

FORMULA OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY QUE INTRODUCE UN NUEVO PÁRRAFO EN EL TÍTULO VII DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL, RELATIVO A LA EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL Y MATERIAL PORNOGRÁFICO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (BOLETÍN N° 14.440-07).

Santiago, 12 de octubre de 2022.

N° 160-370/

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

Honorable Cámara de Diputadas y Diputados:

Mediante oficio N° 17.737 de fecha 13 de septiembre de 2022, V.E. comunicó que el H. Congreso Nacional aprobó la iniciativa correspondiente al boletín N° 14.440-07.

I. ANTECEDENTES DE LA INICIATIVA Y EL PROYECTO DE LEY APROBADO POR EL CONGRESO NACIONAL

El proyecto de ley que se observa tuvo origen en un Mensaje Presidencial de 23 de junio de 2021. Su fundamento se reconduce a una recomendación del Tercer Marco para la Acción contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes (ESCNNA).

Dicha instancia corresponde a un esfuerzo multisectorial de coordinación de diversas instituciones públicas y privadas cuyo propósito es acordar compromisos para la prevención y sanción de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. Estas instituciones se comprometen a ejecutar diferentes acciones por un tiempo determinado, siendo encabezados por una Mesa Ejecutiva, que sistematiza la información reportada por cada una.

Desde la sociedad civil fueron muchas las instituciones que participaron en este Tercer Marco: ONG Raíces; ONG Social Creativa;



Corporación Opción; ONG Paicabí; Fundación Social Novo Millenio; Fundación Tierra Esperanza; Corporación SERPAJ; Corporación Prodel; Fundación Ciudad del Niño; Corporación de Apoyo y Promoción de la Equidad en Inclusión Social. Todas estas organizaciones, dedicadas a la protección especializada frente a la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, participaron en el Primer y Segundo Marco para la Acción con el mismo propósito, es decir, proponer un nuevo marco legal de protección para niños, niñas y adolescentes.

Las recomendaciones del informe multisectorial se estructuraron en cinco líneas de acción¹, dentro de las cuales, la quinta, dice relación con la línea de acción que procura determinar la "sanción de las personas explotadoras y protección de las víctimas".

Respecto de esta línea de acción, el informe relevó la incorrecta aproximación al problema de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes que tiene la regulación sustantiva en el Código Penal chileno que, en definitiva, profundiza la victimización secundaria de los afectados.

En efecto, las leyes que actualmente regulan esta materia desvirtúan el problema. El derecho nacional contempla el delito de "prostitución infantil" lo que constituye una etiqueta errada sobre el fenómeno. Ello, pues supone que una persona menor de edad vende su cuerpo de manera premeditada y consciente a un adulto. La así llamada "prostitución infantil" es, en realidad, explotación infantil. El fenómeno tiene como base la capacidad de poder que ejerce un explotador sobre una niña, un niño o adolescente que, generalmente, ha padecido abusos y violencia sexual desde sus primeros

¹ i. Componente línea de acción "análisis del problema";
ii. Componente línea de acción "Prevención";
iii. Componente línea de acción "Detección temprana y atención primaria";
iv. Componente línea de acción "Restitución de derechos y reparación del daño";
Y,
v. Componente línea de acción "sanción de las personas explotadoras y protección de las víctimas".



años. Así, el adulto capitaliza el abandono y la orfandad emocional de niñas, niños y adolescentes. La explotación sexual comercial constituye una forma de coerción y de violencia que puede equipararse al trabajo forzoso, incluso a una forma contemporánea de esclavitud, como la define² y otros organismos especializados.

Así, este proyecto de ley nace para hacerse cargo del problema detectado. Con este diagnóstico, seguir usando la noción de "prostitución infantil" es un error conceptual que debe ser corregido, tornándose obligatorio actualizar la legislación con el objeto de condenar sin vacilaciones este tipo de crímenes. Lo anterior es especialmente decisivo si se considera que la mayoría de las víctimas no se perciben como tales y establecen una dependencia afectiva de su explotador³.

II. TRAMITACIÓN DE LA INICIATIVA

a) Primer Trámite Constitucional en la Cámara de Diputadas y Diputados

Como ya fue mencionado, la iniciativa fue ingresada a través de Mensaje el 23 de junio de 2020 a la Cámara de Diputados, siendo estudiada por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Esta comisión emitió su primer informe el día 7 de diciembre de 2021.

Tras el respectivo debate y estudio de las propuestas contenidas en la iniciativa legal, así como de aquellas sugerencias levantadas durante su tramitación, el proyecto fue aprobado y despachado por la Cámara de Diputadas

² "Es una violación fundamental de los derechos del niño. Esta comprende el abuso sexual por adultos y la remuneración en metálico o en especie al niño o niña y a una tercera persona o varias. El niño es tratado como un objeto sexual y una mercancía. La explotación sexual comercial de los niños constituye una forma de coerción y violencia contra los niños, que puede implicar el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud". Declaración Programa de Acción Declaración de la reunión realizada en Estocolmo con motivo del Congreso Mundial contra Explotación Sexual Comercial de los Niños Estocolmo, 24 de agosto de 1996, p.

³ Véase, por ejemplo, "Claves para un modelo de abordaje integral de la ESCNNA" p 28. Disponible en: www.fundacionrenacer.org



y Diputados el 13 de diciembre de 2021, realizando los siguientes cambios:

i. Se incorporó un nuevo artículo 367 quáter, reemplazando la referencia al artículo 366 quinquies, y un nuevo artículo 367 septies en el artículo 94 bis del Código Penal, con el objeto de aplicar la norma de imprescriptibilidad de la acción penal.

ii. Sin sustituir ni modificar en otros aspectos el artículo 367 del Código Penal, que contiene el nuevo delito de explotación sexual comercial, se aumentó la pena en un grado respecto de la propuesta original.

iii. Se dividió el inciso primero del artículo 367 quáter con el objeto de dejar en una norma separada -nuevo inciso segundo- la figura de producción de material pornográfico de niños, niñas y adolescentes.

iv. Se creó un nuevo delito en el artículo 367 septies no contemplado en la propuesta original que sanciona la trasmisión, sin soporte o grabación, de la imagen o sonido de una interacción sexual que involucra a una persona menor de 18 años.

v. Se replicó la norma actual, como un nuevo artículo 367 octies, idéntica a la aplicable al delito de trata de personas contenida en el artículo 411 septies, para que la agravante de reincidencia pueda darse por satisfecha por cargo a las sentencias condenatorias dictadas en el extranjero.

vi. Se realizaron adecuaciones en el Código Penal con el objeto de actualizar las referencias, habida cuenta de que el nuevo artículo 367 quáter sintetizaba y contenía las ideas regulativas de los artículos 366 quinquies y 374 bis, las que el proyecto deroga. Adicionalmente, las modificaciones tuvieron en consideración que la existencia de un nuevo párrafo, el "6 bis" que se intercala entre los párrafos 6 y 7, hacía necesario referirse, en las normas comunes a los párrafos anteriores



(párrafo 7 del Título VII del Libro Segundo del Código Penal) a los "tres" párrafos anteriores en reemplazo de la palabra "dos". Esta adecuación efectivamente se hizo tanto en el nombre del párrafo 7, como en los artículos 368, 368 bis, 368 ter, 369, 369 ter, 369 quinquies, 371 y en los incisos segundo y tercero del artículo 372.

vii. Se realizaron también actualizaciones en el mismo sentido que el literal anterior en el artículo 2° de la ley N° 21.160, que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores de edad; en el artículo 4° de la ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal; en el literal b) del artículo 15 bis de la ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad; y, en el Decreto Ley N° 321, de 1925, que establece la Libertad Condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad.

b) Segundo Trámite Constitucional en el Senado

La iniciativa fue estudiada por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

El debate en la Comisión recayó sobre el perfeccionamiento del artículo 366 quáter, que no había sido objeto de modificaciones por parte del Ejecutivo, ni por la Cámara de Diputadas y Diputados, en lo relativo a la nomenclatura de la noción de "pornografía" de personas menores de 18 años, y en lo relativo a la clarificación del destino de la "retribución" en los delitos de explotación sexual comercial.

Tras la discusión en sala, el proyecto fue aprobado el día 6 de septiembre de 2022 y despachado a tercer trámite en los siguientes términos:



i. Respecto a la modificación del artículo 366 quáter del Código Penal, se sustituyeron los actuales incisos primero y segundo, por nuevos incisos primero, segundo y tercero, pasando el resto de los apartados del artículo a ordenarse correlativamente. De esta forma, se eliminó la tendencia interna o ánimo especial *libidinoso* respecto de las siguientes hipótesis: **(i)** Determinar a una persona menor de 14 años a realizar acciones de significación sexual o a hacerla ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter **(ii)** Determinar a una persona menor de 14 años a enviar imágenes o grabaciones que representen acciones de significación sexual, propias o de otro menor de 14 años, o imágenes o grabaciones de sus genitales, propias o de otro menor de 14 años;

ii. Se agregó, en todas las normas que hacen referencia al "material pornográfico" de niños, niñas o adolescentes la expresión "de explotación sexual"; y,

iii. Se aclaró que la retribución a que hace referencia el delito de explotación sexual de niños, niñas o adolescentes puede estar destinada al propio menor de edad o a un tercero.

c) Tercer Trámite Constitucional en la Cámara de Diputadas y Diputados

La Cámara de Diputados, en sesión de 13 de septiembre de 2022, aprobó las enmiendas propuestas por el H. Senado, remitiendo Oficio de Ley al Gobierno para su promulgación.

III. FUNDAMENTOS DE LAS OBSERVACIONES

Los cambios que se proponen se refieren, por una parte, a la actualización de referencias o remisiones de una norma a otros artículos y, por otra, a la inclusión del artículo 367 septies, creado por el proyecto, en el estatuto general de delitos sexuales contra NNAs.



a) Adecuaciones de referencias:

En relación con el primero de los asuntos, si bien en la Cámara de Diputadas y Diputados se hicieron algunas adecuaciones de referencia como consecuencia de la nueva ubicación de los delitos que involucran material pornográfico o que se relacionan con la explotación de niños, niñas y adolescentes, tanto en el Código Penal como en leyes especiales, dada la complejidad y consecuencias que tienen las modificaciones introducidas a normas sobre delitos sexuales, se ha advertido la necesidad de agregar referencias adicionales en otras normas del cuerpo punitivo y de otras legislaciones sectoriales. Estos ajustes de referencia tienen lugar en un área del derecho profundamente caracterizada por el apego al principio de legalidad, como lo es el derecho penal, por lo cual deben ser realizados. Asimismo, es necesario establecer una legislación íntegra y coherente que refuerce el carácter racional del legislador chileno.

Por una parte, algunas de estas correcciones suceden en el propio seno del Código Penal. En particular, en el artículo 369 bis, en el artículo 369 ter, en el artículo 369 quinquies, en el artículo 370 bis, en el inciso primero del artículo 372 y en el artículo 372 ter.

En el caso del artículo 369 bis, este aplica las reglas de la sana crítica en los delitos sexuales, lo cual es innecesario hoy dadas las reglas especiales de valoración que existen en el Código Procesal Penal. Por esta razón se ha decidido propiciar su supresión.

En el caso del artículo 369 ter, dicha norma debió haber hecho mención a los incisos primero y segundo del artículo 367 quáter y no solo a su inciso primero a partir del cambio en la Cámara de Diputadas y Diputados.

Por otra parte, en los demás casos se ha buscado enmendar los problemas de referencia que se derivan de que no se modificó la mención de "los dos párrafos anteriores" por "los tres



párrafos anteriores" que hacen operativas las reglas del párrafo 7 en algunas normas. De esta manera, se propone sustituir dicha referencia ampliando finalmente a los párrafos 5, 6 y 6 bis, para así no dejar fuera a las hipótesis de violación (párrafo 5) de las reglas comunes, que no fueron indicadas del párrafo 7.

Lo anterior se produjo puesto que se creó un nuevo párrafo que "divide" el contenido del actual párrafo 6 en un párrafo 6 y un párrafo 6 bis. El motivo de esta operación era que el actual párrafo 6 se denominaba "del estupro y otros delitos sexuales", siendo la intención separar los delitos para visibilizar, en particular, el delito que pasó a llamarse de delito de prostitución infantil a delito de explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, sin embargo, no fue intención del legislador excluir el párrafo 5 de estas disposiciones, considerando que se trata de reglas comunes a estos ilícitos.

Adicionalmente, tratándose de normas ajenas al Código Penal, dichas adecuaciones deben realizarse también en el artículo 469 del Código Procesal Penal y en el artículo 191 bis de este mismo Código, que, a pesar de haberse derogado por la ley N° 21.057, que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales, esta ley tiene entrada en vigencia diferida, por lo que es relevante de todas maneras hacer la adecuación. También se ha decidido introducir adecuaciones en el artículo 32 n°2 de la propia ley N° 21.057; en el artículo 6° numeral 10° del Código Orgánico de Tribunales; en el literal b) del inciso segundo del artículo 17 de la ley N° 19.970, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN; en el literal e) del artículo 17 de la ley N° 19.856, que crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta; en el literal a) del artículo 27 de la ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos y en el artículo 46 de la ley N° 19.831, que crea el Registro de



Servicios de Transporte Remunerado de Escolares y en la ley N° 19.846 sobre calificación de la producción cinematográfica.

b) Incorporar el nuevo delito del 367 septies al estatuto de delitos sexuales contra NNAs:

Más allá de las adecuaciones formales anteriormente enunciadas, parece necesario que el proyecto de ley le otorgue el estatus de "delito sexual contra NNA" al nuevo artículo 367 septies, que crea un nuevo delito de transmisión, sin soporte o grabación, de material sexual de niños, niñas o adolescentes. De esta forma, en todas las normas en que se menciona un listado de delitos de esa connotación, debería incluirse este nuevo delito, lo cual se realiza a través del presente veto.

Para materializar lo anterior, el nuevo artículo 367 septies, debe incluirse en el listado de las siguientes normas: Dentro del Código Penal, en el artículo 368 ter; en el artículo 369 ter, referido a técnicas especiales de investigación; en el artículo 369 quinquies y en el artículo 372, referido a la pena de inhabilidad absoluta perpetua para desempeñar oficios o labores que involucren un desempeño con NNAs; en el artículo 469 del Código Procesal Penal, que establece un especial destino para las especies decomisadas por este tipo de delitos; en la letra e) del artículo 17 de la ley N° 19.856, para excluir del beneficio de "rebajas de condena"; en la letra a) del artículo 27 de la ley N° 19.913, para establecerlo como delito base de la figura de lavado de activos; en el artículo 6° numeral 10° del Código Orgánico de Tribunales; y, en el artículo segundo de la ley N° 21.160, para la renovación de la acción civil contra el imputado por un delito sexual cometido contra un NNA.

IV. LAS OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY

Sobre el particular, en uso de la facultad que me confiere el inciso primero del artículo 73 de la Constitución Política de la República,



y de conformidad con lo establecido en el Título III de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, vengo en formular las siguientes observaciones al referido proyecto de ley:

AL ARTÍCULO 1

1) Para reemplazar, el numeral 11, por el siguiente:

"11. Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 368 ter:

a) Elimínase la expresión "366 quinquies,".

b) Reemplázanse las expresiones "o 374 bis" por la expresión ", 367 quáter o 367 septies".

2) Para incorporar el siguiente numeral 13, nuevo, pasando el actual numeral 13 a ser 14 y así sucesivamente:

"13. Suprímese el artículo 369 bis."

3) Para reemplazar el numeral 13, que ha pasado a ser 14, por el siguiente:

"14. Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 369 ter:

a) Elimínase la expresión "366 quinquies,".

b) Reemplázanse las expresiones "374 bis, inciso primero y 374 ter" por los vocablos "367 quáter, incisos primero y segundo, y 367 septies".

4) Para reemplazar el numeral 14, que ha pasado a ser 15, por el siguiente:

"15. Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 369 quinquies:

a) Elimínase la expresión "366 quinquies,".



b) Incorpórase, luego de la expresión "367 ter", la expresión ", 367 quáter y 367 septies".

5) Para incorporar el siguiente numeral 16, nuevo, pasando el actual numeral 15 que ha pasado a ser 16, a ser numeral 17 y así sucesivamente:

"16. Reemplázase en el inciso primero del artículo 370 bis la expresión "los dos párrafos precedentes" por "los tres párrafos anteriores".

6) Para reemplazar el actual numeral 16, que ha pasado a ser 18, por el siguiente:

"18. Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 372:

a) Reemplázase en su inciso primero la expresión "los dos párrafos precedentes" por "los tres párrafos anteriores";

b) Modifícase su inciso segundo en el siguiente sentido:

i. Elimínase la expresión "366 quinquies,".

ii. Intercálase, entre la expresión "367 ter" y la conjunción copulativa "y" que le sigue, la expresión ", 367 quáter, 367 septies".

7) Para incorporar el siguiente numeral 19, nuevo, pasando el actual numeral 17 a ser 20:

"19) Reemplázase en el artículo 372 ter la expresión "los dos párrafos anteriores" por "los tres párrafos anteriores".

AL ARTÍCULO 2

8) Para reemplazarlo por el siguiente:

"Artículo 2.- Introdúcense las siguientes modificaciones a la ley N° 21.057



que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales:

1. Modifícase, el inciso primero del artículo 1°, en el siguiente sentido:

a) Sustitúyese la expresión "en los Párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro Segundo", por "en los Párrafos 5, 6 y 6 bis del Título VII del Libro Segundo."

b) Suprímese la expresión "374 bis;".

2. Modifícase, el numeral 2 del artículo 32 N° 2, que introduce un nuevo artículo 110 bis al Código Procesal Penal, en el siguiente sentido:

a) Sustitúyese la expresión "en los Párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro Segundo", por "en los Párrafos 5, 6 y 6 bis del Título VII del Libro Segundo".

b) Suprímese la expresión "374 bis;".

AL ARTÍCULO 3

9) Para reemplazarlo por el siguiente:

"Artículo 3.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 2° de la ley N° 21.160, que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad:

a) Elimínase la expresión "366 quinquies;".

b) Agrégase, a continuación de la expresión "367 ter" la frase ", 367 quáter, 367 septies".



ARTÍCULOS 7, 8, 9, 10, 11, 12 Y 13, NUEVOS

10) Para incorporar los siguientes artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13, nuevos, pasando el actual artículo 7 a ser 14:

“Artículo 7.- Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Procesal Penal:

a) Reemplázase, en el inciso primero del artículo 191 bis, la frase “párrafos 5 y 6” por la expresión “párrafos 5, 6 y 6 bis”.

b) Reemplázanse, en el inciso cuarto del artículo 469, las expresiones “366 quinquies, 374 bis, inciso primero, y 374 ter” por las expresiones “367 quáter, incisos primero y segundo, 367 quinquies y 367 septies”.

Artículo 8.- Introdúcense en el literal e) del artículo 17 de la ley N° 19.856, que crea un Sistema de Reinserción Social de los Condenados sobre la base de la observación de buena conducta, las siguientes modificaciones:

a) Elimínase la expresión “, 366 quinquies”.

b) Agrégase entre la expresión “367 ter” y la conjunción copulativa “y” que le sigue la expresión “, 367 quáter”.

c) Reemplázase la expresión “374 bis” por “367 septies”.

Artículo 9.- Introdúcense en el literal a) del artículo 27 de la ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, las siguientes modificaciones:

a) Elimínase la expresión “, quinquies”.



b) Reemplázase la expresión "374 bis" por "367 quáter, 367 septies".

Artículo 10.- Intercálase, en el literal b) del inciso segundo del artículo 17 de la ley N° 19.970, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN, entre la expresión "6°" y la conjunción copulativa "y" que le sigue, la expresión ", 6° bis".

Artículo 11.- Introdúcense, en el inciso segundo del artículo 4° de la ley N° 19.831, que crea el Registro Nacional de Servicios de Transporte Remunerado de Escolares, las siguientes modificaciones:

a) Intercálase, entre la expresión "6°" y conjunción copulativa "y" que le sigue, la expresión ", 6° bis".

b) Elimínase la expresión ", 374 bis".

Artículo 12.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el numeral 10° del artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales:

a) Reemplázanse las expresiones "366 quinquies, 367 y 367 bis N° 1," por las expresiones "367, 367 bis N° 1, 367 quáter inciso segundo y 367 septies";

b) Reemplázase la expresión "374 bis" por "367 quáter".

Artículo 13.- Reemplázanse, en el artículo 30 de la ley N° 19.846 sobre Calificación de la Producción Cinematográfica, las expresiones "en los artículos 366 quinquies, 374 bis y 374 ter" por las expresiones "367 quáter y 367 quinquies".



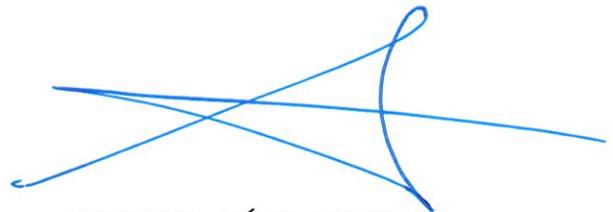
Dios guarde a V.E.,



GABRIEL BORIC FONT
Presidente de la República



ANA LYA URIARTE RODRÍGUEZ
Ministra
Secretaria General de la Presidencia



MARCELA RÍOS TOBAR
Ministra de Justicia y
Derechos Humanos

