdo que la dignidad humana sea considerada como uno de los bienes jurídicos objeto de tutela de los delitos sexuales, ya que la dignidad humana es un valor que está en la base de los derechos fundamentales, de manera que en los delitos sexuales la dignidad humana no se vería ni más ni menos afectada que, por ejemplo, en cualquier atentado contra la vida y la salud.⁷⁰

A nuestro juicio, en el delito de producción de material pornográfico infantil los bienes jurídicos a proteger serán siempre la indemnidad o la libertad sexual, según la edad del sujeto pasivo, esto es, si es menor de 14 años el bien jurídico será la indemnidad sexual la que entendemos como el libre desarrollo de la sexualidad⁷¹ y si es mayor de 14 años pero menor de 18 años, el bien objeto de tutela será la libertad sexual, la que consistiría en la facultad de la persona para autodeterminarse en materia sexual, sin ser compelido ni abusado por otro,⁷² sin duda que la afectación a estos bienes jurídicos resultará mucho más evidente cuando la conducta sexual base del delito de producción de material pornográfico infantil sea otro delito sexual, estimamos que no por ello no podrían afectarse también estos bienes jurídicos cuando el contenido del material pornográfico infantil no configure un delito sexual, en la medida que el objeto material del delito sea efectivamente material pornográfico infantil, concepto al que nos referiremos en el apartado siguiente. Esto sumado a que históricamente esta habría sido la intención del legislador, que además guarda

⁶⁹ RODRIGUEZ Collao, Luis. op. cit., 2014. p. 152

⁷⁰ Ibid, pp. 160-161

⁷¹ Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte especial. op.cit., p. 246

⁷² Ibid, p.246.

coherencia con todo el sistema de delitos sexuales regulados en nuestro Código Penal y ambos constituyen sin lugar a dudas bienes jurídicos dignos de tutela en un Estado Democrático de Derecho, sin poner en riesgo el principio de lesividad, el que como sabemos constituye unos de los pilares de un derecho penal moderno.

2.3. Concepto de material pornográfico infantil

Desentrañar el verdadero sentido y alcance del concepto legal de material pornográfico infantil resulta de vital importancia a la hora de aplicar los tipos penales de los delitos de producción, difusión y adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil, ya que de ello dependerá que la conducta sea o no sea típica.

La mayoría de la doctrina chilena al abordar este tema se centró en el alcance del concepto en el sentido de si abarcaría o no a la pornografía infantil técnica, virtual o a la pseudopornografía,⁷³ conceptos a los que ya hicimos referencia en el capítulo I de este trabajo, no obstante, luego de revisar los 120 fallos objeto de nuestro estudio, no encontramos ninguno en donde se discutiera el alcance del concepto en ese sentido.

Lo que sí se discute y es objeto de controversia es el sentido y alcance del verbo rector utilizar, el que incide directamente en el concepto de material pornográfico infantil, al igual que la discusión acerca de si la producción del material debe hacerse con la intención de procurar la excitación propia o de terceros o si debe estar preordenada al tráfico, pero estas dos últimas discusiones al corresponder a las faz subjetiva de este delito serán analizadas más adelante.

⁷³ En este sentido MOLINA Cantillana, R. op. cit., pp.71-75; Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte especial. op. cit., p. 286; y DE LA FUENTE Jiménez, Claudia. op. cit., pp. 118-135.

2.3.1. Historia de la Ley N°19.927

El inciso 2do del artículo 366 quinquies señala:

“...Para los efectos de este artículo y del artículo 374 bis, se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de 18 años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines.”.

Como ya todos sabemos y como consta en la historia de la ley 19.927,⁷⁴ la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, optó por la definición de material pornográfico infantil consagrada en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño, sobre la noción de contenido pornográfico contemplada en la letra d) del artículo 2do de la Ley N°19.846, que entiende por “...contenido pornográfico: la exposición abusiva o grosera de la sexualidad o la exposición de imágenes obscenas, con interacciones sexuales más o menos continuas que, manifestadas en un plano estrictamente genital, constituyen su principal fin.”

Cabe señalar que también consta en la historia fidedigna, que estando el legislador consciente de la coexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de ambos conceptos, esto es, de contenido pornográfico y material pornográfico infantil, señaló que por razones de armonía legislativa, el intérprete deberá recurrir por defecto del concepto que se contempla en este proyecto de ley, refiriéndose al concepto de material pornográfico infantil, al concepto de contenido pornográfico contemplado en la ya tantas veces mencionada Ley N°19.846.⁷⁵ Si bien este razonamiento lo hizo la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, respecto de un concepto de material pornográfico infantil distinto del que finalmente fue aprobado, entendemos que la lógica del razonamiento sigue siendo plenamente aplicable.

⁷⁴ Historia de la Ley 19.927, Boletín 2906-07. p. 244.

⁷⁵ Historia de la Ley 19.927, Boletín 2906-07. p. 188.

2.3.2. Antecedentes doctrinarios

Resulta tremendamente acertado lo señalado por el profesor Luis Rodríguez Collao, quien refiriéndose al concepto de material pornográfico infantil nos señala que si atendemos a la literalidad del tipo, éste pareciera incluir toda forma de actividad sexual, tanto aquella que es constitutiva de delito como aquella que no lo es; y tanto la actividad que se realiza contra la voluntad del menor como aquella que es consentida por éste. Que un examen detenido de la figura y del contexto en que ella se inserta, en cambio, nos permitiría afirmar que aquellas proposiciones no son del todo correctas. Que en efecto, no debemos perder de vista que el propio concepto de material pornográfico infanto-juvenil exige que el niño o el adolescente hayan sido *utilizados* para la producción de ese material, exigencia que no se satisficaría con la sola intervención o presencia del menor. *Utilizar* incluso en el lenguaje cotidiano, evoca una posición de ventaja de una persona respecto de alguien (o, en su caso, de algo) y así lo reconoce el Diccionario de la RAE, cuando define utilizar como aprovecharse. Este último vocablo, a su vez, conforme a su sexta acepción, que es la que interesa para estos efectos, es definido como “sacar provecho de algo o de alguien, generalmente con astucia o abuso”. Luego nos señala que no es sólo el tenor literal del artículo 366 quinquies CP el que nos permitiría afirmar que la conducta allí tipificada es una forma de actuación abusiva. Que a la misma conclusión se llegaría tras examinar que dicha norma está ubicada a continuación de los artículos 365 bis, 366, 366 bis, 366 ter y quater del Código Penal, todos los cuales tienen en común la exigencia de una actitud de aprovechamiento, lo que permite incluirlos bajo la denominación genérica de *abusos sexuales*. Finaliza recordando que la incorporación del delito de producción de material pornográfico infanto-juvenil al ordenamiento jurídico nacional se hizo en cumplimiento de lo dispuesto en la *Convención de los Derechos del Niño y en el Protocolo Facultativo* de dicha Convención, relativo a la venta de niños, a la prostitución infantil y a la utilización de niños en la pornografía. Que estos instrumentos dejarían claramente establecido, que aquel delito debe tipificarse con el objeto de proteger al menor de edad contra la explotación sexual y no para el fomento de una determinada forma de

comportarse en el campo sexual.⁷⁶

Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, señalan que la ley exige como requisito objetivo para el castigo de estos hechos que exista una producción pornográfica en que se hayan utilizado a menores de 18 años. Un menor puede utilizarse cuando se emplea su voz o imágenes, desnudo o en posiciones groseras propias de la pornografía, o realizando actos de significación sexual consigo mismo o con terceros. Parece, en cambio difícil comprender dentro de la expresión legal el hecho de modificar subrepticamente imágenes o sonidos del menor obtenidos de actividades inocentes (paseos a la playa, por ejemplo), pues la Ley castiga la utilización de menores, no de sus imágenes o de los registros de su voz.⁷⁷ Hasta antes de la dictación de la ley 20.526, estábamos absolutamente de acuerdo con este razonamiento en orden a excluir del concepto de material pornográfico infantil a la pseudopornografía, sin embargo, como sabemos la mencionada ley incluyó expresamente este tipo de pornografía a la definición al agregar al final del mismo "...o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines."

René Molina Cantillana, al analizar en su obra la mencionada definición señala que estas actividades sexuales explícitas pueden ser reales o simuladas. Así, por ejemplo, si lo que se quiere representar es el acceso carnal del menor por parte de un adulto, no sería necesaria la efectiva penetración de aquel, sino que bastaría el simple hecho de aparentarla.

Por último, la definición hace referencia a la representación de las partes genitales de un menor con fines primordialmente sexuales. Con eso, se busca incluir aquellas hipótesis en que, sin mediar una actividad sexual propiamente tal, se captan los genitales de un menor con clara intención lúbrica. Así, el hecho de fotografiar la zona vaginal de una niña resultará ajustado al tipo si se tiene por motivación excitar el instinto sexual del receptor de la imagen, pero no ocurrirá lo mismo si dicha fotografía

⁷⁶ RODRIGUEZ Collao, Luis. op. cit., 2014. pp. 317 y 318

⁷⁷ Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte especial. op.cit., 2014. p. 286

ha sido tomada por un facultativo para fines de investigación médica.⁷⁸

Con respecto a la doctrina comparada, podemos señalar que la regla general es que los ordenamientos jurídicos no entreguen un concepto legal de material pornográfico infantil (España, Italia, Alemania, Francia... etc.), siendo la jurisprudencia y la doctrina quienes se han visto en la difícil labor de elaborar un concepto.

Un ejemplo de ello es lo que ocurre en España, en este sentido destaca la Sentencia del Tribunal Supremo 1553/2000, de 10 de octubre [RJ 2000\9151], que hace referencia a esta situación “la ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189, del Código Penal. Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. Igualmente la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico.”⁷⁹

Una de las pocas legislaciones que contemplan un concepto de Pornografía Infantil es la legislación estadounidense, según la cual “(8) Pornografía infantil significa cualquier imagen, incluyendo fotografía, película, video, pintura, u ordenador o computadora –capaz de generar imágenes o dibujos, ya sea creado o producido por vía electrónica, mecánica o cualquiera otra análoga, que represente conductas sexuales explícitas, donde– (A) en la producción (70) del referido material haya participado un menor desarrollando comportamientos de naturaleza sexual explícitos; (B) en la imagen aparezca o se crea que existe un menor desarrollando conductas sexuales explícitas; (C) tal imagen haya sido creada, adaptada o modificada para que contemple a un menor identificable (71) desarrollando actos de naturaleza sexual explícita; o (D) la imagen anuncie, promueva, presente, describa o distribuya de

⁷⁸ En este sentido MOLINA Cantillana, René. op. cit., pp.66-67

⁷⁹ MORILLAS Fernández, David. *Análisis Dogmático y Criminológico de los Delitos de Pornografía Infantil*. Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2005. p. 241.

cualquier forma aparente que el material es o contiene una galería de imágenes de un menor desarrollando actos sexuales explícitos.⁸⁰

2.3.3. Estudio Jurisprudencial

a) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, 31 de octubre de 2006, RUC 0610007565-0, RIT 164-2006 (víctima menor de 14 años – absolución).⁸¹

“...DECIMO:...Que además, respecto del tipo penal del artículo 366 quinquies del Código penal, esto es, la producción de material pornográfico utilizando menores de edad, resulta evidente, que la interpretación que debe estarse al tenor de la definición que la propia ley realiza de “material pornográfico”, ya que el concepto de lo que debe entenderse por “pornográfico”, tiene un contenido relativo, de contornos difusos, cambiante de cultura en cultura, e incluso dentro de un mismo ámbito socio-cultural es percibido en forma diferente, conforme a pautas morales que los miembros o grupos determinados de la sociedad profesen. En este sentido, la ley exige en primer lugar que el carácter de pornográfico emane de “estar en presencia de una actividad sexual explícita”, es decir, esto es, que estemos frente a una imagen que demuestre clara y determinadamente una actividad sexual, ya sea real o disimulada. En el caso de marras, las fotografías dan cuenta de la menor vestida y mostrando su calzón, hecho que no puede ser calificado como de una “actividad sexual” en términos objetivos; en segundo lugar, las fotografías en parte alguna exhiben el aparato genital de la menor, de tal manera que tampoco se está en la premisa segunda de la definición legal, esto es la representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales. En todo caso, el carácter de pornográfico siempre estará dado por una exposición abusiva o grosera de la sexualidad donde el plano genital aparece como lo esencial o primordial, sentido que la ley N° 19.846 sobre calificación de producción

⁸⁰ Sección 2256 del US Code. MORILLAS Fernández, David. Los Delitos de pornografía Infantil en el Derecho Comparado. Cuadernos de Política Criminal, Segunda Época. III (84): 50-51, 2004.

⁸¹ TOP de Arica, 31 de octubre de 2006, RIT 164-2006.

cinematográfica le da para esos efectos, y que aparece patente en la reproducción de las películas realizadas en la audiencia.”.

b) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 3 de julio de 2007, RUC 0600311840-K, RIT 050-2007 (víctima menor de 14 años – condena).⁸²

“...DECIMO SEXTO:....El sujeto pasivo es un menor de edad, según quedó establecido en esta situación. Como requisito objetivo se exige que exista una producción pornográfica en que se haya utilizado menores de 18 años de edad, lo que acontece cuando se emplea su voz o imágenes, desnudo o en posiciones groseras propias de la pornografía, o realizando actos de significación sexual consigo mismo o con terceros.

Para estos efectos y atento a lo señalado en el inciso segundo del artículo 366 quinquies del Código Penal, el material pornográfico infantil se define como toda representación de menores de edad dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales.

En este quehacer concurren los requisitos exigidos por el tipo penal, pues se trata de menores de 18 años hecho ya acreditado, que fueron utilizados, sin su consentimiento, en la elaboración de material pornográfico en los cuales participaban junto al imputado.”.

c) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, 17 de julio de 2009, RUC 0800479951-9, RIT 102-2009 (víctima mayor de 14 años – absolución).⁸³

“...UNDECIMO: ...Sin embargo, este Tribunal estima que al haber concluido –en relación al delito de estupro– que las relaciones sexuales que mantuvieron el imputado y la joven fueron válidamente consentidas por ésta, no procede entonces estimar que concurren estos tipos penales fundamentalmente porque las fotografías y videos fueron grabados también voluntariamente y en el momento de intimidad en que se produjeron.

⁸² TOP de Temuco, 3 de julio de 2007, RIT 050-2007.

⁸³ TOP de Antofagasta, 17 de julio de 2009, RIT 102-2009.

Insistimos que esta norma al igual que la anterior pretenden proteger el desarrollo y formación sexual de los menores e incapaces, pero en esta situación concreta se llegaría a la incongruencia de sancionar la conducta mientras la joven no cumpliera los 18 años, pero al llegar a esa edad quedaría impune.

Utilizar implica aprovecharse de una cosa, emplearla para un fin propio, circunscrito en la norma a la elaboración de material pornográfico con fines primordialmente sexuales.”.

d) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, 10 de diciembre de 2010, RUC 1000393858-7, RIT 366-2010 (víctima menor de 14 años – condena).⁸⁴

“...UNDÉCIMO: ...Siguiendo a Sergio Politoff en sus Lecciones de Derecho Penal, parte especial, página 286, señala que: “También exige la norma como requisito objetivo para el castigo de estos hechos que exista una producción de material pornográfico en que se hayan utilizado menores de 18 años y un menor puede utilizarse cuando se emplea su voz o imágenes, desnudo o en posiciones groseras propias de la pornografía o realizando actos de significación sexual, consigo mismo o con terceros.” Y se desprende de lo anterior que el sujeto pasivo ha de ser un menor de edad...

...En lo que respecta, al verbo producir conforme al Diccionario de la real Academia de la Lengua española tiene el significado de procurar, originar, fabricar, y lo que realizó el acusado fue procurar, originar, fabricar imágenes las que trasladó a un soporte, esto es, a un material de apoyo o sostén en cuya superficie se registra información, como el papel, la cinta de video o el disco compacto u otros que capturen imágenes y este material que originó es de carácter pornográfico al tenor del inciso 2º del artículo 366 quinquies pues las imágenes tienen un contenido evidentemente sexual. En efecto y como lo constató el tribunal, durante la exposición de la perito de Labocar, quien exhibió las fotos que extrajo del notebook incautado desde la casa del acusado, que ella perició, mostraban a Dannimar desnuda, o parcialmente vestida y en estas situaciones con las mamas o genitales o glúteos a la vista, y en otras en primer

⁸⁴ TOPde Valparaíso, 10 de diciembre de 2010, RIT 366-2010.

plano los genitales y glúteos con aproximación, en estas últimas, de espalda o decúbito abdominal, en las que se observa la cicatriz que la afectada tiene en uno de sus glúteos, lo que acredita que son fotos de su cuerpo. Las imágenes referidas, respecto de las cuales no se acreditó que sean para fines de carácter científico o artístico, indudablemente revisten relevancia en el ámbito sexual y que al carecer de una debida explicación ameritan estimarlas motivadas por un ánimo lascivo.”.

e) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, 14 de mayo de 2010, RUC 0800975077-1, RIT 12-2010 (se trata de un fallo en donde se absolvió por almacenamiento de material pornográfico infantil, pero en donde se hace un interesante razonamiento en torno al concepto de material pornográfico infantil).⁸⁵

“...DÉCIMO: ...f) Que dichas fotografías, como aparece del soporte en el que se incorporó y que fueron exhibidas en la audiencia, en opinión de estos sentenciadores no constituyen “material pornográfico”, exigencia que la señalada disposición legal contenida en el artículo 374 bis del Código Penal requiere para la configuración del delito. En efecto, analizadas cada una de las fijaciones en las que aparecen jóvenes desnudos arreglando un árbol de Navidad en posiciones típicas de dicha actividad, o que se encuentran junto a adultos posando al símil de cualquier foto familiar en un festejo, o aquellas en que se advierte la presencia de menores de edad festejando, con indumentaria navideña, al aire libre o por último, en que se muestra a jovencitas vestidas posando al modo de un desfile de indumentaria femenina, ninguna de ellas, ni remotamente, puede calificarse de pornografía. Así, todas aquellas en que aparecen niños, jóvenes y/o adultos desnudos asemejan fijaciones de alguna comunidad nudista puesto que muestran escenas absolutamente normales de una familia igualmente normal, sólo que sin ropa y, las restantes, se identifican con una muestra de pasarelas infantil o juvenil.

g) Que, se arribó a la conclusión antes anotada en mérito de los razonamientos que pasan a exponerse.

⁸⁵ TOP de Valparaíso, 14 de mayo de 2010, RIT 12-2010.

h) Que, tal como señaló el Ministerio Público en sus alegatos pertinentes, el concepto “pornografía” no es un término definido por la ley y, en tal sentido debemos recurrir a otras disciplinas que nos ilustren sobre la materia. En este lineamiento, en primer lugar acudiremos al Diccionario de la Real Academia Española que define “pornografía” como “carácter obsceno de obras literarias o artísticas” y, a su turno, define “obsceno” como “indecente, contrario al pudor”, conceptos todos ellos que tampoco se encuentran definidos por la ley y a los que corresponde, por lo tanto, dar el contenido al intérprete de la norma.

i) Que no está demás señalar que en la redacción de la citada disposición legal no hubo gran debate sobre lo que debía entenderse por pornografía, centrándose las discusiones más bien en los verbos rectores de la norma completa, por lo que, tratándose de un elemento de contenido valorativo estos jueces adoptan una de las posturas que puede tomarse al respecto, entendiendo por pornografía, en general, “la representación que no tiene por objeto transmitir ningún contenido ideológico, ni siquiera escandaloso o conmocionador, sino que tiene por objeto producir una excitación sexual y, debido a ello, sobrepasa inequívocamente los límites de la decencia sexual, trazados en concordancia con las representaciones valorativas sociales generales”. (Díez Ripollés, J.I.: Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras (1982), p.280)

j) Que conforme a lo señalado podemos afirmar que son tres los criterios que orientan la calificación de pornografía de determinadas representaciones: a) ausencia de contenido ideológico, esto es, que la muestra eleve la sexualidad a una meta en sí misma, desconectada de una elaboración científica, artística o pedagógica como lo sería la muestra de los órganos genitales, por ejemplo, en una clase relativa a la reproducción; b) tendencia necesaria a la excitación sexual, siendo éste un elemento decisivo al momento de determinar o de calificar la reproducción y, tal circunstancia debe haber sido buscada por el agente puesto que una fotografía, por ejemplo, no basta con que cause excitación en determinado sujeto sino que requiere, para ser calificada de pornográfica, que ésta se haya realizado con el objetivo preciso de causar excitación sexual y c) la concurrencia de un elemento valorativo, cual es, que dicha representación exceda o sobrepase lo que generalmente en la sociedad es aceptable

como decente en el ámbito sexual.

k) Que, hechas las precisiones anteriores, examinaremos las particularidades de la pornografía infantil a la luz de algunos textos legales que pueden servir para ilustrar el punto. El artículo 34 c) de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que “los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin(...) tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”. Por otra parte el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, de 25 de mayo de 2000 –también suscrito y ratificado por Chile el 6 de febrero de 2003- en el literal c) del artículo 2° define pornografía infantil señalando que debe entenderse por tal “toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”.

l) Que conforme a lo que se ha venido razonando es posible concluir que para estar en presencia de material pornográfico infantil y, en tal caso, entrar a analizar si concurren los demás elementos que la norma contenida en el artículo 374 bis exige para la configuración del ilícito que describe, es menester que la representación tenga por objeto producir una excitación sexual y, debido a ello, sobrepasa inequívocamente los límites de la decencia sexual, trazados en concordancia con las representaciones valorativas sociales generales, incluyendo explícitamente en este concepto general las particularidades inherentes a la menor edad de las personas que en dichas fijaciones aparecen, la prohibición de utilizar a niños en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas o representación de partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

m) Que, en este orden de ideas y conforme a lo que se ha señalado en el apartado f) precedente, ninguna de las fotografías exhibidas en el juicio cumple con los presupuestos antes señalados ni aún aquellas que contienen menores desnudos, puesto que en ninguna de ellas puede ni remotamente advertirse que el fin de las

mismas sea “primordial” ni tan siquiera “secundariamente” de contenido sexual o tendiente a la excitación sexual, bastando, en consecuencia, la ausencia de pornografía en los términos en que ésta debe entenderse en las fijaciones en estudio, para desestimar la configuración del delito por el que se acusara al encartado, siendo innecesario, en consecuencia, adentrarnos en el análisis de los restantes elementos del tipo.”.

f) Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, 23 de agosto de 2011, RUC 1000390889-0, RIT 100-2011 (víctima mayor de 14 años – se acoge recurso de nulidad interpuesto por la Fiscalía y se anula la sentencia y el juicio oral que había absuelto al imputado por los delitos de difusión y almacenamiento de material pornográfico infantil).⁸⁶

“...11º.- Que la sentencia impugnada, en su motivación 10ª indica que “de acuerdo con la prueba producida por el acusador fiscal ha quedado demostrado indubitablemente que la pareja –acusado y víctima- decidieron tener relaciones sexuales constitutivas de acceso carnal y de exhibición de sus genitales, a la vez, grabaron esa acción” y se agrega que las imágenes registradas de ese hecho en un medio audiovisual y fotografías no demuestran que la víctima esté en una actitud degradante y que el acusado tenga un papel dominante.

Esas aseveraciones de los sentenciadores del tribunal oral en lo penal no forman parte del tipo penal consagrado en el artículo 374 bis del Código Sancionatorio, pues lo único que la norma exige es la utilización de menores de dieciocho años en las conductas que indican los verbos rectores del delito, ni consentimiento, que sería irrelevante entendida la edad de la víctima en el caso sub iudice, ni que las imágenes demuestren una actitud degradante para ésta o de poder para el sujeto activo.

Asimismo, los sentenciadores recurridos han errado al definir lo que se debe entender por material pornográfico, prefiriendo una definición del lenguaje común a una claramente establecida en la ley, como lo es el inciso 2º del artículo 366 quinquies del Código respectivo.”.

⁸⁶ CA de Temuco, 23 de agosto de 2011, causa RIT 100-2011.

g) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de los Andes, 29 de febrero de 2012, RUC 1000158068-5, RIT 26-2011 (víctima menor de 14 años – condena).⁸⁷

“...DECIMO CUARTO:...En tanto que, por material pornográfico, debemos estar a lo que el legislador ha definido al respecto: “toda representación de menores de dieciocho años dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o disimuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales” (art. 366 quinquies inciso 2°), desestimándose (así) la pretensión de la defensa quien evocó la noción que al respecto contiene la ley sobre calificación cinematográfica que en este caso resulta improcedente, ya que basta la utilización de al menos un menor de 18 años en una actividad sexual explícita, o alguna representación de sus genitales para exigir su punición, sin que se exija para tales efectos una exposición grosera de la sexualidad o la presentación de imágenes obscenas como se pretendió, debiendo recordar al respecto lo estatuido en el artículo 20 del Código Civil, que señala “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

2.3.4. Comentarios

Sin duda que la vigencia simultánea en nuestro ordenamiento jurídico de los conceptos de material pornográfico infantil tipificado en el inciso 2° del artículo 366 quinquies del Código Penal y la noción de contenido pornográfico contemplada en la letra d) del artículo 2° de la Ley 19.846, ha generado que nuestros Tribunales se vean en la necesidad de interpretar la ley, y como sabemos en la realización de esta labor hermenéutica se encuentran vinculados por las normas contenidas en los artículos 19 y siguientes del Código Civil.

En algunas de las sentencias los Tribunales si bien aplicaron en primer lugar la definición legal de material pornográfico infantil tipificado en el inciso 2° del artículo 366

⁸⁷ TOP de los Andes, 29 de febrero de 2012, RIT 26-2011.

quinquies del Código Penal, complementaron dicho concepto con la noción de contenido pornográfico contemplada en la letra d) del artículo 2º de la Ley 19.846, lo que nos parece correcto, ya que si bien existe una definición legal del concepto la que fue aplicada por los Tribunales, estos realizaron una interpretación sistemática de la norma (inciso 2º artículo 22 del Código Civil).

Es por ello que estimamos que no era necesario, como ocurre en una de las sentencias, haber recurrido al concepto de pornografía que elabora José Luis Diez Ripollés, ya que a nuestro juicio hubiese sido suficiente con recurrir al concepto de contenido pornográfico aportado por nuestro propio legislador.

En otra sentencia un Tribunal aplicó la definición legal de material pornográfico infantil tipificado en el inciso 2º del artículo 366 quinquies del Código Penal, excluyendo radicalmente la aplicación de la noción de contenido pornográfico contemplada en la letra d) del artículo 2º de la Ley Nº 19.846, lo cual por los motivos anteriormente expuestos no nos parece acertado.

Ahora bien, la única sentencia de una Corte de Apelaciones a que hicimos referencia, anuló un juicio oral y una sentencia, debido a que se recurrió a un concepto doctrinal de material pornográfico infantil por sobre el concepto legal. Creemos que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco,⁸⁸ erró al no aplicar el concepto legal de material pornográfico infantil, no obstante, al analizar el contexto fáctico en que sucedieron los hechos, esto es, una pareja de pololos que se grabaron y fotografiaron manteniendo relaciones sexuales, al parecer ambos menores de 18 años (no se logró acreditar si al momento de grabar las imágenes el imputado era menor de edad), imágenes que fueron guardadas por el pololo imputado y una vez concluida la relación de pololeo, por despecho las envió por correo electrónico a otras personas. A nuestro juicio, no se cumpliría con el tipo penal del artículo 366 quinquies debido a que el sujeto activo no utilizó a su pareja (más adelante explicaremos los requisitos que a nuestro juicio debe cumplir el verbo rector utilizar para que sea capaz de configurar material pornográfico infantil y retomaremos este caso). Por tanto, en estricto rigor no

⁸⁸ (2011): Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de los Temuco. 23 agosto 2011.

debería haberse acogido el recurso de nulidad por la causal del 373 b), debido a que si bien se efectuó una errónea aplicación del derecho esta no influyó en lo dispositivo del fallo, ya que con la aplicación de ambos conceptos el doctrinal o el legal se habría llegado a la misma conclusión.

Es por ello que nos parece tremendamente acertada la interpretación que se le dio al verbo utilizar en la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, según la cual utilizar implica aprovecharse de una cosa, emplearla para un fin propio, circunscrito en la norma a la elaboración de material pornográfico con fines primordialmente sexuales. Como sabemos, el verbo rector utilizar si bien forma parte de la conducta típica del delito de producción de material pornográfico infantil, también forma parte del concepto de material pornográfico infantil, estimamos que fue jurídicamente correcto lo que hizo esta sentencia al no limitarse a aplicar este concepto literalmente sino que fue más allá, ya que intentó determinar su intención o espíritu, en definitiva se hizo cargo de su telos, de su fin.

Ahora bien, como uno de los recursos a que puede recurrirse para determinar la intención o espíritu de la ley es la historia fidedigna de la misma, a nuestro juicio hay un párrafo del informe de la Comisión de Constitución que refleja este espíritu claramente cuando dice "...que quienes resultan particularmente vulnerables a este tipo de conductas son los niños, los que son utilizados por adultos para la producción de material pornográfico, el que es posteriormente reproducido, difundido, intercambiado o vendido en diversas formas y medios, incluyendo internet. Añaden que la pornografía infantil, corresponde, normalmente, a delitos de reciente comisión, en los que se ha utilizado a niños en términos degradantes, y que han dado lugar a acciones delictuales que han provocado gran revuelo mundial."⁸⁹

Es por ello que a nuestro juicio para que estemos en presencia de material pornográfico infantil es típicamente necesario que el sujeto activo utilice al menor, y utilizar según la primera y segunda acepción del diccionario de la Real Academia Española, significa 1. Hacer que algo sirva para un fin y 2. Aprovecharse de algo o de

⁸⁹ Historia de la Ley 19.927, Boletín 2906-07. p. 16.

alguien. A su vez aprovechar en su sexta acepción significa sacar provecho de algo o de alguien, generalmente con astucia o abuso. Y Astucia significa según la segunda acepción ardid, y ardid en su tercera acepción significa artificio, medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún intento. Finalmente abusar en su segunda acepción significa hacer objeto de trato deshonesto a una persona de menor experiencia, fuerza o poder.

Por tanto, para que se genere material pornográfico infantil es necesario que el sujeto activo utilice al menor aprovechándose objetivamente de su falta de experiencia, fuerza o poder, aún cuando el menor no tome conciencia de este aprovechamiento e incluso aunque esté de acuerdo con ello, pues esta fue la intención del legislador de la Ley N° 19.927, cuando decide proteger a todos los menores de 18 años y no solo a los menores de 14. Es por ello que estimamos que en el caso de la Corte de Apelaciones de Temuco a que ya hicimos referencia, en estricto rigor no estaríamos en presencia de material pornográfico infantil, ya que el pololo imputado en ningún momento se aprovechó de la falta de experiencia, fuerza o poder de su polola.

Interpretación que a nuestro parecer se ve reforzada con la modificación que introdujo la Ley 20.526, al artículo 4° de la Ley 20.084, que contempla una regla especial para los delitos sexuales, al agregar a la enumeración de los delitos sexuales al artículo 366 quinquies. En este sentido resulta particularmente reveladora la exposición que hace el diputado informante de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Patricio Walker cuando señala:

“...El Artículo 2° modifica el artículo 4° de la ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal juvenil.

Actualmente, la edad mínima para que el consentimiento sexual sea válido es de 14 años, pero antes era de 12. La ley promulgada en 2004 sancionaba, por ejemplo, por violación a un joven de 15 años cuya polola tenía 13, aun cuando no existiera fuerza, intimidación o cualquiera de las circunstancias especificadas para el delito de estupro.

Para corregir esa situación se realizó una modificación a la ley de responsabilidad penal juvenil, liderada por los diputados Bustos, Ceroni, Burgos y quien habla, en que,

básicamente, se estableció que existe una especie de atipicidad cuando la diferencia de edad de los jóvenes es menor a dos años, en el caso de la violación, y de tres años, en los demás delitos sexuales.

Lo mismo se establece para la producción de pornografía infantil. Por ejemplo, si el pololo graba imágenes de la polola, no se configura el delito.

Por lo tanto, para no sancionar esa conducta, se modifica el artículo 4° de la ley N° 20.084, que señala: “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”.⁹⁰

De esta manera si dos menores de 13 y 15 años, se graban con el celular de uno de ellos manteniendo relaciones sexuales en forma voluntaria, con pleno conocimiento de lo que están haciendo e incluso si uno de ellos no lo tuviere,⁹¹ sin que concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 o 363 del Código Penal, el material generado no será material pornográfico infantil, debido a que el menor de 15 años no ha utilizado al otro menor, no se ha aprovechado de su falta de experiencia, fuerza o poder. Esto es relevante, porque si ese mismo material que en su esencia no es pornografía infantil es difundido o almacenado, a nuestro juicio no podría configurar los delitos de difusión o almacenamiento de material pornográfico infantil.

⁹⁰ Historia de la Ley N°20.526, Boletín 5837-07. p. 35

⁹¹ Si la grabación se hubiere hecho sin la autorización del menor de 13 años la conducta desplegada por el menor de 15 años y mayor de 14 años podría ser castigada en conformidad al artículo 161-A.

2.4. Propósito del sujeto activo de lograr su propia excitación sexual o la excitación sexual de un tercero.

De la lectura de los fallos nos pudimos percatar que se hacía reiterativo como argumento de la defensa el exigir para que estemos en presencia de material pornográfico y por ende ante el delito de producción de material pornográfico infantil un elemento subjetivo distinto del dolo, esto es, que el sujeto activo elabore el mencionado material con el propósito de lograr su propia excitación sexual o la excitación sexual de un tercero, o solamente ésta última, discusión respecto de la cual existe jurisprudencia variable.

2.4.1. Historia de la Ley N°19.927

Hay un momento de la discusión parlamentaria en donde se hizo referencia a este tema, esto ocurrió cuando se discutía el proyecto en particular ante la Cámara de Diputados, sesión 79, legislatura 348, de fecha 14 de mayo de 2003, en donde se estaba sometiendo a aprobación uno de los primeros conceptos de material pornográfico infantil propuestos por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en ese contexto el Diputado señor Bustos hizo presente que en la producción de material pornográfico, el ánimo o intención del hechor era obtener la excitación de un tercero y no el ánimo lascivo que, por lo demás, por ser de muy difícil comprobación, podría ser un obstáculo para la aplicación de sanciones.

Siguiendo estas reflexiones, los Diputados señora Guzmán y señores Bustos, Monckeberg y Aníbal Pérez presentaron una nueva indicación para substituir el inciso segundo por el siguiente:

“Para estos efectos se entenderá por pornografía infantil todo material que represente a menores de 18 años participando en actos sexuales o presenciándolos, o

bien, que exponga las zonas genital o anal de dichos menores, con fines de explotación sexual.”.

Se aprobó la indicación por mayoría de votos (7 votos a favor, 3 votos en contra y 1 abstención).⁹² Con la indicación del diputado Bustos lo que se hizo fue eliminar la frase con fines lascivos que contenía el concepto original.

Al tratarse de un concepto que dista bastante del que en definitiva fue adoptado por el legislador, ya que como sabemos se utilizó íntegramente el concepto de material pornográfico infantil consagrado en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño, estimamos que no existe ningún antecedente objetivo en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, que exija como elemento subjetivo adicional en el delito de producción de material pornográfico infantil, que el material pornográfico deba elaborarse con el propósito de que el sujeto activo logre su propia excitación sexual o la excitación sexual de un tercero.

2.4.2. Antecedentes doctrinarios

El profesor Luis Rodríguez Collao haciendo referencia al antiguo artículo 366 quáter,⁹³ que como sabemos introdujo a nuestro ordenamiento jurídico por primera vez el delito de producción de pornografía infantil señalaba que al margen del dolo, el tipo exige la concurrencia de un elemento subjetivo consistente en el propósito del sujeto

⁹² Historia de la Ley N°19.927, Boletín 2906-07. p. 39.

⁹³ 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 doce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o la determinare a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, será castigado con reclusión menor en cualquiera de sus grados.

Con la misma pena será castigado el que empleare un menor de doce años en la producción de material pornográfico.

También se sancionará con igual pena a quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de doce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1 del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363.”.

activo de lograr su propia excitación sexual o la excitación sexual de un tercero. Ese ánimo –que es exigido respecto de todas las figuras que integran el delito, salvo en aquella que consisten en emplear a un menor en la producción de material pornográfico– implica que el hechor ha de actuar motivado por el propósito de satisfacer el instinto sexual propio o ajeno; pero no es excluyente de otras motivaciones, como el afán de venganza o el interés pecuniario.⁹⁴ Lamentablemente este autor en la última edición de su obra del año 2014, no se pronuncia respecto de la faz subjetiva del delito de producción de material pornográfico infantil.⁹⁵

Para Vivian Bullemore y Jhon Mackinnon, se trata de figuras exclusivamente dolosas, y sólo con dolo directo, pues de otra manera se incluirían o podrían incluirse conductas perfectamente normales que suelen realizarse dentro del ámbito familiar, como las fotografías o registros videográficos que suelen recabar los padres respecto de sus hijos menores, en actitudes familiares y comunes dentro del solaz del hogar, como el baño de un infante.⁹⁶ Como podemos ver estos autores no exigen la concurrencia de elementos subjetivos del injusto para que se configure el delito.

En este mismo sentido se pronuncian Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, cuando señalan que en el caso del que participa en la producción pornográfica de que se trate, concurriendo los requisitos objetivos y subjetivos señalados, se castiga por igual al autor y al cómplice, no exigiéndose que lo haga para satisfacer deseos propios o ajenos, como ocurría cuando se regulaba en el artículo 366 quáter.⁹⁷

René Molina Cantillana, señala refiriéndose al delito de producción de material pornográfico infantil que el tipo no contiene ninguna exigencia expresa de carácter subjetivo, por lo tanto, podría afirmarse *prima facie* que no es menester para la configuración del delito que el autor obre con un determinado ánimo o motivación. No obstante, luego este autor nos dice que cree que el solo hecho de que la descripción

⁹⁴ RODRIGUEZ Collao, Luis. op.cit., 2001. pp. 223 y 224.

⁹⁵ RODRIGUEZ Collao, Luis. op. cit., 2014. pp. 312 y siguientes.

⁹⁶ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Tomo III, op.cit., p. 173

⁹⁷ Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte especial. op. cit., p. 286

típica emplee la expresión “*material pornográfico*”, supone la exigencia implícita de un elemento subjetivo, que se desprende de la propia definición de pornografía. En efecto, no debe olvidarse la característica esencial de esta última, cual es su tendencia a la excitación sexual de la persona que se ve confrontada con ella. Esta persona podrá ser un tercero, o bien, el propio autor –piénsese, por ejemplo, en quien toma una fotografía de carácter pornográfico a un menor para posteriormente observarla y excitar así su libido–. De todo lo anterior es posible concluir que, en definitiva, siempre se requerirá que el agente obre con una determinada motivación: sea procurar la excitación sexual de terceros con el material pornográfico producido, sea procurar su propia excitación sexual con dicho material.⁹⁸

Finalmente estimamos importante destacar una minuta de la Ley 19.927 Sobre delitos de pornografía Infantil, elaborada en abril de 2004 y actualizada en el año 2005, por el Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, en donde se señala: “...por otra parte, el art. 366 quinquies castiga al que participare en la producción de material pornográfico. Pues bien, lo que debe acreditarse al respecto es que el autor pretende procurar la excitación sexual de terceros, no basta pues, el sólo ánimo lascivo o que actúe para procurar su propia excitación. Sólo así podría entenderse el por qué se trata separadamente este comportamiento de lo dispuesto en el Art. 366 quáter.

Conforme a lo anterior, dentro de la esfera de la imputación subjetiva, es preciso tener en cuenta que se está frente a un delito que exige un elemento subjetivo de lo injusto, es decir, es fundamental considerar la motivación del autor, cuya ausencia no permite configurar el tipo. En este caso, se requiere que el agente se dirija a procurar la excitación sexual de terceros...”⁹⁹

Decidimos hacer referencia a esta minuta debido a que a través de ella se ha podido explicar el por qué en general los defensores penales han sostenido a lo largo de los años y ante distintos Tribunales de la República, según lo podremos ver en el

⁹⁸ MOLINA Cantillana, René. op.cit., p. 77

⁹⁹ Minuta Ley 19.927 *Sobre delitos de Pornografía Infantil*. Departamento de Estudios Defensoría Penal Pública (1) 2004: 7-8, abril 2004 (actualizada en agosto 2005).

estudio jurisprudencial, que para que estemos en presencia de un delito de producción de material pornográfico infantil es necesario que concorra un especial elemento subjetivo del injusto distinto del dolo, esto es, que el sujeto activo tenga el propósito de procurar la excitación sexual de terceros. Afirmación que no compartimos, ya que el legislador nunca tuvo esta intención al redactar la norma y el tipo penal claramente no lo exige.

Finalmente podemos mencionar que en España, David Morillas Fernández concluye que la totalidad de la doctrina penal española estima que los tipos descritos en el artículo 189 del Código Penal poseen una naturaleza dolosa, este autor explica en su obra que la mayor parte de los autores ni siquiera se detienen en este aspecto, por cuanto lo consideran obvio. Además cita una interesante sentencia del Tribunal Supremo Español la N°1553/2000, de 10 de octubre [RJ 2000\9151], según la cual “el tipo penal no exige un especial elemento subjetivo del injusto, sino sencillamente que concorra dolo o voluntad en la actuación, cualquiera que fuese la motivación última que tuviese el autor al realizar la acción descrita en el tipo”.¹⁰⁰

2.4.3. Estudio Jurisprudencial

Como este es un punto en donde la jurisprudencia se encuentra claramente dividida, agruparemos los fallos en dos grupos, primero aquellos en donde se estima que para estar en presencia de material pornográfico infantil no es necesario que se acredite que el sujeto activo tenía como propósito lograr su propia excitación sexual o la excitación sexual de un tercero, debido a que no es un requisito que exija el tipo penal y los que opinan lo contrario:

¹⁰⁰ MORILLAS Fernández, David. *Análisis Dogmático y Criminológico de los delitos de Pornografía Infantil*. op., cit., p.369.

Primer grupo:

a) Sentencia del Tribunal de Garantía de Tomé, 10 de abril de 2006, RUC 0500208943-4, RIT 339-2005 (víctima menor de 14 años – condena).¹⁰¹

“...NOVENO: c) De esta manera entonces el material no necesariamente debe tener una finalidad de carácter sexual sino que puede tener perfectamente una finalidad diversa bastando entonces en dichas representaciones se utilicen menores de edad en cualquiera de las hipótesis que plantea el artículo en comento, así lo ha reconocido la propia doctrina que señala sobre el particular: “Al margen de dolo, el tipo exige la concurrencia de un elemento subjetivo consistente en el propósito del sujeto activo de lograr su propia excitación sexual o la excitación sexual de un tercero. Ese ánimo que es exigido respecto de todas las figuras que integran el delito, salvo en aquella que consiste en emplear al menor en la producción de material pornográfico implica que el hechor ha de actuar motivado por el propósito de satisfacer el instinto sexual propio o ajeno, pero no es excluyente de otras motivaciones, como el afán de venganza o el interés pecuniario. En el caso de la producción de material pornográfico, el delito puede cometerse teniendo como única motivación el interés pecuniario o cualquiera otra de índole no necesariamente sexual.” (Delitos Sexuales, Editorial Jurídica de Chile, año 2014, página 224, Luis Rodríguez Collao). Debemos hacer mención que esta cita corresponde a la situación del Código Penal anterior a la modificación introducida a los delitos sexuales, sin embargo es plenamente aplicable en la especie, pues hay que recordar que las modificaciones no variaron ostensiblemente el fondo de estas materias sino que más bien aumentaron las penas aplicables y los rangos de edad de los sujetos pasivos.”

b) Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, 13 de octubre de 2006, RUC 0400116986-1, RIT 62-2006 (víctima menor de 18 años – se rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa).¹⁰²

¹⁰¹ JG de Tomé. 10 de abril de 2006, RIT 339-2005.

¹⁰² CA de Chillán, 13 de octubre de 2006, RIT 62-2006.

“...7. Que en relación al otro aspecto alegado por la defensa, en cuanto a que no se ha establecido en autos que la motivación del autor era con las fotografías procurar la excitación sexual de terceros, las cuales tampoco nunca fueron comercializadas ni exhibidas a otras personas, esta alegación debe ser rechazada, puesto que el tipo penal por el que fue condenado no contempla ninguna de esas situaciones.”.

c) Sentencia del 6to Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 29 de junio de 2012, RUC 1000834649-1, RIT 173-2012 (víctimas mayores de 14 años – condena).¹⁰³

“...UNDÉCIMO: ...En consecuencia, debe descartarse la exigencia de un elemento subjetivo del injusto, consistente en alguna clase de ánimo o tendencia especial, como pretende sostener la Defensa, por no exigirlo el tipo y no encontrarse fundamentado en la historia fidedigna de la Ley 19927 que agregó este artículo al Código Penal, además del artículo 374 bis. Por otro lado si el legislador hubiere deseado incluir algún ánimo lo habría señalado expresamente como en los artículos 366 quáter y 367 del Código sustantivo.

En consecuencia, en concepto de estas magistradas, la producción de pornografía infantil es un simple delito de carácter formal ya que se consuma al elaborarse el material de dicha clase, sin exigirse un resultado posterior.”.

Segundo grupo:

a) Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, 9 de septiembre de 2008, RUC 0700297031-1, RIT 112-2008 (víctima menor de 14 años, se acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensa).¹⁰⁴

“...SEXTO: Que la circunstancia fáctica que ha constituido un presupuesto esencial para tipificar el delito relativo a la producción de material pornográfico contemplado en el artículo 366 quinquies, consiste en una reproducción fotográfica obtenida desde un

¹⁰³ 6º TOP de Santiago, 29 de junio de 2012, RIT 173-2012.

¹⁰⁴ CA de Antofagasta, 9 de septiembre de 2008, RIT 112-2008.

celular; hecho que por si solo no configura el ilícito, no sólo porque el Tribunal Oral en lo penal prescindió de establecer las características del aparato telefónico, en términos de saber si es posible reproducir la imagen, sino especialmente, porque el verbo de reproducción de material debe analizarse a la luz de la definición otorgada por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que exige “generar rentar o procrear situaciones”, lo que no se desprende de este solo hecho, más aún si en la historia fidedigna de la ley se discutió que el verbo rector se entendía en cuanto se buscaba excitar a agentes distintos a los partícipes, situación que tampoco puede obtenerse, desde que se ha establecido la toma de una fotografía aisladamente.”.

b) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Antofagasta, 6 de septiembre de 2011, RUC 1000638213-K, RIT 182-2011 (víctimas menores de 14 años – absolución).¹⁰⁵

“...DÉCIMO TERCERO: ...Varios fueron los argumentos en base a los cuales la defensa pidió en primer término la absolución del acusado por los ilícitos de producción y almacenamiento de material pornográfico infantil –situación que el tribunal ha resuelto por la vía de un concurso aparente de leyes- así por ejemplo, aún cuando reconoció que su defendido grababa los videos, destacó que no lo hacía con el afán de procurar su excitación sexual. En este punto el tribunal discrepó del Fiscal, que estimaba que tal móvil no formaba parte del tipo penal descrito en el artículo 366 quinquies que sanciona la producción de tal material, pues necesariamente tal finalidad –que viene a conformar la faz subjetiva del ilícito- fluye del inciso segundo de ese precepto que describe lo que debe entenderse por material pornográfico en cuya elaboración se hubieren utilizado menores de 18 años, como “toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales”. Como se aprecia, es tan claro el legislador al describir el carácter que deben tener las imágenes o representaciones de los menores, que no se requería tipificar expresamente con qué móvil o intención se producía o elaboraba el material en cuestión, así las cosas, no puede ser absuelto con tal argumentación, que es por lo demás poco creíble, no se divisa con que otro fin –que no sea el procurar su propia excitación o la de terceros- un

¹⁰⁵ TOP de Antofagasta, 6 de septiembre de 2011. RIT 182-2011.

padre pudo utilizar a su hija, por un extenso período de tiempo, fotografiándola y filmándola, como se apreció en el juicio.”.

c) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, 12 de febrero de 2014, RUC 1200025080-3, RIT 138-2013 (víctimas menores de 14 años, absolución).¹⁰⁶

“...SÉPTIMO:...Dicho lo anterior, el análisis de la prueba aportada tanto por la fiscalía, como por la defensa, si bien, permite concluir que el acusado Reyes Silva, captó imágenes de sus hijas menores de edad, exhibiendo en alguna de ellas, sus genitales, no es posible, en base a las mismas probanzas, especialmente la rendida por el ente acusador, sostener y dar por establecido, que en la producción de dicho material, éste lo haya hecho con el ánimo de captar estas zonas, con la intención precisa de provocar excitación sexual, propia o de terceros, o que las haya tomado con una intención diversa, a la de preservar un momento de juegos entre padre e hijas, carente de toda connotación lasciva. En efecto, se estableció que Reyes, en momentos diversos, tomó 7 fotografías de sus hijas, en contextos o situaciones distintas, y, de la observación de las mismas, no se puede desprender o entender lo que la fiscalía pretende, esto es, que fueron producidas, captando a las menores dedicadas a alguna actividad sexual, real o simulada o a la representación de sus genitales con fines primordialmente sexuales.”.

2.4.4. Comentarios

A nuestro juicio la faz subjetiva del delito de producción de material pornográfico infantil solo se satisface con la concurrencia de dolo directo, pues no es posible concebir la conducta típica de este ilícito sin que el sujeto activo tenga como objetivo o finalidad la utilización del menor para la producción de material pornográfico, excluyendo de esta manera la posibilidad de llevar a cabo esta conducta con dolo

¹⁰⁶ TOP de Curicó, 12 de febrero de 2014, RIT 138-2013.

eventual. Pudiendo concurrir dolo eventual solo respecto de un elemento del tipo penal, cual es la edad de la víctima.¹⁰⁷

Ahora bien, con respecto a los elementos subjetivos especiales del injusto, estimamos que definitivamente el tipo penal del delito de producción de material pornográfico infantil no los exige, esto es, no exige que el sujeto activo tenga el propósito de lograr su propia excitación sexual o la excitación sexual de terceros, ni menos solo esta última como lo plantea la minuta de la Defensoría Penal Pública a la que ya hemos hecho referencia.

En conclusión no es jurídicamente correcto exigir elementos subjetivos especiales en donde la ley no los contempla, pues bastaría con aplicar correctamente el concepto de material pornográfico infantil para desde ya descartar aquellos hechos que no son constitutivos de delito, al menos bajo esta calificación jurídica.

2.5. Discusión acerca de la preordenación de la conducta de producción de material pornográfico infantil para un posterior tráfico o difusión del material

Otro de los temas que se ha destacado en la práctica jurisprudencial, dice relación con un elemento subjetivo del injusto, que en general la Defensoría Penal Pública ha instado por exigir para que se entienda tipificado el delito de producción de material pornográfico infantil, esto es, que quien produzca material pornográfico infantil, tenga a su vez el ánimo o la intención de difundir el material.

¹⁰⁷ DE LA FUENTE Jiménez, Claudia. op. cit., p.136

2.5.1. Historia de la Ley N°19.927

Luego de una lectura acabada de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.927, podemos afirmar que esta problemática no fue uno de los temas abordados en la discusión parlamentaria, a diferencia de lo que ocurrió en materia de adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil, en donde si se discutió si ésta debía o no estar preordenada al tráfico para que fuera punible, más aún teniendo a la vista la legislación y doctrina española, en donde éste es y ha sido un tema polémico, por lo que significa tipificar y condenar bajo los principios de un derecho penal moderno una conducta consistente en la simple o mera posesión de material pornográfico infantil.

Si bien, en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, se señaló dentro de los antecedentes del proyecto de Ley, que quienes resultaban particularmente vulnerables a este tipo de conductas eran los niños, los que eran utilizados por adultos para la producción de material pornográfico, el que era posteriormente reproducido, difundido, intercambiado o vendido en diversas formas y medios, incluyendo internet,¹⁰⁸ a nuestro parecer nunca fue la intención del legislador castigar la producción de material pornográfico infantil solo cuando tuviera por objeto ser reproducido, difundido, intercambiado o vendido, sino muy por el contrario, ya que criticable o no, el legislador de la época estaba respondiendo a la contingencia local, tanto es así, que en la misma exposición de antecedentes se hace presente que en nuestro país se habían descubierto los primeros casos y que en agosto del año pasado (2002) se había incautado gran cantidad de material a un extranjero domiciliado en una comuna de Santiago, el que, sin embargo, pudo salir del país en razón de haber obtenido su libertad gracias a controvertidas resoluciones judiciales.¹⁰⁹

El ánimo del legislador histórico era castigar por separado y con penas ejemplares cada uno de los eslabones de la cadena, la producción, la difusión y la adquisición o

¹⁰⁸ Historia de la Ley N°19.927, Boletín 2906-07. p. 16.

¹⁰⁹ Historia de la Ley N°19.927, Boletín 2906-07. p. 16.

almacenamiento de material pornográfico infantil, pero en ningún caso supeditar el castigo de una de las fases a la ejecución de la fase posterior. Lo que quería era simplemente cortar la cadena.¹¹⁰

2.5.2. Antecedentes doctrinarios

La doctrina chilena prácticamente no se ha referido a este tema. No obstante, como lo señaláramos en la explicación previa, esto no tiene correlato en la práctica jurisprudencial, en donde ésta suele ser una de las discusiones que los abogados defensores recurrentemente suelen plantear, con el objeto de alegar la falta de tipicidad del delito de producción de material pornográfico infantil.

Ahora bien, una explicación a ello, podría deberse a la existencia de un informe en derecho elaborado para la Defensoría Penal Pública por Raúl Carnevali Rodríguez, en donde expone esta posición, razonando a partir de los bienes jurídicos protegidos en los delitos de producción y difusión de material pornográfico infantil. Este autor señala que la doctrina ha señalado que estas figuras penales, comprendidas dentro de la referida cadena, tendrían un carácter pluriofensivo. Que en efecto, en el delito de producción de material pornográfico infantil, se protegería además de la indemnidad o la libertad sexual, el derecho a la propia imagen del menor y su honra, toda vez que la actividad productiva, la captación gráfica de su imagen, podría suponer un riesgo de divulgación o difusión. Que a este efecto, debiera tenerse en consideración que en el

¹¹⁰ En este sentido la diputada María Pía Guzmán en la discusión en general del proyecto, hizo presente que lo más importante en cuanto al control de estos delitos, residía en la necesidad de romper o cortar la cadena de la pornografía infantil, la que se iniciaba con la producción de material pornográfico, el que incluía a menores de 14 años realizando actividades sexuales normales o no, escenas que son filmadas o fotografiadas o colocadas directamente en internet, vía esta última que permite su difusión masiva e inmediata y por ello la más nociva. La segunda parte de la cadena dice relación con la comercialización, difusión, distribución e incluso la importación de estos materiales, para rematar en la parte final que es la tenencia o posesión de pornografía, tramo que la legislación nacional no sanciona. Historia de la Ley 19.927, Boletín 2906-07. p. 32.

caso del delito de difusión de material pornográfico infantil del art. 374 bis, se contemplan como bienes jurídicos protegidos también la intimidad y el derecho a la propia imagen del menor. Luego señala que lo expuesto tendría particular importancia en este propósito de precisar el objeto de protección. Por lo que se podría señalar que tanto en el delito de producción de material pornográfico infantil del artículo 366 quinquies, como en el delito de difusión o distribución de dicho material se protegen similares bienes jurídicos, a saber, el derecho a la imagen y el honor. De manera tal, que ambos comportamientos estarían estrechamente relacionados —tal como ya se habría observado en las actas legislativas—, en cuanto tutelan los mismos intereses. Luego concluye que el contenido de injusto propio del comportamiento de producción se entenderá sólo en la medida que suponga un peligro concreto de difusión posterior.¹¹¹

Un autor que toca tangencialmente en su obra este tema es René Molina Cantillana, cuando se refiere a la faz subjetiva del delito de producción de material pornográfico infantil. Recordemos que Molina Cantillana exige un elemento subjetivo distinto del dolo, esto es, una determinada motivación por parte del autor consistente en procurar la excitación sexual de terceros o su propia excitación sexual, en este sentido el autor sigue razonando y señala que en los supuestos en que el autor produzca el material pornográfico con la motivación de excitar sexualmente a terceros, la exigencia de carácter subjetivo que se infiere del concepto mismo de pornografía coincidirá con el ánimo de traficar o difundir dicho material, pues la única forma de concretar tal propósito será mediante la divulgación de las imágenes captadas. Sin embargo, esto no debe conducir a errores, como sería concluir que si el agente no elabora el material con el ánimo de traficarlo o difundirlo, su conducta necesariamente será atípica, pues ya dijimos que la motivación del hechor también puede consistir en satisfacer su propio instinto sexual. Creemos que en este último caso puede hablarse derechamente de “ánimo lascivo”.¹¹²

Por tanto, para Molina Cantillana el ánimo de traficar o difundir el material, no

¹¹¹ CARNEVALLI, R. op. cit., p. 10 y 11..

¹¹² MOLINA Cantillana, R. op. cit., p. 78

constituye una exigencia del tipo penal del delito de producción de material pornográfico infantil, sin perjuicio que pudiera estar presente en aquellos casos en que el sujeto activo desee excitar el instinto sexual de terceros.

2.5.3. Estudio Jurisprudencial

Si bien éste es un tema que se discute en la práctica, la jurisprudencia pareciera inclinarse por rechazar la tesis de las defensas en orden a negar al ánimo de traficar la categoría de elemento subjetivo del tipo penal del delito de producción de material pornográfico infantil.

A continuación expondremos primero algunos fallos que han decidido considerar el ánimo de traficar como un elemento subjetivo del tipo penal y luego aquellos que no.

Primer grupo:

a) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 28 de noviembre de 2011, RUC 0800305268-1, RIT 413-2008 (víctima mayor de 14 años – absolución por el delito de producción de material pornográfico infantil y condena por otros delitos sexuales).¹¹³

“...DUODÉCIMO: Que por el contrario, los hechos establecidos en la letra C) del motivo sexto de esta sentencia, son insuficientes para dar por establecido el ilícito de producción de pornografía infantil, por el cual dedujo acusación el Ministerio Público, ni ningún otro ilícito; desde que si bien con la prueba rendida pudo establecerse que efectivamente el imputado en más de una oportunidad procedió a grabar la relación sexual vía anal de que era víctima el menor, también se encuentra acreditado que dichas grabaciones, al decir de la propia víctima, las efectuaba el acusado para tenerlas de recuerdo, y las iba borrando todas las semanas y dejaba las que más le

¹¹³ TOP de Concepción, 28 de noviembre de 2008, RIT 413-2008.

gustaban; por lo que no ha habido “producción” de material pornográfico alguno, más allá que en dichas grabaciones se puedan contener imágenes de la índole señalada y que las mismas hubieren sido vistas por el propio afectado y un amigo de éste, pues el verbo rector del tipo penal en cuestión implica algo más que una simple grabación o filmación, pues está orientado a la captación de imágenes de actividades sexuales explícitas para la confección de un material destinado a su posterior exhibición como tal, para lo cual serán necesarias otras acciones que permitan alcanzar tales fines; sentido éste que queda de manifiesto por la circunstancia que el delito en cuestión se encontraba regulado anteriormente en el artículo 30 de la Ley sobre Calificación de la Producción Cinematográfica -incorporado al Código Penal por Ley 19.927, que aumentó la penalidad-, para cuya ley por “producción cinematográfica” ha de entenderse “la elaboración de imágenes en movimiento a través de cualquier soporte, con o sin sonido, independiente de su duración”, esto es, para dicha ley el concepto “producción” lleva envuelta la idea de una “elaboración”, que por rudimentaria que sea, implica un proceso más o menos complejo y planificado para la obtención de imágenes con contenido pornográfico para una posterior difusión o exhibición, y no para el solo uso personal de la persona que capta tales imágenes.”.

b) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, 29 de julio de 2014, RUC 1210008571-0, RIT 262-2013 (víctima menor de 14 años – absolución por el delito de producción de material pornográfico infantil y condena por otros delitos sexuales).¹¹⁴

“...En cuanto al delito de producción de material pornográfico.

NOVENO. Decisión del tribunal y sus fundamentos. En relación a este delito la fiscalía argumentó que las conductas del acusado en cuanto a las fotografías que tomó mientras violaba bucalmente a la menor, también se extendieron a otras imágenes en las que captó su cuerpo semi desnudo, tanto los pechos y vagina, como otras tomándole el pene, acciones independientes de la violación, lo que en su opinión configura este delito, el cual se encuentra consumado ya que fue vistos por terceros,

¹¹⁴ TOP de Iquique, 29 de julio de 2014, RIT 262-2013.

que en este caso efectuaron la denuncia.

A diferencia de lo que estima el fiscal, como ya se refirió en la audiencia de juicio, estos jueces arribaron a una decisión absolutoria, por el delito de producción de material pornográfico infantil, previsto y sancionado en el artículo 366 quinquies del Código Penal, debido a que no existe antecedente alguno que permita concluir que las imágenes captadas por el acusado durante la comisión de cada uno de los delitos de violación establecidos, hayan estado en su oportunidad, al servicio u orientadas subjetivamente a un destino o finalidad posterior, distinto del uso personal o consumo por parte de un sujeto distinto del propio acusado y dentro de su esfera íntima, antecedente que impide advertir la vulneración del bien jurídico protegido por la norma.

No cabe duda que la indemnidad sexual de la menor fue quebrantada con la violación cometida en su contra, de la cual se dejó testimonio gráfico, por lo que el resto de la fotografías a las que alude el fiscal, esto es en las que aparece semidesnuda exponiendo sus genitales, no puede considerarse en forma independiente como otro delito y transgresoras de un bien jurídico distinto, no solo porque fueron tomadas en la misma oportunidad y contexto, sino porque no existe ninguna evidencia que permita presumir que el acusado pretendiese difundir ese material, que incluso lo incriminaba como autor del delito, pues lo mantuvo siempre en su domicilio, y si bien fue visto por terceros, fue con ocasión del descubrimiento del ilícito y contra su voluntad.

La producción de material pornográfico infantil del artículo citado, siempre ha estado ligada a la difusión de ese material, conforme se puede deducir de actas legislativas, basta recordar que la entonces diputada María Pía Guzmán, autora de la moción parlamentaria en conjunto con el diputado Patricio Walker, señaló que el objeto fundamental de esta legislación residía en la necesidad de romper o cortar la cadena de la pornografía infantil, la que se iniciaba con la producción de material pornográfico, el que incluía a menores de 14 años realizando actividades sexuales normales o no, escenas que son filmadas o fotografiadas o colocadas directamente en internet, vía esta última que permite su difusión masiva e inmediata y por ello la más nociva.”.

Segundo grupo:

a) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, 4 de julio de 2006, RUC 0500199555-5, RIT 18-2006 (víctima mayor de 14 años – condena).¹¹⁵

“...NOVENO: ...En cuanto a lo sostenido por la asistencia letrada del imputado, referente a que el tipo penal del Artículo 366 quinquies de nuestro Código Punitivo exige que el material captado por la cámara filmadora sea exhibido para que se verifique el tipo penal, ya que lo que se sanciona es la excitación que puede producir en un tercero, ya que si uno graba para si o su pareja, no es delito, sólo cuando lo exhibe es delito, lo que concuerda con la modificación a la Ley sobre Calificación cinematográfica, toda vez que el tipo penal su judice proviene de una modificación a esa Ley, la cual exige la exhibición para que la conducta sea punible.

El Tribunal también desechará esta argumentación, ya que, en primer término, nuestro legislador ha sancionado expresamente a quien produce material pornográfico con un menor de edad, es decir, ha querido que los menores de edad no sean grabados bajo ningún respecto mientras mantienen relaciones sexuales y dicha grabación pueda catalogarse como pornográfica al tenor del inciso segundo de esta norma, filmación que aún hecho con la voluntad del ofendido es punible, por las razones que ya se explicaron anteriormente. Además, la difusión de estas imágenes es un tipo especial que se encuentra contenido en el artículo 374 bis inciso primero del Código Sancionatorio, hipótesis que no concurre porque no se dieron los supuestos fácticos del mismo, es decir, ninguna prueba se rindió tendiente a acreditar que existió una efectiva difusión de la grabación y tal como ya se dijo latamente en el párrafo sexto de esta motivación, la acción del agente fue precisamente el producir material pornográfico utilizando para ello a una menor de edad, es decir, representar a la adolescente dedicada a actividades sexuales explícitas y en este caso, reales, además de exhibir sus partes genitales con fines primordialmente sexuales.”.

b) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 26 de marzo de

¹¹⁵ TOP de San Antonio, 04 de julio de 2006. RIT 18-2006.

2014, RUC 1000998468-9, RIT 247-2013 (víctima mayor de 14 años – condena).¹¹⁶

“...CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: ...No obstante, el delito que ha sido esclarecido no exige esos propósitos de comercialización para ser objeto de reproche; basta para su consumación el solo hecho de captar imágenes o sonidos de un menor de 18 años de edad en la actividad sexual explícita, y ello es porque el bien jurídico protegido en este delito es la indemnidad sexual. Incluso autores sostienen que si la obtención de ese contenido pornográfico es subrepticio – como lo apunta Jessica en algunos pasajes de su declaración – más que la indemnidad sexual lo que se afecta es la intimidad del menor. (cita a Vera Azócar, y Sepúlveda Sánchez, Ivonne. “Aproximaciones a los bienes jurídicos protegidos y a las cuestiones concursales en el ámbito de los delitos vinculados a la pornografía infantil”. EN: Revista Jurídica del Ministerio Público Nro 49, pág. 197.)

2.5.4. Comentarios

A nuestro juicio el delito de producción de material pornográfico infantil y el delito de difusión o distribución de dicho material no protegen bienes jurídicos similares, como lo serían el derecho a la imagen y el honor. Recordemos que éste es el fundamento de la posición que afirma que para que estemos en presencia de un delito de producción de material pornográfico infantil es necesario que se cumpla con un elemento subjetivo adicional conformado por el ánimo de traficar.

En Chile equipar los bienes jurídicos protegidos del delito de producción de material pornográfico infantil con los del delito de difusión de material pornográfico infantil, y aún más, circunscribirlos al derecho a la imagen y al honor, no tiene sustento histórico ni doctrinario.

¹¹⁶ TOP de Santiago, 26 de marzo de 2014, RIT 247-2013.

Es más, podemos afirmar que en general para la doctrina nacional el desentrañar el bien jurídico protegido en el delito de difusión de material pornográfico infantil ha resultado ser una difícil tarea, muchos de ellos han debido elaborar distintas teorías para evitar llegar a la conclusión de que se trata de un delito falto de bien jurídico digno de proteger. Cuestión que no ocurrió tratándose del delito de producción de material pornográfico infantil en donde la indemnidad y la libertad sexuales resultaron ser los bienes jurídicos a los que nuestra doctrina recurrió en su mayoría, bienes jurídicos que como dijimos en su oportunidad tienen además un sustento basado en la historia fidedigna de la ley y de texto legal.

Así por ejemplo, para el profesor Luis Rodríguez Collao, en el delito de tráfico o difusión de material pornográfico infanto-juvenil el propósito del legislador fue sancionar la inmoralidad que él atribuye a la comercialización y distribución de material pornográfico infanto-juvenil, propósito que, por cierto, no permite justificar la imposición de una pena en nuestro actual esquema constitucional. Por ello, la única forma imaginable de conferir algún sustento valorativo al castigo a este título, es considerar que el delito está estructurado como una hipótesis de peligro en contra de la indemnidad sexual de las personas y aplicarlo en estricta subordinación a dicho fundamento.¹¹⁷

Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, tratan como un solo delito la posesión y la comercialización de material pornográfico infantil, entendiendo que en el primer caso estamos ante un delito de posesión de objetos declarados ilícitos, que se agrava (como puede apreciarse claramente por las penalidades dispuestas) por su puesta en circulación ilícita. Así visto, este delito afecta, principal, sino únicamente, la moralidad pública, tal como reza el epígrafe del párrafo en que se incorporó al Código, y muy indirectamente la indemnidad sexual de los menores utilizados, directamente afectada sólo por quienes producen dicho material (hecho también delictivo entre nosotros, art. 366 quinquies).¹¹⁸

¹¹⁷ RODRIGUEZ Collao, Luis. op. cit., 2014. pp. 324.

¹¹⁸ Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte especial. op. cit., 2014. p. 287

Vivian Bullemore y John Mackinnon, al igual que los autores anteriores estiman que el artículo 374 bis penaliza un solo delito compuesto por una serie de conductas relacionadas genéricamente con la comercialización de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de 18 años, negando la posibilidad de que se sancione con esta figura la mera tenencia.¹¹⁹ Y señalan que en cuanto al merecimiento y necesidad de protección del bien jurídico, la verdad es que aquí nos encontramos con un clásico ejemplo de un delito contra la moral sexual, ya que los menores de dieciocho años, en cuanto sean mayores de catorce, disponen libremente de su sexualidad, por lo que pueden contratar su actuación o participación en la creación de material pornográfico.¹²⁰

René Molina Cantillana, señala que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico o difusión de material pornográfico infantil no puede ser la integridad sexual, toda vez que la lesión de ésta se produjo con antelación, esto es, en el momento preciso en que el menor fue utilizado para la elaboración del referido material. En efecto –y a diferencia de quien captó las imágenes- el sujeto que con posterioridad comercializa, importa, exporta distribuye, difunde o exhibe el material pornográfico sin haber participado en su producción, no estará involucrando al menor en actos de carácter lúbrico que pudieren provocarle un detrimento en su bienestar físico psíquico o emocional y, por tanto, no atentará contra la integridad sexual del mismo, sino contra un valor distinto.¹²¹ Luego de este razonamiento este autor teniendo presente que el delito de difusión de material pornográfico infantil se ubica bajo el epígrafe “De los ultrajes a las buenas costumbres”, descarta esta última como interés tutelado por ser atentatorio contra el principio de lesividad para terminar afirmando que el bien jurídico protegido por este delito no es otro que la intimidad del menor.¹²²

Hubo un momento en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley, en el que se hizo referencia al bien jurídico protegido en el delito de difusión de material pornográfico infantil, fue en una de las discusiones en sala de la Cámara de Diputados,

¹¹⁹ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Tomo III, op. cit., p. 178

¹²⁰ Ibid, p. 179.

¹²¹ MOLINA Cantillana, R. op. cit., p. 82

¹²² Ibid, p.83

en donde la diputada María Pía Guzmán señaló "...Respecto de la distribución de material pornográfico, se incorpora un nuevo artículo 374 bis al Código Penal. Esta figura penal se apoya en que el acto representa una nueva lesión a la dignidad e integridad física y síquica del menor, quien es utilizado nuevamente, pero de una forma distinta, ya no sólo para producir este material, sino con el objeto de difundir su imagen - participando en un acto sexual- a millones de personas. Se trata de una doble victimización del menor. En esta etapa, es más fácil detectar el delito y sorprender a los delincuentes, siempre que se cuente con los medios investigativos que señalaremos más adelante...".¹²³

Por tanto, según el legislador histórico con la difusión del material se lesionarían los bienes jurídicos dignidad e integridad física y síquica del menor, pero de una forma distinta que en el delito de producción de material pornográfico infantil.

A nuestro juicio, partiendo de la base que tratándose del delito de difusión de material pornográfico infantil el bien jurídico protegido resulta difícil de dilucidar, estimamos que podría ser la intimidad sexual, entendida como la entiende el profesor Rodríguez Collao en su segunda acepción, esto es, como la inviolabilidad de un ámbito de actuación que toda persona aspira a mantener para sí, con exclusión de cualquier injerencia proveniente del exterior.¹²⁴

Con esto podemos afirmar que la indemnidad y libertad sexuales son bienes jurídicos propios del delito de producción de material pornográfico infantil y son por tanto los únicos que será necesario afectar para poder aplicar el tipo penal. Según nuestro parecer el derecho a la imagen y a la honra, podrán o no vulnerarse con el delito de producción de material pornográfico infantil, pero en ningún caso constituyen un requisito para poder aplicar la norma. Por otro lado el derecho a la imagen y la honra, son bienes jurídicos que como lo hemos podido demostrar nunca estuvieron en la conciencia del legislador histórico.

¹²³ Historia de la Ley N°19.927, Boletín 2906-07. p. 102

¹²⁴ RODRIGUEZ Collao, Luis. op. cit., 2014. pp. 163.

Toda esta argumentación va encaminada a sostener nuestra posición en torno a que para que estemos en presencia de un delito de producción material pornográfico infantil no es necesario que su autor tenga ánimo de traficar, pues se trata de delitos independientes y que protegen bienes jurídicos distintos.

CAPITULO 3:
**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE ADQUISICIÓN O
ALMACENAMIENTO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL**

3.1. Explicación preliminar

Como lo anticipáramos en el capítulo primero de esta AFET, uno de los aportes más novedosos y a su vez polémicos que efectuó la Ley N°19.927, fue la introducción a nuestro ordenamiento jurídico penal del delito de adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil. Ahora bien, en general tanto la doctrina nacional como extranjera, ha cuestionado la legitimidad de este delito, por dos razones fundamentales:

a) Por un lado muchos han llegado a la conclusión de que en este delito sencillamente no existe un bien jurídico digno de proteger, en este sentido Luis Rodríguez Collao estima que se trata de un delito que carece de todo sustento,¹²⁵ René Molina Cantillana señala que no queda más que plantear derechamente la inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 374 bis, toda vez que no ve en la figura que consagra ningún bien jurídico susceptible de protección, lo que atenta gravemente contra el principio de lesividad,¹²⁶ Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, señalan que lo cierto es que estamos ante un delito de posesión de objetos declarados ilícitos,¹²⁷ que se agrava (como puede apreciarse claramente por las penalidades dispuestas) por su puesta en circulación ilícita. Así

¹²⁵ Ibid, p. 327.

¹²⁶ MOLINA Cantillana, R. op. cit., p. 106.

¹²⁷ Esta opinión doctrinaria ha sido reproducida en varias de las sentencias analizadas por ejemplo: Resolución de la I. Corte de Apelaciones de Chillán, 3 de febrero de 2006, ROL 4-2006, considerando cuarto; Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 3 de julio de 2007, RUC 0600311840-K, RIT 050-2007, considerando décimo séptimo.

visto, este delito afecta, principal, sino, únicamente la moralidad pública, tal como reza el epígrafe del párrafo en que se incorporó al Código, y muy indirectamente la indemnidad sexual de los menores utilizados, directamente afectada sólo por quienes producen dicho material (hecho también delictivo entre nosotros, art. 366 quinquies).¹²⁸ Vivian Bullemore G. y John Mackinnon R., señalan que la verdad es que aquí nos encontramos con un clásico ejemplo de un delito contra la moral sexual,¹²⁹ y Claudio Sánchez Pecarevic manifiesta en su obra, que con la inclusión en el catálogo de delitos al almacenamiento de material pornográfico infantil se intenta imponer un encauzamiento de la tendencia sexual castigando un hecho –la posesión- que no vulnera al bien jurídico protegido en los demás delitos relacionados con la pornografía infantil- ni siquiera otros afines o indirectos.: debemos tener presente que no se daña la libertad sexual del menor, pues este daño ya se ha producido.¹³⁰

En España,¹³¹ Ana Victoria Parra concluye en su tesis doctoral, refiriéndose a la mera posesión de pornografía infantil tipificada en el artículo 189.2 del Código Penal Español,¹³² que no existe un bien jurídico que fundamente la tipificación de la posesión de pornografía infantil. La criminalización de la conducta es la respuesta punitiva del Estado a un sentimiento ilegítimo de un sector más o menos amplio de la sociedad que posee determinada moral sexual y procura su primacía sobre otras o sobre la libre

¹²⁸ Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte especial. op. cit., p.287

¹²⁹ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Tomo III, op. cit., p. 179

¹³⁰ SANCHEZ Pecarevic, Claudio. *Delito de almacenamiento de pornografía infantil*. Santiago, Editorial Librotecnia, 2010. p. 196

¹³¹ Ana Victoria Parra señala en su tesis doctoral que la criminalización de la pornografía infantil en el ordenamiento jurídico español ha sido progresiva y expansiva, esto es ha ido de más y expandiendo su alcance. Se comenzó por la tipificación de la creación de material pornográfico infantil (Código Penal de 1995) posteriormente se penalizó toda la cadena de comercialización y tráfico – producción, venta, distribución, exhibición y facilitación – incluyendo la posesión orientada a la venta (LO 11/1999) hasta llegar en la LO 15/2003 a castigar la posesión para uso propio, fundado en la premisa de que sin consumidores no hay mercado. Más recientemente, en la LO 5/2010 se penalizan nuevas conductas tales como: el que capture, se lucre u ofreciere pornografía infantil. Además se añade un art. 189 bis, que establece la responsabilidad de las personas jurídicas que participen de cualquiera de los tipos descritos en el artículo 189 CP. Ocurre, sin embargo, que esta ampliación punitiva alrededor de la pornografía infantil se ha realizado al calor de la discusión y el rechazo de la mayor parte de la doctrina. PARRA González, Ana Victoria. op. cit., p. 287

¹³² 189.2 Código Penal Español: El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

elección de la inclinación sexual.¹³³ Por su parte David Lorenzo Morillas Fernández, señala que el artículo 189.2 del Código Penal Español presenta uno de los supuestos más extraños y criticables a la hora de apreciar un bien jurídico protegido.¹³⁴ Luego este autor razona en el sentido de descartar como bienes jurídicos protegidos a la dignidad de los menores, a la intimidad del individuo y a la libertad o indemnidad sexual, para concluir que la moral sexual colectiva pareciera ser el único objeto de aplicación “coherente”, al nuevo tipo penal, pero que sin embargo, no pareciera una buena decisión acotar la referida opción por cuanto supondría un retroceso temporal en la evolución del Derecho Penal.¹³⁵

b) El otro aspecto que sin duda genera gran polémica es que se castigue no solo la posesión destinada al tráfico sino que también la simple o mera posesión de material pornográfico infantil, esto es, aquella que está destinada solo para el consumo personal, la mayoría de los países que castigan la posesión destinada al tráfico castigan expresamente a la mera o simple posesión de material pornográfico infantil, así lo hacen por ejemplo Italia, España, Francia y Estados Unidos.¹³⁶

Como sabemos, en nuestro país la Ley N°19.927 fue la introdujo por primera vez este delito a nuestro ordenamiento jurídico penal, tipificándolo en el inciso 2° del artículo 374 bis, no obstante, la falta de prolijidad en su redacción ha dado lugar a numerosas discusiones doctrinarias en torno a si el tipo penal abarca también a la simple o mera posesión de material pornográfico infantil o solo se referiría a la posesión destinada al tráfico. A su vez la fuente de esta deficiente redacción la encontramos en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, en donde si bien este delito fue uno de los más discutidos durante el proceso de elaboración de la misma, a la larga la discusión resultó ser confusa y llena de contrasentidos, debemos reconocer que más que aclarar el verdadero sentido y alcance de la Ley, lo vino a

¹³³ PARRA González, Ana Victoria. op. cit., p.326

¹³⁴ MORILLAS Fernández, David. *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*. op. cit. p. 181

¹³⁵ Ibid, pp. 181-184

¹³⁶ Así queda demostrado en la obra de MORILLAS, David Lorenzo. Los delitos de pornografía infantil en el derecho comparado. *Cuadernos de Política Criminal* (84): 70. 2004.

oscurecer y generar una variedad de interpretaciones distintas todas fundamentadas en la misma fuente, lo que sin duda se verá reflejado en los fallos que en este capítulo pasaremos a analizar.

Para elaborar este capítulo analizamos 41 fallos relativos a la adquisición o tenencia de material pornográfico infantil, pudiendo concluir que los principales conflictos en torno a este delito se reducen principalmente a dos: 1) La discusión acerca de la preordenación de la conducta de almacenamiento o adquisición de material pornográfico infantil para un posterior tráfico o difusión del material y 2) la discusión acerca de la cantidad de material pornográfico infantil que debe adquirirse o almacenarse para configurar el delito.

3.2. Discusión acerca de la preordenación de la conducta de almacenamiento o adquisición de material pornográfico infantil para un posterior tráfico o difusión del material

3.2.1. Historia de la Ley N°19.927

De acuerdo a nuestra experiencia pocas veces la historia fidedigna del establecimiento de la ley suele ocupar un rol protagónico para dilucidar alguna discusión doctrinaria, sin duda éste es uno de esos extraños casos; con respecto a esta discusión podemos señalar que en muchos de los fallos analizados se hizo referencia a la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°19.927 y en base a ella se hicieron afirmaciones tan disímiles que parecía que los distintos sujetos procesales hubiesen tenido a la vista historias fidedignas de leyes distintas, la explicación a ello es muy simple, durante la discusión parlamentaria plasmada en lo diversos trámites a que fue sometida la Ley N°19.927, se le hicieron a la descripción de este delito varias modificaciones y se plantearon diversas interpretaciones contradictorias entre si, primando finalmente la última de ellas que quedó consagrada en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, a estas alturas ya no sabemos

si por convicción o sencillamente por descuido de los legisladores. A continuación intentaremos resumir cómo fue que se desarrolló esta discusión.

Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. El 10 de abril de 2002, la Diputada María Pía Guzmán y el Diputado Patricio Walker, presentaron una moción parlamentaria para modificar el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Con respecto a la posesión de material pornográfico infantil,¹³⁷ esta moción señalaba que en lo esencial el proyecto de ley proponía sancionar la posesión de pornografía infantil, explicaba que la tendencia sostenida del derecho comparado era sancionar penalmente la adquisición y posesión dolosa de la pornografía infantil, excluidas bajo determinados supuestos las situaciones de recepción accidental o no solicitada, para luego afirmar que quienes poseían pornografía infantil eran parte de la cadena criminal que destruía la dignidad de los niños y promovía su utilización en prácticas sexualmente abusivas y dañinas.¹³⁸

En la discusión en general resultó muy interesante lo señalado por el diputado Walker cuando expresó que la finalidad del proyecto era regular toda la cadena de producción de material pornográfico sancionando nuevas figuras penales. Dijo creer que lo relativo a la sanción de la tenencia y posesión de material pornográfico sería el punto más conflictivo por cuanto implicaba la existencia de una presunción de derecho, aún cuando había legislaciones como la española que penalizaban tal hecho. Dijo no creer que la penalización propuesta fuera tan dramática si se consideraba el daño que causaban estos ilícitos.¹³⁹

Luego en la discusión en particular el diputado señor Burgos consideró complicado penalizar la simple posesión o tenencia de una cosa, lo que no constituye una

¹³⁷ El Proyecto original hablaba de tenencia o posesión. Artículo 367 quater (inciso primero): El que fuera de los supuestos previstos en el artículo anterior ejerciere conscientemente la tenencia o posesión de pornografía infantil, será castigado con presidio menor en su grado medio.

¹³⁸ Historia de la Ley N°19.927, Boletín 2906-07. p.9

¹³⁹ Historia de la Ley N°19.927, Boletín 2906-07. p.33

conducta. Dijo comprender que lo que pretendía la proposición era crear las condiciones jurídicas para evitar, casi en los actos preparatorios, el delito de pornografía infantil, pero creía que para evitar posibles irregularidades, podría pensarse en sancionar a quien fuera un adquirente habitual o, como sucede en la Ley de Drogas, a quien poseyere cantidades de tal entidad que hiciere irracional considerar que es para su uso personal. Los Diputados señora Guzmán y señor Walker recordaron que el Código Penal sanciona el delito de receptación, es decir, a quien posea especies sabiendo o debiendo saber el origen que tienen.

Ante la proposición del Diputado señor Burgos en cuanto agregar a la figura descrita el poseer con el ánimo de comercializar dicho material, el abogado señor Fernández, recordando que la legislación española penalizaba esta figura sin exigir más requisitos, señaló que tal exigencia podría tornar ilusoria la sanción toda vez que la conducta delictual puede realizarse sin el ánimo de comercializar, como sería el caso del intercambio gratuito. La Diputada señora Soto sugirió, a fin de exculpar a quienes posean material pornográfico en escasa cantidad, substituir las expresiones “tuviera o poseyere” por “almacenare”. El Diputado señor Bustos señaló que la proposición describía un delito de sospecha, contrario a la normativa constitucional y, además, demasiado amplio, razón por la que para concordarlo con la legislación penal y las garantías del debido proceso, debería precisarse el objeto de la figura, agregando la expresión almacenare, o bien, exigir el ánimo de comercializar. Cerrado finalmente el debate, la Comisión aprobó, por unanimidad, el siguiente texto para este número:

“El que fuera de los supuestos previstos en los artículos 366 quinquies y 374 bis, adquiera o almacene dolosamente material pornográfico infantil, será castigado con presidio menor en su grado medio.”¹⁴⁰

Luego en la discusión en sala el diputado señor Bustos, volvió a señalar que respecto de la tenencia de pornografía infantil, si bien gracias a una indicación muy clara de la diputada señora Laura Soto durante la tramitación de la iniciativa, que cambió la redacción original de simplemente castigar la posesión por sancionar el almacenamiento, es decir, la posesión más allá de lo normal, se había aliviado la carga

¹⁴⁰ Historia de la Ley N°19.927, Boletín 2906-07. p.51-52

del artículo. Pero que en todo caso, le parecía que seguía siendo complejo en derecho castigar un hecho más que una conducta.¹⁴¹

A nuestro juicio hasta este punto de la discusión la voluntad del legislador aún se seguía inclinando por tipificar la mera adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil, esto es, sin que estuviera preordenada al tráfico.

Durante el segundo trámite constitucional, en la discusión en general del Senado, se escuchó la opinión del profesor de derecho penal, señor Jean Pierre Matus, quien señaló que una situación diversa, en su concepto, lo constituía la tenencia de este tipo de material y, por ende, la respuesta del derecho penal debería ser distinta. Que en este tipo de situaciones ya no estaba involucrado el uso de menores con finalidades comerciales o contrarias a la moral o a otros bienes jurídicos, sino que la existencia de una determinada concepción personal de la vida y de la libertad, que pudiera entenderse como contraria a los cánones normales y habituales de una sociedad y que sería similar al consumo de drogas. Que la sanción de esta conducta se vinculaba fundamentalmente a los problemas de acreditación que presentaba el tráfico de dicho material, lo cual producía una cierta desarmonía radical en el sistema. Que en el caso de las drogas, habitualmente se sancionaba la tenencia en los tratados internacionales y en las leyes de los países, porque era la forma más fácil de probar la existencia del tráfico, pero que la situación variaba cuando se tenía para el consumo personal, lo que no presentaba mayores diferencias con lo relativo al material pornográfico infantil.

Que en nuestro ordenamiento, debía reconocerse que una persona tiene derecho a llevar una vida moralmente reprobable, si así lo quiere y no causa daño a terceros. Por eso, era indudable que castigar la sola tenencia de este material introducía una desarmonía radical en el sistema, ya que implicaba sancionar penalmente un vicio moral.¹⁴²

Sin duda estas palabras, sumadas a las del profesor Hernández¹⁴³ y a las del

¹⁴¹ Historia de la Ley N°19.927, Boletín 2906-07. p.119

¹⁴² Historia de la Ley N°19.927, Boletín 2906-07. p.172-173.

¹⁴³ El profesor de Derecho Penal, señor Hernández, hizo ver que la disposición en análisis desatiende los principios de responsabilidad penal, que imponen la exigencia de responder por

representante del ministro de Justicia señor Londoño¹⁴⁴ hicieron eco en la Comisión, que si bien consideró atendibles esos razonamientos, se inclinó por incorporar de todas formas esta figura penal, en la medida en que el almacenamiento de material pornográfico infantil se hiciera para los fines de comercializarlo. Para ello, acercó su redacción a la existente en el Código Penal español, dejando de manifiesto su calidad de acto preparatorio de la distribución, eliminó la innecesaria explicitación del dolo y aplicó una leve rebaja de pena, justificada en razones de proporcionalidad, por cuanto no podía castigarse este delito con una pena similar a la que correspondía al abuso sexual.¹⁴⁵ Finalmente el inciso segundo del artículo 374 bis, quedó redactado de la siguiente manera: *“El que almacenare dicho material para la realización de cualquiera de las conductas previstas en el inciso primero, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo.”*

En este momento de la discusión parlamentaria claramente la voluntad del legislador era expresamente partidaria de castigar el almacenamiento de material pornográfico infantil solo cuando estuviera destinada a la comercialización, importación, exportación, distribución, difusión o exhibición.

Sin embargo, con posterioridad en el informe complementario de la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento se realizaron varios cambios a la norma todos sin previo debate salvo el relativo a la pena, de esta manera se volvió a incorporar el verbo rector adquirir y se incorporó la palabra maliciosamente, se suprimió la alusión a las conductas previstas en el inciso primero y se aumentó en un

actos que signifiquen atentados concretos contra determinados bienes jurídicos. En esa perspectiva, no se justifica la tipificación de la conducta consistente en poseer este tipo de material, porque la vinculación con la producción o la distribución resulta demasiado lejana. Además, la disposición persigue únicamente remediar un aspecto probatorio, como son las eventuales dificultades que podrían presentarse en la investigación de esas otras conductas. Esto es, para solucionar un posible problema de prueba en orden a que cierta persona es productor o distribuidor de ese material, se opta por castigarlo como autor de tenencia o posesión del mismo. Historia de la Ley N°19.927, Boletín 2906-07. p.196.

¹⁴⁴ El representante del Ministro de Justicia, señor Londoño, compartió ese punto de vista. Las conductas que afectan realmente el bien jurídico protegido son la producción y la distribución de material pornográfico infantil, que ya se sancionan, y la propuesta de castigar la mera tenencia de este material incursiona en ámbitos propios de la vida privada de personas adultas. Historia de la Ley N°19.927, Boletín 2906-07. p.196-197.

¹⁴⁵ Historia de la Ley N°19.927, Boletín 2906-07. p.197.

grado la pena, quedando el inciso segundo del artículo 374 bis, redactado de la siguiente forma: “ El que adquiriera o almacene maliciosamente dicho material, será castigado con presidio menor en su grado medio. ”.

En base a esta nueva redacción el Senador Viera-Gallo en la discusión en sala señaló que por primera vez se penalizaba a quien poseía material pornográfico y no sólo al que lo producía, distribuía o almacenaba para venderlo. Normalmente, se suponía que el que disponía de tal material, si bien se trataba de una conducta reprochable desde un punto de vista ético, no causaba mal alguno, porque era un problema personal. Es como el caso del que consumía drogas o alcohol, conducta que no estaba penada. Señalando que resultaba evidente que tratándose de menores la situación era mucho más grave, y en países europeos también se había sancionado la posesión de material pornográfico infantil. Y, que por eso, parecía lógico el paso que se estaba dando. Cabe señalar que el Senador insistió en señalar que era evidente la existencia de pornografía de impúberes, y era algo que repugnaba. Pero que sin embargo, era mucho menos evidente para quien adquiría material pornográfico distinguir entre una muchacha de 19 y otra de 17. Que todo límite era de por sí arbitrario y resultaba muy difícil saber qué se estaba adquiriendo. Que en esos casos el juez deberá aplicar su criterio, porque se trata de -como se dice- posesión dolosa, por lo que debe haber un doble conocimiento del hecho. O sea, no sólo saber que se está comprando pornografía infantil, sino también conocer la edad de las personas que participan en esa situación.¹⁴⁶

El 15 de octubre de 2003, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, presentó en el Senado el segundo informe del proyecto de ley, en donde se sometió a votación, entre otras, la indicación número 24 bis, del honorable Senador señor Viera-Gallo, que proponía sustituir el artículo 374 bis, reproduciendo su inciso primero, que sancionaba la distribución de material pornográfico, y castigando en su inciso segundo al que maliciosamente adquiriera o almacene este material, cualquiera sea su soporte, sólo cuando en su elaboración hayan sido utilizados menores de trece años. El Senador señor Viera-Gallo explicó que, además de mejorar la redacción, el

¹⁴⁶ Historia de la Ley N°19.927, Boletín 2906-07. p.289-290.

objetivo de su propuesta era que únicamente se castigara la adquisición o almacenamiento de material pornográfico en que aparezcan menores de trece años. Ya que para un mero tenedor de ese material, era difícil distinguir las edades de las personas que figuraban en él, por lo que consideraba más claro diferenciar entre los púberes y los impúberes, asignándoles a estos la protección legal por este delito, sin perjuicio de que se castigara tanto la producción como la comercialización respecto de material en que se hayan utilizado menores de dieciocho años de edad.

Sometida a votación la propuesta de fijar la edad en trece años, fue rechazada por cuatro votos contra uno.

Luego de esta última votación se sustituyó el inciso 2º del artículo 372 bis por el siguiente y definitivo, puesto que no se volvió a modificar en lo que restó a la tramitación del proyecto de Ley: *“El que maliciosamente adquiriera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio”*.

Al ser ésta la última interpretación que se le dio a este delito y al haberse modificado ostensiblemente su redacción, estimamos que la voluntad final del legislador fue castigar la simple adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil, por tanto, el tipo penal no exigiría una preordenación al tráfico.

3.2.2. Antecedentes doctrinarios

Con respecto a este tema, en general podemos decir que la doctrina nacional pese a estar consciente que la voluntad del legislador era sancionar la mera adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil, esto es, el autoconsumo de la misma, hay un grupo que se resiste a interpretar de esta forma este tipo penal y otro grupo que si bien critica la amplitud de la norma, acepta que éste es el verdadero sentido y alcance de la ley y que como tal hay que aplicarla. En el primer grupo Luis Rodríguez Collao, Vivian Bullemore y John Mackinnon. En el segundo grupo Sergio

Politoff, Jean Pierre Matus, María Cecilia Ramírez, René Molina Cantillana y Pablo Sánchez Pecarevic.

El profesor Luis Rodríguez Collao nos señala que es necesario que el almacenamiento esté encaminado a la posterior distribución o comercialización del material pornográfico y no a un consumo de carácter personal. Es cierto que en la discusión del proyecto de ley que introdujo el tipo, se propuso sancionar el almacenamiento sólo cuando existiese el ánimo de comercializar dicho material y que luego dicha referencia fue eliminada; sin embargo, no debemos olvidar que el artículo 3º, 1, del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, impone a los países el deber de tipificar: “c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil”. En consecuencia, si el Estado chileno incorporó el tipo que nos ocupa en cumplimiento de aquella recomendación, es de toda lógica suponer que la conducta incriminada tiene en nuestro ordenamiento jurídico el mismo sentido que le atribuye el Protocolo, es decir, almacenamiento (en realidad se refiere a posesión) que esté encaminado a la comercialización, distribución, importación o exportación del material almacenado.¹⁴⁷

Vivian Bullemore y John Mackinnon, señalan que para ellos en ningún caso puede sostenerse que lo sancionado es la mera tenencia o posesión, sino que sólo lo es el acto de almacenar. Que cuando el legislador ha querido sancionar la tenencia, lo ha dicho expresamente, como por ejemplo en los artículos 1º, 2º, 3º y 4º, de la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en los artículos 3º y 4º de la Ley 17.798 de control de armas y explosivos, o en el artículo 456 bis A del Código Penal, sobre receptación. Por lo demás, los tipos penales sancionan conductas, y aquí se trata de un acto, almacenar, que en su sentido natural y obvio consiste en poner, guardar o reunir cosas.¹⁴⁸

¹⁴⁷ RODRIGUEZ Collao, Luis. op. cit., 2014. pp. 328 y 329.

¹⁴⁸ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Tomo III, op. cit., p. 179

Para los autores Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, la conducta básica es la adquisición o almacenamiento, esto es, la posesión de dicho material, con independencia de si se destinará o no al tráfico comercial, lo cual parece a todas luces un exceso, que ha llevado a convertir la miseria humana en delito.¹⁴⁹

René Molina Cantillana, señala que el tipo no establece ninguna otra exigencia de carácter subjetivo, como sería la eventual orientación o preordenación al tráfico. En efecto, si bien en un primer momento el legislador –en el seno de la Comisión del Senado– se inclinó por incorporar esta nueva figura penal sólo en la medida que el almacenamiento de material pornográfico infantil se hiciera para los fines de comercialización o difusión, dejando de manifiesto su calidad de acto preparatorio de tales delitos, ello finalmente fue desestimado por la dificultad probatoria que traía aparejada. Luego este autor concluye señalando que así las cosas –y como advertimos oportunamente–, se optó por castigar la mera posesión del referido material con independencia de la motivación del autor, es decir, sin importar si éste lo posee para ponerlo en circulación o, simplemente, para su propio consumo.¹⁵⁰

Pablo Sánchez Pecarevic, opina en su obra que debe desecharse la exigencia de elementos subjetivos especiales del injusto, consistente en alguna clase de ánimo o tendencia especial, por no exigirlo el tipo y no encontrarse motivación en la historia fidedigna de la Ley N°19.927. En efecto si el legislador hubiere deseado incluir dicha clase de ánimo, lo habría señalado expresamente como en el artículo 366 quáter o 367.¹⁵¹

Finalmente queremos hacer referencia a una minuta de la Ley N°19.927 Sobre Delitos de Pornografía Infantil, del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, que a la luz de los fallos que vamos a revisar más adelante, al parecer sirvió de guía para los distintos defensores penales, a la hora de plantear sus respectivos argumentos.

¹⁴⁹ Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte especial. op. cit., p. 288

¹⁵⁰ MOLINA Cantillana, René. op. cit., p. 112 y 113.

¹⁵¹ SANCHEZ Pecarevic, Claudio. op. cit., p. 215

Según esta minuta la controversia surge con la incriminación de la tenencia de material pornográfico –inciso 2º 374 bis–. La idea del legislador al comprender al usuario era que la cadena pornográfica terminara en él, pues son éstos los que, en definitiva, le dan sentido a la existencia del material. Luego señala que no cabe duda lo cuestionable de una norma de tal naturaleza, que supone una indebida intromisión en la esfera de la intimidad de las personas. Pero que lamentablemente está y debe dársele algún sentido. Para continuar señalando que sin perjuicio de pensar que presenta serias deficiencias desde la perspectiva del principio de tipicidad, toda vez que no se aprecia cuál es el bien jurídico protegido. Más bien parece una manifestación más de ese constante propósito del legislador de promocionar un determinado orden moral y para ello recurrir indebidamente al derecho Penal. Es del caso que al emplear la voz “almacenare” debe entenderse que no se incluye a quienes tengan en su poder un material exiguo. En efecto señala que tal expresión “almacenar”, conforme a la Real Academia, significa reunir o guardar muchas cosas. Por tanto, se refiere a aquellos sujetos que cuenten con suficiente material que permita sostener que pretende comercializarlo o distribuirlo. En cuanto al tipo subjetivo señala que se exige dolo directo lo que supone que el sujeto debe conocer que se trata de material pornográfico. Según la mencionada minuta esta interpretación permite afirmar que no se castiga al simple usuario, que guarda escaso material para su consumo personal. Incluso, tampoco se sanciona aunque conserve una cantidad considerable, si sólo se mantiene dentro de su propia esfera, pues, sólo está ejerciendo su libertad de determinación.¹⁵²

3.2.4. Estudio Jurisprudencial

A lo largo de este trabajo, esta es la primera vez que podemos decir que nos hemos encontrado con una tendencia jurisprudencial claramente definida. Según esta tendencia para que la adquisición o el almacenamiento sea punible no es necesario

¹⁵² Minuta Ley N°19.927 Sobre delitos de Pornografía Infantil. Departamento de Estudios Defensoría Penal Pública (1) 2004: 8-9, abril 2004 (actualizada en agosto 2005).

que esté preordenada al tráfico, que la intención de comercializar no es un requisito del tipo penal y que por tanto en Chile se castiga la mera posesión de material pornográfico infantil, con independencia de si se posee para poner en circulación el material o para su solo consumo personal.

Partiremos la exposición de esta selección de fallos primero haciendo referencia a aquellos que avalan la posición minoritaria, esto es, que para que el delito de adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil sea típico, es necesario acreditar que se tenía por finalidad difundirlo o comercializarlo y luego algunos de los fallos más representativos de la posición mayoritaria.

Primer Grupo:

a) Resolución de la Corte de Apelaciones de Chillán, 3 de febrero de 2006, ROL 4-2006 (Recurso de Apelación interpuesto por Ministerio Público, Corte confirma sentencia absolutoria dictada por el Juez de Garantía de Coelemu).¹⁵³

“...CUARTO: Que el texto del inciso segundo del artículo 374 bis del Código Penal limita el castigo de la posesión de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, únicamente a la comercialización, pues se está ante un delito de posesión de objetos declarados ilícitos, que se agrava por su puesta en circulación ilegal. Por consiguiente, el delito de que trata afecta únicamente la moralidad pública, como se desprende del párrafo 8 que lo consagra, y muy indirectamente la indemnidad sexual de los menores utilizados, directamente afectada solo por quienes producen dicho material, lo que configura el delito contemplado en el artículo 366 quinquies del citado Código...CONSIDERANDO SEXTO: Que así las cosas, interpretar que la conducta básica es la adquisición o almacenamiento, es decir, la posesión del material pornográfico comercial, es un exceso.”

b) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, 21 de agosto

¹⁵³ CA de Chillán, 3 de febrero de 2006, ROL 4-2006.

de 2009, RUC 0800708514-2, RIT 77-2009 (sentencia absolutoria).¹⁵⁴

“...DUODÉCIMO: ...Sobre este último particular, la Magistrado Sra. Nash previene que en su concepto, el delito de almacenamiento de material pornográfico en que se haya utilizado a menores de edad, requiere que el sujeto tuviese la intención de traficar con él, o sea, de ponerlo a disposición de otras personas, ya que en él existe un elemento subjetivo de lo injusto tácito: "con el fin de hacerlo perceptible o mostrarlo a otros, a un número indeterminado de personas". Otra cosa implicaría castigar los pensamientos y fantasías sexuales de las personas, que no lesionan bien jurídico alguno, ni la moralidad pública relativa a lo sexual (objeto de tutela de la difusión de pornografía, en el inciso primero del artículo 374), ni la indemnidad sexual de los menores.”.

c) Sentencia del Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 6 de septiembre de 2010, RUC 0900172147-0, RIT 153-2010 (sentencia absolutoria).¹⁵⁵

“...DUODÉCIMO: Que conforme a lo hasta ahora razonando, no parece jurídicamente sostenible aquello de que el tipo penal por el que en la especie se acusó no exija difusión del material pornográfico infantil, bastando para su configuración la sola existencia del material en poder de un tercero penalmente responsable, y ello con prescindencia de la finalidad de dicha tenencia. Tal planteamiento, junto con desproveer de culpabilidad la conducta incriminada, pretende hacer a ésta acreedora de una pena no obstante faltar en la conducta la lesión o el peligro de bien jurídico alguno. Tal concepción del derecho penal se encuentra muy lejos no sólo de las antiguas y tradicionales concepciones que de él se conocen, sino que además y especialmente de la moderna ciencia penal.”.

Segundo Grupo:

a) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 3 de julio de 2007,

¹⁵⁴ TOP de Viña del Mar, 21 de agosto de 2009, RIT 77-2009.

¹⁵⁵ 7º TOP de Santiago, 6 de septiembre de 2010, RIT 153-2010.

RUC 0600311840-K, RIT 050-2007 (sentencia condenatoria).¹⁵⁶

“...DÉCIMO SÉPTIMO: ...Así, resultó demostrado que el responsable incurrió en la conducta básica de esta acción ilícita, cual es, almacenamiento de material pornográfico con participación de menores de edad, referida a la posesión de dicho material ilícito, con independencia de si se destinará o no al tráfico comercial.”

b) Resolución de la Corte de Apelaciones de Concepción, 2 de noviembre de 2007, ROL 547-2007, RUC 0600552193-7 (Recurso de Apelación interpuesto por la defensa, Corte confirma sentencia condenatoria dictada por el Juez de Garantía de Talcahuano).¹⁵⁷

“...SEXTO: Que, en todo caso, debe decirse que la figura de almacenamiento de material pornográfico infantil contemplada en el inciso segundo del artículo 374 bis del Código Penal no exige que tal conducta se realice con la finalidad de comercializar dicho material, sino que es suficiente el acopio del mismo con fines lúbricos, y es por eso que la sanción para este delito es menor que la señalada para aquel que comercialice, importe, exporte, distribuya o exhiba ese material.”

c) Resolución de la Corte Suprema de Justicia, 18 de agosto de 2009, ROL 3557-2009, RUC 0810018402-9 (Dos Recursos de Nulidades interpuestos por las defensas, fundados entre otras, en la causal del 373 letra b) del Código Procesal Penal, se rechazan ambos recursos y se confirma sentencia condenatoria dictada por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, redacción Ministro Sr. Nibaldo Segura Peña).¹⁵⁸

¹⁵⁶ TOP de Temuco, 3 de julio de 2007, RIT 050-2007

¹⁵⁷ CA de Concepción, 2 de noviembre de 2007. ROL 547-2007

¹⁵⁸ CS, 18 de agosto de 2009, ROL 3557-2009. Este fallo sin duda contribuyó a uniformar el criterio jurisprudencial con respecto a este tema siendo citado por varios fallos posteriores, así por ejemplo: Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, 28 de marzo de 2012, RUC 1100427881-1, RIT 41-2012, considerando duodécimo (condenó por delito de almacenamiento de material pornográfico de menor de 18 años), Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 12 de junio de 2012, RUC 1001094512-2, RIT 016-2012, considerando noveno (condenó por delito de almacenamiento de material pornográfico infantil); Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, 17 de julio de 2012, RUC 1000961108-3, RIT 162-2012, considerando décimo cuarto (absolvió por delito de

“...VIGÉSIMO CUARTO: Que, la anterior figura fue introducida por la ley N° 19.927 de fecha 14 de enero de 2004, norma que contiene dos tipos penales diferentes. El primero, compuesto de varias conductas alternativas relacionadas con la comercialización de material pornográfico en que se hubiere empleado menores de edad; en tanto que por el segundo, se sanciona la tenencia y almacenamiento malicioso del mismo material. La creación que efectuó la citada ley, se refiere básicamente a que en el primer delito se castigan conductas como la exportación y la difusión de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad; con esta nueva redacción quedaron comprendidas todas las etapas en que desarrollan sus actividades los que se dedican a la pornografía de menores, incluyendo la difusión especialmente cuando se usa la red de internet, creando en su inciso segundo, un tipo penal diferente, consistente en la adquisición o almacenamiento malicioso de material pornográfico, cualquiera sea su soporte en cuya elaboración hayan sido utilizado menores de 18 años.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, debe señalarse que el bien jurídico protegido en el inciso segundo del artículo 374 bis del texto penal es uno de los que más dudas suscita en los delitos de pornografía infantil, máxime si nuestra legislación no ha exigido –como pretenden los recurrentes- una preordenación de la conducta para un posterior tráfico o difusión del material, toda vez que éstas quedan expresamente incluidas en su inciso primero. Aquí se sanciona el mero hecho de su posesión, o sea la situación en que un sujeto aprovecha los efectos de un delito cometido por otro. En tal evento el bien jurídico es la dignidad de los menores, toda vez que se contribuye con la conducta sancionada al mantenimiento y expansión de una nueva y degradante industria, que tiene como presupuesto y objeto la comisión de gravísimos delitos sexuales contra niños y niñas, lo que fue, además, el parecer del legislador chileno en el origen del

almacenamiento de material pornográfico infantil, debido a que no se pudo acreditar la participación del acusado) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, 25 de septiembre de 2012, RUC 1000227934-2, RIT 81-2012, considerando duodécimo (condenó por delito de almacenamiento de material pornográfico infantil, debido a que no se pudo acreditar la participación del acusado).

proyecto de la ley Nº 19.927, impidiendo la proliferación de la pornografía para lograr la disminución de su demanda.”¹⁵⁹

¹⁵⁹ Continuación del fallo: VIGÉSIMO SEXTO: Que, en relación a lo indicado en la parte final del motivo precedente, la inclusión de la norma ya citada se debió a la moción presentada preliminarmente por los Diputados señora María Pía Guzmán y señor Patricio Walker, dirigida -entre otros aspectos-, a sancionar la adquisición y posesión dolosa de pornografía infantil, por tratarse del último delito de una cadena que afecta la dignidad e integridad física y síquica de los menores, los que son utilizados en prácticas sexuales abusivas y dañinas, las que son reproducidas en diversos soportes, para posteriormente difundir esas imágenes, produciéndose una doble victimización, toda vez que la existencia de demanda de estos materiales justifica su producción y posterior distribución, y quien lo adquiere pasa a ser un testigo o usuario de un delito cometido en forma previa con un menor, lo que requiere ser sancionado, quedando el descrito en un artículo “374 ter” del proyecto, consignando que el que fuera de los supuestos previstos en los artículos 366 quinquies y 374 bis, adquiera o almacene dolosamente material pornográfico infantil, será castigado con presidio menor en su grado medio.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, posteriormente, en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en el proyecto reseñado en el motivo anterior, se propuso -en lo que aquí interesa- la creación de la figura consistente en el almacenamiento de pornografía infantil con fines de distribución, ubicándolo ahora en el inciso segundo del artículo 374 bis del Código Penal, dando lugar a encontradas opiniones durante la discusión en general; pero en particular, si bien la Comisión consideró atendibles esos razonamientos, se inclinó en definitiva por incorporar este nuevo delito sólo en la medida que el almacenamiento de material pornográfico infantil se hiciera para los fines de comercialización o difusión, dejando de manifiesto su calidad de acto preparatorio de tales delitos, acercando su redacción a la existente en el Código Penal español, eliminando la innecesaria explicitación del dolo, aplicando una leve rebaja de pena, justificada en razones de proporcionalidad, por cuanto se indicó que no puede castigarse este delito con una pena similar a la que corresponde el abuso sexual; declarando finalmente que todo aquél que almacenare material pornográfico infantil para la realización de cualquiera de las conductas previstas en su inciso primero, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, más adelante, el Senador señor Viera-Gallo planteó la necesidad de incorporar en nuestra legislación alguna disposición que permitiera a los tribunales chilenos sancionar los casos de pedofilia, cometidos a través de internet, que producen efectos en el país, teniendo especialmente en vista sancionar las llamadas comunidades de tal carácter, planteando una indicación que: “...sustituye el artículo 374 bis, reproduciendo su inciso primero, que sanciona la distribución de material pornográfico, y castigando en su inciso segundo al que maliciosamente adquiera o almacene este material, cualquiera sea su soporte, sólo cuando en su elaboración sean utilizados menores de trece años.” Agregando que: “..., además de mejorar la redacción, el objetivo de su propuesta es que únicamente se castigue la adquisición o almacenamiento de material pornográfico en que aparezcan menores de trece años. Para un mero tenedor de ese material, es difícil distinguir las edades de las personas que figuren en él, por lo que considera más claro diferenciar entre los púberes y los impúberes, asignándoles a estos la protección legal por este delito, sin perjuicio de que se castigue tanto la producción como la comercialización respecto de material en que se hayan utilizado menores de dieciocho años”. La propuesta de rebaja de edad fue rechazada por cuatro votos contra uno; en tanto que el resto de la indicación fue acogida por la unanimidad de los senadores de la comisión, quedando en definitiva fijado en esos términos el texto del delito de almacenamiento o posesión maliciosa de material pornográfico infantil, optándose en definitiva por castigar la mera posesión del referido material con independencia de la motivación del autor, es decir sin importar si éste lo posee para ponerlo en circulación o simplemente para su propio consumo.

d) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, 11 de abril de 2011, RUC 1000318416-7, RIT 09-2011 (sentencia condenó por el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil).¹⁶⁰

“...TRIGÉSIMO SÉPTIMO: ...Que el tipo penal en cuestión se verifica con el solo almacenamiento, que consiste según lo expuesto en el Diccionario de la Lengua Española, en la acción de poner o guardar en un almacén, o bien reunir o guardar muchas cosas, o registrar información en la memoria de un ordenador. Así, lo que se sanciona es únicamente la posesión de dicho material, puesto que también se contempla en el tipo penal la hipótesis de adquirir el material pornográfico, sin que se le adicione un fin a dicha adquisición o almacenamiento, como el de comercializar, como lo pretende la defensa, puesto que el tipo penal no lo exige y porque, como se ha referido, la expresión almacenamiento no tiene una única acepción relacionada con el comercio, sino también una acepción relacionada con el registro de información en la memoria de un ordenador, que precisamente es la forma de comisión mas común de este ilícito, además de aquella que implica simplemente reunir o guardar muchas cosas.”

e) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante, 12 de enero de 2012, RUC 0900590219-0, RIT 78-2010 (sentencia condenatoria).¹⁶¹

“...DECIMOQUINTO: ...En este plano, se desecha la tesis de la defensa, puesto que aquella exige una connotación de comercialización y difusión que es ajena al tenor literal del texto legal, como también se aparta de lo que en último término se buscó por los legisladores, y además lo reconoce la Corte Suprema en sus resoluciones. Así, es efectivo que en la discusión parlamentaria se planteó agregar aquella condición, pero finalmente quedó excluida, destacando que la moción de los diputados Walter y Guzmán en su momento incluyó expresamente la idea de sancionar la adquisición y posesión dolosa de pornografía infantil, por tratarse del último delito (o eslabón) de una cadena que afecta la dignidad e integridad física y síquica de los menores, los que son utilizados en prácticas sexuales abusivas y dañinas, las que son reproducidas en

¹⁶⁰ TOP de Coyhaique, 26 de abril de 2011, RIT 09-2011.

¹⁶¹ TOP de Temuco, 3 de julio de 2007, RIT 78-2010.

diversos soportes, para posteriormente difundir estas imágenes, produciéndose una doble victimización, toda vez que la existencia de demanda de estos materiales justifica su producción y posterior distribución y quien lo adquiere pasa a ser un usuario de un delito cometido en forma previa con un menor, que requiere ser sancionado. Posteriormente, el senador Viera Gallo hizo una indicación de separar expresamente la distribución del almacenamiento, como finalmente quedó asentado, castigándose la posesión del material con independencia de la motivación del autor, quedando las otras conductas en el inciso 1º. De esta manera, la voz maliciosamente debe entenderse en el contexto general, de exclusión del dolo eventual o la culpa, exigiendo el dolo directo, es decir, basta con el conocimiento indubitado por parte del tenedor del material acerca de su contenido, para ser castigado por el delito.

f) Resolución de la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta, 6 de junio de 2013, ROL 115-2013, RUC 1100613152-4 (Recurso de Nulidad interpuesto por la Defensor privado, fundado en lo principal en la causal del 373 letra b) del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso y se confirma sentencia condenatoria dictada por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta).¹⁶²

“...QUINTO: Que se tendrá presente que el delito previsto en el inciso segundo del artículo 374 bis del Código Penal sanciona el mero hecho de la posesión del material pornográfico, buscando proteger la dignidad de los menores e impedir la proliferación de la pornografía. En cuanto al almacenamiento malicioso, basta la circunstancia que el almacenamiento no pueda ser considerado casual, atendido que el autor no pudo menos que saber que ellas tenían un contenido sexual, respecto a menores de edad, aun así, toma la decisión de almacenarlas. Conforme a lo razonado, no apreciando los errores de derecho alegados por el recurrente, se procederá al rechazo de esta causal.”.

¹⁶² CA de Antofagasta, 6 de junio de 2013, ROL 115-2013.

3.2.5. Comentarios

Sin duda el fallo de la Corte Suprema ya individualizado en el apartado anterior, significó un antes y un después en esta importante discusión doctrinaria. Sin embargo, tuvieron que pasar alrededor de 5 años desde la dictación de la Ley N°19.927, para que nuestro máximo tribunal se pronunciara. Antes de ello esta discusión doctrinal deambulaba por un terreno incierto en donde ambas posiciones parecían tener un sustento en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°19.927, la que como dijimos resultó ser confusa ya que cuando parecía que al delito en comento se le había dado un determinado sentido y alcance en armonía con los planteamientos de la mayoría de la doctrina penal chilena y los principios que inspiran a un derecho penal moderno, la descripción del tipo penal fue modificada sin debate previo, y se le dio una interpretación radicalmente distinta la que finalmente predominó, ajustándose al sentido y alcance que se le había otorgado inicialmente por los autores de la moción.

Frente a esta realidad interpretativa, como ya lo señaláramos, hay autores chilenos que se niegan a aceptarla por entender que se trataría de una verdadera aberración jurídica mientras que otros la aceptan sin dejar por cierto de criticarla. Nos sumamos a ésta última postura, ya que no cabe duda que en nuestro país se castiga la adquisición y el almacenamiento de material pornográfico infantil, sin que ésta deba estar preordenada al tráfico, en otras palabras en Chile se sanciona el consumo personal de material pornográfico infantil, lo que sin duda implica extender en demasía el alcance del Derecho Penal, vulnerándose con ello el principio de ultima ratio.

Como lo manifestáramos en la explicación previa, otra de las grandes discusiones en torno a este delito es con respecto al bien jurídico digno de proteger, en este sentido el fallo de la Corte Suprema fue categórico en señalar que el bien jurídico tutelado es la dignidad de los menores, toda vez que se contribuiría con la conducta sancionada al mantenimiento y expansión de una nueva y degradante industria, que tendría como presupuesto y objeto la comisión de gravísimos delitos sexuales contra niños y niñas,

para luego señalar que este habría sido el parecer del legislador chileno en el origen del proyecto de la ley N° 19.927.¹⁶³

A nuestro juicio el legislador con esta figura procedió a criminalizar una conducta sin potencial lesivo para bienes jurídicos, esto es, no es posible extraer del conjunto de los elementos estructurales del tipo, síntesis valorativa alguna.¹⁶⁴

3.3. Discusión acerca de la cantidad de material pornográfico infantil que debe adquirirse o almacenarse para configurar el delito.

3.3.1. Historia de la Ley 19.927

Los verbos rectores del delito de adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil no siempre fueron los mismos, ya que en un comienzo el proyecto de ley hablaba de tenencia o posesión.

La primera vez que se hizo referencia a los verbos rectores adquirir y almacenar, fue en el Informe de la Comisión de Constitución en donde la Diputada señora Soto sugirió a fin de exculpar a quienes posean material pornográfico en escasa cantidad, substituir las expresiones “tuviere o poseyere” por “almacenare”.¹⁶⁵ En aquella oportunidad la comisión aprobó por unanimidad el siguiente texto del artículo 374 ter: “El que fuera de los supuestos previstos en los artículos 366 quinquies y 374 bis,

¹⁶³ Recordemos que el profesor Rodríguez Collao, se opone abiertamente en su obra a utilizar a la dignidad humana como bien jurídico a proteger en general en los delitos sexuales, ya que entiende que la dignidad humana está en la base de los derechos fundamentales, señalando que “...en los delitos sexuales la dignidad humana no se ve ni más ni menos afectada que, por ejemplo, en cualquier atentado contra la vida o la salud...”. RODRIGUEZ Collao, Luis. op. cit., 2014. pp. 160 y 161.

¹⁶⁴ DE LA FUENTE Jiménez, Claudia. op.cit., p.174.

¹⁶⁵ Historia de la Ley N°19.927, Boletín 2906-07. p.52

adquiera o almacene dolosamente material pornográfico infantil, será castigado con presidio menor en su grado medio”.

Llama poderosamente la atención que a diferencia del verbo rector “almacenar”, en donde se explicó el motivo del cambio, no se hizo lo mismo con la expresión “adquirir”, tendencia que se mantuvo hasta el término de la discusión parlamentaria. Con posterioridad el artículo volvió a sufrir una modificación suprimiéndose la expresión adquirir y subsistiendo solo la expresión almacenar, esto ocurrió en el marco del Primer Informe de la Comisión de Constitución, específicamente en la discusión particular cuando se decidió castigar el almacenamiento solo cuando tuviera como finalidad comercializar el material pornográfico infantil, momento de la historia fidedigna de la Ley al que ya hicimos referencia al referirnos a la discusión anterior con respecto a la preordinación al tráfico. Luego y sin explicación alguna en el Primer Informe Complementario de la Comisión de Constitución se volvió a incorporar el verbo rector adquirir acompañando nuevamente al verbo almacenar, luego de lo cual no volvieron a separarse.

3.3.2. Antecedentes doctrinarios

Con respecto a este tema son pocos los autores que se han pronunciado y asumido alguna postura, sí lo hicieron Luis Rodríguez Collao y René Molina Cantillana, por lo que pasaremos a revisar sus propuestas.

Por un lado el profesor Luis Rodríguez Collao señala que solo debería tenerse como almacenamiento penalmente relevante aquel que recae sobre un número considerable de unidades del material de que se trate, exigencia que emana del propio sentido natural y obvio del verbo almacenar y de los antecedentes históricos de la disposición.¹⁶⁶

¹⁶⁶ RODRIGUEZ Collao, Luis. op. cit., 2014. p. 328.

René Molina Cantillana, expone que el legislador emplea como núcleo del tipo los verbos adquirir y almacenar. La duda surge respecto de este último, puesto que se ha sostenido que el uso de la fórmula verbal “almacene”, supone una exigencia en orden a que el sujeto activo ha de poseer una cantidad importante de material pornográfico, que permita sostener que aquél pretende comercializarlo o distribuirlo. Acto seguido señala que no concuerda con esta opinión, puesto que el tipo penal no exige expresamente tal motivación en el autor. Además, el precepto no incluye sólo el almacenamiento, sino también la adquisición. Si el legislador sólo hubiese utilizado la voz “almacene”, llegaríamos a una conclusión distinta, ya que un pronunciamiento en tal sentido sería indicativo de un cierto volumen de material lo que a su vez, *podría* dar luces acerca de un ulterior propósito por parte del autor. Luego explica que dice que “podría”, porque el acopio de una gran cantidad de material no necesariamente será un indicio de una eventual motivación de traficar o difundir; así, una persona puede ser coleccionista y por ello poseer cantidades importantes de dicho material y, sin embargo, destinarlo exclusivamente al propio consumo, mientras que otra podría tener una sola copia y pretender reproducirla para su posterior tráfico, o bien difundirla con importantes alcances, dadas las ilimitadas posibilidades que ofrece el actual desarrollo tecnológico. En síntesis, la cantidad de material pornográfico infantil que el sujeto tenga en su poder es irrelevante a la hora de examinar la tipicidad: la conducta será típica sea que se posea grandes cantidades, sea que se posea cantidades exiguas.¹⁶⁷

Finalmente queremos recordar que la minuta de la Ley 19.927 Sobre Delitos de Pornografía Infantil, del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, a que ya hemos hecho referencia, se pronuncia en el sentido de entender que al emplearse la voz “almacenare” se debe entender que no se incluye a quienes tengan en su poder un material exiguo. En efecto señala que tal expresión “almacenar”, conforme a la Real Academia, significa reunir o guardar muchas cosas. Por tanto, se refiere a aquellos sujetos que cuenten con suficiente material que permita sostener que

¹⁶⁷ MOLINA Cantillana, R. op. cit., pp. 108 y 109.

pretende comercializarlo o distribuirlo.¹⁶⁸ Cabe señalar que esta minuta omite referirse al verbo rector adquirir.

3.3.3. Estudio Jurisprudencial

Con respecto a esta materia la jurisprudencia nuevamente vuelve a estar dividida, de esta manera encontramos fallos que exigen que para que se configure este delito se debe encontrar una gran cantidad de material pornográfico infantil en cambio otros abogan por la irrelevancia de la cantidad pudiendo incluso condenar por el almacenamiento de una sola imagen, expondremos primero los fallos de la primera postura y luego los de esta última posición.

Primer grupo:

a) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, 14 de noviembre de 2005, RIT 132-2005 (se absolvió con respecto al delito de almacenamiento, se condenó por otros delitos sexuales).¹⁶⁹

“...OCTAVO: ...Así, los hechos referidos precedentemente y descritos en el número tres de la acusación fiscal, configuraron a juicio de este Tribunal exclusivamente el delito referido y no el de almacenamiento de dicho material, regulado en el artículo 374 bis inciso segundo, como ya se resolvió en la deliberación, ya que la referida norma no castiga la mera tenencia de material pornográfico infantil, sino sanciona a quien lo almacena, lo que exige el guardar o reunir un número significativo del mismo, lo que no se dio en la especie, pues el material incautado consistente en un video en que aparecen los menores ya indicados y fotos de los mismos, pareció más bien corresponder a evidencias que dieron cuenta de la producción realizada por el acusado, que de un almacenamiento.”.

¹⁶⁸ Minuta Ley 19.927 Sobre delitos de Pornografía Infantil. Departamento de Estudios Defensoría Penal Pública (1) 2004: 9, abril 2004 (actualizada en agosto 2005).

¹⁶⁹ TOP de Rancagua, 14 de noviembre de 2005, RIT 132-2005.

b) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 29 de febrero de 2008, RUC 0700181529-0, RIT 009-2008 (se absolvió con respecto al delito de almacenamiento, se condenó por otros delitos sexuales).¹⁷⁰

“...DÉCIMO SEXTO: ...Del mismo modo se absolverá al imputado de la acusación que lo sindicaba como autor del delito de almacenamiento de material pornográfico infantil. Al respecto cabe tener presente que el término “almacenar”, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es “reunir o guardar muchas cosas”, de allí que no pueda estimarse que lo realizado por el enjuiciado encuadre en la actividad de almacenaje, dada la ínfima cantidad de fotografías -13- que tenía registradas en su teléfono celular. Además, del mérito de lo depuesto por la propia víctima, no resulta posible concluir que el encausado obró en este caso con dolo directo, de momento que 12 de las 13 imágenes sólo fueron recepcionadas por éste en su teléfono móvil, lo que implica que no llevó a cabo conductas activas de búsqueda y acopio de una gran cantidad de material pornográfico infantil, limitándose a conservar la fotos que le enviaron en su celular.”.

c) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, 16 de noviembre de 2011, RUC 1100208920-5, RIT 277-2011 (se absolvió).¹⁷¹

“...SEXTO: ...A mayor abundamiento, la exigua cantidad de material que podría estimarse prohibida, no puede considerarse como constitutiva del verbo de almacenamiento malicioso que requiere el tipo penal en comento para su configuración, toda vez que de la historia fidedigna del establecimiento del referido artículo, aparece que se utilizó el término almacenar, para dejar fuera del ámbito penal, la mera tenencia de escasa cantidad en el ámbito privado, ya que éste se refiere a castigar la posesión, más allá de lo normal, y, como ya se dijo, no la sola mera tenencia de un ínfimo material.

Así se plasmó en la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 19.927, que modificó el Código Penal y otras normativas (véase Biblioteca del Congreso

¹⁷⁰ TOP de Temuco, 29 de febrero de 2008, RIT 009-2008.

¹⁷¹ TOP de Rancagua, 16 de noviembre de 2011, RIT 277-2011.

Nacional, Historia de la Ley, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, informe Comisión de Constitución y discusión en sala, páginas 52 y 119) donde se dejó constancia que la Diputada señora Laura Soto sugirió, a fin de exculpar a quienes posean material pornográfico en escasa cantidad, substituir las expresiones “tuviere o poseyere” (que contenía el proyecto original), por “almacenare”.”.

Segundo grupo:

a) Resolución de la Corte Suprema de Justicia, 18 de agosto de 2009, ROL 3557-2009, RUC 0810018402-9 (Dos Recursos de Nulidades interpuestos por las defensas, fundados entre otras, en la causal del 373 letra b) del Código Procesal Penal, se rechazan ambos recursos y se confirma sentencia condenatoria dictada por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, redacción Ministro Sr. Nibaldo Segura Peña).¹⁷²

“...VIGÉSIMO NOVENO: Que, resulta oportuno precisar además los alcances de este delito que se estructura sobre el verbo rector almacenar, cuyo significado, en principio, no ofrece mayor dificultad en cuanto refiere un concepto de acopiar, recopilar, agregando, además, a la descripción típica el adverbio “maliciosamente”, esto es incorporando un elemento subjetivo adicional que consiste en el dolo del agente que se materializa en la conciencia de que tales archivos, que constituyen pornografía infantil, los posee incorporado en un sistema o soporte computacional.

TRIGÉSIMO: Que, como se aprecia, el tipo penal analizado no exige expresamente motivación del autor para su posterior comercialización o distribución, comportamientos que están en su inciso primero en un ilícito diferente, sin importar en ninguno de sus casos, la cantidad del material encontrado....”.

b) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, 13 de mayo de 2011, RUC 0900238875-5, RIT 22-2011 (se condenó con respecto a uno de los delitos

¹⁷² CS, 18 de agosto de 2009, ROL 3557-2009.

de almacenamiento, se condenó y absolvió por otros delitos sexuales).¹⁷³

“...DÉCIMOCTAVO: ...Que por otro lado los hechos descritos en el considerando decimosexto configuran a juicio de este Tribunal, son constitutivos de un delito de almacenamiento de material pornográfico infantil, en grado de consumado, el cual se encuentra previsto y sancionado en el artículo 374 bis del Código Penal en relación al artículo 366 quinquies, inciso segundo, toda vez que resultó acreditado que un sujeto, conscientemente y a sabiendas de la minoría de edad de la persona retratada, descargó y mantuvo entre los archivos almacenados en su ordenador, la imagen de una menor de edad en una postura insinuante, semidesnuda, exhibiendo sus senos y colocando una mano sobre sus pubis, lo que importa una exhibición de su genitalidad en un contexto erótico.”.

En este caso se condenó al acusado por almacenar una sola imagen de material pornográfico infantil.

c) Sentencia del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 30 de enero de 2012, RUC 0900684969-2, RIT 662-2011 (se condenó con respecto a uno de los delitos de almacenamiento, se condenó y absolvió por otros delitos sexuales).¹⁷⁴

“...QUINCAGESIMO SEXTO: ...El punto es, que este Tribunal considera, dentro del marco de la discusión doctrinal que válidamente se suscita con ocasión de los alcances del tipo penal en comento, que en definitiva lo que se pretende por el legislador al imponerle el carácter típico a la conducta de poseer material pornográfico infantil es, por esta vía, desestimular de raíz la producción de este material. El tener muchas o pocas imágenes con este contenido no hace la diferencia entre el que las comercializa y el que las almacena con afán de consumo personal. El punto es que, sea comerciante, sea consumidor, cualquiera de los dos genera demanda, tráfico, intercambio o comercio de este producto, que es lo que en definitiva se quiere impedir para evitar la producción del mismo por la vía de la sanción del consumo. En razón de ello, es que la cantidad de imágenes no es trascendente a efectos de sancionar al

¹⁷³ TOP de Melipilla, 13 de mayo de 2011, RIT 22-2011.

¹⁷⁴ 6º TOP de Santiago, 30 de enero de 2012, RIT 662-2011.

sujeto activo, más aún si se considera que en último término lo que se desea proteger es la indemnidad sexual de los menores utilizados en la elaboración de estas imágenes en aras finalmente de proteger el interés superior de los niños, premisa que debe ser tomada en consideración a la hora de interpretar las normas jurídicas relacionadas con éstos.”¹⁷⁵

d) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes, 4 de diciembre de 2012, RUC 1200596782-K, RIT 67-2012 (se condenó por el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil).¹⁷⁶

“...DECIMO: Que, en cuanto a la calificación jurídica; los hechos descritos en el considerando octavo, constituyen el delito de Almacenamiento de material pornográfico infantil, previsto y sancionado en el artículo 374 bis inc. 2° del Código Penal, toda vez que el acusado almacenó maliciosamente fotografías de menores de edad exhibiendo explícitamente sus genitales.

Respecto del almacenamiento; en primer lugar el artículo 374 bis inciso 2° castiga al que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años.

Ahora bien, por almacenar, entendemos que significa “mantener, poseer o guardar algún producto para un fin determinado”, razón por la cual estiman estas sentenciadores que el tipo penal no exige que el sujeto activo posea una cantidad importante de material pornográfico, ya que no se utiliza el vocablo “almacene” lo que sería indicativo de cierto volumen de material, siendo irrelevante para configurar la conducta típica que posea grandes o exiguas cantidades de pornografía infantil. Tampoco exige el tipo que el sujeto activo distribuya o comercialice dicho material,

¹⁷⁵ Cabe señalar que en este caso el acusado resultó condenado por almacenar 3 fotografías de fecha 24 de febrero de 2011, que fueron tomadas por el propio acusado y que poseían un contenido manifiestamente sexual, las que conservó en su computador hasta el 16 de abril de 2011.

¹⁷⁶ TOP de Los Andes, 4 de diciembre de 2012, RIT 67-2012.

*bastando la sola posesión, la que perfectamente puede ser para el uso personal de quién la tenga.*¹⁷⁷

e) Resolución de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, 6 de junio de 2013, ROL 115-2013, RUC 1100613152-4 (Recurso de Nulidad interpuesto por Defensor penal privado, en lo principal causal 373 b), en subsidio 374 e) CPP, Corte rechaza el recurso).¹⁷⁸

“...QUINTO: Que en el considerando séptimo, en relación a la existencia del almacenamiento, el tribunal oral lo funda en la declaración de los testigos Masso y Machuca, del Inspector Monsalve y el perito Maldonado, haciéndose cargo de la teoría de la Defensa, en cuanto al volumen de las imágenes almacenadas, atendido a que el legislador busca reprimir con este delito no es la mayor o menor cantidad de imágenes de pornografía infantil guardadas, sino el hecho que mediante la captura y almacenamiento de ellas, incluso solo una, se estimula dicho material, instigándose la actividad ilícita, descartando también con este razonamiento, la circunstancia de que éstas sean vistas en una o varias oportunidades, ya que lo que importa es que ella queden a disposición del usuario para su vista posterior cuando lo estime oportuno.”.

3.3.4. Comentarios

Basta con leer los considerandos de los fallos del primer grupo, para darnos cuenta que en general, aquella jurisprudencia que exige que para que se configure este delito se almacene una importante cantidad de material pornográfico infantil, es la misma que exige como elemento subjetivo una preordenación al tráfico, cuestión que resulta de toda lógica.

La tendencia contraria, esto es, que la no exigencia de la preordenación al tráfico

¹⁷⁷ En este juicio se logró acreditar el almacenamiento de al menos 6 fotografías en que se mostraba de manera explícita a menores de edad exponiendo sus genitales.

¹⁷⁸ CA de Chillán, 3 de febrero de 2006, ROL 115-2013.

esté directamente relacionada con la posibilidad de almacenar una exigua cantidad de material pornográfico infantil, no resulta tan clara; ya que al estudiar el segundo grupo de fallos, nos podemos dar cuenta que la mayoría fundamenta la irrelevancia de la cantidad de material pornográfico infantil almacenado en el fin último de la ley, lo que se ve materializado en el bien jurídico protegido, ya sea la “dignidad de los menores” o la “indemnidad sexual”, pasando a un segundo plano la postura de si el tipo penal exige o no ánimo de traficar.

A nuestro juicio, no debemos olvidar que la adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil, es una figura con pluralidad de hipótesis conductuales, por tanto antes de responder a la pregunta de cual es la cantidad de material pornográfico infantil necesaria para configurar este delito, es necesario hacer la siguiente distinción:

Si la hipótesis conductual que se desea acreditar es la “adquisición de material pornográfico infantil”, basta la adquisición de una imagen o de un video, para configurar este delito. Como el legislador nada dijo con respecto a este verbo rector para llegar a esta conclusión nos vimos en la necesidad de recurrir al significado que le otorga a éste término el Diccionario de la Real Academia Española, donde en virtud de la primera, segunda, tercera y cuarta acepción significa: 1. Ganar, conseguir con el propio trabajo o industria. 2. Comprar. 3. Coger, lograr o conseguir. 4. Hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece, o se transmite a título lucrativo, o por prescripción. En atención a estos significados estimamos que el término adquirir consiste en: Hacer propia una cosa, ya sea a título gratuito u oneroso. Por tanto, atendiendo al tipo penal, se incurrirá en una conducta delictiva cuando se haga propio un determinado material pornográfico infantil, ya sea que se compre, o se obtenga a título gratuito.¹⁷⁹ Es por ello que en este caso a nuestro parecer resulta irrelevante la cantidad de material pornográfico infantil que se adquiera.

Ahora bien, si la hipótesis conductual que se desea acreditar es el “almacenamiento de material pornográfico infantil”, necesariamente debe guardarse,

¹⁷⁹ DE LA FUENTE Jiménez, Claudia. op. cit., p.179.

reunirse o registrarse más de una imagen o video que contenga material pornográfico infantil, ya que a diferencia de lo ocurrió con la expresión *adquirere*, con respecto a la expresión *almacenare* si hubo un pronunciamiento por parte de los legisladores quedando claramente consignado que se cambiarían los verbos *rectores* *tuviere* o *poseyere* por *almacenare* a fin de exculpar a quienes posean material pornográfico en escasa cantidad.¹⁸⁰ Si además recurrimos al Diccionario de la Real Academia Española, para precisar el significado de este vocablo, de acuerdo a la segunda acepción por *almacenar* debe entenderse: 2. Reunir, guardar o registrar en cantidad algo; y según el mismo diccionario la locución adverbial “en cantidad”, significa abundantemente.¹⁸¹

Por lo que podremos concluir que el verbo rector *almacenar* consiste en: Reunir, guardar, o registrar una abundante cantidad de material pornográfico infantil en un determinado lugar, sea este físico o virtual.

De acuerdo a esta interpretación lo que diferenciaría el *adquirir* del *almacenar*, sería que en la primera conducta siempre se requiere la intención de hacer propio el material no importando la cantidad de éste, en cambio en la segunda hipótesis constituye un requisito esencial que se trate de una abundante o importante cantidad de material pornográfico, careciendo de relevancia bajo qué título se guarde el mismo. Sin perjuicio de tratarse de un planteamiento discutible, el objetivo perseguido con esta interpretación, es evitar concluir la existencia de una duplicidad sancionadora.

Si bien, el tipo penal es amplio, habrían ciertas conductas que quedarían excluidas de la descripción típica, de esta manera no quedaría abarcada por el tipo la conducta de aquel que guarde, reúna o registre escaso material pornográfico en la medida que no lo haga con la intención de hacer propio dicho material, ni la simple visita a una página web de pornografía infantil.

Con esta interpretación desde el punto de vista de la faz objetiva, en la práctica en

¹⁸⁰ Historia de la Ley N°19.927, Boletín 2906-07. p.52

¹⁸¹ Real Academia Española [en línea] <www.rae.es> [consulta:05 enero 2017].

la gran mayoría de los casos resultará irrelevante la cantidad de material pornográfico infantil que se tenga, ya que si no se configura la hipótesis conductual del almacenamiento lo más probable es que se configure la hipótesis conductual de la adquisición.

CAPITULO 4: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS RELACIONES CONCURSALES

4.1. Explicación preliminar

A nuestro juicio, una de las problemáticas más interesantes que esperábamos se produjera a nivel doctrinario y jurisprudencial al dictarse en el año 2004 la Ley N°19.927, era precisamente el relativo a las relaciones concursales.

Era de esperar, por la esencia misma del delito de producción de material pornográfico infantil, que éste iba estar estrechamente vinculado con toda la gama de delitos sexuales tipificados en nuestro Código Penal.

Otra de las incertidumbres era cómo se iba a desarrollar la jurisprudencia y qué postura iba a adoptar la doctrina con respecto a las posibles relaciones concursales entre los delitos de pornografía infantil.

Catorce años después y luego de haber tenido la posibilidad de leer una importante cantidad de fallos dictados por nuestros Tribunales a los largo de todo el país, hemos podido dilucidar varias de nuestras interrogantes.

A continuación expondremos una selección de fallos, con los cuales intentaremos reflejar cual fue la tendencia jurisprudencial en esta materia, primero nos avocaremos a la problemática de las relaciones concursales entre los delitos de pornografía infantil, específicamente entre los delitos de producción y adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil y luego entre el delito de producción de material pornográfico infantil y los otros delitos sexuales.

4.2. Problema concursal entre los delitos de producción y adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil

4.2.1. Historia de la Ley N°19.927

El problema concursal entre los delitos de pornografía infantil (producción-difusión-adquisición o almacenamiento) no fue un tema que se haya discutido durante la tramitación de la Ley N°19.927.

4.2.2. Antecedentes doctrinarios

En nuestro país no hay muchos antecedentes doctrinarios con respecto a esta materia, sin embargo, el autor René Molina Cantillana, desarrolla en su obra una interesante propuesta, nos dice “El supuesto es el siguiente: un sujeto que ha participado en la producción de material pornográfico infantil posee, además, material del mismo carácter. En este caso, se debe distinguir si este material que posee el sujeto es el mismo que él ha producido o si, por el contrario, ha sido producido por un tercero. Si el material pornográfico que el sujeto tiene en su poder ha sido elaborado por él, estaremos en presencia de un agotamiento del delito de producción... luego nos señala que así las cosas, la hipótesis que nos ocupa da lugar a lo que la doctrina denomina concurso aparente de leyes penales... de conformidad a lo anterior, si el agente posee material pornográfico que él mismo ha elaborado, no existe en verdad un concurso de delitos y, por lo tanto, no corresponde castigarlo a doble título, vale decir, como autor de las figuras de producción y de posesión maliciosa de material pornográfico infantil, puesto que al tratarse de un agotamiento del delito de producción, el injusto de la posesión se encuentra ya incluido en el injusto de aquel; afirmar lo contrario importaría transgredir el principio non bis in ídem. En consecuencia, podemos concluir que el tipo penal del artículo 366 quinquies absorbe a aquel contenido en el

inciso segundo del artículo 374 bis. Por el contrario, si el material pornográfico que posee el sujeto ha sido elaborado por un tercero, pero él igualmente ha participado en la producción de material pornográfico infantil utilizando a otros menores, o si posee tanto material producido por él como por un tercero, en estos casos existirá un concurso real entre los delitos de producción y de posesión maliciosa, correspondiendo aplicar las penas asignadas a ambas figuras, según lo ordena el artículo 74 del Código Penal.”¹⁸²

Para los autores Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, refiriéndose al delito de posesión y comercialización de material pornográfico infantil,¹⁸³ señalan que los sujetos del delito son indeterminados, con la sola salvedad de que no pueden serlo como sujetos activos, quienes participan en la producción del material pornográfico, respecto de los cuales su adquisición, almacenamiento y comercialización no son más que formas de agotamiento del delito que cometen.¹⁸⁴

4.2.3. Estudio Jurisprudencial

Con respecto a esta discusión existe una clara tendencia jurisprudencial en el sentido de entender que el acusado que es autor del delito de producción del material pornográfico infantil no puede además ser castigado por almacenar ese mismo material que él mismo produjo; por otro lado pudimos encontrar solo un fallo que se fundamenta en la posición contraria, en donde pese a existir identidad entre el material producido por el acusado y el almacenado por él se le castiga como autor de dos delitos distintos aplicándosele la regla del concurso real de delitos (351 Código Penal). Primero

¹⁸² MOLINA Cantillana, R. Op.cit., pp. 121 y 122. En este mismo sentido Claudio Sánchez Pecarevic, citando a René Molina Cantillana. SANCHEZ Pecarevic, Claudio. op. cit., p. 233

¹⁸³ Recordemos que para estos autores estamos ante un solo delito de posesión de objetos declarados ilícitos, que se agrava (como puede apreciarse claramente por las penalidades dispuestas) por su puesta en circulación ilícita. Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte especial. op.cit., p. 287

¹⁸⁴ Ibid, 288.

haremos referencia a éste último fallo y luego a los que fundamentan la posición absolutamente mayoritaria.

a) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles, 22 de mayo de 2012, RUC 1000731988-1, RIT 54-2012 (se condenó por violación a menor de 14 años, por producción y por almacenamiento de material pornográfico infantil, todos los delitos cometidos en contra de un mismo sujeto pasivo).¹⁸⁵

“...39º Que, de la manera razonada en los considerandos anteriores se desestimará la alegación formulada por la defensa en orden a subsumir la conducta de almacenamiento en la producción, en primer lugar porque los delitos de marras, constituyen conductas de distinta índole y segundo lugar porque en los hechos quedó establecido que el encartado desarrolló una actividad de almacenamiento de larga data, la que materializó, como se dijo en una serie de soportes tecnológicos, tales como discos duros externos, disco compactos y cintas de video, conducta que resulta diversa de aquella que consiste en el almacenamiento de información que se produce en el dispositivo utilizado para producir una imagen.”.

Como ya lo anticipáramos en este caso hubo una coincidencia entre el material pornográfico infantil que el imputado produjo y que luego almacenó. Se le dio un tratamiento de concurso real aplicando la norma del inciso segundo del artículo 351 del Código Penal.

b) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, 25 de abril de 2007, RUC 0500692248-3, RIT 12-2007 (se condenó por 5 delitos continuados de violación, por 2 delitos de violación, por 3 delitos de sodomía y por el delito de producción de material pornográfico infantil, se absolvió por almacenamiento de material pornográfico infantil, por violación y por el delito de procurar el acusado su excitación sexual, determinando a 4 menores de edad a efectuar actos sexuales

¹⁸⁵ TOP de Los Ángeles, 22 de mayo de 2012, RIT 54-2012.

consistentes en mostrar su ano, desnudos de la cintura para abajo).¹⁸⁶

“...QUINTO: ...En efecto, a falta de definición legal de lo que, para estos aspectos, debe entenderse la expresión “almacenamiento”, debemos recurrir a su sentido natural y obvio que entrega el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el que define: Almacenamiento; acción y efecto de almacenar. Siguiendo con la búsqueda del sentido etimológico del término, el mismo diccionario contiene tres acepciones: Almacenar: 1.- Poner o guardar en almacén; 2.- Reunir o guardar muchas cosas; 3.- Registrar información en la memoria de un ordenador.

Sin duda la tercera acepción es la aplicable en la especie, ya que analógicamente hoy en día un teléfono celular es un mini computador capaz de múltiples funciones propias de un ordenador. Y en este orden de ideas, a nadie escapa que desde el momento que un sujeto está produciendo material pornográfico con un soporte consistente en un teléfono celular con cámara fotográfica incluida, necesariamente debe almacenar o registrar tal información o material. Quien produce el material pornográfico tiene necesariamente que almacenarlo, sea para su uso personal o comercial. En cambio, quien almacena material pornográfico, no necesariamente es el productor del mismo, en cuyo caso sí resultaría aplicable la norma del artículo 374 bis inciso segundo.

Por estas reflexiones, no es posible sancionar al encartado Patricio Maturana Díaz por almacenar material pornográfico utilizando menores de dieciocho años y al mismo tiempo, por los mismos hechos, sancionarlo como productor de aquellos, por lo cual se le absolverá del hecho signado en la acusación con la letra B)...”.

En este caso existía una absoluta coincidencia entre el material pornográfico infantil producido y el almacenado consistente en 127 fotografías que el acusado había producido y guardado en su celular.

c) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, 26 de octubre de 2010, RUC 0700700402-2, RIT 438-2008 (se condenó por el delito de producción de

¹⁸⁶ TOP de La Serena, 25 de abril de 2007. RIT 12-2007.

material pornográfico infantil y se absolvió por los delitos de estupro y almacenamiento de material pornográfico infantil).¹⁸⁷

“...SEXTO: ...Por ello, debe afirmarse que el que produce necesariamente tiene que guardar, registrar lo producido, por lo que no corresponde castigarlo separadamente además por la actividad de guardar o almacenar; en cambio, el que puramente almacena el material pornográfico, al no ser su productor, sí puede ser castigado en los términos de la norma del inciso 2° del artículo 374 bis del Código Penal. De ello se sigue como consecuencia lógica que la única manera de sancionar a título de almacenamiento de pornografía infantil, es a condición de que quien almacene ésta sea una persona distinta de quien la produce, lo que explica entonces suficientemente la razón de la absolución por dicho cargo, que libra el tribunal a favor del enjuiciado.”

En este caso el material pornográfico infantil que el acusado almacenó era el mismo que él mismo produjo.

d) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes, 29 de febrero de 2012, RUC 1000158068-5, RIT 26-2011 (se condenó delitos reiterados de violación de menor de edad y abuso sexual agravado de menor de edad, por los delitos continuados de exhibición de material pornográfico y producción de material pornográfico infantil, y se absolvió por los delitos de abuso sexual infantil y almacenamiento de material pornográfico infantil).¹⁸⁸

“...DECIMO CUARTO: ...Sin perjuicio de lo anterior, el sujeto activo de este delito, no puede ser aquél que haya participado en la producción del material pornográfico, respecto del cual su adquisición, almacenamiento y comercialización no son más que formas de agotamiento del delito que cometen. (Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones de derecho penal chileno, pp. 288). En este sentido, habiéndose acreditado que el acusado tenía en su poder, específicamente en su teléfono celular, material pornográfico que había sido elaborado por él, estamos en presencia del agotamiento

¹⁸⁷ TOP de La Serena, 26 de octubre de 2006, RIT 438-2008.

¹⁸⁸ TOP de La Serena, 26 de octubre de 2006, RIT 26-2011.

del delito de producción, como bien lo señala Molina al citar a Politoff, Matus y Ramírez, “éste sólo representa una intensificación del hecho ilícito ya consumado, razón por la cual este segundo acto no sería punible independientemente y quedaría consumido por el hecho precedente” (Molina, obr. cit. pp. 121). En este sentido, produciéndose, en el caso que nos convoca, la situación anteriormente descrita, no queda sino aplicar el principio de la absorción o consunción, que consiste, en opinión del profesor Etcheberry, en que si la ley, al establecer la penalidad de una figura delictiva, ya ha tomado en consideración la gravedad o desvalor de otra conducta también punible, que la acompañan ordinariamente, debe aplicarse solo la disposición que contempla la infracción principal, resultando las otras absorbidas por ellas (Derecho Penal, II, pp. 124). En consecuencia, dicho lo anterior, la unanimidad de estas sentenciadoras han decidido absolver al encartado por la imputación que le efectúo el ente persecutor y constitutiva del ilícito de almacenamiento de material pornográfico infantil.”.

En este caso nuevamente el material pornográfico infantil almacenado por el imputado era el mismo que él mismo había producido.

4.2.5. Comentario

Luego de la lectura de los fallos podemos concluir que para nuestra jurisprudencia cuando el acusado es el mismo sujeto que produce el material pornográfico infantil y luego lo almacena, no estamos en presencia de un concurso de delitos de ningún tipo, sino que ante lo que la doctrina denomina concurso aparente de leyes penales, que como lo sabemos se produce cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero, en definitiva, sólo será regulado por uno de ellos, en tanto que los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas.¹⁸⁹ Como sabemos para solucionar la problemática que plantea el concurso aparente de leyes

¹⁸⁹ CURY Urzúa, Enrique. op. cit., p.281

penales la doctrina tanto nacional como extranjera ha formulado principios o reglas los que podemos sintetizar en los siguientes: Especialidad, consunción, subsidiariedad y accesoriedad o alternatividad. Una de las sentencias expuestas hizo referencia en forma expresa al principio de consunción las otras guardaron silencio.

Por el contrario cuando el acusado tenga almacenado material producido por él y además material producido por terceros estaremos en presencia de un verdadero concurso real de delitos, el que a nuestro juicio debería ser sancionado en virtud del artículo 74 del Código Penal y no en conformidad al artículo 351 del Código Procesal Penal, ya que a nuestro parecer no se trata de delitos de la misma especie, ya que como hemos visto no afectan al mismo bien jurídico.

Nos parece acertada esta jurisprudencia, ya que a nuestro juicio el sujeto activo que elabora material pornográfico infantil y luego guarda ese mismo material solo está agotando el delito de producción de material pornográfico infantil, desde el punto de vista subjetivo existiría un mismo dolo; distinta es la situación del que conjuntamente con elaborar su propio material pornográfico infantil lo guarda, pero además adquiere o almacena material pornográfico infantil producido por otro, en este caso estaríamos en presencia de dos hechos punibles jurídica y fácticamente independientes.

4.3. Problemas concursales entre el delito de producción de material pornográfico infantil y otros delitos de significación sexual.

4.3.1. Historia de la Ley N°..19.927

Durante toda la discusión parlamentaria hubo una sola ocasión en que se tocó tangencialmente el tema del concurso de delitos entre el delito de producción de material pornográfico infantil y los otros delitos sexuales, esto consta en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, específicamente en la discusión en particular,

en donde se proponía aumentar la pena del delito de producción de material pornográfico infantil tipificado hasta ese entonces en la Ley 19.846, Sobre Calificación Cinematográfica, de reclusión menor en su grado medio a máximo a presidio menor en su grado máximo, indicación que no prosperó debido a que la comisión señaló que no se justificaba el aumento de la pena, toda vez que, tratándose de menores de 12 años, este delito se aplica en concurso ideal con el delito sexual correspondiente, que podría ser el de violación impropia. Que por ello, en concreto, sólo operaba para los efectos de elevar la pena del delito más grave, que, por regla muy general, sería el delito sexual cometido en el marco de la producción de la pornografía. A la comisión no le pareció razonable cambiar de parecer respecto del disvalor de esta conducta a pocos meses de haberse consagrado el tipo penal, por lo cual resolvió mantener sin modificaciones sustanciales el tipo penal contemplado en la Ley de Calificación Cinematográfica, pero trasladándolo al Código Penal, como artículo 366 quinquies.¹⁹⁰

4.3.2. Antecedentes doctrinarios

Cabe señalar que nuevamente nos encontramos con escasa doctrina nacional. Con respecto a este tema René Molina Cantillana opina que en virtud del carácter sexual del delito de producción de material pornográfico infantil, si éste concurre con otras figuras de la misma índole, estaremos siempre en presencia de una institución denominada “reiteración de delitos”, cuya regulación se encuentra en el artículo 351 del Código Procesal Penal. La reiteración puede definirse como un concurso real de figuras delictivas de la misma especie, entendiendo por tales aquellas que afecten a un mismo bien jurídico...Luego nos señala que si bien la norma en cuestión únicamente hace un reenvío al artículo 74 del Código Penal, en aquellos casos en que la reiteración se produce respecto de delitos de significación sexual y uno de ellos consiste en la producción de material pornográfico infantil, es perfectamente posible que el otro delito sexual se haya ejecutado con un carácter puramente instrumental, es decir, por ser el medio necesario para la comisión de aquel. En ese caso –y siempre en

¹⁹⁰ Historia de la Ley N°19.927, Boletín 2906-07. p.188-189

el supuesto que la aplicación de la regla del artículo 351 del Código Procesal Penal resulte más gravosa para el condenado—, Molina Cantillana estima que el artículo 75 del Código Penal, que establece el sistema de la absorción, adquiere plena vigencia.¹⁹¹

Por su parte los autores Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, refiriéndose al delito de producción material pornográfico infantil nos señalan que al igual que en los delitos de los apartados anteriores, si en la producción de material pornográfico se emplean menores de catorce años, habrá que atender a si en ella se configuran o no algunos de los delitos mencionados en los apartados anteriores, y en ese caso, estarse a la pena más grave aplicable en el caso concreto (principio de alternatividad), como si su participación en la producción consiste en realizar actos de significación sexual con otras personas (punibles si se trata de un menor de catorce años y si existen circunstancias de los artículos 363 ó 361, en los demás casos).¹⁹²

4.3.3. Estudio Jurisprudencial

Con respecto al tratamiento de este concurso de delitos podemos señalar que existe una tendencia jurisprudencial claramente definida según la cual el delito de producción de material pornográfico infantil siempre resultará absorbido por el respectivo delito sexual, aplicándose por consiguiente la pena mayor asignada al delito más grave que por regla general será el delito sexual respectivo, para esta jurisprudencia el delito sexual es el medio necesario para cometer el delito de producción de material pornográfico infantil, aplicando el artículo 75 del Código Penal, en algunos casos se ha dicho que se trata de un concurso ideal medial, en otros un concurso real medial y en otros un concurso real que se sanciona como ideal, para estos fallos siempre estaremos en presencia de un solo hecho pero con varias acciones. También existe otro grupo de sentencias que postulan la existencia de un

¹⁹¹ MOLINA Cantillana, R. op. cit., pp. 125 y 126.

¹⁹² Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte especial. op. cit., p. 286-287

concurso real de delitos entre el delito de producción de material pornográfico infantil y los demás delitos sexuales, para ellos siempre estaremos en presencia de hechos distintos e independientes en donde ninguno es el medio para cometer el otro. A continuación expondremos primero la posición mayoritaria y luego los fallos que representan la posición minoritaria.

Primer grupo

a) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 25 de enero de 2007, RUC 0500574746-7, RIT 268-2006 (se condenó por delitos reiterados de violación y abuso sexual, por producción de material pornográfico infantil, por tenencia ilegal de arma de fuego y se absolvió por dos delitos de producción de material pornográfico infantil, por exhibición de material pornográfico y por el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil).¹⁹³

“...DÉCIMO: ...1.- El Ministerio Público, consignó como hechos de la acusación que en el mes de marzo del año 2005 el acusado Germán David Arancibia Soto, tal como se anotó en el considerando anterior, en el punto N°1, en tanto accedía carnalmente con su pene vía vaginal a su hija menor de edad, le tomó 12 fotografías, fijando de este modo, fielmente con una cámara Zenit, la penetración vaginal y el cuerpo de la menor; y en la última quincena del mes de octubre del mismo año, el acusado ya referido, en tanto besaba la vagina de la menor y le realizaba tocaciones de significación y relevancia sexual, fotografiaba tales acciones con una cámara Web. Que, estos hechos en cuanto a su existencia fáctica se acreditaron con la prueba analizada en el punto N°1 del considerando anterior, pero este tribunal ha estimado que las producciones de material fotográfico, objeto de la acusación fiscal en los puntos ya dichos, fueron absorbidas por las figuras penales de la violación y abuso sexual respectivamente, ya que al existir más de una acción ejecutada al mismo tiempo, forman un solo todo, por lo que la conducta más grave absorbe a la más leve.

¹⁹³ TOP de Concepción, 25 de enero de 2007, RIT 268-2006.

En efecto, el artículo 366 quinquies del Código Penal, castiga la producción de material pornográfico en cuya elaboración se hayan utilizado menores de 18 años, sin embargo, cuando tales producciones surgen en un contexto de violación ó abuso sexual, como ha acontecido en el presente caso, tales producciones fotográficas son absorbidas por la figura de mayor lesividad jurídica.”¹⁹⁴

b) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 17 de diciembre de 2010, RUC 0800560872-5, RIT 558-2010 (se condenó por dos delitos de violación impropia y por el delito de participar en la elaboración de material pornográfico infantil).¹⁹⁵

“...DUODÉCIMO: Que en lo referente a los hechos establecidos en el acápite final del fundamento séptimo de esta sentencia, la existencia fáctica se ha acreditado con la prueba analizada, pero este tribunal ha estimado que la elaboración de material

¹⁹⁴ Continuación del fallo: *Por este motivo, si bien el legislador con la dictación de la ley 19.617 amparó el bien jurídico de la moralidad pública, lo hizo con el fin de proteger igualmente el bien jurídico personalísimo de la libertad sexual ó indemnidad sexual, mismo bien jurídico protegido en los delitos sexuales, por cuanto todas las figuras típicas de esta ley, llevan consigo la protección de la autodeterminación sexual de los menores de edad.*

En el libro del penalista Marco Antonio Mercado Gómez, “Problemas concursales y delito continuado en los delitos que protegen la Libertad sexual” Pág. 66, en una situación el que el delito sexual base, los abusos sexuales impropios y la producción fotográfica por ejemplo, anota lo que el autor Mezger señala al respecto: “debemos hacer la declaración de culpabilidad con arreglo a distintos criterios jurídico penales, aunque el hecho punible sea uno solo; en cambio la pena será extraída solamente de la ley penal más grave que concurre al hecho punible”.

2.- A mayor abundamiento, la producción de material fotográfico aprovechando la perpetración de un delito sexual, es punible a la luz de dos figuras penales, presupuesto básico para un concurso de delitos, formando parte dichos atentados de un mismo hecho ilícito, ya que se desarrollan en el mismo contexto situacional y así se trasluce en la ejecución fáctica de las conductas, como igualmente la voluntad final del agente que es única en la agresión sexual, luego, correspondería también calificarlos como un caso de concurso ideal de delitos en los términos del artículo 75 del Código Penal, definiéndose este caso como un concurso medial.

El concurso medial (material castigado como ideal) se resuelve optando por: la absorción de las formas penales ó manteniéndolas en un plano de equivalencia.

La primera, supone admitir que existe un concurso aparente de normas penales, resueltas en virtud del principio de absorción; en tanto la segunda lleva a la concurrencia de ambas figuras penales como un caso de concurso ideal de delitos, argumentándose la existencia de un sólo hecho delictivo, dado el idéntico contexto situacional en que las conductas se producen.

Atendida la forma de conexión y dándose identidad de ofensor, sujeto ofendido y bien jurídico protegido, el tribunal optará por la aplicación del principio de la absorción y, en consecuencia, sólo aplicará al sentenciado la pena correspondiente al delito que, de acuerdo a las particularidades del caso, aparece como más grave.”.

¹⁹⁵ TOP de Concepción, 17 de diciembre de 2010, RIT 558-2010.

pornográfico con menor de edad, también objeto de la acusación fiscal, fue absorbida por la figura penal de la violación, ya que al existir más de una acción ejecutada al mismo tiempo, forman un solo todo, por lo que la conducta más grave absorbe a la más leve.

En efecto, el artículo 366 quinquies del Código Penal, castiga la producción de material pornográfico en cuya elaboración se hayan utilizado menores de dieciocho años, sin embargo, cuando tales producciones surgen en un contexto de violación, como ha acontecido en el presente caso, tales producciones son absorbidas por la figura de mayor lesividad jurídica.

Por este motivo, si bien el legislador con la dictación de la ley N°19.927 amparó el bien jurídico de la moralidad pública, lo hizo con el fin de proteger igualmente el bien jurídico personalísimo de la libertad sexual o indemnidad sexual, mismo bien jurídico protegido en los delitos sexuales, por cuanto todas las figuras típicas de esta ley, llevan consigo la protección de la autodeterminación sexual de los menores de edad.”.

Cabe señalar que tanto en esta sentencia como la anterior, ambas emanadas del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, los sentenciadores realizaron el mismo razonamiento jurídico, citaron la misma doctrina pero la primera sentencia absolvió por el delito de producción de material pornográfico infantil y esta última condenó, estimamos que la técnica jurídica de esta última es la correcta, ya que en ambos casos las circunstancias fácticas del delito de producción resultaron acreditadas, en ambos casos se adquirió la convicción más allá de toda duda razonable que efectivamente existieron los hechos que configuraron el delito de producción de material pornográfico infantil, por lo que lo correcto era condenar, otra cosa es que en la práctica al aplicarse el artículo 75 del Código Penal, el delito de menor pena, esto es, el delito de producción de material pornográfico de menores se vea absorbido por el delito más grave y por consiguiente con mayor pena, que en ambos fallos resultó ser el delito de violación a menor de 14 años.

c) Resolución de la Corte Suprema de Justicia, 11 de mayo de 2011, ROL 2576-2011,

(Recurso de Nulidad interpuesto por la defensa, fundado entre otras, en la causal del 373 letra b) del Código Procesal Penal, se acoge el recurso, invalidándose solo la sentencia dictada por el Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, redacción Ministro Sr. Hugo Dolmestch).¹⁹⁶

“...UNDÉCIMO: Que en estos antecedentes se han tenido por demostrados dos ilícitos diferentes, por un lado, el abuso sexual de que fue objeto la menor tanto por su madre (en tres ocasiones) y del conviviente de aquélla (en una oportunidad) y que consistían en tocaciones en su cuerpo, senos y genitales e incluso en introducir la acusada sus dedos en la vagina o el ano de la niña.

Y, por otra parte está la producción de material pornográfico que consistió en la grabación de estos mismos actos.

Sólo en uno de los casos concurrió a los abusos el filmador, que era Araya, ayudando a desnudar a la víctima para proceder con su actividad posterior, pero en general mientras la madre “actuaba” para la filmación y abusaba de su hija, Araya filmaba.

No se advierte entonces, que se trate de un solo hecho o una sola acción que pueda recibir diferentes calificaciones. La mujer está haciendo dos cosas, actúa un video y abusa de su hija menor, estando de acuerdo con Araya para grabarlo, mientras este último desarrolla una sola acción, produce el material pornográfico, con acuerdo de la mujer.

No hay concurso aparente, porque hay dos acciones diferentes claramente delimitadas, tanto en el proceder del hombre respecto de la mujer, como en el de ésta, que está quebrantando de una sola vez dos bienes jurídicos protegidos por el sistema legal respecto de su hija: su indemnidad sexual y su integridad sexual y, la primera, con las agravantes de hacerlo encontrándose la chica privada de sentido y encontrándose la acusada a cargo de su cuidado.

¹⁹⁶ CS, 18 de agosto de 2009, ROL 2576-2011.

Sin embargo, sí existe entre ambas conductas una relación de medio a fin, en el sentido que de suprimirse una de las acciones, no podría cumplirse efectivamente la otra. Suprimidos los abusos, no era posible proceder con la producción del material pornográfico infantil, sino que sólo habría existido la grabación de una menor dormida o inconsciente, lo que no aparece relevante para el derecho penal. En este sentido, aparece efectiva la protesta de la defensa, verificándose en la especie la situación del artículo 75 del Código Penal, que en su inciso final ordena sancionar sólo el delito más grave.”.

d) Sentencia del Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 13 de noviembre de 2012, RUC 1001150155-4, RIT 151-2012 (se condenó por dos delitos de abuso sexual y se absolvió por el delito de exposición de menor de edad a actos de significación sexual, por el delito de producción y almacenamiento de material pornográfico infantil).¹⁹⁷

“...DECIMO ...La calificación jurídica, recién señalada, está dada por la subsunción producida, de los hechos contenidos en la descripción de los otros delitos imputados, en los de abuso sexual ya referidos, para el caso de que se trata, traducidos en exhibir una película pornográfica a las afectadas, tomarle fotografía mientras acariciaban el pene del imputado y almacenarlas en su celular, y masturbarse éste en presencia de las víctimas. Esto es, porque se trata en todos los casos de conductas desplegadas durante la comisión de un mismo hecho, dentro de las cuales claramente prima un dolo único y común lascivo, suficiente, y que abarca la totalidad de las conductas desplegadas por el sujeto activo durante la comisión de cada uno de los eventos abusivos que se han acreditado.”.

e) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, 10 de diciembre de 2012, RUC 1200535097-0, RIT 106-2012 (se condenó por un delito continuado de Abuso sexual de menor de 14 años de edad, en concurso medial con el delito continuado de producción de material pornográfico infantil).¹⁹⁸

¹⁹⁷ 7º TOP de Santiago, 13 de noviembre de 2012, RIT 151-2012.

¹⁹⁸ TOP de Ovalle, 10 de diciembre de 2012, RIT 106-2012.

“...NOVENO: ...En cuanto a estar ante un concurso medial: Finalmente se ha considerado que se esta ante un concurso medial al estimar este Tribunal que las acciones sexuales que el acusado desplegó en contra de la víctima le permitió llegar a un fin, a un objeto, el cual fue la obtención de fotografías con contenido sexual derivado de tocaciones efectuadas a una menor de 8 años de edad, fotografías que no sólo fueron compensadas en su cámara fotográfica, sino que además almacenadas en su computador personal.”.

Este es un fallo que resulta interesante al mezclar la doctrina del delito continuado aplicada a un delito de producción de material pornográfico infantil con un concurso medial.

Segundo Grupo:

a) Resolución de la Corte de Apelaciones de Concepción, 2 de noviembre de 2007, ROL 547-2007, RUC 0600552193-7 (Recurso de Apelación interpuesto por la defensa, Corte confirma sentencia que condeno en procedimiento abreviado por los delitos reiterados de sodomía, almacenamiento y producción de material pornográfico infantil).¹⁹⁹

“...3) Que, al respecto, debe decirse que la tesis del defensor no tiene ningún sustento legal ni jurídico, pues las acciones ejecutadas por el acusado son autónomas e independientes y dan origen a delitos distintos, como son la sodomía y la producción pornográfica, perfectamente separables entre sí, pudiendo darse en la realidad el uno sin la concurrencia del otro, aunque los ejecute el mismo autor. Aquí simplemente ha existido un concurso material de delitos...”.

b) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, 5 de agosto de 2011, RUC 1100014752-6 (se condenó por los delitos de abuso sexual infantil reiterado, violación impropia reiterada, estupro reiterado y por producción de material

¹⁹⁹ CA de Concepción, 2 noviembre 2007, ROL 547-2007.

pornográfico infantil).²⁰⁰

“...VIGÉSIMO SÉPTIMO: El tribunal deja expresa constancia que disiente de la conclusión de la defensa, en orden a estimar que el delito de producción de material pornográfico infantil se subsume en el delito de abuso sexual y en el delito de estupro. En efecto, si bien los delitos tienen en común un mismo sujeto activo y pasivo y se efectúan en un mismo espacio y tiempo, no se puede considerar la producción de material pornográfico infantil subsumible o parte de la etapa de agotamiento de los otros ilícitos, por cuanto en la comisión de estos se afecta a bienes jurídicos distintos, además de que es perfectamente posible la comisión de un ilícito en forma independiente del otro.”.

c) Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 16 de enero de 2012, RUC 01100327717-K (se condenó por delitos reiterados de abuso sexual, dos delitos de violación y un delito de producción de material pornográfico infantil reiterado).²⁰¹

“...DECIMOTERCERO: ...Finalmente, tampoco se acogerá la tesis de la defensa en cuanto sostuvo que el delito de producción de pornografía infantil se encuentra absorbido por el de violación, por cuanto, con el peritaje efectuado a las imágenes habidas en poder de los dos teléfonos celulares del acusado, se estableció que en las fotografías capturadas los días 19 y 20 de marzo de 2011 no aparece ninguna penetración, lo que sí acontece en las capturadas el 16 de marzo y entre la noche del 28 y la madrugada del 29 de marzo de 2011. Además, en las fotografías obtenidas en las fechas en que hubo acceso carnal, también hay imágenes de la víctima posando en ropa interior y desnuda. Lo anterior permite concluir que no estamos en presencia de un solo hecho que constituya dos o más delitos, sino de al menos tres hechos distintos, de los cuales sólo en dos hubo simultaneidad entre el obtener la imagen pornográfica y el acceso carnal.”.

²⁰⁰ TOP de Angol, 5 de agosto de 2011, RUC 1100014752-6.

²⁰¹ TOP de Concepción. 16 de enero de 2012, RUC 1100327717-K.

4.3.4. Comentario

Efectuar la selección de este grupo de fallos resultó ser especialmente complejo, ya que en esta materia más que en ninguna de las que hemos expuesto hay que estar al caso concreto, añadiendo una dificultad aún mayor, ya que no es cualquier caso concreto sino que al caso concreto que se logró acreditar con la prueba rendida en el respectivo juicio.

Como habrá quedado en evidencia el auténtico problema concursal se producirá cuando para producir material pornográfico infantil se comete algún otro delito sexual, si esto no fuera así, solo estaríamos en presencia de un único delito o de un concurso real de delitos, según el caso, por ello resultaba fundamental saber con exactitud qué hecho concreto se había logrado acreditar, habiendo despejado este punto correspondía determinar qué solución le había dado la jurisprudencia, luego nos pudimos percatar que todo iba a depender de si a juicio de los sentenciadores nos encontrábamos en presencia de un hecho con varias acciones o de varios hechos. En el primer caso en general la jurisprudencia lo solucionó como un concurso medial (ideal o real) del artículo 75 del Código Penal y en el segundo caso como un concurso real de delitos.

Resultó particularmente interesante el fallo de la Corte Suprema, ya que si bien aplicó el artículo 75 del Código Penal, debido a que estimó que entre ambas conductas había una relación de medio a fin, dejó bien en claro que no se trataba de un solo hecho ni menos de una sola acción.

Debemos reconocer que en el año 2004, cuando se dictó la Ley N°19.927, estimábamos que en la gran mayoría de los casos en los que para producir pornografía infantil se cometía un delito sexual diverso nos encontrábamos en presencia de un auténtico concurso real de delitos, siendo aplicables por consiguiente los artículos 74 del Código Penal y el artículo 351 del Código Procesal Penal, ya que de no ser así se castigaría con la misma pena al sujeto que por ejemplo, sólo cometía el delito de

violación y al sujeto que además de violar aprovechaba la instancia para producir material pornográfico infantil, por aplicación del artículo 75 del Código Penal.

No obstante, al pasar de los años y a la luz de la gran cantidad de casos reales que hemos podido estudiar, hemos modificado nuestra postura, hoy en día opinamos que cuando se comete un delito sexual para producir material pornográfico infantil, nos encontramos en presencia de dos hechos fáctica y jurídicamente independientes, y no en presencia de un solo hecho como señalan las mayorías de las sentencias, ya que en esencia se trata de un concurso real de delitos no de un concurso ideal, solo que en este caso uno de los hechos es el medio necesario para cometer el otro, debiendo aplicar por consiguiente el artículo 75 del Código Penal.

CONCLUSIONES

Luego de haber realizado este estudio jurisprudencial de los delitos de pornografía infantil tipificados bajo el alero de la Ley N°19.927, podemos señalar que así como lo indicáramos en la introducción del presente trabajo hubo varios de los temas que dieron lugar a discusiones doctrinales y jurisprudenciales que se pudieron preveer desde la dictación de la propia Ley N°19.927 e incluso desde su tramitación en el parlamento como consta en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, a la que en tantas oportunidades hicimos referencia a lo largo de este trabajo, pero hubo otras discusiones que fueron absolutamente impredecibles tanto para nuestro legislador como para la doctrina chilena, discusiones que sin duda tornaron este trabajo aún más interesante.

1. En materia de producción de material pornográfico infantil investigamos cómo se había desarrollado la jurisprudencia en torno a la determinación del bien jurídico protegido, llamándonos poderosamente la atención que contrario a lo que pudimos pensar en un inicio, teniendo en consideración la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°19.927, que a nuestro juicio se inclinaba por el bien jurídico indemnidad y libertad sexual de los menores, opinión también mayoritaria en la doctrina chilena, a nivel jurisprudencial la tendencia es reconocerlo como un delito pluriofensivo en donde además de los bienes jurídicos ya mencionados se cautelarían otros intereses dignos de tutela como la dignidad humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la integridad física y moral, el derecho a la libertad y a la seguridad, el derecho a intimidad, la integridad sexual, el derecho a la honra e incluso la moralidad pública.

2. En el marco del estudio de este mismo delito investigamos cómo había interpretado la jurisprudencia el concepto de material pornográfico infantil, más aún teniendo presente que en nuestro ordenamiento jurídico contamos con una definición de material pornográfico infantil consagrada en el inciso 2do del artículo 366 quinquies del Código penal y otra definición de contenido pornográfico contemplada en la letra d) del artículo 2do de la Ley N°19.846, en general pudimos verificar que los jueces recurren principalmente al concepto legal de pornografía infantil del Código Penal, el

que en algunas ocasiones suelen complementar con la definición de contenido pornográfico contemplada en la Ley N°19.846. En general hacen una interpretación formal del concepto sin indagar el verdadero telos de la norma, lo que sin duda resulta preocupante ya que podría dar lugar a una interpretación extensiva del mismo. A nuestro juicio la clave está en interpretar correctamente el verbo utilizar, a nuestro juicio para que se genere material pornográfico infantil es necesario que el sujeto activo utilice al menor aprovechándose objetivamente de su falta de experiencia, fuerza o poder, aun cuando el menor no tome conciencia de este aprovechamiento e incluso aunque esté de acuerdo con ello, pues esta fue la intención del legislador de la Ley N°19.927, cuando decide proteger a todos los menores de 18 años y no solo a los menores de 14. Por tanto, si no hay una utilización como la descrita, no estamos en presencia de material pornográfico infantil y por consiguiente frente a ninguno de los delitos respecto de los cuales este es su objeto material.

3. Otra de las discusiones interesantes que pudimos estudiar fue la relativa a si el tipo penal del delito de producción de material pornográfico infantil le exigía al sujeto activo tener el propósito de lograr su propia excitación sexual o la excitación sexual de un tercero, la gran mayoría de la doctrina chilena opina que no, no obstante la jurisprudencia se encuentra dividida.

4. Nos sorprendió bastante que en materia de producción de material pornográfico infantil se discutiera a nivel jurisprudencial si para configurar el delito era necesario o no la preordenación de la conducta para un posterior tráfico, ya que no fue una problemática abordada en la discusión parlamentaria, ni tampoco por la doctrina, salvo por el autor Molina Cantillana quien niega rotundamente una exigencia en tal sentido, a este respecto podemos señalar que la mayoría de la jurisprudencia rechaza este elemento subjetivo adicional.

5. Con respecto al delito de adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil era previsible que se iba a discutir a nivel doctrinal y jurisprudencial si para configurar el delito era necesaria la preordenación de las conductas de adquisición o almacenamiento para un posterior tráfico o difusión del material pornográfico infantil, ya que fue uno de los temas largamente discutidos en el parlamento durante la tramitación

de la Ley N°19.927, la doctrina se encuentra dividida pero la jurisprudencia claramente se inclinó por no exigir este elemento subjetivo del tipo, la controversia fue zanjada por la Corte Suprema en el año 2009, en donde a través de un extenso fallo explicó y demostró que esa no había sido la intención del legislador chileno y que una preordenación de la conducta para un posterior tráfico o difusión del material, ya estaba expresamente incluida en el inciso primero del artículo 374 bis del Código Penal.

6. También en el marco del delito de adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil se discutió jurisprudencialmente con respecto de la cantidad de material pornográfico que debería adquirirse o almacenarse para configurar este delito, con respecto a esta problemática hay muy poca doctrina, el legislador histórico se pronunció solo respecto del verbo rector almacenar y la jurisprudencia se encuentra dividida. A nuestro juicio en la práctica la cantidad de material pornográfico infantil resulta ser irrelevante, ya que si bien el verbo rector almacenar podría exigir una gran cantidad de material pornográfico infantil, esto no ocurre con el verbo rector adquirir, en donde bastaría para configurar este delito la adquisición de una sola imagen.

7. El análisis jurisprudencial de las relaciones concursales resultó ser especialmente interesante, ya que prácticamente no se contó con historia fidedigna y las opiniones doctrinarias se redujeron prácticamente a un solo autor. Podemos señalar que existe una clara tendencia jurisprudencial en el sentido de entender que el acusado que es autor del delito de producción del material pornográfico infantil no puede además ser castigado por almacenar ese mismo material que él mismo produjo. En la gran mayoría de los fallos se absolvió por almacenamiento y se condenó por producción de material pornográfico infantil.

Con respecto a las relaciones concursales entre el delito de producción de material pornográfico infantil y otros delitos sexuales, existe una tendencia jurisprudencial claramente definida según la cual el delito de producción de material pornográfico infantil siempre resultará absorbido por el respectivo delito sexual, aplicándose por consiguiente la pena mayor asignada al delito más grave que por regla general será el delito sexual respectivo. En esta discusión también existe un fallo de la Corte

Suprema del año 2011, que vino a aclarar el asunto, manifestándose en el sentido de entender que en estos casos estamos en presencia de varios hechos o de varias acciones en donde las conductas están en una relación de medio a fin aplicándose por consiguiente el artículo 75 del Código Penal.

8. No podemos dejar de mencionar que nos sorprendió la casi nula jurisprudencia en torno al delito de difusión de material pornográfico infantil, lo cual deducimos se podría deber a la gran dificultad que conlleva poder acreditar la existencia de este delito más aún con la tecnología existente hoy en día.

9. El objetivo principal al realizar este trabajo era poder entregar al lector una visión de la evolución jurisprudencial en materia de delitos de pornografía infantil en Chile, esperamos haber podido cumplir con nuestro objetivo.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. Tratado de derecho civil, Partes preliminar y general. Tomo primero. 1ra Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

ALTAMIRANO, Marcelo, MEDINA, Valeria, OLIVA, Teresita. Abuso sexual de menores. Córdoba, Argentina, Alberoni Ediciones, noviembre 2011.

ÁLVAREZ Valenzuela, Daniel y CERDA, Alberto. Sobre la inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas. Ley 19.927 que tipifica los delitos de pornografía infantil. Anuario de derechos humanos Nro : 137-142, junio 2005.

ARENAS Andrade, Carolina. El delito de pornografía y su tratamiento en el sistema jurídico penal chileno (memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Chile, Universidad de Talca. 2007.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, Artículo 189.. en Díez Ripollés y otros, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, tomo II, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2004.

BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Curso de derecho penal. Tomo I y II. 3ra edición. Santiago. Editorial Legal Publishig, 2010.

BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Curso de derecho penal, Parte Especial. Tomo III. 3ra edición. Santiago. Editorial Legal Publishig, 2011.

CANCIO Meliá, Manuel. Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario (80): 5-20, marzo, 2011.

CARNEVALI Rodríguez, Raúl. Informe en Derecho. Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales. Defensoría Penal Pública. N° 2/ 2012/ Agosto.

COX Leixelard, Juan. Los delitos de Producción, adquisición y tenencia maliciosa de material pornográfico como figuras expansivas del derecho penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. XXVI: 145-154, 2005.

CURY Urzúa, Enrique. Derecho penal parte general. Tomo I y II. 2da edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica, 1999.

DE LA FUENTE Jiménez, Claudia. Delitos de pornografía infantil. 1ra edición. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2008.

ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho penal parte general y especial. Tomo I, II y IV. 3ra edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica, 2011

FERNÁNDEZ Teruelo, J. Ciberdelitos. Los delitos cometidos a través de Internet. Editorial Constitutio Criminalis Carolina, 2007.

GARCÍA Vásquez, Paula. Pornografía Infantil. Boletín Criminológico, Universidad de Santiago de Compostela (12): 2-17, 2009.

GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal Parte General. Tomo I y II. 1ra edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1997.

IGLESIAS, Gonzalo. Bienes protegidos en el delito de pornografía infantil. XVIII CONGRESO ARGENTINO DE CIENCIAS DE LA COMPUTACIÓN [en línea], octubre 2012, Argentina. <<http://hdl.handle.net/10915/23871>> [consulta: 24 febrero 2014]

MOLINA Cantillana, R. Delitos de pornografía infantil. 1ra edición. Santiago de Chile, Librotecnia, 2008.

MORALES Prats, Fermín y GARCÍA Alberó, Ramón. "Artículo 189", en Quintero Olivares, Comentarios a la parte especial del derecho penal. Navarra, Editorial Thomson, Aranzdi, 2007.

MORILLAS Fernández, David. Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet. Madrid, Editorial Dykinson S.L. 2005.

MORILLAS Fernández, David. Nuevas directrices de política criminal en materia de pornografía infantil: Hacia una nueva reforma del artículo 189 del código penal. Cuadernos de política criminal (108): 67-117, época II, diciembre 2012.

MORILLAS Fernández, David. Los delitos de pornografía infantil en el derecho comparado. Cuadernos de política criminal (84): 31-80, segunda época, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito. Bogotá, Colombia. Chile. Editorial Temis, 1984.

PARRA González, Ana Victoria. La pornografía infantil en la red especial referencia a la posesión simple (Tesis doctoral). España, Universidad de Salamanca. Octubre 2011.

POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia. Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial: delitos contra la libertad e indemnidad sexual y la honestidad. 2da edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

REDONDO Hermidia, Álvaro. El delito de difusión de pornografía infantil por internet. [en línea] Diario La Ley. 20 noviembre 2006 <www.laley.net> [consulta 24.02.14].

RODRIGUEZ Collao, Luis. Delitos sexuales de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 19.617 de 1999. 1ra edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2012.

RODRIGUEZ Collao, Luis. Delitos sexuales. 2da edición actualizada. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2014.

RODRÍGUEZ Collao, Luis. Criterios de agravación de la pena en los delitos de producción, difusión y almacenamiento de pornografía infantil. Revista de Derecho. Vol. XXVI (1): 145-166, julio 2013.

SANCHEZ Pecarevic, Claudio. Delito de almacenamiento de pornografía infantil. 1ra edición. Santiago, Editorial Librotecnia, 2008.

SILVA Silva, Hernán. Modificaciones al Código Penal por la ley 19.927 sobre pornografía infantil y otras figuras penales. Revista de Derecho y Ciencias Penales. Nro 6: 85-89, 2004.

SOTO Donoso, Francisco. La regulación del delito de almacenamiento de material pornográfico infantil con delito de tenencia: consecuencias normativas. Revista jurídica del Ministerio Público (35): 169-175.

TORRES González, Luis. El delito de almacenamiento de material pornográfico infantil: La plena vigencia del tipo penal del inciso segundo del artículo 374 BIS, a la luz de la opinión doctrinaria y jurisprudencial. Revista jurídica del Ministerio Público (35): 234-242.

LEYES

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Boletín 5210-18, Sanciona la producción y distribución de material pornográfico infantil virtual.

Boletín 5215-07, 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.

Historia de la Ley 20.526 que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil.

Historia de la Ley 19.927 que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil.