

INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO, recaído en las observaciones, en segundo trámite constitucional, formuladas por S.E. el Presidente de la República al proyecto de ley que introduce un nuevo párrafo al Título VII del Libro II del Código Penal, relativo a la explotación sexual comercial y pornografía de niños, niñas o adolescentes.

BOLETÍN N° 14.440-07.

HONORABLE SENADO:

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de informaros respecto de las Observaciones, en segundo trámite constitucional, formuladas por S.E. el Presidente de la República al proyecto de ley de la referencia, iniciado en Mensaje del ex Presidente de la República, señor Sebastián Piñera Echenique, y para cuyo despacho se ha hecho presente calificación de urgencia en el carácter de "suma".

Cabe hacer presente que tratándose de Observaciones del Ejecutivo, ellas fueron discutidas en general y en particular a al vez, según lo establecen los artículos 127 y 188, N° 1, del Reglamento de la Corporación.

Asimismo, se deja constancia que la Honorable Cámara de Diputados aprobó por unanimidad (130 votos) la totalidad de las Observaciones formuladas a este proyecto de ley, según consta en el Oficio N° 17.808, de fecha 24 de octubre de 2022, de esa Corporación.

- - -

A las sesiones que la Comisión dedicó al análisis de este asunto concurrieron, en forma presencial o telemática, los siguientes personeros:

- El Subsecretario de Justicia, señor Jaime Gajardo, acompañado por la jefa de la División Jurídica, señora María Ester Torres; los asesores legislativos señoras Flora Ben-Azul, Alejandra Lazo y Camila Moya y señor Rafael Ferrada, y el Jefe de Prensa, señor Hernán Leighton.

- La Subsecretaria General de la Presidencia, señora Macarena Lobos, acompañada por la asesora señora Francisca Oyarzún.

- El Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Chile, señor Antonio Bascuñán.

- El analista sectorial de la Biblioteca del Congreso Nacional, señor Juan Pablo Cavada.

- Los asesores parlamentarios señoras Paola Bobadilla, Alejandra Fischer, Karelyn Lüttecke y Carolina Navarrete, y señores Mauricio Burgos, Miguel Ángel Díaz, Roberto Godoy, Felipe Hübner, Benjamín Lagos, Pedro Lezaeta, Héctor Mery e Ignacio Ortega.

- - -

NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL

El artículo 12, que introduce modificaciones en el numeral 10° del artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales, contenido en la observación número 10), es de rango orgánico constitucional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 77 de la Carta Fundamental, por lo que, conforme a lo prescrito en el artículo 66, inciso segundo, del mismo Texto, para su aprobación requiere de las cuatro séptimas partes de los Senadores en ejercicio.

Cabe consignar que la Excma. Corte Suprema emitió su opinión acerca de dicha disposición, mediante Oficio N° 221-2022, de 28 de octubre de 2022.

- - -

Previo al análisis de las Observaciones formuladas, tuvo lugar en el seno de la Comisión una reflexión acerca de su sentido y alcance.

Al respecto, el **Honorable Senador señor Walker** destacó que se trata de modificaciones simples, que fueron aprobadas por unanimidad en la Comisión de Constitución y en la Sala de la Cámara de Diputados.

Refiriéndose al veto aditivo del Ejecutivo, el **Subsecretario de Justicia** señaló que su propósito es hacerse cargo de un conjunto de aspectos formales que deben ser afinados como consecuencia de la creación del nuevo tipo penal que establece la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. Tales precisiones fueron advertidas cuando se preparaba la implementación de la ley por el Ministerio Público, en conjunto con las divisiones jurídicas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

En ese marco, añadió, se trata de adecuaciones de referencia legislativa que se dan principalmente debido a que los delitos sexuales en los últimos cinco años han sido objeto de diversas modificaciones como consecuencia de la entrada en vigencia de distintas leyes, entre ellas, la ley N° 21.057, sobre entrevistas grabadas en video, la ley N° 21.160, que declaró imprescriptibles los delitos sexuales contra niños,

niñas y adolescentes, la ley N° 21.153, que tipificó el acoso sexual en espacios públicos, la ley N° 21.483, que reforzó la protección de las víctimas de delitos cuando sean menores de edad, y la Ley Antonia (actualmente en revisión del Tribunal Constitucional). Además, si bien durante la tramitación del proyecto de ley sobre explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, se hizo alusión a otras disposiciones legales relevantes, faltó precisar algunas normas vinculadas a la materia. Las Observaciones del Ejecutivo, entonces, admiten la siguiente agrupación:

a) Las relativas al Párrafo 6 bis que se incorpora al Título VII del Libro II del Código Penal, con el objeto de que las referencias permitan una aplicación efectiva de la disposición para delitos contenida en el mismo Código, en particular en lo relativo al delito de violación.

b) Las referidas al artículo 367 quáter, que pasó a comprender los delitos asociados a pornografía de niños, niñas y adolescentes, y que hoy se encuentran en el artículo 366 quinquies y en el artículo 374 bis (que se eliminan del Código).

c) Las que atañen al nuevo delito de transmisión de material pornográfico, que necesita ser incorporado como referencia legislativa en el artículo 367 septies.

La **señora Subsecretaria de la SEGPRES**, luego de recordar que la llamada Ley Antonia se encuentra en control preventivo de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, sostuvo que se requerirá de un nuevo proyecto de ley para corregir ciertas inconsistencias que se han podido identificar entre su articulado y el del proyecto sobre explotación sexual infantil.

Por último, acotó, hay una Observación para adecuar el problema que se produce con el nuevo Título 6 bis que deja sin aplicación las normas comunes del Título VII sobre agravantes y penas accesorias para los delitos de violación de menores, lo cual no era parte del espíritu de la iniciativa.

Consultado por el **Honorable Senador señor Araya** acerca de la Observación que propone suprimir el artículo 369 bis, el **Subsecretario de Justicia** comentó que tal supresión se relaciona con una norma que se encontraba vigente al tiempo en que se aprobó la Reforma Procesal Penal, y que regulaba la forma de valorar la prueba en el tiempo intermedio. Con arreglo al artículo 369 bis, en los procesos por los delitos a que se refieren los “dos párrafos anteriores”, el juez apreciará la prueba conforme con las reglas de la sana crítica. Como esta disposición se modificó por la Reforma Procesal Penal, el principal problema que genera mantenerla en el Código Penal es que pueda subsistir al incorporarse en el proyecto. Para evitar aquella confusión y debido a que se encuentra vigente su regulación en el Código Procesal Penal, se propone su eliminación.

La **señora Subsecretaria de la SEGPRES** puntualizó que, en circunstancias que las normas de ponderación de la prueba se contienen en el Código Procesal Penal, el artículo en comentario

del Código Penal quedó rezagado. Dado que la materia se encuentra regulada mediante una norma específica del Código Procesal Penal, la subsistencia del artículo que se propone suprimir podría generar conflictos de interpretación. Así, conforme al artículo 297 del Código Procesal Penal, los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

En estricto rigor, prosiguió, no habría contradicción en lo tocante a la forma de valoración de la prueba que rige actualmente. Lo que se cuestiona es la subsistencia en el Código Penal de una norma sobre valoración de la prueba junto a la que regula la misma materia en el Código Procesal Penal (que establece las reglas generales para cualquier delito). Es inconveniente mantener una regulación específica para un delito, cuando el asunto se encuentra regulado en general por el artículo 297 del Código Procesal Penal.

Ante la pregunta del **Honorable Senador señor Walker** sobre si lo que se busca es sólo concordar textos, la **señora Subsecretaria de la SEGPRES** respondió afirmativamente, puesto que en nada se modifica el régimen vigente de valoración de la prueba que corresponde al juez.

El **Honorable Senador señor Araya** manifestó su inquietud respecto de esta propuesta: el artículo 369 bis fue corregido el año 1999, esto es, en el mismo momento en que se tramitaba el Código Procesal Penal. Si sucesivas reformas posteriores nunca han alertado acerca de alguna falta de concordancia, su mantención podría responder a alguna razón práctica.

El **señor Subsecretario de Justicia** arguyó que el artículo 369 bis se aplicó únicamente hasta el año 2005, pues fue concebido para el tránsito hasta la entrada en vigencia del Código Procesal Penal.

La **Jefa de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos** recordó que, en circunstancias que la norma en cuestión se publicó un poco antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, como la implementación de la reforma procesal penal fue gradual, la norma se aplicó donde continuaba rigiendo el proceso penal antiguo (entre los años 1999 y 2005, cuando entró en régimen pleno).

El **Honorable Senador señor Araya** destacó que, aunque no se visualizan contradicciones normativas entre ambos artículos, deben evitarse interpretaciones judiciales que consideren que el artículo 369

bis es más amplio o laxo que el Código Procesal Penal en materia de valoración de la prueba.

Refiriéndose a la respuesta de la Excma. Corte Suprema y del Ministerio Público a la consulta que se les formulara acerca de este asunto, el **señor Subsecretario de Justicia** destacó, en lo tocante a la eliminación del artículo 369 bis del Código Penal (que viene proponiendo el Ejecutivo), que mientras ese Alto Tribunal no se pronunció a su respecto, el Ministerio Público manifestó su opinión favorable a dicha supresión, puntualizando que no generaría efectos en materia de persecución penal. En todo caso, añadió, dicha supresión sería armónica con la regulación que se consulta para el Código Procesal Penal. No obstante, el personero hizo notar que el oficio remitido por la Excma. Corte Suprema sólo se pronuncia, por incidir en la organización y atribuciones de los tribunales de justicia, acerca de la incorporación de un artículo 12, nuevo, mediante el cual se modifica el numeral 10 del artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales. Por su parte, acotó, el Ministerio Público aludió también a otros aspectos normativos.

El señor Subsecretario del ramo reiteró que, en general, las Observaciones en análisis persiguen adecuar referencias legislativas y aspectos formales del proyecto, e incluir una mención especial al delito de violación dentro del Párrafo VI del Código Penal. En este sentido, prosiguió, aunque algunos de los comentarios de la Corte Suprema y del Ministerio Público son atendibles, se trata (como en el caso del artículo 367 bis, N° 1, del Código Penal) de cuestiones sustanciales que exceden las pretensiones y el marco de discusión del veto del Ejecutivo. De allí que la voluntad del Gobierno sea recoger tales preocupaciones en una futura ley adecuadora, que ya se está elaborando por parte de la SEGPRES y que prontamente será sometido a tramitación legislativa.

El **Honorable Senador señor Galilea** subrayó que la duda planteada a la Excma. Corte Suprema y al Ministerio Público perseguía establecer si la supresión del artículo 369 bis del Código Penal era susceptible de producir algún efecto en la apreciación de la prueba. Al respecto, dijo, en circunstancias que el Máximo Tribunal no se pronunció, el Ministerio Público estimó que en nada se altera el mecanismo de valoración probatoria, porque los principios generales en la materia se encuentran regulados en el Código Procesal Penal.

El **Honorable Senador señor Walker**, luego de recordar que cada Observación debe ser aprobada o rechazada en su totalidad y que cualquier perfeccionamiento normativo mayor requiere de un nuevo proyecto de ley, subrayó que el veto persigue subsanar aspectos formales y de referencia legislativa e incluir expresamente al delito de violación dentro del articulado.

El **Profesor de Derecho Penal señor Bascuñán**, explicó que el artículo 369 bis del Código Penal constituye una regla anterior a la reforma procesal penal, y que su función fue dialogar con el Código Procesal Penal estableciendo en el tiempo intermedio una norma de valoración racional de la prueba, al margen de apreciaciones legales o prueba tasada. Por ello, y como en la práctica el artículo 369 bis cayó en

obsolescencia, requiere ser interpretado con arreglo a las normas de apreciación de la prueba introducidas por dicho Código. Los delitos sexuales no requieren una norma especial distinta a la que se contiene en aquel cuerpo normativo.

Es dable señalar que, para mejor resolver, la Comisión ofició al Ministerio Público a fin de conocer su parecer acerca de las Observaciones del Ejecutivo. El órgano persecutor emitió su opinión por Oficio N° 976/2022, de 2 de noviembre de 2022, que se tuvo en cuenta con ocasión del debate habido.

- - -

Se formularon por S.E. el Presidente de la República, diez Observaciones al proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional. A continuación, se efectúa una relación de estas observaciones y de las disposiciones en que recaen.

Observación N° 1

Recae en el numeral 11 del artículo 1, que elimina, en el inciso primero del artículo 368 ter del Código Penal, la expresión “366 quinquies,” y sustituye el guarismo “374 bis” por “367 quáter”.

La Observación propone reemplazar este numeral 11, por el siguiente:

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

- a) Elimínase la expresión “366 quinquies,”.
- b) Reemplázanse las expresiones “o 374 bis” por la expresión “, 367 quáter o 367 septies”.

Observación N° 2

Esta Observación propone incorporar al artículo 1 el siguiente numeral 13, nuevo:

“13. Suprímese el artículo 369 bis.”

El señor **Presidente de la Comisión** calificó esta Observación como aditiva.

Observación N° 3

Incide en el numeral 13 del artículo 1, que elimina, en el inciso primero del artículo 369 ter del Código Penal, la expresión “366 quinquies,” y sustituye el guarismo “374 bis” por “367 quáter”.

La Observación propone reemplazar el numeral 13, por el siguiente:

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

a) Elimínase la expresión “366 quinquies,”.

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

Observación N° 4

Recae en el numeral 14) del artículo 1, que sustituye, en el artículo 369 quinquies del Código Penal, el guarismo “366 quinquies” por “367 quáter”.

La Observación consulta reemplazar el numeral 14, por el siguiente:

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

a) Elimínase la expresión “366 quinquies,”.

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

Observación N° 5

Propone incorporar un numeral 16, nuevo, del tenor que sigue:

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

El **señor Presidente de la Comisión** calificó esta Observación como aditiva.

Observación N° 6

Incide en el numeral 16) del artículo 1, que reemplaza, en los incisos segundo y tercero del artículo 372 del Código Penal, el guarismo “366 quinquies” por “367 quáter”.

La Observación propone sustituir el actual numeral 16, por el siguiente:

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

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

b) Modifícase su inciso segundo en el siguiente sentido:

i. Elimínase la expresión “366 quinquies,”.

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

Observación N° 7

Consulta intercalar en el artículo 1 el siguiente numeral 19, nuevo:

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

El señor Presidente de la Comisión calificó esta Observación como aditiva.

Observación N° 8

Recae en el artículo 2, que modifica el inciso primero del artículo 1 de la ley N° 21.057, en el siguiente sentido:

1. Sustituye la expresión: “en los Párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro Segundo” por “en los Párrafos 5, 6 y 6 bis del Título VII del Libro Segundo”.

2. Suprime la expresión “374 bis;”.

La Observación consulta reemplazarlo, por el siguiente:

“Artículo 2.- Introdúcense las siguientes modificaciones a la ley N° 21.057, que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales:

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

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

b) Suprímese la expresión “374 bis;”.

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

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

b) Suprímese la expresión “374 bis;”. .

Observación N° 9

Recae en el artículo 3, que reemplaza en el artículo 2° de la ley N° 21.160 el guarismo “366 quinquies” por “367 quáter”.

La Observación propone reemplazarlo, por el que se señala:

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

a) Elimínase la expresión “366 quinquies;”.

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

Observación N° 10

Propone intercalar los siguientes artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13, nuevos:

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

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

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

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

a) Elimínase la expresión “, 366 quinquies”.

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

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

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

a) Elimínase la expresión “, 366 quinquies”.

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

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

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

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

b) Elimínase la expresión “, 374 bis”.

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

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

b) Reemplázase la expresión “374 bis” por “367 quáter”.

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

El **señor Presidente de la Comisión** calificó esta Observación como aditiva.

Concluido el análisis de las Observaciones, el **señor Presidente de la Comisión** declaró cerrado el debate y sometió a votación la totalidad de ellas.

- Sometidas a votación la totalidad de las Observaciones formuladas por S.E. el Presidente de la República al proyecto de ley de que se trata, fueron aprobadas por la unanimidad de los miembros de la Comisión, Honorables Senadores señora Ebensperger y señores Araya, Elizalde, Galilea y Walker.

En mérito de los acuerdos consignados precedentemente, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, tiene el honor de proponeros respecto de las Observaciones en informe, lo siguiente:

- 5x0. - Aprobar la Observación número 1). Unanimidad
- 5x0. - Aprobar la Observación número 2). Unanimidad
- 5x0. - Aprobar la Observación número 3). Unanimidad
- 5x0. - Aprobar la Observación número 4). Unanimidad
- 5x0. - Aprobar la Observación número 5). Unanimidad
- 5x0. - Aprobar la Observación número 6). Unanimidad
- 5x0. - Aprobar la Observación número 7). Unanimidad
- 5x0. - Aprobar la Observación número 8). Unanimidad
- 5x0. - Aprobar la Observación número 9). Unanimidad
- 5x0. - Aprobar la Observación número 10). Unanimidad

Acordado en sesiones celebradas los días y con la asistencia que se señala: 26 de octubre de 2022, con asistencia de los Honorables Senadores señor Matías Walker Prieto (Presidente), señora Luz Ebensperger Orrego y señores Pedro Araya Guerrero, Alfonso De Urresti

Longton y Rodrigo Galilea Vial; 14 de noviembre de 2022, con asistencia de los Honorables Senadores señor Matías Walker Prieto (Presidente), señora Luz Ebersperger Orrego y señores Pedro Araya Guerrero, Álvaro Elizalde Soto (Alfonso De Urresti Longton) y Rodrigo Galilea Vial.

Sala de la Comisión, a 14 de noviembre de 2022.



Ignacio Vásquez Caces
Secretario