

La Posesión y Tenencia de Material pornográfico infantil y sus Problemáticas.

Felipe Roa Sulantay.

Abogado, Licenciado en Cs, Jurídicas y Sociales, Universidad Andrés Bello.

froasulantay@avvocati.cl

Resumen

En lo relativo al ámbito de los delitos sexuales, se ha desarrollado una línea tendiente a la protección de la indemnidad sexual, la dignidad, la determinación sexual de los menores de edad, buscando de igual manera garantizar los derechos fundamentales de los mismos, así como también, cumplir con los compromisos internacionales garantizados por Chile a través de la suscripción de tratados internacionales.

Así las cosas, el legislador chileno, en busca de la protección de los menores de edad ha tipificado una serie de conductas que protegen los bienes jurídicos antes señalados, en su afán de buscar el resguardo e integridad de los menores, describiendo ilícitos como la violación impropia, el abuso sexual impropio; la producción, distribución, comercialización, adquisición y almacenamiento malicioso de pornografía infantil, siendo esta figura objeto de debate en nuestro Derecho Penal.

El presente trabajo tiene como fin esclarecer las problemáticas que este delito produce, de qué manera las diferentes posturas doctrinarias han manifestado el tratamiento de la presente figura, la forma en que debiese concebirse el delito y las posibles formas de solución a las problemáticas que el presente tipo penal viene a regular, con la finalidad de guiar al lector a una comprensión sistemática y completa del delito objeto del presente análisis.

Palabras clave

Pornografía- Infantil- Almacenamiento- Dolo.

Abstract

Regarding the scope of sexual crimes, a line has been developed aimed at protecting the sexual indemnity, dignity, sexual determination of minors, seeking in the same way to guarantee their fundamental rights such as complying with its international commitments guaranteed by Chile through the signing of international treaties.

Thus, the Chilean legislator, in search of the protection of minors, has typified a series of conducts that guarantee the aforementioned legal rights, in their eagerness to seek the protection and integrity of minors, typifying behaviors such as rape. improper, improper

sexual abuse, the production, distribution, marketing, acquisition and malicious storage of child pornography, this figure being what has been the subject of debate in our Criminal Law.

The present work has as purpose to clarify the problems that this crime produces, in what way the different doctrinal positions have manifested the treatment of the present figure, the way in which the crime should be conceived and the possible ways of solution to the problems that the present criminal type comes to regulate, with the purpose of guiding the reader to a systematic and complete understanding of the crime object of the present analysis

Keywords

Pornography- Infantile- Storage- Dolo.

Introducción

En el año 2004 y en respuesta al aumento indiscriminado de la tasa delictual, entre los años 2001-2003, en relación a la comisión de delitos en contra de menores de edad, más específicamente aquellos atentados contra o en la esfera de la sexualidad, descubiertos en nuestro país, como fueron la red internacional “Red Paidos” y el descubrimiento de la red pederastas de “Claudio Spiniak”, hechos que produjeron una alta conmoción social dada la mediatización que se le dio a dichos ilícitos, nace la iniciativa legal que sentaría las bases de nuestra tipificación sobre delitos sexuales que se plasma con la dictación de la Ley N.º 19.927, que vino a modificar el Código Penal creando nuevos tipos penales y agravando los ya existentes.

Dentro de las modificaciones generadas por la ley anteriormente señalada, podemos encontrar el aumento del límite de edad para que un menor de edad pueda consentir válidamente en la realización de actos de connotación sexual, aumentando la edad de doce a catorce años. Por otro lado, el legislador en la ley citada, entregó una definición específica de lo que debe entenderse por pornografía infantil, misma que abordaremos antes de abocarnos de lleno al tema principal de análisis y, finalmente, tipificó una nueva figura delictual consistente en “el almacenamiento malicioso de material pornográfico” en cuya “elaboración” hayan “utilizado o participado menores de dieciocho años”.

1. ¿Qué debemos entender por pornografía infantil?

Para este punto el legislador en el artículo 366 quinquies inciso segundo del Código Penal, entrega el concepto que nuestro ordenamiento jurídico ha de entender por pornografía infantil, señalando expresamente: **“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**

finés primordialmente sexuales”¹. Es del caso señalar, que nuestro legislador recoge la presente definición 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 Pornografía”².

1.1 Análisis del concepto legal.

Del concepto otorgado por el legislador, es posible advertir que el alcance de la palabra “representación” hace alusión tanto a la representación visual, como también la representación visual de un menor real, término que se explica a continuación.

Al hablar de representación visual, hacemos referencia a todo tipo de reproducción visual, es decir, a todos los elementos de difusión, sean cinematográficos o fotográficos, por cualquier medio idóneo para su reproducción.

Así mismo, al hablar de representación visual de un menor real, debe siempre tratarse de imágenes proyectadas que pertenezcan a menores de edad reales, no pudiendo “incriminar aquellas conductas que muestren a menores de edad irreales creados a través de ordenador u otras técnicas, tales como hologramas o imágenes de video o fotografía adulteradas o creadas digitalmente”.

En atención a lo anteriormente señalado, surge la siguiente interrogante ¿podemos sancionar las imágenes sexuales que hayan sido dibujadas por personas, producto de su habilidad manual?, el profesor Rene Molina Cantillana, considera que los dibujos pornográficos que hagan alusión a “menores de edad en actos de significación sexual quepan dentro del tipo, será necesario que efectivamente se les haya utilizado”³, es decir, que hayan actuado como modelos para la producción de dichos dibujos con connotación sexual, así mismo señala que si el dibujo es de total creación de la imaginación del autor y no de la utilización de un modelo real de un menor de edad, la conducta resultaría impune por no existir bien jurídico protegido que se vea vulnerado.

En contraposición a la opinión del profesor Molina Cantillana, el profesor Claudio Sanchez Pecarevic, señala en su libro que discrepa con el planteamiento del autor citado en el párrafo anterior, afirmando que “esto no puede ser posible, ya que se ampliaría el termino representar más allá del fin que el legislador quiso. Además, esto sería ir en contra del principio PRO REO, que informa a todo el derecho penal”⁴

¹ MATUS ACUÑA, Jean Pierre: *Código Penal Sistematizado Con Jurisprudencia, Tercera Edición Thomson Reuters*, 2017.p.594-595

² MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecnia, año 2008.p.30

³ MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecnia, año 2008.

⁴ SANCHEZ PECAREVIC, Claudio, Delito de almacenamiento de pornografía infantil: Primera Edición, año 2010, Librotecnia.

Alejándome de lo afirmado por el profesor Sánchez, estoy más cercano a la posición del profesor Molina, ya que, al utilizar el legislador el término “toda representación” permite una extensión del tipo penal a los dibujos realizados con la utilización de menores como modelos, basando esta extensión en la vulneración a la dignidad que sufriría un menor de 18 años al ser utilizado en la producción de material pornográfico infantil, ahora por otro lado, en lo que respecta al principio Pro Reo, consagrado en el artículo 18 del actual Código Penal en relación al artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República de Chile, la conducta y el tipo penal se encuentran descritos, sumado a que al aplicar el sentido amplio de la voz representación, este abarca cualquier medio por el cual se vulnere la dignidad que como todo ser humano también poseen los menores de edad, es decir, la extensión del verbo “representar” no vulneraría a mi criterio el principio pro reo, por ser un verbo descrito con una sanción interpuesta y que por lo demás no correspondería a una analogía ni mucho menos a una interpretación arbitraria, solo se buscaría con dicha extensión conceptual, abarcar completamente el tipo penal, a las diferentes situaciones de vulneración que se puedan suscitar.

Así mismo, de la definición entregada por el legislador podemos señalar que la edad del menor debe ser siempre inferior a los dieciocho años, edad que se hace referencia por un estándar establecido a nivel internacional, específicamente en el artículo N°1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, el que expresamente señala, “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”⁵, bajo esta normativa el profesor Molina Cantillana, expresa que estaremos en presencia de pornografía infantil cada vez que una persona menor de dieciocho años sea filmada, grabada, dibujada o fotografiada en actos de significación sexual o, de igual forma, lo sean sus partes genitales”⁶

Conforme a la referencia anterior, en nuestro sistema legislativo se genera un pequeño inconveniente, porque el sistema legal chileno reconoce la libertad sexual entregada a los adolescentes, otorgándoles la capacidad de disposición de su sexualidad, siempre que no concurren ciertas y determinadas circunstancias que generen la comisión de un delito, dicha disposición no obsta a que acciones entre los propios adolescentes, tales como grabarse, fotografiarse y posteriormente guardar dichas imágenes o reproducciones sean constitutivas de los delitos consagrados en los artículo 374 y 374 bis del Código Penal.

Por otro lado, de la definición de pornografía que entrega nuestro legislador se desprende, además que las actividades sexuales deben ser explícitas, diferenciación que se produce con la finalidad de distinguir entre pornografía y erotismo. Por tanto, se considerarán actividades explícitas, entre otras, la masturbación, desarrollo de actividades sádicas masoquistas o degradantes que conlleven actos sexuales y no necesariamente penetración; para el profesor Sanchez Pecarevich, la diferenciación

⁵ MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecnia, año 2008.

⁶ MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecnia, año 2008.

busca esclarecer que “no toda iconografía de un menor desnudo, o realizando una conducta que implique erotismo, es pornografía”⁷

Finalmente es posible señalar que la actividad sexual puede ser real o simulada. Si la representación es el acceso carnal, bastará que con el menor sólo se simule la realización de la misma y, la representación de los genitales debe ser con ánimo libidinoso y con fines de carácter sexual, excluyendo así las iconografías cuyo destino sea de “carácter científico, cultural o informativo”⁸.

A raíz de lo expuesto, empezaremos el análisis y las problemáticas que genera el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil, conducta ilícita tipificada en el artículo 374 bis inciso segundo del Código Penal.

2-.¿En qué consiste el inciso segundo del artículo 374 bis inciso segundo del Código Penal?

El Código Penal en su artículo 374 bis inciso segundo, contiene el delito de almacenamiento de materia pornográfico infantil señalando expresamente: **“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”**⁹.

El artículo precedentemente reseñado, consagra dos tipos penales diferentes, siendo necesario distinguir entre la conducta de adquirir material pornográfico, en que hayan participado menores de edad y, una segunda conducta referente al almacenamiento de dicho material pornográfico infantil. Concordante con lo anteriormente indicado, la Excelentísima Corte Suprema en causa Rol N.º 5576-2007, en resolución de fecha 07 de agosto del año 2008 señala lo siguiente: “ En cuanto al ilícito de comercialización de pornografía infantil, el artículo 374 bis del Código Penal contiene en realidad dos tipos, un primero compuesto de varias conductas alternativas relacionadas con la comercialización de material pornográfico en que se hubiere empleado menores de edad y un segundo en que se sanciona la tenencia y almacenamiento malicioso de esa conducta”¹⁰.

Así las cosas, debemos entender que el inciso segundo del artículo 374 bis del Código Penal sanciona la conducta que fomenta las cometidas en el inciso primero, ya que de no existir demanda de dichas iconografías y material en el que hayan participado menores de edad, no

⁷ SANCHEZ PECAREVIC, Claudio, Delito de almacenamiento de pornografía infantil: Primera Edición, año 2010, Librotecnia p.89

⁸ SANCHEZ PECAREVIC, Claudio, Delito de almacenamiento de pornografía infantil: Primera Edición, año 2010, Librotecnia p.89

⁹ MATUS ACUÑA, Jean Pierre: *Código Penal Sistematizado Con Jurisprudencia, Tercera Edición Thomson Reuters*, 2017.p.594-595

¹⁰ MATUS ACUÑA, Jean Pierre: *Código Penal Sistematizado Con Jurisprudencia, Tercera Edición Thomson Reuters*, 2017.p.595.

existiría un mercado que genere la explotación sexual de menores ni mucho menos la realización de videos, dibujos, iconografías, tendientes a fomentar tales conductas.

2.1 Bien Jurídico Protegido y su problemática.

Respecto al Bien Jurídico protegido, que se pretende resguardar, en el inciso segundo del artículo 374 bis del Código Penal, se produce una discusión para determinar realmente qué buscó el legislador proteger con la presente norma, ya que, lo que se sanciona es la mera tenencia de dicho material pornográfico.

En un principio, se buscó era proteger la dignidad de los menores, así queda de manifiesto en la fundamentación del proyecto de Ley N° 19.927, el cual señaló que “quienes poseen pornografía infantil son parte de una cadena criminal que **destruye la dignidad** de los niños y promueve su utilización en prácticas sexualmente abusivas y dañinas”¹¹

Apoiando esta tesis de la afectación a la dignidad de los menores, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso en sentencia Rol N.º 431-2012 del 23 de mayo del año 2012, expresa: “Cabe señalar que el bien jurídico protegido en el inciso segundo del artículo 374 bis del texto penal es uno de los que más dudas suscita entre los delitos de pornografía infantil, pues lo que se sanciona es el mero hecho de su posesión, o sea, el aprovechamiento de los efectos de un delito cometido por otro. En consecuencia, el bien jurídico **protegido es la dignidad de los menores**, toda vez que con la conducta descrita se contribuye al mantenimiento y expansión de una nueva y degradante industria, que tiene como presupuesto y objeto la comisión de delitos sexuales contra niños y niñas”¹². Si bien la postura de la Ilustrísima Corte de Apelaciones es clara y categórica, al establecer como precedente que lo que realmente se vulnera en el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil es la dignidad de los menores, no parece ser una postura con la suficiente firmeza como para establecer una unanimidad de criterios a nivel nacional.

En contraste con lo afirmado en el fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, el profesor Rene Molina Cantillana, no compartiendo dicha postura, expresa que la conducta descrita en el precepto legal en comento, consiste en “observar y guardar para sí”¹³, conductas que no resultan idóneas para vulnerar la dignidad de los menores, “y que las únicas conductas susceptibles de atacar bienes jurídicos se han producido con anterioridad, sea al momento de elaborar el material pornográfico (supuesto en el cual se ha lesionado la integridad sexual)”¹⁴.

Además, el Profesor Molina Cantillana, sustenta su posición citando al profesor Morillas Fernández, quien manifiesta que si lo que se busca sancionar es la tenencia de una

¹¹ MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecnia, año 2008.p.104, cita N°138.Vid .Boletín N°2906-07.

¹² MATUS ACUÑA, Jean Pierre: *Código Penal Sistematizado Con Jurisprudencia, Tercera Edición Thomson Reuters*, 2017.p.595

¹³ MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecnia, año 2008.p.105

¹⁴ MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecnia, año 2008.p.107

pornografía con el único propósito de mirarla, por considerarla un acto delictivo por vulnerarse la dignidad del menor, **“habría que tipificar la tenencia de fotografías en las que aparezca cualquier persona, menor o mayor de edad, obtenidas sin su consentimiento, realizando una conducta correspondiente a su esfera íntima”**¹⁵. A modo de ejemplo, es el caso de “una actriz que ha sido fotografiada haciendo topless en un recinto privado, cuya imagen es publicada por una revista”¹⁶, al ser un hecho que vulneraría la dignidad del sujeto y manteniendo la postura de que lo protegido es la dignidad de la persona y/o la intimidad, “tendría que castigarse a todos los sujetos que compraran la publicación”¹⁷, situación que a todas luces parece insostenible.

El profesor Gimbernat, ha defendido como bien jurídico protegido “la dignidad de los menores de edad e incapaces”, ya que, “el consumidor final del material pornográfico contribuye al mantenimiento y expansión de una nueva y degradante industria que tiene por objeto y presupuesto la comisión de gravísimos delitos sexuales contra niños y niñas, pues aquella sólo puede desarrollarse sobre la base de que el material filmado va a generar beneficios, encontrando compradores”¹⁸.

De la idea planteada por el profesor Gimbernat, quien cita a su vez al profesor David Morillas, se puede extraer que lo que se está sancionando es la conducta de poseer un material de “creación ilícita”¹⁹, acción que en caso alguno vulnera la dignidad del menor, ya que, el consumidor de dicho material se aprovecha del resultado delictivo de otro, de tal forma, es dable señalar que bajo este criterio la estructura delictual se asemeja “ a la figura delictual de la receptación”²⁰, así el mero hecho de poseer dicho material ilícito en principio no “atenta contra objetos tutelables penalmente, simplemente por el mero hecho de obtener unos beneficios o gratificaciones sexuales, personales y emocionales”²¹.

Es por lo anteriormente expresado, que se ha criticado la dignidad como bien jurídico protegido, por la falta de determinación y por lo poco preciso que resulta hablar de vulneración de la dignidad por parte de quien sólo posee el material pornográfico y en caso alguno actúa en la producción del mismo, circunstancia que de manera más directa vulnera la dignidad del menor involucrado.

¹⁵ MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecnia, año 2008.p.105

¹⁶ MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecnia, año 2008.p. 105

¹⁷ MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecnia, año 2008.p.105

¹⁸ SANCHEZ PECAREVIC, Claudio, Delito de almacenamiento de pornografía infantil: Primera Edición, año 2010, Librotecnia p. 201 cita Nº 387, MORILLAS FERNANDEZ, David Lorenzo, op. Cit, p.181.

¹⁹ SANCHEZ PECAREVIC, Claudio, Delito de almacenamiento de pornografía infantil: Primera Edición, año 2010, Librotecnia p.201

²⁰SANCHEZ PECAREVIC, Claudio, Delito de almacenamiento de pornografía infantil: Primera Edición, año 2010, Librotecnia p.201-202

²¹ SANCHEZ PECAREVIC, Claudio, Delito de almacenamiento de pornografía infantil: Primera Edición, año 2010, Librotecnia p.202

Otra parte de la doctrina expresa que el bien jurídico protegido es la “moralidad pública, ya que, la indemnidad sexual del menor que ha participado en el referido material sexual sólo se resguardaría de manera muy indirecta”²²

Apoyando la teoría de que el bien jurídico protegido es la “Moralidad Pública”, los profesores Vivian Bullemore y John Mackinnon, expresan que respecto al tipo penal consagrado en el artículo 374 bis inciso segundo, estamos ante un “clásico ejemplo de un delito contra la moral sexual”²³, señalan, además, que los menores de dieciocho años, pero mayores de catorce pueden disponer libremente su sexualidad, a tal punto “que pueden contratar su actuación o participación en la creación de material pornográfico”²⁴, protegiendo de esta manera lo que el legislador llama un “sentimiento moral”²⁵, respecto a este punto, es dable señalar que no comparto la visión de los profesores previamente mencionados, dado que el permitir libremente la participación de adolescentes, en la producción de material pornográfico, atenta directamente contra lo preceptuado en el “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en Pornografía”, el cual, como señalamos “supra”, expresa que el límite de edad para entender la infinidad de los menores es de dieciocho años, así, por mucho que los adolescentes en nuestro país se les respete la independencia sexual, este respeto en caso alguno puede infringir las disposiciones contenidas en el Código Penal, o en los tratados internacionales firmados y ratificados por Chile, o permitir que los menores faciliten la producción de dicho material ilícito argumentando esta independencia sexual reconocida legalmente.

En relación a lo anterior, el Profesor Rene Molina Cantillana, señala que lo que se buscó proteger por parte del legislador no es más que la “Moralidad sexual colectiva, castigando más bien un vicio moral, como es la inclinación a la pornografía infantil”²⁶. Así el profesor llama a hacer el alcance de que el “Derecho Penal debe poner especial cuidado en distinguir aquellas conductas que, por lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, merecen ser castigadas a través de la imposición de una pena, de aquellas que, por no reunir tales características, solo merecen un reproche en el plano moral”²⁷.

El profesor Molina Cantillana sugiere que debe plantearse la inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 374 bis, dado que vulnera gravemente el “principio de lesividad”, porque dicho artículo no posee un bien jurídico necesario de protección, argumentando su posición

²² HOYOS BALMACEDA, Gustavo. Manual De derecho penal: parte especial, Segunda Edición Actualizada, Librotecnia, año 2018, p.244, citando a Politoff Matus y Ramírez.

²³ BULLEMORE G, Vivian R. MacKinnon, Jonh R. *Curso de Derecho Penal: Tomo III*. 4ª edición aumentada y actualizada, Ediciones Jurídicas De Santiago año 2018.p.218

²⁴ BULLEMORE G, Vivian R. MacKinnon, Jonh R. *Curso de Derecho Penal: Tomo III*. 4ª edición aumentada y actualizada, Ediciones Jurídicas De Santiago año 2018.p.218

²⁵ BULLEMORE G, Vivian R. MacKinnon, Jonh R. *Curso de Derecho Penal: Tomo III*. 4ª edición aumentada y actualizada, Ediciones Jurídicas De Santiago año 2018.p.218

²⁶ MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecnia, año 2008.p.105

²⁷ MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecnia, año 2008.p.106

en el hecho de que los posibles bienes jurídicos en análisis de protección, como son “la integridad sexual, la intimidad o la dignidad de los menores, son bienes jurídicos que ya fueron vulnerados con la producción, tráfico o difusión del referido material”²⁸.

Otra visión del problema que genera la determinación del bien jurídico protegido contenido en el inciso segundo del artículo 374 Bis del Código Penal, es la visión del profesor De la Fuente Jiménez, quien señala que lo que se busca resguardar no es más que el derecho a la intimidad sexual, aun cuando no es clara la aplicación de este fundamento a las conductas sancionadas²⁹.

Finalmente, el profesor Francisco Maldonado estima que se trataría de una “figura inútil, porque la totalidad de las manifestaciones que puedan involucrar su comisión ya se encuentran abarcadas en las demás formas comisivas de los delitos enunciados, generando su creación problemas de concurso aparente de leyes”³⁰. Así mismo don Luís Rodríguez Collao, sustenta lo señalado por el profesor Maldonado, señalando que dicho delito carece de todo sustento y su utilización como título de castigo debería estar rodeado de una serie de resguardos que minimicen los efectos de una aplicación desmedida³¹.

2.2 Análisis de la tipicidad y sus problemáticas.

Conforme a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 374 bis, los verbos rectores de la conducta punitiva sancionada son “**adquirir**” y “**almacenar**”, ahora cabe hacerse la siguiente pregunta ¿Cuál es alcance que se le debe de dar al verbo rector almacenar?

Los profesores Bullemore y MacKinnon, hacen una distinción entre lo que es la posesión y la mera tenencia respecto del almacenamiento, señalando que para ellos lo sancionable es el almacenamiento entendido como tal, sosteniendo su punto de vista en un argumento de tipo legal, al señalar que; “si el legislador ha querido sancionar la tenencia, lo ha dicho expresamente, como por ejemplo en los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes”³². Por otro lado, señalan que los tipos penales sancionan conductas y, en este caso, en particular se está sancionando el acto de almacenar, que en su sentido natural y obvio consiste en poner, guardar o reunir cosas³³, siendo en este sentido la mera tenencia de dicho material de carácter atípico.

²⁸ MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecnia, año 2008.p.107

²⁹ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, Delitos Sexuales, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile,año 2018.p.326 cita 40

³⁰ MONTT GARRIDO, Mario, *Derecho Penal: Parte Especial, tomo III, cuarta edición* Editorial Jurídica de Chile, año 2017.p.340 cita 650.

³¹ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, Delitos Sexuales, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile,año 2018.p.327-328

³² RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, Delitos Sexuales, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile,año 2018.p.327-328

³³ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, Delitos Sexuales, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile,año 2018.p.327-328

En otro ámbito de ideas los Profesores Jen Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, señalan que respecto a la conducta básica “almacenamiento”, se entiende como la posesión de dicho material con independencia de si se destinará o no al tráfico comercial³⁴, así mismo, señalan que la conducta descrita es una conducta activa, lo que hace improcedente que pueda sancionarse como delito omisivo la recepción no deseada de dicho material, en tanto no se dé inicio a su voluntario almacenamiento³⁵.

Así mismo, cabe hacer mención a que el verbo rector “almacenar” es utilizado por el legislador como una forma de expresar la necesidad de sancionar una conducta, aunque de igual manera estemos en presencia de la sanción de un hecho, lo cual, para el profesor Sánchez Pecarevic es una mera formalidad, ya que, de igual manera el almacenamiento sigue siendo un hecho y no una conducta y por otro lado lo que busca es evitar sancionar aquel que posea cantidades exiguas³⁶, lo anterior genera la interrogante de ¿qué debemos entender por cantidades exiguas y que no sería tal?

Con la finalidad de poder dar respuesta a la interrogante anteriormente planteada, el profesor Sánchez Pecarevich, acoge la posición de la Defensoría Penal Pública, la cual entiende que en la voz “almacene” necesariamente no se incluye a quienes tengan en su poder un material exiguo. En efecto, tal expresión almacenar, conforme a la Real Academia Española, significa reunir o guardar muchas cosas³⁷, si bien dicho planteamiento no tiene mucha aceptación en la doctrina nacional, lo cierto es que el carácter de exiguo quedará entregado a los tribunales.

La posición antes señalada, es criticada por el profesor Molina Cantillana afirmando que el tipo penal no exige expresamente tal motivación en el autor³⁸, ahora bien, si el legislador hubiese utilizado la voz “almacene”, sería indicativo de que el legislador estaría exigiendo un determinado volumen de material, lo que podría dar luces acerca de un ulterior propósito por parte del autor³⁹.

Así mismo, es necesario hacer el alcance, de que la cantidad de material que posea el sujeto no necesariamente será un indicio de una eventual motivación de traficar o difundir, porque puede tratarse de un sujeto que tenga en su poder cantidades exuberantes de material pornográfico, que se dedique a coleccionar y sea todo para su consumo, como un sujeto con

³⁴34 MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMÍREZ GUZMÁN, M^a Cecilia: *Manual De Derecho Penal Chileno Parte Especial, Tirant lo blanch*, Valencia, 2017.p.270

³⁵35 MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMÍREZ GUZMÁN, M^a Cecilia: *Manual De Derecho Penal Chileno Parte Especial, Tirant lo blanch*, Valencia, 2017.p.270

³⁶36 SANCHEZ PECAREVIC, Claudio, Delito de almacenamiento de pornografía infantil: Primera Edición, año 2010, Librotecnia p.203

³⁷37 SANCHEZ PECAREVIC, Claudio, Delito de almacenamiento de pornografía infantil: Primera Edición, año 2010, Librotecnia p.204, citando a la defensoría penal publica cita N°392

³⁸38 MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecnia, año 2008.p.108 cita 146

³⁹39 MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecnia, año 2008.p. 109 cita 147, Vid.Oficio N°035 del Fiscal Nacional del Ministerio Publico.

una sola copia y la distribuya y comercialice de manera ilimitada. En síntesis, la cantidad de material pornográfico infantil que el sujeto tenga en su poder es irrelevante a la hora de examinar la tipicidad⁴⁰ de la conducta, ya que, en la forma descrita por el legislador, la conducta será típica con independencia de la cantidad, ya sea que posea grandes cantidades a que posea cantidades exiguas.⁴¹

No conteste con lo señalado precedentemente, el profesor Rodríguez Collao, expresa que sólo debería entenderse como almacenamiento penalmente relevante, aquel que recae sobre un número considerable de unidades del material de que se trate, exigencia que se desprende del propio sentido natural y obvio del verbo “almacenar” y de los antecedentes históricos de la disposición⁴², sustenta su posición en la modificación que se hace al proyecto original en el cual se sustituyeron las palabras “tuviera o poseyere”, por “almacenare” para exculpar a quienes posean material pornográfico en escasa cantidad.⁴³

Así las cosas, creemos que la posición más cercana a lo que realmente debiese sancionar el tipo penal del Código en el artículo en análisis es entender o interpretar el verbo rector “almacenar” desde el significado y alcance que le otorga la Real Academia Española, ya que conforme a lo esgrimido “supra”, el verbo exige abarcar grandes cantidades del material pornográfico infantil, de lo contrario debiese sancionarse la posesión, cuyo alcance abarca a los que posean cantidades exiguas de material, si bien nuestra postura no concuerda con el criterio expresado por los tribunales nacionales, no es menos cierto que dicho alcance nos resulta más correcto a la hora de analizar la tipicidad del delito en comento.

2.3 Análisis desde la mirada de los sujetos que intervienen en la comisión del delito.

Habiendo realizado una breve mirada a la tipicidad con la cual se encuentra redactada la norma penal en comento, es necesario abordar ahora el análisis referente a los sujetos que intervienen en la vulneración de la norma, conforme a esto y como todo delito debemos tratarla desde la perspectiva tanto del sujeto activo como del sujeto pasivo.

Respecto al sujeto activo, la verdad es que no se demuestra alguna problemática existente en este sentido, dado que se trata de un delito de sujeto activo indiferente, no necesita reunir a priori, ninguna conducta típica especial⁴⁴. Conforme a lo anterior y haciendo una pequeña precisión los profesores Matus y Ramírez, si bien apuntan a que la conducta puede ser cometida por cualquier sujeto sin la necesidad de una calidad especial, no es menos cierto que señalan que la conducta no debe ser otra que almacenar o adquirir, es decir, que el sujeto

⁴⁰ MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecnia, año 2008.p.109

⁴¹ MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecnia, año 2008.p.109

⁴² RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, Delitos Sexuales, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile ,año 2018.p.328

⁴³ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, Delitos Sexuales, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile ,año 2018.p.328 cita N° 47

⁴⁴ SANCHEZ PECAREVIC, Claudio, Delito de almacenamiento de pornografía infantil: Primera Edición, año 2010, Librotecnia p. 205

activo no debe haber participado en ninguna de las figuras delictivas expresadas en el inciso primero del artículo 374 bis, ya que bajo esa circunstancia el almacenamiento, la adquisición y la comercialización posterior no serían más que formas de agotar el delito que cometen⁴⁵.

Por otro lado, en lo que respecta al sujeto pasivo del delito consagrado en el artículo objeto del presente trabajo, es necesario distinguir dependiendo de qué doctrina se siga, así las cosas, si entendemos al sujeto pasivo como aquel “titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta típica realizada por el sujeto, caemos en el problema de que no existe sujeto pasivo”⁴⁶, postura que no es compartida por el profesor Molina Cantillana, quien señala que el legislador buscó proteger la moral sexual colectiva, por tanto, se habla de que el sujeto pasivo es la sociedad toda⁴⁷, aun cuando, el hecho de que se proteja la moral sexual colectiva no es esperable en un Estado democrático que respeta la dignidad de las personas como también su libertad, mientras no se vulneren derechos de terceros, por sobre cualquier otra concepción ideológica.

Así las cosas, tampoco es posible apoyar aquella posición que señala que lo que se está protegiendo es la “dignidad” de los menores que actúan en la producción del material en cuestión, asumiendo además que lo que se está vulnerando en concreto es “la libertad sexual” de los mismos, lo anterior, se debe a que como se señaló supra, el sujeto activo del delito en comento, solo se está aprovechando de los resultados del delito cometido por terceros, ajenos a su voluntad, siendo aquellos que someten o realizan los actos de producción distribución y comercialización de dicho material pornográfico infantil, los que realmente producen la vulneración a la dignidad de dichos menores como así mismo, en palabras del profesor Sánchez Pecarevic, “no se puede ficticiamente seguir vulnerándola (libertad sexual), con solo ver aquellas imágenes: esto solo demuestra que nos enfrentamos a la protección de la Moral sexual en materia Penal”⁴⁸.

2.4 Faz subjetiva

En lo que corresponde a la faz subjetiva del delito en análisis, no existe mayor discusión a los elementos que el tipo penal exige. Así, conforme a la preceptuado, el legislador utiliza la expresión “maliciosamente”, alocución que sólo admite una forma de comisión y es a través de dolo directo, excluyendo así la comisión por culpa del presente delito.

Ahora bien, la utilización de dicho vocablo pone una mayor exigencia a la comisión del tipo penal, excluyendo de esa manera la comisión con dolo eventual. Entonces, debemos tener presente que la comisión con dolo directo exige que el dolo directo abarque, tanto la conducta

⁴⁵ MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMÍREZ GUZMÁN, M^a Cecilia: *Manual De Derecho Penal Chileno Parte Especial, Tirant lo blanch*, Valencia, 2017.p.270

⁴⁶ SANCHEZ PECAREVIC, Claudio, *Delito de almacenamiento de pornografía infantil: Primera Edición*, año 2010, Librotecnia p. 205

⁴⁷ MOLINA CANTILLANA, Rene. *Delito de pornografía infantil*, Librotecnia, año 2008.p.110

⁴⁸ SANCHEZ PECAREVIC, Claudio, *Delito de almacenamiento de pornografía infantil: Primera Edición*, año 2010, Librotecnia p.206

descrita, como conocer precisamente que se ha utilizado a menores de edad en la producción del material pornográfico que se trata⁴⁹. El error sobre este último requisito y aún la mera duda de la edad de quienes aparecen en dicho material excluyen el dolo y, por lo tanto, la culpabilidad del delito que no contempla, como ya se señaló, formas culposas⁵⁰ de comisión.

2.5 Posibles problemas concursales

Tal y como señaló el profesor Maldonado en lo reseñado anteriormente, es posible que la figura de almacenamiento de pornografía infantil, considerada como tipo penal dentro del artículo 374 bis inciso segundo del Código Penal, concurse con los otros tipos penales que sancionan conductas sexuales en las que haya participación de menores de dieciocho años.

Así las cosas, primero debemos analizar la comisión del delito de almacenamiento malicioso con el delito de producción de material pornográfico infantil. El supuesto es el siguiente “un sujeto que ha participado en la producción de material pornográfico infantil posee, además, material del mismo carácter”⁵¹, En este caso el profesor Molina Cantillana señala que primero se debe distinguir si este material es el mismo que él ha producido o si, por el contrario, ha sido producido por un tercero.⁵²

Si el material se encuentra en almacenamiento por parte del sujeto descrito en el caso anterior, no podemos hablar de un concurso aparente de leyes penales, si no que más bien nos encontramos ante a la figura de agotamiento del delito de producción, esto es, en palabras de los profesores Politoff, Mattus y Ramírez “una intensificación del hecho ilícito ya consumado, razón por la cual este segundo acto no sería punible independientemente y quedaría consumido por el hecho precedente”⁵³

Ahora bien, si el material que posee no es material que haya sido elaborado por el sujeto activo del caso señalado supra, estaremos en presencia de un concurso aparente de leyes penales. En la especie, la situación descrita, se dará entre los delitos consagrados en los artículos 366 quinquies y 374 bis inciso segundo ambos del Código Penal, debiendo resolverse mediante aplicación del principio de la absorción o consunción⁵⁴.

⁴⁹ MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMÍREZ GUZMÁN, M^a Cecilia: *Manual De Derecho Penal Chileno Parte Especial, Tirant lo blanch*, Valencia, 2017.p.270

⁵⁰ MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMÍREZ GUZMÁN, M^a Cecilia: *Manual De Derecho Penal Chileno Parte Especial, Tirant lo blanch*, Valencia, 2017.p. 270

⁵¹ MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecna, año 2008.p.120

⁵² MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecna, año 2008.p. 120-121

⁵³ MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecna, año 2008.p. 121, cita N°163 Vid.Politoff/Matus/Ramírez(2004),p.368

⁵⁴ MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecna, año 2008.p.121 “principio que consiste en que si la ley, al establecer la penalidad de una figura delictiva, ya ha tomado en consideración la gravedad o desvalor de otras conductas también punibles, que la acompañan ordinariamente, debe aplicar solamente la disposición que contempla la infracción principal, resultando las otras-que podemos llamar accesorias- absorbidas por ella (Vid Etcheberry(1998),II,p.124., es decir uno de los delitos absorbe le injusto de los demás.

Como última posibilidad de comisión, es posible la figura en que el sujeto posea material pornográfico infantil fabricado por un tercero, pero en el cual tuvo participación el sujeto utilizando a otros menores, en este caso, la solución pasa, como señala el profesor Molina Cantillana, por la aplicación de un Concurso Real de Delitos, entre la producción de material pornográfico infantil y el almacenamiento malicioso, debiendo aplicar la pena asignada a ambos delitos según lo prescribe el artículo 74 del Código Penal⁵⁵.

Es necesario analizar el problema concursal que puede producirse entre los delitos de posesión maliciosa y los delitos de tráfico o difusión del mismo material.

Así es dable señalar, que la concurrencia de ambos delitos es en conjunto casi inevitable, puesto que el almacenamiento es un presupuesto de comisión del delito de tráfico y difusión, siendo necesario poseer las fotografías o videos para poder realizar la distribución o hacerlas circular a través de internet⁵⁶.

En el caso antes descrito, el profesor Molina Cantillana, señala que al igual que el caso del que posee el material, fabricado por sí mismo, se debe aplicar un concurso aparente de leyes penales, el cual se resolverá en virtud del principio de absorción, correspondiendo la aplicación de la pena asignada solo al tráfico o difusión, ya que es el segundo absorbido por el injusto primero.

3.0 Comentarios finales

Finalmente, de lo vertido en este trabajo puedo concluir que el delito de almacenamiento malicioso de pornografía infantil, es una figura que en nuestra legislación, si bien cuenta con una tipificación expresa, no tiene mayor cabida en lo que respecta a derecho estricto.

Mantengo la afirmación anteriormente señalada, conforme a que a la luz de lo expresado en este trabajo aún no se puede resolver el problema del bien jurídico protegido, si bien la doctrina nacional se inclina por señalar que lo protegido es la “moral sexual pública”, no es un criterio que logre configurar un pleno convencimiento a esta parte, a raíz de los graves problemas constitucionales que han sido expresados en el presente trabajo, la vulneración de los principios de mínima intervención, entre otros.

Además, sostener que el bien jurídico protegido es la “moral sexual pública”, es afirmar que el derecho penal se presta para sancionar hechos morales, para vulnerar el principio de dignidad que todo estado democrático posee y se compromete a proteger, ya que, en mi criterio una persona tiene el derecho de llevar una vida moralmente reprochable, siempre que no vulnere derechos de terceros.

⁵⁵ MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecnia, año 2008. p.122

⁵⁶ MOLINA CANTILLANA, Rene. Delito de pornografía infantil, Librotecnia, año 2008. p.123

Así las cosas, los otros posibles bienes jurídicos que podrían ser el fundamento de sancionar el almacenamiento malicioso, como son la dignidad o la determinación sexual de los menores, también han sido descartados, por los antecedentes ya esgrimidos en el presente trabajo, específicamente, el más importante a mi juicio, es el hecho de que ambos bienes jurídicos son vulnerados por aquel que fabrica o produce el material pornográfico infantil y no por aquel sujeto que almacena el material objeto del inciso segundo del artículo 374 bis de nuestro Código Penal.

Es del caso señalar, que las demás problemáticas que presenta el tipo penal en cuestión derivan precisamente de la falta de determinación del bien jurídico protegido, por tal motivo es preciso plantear y apoyar la necesidad de declarar inconstitucional el inciso segundo del artículo 374 bis del Código Penal.

4.0 Bibliografía

1. BULLEMORE G, Vivian R. MacKinnon, Jonh R. *Curso de Derecho Penal: Tomo III*. 4ª edición aumentada y actualizada, Ediciones Jurídicas De Santiago año 2018.
2. HOYOS BALMACEDA, Gustavo. *Manual De Derecho Penal: Parte Especial*, Tercera Edición Actualizada, Librotecnia, año 2018.
3. MOLINA CANTILLANA, Rene. *Delito de pornografía infantil*, Librotecnia, año 2008.
4. *MONTT GARRIDO, Mario, Derecho Penal: Parte Especial, tomo III, cuarta edición Editorial Jurídica de Chile, año 2017.*
5. MATUS ACUÑA, Jean Pierre: *Codigo Penal Sistematizado Con Jurisprudencia, Tercera Edición Thomson Reuters, 2017.*
6. MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMÍREZ GUZMÁN, Mª Cecilia: *Manual De Derecho Penal Chileno Parte Especial, Tirant lo blanch, Valencia, 2017.*
7. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos Sexuales, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile ,año 2018.*
8. SANCHEZ PECAREVIC, Claudio, *Delito de almacenamiento de pornografía infantil: Primera Edición, año 2010, Librotecnia.*