

MODIFICACIONES AL CÓDIGO PENAL POR LA LEY 19.927 SOBRE PORNOGRAFÍA INFANTIL Y OTRAS FIGURAS PENALES

HERNÁN SILVA SILVA*

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 5 de enero del año 2004 se publicó la ley n° 19.927 que ha sido denominada, como *Ley sobre Pedofilia*, que modifica una serie de disposiciones principalmente del Código Penal, del Código de Procedimiento Penal, Procesal Penal, en materia de pornografía infantil, a la Ley de Menores, sobre Libertad Condicional, Indultos Particulares, y sobre Calificación de la Producción Cinematográficas.

En este artículo abordaremos sólo el aspecto modificatorio sustantivo a los distintos tipos penales, que integran los denominados genéricamente delitos sexuales, sin entrar al análisis de todas las innovaciones introducidas a los otros cuerpos legales referidos en líneas anteriores.

Dejaremos establecido en estas primeras párrafos introductorios, que anteriormente en materia de atentados y agresiones sexuales, se promulgó la ley 19.617 de fecha 12 de julio del año 1999, que modificó el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, y otros ordenamientos legales principalmente en materia de violación.

Tal ley fue una de las más relevantes dictadas hasta esa data (1999) y produjo una serie de alteraciones al antiguo sistema en la tipología y estructura de tales delitos sexuales, sin perjuicio de ciertas innovaciones que se establecieron por leyes especiales al anterior mecanismo del Código Penal, y en cuya virtud se derogaron los delitos de adulterio y de raptó.

Este ordenamiento como es sabido y siguiendo la nomenclatura de otros códigos siguió el tratamiento de los delitos sexuales, bajo el título o etiqueta en el Libro II Título VII como los Crímenes y Simples delitos contra el Orden de la Familia y la Moralidad Pública, que era el bien jurídico tutelado por la ley penal, lo que era muy discutido.

En efecto algunos autores tanto nacionales como extranjeros señalaban que el valor jurídico protegido en los atentados debiera ser por ejemplo la honestidad, la libertad sexual, la autonomía sexual, la indemnidad sexual, moralidad, buenas costumbres, integridad sexual etc.

Todos estas reformas han significado una verdaderos cambios sustanciales en el campo del derecho penal sexual y se enmarca dentro de la política del gobierno de la modernización de la justicia, la actualización de las normas penales, considerando particularmente la tipificación en el derecho

*Profesor Derecho Penal y Procesal Penal, Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad San Sebastián y Director del Centro de Ciencias Penales y Proceso Penal de la USS.

comparado existente, entre otros países en España, Francia, Alemania, Italia, Portugal, Suiza, Austria, etc. lo que ha traído como resultante el aumento de las penas para ciertos delitos ya existentes, la creación de nuevos tipos penales, innovaciones relativas a la edad de la víctima, protección a los menores de edad, varios de ellos referidos al empleo de los computadores, etc.

El proyecto de ley 19.617 que modificó el Código Penal en materia de “delitos sexuales”, especialmente en lo relativo a la violación sexual, tiene su origen en diversos hechos: a) La inexistencia de un cuerpo legal que reglamente en forma moderna y de acuerdo con los conceptos criminológicos actuales, toda la preceptiva que se refiere a los atentados contra la libertad sexual. b) Tanto en el mensaje como en el informe se dejó constancia de que estos atentados contra la libertad sexual representan cifras muy elevadas en nuestro país. Por ejemplo, se señala que se protagonizan más de 20 mil episodios de violencia sexual al año, por lo que puede estimarse razonablemente entre un 75 y un 90% los hechos no denunciados. De los acusados sólo el 1,42% sufre condena. c) A ello debe agregarse además, la baja edad de las víctimas de los delitos de violación, estupro, violación sodomítica y abusos deshonestos, los que en un 71,5% son menores de edad. De esa cifra un 7,3% corresponde a menores de 4 años; el 24,5% a menores entre 5 y 9 años; un 25,5% a menores entre 10 y 14 años. d) En estos hechos son frecuentes las vinculaciones de parentesco, amistad o simple conocimiento entre el sujeto pasivo del delito y el victimario, que representan el 71,8% de los casos. e) La existencia de padres y parientes ofensores alcanza casi al 30%. f) Otra de las motivaciones del proyecto fue brindar un tratamiento digno y humano a quien aparece como víctima de estos delitos, así como modificar los criterios de sanciones penales y explicitar normas sobre medidas cautelares que deben cumplirse durante los procesos cautelares.

Ya la ley anteriormente citada 19.617 a la que nos referiremos sumariamente contempló una serie de modificaciones a los delitos que contenía el Código Penal, en cuanto a una serie de ilícitos y principalmente al delito de violación, descrito en los artículos 361 y 362, y se sustituyó el verbo rector o núcleo de la figura delictiva que era “*yacer*” por la de “*acceso carnal*.”

El término *yacer*, que además se estimaba antiguo, que se consignaba en el Código Penal Español, vigente a esa época, traía una serie de interpretaciones, no sólo vinculado a la copula sexual normal o coito, esto es, la introducción del miembro viril en la vagina de la mujer, sino que incluso se extendía a los actos contra natura, o algunos asimilados como la *fellatio in ore*, aunque esta no era la opinión generalizada de la doctrina y la jurisprudencia.

En cuanto a las vías u orificios para la comisión de este injusto, *se señaló la vaginal, la bucal y la anal*, y el sujeto pasivo que antes era sólo la mujer se amplía al varón y el artículo 362, que antes contemplaba el discutido principio de ejecución en el delito de violación se eliminó y que traía discusión doctrinaria.

En relación con el iter criminis y en virtud de lo anterior y volviendo a los principios generales aplicables a los delitos sexuales, no cabe la menor duda que tiene aplicación el art. 7º del Código Penal que se refiere a las etapas irregulares o imperfectas, como lo son la tentativa y la frustración.

Tales artículos quedaron con la siguiente redacción.

Art. 361. La violación será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.

Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de doce años, en alguno de los casos siguientes:

- 1º Cuando se usa de fuerza o intimidación.
- 2º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia.

3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

Art. 362. El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de doce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior.

También se modificó el artículo 363 que tipificaba el delito de estupro de una doncella mayor de 12 años y menor de 18 interviniendo engaño y el que quedó en definitiva, como; Será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de doce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

- 1º Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.
- 2º Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.
- 3º Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.
- 4º Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.”.

Se amplía, por lo tanto, el sujeto pasivo a *cualquiera persona, de sexo femenino o masculino* y a la forma de comisión del ilícito se siguen las figuras alternativas de la violación.

Referido al delito de abuso deshonesto del artículo 366 cuya redacción era del todo criticada ya que no señalaba las conductas ilícitas en forma expresa castigadas por la ley, constituyendo un caso verdadero de tipicidad abierta, por la ley 19.617 *se rotuló como de abuso sexual con serie de hipótesis penales, que no significaran acceso carnal, pero sí acciones, a las que se consignó una definición genérica de carácter sexual* y se le dio la siguiente escrituración; Art. 366. El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de doce años, será castigado:

- 1º Con reclusión menor en cualquiera de sus grados, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361.
- 2º Con reclusión menor en sus grados mínimo a medio, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere menor de edad.

Artículo 366 bis. El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de doce años, cuando no concurren las circunstancias enumeradas en los artículos 361 o 363, será castigado con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados. Si concurre alguna de esas circunstancias, la pena será de reclusión menor en sus grados medio a máximo.

Artículo 366 ter. Para los efectos de los dos artículos anteriores, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella.

Artículo 366 quater. 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 1º del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363.

En cuanto al delito de sodomía tratado en el artículo 365, que contemplaba la sodomía simple y la violación sodomítica, por la alteración legal se penalizan las conductas desviadas sexualmente ejecutada con menores de 18 años de su mismo sexo y que no constituya las figuras penales de violación o estupro y el que reza;

Artículo 365. El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

En cuando al delito de facilitación y favorecimiento de la prostitución y la corrupción de menores, por la reforma aludida se elimina lo vinculado a la corrupción de menores de edad. Antes de la reforma de la ley 19.617 citada en varios pasajes anteriores el artículo 367 sancionaba el injusto que se denominaba la promoción o facilitamiento de la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de un tercero y con la alteración se elimina lo relacionado con la corrupción de menores, y con la redacción que se apunta.

Artículo. 367. El que, habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.

Artículo 368. Si los delitos previstos en los dos párrafos anteriores hubieren sido cometidos por autoridad pública, ministro de un culto religioso, guardador, maestro, empleado o encargado por cualquier título o causa de la educación, guarda, curación o cuidado del ofendido, se impondrá al responsable la pena señalada al delito con exclusión de su grado mínimo, si ella consta de dos o más grados, o de su mitad inferior, si la pena es un grado de una divisible. Exceptúanse los casos en que el delito sea de aquellos que la ley describe y pena expresando las circunstancias de usarse fuerza o intimidación, abusarse de una relación de dependencia de la víctima o abusarse de autoridad o confianza.”

Los artículos 373 y 374, contemplan la figura penal de ultraje público a las buenas costumbres, el primero conservó su texto y el último que se conoce además como la difusión de la pornografía, se cambió por la ley 19.617 y más adelante por la 19.806 de Mayo del 2002. Aquí hay una clara referencia a los delitos contemplados en la Ley sobre Abusos de Publicidad, que no es materia de este trabajo.

Con las modificaciones quedó dicho precepto como sigue;

Art. 374. El que vendiere, distribuyere o exhibiere canciones, folletos u otros escritos, impresos o no, figuras o estampas contrarias 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 los 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.

En cuanto al delito de incesto del artículo 375, y que algunos estimaban su derogación no se eliminó y aunque no está expresamente descrita, se refiere a la relación sexual normal, cópula sexual entre ciertos parientes, la ley 19.617 mantiene la figura penal eliminando ciertos parientes y dejando sólo a los consanguíneos, al expresar;

Art. 375. El que, conociendo las relaciones que lo ligan, cometiere incesto con un ascendiente o descendiente por consanguinidad o con un hermano consanguíneo, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

2. ANÁLISIS DE LA LEY 19.927

La ley 19.927 entrando derechamente en materia, insistiendo que para el orden sistemático de las cuestiones en estudio, era necesario hacer una síntesis al régimen anterior vigente en materia de delitos sexuales, contempla innovaciones desde la agregación de nuevos vocablos al título de los delitos, “ Crímenes y delitos contra el orden de la familia y la moralidad pública y contra la integridad sexual” reafirmando de esa manera que la tutela del bien jurídico vinculatorio a la libertad sexual, como lo es la integridad sexual y la indemnidad sexual, haciendo una separación expresa y evidente de los otros bienes jurídicos, como lo son el orden de la familia y la moralidad pública dentro de los cuales se involucraban los delitos sexuales, desde antiguo.

La discusión referida no era nueva en nuestro derecho penal sexual, entre otras voces don Luis Rodríguez Collao, lo decía ya con la vigencia de la ley 19.617, al sostener que el bien jurídico tutelado debiera ser la indemnidad sexual y decía “ La noción de indemnidad sexual, en estricto rigor, alude a un estado de bienestar relacionado en la forma con que cada cual asume la vida sexual, en atención a su edad, su desarrollo físico y psíquico, su orientación sexual, su escala de valores, su educación, su nivel de relaciones sociales y sus experiencias vitales previas.” Delitos Sexuales. De conformidad las modificaciones introducidas por la ley n °19.617 de 1999, Editorial Jurídica de Chile. Año 2000 pág.127. ¹

Por su parte en el Boletín 2906-07 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, recaído en el Proyecto de lo que después fue la ley 19.927 en la página 10 se anotó” los bienes jurídicos protegidos no se reducirían únicamente la integridad y libertad sexual de los menores sino que tendrían especialmente en cuanto a 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 si podrían serlo entre personas adultas.”

Las figuras penales que se detallan y en las cuales hay acceso carnal y otros en los que no se presenta tal acceso, la difusión de la pornografía y la utilización en varios ilícitos de menores de

¹ Rodríguez Collao, Luis.” Delitos Sexuales. De conformidad las modificaciones introducidas por la ley n°19.617 de 1999, Editorial Jurídica de Chile. Año 2000 pág.127.

edad, la explotación sexual, igualmente se consideran los tipos simples y agravados según los casos y también tomando en cuenta ciertas condiciones del sujeto activo tales, como ser parientes o tener la calidad de funcionarios públicos.

Siguiendo el orden de la ley 19.927, el primer cambio consiste en el aumento de la pena del delito de violación del inciso primero del artículo 361 que era de tres años y un día a quince años, a la de cinco años y un día a quince años. Esto es, de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio por la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio. Se sustituyó, en el encabezamiento del inciso segundo, la palabra “doce” por “catorce”. Asimismo se reemplazó en el artículo 362 la palabra “doce” por “catorce” que se refiere a la violación cuando no concurre circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior.

Se modifica enseguida el encabezamiento del artículo 363 que tipifica y pena el estupro y sus diversas hipótesis, en los siguientes términos:

- a) Reemplázase la expresión “reclusión menor en sus grados medio a máximo”, por “presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo”.
- b) Sustitúyese la palabra “doce” por “catorce”.

Se crea el artículo 365 bis, que acuña acciones de corte sexual realizadas con *la introducción de objetos de cualquier tipo por cualquiera de las vías del acceso carnal, o se empleen animales en tales conductas*. Es disposición genérica que no especifica los objetos que se introducen las vías señaladas, lo que pueden artículos de goma, o de otro material y utilizar animales y preceptúa;

“Artículo 365 bis. Si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello, será castigada:

1. con presidio mayor en su grado mínimo a medio, si concurre cualquiera de las circunstancias enumeradas en el artículo 361;
2. con presidio mayor en cualquiera de sus grados, si la víctima fuere menor de catorce años, y
3. con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363 y la víctima es menor de edad, pero mayor de catorce años.”

Se cambia el artículo 366 el que prescribe;

“Artículo 366. El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años, será castigado con presidio menor en su grado máximo, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361.

Igual pena se aplicará cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho años.”

Reemplázase el artículo 366 bis, “Artículo 366 bis El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.”

En el artículo 366 ter, sustitúyese las palabras dos artículos anteriores por tres artículos anteriores.

Reemplázase el artículo 366 quáter;

“Artículo 366 quáter.- El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.

Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, la pena será presidio menor en su grado máximo.

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

Agrégase el artículo 366 quinquies:

“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”.

Sustitúyese el artículo 367 por;

“Artículo 367.- El que promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo.

Si concurriere habitualidad, abuso de autoridad o de confianza o engaño, se impondrán las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales.

La innovación consiste en que se penaliza la de la promoción o facilitación de la prostitución aunque sea una sola acción, y no cuando se presentaban varias conductas o acciones iguales en el tiempo que constituían habitualidad o repetición los mismos comportamientos. Cuando es habitual la actividad, la pena es la misma, pero agravada, más una multa.

Se efectuaron varias modificaciones en el artículo 367 bis que trata la prostitución quedando como:

Art. 367 bis. El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de treinta unidades tributarias mensuales.

“Sin embargo, se impondrán las penas señaladas en el inciso segundo del artículo anterior en los siguientes casos:”

1. Si la víctima es menor de edad.
2. Si se ejerce violencia o intimidación.
3. Si el agente actúa mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza.
4. Si el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador o encargado del cuidado personal de la víctima.”
5. Si el agente se vale del estado de desamparo económico de la víctima.
6. Si existe habitualidad en la conducta del agente.

Disposiciones comunes a los dos párrafos anteriores

Se agrega una nueva disposición que es el 367 ter, relativo a la persona que mediante dinero u otras prestaciones se beneficiase con otros servicios sexuales por parte de mayores de catorce y menores de dieciocho años y que constituyan las figuras de la violación o estupro.

”Artículo 367 ter.- El que, 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, será castigado con presidio menor en su grado máximo.”.

En virtud de ley que examinamos se agregó el artículo 368 bis comprensivo de una materia nueva en nuestra legislación penal, relativo a la utilización de establecimientos a sabiendas de su propietario u otras personas, para la comisión de ciertos atentados sexuales, se podrá sancionar por la vía judicial con la clausura definitiva, o la medida cautelar de la clausura temporal. En cuanto el elemento psicológico o subjetivo del delito se requiere del conocimiento del destino o no pudiendo menos que saberlo. El caso más típico sería con dolo directo, considerando la expresión a sabiendas que se emplea por el legislador. y posiblemente no se descarta el dolo eventualis.

“Artículo 368 bis. Cuando, en la comisión de los delitos señalados en los artículos 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter o 374 bis se utilizaren establecimientos o locales, a sabiendas de su propietario o encargado, o no pudiendo éste menos que saberlo, podrá decretarse en la sentencia su clausura definitiva.

Asimismo, durante el proceso judicial respectivo, podrá decretarse, como medida cautelar, la clausura temporal de dichos establecimientos o locales.”

Introdúcese un nuevo artículo 369 ter, que se aplica cuando una persona o una organización delictiva hubiese cometido o preparado ciertos delitos sexuales, se podrá en casos calificados, ordenar por orden judicial la interceptación o grabaciones de las telecomunicaciones, grabar las comunicaciones, fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes, y la intervención de agentes encubiertos.

“Artículo 369 ter. Cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 366 quinquies, 367, 367 bis, 367 ter, 374 bis, inciso primero, y 374 ter, y la investigación lo hiciere imprescindible, el tribunal, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la interceptación o grabación de las telecomunicaciones de esa persona o de quienes integran dicha organización, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos y la grabación de comunicaciones. En lo demás, se estará íntegramente a lo dispuesto en los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal.

Igualmente, bajo los mismos supuestos previstos en el inciso precedente, podrá el tribunal, a petición del Ministerio Público, autorizar la intervención de agentes encubiertos. Mediando igual autorización y con el objeto exclusivo de facilitar la labor de estos agentes, los organismos policiales pertinentes podrán mantener un registro reservado de producciones del carácter investigado. Asimismo, podrán tener lugar entregas vigiladas de material respecto de la investigación de hechos que se instigaren o materializaren a través del intercambio de dichos elementos, en cualquier soporte.

La actuación de los agentes encubiertos y las entregas vigiladas serán plenamente aplicables al caso en que la actuación de los agentes o el traslado o circulación de producciones se desarrolle a través de un sistema de telecomunicaciones.

Los agentes encubiertos, el secreto de sus actuaciones, registros o documentos y las entregas vigiladas se regirán por las disposiciones de la ley N° 19.366.”.

Se modifica el artículo 372 por el siguiente:

“Artículo 372.- Los comprendidos en el artículo anterior y cualesquiera otros condenados por la comisión de los delitos previstos en los dos párrafos precedentes en contra de un menor de edad, serán también condenados a las penas de interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oídos como parientes en los casos que la ley designa, y de sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal. Esta sujeción consistirá en informar a Carabineros cada tres meses su domicilio actual. El incumplimiento de esta obligación configurará la conducta establecida en el artículo 496 N° 1 de este Código.

Asimismo, el tribunal condenará a las personas comprendidas en el artículo precedente a la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, en cualquiera de sus grados.

En las situaciones descritas hay una remisión a los delitos de violación y estupro ya vistas, y que además de las sanciones penales hay sanciones civiles, como lo es la interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oídos como parientes en los casos que la ley así lo requiera. Más las penas especiales para los sujetos activos de sufrir la inhabilitación absoluta de la forma que allí se indica.

Se modifica el artículo 372 bis que tipifica la violación con resultado muerte, vale decir esta agresión sexual en concurso con el homicidio, el que se indica a continuación, y se aumenta la pena de presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado, y como se sabe en este caso sólo procede la libertad condicional una vez cumplidos cuarenta años de privación de libertad y se deroga el inciso segundo.

“Artículo 372 bis. El que, con ocasión de violación, cometiere además homicidio en la persona de la víctima, será castigado con presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado.”
Agrégame el siguiente artículo 374 bis, y 374 ter relacionados con la comercialización, importación, exportación distribución y difusión y exhibición del material pornográfico de cualquier soporte cuando interviene o han sido utilizados menores de diez y ocho años y al maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico cuando se hubiese utilizado menores de diez y ocho años.

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

“Artículo 374 ter. Las conductas de comercialización, distribución 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.”

3. ANÁLISIS DE LAS AGRESIONES SEXUALES EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

A continuación nos referimos al tratamiento penal que el actual Código Penal Español de los delitos sexuales, cuerpo este legal que ha tenido una serie de importantes innovaciones en tal materia, en virtud de varias leyes desde el año 1988, después con la ley L0 3/1989, posteriormente en el año 1995, siendo la última la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

Por otra parte hay que considerar además que la ley 19.927 sobre pornografía infantil y otras figuras penales, que se está exponiendo en este artículo tienen una fuerte inspiración en tal normativa, y los que aparecen bajo el título de Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, el que se divide en varios capítulos englobando materias afines y los que se comentan al final.

1. *De las agresiones sexuales*

Artículo 178.

El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Artículo 179.

Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años.

Artículo 180.

1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1ª) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
- 2ª) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
- 3ª) Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.
- 4ª) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

- 5ª) Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.
2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.

2. *De los abusos sexuales*

Artículo 181.

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.
2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.
3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.
4. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3ª o la 4ª, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código.

Artículo 182.

1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.
2. La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concurra la circunstancia 3ª o la 4ª, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.

Artículo 183.

1. El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.
2. Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3ª o la 4ª de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.

3. *Del acoso sexual.*

Artículo 184.

1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses.
3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 del presente artículo.

4. De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual

Artículo 185.

El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses.

Artículo 186.

El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año, o multa de seis a doce meses.

De los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores

Artículo 187.

1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Incurrirán en la pena de prisión indicada, en su mitad superior, y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
3. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

Artículo 188.

1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.
2. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años, a los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
3. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores.

4. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.

Artículo 189.

- a) Cuando se utilicen a niños menores de 13 años.
 - b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
 - c) Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.
 - d) Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual.
 - e) Cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.
 - f) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.
4. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

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

- 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.
- b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

A quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de estas conductas se le impondrá la pena en su mitad inferior.

2. Se impondrá la pena superior en grado cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.
3. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses.
4. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento, a un menor de edad o incapaz, y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.
5. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.

Artículo 190.

La condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia.

COMENTARIO

1. Como se observa de la sola lectura del articulado transcrito una serie de normas penales sobre los atentados sexuales vertidos en la legislación nacional, se basan como lo anotamos más arriba en la legislación española, y estos se agrupan dentro del párrafo VIII de los delitos contra la libertad sexual, que es la tendencia moderna de etiquetar estos ilícitos bajo ese bien jurídico y como se había establecido en virtud de modificaciones legales anteriores al 2004, lo que ocurrió en el año 1989.
2. El concepto de libertad sexual había sido ampliamente analizado por fallos judiciales, en el sentido que tanto el hombre como la mujer puedan establecer en forma libre sus relaciones sexuales con otras personas mayores y a no ser obligados a soportar actos sexuales sin su consentimiento.
3. Al respecto Joan. J Queralt Jiménez, catedrático de Derecho Penal de Barcelona, en su obra Derecho Penal Español Parte Especial Tercera Edición conforme al Código penal de 1995 Delitos contra los intereses individuales y colectivos. José María Bosch Editor, S.L.- Barcelona en la p 126 sobre este punto acota "Con todo, el bien jurídico principal sobre el que pivota la condición de las conductas que examinaremos a continuación (se refiere a los delitos contra la libertad sexual, esto es, nuestro) reside en la capacidad de la persona madura medianamente madura de decidir las prácticas sexuales que desea. Ello es consecuencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad."²
4. En el mismo sentido es válida la opinión que sustentaba hace años el profesor José Luis Diez Repolles, en su texto al expresar "La libertad sexual, como se ha señalado repetidamente la doctrina, tiene dos vertientes, una positiva y otra negativa, que no han de considerarse opuestas sino complementarias. A tenor de la primera se atiende a la libre disposición por la persona de sus propias. A tenor de la segunda, el acento recae en el aspecto defensivo, esto es en el derecho a no verse involucrado sin su consentimiento en otra persona en un contexto sexual." potencialidades sexuales, tanto en el comportamiento particular, como frente a los demás."³
5. Los artículos 178, 179 y 180 se refieren a las agresiones sexuales con o sin acceso carnal, entre personas del mismo sexo o contrario. El acceso carnal, presupone o tiene una línea vinculatoria con la penetración, y en este caso también se pueden utilizar la introducción de objetos en las cavidades vaginales o anales, no tiene que ser objeto o parte del cuerpo humano del sujeto activo, sino que aparatos o instrumentos del cualquier tipo. Queralt, ob. cit. p 140 sostiene "La introducción ha de ser de objetos que no formen parte del cuerpo humano, es decir, instrumentos manufacturados, sean estos especialmente ideados para relaciones eróticas o no."⁴

2. Queralt Jiménez, J. Joan. Derecho Penal Español Parte Especial Tercera Edición conforme al Código penal de 1995. Delitos contra los intereses individuales y colectivos. José María Bosch Editor, S.L.- Barcelona en la pag. 126

3 Diez Repolles, José Luis. La Protección de la Libertad Sexual. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España. pag..23

4. Queralt. ob.cit. p.140.

6. El artículo 180 se refiere a las conductas sexuales que llevan pena mayor por la existencia de agravantes, tanto en relación con los sujetos que intervienen, su número y los medios empleados, cuando se trate de actos degradantes o vejatorios, cuando se cometen por tres o más
7. personas actuando en grupo, pueden ser hombres o mujeres que es lo que se denomina, cuadrilla, la vulnerabilidad de la persona, el prevalimiento del parentesco, el empleo de medios peligrosos que puedan producir la muerte o lesiones de cierto tipo a la persona.
8. En los artículos 181 a 182 se tipifican los llamados abusos sexuales, no se presenta la violencia ni la intimidación con respecto al sujeto pasivo, cuando el abuso se obtenga sin consentimiento, abuso sexual de menores de edad, o de personas que tengan alguna patología o incapacidades, cuando se den circunstancias de parentesco o la vulnerabilidad de la víctima. Hay tipos simples y agravados.
9. En el artículo 183 se refiere al estupro, al señalar el engaño en el abuso sexual y después se tipifica el estupro con acceso carnal o mediante la introducción de objetos, en esta última situación, se aumenta la pena, siendo un tipo penal agravado.
10. En cuanto al acoso sexual, figura penal no considerada hasta la fecha en nuestra legislación no obstante, existe en tramitación un proyecto sobre esta materia, que lo incluye dentro del campo laboral, como infracción a la normativa del código del trabajo y su tipificación como delito falta, se consagra en el artículo 184 y consiste en un superior solicita a un dependiente favores de corte sexual basando en su autoridad y que no media el consentimiento de la ofendida o víctima.
11. El artículo 185 y 186 apuntan a los delitos de exhibicionismo provocación sexual y a la difusión de la pornografía en ambos casos a los menores de edad y a los incapaces. Se trata de proteger a los menores o a los incapaces de las exhibiciones obscenas o la difusión y conocimiento a los menores de material pornográfico, que ejecuten terceros y para impedir su corrupción
12. En los arts. 187 al 190, se indican los delitos relativos la prostitución título que se critica y se prefiere el de explotación sexual, se dan los tipos penales de la prostitución, de la explotación propiamente tal que se hace de los menores o de los incapaces, contemplándose los simples, y los agravados cuando el sujeto activo es funcionario público, Considerando lo minucioso que ha sido el legislador al puntualizar las conducta ilícitas y por su claridad no merecen mayor explicitación.
13. En cuanto al aspecto subjetivo o culpabilidad todos los tipos penales descritos son de comisión dolosa y se descarta de plano la perpetración culposa o imprudente. En los delitos sexuales propiamente tales, se pueden presentar las etapas imperfectas de la ejecución. Además se puede dar la figura del concurso de delitos, con las agresiones o abusos sexuales, tales, como homicidio, lesiones etc.
14. Se desprende de todo lo anotado, el avance de la legislación española a la protección de los menores y evitar que estos explotados o abusados sexualmente, aumento de penas, ampliación de los medios o conductas de comisión de tales injustos, y que es la tendencia mundial, especialmente contemplado en los Códigos Penales de Italia, Francia, Alemania, Austria entre otros y de ciertos códigos latinoamericanos os modificados.

