

El delito de producción de material pornográfico infanto-juvenil en Chile. Especial atención al bien jurídico protegido y algunos problemas concursoales¹

The crime of child pornographic material production in Chile.
Special attention to the legal interest and some concurrency
of law problems

Raúl Carnevali Rodríguez 

Doctor en Derecho
Universidad de Talca - Chile
Correo electrónico: rcarnevali@utalca.cl
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4430-0139>

Cristóbal Salazar Zenteno 

Abogado
Universidad de Talca - Chile
Correo electrónico: csalazarzenteno@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5661-7400>

¹ Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1170276 titulado "Concurso de delitos como concurrencia de leyes penales".

Resumen

El delito por producción de material pornográfico infanto-juvenil fue introducido en Chile en el año 2004 con el fin de comprender una serie de comportamientos relacionados con la pornografía de menores. De esta manera, además de la producción, también se tipifica la distribución, exhibición o difusión de material pornográfico, como su adquisición o almacenamiento. Ciertamente, se pueden presentar problemas interpretativos no menores que requieren ser resueltos, en este caso, no solo respecto a los delitos mencionados, sino también con otras figuras vinculadas al orden sexual. Por esta razón, el trabajo está dirigido a precisar la figura de la producción regulada en el artículo 366 *quinquies* del Código penal, particularmente atendiendo a su bien jurídico protegido. En este sentido, se estima que se trata de un delito pluriofensivo, pues no solo se protege la indemnidad o la libertad sexual, sino también el derecho a la propia imagen, intimidad y honra del menor, entendiendo que la actividad productiva, en cuanto captación gráfica de una imagen, puede suponer un riesgo de divulgación o difusión. Considerando lo anterior, se pretende resolver los problemas concursales que se pueden presentar.

Palabras clave

Pornografía infanto-juvenil, concursos de delitos, pluriofensividad, honra, indemnidad sexual.

Abstract

The crime of child pornographic material production was introduced in Chile in 2004 to include a series of behaviors related to child pornography. Thus, in addition to production, it also criminalizes the distribution, exhibition, or dissemination of pornographic material, as well as its acquisition or storage. Certainly, there are not minor interpretative problems that need to be solved, not only concerning the above-mentioned crimes but also for other crimes related to the sexual order. For this reason, this study is aimed to clarify the figure of production regulated in article 366 *quinquies* of the Criminal Code, particularly about its protected legal right. In this sense, it is considered that it is a multi-offensive crime, since not only the sexual indemnity or freedom is protected, but also the right to the minor's image, privacy, and his honor,

Cómo citar este artículo:

Carnevali, R. y Salazar, C. (2022). El delito de producción de material pornográfico infanto-juvenil en Chile. Especial atención al bien jurídico protegido y algunos problemas concursales. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 52(137), pp. 469-488.

doi: <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v52n137.a05>

Recibido: 22 de junio de 2021

Aprobado: 11 de enero de 2022

understanding that the productive activity, as a graphic capture of an image, may involve a risk of disclosure or dissemination. Considering the above, it is intended to solve the concurrency of criminal law problems that may arise.

Keywords

Child pornography, concurrency of law, multi-offensive crime, honor, sexual indemnity.

Presentación del problema

El delito de producción de material pornográfico infanto-juvenil, consagrado en el artículo 366 *quinquies* del Código penal chileno, puede tener diversos problemas interpretativos que lo vinculen con otros delitos sexuales de manera que pueden estar particularmente presentes cuestionamientos de orden concursal. Es así, por ejemplo, que durante la elaboración de un video en el que uno de los intervinientes es un menor de edad, este puede ser objeto de contactos corporales (en el sentido del art. 366 *ter* del Código penal), o ser accedido carnalmente configurando la violación o estupro en su caso, asimismo, puede tener lugar la introducción de objetos (de conformidad al art. 365 *bis* del mismo Código). Ahora bien y sin perjuicio de los tipos penales citados, puede acontecer que un menor —que puede no participar en la producción pornográfica— se le hiciere ver o escuchar material pornográfico, conforme se dispone en el artículo 366 *quater* del Código punitivo. En este último caso, es importante resaltar que la expresión *material pornográfico* no tiene el mismo significado que la dispuesta en el artículo 366 *quinquies*, lo mismo puede decirse del artículo 411 *quater* del Código penal, como bien lo señala Ossandón (2014).

Por otro lado, deben tenerse presente las conductas reguladas en el artículo 374 *bis* del Código penal, a saber, distribución, exhibición o difusión de material pornográfico y, adquisición o almacenamiento del mismo material, que pueden entenderse como una especie de incriminación en cascada junto con el delito de producción del artículo 366 *quinquies*. Al respecto, la incorporación de estas figuras al Código punitivo obedeció a un propósito concreto, es decir, recurrir a una técnica incriminadora similar al delito de tráfico de estupefacientes: abarcar la *cadena completa de conductas* (Carnevali (2012), Matus y Ramírez (2021) y Rodríguez Collao y Mayer (2013)). Lo anterior, procuró evitar cualquier espacio de desprotección normativa en la cual pueda verse envuelto el menor vulnerado por esta clase de delitos. Dicha intención quedó plasmada en la propia historia de la ley, donde en diferentes pasajes se mencionó este propósito, entre ellos:

La Diputada señora Guzmán explicó que se había optado por modificar los delitos relativos a la violación y a los abusos sexuales, elevando de 12 a 14 años la protección a los menores. Asimismo, en lo que se refiere a la pornografía infantil, se había precisado la figura un tanto confusa del artículo 366 *quater*, ampliándola e incluyendo en ella la presencia de menores en tal tipo de espectáculos. 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”. (Comisión de Constitución, Legislación y Justicia a la Cámara de Diputados del proyecto de la referencia a la Cámara de Diputados, Boletín 2906-07, 14 de mayo de 2003. Cuenta en Sesión 79 Legislatura 348).

Lo reseñado, es particularmente relevante al momento de precisar qué conductas son las que efectivamente se materializan en el evento de que ocurra más de una.

Pues bien, aunque se trata de una sucinta exposición del dilema, ya puede vislumbrarse que los problemas de orden concursal son evidentes. Con todo, se hace necesario en primer lugar precisar los contornos del tipo penal de producción de material pornográfico regulado en el artículo 366 *quinquies* del Código penal, de este modo, se podrá establecer cuáles reglas aplicar.

Algunas precisiones respecto del delito de producción de material pornográfico

Artículo 366 *quinquies* del Código penal

El delito examinado fue incorporado al Código punitivo chileno, tal como hoy se expresa, por la Ley 19.927 de 2004. Si bien es cierto, la Ley 19.617 de 1999 introdujo en el artículo 366 *quater* el castigo al empleo de menores de doce años en la producción de material pornográfico, esta última norma

fue derogada por la Ley 19.846 de 2003 sobre Calificación de la producción cinematográfica, que en su artículo 30 establecía regulaciones acerca de la producción de material pornográfico, como bien lo detallan Cox (2005) y Künsemüller (2003). Sobre el punto es interesante destacar que el artículo recién citado elevó la edad de las víctimas, de doce años a dieciocho años, amén de aumentar las penas. No obstante, la Ley 19.927, ya citada, supuso un cambio relevante en el tratamiento de la pornografía infanto-juvenil, pues se regularon tres delitos de forma independiente a fin de comprender, tal como se ha señalado, todo el ciclo de comportamientos de forma tal que no se dejen espacios de impunidad. En efecto, la ley en comento, como se indicó *supra*, además del delito de producción de material pornográfico, tipificó su comercialización o tráfico, y su adquisición o almacenamiento.

El artículo 366 *quinquies* establece qué debe entenderse por pornografía infanto-juvenil, que prácticamente reproduce el artículo 2c 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 y que Chile ratificó el 6 de febrero de 2003. A lo anterior, debe agregarse la siguiente frase: “o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines”, tal como dispuso la Ley 20.526 de 2011 (Rodríguez y Polanco 2015).

En cuanto al bien jurídico protegido se puede afirmar lo siguiente: podría decirse que existe cierta unanimidad en la doctrina por estimar que, en materia de delitos sexuales, los bienes jurídicos que se amparan guardan relación con la libertad personal, entendiéndola, específicamente, con el ejercicio de la autodeterminación de las facultades sexuales (Morales y García en Quintero, 2016, p. 366, con observaciones Rodríguez (2014)). Lo expuesto debe valorarse desde una doble representación, en efecto, que la persona no sea obligada a enfrentarse a contextos sexuales no queridos, es decir, de una interacción sexual no consentida, lo que se conoce como libertad sexual negativa, y que su autodeterminación sexual puede ser ejercida de la manera que le plazca sin que ello signifique, claro está, afectar a un tercero, es lo que se denomina libertad sexual positiva (Morillas, 2005). Comprendido desde esta perspectiva, supone una capacidad de ejercicio actual de sus facultades de autodeterminación sexual.

En lo que respecta a los menores, se afirma que el objeto de protección es su libertad sexual potencial o indemnidad sexual, en el entendido que lo que quiere evitar es que se los confronte con realidades o contenidos que pueden

afectar su proceso de aprendizaje en materia sexual, hipotecando el libre y responsable ejercicio de su futura libertad sexual como señalan Morales y García (citado en Quintero, 2016, p. 366), Garrido Montt (2007) y De La Fuente (2008).

Ahora bien, como fue expuesto en otro trabajo (Carnevali, 2012), se considera que en aquellos casos en que intervienen menores en la producción de un material pornográfico es posible apreciar la concurrencia de otros bienes jurídicos. Como allí se señaló:

[...] si partimos de la base de que al intervenir menores en ciertos actos de significación sexual lo que se pretende es evitar la práctica de determinadas actividades sexuales que pudieran erosionar el proceso de formación de su sexualidad, surge la interrogante si en la producción, así como en los otros delitos comprendidos en la “cadena de pornografía infantil”, se tutelan además otros intereses jurídicos”. (Carnevali, 2012, p.10).

Según el punto de vista de los autores, y a fin de que se aprecie una coherencia con los delitos vinculados con el material pornográfico, es decir, con aquellas figuras penales comprendidas dentro de la cadena a la que se ha aludido, solo puede entenderse en la medida que tengan un carácter pluriofensivo². Por tanto, no sólo se protege la indemnidad o la libertad sexual, sino también el derecho a la propia imagen del menor y su honra, entendiendo que la actividad productiva, en cuanto captación gráfica de una imagen o voz, puede suponer un riesgo de divulgación o difusión, como lo afirman Vera Azócar y Sepúlveda Sánchez (2011). Es más, respecto a este punto, ambos autores dan cuenta de la sentencia del Séptimo Tribunal en lo Penal de Santiago en causa RIT N° 214-2007, de fecha 12 de diciembre de 2007, en donde se asevera lo señalado: “además se busca proteger la imagen y el honor del menor de edad en función de su desarrollo integral, a fin de evitar el peligro de verse expuestos a una divulgación de ese material lo que naturalmente vulneraría aquello”. Conforme a lo expuesto, se puede afirmar que los delitos comprendidos en esta suerte de incriminación en cascada: producción de material pornográfico infanto-juvenil,

2 En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de los tribunales de justicia de Chile. Por ejemplo, en la sentencia con fecha 04 de julio de 2006, RIT N° 18-2006 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio. Se pronuncian también sobre los bienes jurídicos tutelados por estos delitos los siguientes fallos: Corte de Apelaciones de Valparaíso en la sentencia con fecha 23 agosto de 2012 en RIT 431-2012; Corte de Apelaciones de Concepción en la sentencia con fecha 02 de noviembre 2007 en RIT 547-2007; Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago en la sentencia con fecha 26 de marzo de 2014 RIT 247-2013; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique en la sentencia con fecha 29 de julio de 2014 en RIT 262-2013.

como los delitos de difusión o distribución de dicho material y de posesión o almacenamiento se amparan similares bienes jurídicos (Oxman, 2011). Lo anterior, lleva a afirmar que el delito de producción de material pornográfico del artículo 366 *quinquies* solo puede configurarse en la medida que se pueda apreciar un peligro concreto de una posterior difusión o comercialización. En consecuencia, no podría entenderse la concurrencia de este por la sola circunstancia de la grabación o en la elaboración del material si se determina que no hubo peligro de una posterior difusión de las imágenes o grabaciones (Rodríguez Collao y Mayer, 2013). No hay una afectación de la propia imagen del menor y su honra si sólo se acredita una intervención, mas no un riesgo de difusión o de tráfico posterior.

En todo caso, lo reseñado sí merece ciertas precisiones que guardan relación con la edad del menor. En efecto, el artículo del Código penal que se menciona se refiere a menores, sin distinguir. Pero, conforme a las normas que regulan los delitos sexuales hay que diferenciar entre los menores de catorce años y los mayores de esa edad, pero menores de dieciocho años. De acuerdo con lo anterior y para efectos de una coherencia interpretativa, está distinción es completamente aplicable a los casos y, por tanto, debe considerarse que, respecto a los menores de catorce años, su *consentimiento* es completamente irrelevante para todo aquello que diga relación con actividades de significación sexual en las que hayan intervenido. En consecuencia, si han participado en la producción de un material que pueda calificarse como pornográfico, será delito, independientemente de su aquiescencia; se ampara su indemnidad sexual bajo todo evento.

Cuestión distinta podría interpretarse en cuanto a los mayores de catorce, pero menores de dieciocho años. En efecto, también recurriendo a reglas hermenéuticas, es posible concluir que al tener estos menores comprendidos en este rango etario, una determinada autonomía para ejercer la libertad sexual, pueden discernir acerca de las consecuencias de sus actos de significación sexual. En la medida que no se configuren ninguna de la hipótesis del delito de estupro —ciertamente, tampoco las propias de la violación y del abuso sexual—, no se ve afectada su autodeterminación en materia sexual y, por ende, no se está frente a figura punible alguna. Atendido lo anterior, y conforme a lo expuesto sobre el bien jurídico protegido, sólo cabe concluir que no podría castigarse la sola intervención del sujeto activo en una producción de material pornográfico, salvo que se aprecie el riesgo o peligro de difusión. En otros términos, considerando que se está frente a captaciones que pueden ser objeto de difusión, esto es, conocidas por terceros, sólo serán punibles en la medida

que pueda ser afectado el derecho a la propia imagen del menor, intimidad y honra. Si se acredita que tal riesgo no está presente, no se está frente a un acto típico. Interpretarlo en sentido diverso, es decir, que la sola intervención del menor en la producción de material pornográfico es delito, nos lleva a contradicciones difíciles de soslayar y que no se sustentan conforme al sistema que se ha construido para la protección de la libertad e indemnidad sexual. En efecto, es incuestionable que un menor de dieciocho años puede realizar actos de significación sexual, en la medida que no se vea erosionada su libertad en esta esfera, incluso participando con adultos. No obstante, tal autonomía no estaría presente si tales actos son captados o grabados, pudiendo estimarse aquello como material pornográfico. Parece difícil de entender que el mismo acto sexual con un adulto si es realizado en privado, carece de relevancia penal, pero si ese mismo acto es captado gráficamente o grabado, sí sería punible (De La Fuente (2008) y Morillas (2005)). Para evitar tal incoherencia, el bien jurídico debe comprenderse en los términos aquí expuestos, es decir, en un sentido pluriofensivo: se configura el tipo del artículo 366 *quinquies* del Código penal cuando existe un peligro cierto de difusión, de forma que el riesgo a la imagen y honra del menor está presente y por ello, su proceso formativo y libre de injerencias para el ejercicio futuro de su libertad sexual.

Problemas concursales del delito de producción de pornografía infanto-juvenil

Si se tiene en consideración —como se señaló precedentemente— que el legislador optó por una incriminación en cascada para este tipo de conductas, lógicamente, la primera de éstas en ser tipificadas es la producción de material pornográfico en el que participan menores de dieciocho años edad con las precisiones ya conocidas. De acuerdo con lo anterior, esta figura es la que presenta mayores problemas concursales, debido a que con ella comienza la tipificación de estas conductas punibles asociadas a la cadena delictiva de pornografía infanto-juvenil, es más, la producción de material pornográfico es condición *sine qua non* para que se desarrollen los demás tipos penales. Por tanto, siendo el primer eslabón el límite con los demás tipos penales como la comercialización y almacenamiento puede en algunos casos ser difuso. En este mismo orden, durante la consumación de estos hechos pueden aparecer otros tipos penales asociados a figuras más comunes en contra de la libertad e indemnidad sexual de los menores, como lo son los delitos de violación, abuso sexual y estupro, donde también se manifiestan problemas concursales.

De lo expuesto anteriormente, un componente importante que permitirá distinguir si estamos en presencia de un concurso de leyes o de delitos será el criterio del o los bienes jurídicos tutelados por cada uno de los delitos (Castelló, 2000). Estas instituciones a pesar de estar estrechamente relacionadas conducen a soluciones jurídicas diferentes con injerencias no solo en la punibilidad del hecho, sino que también con consecuencias político-criminales. Para analizar los alcances de lo aseverado, ver en Carnevali y Salazar (2020).

Antes de entrar a examinar cada uno de los problemas concursales que presenta el delito de producción de material pornográfico infanto-juvenil, se debe precisar bajo qué reglas se abordarán estas disyuntivas. Sin entrar al detalle, es preciso hacer la distinción entre concurso de leyes —en doctrina chilena llamado concurso aparente de leyes— y el concurso de delitos.

A diferencia del Código penal español, en Chile no existe una consagración expresa del concurso de leyes, lo cual tiene considerables repercusiones prácticas y teóricas, pues el alcance de cada uno de los principios que sirven de base para la solución de estos problemas concursales queda, por tanto, al arbitrio de la doctrina y jurisprudencia. Interesante aproximación es la que hace Klug (1989), quien sostiene que las normas se encuentran en una relación concursal de *numerus clausus*, estas serían sólo cuatro: a) heterogeneidad, b) identidad, c) subordinación, e) interferencia. El autor entonces reconduce cada una de estas relaciones lógicas a los principios desarrollados por la doctrina (especialidad, consunción, subsidiariedad y alternatividad), análisis que es de suma importancia toda vez que da cuenta del número limitado de supuestos en el cual se pueden encontrar las normas penales, acotando de esta forma los distintos postulados que tiene la doctrina y la jurisprudencia respecto al tema, los que por cierto son diversos. Para ver con más detalle el alcance de estas interacciones propuestas por Klug, ver Carnevali y Salazar (2020, p. 11 y 12).

La doctrina mayoritariamente —tanto chilena como extranjera— habla de cuatro principios que sirven de base para la aplicabilidad de una sola norma penal y así no recurrir al concurso de delitos. La principal razón para no recurrir al concurso de delitos tiene lugar cuando se está en presencia del mismo bien jurídico, o cuando éstos están estrechamente relacionados. Ello a fin de no vulnerar el principio de *non bis in idem*. Además, esta distinción permite dar coherencia al sistema concursal (Obregón, 2008). Esto tiene una razón histórica, pues Binding en su célebre libro *Handbuch* (1885), erigió un *sistema clásico* consagrando los cuatro principios ya citados. Este sistema se opone a los *monistas*, para quienes el concurso de leyes entrega una respuesta

única que permite explicar los casos de interpretación, particularmente, a través del principio de especialidad (Matus, 2000).

Se considera que los principios o reglas resolutorias del concurso de leyes siguen una jerarquía o prelación. En un *primer nivel* se encontrarían los principios de especialidad, consunción y subsidiariedad —de hecho, se discute si también dentro de este *primer nivel* existe jerarquía, siendo propuesto como el de primer grado el principio de especialidad—, y en *segundo nivel* el principio de alternatividad o de pena superior, como bien lo señala Castelló (2000). Lo anterior, tiene asidero normativo en el derecho comparado, ya que es el Código penal español, en su artículo 8 que establece un orden de aplicación, donde existe una prelación entre cada una de las reglas. Sin perjuicio de lo anterior, las razones son evidentes ya que en los principios de *primer nivel* hay una coherencia con las demás normas penales, que se materializa con una que prefiere a la otra (Carnevali y Salazar, 2020). Este punto será importante al tratar de resolver los problemas concursales que se resolverán *infra*.

A modo de premisa, se estará ante un concurso de leyes en materia de producción de material pornográfico infanto-juvenil cuando se produzca un único hecho, y ese hecho será subsumible en un sólo tipo penal utilizando cualquiera de los principios que sirven de base al concurso de leyes, con independencia de las normas que concurren efectivamente. Estas normas desplazadas tendrán incidencias al momento de determinar la pena, por el contrario, será competencia del concurso de delitos cuando se logre establecer una pluralidad de hechos o un solo hecho que traerá aparejado, por tanto, dos o más delitos.

Debido a lo expuesto, no debe confundirse concurrencia de normas con concurrencia de delitos. En el primer caso se estará en presencia de un concurso de leyes, en el segundo de ellos, se tratará de un concurso de delitos.

Relación concursal del delito de producción con otros delitos vinculados a la pornografía infanto-juvenil

En primer lugar, teniendo siempre como criterio central que la producción de material pornográfico infanto-juvenil es el delito base de esta cadena de

conductas (producción, comercialización³ y almacenamiento), puede darse la situación de que quien participe en la producción de este material, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, *almacene para sí*⁴, es decir, sin ninguna intención de comercializar, importar, exportar, distribuir, difundir o exhibir contenido pornográfico infanto-juvenil. En este caso —como se dijo— se deberá tener en consideración la edad del menor y su capacidad de prestar consentimiento sobre todo en relación con el delito de producción.

Respecto a los menores de catorce años, poco importará la aprobación que puedan prestar éstos, ya que el espíritu mismo de la legislación en materia de delitos sexuales no puede ser más explícita al respecto, por el momento, se conservará la idea con que se *podrían* cumplir ambos supuestos típicos. Ahora bien, bajo la misma premisa, participando menores entre catorce y dieciocho años, donde exista un consentimiento libre y deliberado por parte de estos, es decir, sin caer en las hipótesis de estupro ni aquellas descritas en las conductas de violación o abuso sexual, esto deberá tenerse en cuenta a la hora de constatar si concurren ambas normas penales (Mayer, 2014). Consideramos que en esta hipótesis no se configura delito alguno, siempre que no exista riesgo de difusión en los mismos términos explicados previamente.

En el caso de estar en presencia de un menor de catorce años o que el sujeto pasivo de estas conductas sea mayor de catorce años, pero menor de dieciocho y que esté dentro de los supuestos comisivos, entrarán ambas normas en concurso de leyes penales, es decir, las contempladas en los artículos 366 *quinquies* y 374 *bis* inciso segundo del Código penal. La razón de aquello es que no se debe dejar de tener en consideración que ambos preceptos protegen los mismos bienes jurídicos, en este caso, lo característico es la pluriofensividad de los mismos, por tanto, no se podrá recurrir al concurso de delitos, específicamente, al concurso ideal, sin vulnerar el *non bis in ídem*; para De La Fuente (2008) y Molina (2008) en opinión contraria, se estaría ante un concurso real de delitos.

De acuerdo con lo expuesto, se deberá recurrir a las normas de *primer nivel* y en ese mismo orden de prelación, no siendo ninguna norma más especial que la otra, se debe descartar el principio de especialidad. Ahora,

3 Se hablará simplemente de “comercialización” para referirse a todas las conductas descritas en el artículo 374 *bis* inciso primero del Código penal chileno, sin hacer distinción de los diferentes verbos rectores.

4 Tal como lo dispone el artículo 374 *bis* inciso segundo del Código penal de Chile.

sí es posible establecer que una norma abarca el desvalor de la otra, y en esa comprensión hay una normalidad⁵ que ha sido contemplada por parte del legislador al momento de tipificar ambas conductas. Por tanto, se resolverá este concurso de leyes de acuerdo con el principio de consunción, concretamente, el almacenamiento de material pornográfico será un acto posterior copenado del delito de producción, como señalan Matus y Ramírez (2021). Así lo han resuelto en su mayoría los tribunales de instancia, como se puede apreciar en De La Fuente (2017). Importante será el rol que cumple la ley desplazada, es decir, el artículo 374 *bis* inciso segundo del Código penal, el cual tendrá incidencias al momento de determinar la pena, conforme al llamado principio de combinación. Se puede señalar que los efectos residuales de la ley desplazada y su influencia en la determinación de la pena no es algo nuevo, ya que la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia extranjera considera necesario tener en cuenta la norma desplazada para complementar la preferente, sobre todo con respecto a la determinación de la pena, así lo señala Mir Puig al indicar que “no podrá imponerse una pena inferior a la permitida por el precepto desplazado, pues se considera absurdo que la aplicación del precepto más grave pudiera conducir a una pena inferior a la del menos grave”. (2016). En concreto, deberá el juez ponderar el agotamiento de la producción en el almacenamiento de material pornográfico al momento de aplicar la sanción, teniendo siempre como referencia el mal causado como lo dispone el artículo 69 del Código penal⁶.

En el caso que el sujeto activo del delito base (teniendo en consideración las precisiones hechas al respecto) además realice alguno de los verbos rectores del artículo 374 *bis* inciso primero del Código penal, es decir, comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba este material pornográfico infantil, independiente del soporte que haya empleado, producirá que ambas normas entren en un concurso de leyes. Se considera que de la misma forma que en el ejemplo anterior, se deberá resolver esta colisión de normas, mediante el principio de consunción, siendo la comercialización de material pornográfico un acto posterior copenado del delito de producción. En este caso, no se aprecia la forma que exista alguna de las conductas reguladas en el artículo 374 *bis* inciso primero del Código penal, sin una previa producción.

5 Por “normalidad” dentro del principio de consunción se siguen los lineamientos propuestos por Cisternas (2017) p. 134 quien refiere respecto a este principio: “(...) dos grupos de casos lo estructurarían: (i) aquellos supuestos en que un hecho acompaña normal u ordinariamente a otro, y (ii) aquellos actos posteriores impunes o copenados”.

6 El artículo 69 del Código penal chileno dispone: “Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”.

Además, no solo se está en presencia del mismo bien jurídico en ambos preceptos, lo cual limita la aplicación del concurso de delitos, sino que existe una normalidad esperada (vinculación probable) entre quienes producen material pornográfico y comercializan dicho material (Cisternas, 2017). Ahora, respecto a la incidencia de la ley desplazada, es decir, la del artículo 374 *bis* inciso primero del Código penal, como ambas normas tienen asociadas la misma sanción penal, el juez debería aplicar el máximo del *quantum* de pena para el caso en concreto.

Se resalta un punto relevante, puesto que, el legislador extrañamente no hace distinción entre conductas lucrativas asociadas a este tipo del artículo 374 *bis* inciso primero del Código penal, y aquellas que podrían ser gratuitas. Por cierto, lo que se quiso fue abarcar el máximo de situaciones posibles, intentando dejar de lado eventuales lagunas de impunidad. Pero cuando se habla de comercializar, importar o exportar claramente se quieren tipificar medios de comisión que pueden resultar provechosos desde un punto de vista económico. Ahora, respecto a los verbos distribuir, difundir o exhibir, no podría decirse lo mismo, o por lo menos no resulta tan claro. Cisternas (2017) prefiere hablar de “revelar” material pornográfico infanto-juvenil, ya que la real voluntad del legislador —sobre todo teniendo en consideración los verbos rectores del artículo 374 *bis* inciso primero— buscarían poner en circulación este tipo de material y no solo comercializarlo.

Lamentablemente como el legislador no distingue entre conductas lucrativas o gratuitas posteriores a la producción, podrá el sentenciador ponderar estos hechos en relación con el artículo 69 del Código penal en el que dependiendo de la gravedad del mal producido por el delito de quien despliegue estas conductas con el fin de enriquecerse ilícitamente, tendrá un mayor contenido de “injusto” en comparación de quién lo difunde gratuitamente.

Por último, quien produce material pornográfico infanto-juvenil, comercializa y además almacena, es decir, realiza la cadena completa delictual (a la que se ha aludido precedentemente), se deberá discutir si el delito base a través del principio de consunción puede absorber ambas normas. Bajo el juicio de los autores, no existirían mayores problemas, sobre todo por la residualidad intrínseca del almacenamiento (Mayer, 2014), aunque deberá el juez tener en consideración el hecho que la producción y comercialización tiene aparejada la misma sanción. Sin perjuicio de lo anterior, a modo de crítica y sobre todo teniendo en consideración la importancia de quien realiza toda la cadena de producción de pornografía infanto-juvenil, la pena asociada al

delito base debería ser superior y así, se podría distinguir este tipo con el de comercialización.

A raíz de todo lo expuesto, se debe señalar que el almacenamiento material pornográfico infanto-juvenil siempre se empleará de manera residual a los demás delitos de la cadena de producción de pornografía, porque se trata de un acto anterior o posterior copenado de los delitos de producción y comercialización, ya que no se entiende de qué forma se podría llegar a configurar el uno sin el otro, y sin tomar en consideración el desvalor de dicha acción como parte del propio tipo penal. Será acto anterior copenado, en la medida que quien adquiera y almacene realice posteriormente las conductas descritas en el artículo 374 *bis* inciso primero del Código penal. Interpretación diversa es a la que llega Hernández (2012), aunque en el mismo sentido de restar asidero al almacenamiento de material pornográfico infanto-juvenil, toda vez que a su juicio éste sólo se configuraría cuando exista el ánimo de comercializar dicho material, lo cual se desprendía de la letra del artículo como también de la historia de la ley.

No se debe pasar por alto que el artículo 374 *bis* inciso segundo del Código penal, no solo utiliza el verbo rector de “almacenamiento” sino que también el de “adquisición”. En este caso, si el mismo sujeto activo adquiere y luego, en un acto separado produce material pornográfico infantil, realizará ambos tipos en su totalidad, es decir, se estará en presencia de un concurso material de delitos, puesto que se trata no solo sujetos pasivos completamente diferentes, sino que también de actos que se pueden diferenciar fácticamente el uno del otro (Cisternas, 2017).

Relación concursal del delito producción de pornografía infanto-juvenil con otros delitos sexuales

La sucesión de hechos que trae aparejada la producción de material pornográfico de acuerdo con la naturaleza misma del delito hace predecible que durante la ejecución de éste, se puedan realizar otro tipo de conductas que lesionen bienes jurídicos de la misma índole. Al respecto, como se ha expuesto latamente, los delitos asociados a esta cadena delictual tienen la característica de tutelar más de un bien jurídico, entre ellos, no solo la libertad e indemnidad sexual de los menores de edad, sino que también su honor e imagen. Ha sido asentado por parte de la doctrina (como se indicó *supra*) que, respecto a los delitos sexuales más comunes, el bien jurídico protegido por

estos es la indemnidad o libertad sexual. En este mismo sentido, se considera que la libertad o indemnidad sexual debería entenderse en un sentido amplio en cuanto comprenden otros intereses jurídicos que también se ven vulnerados cuando se configura una conducta de estas características. En efecto, sobre todo tratándose de menores, su honra e imagen se ven intensamente dañados, pues al verse expuestos a contextos sexuales dan lugar a daños psíquicos y emocionales, además de los físicos, que no se pueden soslayar. Este punto en común que mantienen los delitos de índole sexual con el artículo 366 *quinquies* del Código penal provoca enormes incidencias a nivel concursal, como se verá.

Debido a lo expuesto, se podría suponer que el delito base de la cadena de pornografía, es decir, su producción, al proteger el mismo bien jurídico que el tutelado por los demás delitos sexuales más tradicionales, —además de otros, como ya se ha indicado— podría tener al menos la misma penalidad o incluso una mayor. Ello no es así, por el contrario, los delitos como los regulados en los artículos 361, 362 y 363 del Código penal tienen dispuestos una mayor penalidad. A este respecto y en concordancia con lo que se piensa, en el caso de estar ante un posible concurso de leyes o delitos, se deberá escoger el primero, puesto que será la única forma de no vulnerar el principio *non bis in ídem*, debido a la estrecha relación que existe entre los bienes jurídicos⁷, caso contrario, es decir, en favor del concurso de delitos opinan Vera y Sepúlveda (2011), Aguilar (2015), Cisternas (2017), De La Fuente (2008) y Molina (2008).

En este orden de ideas y habiéndose descartado el concurso de delitos, debe precisarse qué principio del concurso de leyes resolverá este problema. Siguiendo el orden de prelación que se señaló más arriba, el principio de especialidad no brinda solución alguna, toda vez que ninguna de las normas citadas es más específica o especial que la otra.

Ahora bien, a diferencia de lo analizado anteriormente, el principio de consunción tampoco permite resolver este concurso de leyes. La razón de aquello se justifica porque la norma desplazada es la del artículo 366 *quinquies* del Código penal, a saber, la producción de material pornográfico y la preferente es alguno de los artículos 361, 362 y 363 del mismo cuerpo legal, es decir, se invertirán los roles. Por lo anterior, se piensa que no es posible llegar a sostener que el delito de producción pueda ser un acto copenado de los

7 Esto teniendo en consideración que existe siempre un riesgo cierto de difusión del material pornográfico infanto-juvenil y en el caso que no exista, no se configuraría este ilícito penal, como bien lo razona el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique en sentencia de fecha 29 de julio de 2014, RIT 262-2013.

delitos ya mencionados, pues no existe una normalidad esperada entre ambas conductas. Por ejemplo, en el delito de violación impropia⁸, no es habitual que se deje constancia de aquella situación, sino que, por el contrario, estos hechos se ejecutan con otros medios comisivos donde se procura su discreción e impunidad.

En el sentido opuesto, en el caso que la producción tuviera aparejada una mayor penalidad que los artículos ya mencionados, sí se podría llegar a sostener esta solución, debido a que el legislador habría considerado la existencia de una normalidad esperada del reproche mismo entre la producción de material pornográfico y los distintos delitos de índole sexual (Cisternas, 2017).

Algunos afirman que este concurso de leyes se debería resolver mediante el principio de subsidiariedad “por cuanto constituiría una forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico” (Cisternas, 2017, p. 161)⁹. Resulta sumamente interesante esta posición, pues, es del todo lógica si se considera que se está en presencia, al menos de una parte, del mismo bien jurídico, es decir, la libertad o indemnidad sexual de los menores de edad y donde efectivamente los delitos sexuales podrían ser una forma más acabada o grave de ataque a los mismos. Sin perjuicio de lo anterior, no se está de acuerdo en que esta sea la solución debido a que no es correcto afirmar que se está ante *el mismo bien jurídico*, pero sí que están estrechamente relacionados. Esto se explica debido a que los delitos que tipifican la cadena de producción de pornografía infanto-juvenil tutelan además otros bienes jurídicos, es decir, no sólo la indemnidad y libertad sexual de los menores, sino que también la honra e imagen del menor; debido a aquello, tiene un carácter pluriofensivo. En este orden de ideas, el artículo 366 *quinquies* del Código penal protege otros intereses que los demás delitos sexuales, a pesar de ser la norma desplazada. En consecuencia, sería discutible que la sola vulneración a la libertad e indemnidad sexual de los menores de edad pueda ser una forma más grave o acabada de vulnerar similares bienes jurídicos.

8 Se habla de violación impropia la que tiene como sujeto pasivo a menores de catorce años, así lo dispone el artículo 362 del Código penal chileno: “El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior”.

9 Quien, a pesar de estar a favor de la tesis del concurso de delitos —específicamente del concurso real—, pues a su juicio no existe igualdad de bienes jurídicos entre estos preceptos, opina que para los que sostienen que están ante un mismo bien jurídico, el principio que entregará soluciones más acertadas será el de subsidiariedad.

Habiendo descartado los demás principios del concurso de leyes, solo resta referirse al principio de alternatividad, el cual, a criterio de los autores, puede entregar una respuesta coherente a este problema concursal. Se debe señalar que, a pesar de ser fuertemente criticado por parte de la doctrina, su papel es profundamente valioso ya que actúa como una cláusula de cierre del sistema concursal completo (Carnevali y Salazar, 2020).

En este sentido, cuando no se pueda acceder al concurso de delitos y ninguno de los principios de *primer nivel* permita resolver con claridad el concurso de leyes, se deberá recurrir al principio de *pena superior*. De La Fuente (2017) expone dos sentencias de tribunales de juicio oral en lo penal, los cuales establecen que la producción de material pornográfico infantil es absorbida por los delitos de índole sexual que tienen asignada una mayor penalidad, la cual sería a su entender la doctrina minoritaria.

Esta herramienta no debe considerarse como arbitraria y carente de sentido, sino que, por el contrario, es coherente con el principio de *non bis idem* y proporcionalidad. Respecto al primero, no es posible imponer dos sanciones por un mismo hecho, sino que, este mismo hecho tampoco se puede valorar dos veces (García Caveró, 2019). De acuerdo con esto, se vulneraría el *non bis in idem* según Obregón cuando:

[...] los preceptos en concurso valoran un mismo elemento del hecho (con significación suficiente como para entender que la zona común resulta nuclear en la valoración de éste), y, sin embargo, se aprecia la existencia de dos infracciones diferentes y, consecuentemente, se aplican las reglas del concurso de delitos". (Obregón, 2008, p. 71).

En relación con los casos ya expuestos, se considera que ninguno de los preceptos logra abarcar con una significación suficiente el hecho, es más, la forma en que se vulneraría este principio de *non bis idem*, sería al considerar que dos normas como, por ejemplo, la producción de material pornográfico y el delito de estupro, se terminen valorando como delitos independientes a través del concurso de delitos.

Ahora, la elección de la pena más grave no es antojadiza, se fundamenta en el principio de proporcionalidad y la búsqueda de una íntegra valoración del hecho, es decir, que se exprese en una justa medida. Como se explicó anteriormente, al no estar dentro de la hipótesis del concurso de delitos, por cuanto ninguna norma puede captar la totalidad de la conducta para lograr la

máxima proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la justa medida de la pena, cuando existan dos normas en relación de igualdad —alternatividad—, se deberá inclinar por la pena de mayor gravedad (Carnevali *et al.*, 2020). De esta forma, lo dice Obregón:

[...] si ninguna norma capta todo el desvalor, y aplicar varias genera un exceso punitivo, habrá que tolerar la frustración que representa una proporcionalidad que no sea absoluta. Y esa frustración puede ser tolerable o no llegar a ser tal si la determinación de la pena permite paliar la falta de “integridad” de la valoración. (Obregón, 2008, p. 71).

Es importante recalcar el rol que juega la ley desplazada al momento de determinar la pena; en el caso en particular, la sanción asignada a los delitos contemplados en los artículos 361, 362 y 363 del Código penal tienen una pena superior a la expuesta en el artículo 366 *quinquies* del mismo cuerpo legal, en este sentido, ésta última será la ley desplazada. Si se usa como ejemplo el delito de violación impropia, el sentenciador deberá tener en consideración el delito de producción de material pornográfico infantil al momento de determinar la pena, conforme al artículo 69 del Código penal.

Referencias

- Carnevali, R. (2012). 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 (N° 2/ 2012), pp. 1-19.
- Carnevali, R. y Salazar, C. (2020). El principio de alternatividad como cláusula de cierre dentro del concurso de leyes. *Revista de la Facultad de Derecho*, (49), pp. 1-31.
- Castelló, N. (2000): El concurso de normas penales. (1ª ed.). Editorial Comares.
- Cisternas, L. (2017). El Delito de Producción de Pornografía Infanto-juvenil Como Lesión a la Intimidad y el Honor de los Menores de Edad. (1ª ed.). Editorial Tirant lo Blanch.
- Couso, J. y Hernández, H. (2011). Código Penal Comentado. (1ª ed.). Chile: Editorial Legal Publishing.
- Cox Leixelard, J. P. (2005). 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*. pp. 145-154.
- Cury, E. (2005). Derecho Penal parte general. (7ª ed.). Ediciones Universidad Católica de Chile.
- De La Fuente Jiménez, C. (2008). Delitos de pornografía infantil. (1ª ed.). Editorial Legal Publishing.

- De La Fuente Jiménez, C. (2017). Análisis jurisprudencial de los delitos de producción, adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil y relaciones concursales. [Tesis Magister en derecho con mención en derecho penal versión VI, Universidad de Chile].
- García Cavero, P. (2019). Derecho Penal Parte General. (3ª ed.). Editorial Ideas editores.
- Garrido Montt, M. (2007). Derecho penal Parte Especial Tomo III. (3ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- Hernández Basualto, H. (2012). Alcances al inciso 2o del Art. 374 bis del Código Penal. Informe en Derecho, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile, octubre de 2012. pp. 131-145.
- Klug, U. (1989). Problemas de filosofía y de la pragmática del Derecho. (1ra ed.) Editorial Alfa.
- Künsemüller, C. (2003). Delitos de pornografía infantil (modificaciones legales anunciadas y problemas ad- portas). Gaceta Jurídica (N° 273) pp. 7-13.
- Maldonado Fuentes, F. (2020). Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales. *Revista Política Criminal*. 15(30), pp. 493-525.
- Matus, J. P. (2000). La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (primera parte). *Revista Ius Et Praxis*. 6 (2), pp. 295-371.
- Matus, J. P. y Ramírez, M. C. (2021). Manual de Derecho penal chileno. Parte especial. (4ta ed). Editorial Tirant lo Blanch.
- Mayer, L. (2014). Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil. *Revista Política Criminal*. 9(17), pp. 27-57.
- Mir Puig, S. (2016). Derecho Penal, Parte General. (10ma ed). Editorial Reppertor.
- Molina Cantillana, R. (2008). Delitos de pornografía infantil. (1ra ed.). Editorial Librotecnia.
- Morales Prats, F. y García Albero, R. en: Quintero Olivares, G. (Dir)/ Morales Prats, F. (Coord.) (2016). Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal. (10ma ed) Editorial Thomson.
- Morillas Fernández, D. (2005). Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. (1ra ed.). Editorial Dykinson.
- Obregón, A. (2008). Los llamados concursos de leyes en relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4a del artículo 8° del Código penal. *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* (74), pp. 61-85.
- Ossandón, Magdalena (2014). *La técnica de las definiciones en la ley penal: Análisis de la definición de "material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años*. *Revista Política Criminal* (Vol. 9, N° 18), pp. 279-337.
- Oxman, N. (2011). Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica.
- Rodríguez Collao, L. (2013). Criterios de agravación de la pena en los delitos de producción, difusión y almacenamiento de pornografía infantil. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*. 26(1), p. 145-166.
- Rodríguez Collao, L. (2014). *Los delitos sexuales* (2da ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- Rodríguez Collao, L. y Mayer Lux, L. (2015). La conducta típica del delito de producción de pornografía infanto-juvenil. *Doctrina y jurisprudencia penal*. 15, p. 25-42.

- Rodríguez Collao, L. y Polanco Valdés, D. (2015). Autoría y participación en el delito de producción de material pornográfico infanto-juvenil. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XLV, 2do semestre), pp. 131 - 150.
- Sanz, Á. (2016). La reiteración delictiva: Modelos de respuesta en Maldonado Fuentes (Coord.), *Reincidencia y concurso de delitos* (Montevideo-Buenos Aires/B de F), pp. 1-49.
- Scheechler Corona, C. (2012). El childgrooming en la legislación penal chilena: sobre los cambios al artículo 366 quáter del código penal introducidos por la ley n° 20.526. *Revista de Derecho y Ciencia Política*. 3(1), pp. 55-78.
- Tamarit Sumalla, J. M. (2002). La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual: Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores. (2da ed.) Editorial Aranzadi.
- Vera Azócar, A. y Sepúlveda Sánchez, I. (2011). Aproximaciones a los bienes jurídicos protegidos y a las cuestiones concursales en el ámbito de los delitos vinculados a la pornografía infantil. *Revista Jurídica del Ministerio Público*. (49), pp. 194-222.

Jurisprudencia e historia de la ley

- Corte de Apelaciones de Concepción. Concepción (2007). Concepción. RIT 547-2007.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso. Valparaíso (2012). Valparaíso. RIT 431-2012.
- Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago (2014). Santiago. RTI 247-2013.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique (2014). Iquique. RIT 262-2013.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio (2006). San Antonio. RIT 18-2006.
- Comisión de Constitución, Legislación y Justicia a la Cámara de Diputados del proyecto de la referencia a la Cámara de Diputados, Boletín 2906-07, Cuenta en Sesión 79 Legislatura 348. 14 de mayo de 2003.