

MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE INTRODUCE UN NUEVO PÁRRAFO AL TÍTULO VII DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL, RELATIVO AL PROXENETISMO, EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL Y PORNOGRAFÍA DE NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES.

Santiago, 23 de junio de 2021.

MENSAJE N° 104-369/

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

Honorable Cámara de Diputados:

En uso de mis facultades constitucionales, tengo el honor de someter a vuestra consideración el siguiente proyecto de ley que tiene por objeto introducir un nuevo párrafo al Título VII del Libro II del Código Penal, relativo al proxenetismo, explotación sexual comercial y pornografía de niños, niñas y adolescentes.

I. ANTECEDENTES

La legislación nacional en materia de delitos sexuales ha venido experimentando una serie de importantes reformas destinadas a la adecuada persecución penal de ciertas conductas, las cuales a su vez han permitido proteger de mejor manera a niños, niñas y adolescentes. En este sentido cabe destacar las siguientes modificaciones: (i) la ley N° 20.507, que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva

persecución criminal, del año 2011; (ii) la ley N° 20.526, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil, del año 2011; (iii) la ley N° 20.594, que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades, del año 2012; y, (iv) la ley N° 20.685, que agrava penas y restringe beneficios penitenciarios en materia de delitos sexuales contra menores, del año 2013.

En igual sentido, tratándose de una materia de la mayor relevancia para nuestro Gobierno, cabe destacar que con fecha 18 de julio de 2019 se publicó en el Diario Oficial la ley N° 21.160, que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, la cual modificó el Código Penal para establecer que la acción penal respecto de ciertos crímenes y delitos no prescribirá cuando al momento de la perpetración del hecho la víctima fuere menor de edad. La respectiva modificación, brinda la posibilidad de que las víctimas acudan a la justicia sin la presión del tiempo y posibilita interponer acciones reparatorias contra quienes resulten responsables, incluyendo a terceros que no hayan impedido el delito. De esta manera, las víctimas cuentan con un derecho permanente a perseguir responsabilidades cuando se sientan preparadas, sin la amenaza del vencimiento de periodos preestablecidos. Cabe destacar además que la ley también establece requisitos para la renovación de la acción civil, con el objeto de facilitar el acceso a la indemnización de perjuicios ocasionados por la comisión de estos delitos.

Otra iniciativa que va en la línea de perfeccionar la protección a los niños, niñas y adolescentes, se relaciona con el registro de agresores sexuales y personas inhabilitadas para trabajar con niños y niñas. En este sentido, el 5 de noviembre de 2018 nuestro Gobierno presentó al H. Congreso Nacional un proyecto de ley que busca reformular el actual registro de personas inhabilitadas para trabajar con personas menores de 18 años de edad, con el objeto de perfeccionar su funcionamiento. Dicho proyecto (Boletín 12.208-07) se encuentra en segundo trámite constitucional en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado, con urgencia calificada de simple. Junto a lo anterior, durante el año 2018, el Servicio de Registro Civil e Identificación trabajó con la Corporación Administrativa del Poder Judicial en un *Addendum* para complementar el Convenio de Colaboración existente entre ambos organismos en esta materia, incorporando la transmisión periódica de la base de datos de sentencias condenatorias que contengan las penas de inhabilidades absolutas perpetuas o temporales para trabajar con menores de edad. Este *Addendum* fue suscrito por ambas instituciones con fecha 27 de diciembre de 2018 y se encuentra plenamente vigente.

Así también, cabe destacar que con fecha 11 de noviembre del año 2019, este Gobierno envió a discusión parlamentaria un proyecto de ley cuyo objetivo es excluir del beneficio de rebaja de condena regulado en la ley N° 19.856, que crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta, a quienes hayan sido condenados por la comisión de delitos que atentan contra

la indemnidad sexual de menores de edad, y que corresponden al catálogo que el proyecto señala, esto es: trato cruel, inhumano o degradante con violación o abuso sexual agravado; violación; violación de persona menor de 14 años; estupro; abuso sexual agravado; abuso sexual de persona menor de 14 años; trata calificada de personas, en relación a la explotación sexual. Dicho proyecto (Boletín N° 13.046-07) se encuentra en segundo trámite constitucional en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado. El objetivo de la propuesta es dotar al ordenamiento jurídico nacional, a la mayor brevedad posible, de las mayores herramientas para una cada vez mejor y más eficaz protección a los niños, niñas y adolescentes que viven en Chile, razón por la cual este proyecto de ley se mantiene con urgencia suma para su discusión.

Todas estas iniciativas, unidas a la agenda que reforma la institucionalidad de atención a la niñez y adolescencia, que ha sido prioritaria para este Gobierno, se constituyen como referentes para nuevos avances en materia legislativa y armonizan con el proyecto de ley que someto a vuestra consideración, reforzando de esta manera la protección penal de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos.

II. OBJETIVOS DEL PROYECTO

Con la presentación de este proyecto de ley, se busca recoger las sugerencias que los diversos actores institucionales y de la sociedad civil, han venido desarrollando durante los últimos 20 años y que se han plasmado en distintas iniciativas, siendo una de las más relevantes, la generación de

estrategias intersectoriales conocidas como Marco para la Acción contra la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes.

A través de las referidas estrategias, se ha relevado que la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes es considerada una de las más graves vulneraciones a los Derechos Humanos, ocasionando devastadoras consecuencias en la integridad física, psíquica y social de niñas, niños y adolescentes, y en las comunidades. Esta práctica, con carácter delictivo, implica que una persona adulta abusa de la condición de vulnerabilidad social (etaria, emocional, de género, entre otras) de una niña, niño o adolescente para satisfacer deseos sexuales propios o de otras personas, entregándole a cambio un pago a través de dinero, regalos, protección, u otros elementos materiales o inmateriales. En este sentido, es un fenómeno social que se desarrolla bajo ciertas lógicas de poder, por parte de personas adultas.

A la fecha, la legislación nacional no contempla una tipificación para la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, y la forma en que se presenta este delito, son los denominados delitos de "Favorecimiento de la prostitución infantil" (artículo 367 del Código Penal); la "Obtención de servicios sexuales de menores de edad o favorecimiento impropio" (artículo 367 ter del Código Penal), entre otros.

Los respectivos tipos penales, y particularmente las referencias a la prostitución, favorecen la percepción y entendimiento -erróneo, por cierto-, de que las niñas, niños o adolescentes presentan algún nivel de "voluntariedad"

para "participar" en la comisión de este delito. Esta noción, niega o condiciona la "calidad de víctima", al no considerar la situación de asimetría de poder que subyace entre una víctima y el o los victimarios. Esta forma de referirse y entender la explotación sexual se encuentra fuertemente arraigada en nuestra cultura, lo que se expresa muchas veces en las propias víctimas, quienes no necesariamente interiorizan la condición de explotación en la que se encuentran, al mediar intercambios con los explotadores como estrategia de sobrevivencia.

El presente proyecto ha sido elaborado a través de un trabajo conjunto entre el Ministerio de Desarrollo Social y Familia -que asumirá la responsabilidad de generar las políticas públicas relacionadas a materias de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes- y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, quien estuvo encargado técnicamente de la generación y seguimiento de los referidos Marcos para la Acción contra la Explotación Sexual Comercial de niños, niñas y adolescentes de los años 1999, 2012 y 2017, a través de los cuales se ha mantenido un diálogo constante y constructivo con representantes de la sociedad civil organizada de nuestro país y se ha contado con el apoyo técnico de instituciones y profesionales expertos en estas materias.

III. CONTENIDO DEL PROYECTO

Teniendo presente lo expuesto de forma precedente, el proyecto de ley que someto a vuestra consideración propone, a nivel sustantivo, las siguientes modificaciones al Código Penal:

1) Intercalar un nuevo párrafo 6° bis en el título VII del Libro Segundo, diferenciándolo de los delitos de estupro y abusos sexuales propios e impropios. De esta forma se reconoce la particular fisonomía de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes respecto de los demás delitos sexuales.

2) Se deroga el actual artículo 366 quinquies, que contiene tanto la figura de "producción de material pornográfico con menores de edad", así como una definición de qué debe entenderse por tal tipo de material, la que resulta aplicable también para el delito del artículo 374 bis.

La propuesta refunde las figuras contenidas en el artículo 366 quinquies y en el artículo 374 bis, en un nuevo artículo 367 quáter. Para salvar problemas de derecho intertemporal, se contiene asimismo una norma de tránsito que, en términos generales, permite la persecución y condena de los hechos cometidos bajo la vigencia de las normas que ahora son derogadas.

3) En el artículo 367 se hacen las siguientes modificaciones:

a) Se cambia la figura desde la "prostitución" a la "explotación sexual" de una persona menor de dieciocho años. Como, a diferencia del término "prostitución", el término "explotación sexual" no cuenta con un arraigo conceptual en materia penal, se establecen sus contornos precisos mediante una definición.

b) Se define "explotación sexual" como la utilización de una persona menor de dieciocho años para la realización de una acción sexual o de

una acción de significación sexual con ella a cambio de cualquier tipo de retribución.

c) Se agrega en el tipo calificado una descripción del reproche que atiende a la vulnerabilidad de la víctima.

4) En el artículo 367 bis se introducen las siguientes modificaciones:

a) Se elimina la alusión al término "servicios sexuales", en razón de no ser un término descriptivamente operativo, así como porque puede dar a entender que la víctima es un "prestador".

b) Se elimina el piso de edad de 14 años para este delito y se excluye el carácter especial subsidiario en relación a los delitos de violación y estupro. Esto, además de tener sentido como declaración de principios, permite que exista un concurso ideal entre las figuras de abuso propio y esta figura de explotación sexual.

5) Se agrega un artículo 367 quáter, que refunde las figuras contenidas en el artículo 366 quinquies y en el artículo 374 bis:

a) Se agrega el verbo "producir", con lo cual se absorbe sin más la figura contenida en el artículo 366 quinquies, dado que el artículo 374 bis (que también se refunde en esta norma) contiene todos los elementos típicos.

b) Se cambia por la fórmula de futuro imperfecto del modo subjuntivo de los respectivos verbos.

c) Se elimina la referencia al artículo 374 bis por estar refundidos las figuras de los actuales artículos 366 quinquies y 374 bis.

6) Se agrega el nuevo artículo 367 quinquies, que establece que las conductas de comercialización, distribución, difusión y exhibición se entenderán cometidas en Chile cuando se realicen a través de un sistema de telecomunicaciones al que se tenga acceso desde territorio nacional.

7) Se agrega una norma de concurso, el artículo 367 sexies, para los casos en que estos delitos concurrieren con los delitos propios de atentados sexuales contra niñas, niños y adolescentes, dando preferencia a la figura con mayor penalidad, pero considerando como agravante la concurrencia del ánimo de lucro, la entrega o promesa de entrega de dinero o especies susceptibles de valoración pecuniaria o la producción de pornografía.

8) Se deroga el artículo 374 bis, que pasa a refundirse con el artículo 367 quáter.

9) Se incorpora una norma transitoria para resolver problemas de derecho intertemporal, entregando soluciones a problemas de lex mitior (aplicación retroactiva de norma favorable), ultra actividad (aplicación de "ley derogada" para los hechos perpetrados durante su vigencia) y estableciendo la prohibición de lex tertia (formación de una "tercera ley" usando elementos favorables de la ley antigua y la ley nueva).

Estamos ciertos que, mediante estas innovaciones, se avanzará de manera

significativa en la protección penal de las víctimas de explotación sexual comercial, cuando afecten a niños, niñas y adolescentes, y comenzaremos a saldar una deuda por mucho tiempo ignorada, pero recogida en el trabajo interinstitucional desarrollado por instituciones públicas y privadas durante las últimas décadas.

En consecuencia, tengo el honor de someter a vuestra consideración, el siguiente

PROYECTO DE LEY:

"Artículo primero.- Modifícase el Código Penal en el siguiente sentido:

1) Intercálase, a continuación del artículo 366 quáter, el siguiente párrafo VI bis, nuevo:

"§ VI bis. Proxenetismo, explotación sexual comercial y pornografía de niños, niñas o adolescentes."

2) Derógase el artículo 366 quinquies.

3) Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 367:

a) Reemplázase, en el inciso primero, las expresiones "prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro" por los vocablos "explotación sexual de una persona menor de dieciocho años".

b) Reemplázase el inciso segundo por el siguiente:

"Si se perpetrare el hecho explotándola en razón de su dependencia personal o económica o si concurriere habitualidad, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales."

c) Agrégase el siguiente inciso tercero, nuevo:

"Para efectos de lo dispuesto en el inciso primero, se entenderá por explotación sexual la utilización de una persona menor de dieciocho años para la realización de una acción sexual o de una acción de significación sexual con ella a cambio de cualquier tipo de retribución."

4) Reemplázase en el artículo 367 ter las expresiones "a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtuviere servicios sexuales por parte de personas mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro" y la coma (,) que las anteceden por los vocablos "obtuvo la realización de una acción sexual de una persona menor de dieciocho años a cambio de cualquier tipo de retribución".

5) Intercálanse los siguientes artículos 367 quáter, 367 quinquies y 367 sexies, nuevos:

"Artículo 367 quáter. El que produjere, comercializare, importare, exportare, distribuyere, difundiere o exhibiere material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo.

El que maliciosamente almacenare o adquiriere material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio.

Para los efectos de este artículo, se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizadas personas 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, o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines.

Artículo 367 quinquies. Las conductas de comercialización, distribución, difusión y

exhibición, señaladas en el artículo anterior, se entenderán cometidas en Chile cuando se realicen a través de un sistema de telecomunicaciones al que se tenga acceso desde territorio nacional.

Artículo 367 sexies. Lo dispuesto en los artículos precedentes no será aplicable si el hecho fuere constitutivo de un delito sancionado con igual o mayor pena por alguna disposición de los párrafos 5 o 6 del título VII del Libro Segundo, en cuyo caso el ánimo de lucro, la entrega o promesa de entrega de dinero o especies susceptibles de valoración pecuniaria o la producción de pornografía serán considerados como una sola circunstancia agravante.”.

6) Deróganse los artículos 374 bis y 374 ter.

Artículo segundo.- Los hechos perpetrados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, así como las penas y las demás consecuencias que correspondiere imponer por ellos, serán determinados conforme a la ley vigente al momento de su perpetración.

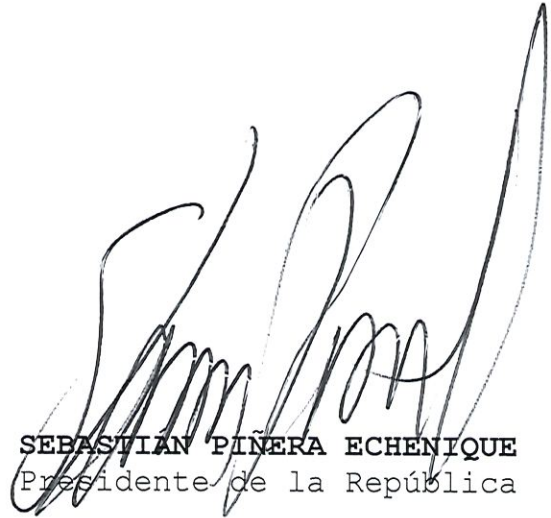
Si la presente ley entrare en vigor durante la perpetración del hecho se estará a lo dispuesto en ella, siempre que en la fase de perpetración posterior se realizare íntegramente la nueva descripción legal del hecho.

Si la aplicación de la presente ley resultare más favorable al imputado o acusado por un hecho perpetrado con anterioridad a su entrada en vigor, se estará a lo dispuesto en ella.


Para determinar si la aplicación de la presente ley resulta más favorable se deberá tomar en consideración todas las normas en ella previstas que fueren pertinentes al juzgamiento del hecho.

Para efectos de lo dispuesto en los incisos primero y segundo precedentes, el delito se entiende perpetrado en el momento o durante el lapso en el cual se ejecuta la acción punible o se incurre en la omisión punible.”.


Dios guarde a V.E.,



SEBASTIÁN PIÑERA ECHENIQUE
Presidente de la República



KARLA RUBILAR BARAHONA
Ministra de Desarrollo Social
y Familia



HERNÁN LARRAÍN FERNÁNDEZ
Ministro de Justicia
y Derechos Humanos