ESCOBAR, Javier: "Delitos de pornografía infanto-juvenil y casos de autoproducción de pornografía".
Polít. Crim. Vol. 17 Nº 34 (Diciembre 2022), Art. 10, pp. 673-695
[http://politcrim.com/wp-content/uploads/2022/12/Vol17N34A10.pdf]

Delitos de pornografía infanto-juvenil y casos de autoproducción de pornografía

Child Pornography Criminal Offences and Cases of Self-Produced Child Pornography

Javier Escobar Veas
Doctor en Derecho, Università Luigi Bocconi
Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Austral de Chile.
Javier.escobar@mail.udp.cl
https://orcid.org/0000-0001-9266-0396

Fecha de recepción: 03/03/2022.
Fecha de aceptación: 12/05/2022.

Resumen

La pornografía infanto-juvenil no es ciertamente un fenómeno reciente en nuestra sociedad. Actualmente, la mayoría de los sistemas jurídicos comparados incorpora delitos relativos a la producción, distribución, y almacenamiento de pornografía infanto-juvenil. Sin embargo, lo que sí representa un fenómeno relativamente moderno es la autoproducción de pornografía, esto es, casos en que la elaboración de los registros pornográficos está controlada por la misma persona que aparece en ellos, de modo tal que ella domina el proceso de producción del contenido. En este contexto, el presente trabajo tiene por finalidad analizar la posibilidad de aplicar los delitos de pornografía infanto-juvenil establecidos en el Código Penal chileno a los casos de autoproducción de este tipo de pornografía.

Palabras clave: pornografía infanto-juvenil, autoproducción de pornografía, libertad de autodeterminación.

Abstract

Child pornography is certainly not a recent phenomenon in our society. Most comparative legal systems now provide for criminal offenses targeting the production, distribution, and possession of child pornography. What does represent a relatively modern phenomenon, however, is the self-production of pornography, that is, cases in which the production of pornographic records is under the control of the person who appears in them, so that she directs the process of production of the content. In this context, the purpose of this article is to analyse the possibility of applying the child pornography criminal offences regulated by the Chilean Criminal Code to cases of self-production of child pornography.

Keywords: child pornography, self-produced pornography, self-determination.

Introducción

La pornografía infanto-juvenil no es ciertamente un fenómeno reciente en nuestra sociedad. Lo que actualmente constituye una práctica criminalizada casi en la totalidad de los sistemas jurídicos, hasta hace no pocas décadas era regulada de manera muy distinta.

Durante el siglo XIX, la producción y comercialización de imágenes con contenido sexual que involucraban a niñas, niños o adolescentes (en adelante, NNA) era una realidad. Así, por ejemplo, se ha indicado que, alrededor de 1977, se hallaban en circulación en Estados Unidos en torno a 250 revistas de pornografía infanto-juvenil.[1]

No obstante, el surgimiento de internet transformó de manera radical la dimensión del fenómeno y su naturaleza.[2] El desarrollo y la masificación de internet, sumado a su método de intercambio relativamente confidencial, ha producido un aumento explosivo del mercado de la pornografía, incluida aquella infanto-juvenil. Se ha estimado que actualmente la pornografía genera entre 8.000 y 10.000 millones de dólares al año, y es la tercera fuente de ingresos del crimen organizado.[3] Lo que sí representa un fenómeno relativamente nuevo es la autoproducción de pornografía,[4] esto es, casos en que la elaboración de los registros pornográficos está controlada por la misma persona que aparece en ellos, de modo tal que ella domina el proceso de producción del contenido. Dado que la producción de pornografía de adultos no es constitutiva de delito, los casos de autoproducción de esta no plantea un problema de relevancia penal. La situación es distinta cuando los registros pornográficos producidos constituyen pornografía infanto-juvenil, pues la mayoría de los sistemas jurídicos han establecido delitos de producción, distribución y almacenamiento de pornografía. Como consecuencia de lo anterior, los casos de autoproducción de pornografía infanto-juvenil plantean problemas con relevancia penal.

Imagínese, por ejemplo, el caso de un grupo de tres adolescentes que deciden tomarse fotografías desnudas y enviarlas a otras personas, o el caso de una pareja de dos adolescentes que decide mantener relaciones sexuales y grabar dicho episodio. ¿Qué respuesta jurídico-penal debiesen recibir este tipo de situaciones? ¿Es posible aplicar, a este tipo de casos, los distintos delitos de pornografía infanto-juvenil previstos por la legislación? ¿Resultaría razonable y proporcional aplicar estos delitos a dichas hipótesis? Estas son algunas de las preguntas que plantean los casos de autoproducción de pornografía infanto-juvenil.[5]

El fenómeno de la autoproducción de pornografía infanto-juvenil no posee solamente interés teórico, sino que plantea importantes problemas prácticos. Según algunas estadísticas, aproximadamente el 20% de los adolescentes ha enviado electrónicamente registros con contenido

[1] AGUSTINA (2010), p. 8.
[2] AGUSTINA (2010), p. 8.
[3] KELLEY (2003), p. 581.
[4] BOSAK (2012), p. 144.
[5] LEARY (2008), pp. 4-6; BOSAK (2012), pp. 143-144.

sexual a otra persona. Otros estudios indican que el porcentaje de adolescentes que habría enviado este tipo de registros sería el 28%.[6]

El incremento de los casos de autoproducción de pornografía infanto-juvenil se ha debido, principalmente, a la masificación de los teléfonos celulares y cámaras digitales. Por ejemplo, existen estudios que indican que, entre 2004 y 2009 el porcentaje de niños y niñas que utilizaba teléfonos celulares aumentó desde 18% a 58%. Una encuesta realizada en EE.UU. en 2015 reveló que el 76% de los adolescentes entre 15 y 17 años poseía un teléfono celular.[7] Finalmente, una investigación realizada en 2017 indicó que el 97% de los adolescentes entre 15 y 17 años en Italia utilizaba diariamente un teléfono celular para acceder a internet.[8] Como se puede apreciar, el aumento de las estadísticas ha sido explosivo.

El presente trabajo tiene por finalidad analizar si resulta posible aplicar los delitos de pornografía infanto-juvenil establecidos en el Código Penal chileno a casos de autoproducción de este tipo de pornografía. En una primera parte, se analizará la regulación de los delitos de producción, distribución y almacenamiento de pornografía infanto-juvenil en Chile, revisando las principales cuestiones problemáticas planteadas por la doctrina y la jurisprudencia. Posteriormente, se abordará específicamente la regulación penal de los casos de autoproducción de pornografía infanto-juvenil.

1. El proceso de criminalización de la pornografía infanto-juvenil

A pesar de que el fenómeno de la pornografía infanto-juvenil no es reciente en nuestra sociedad, la actitud y la respuesta normativa que esta ha adoptado a su respecto no ha sido siempre la misma. En efecto, tal como se señaló anteriormente, durante el siglo pasado era posible comercializar revistas y materiales que contenían este tipo de pornografía.

¿Cuándo y por qué se produce el cambio de actitud respecto de la pornografía infanto-juvenil? El consenso en torno a la aceptación de la pornografía infanto-juvenil y a su conformidad con los estándares morales y sociales comenzó a cambiar desde finales de los años setenta, momento en el cual varios Estados comenzaron a publicar leyes dirigidas a prohibir penalmente la producción, distribución y almacenamiento de pornografía infanto-juvenil. Ejemplos de lo anterior fueron la *Protection of Children Act*, aprobada por el Parlamento del Reino Unido en 1978, y la *Child Protection Act*, aprobada por el Congreso de Estados Unidos en 1984, dos legislaciones que incorporaron diversos tipos penales relacionados con la pornografía infanto-juvenil.

Esta tendencia de criminalización de la pornografía infanto-juvenil recibió un impulso decisivo por parte del derecho internacional en 1989, con la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN). Este instrumento dispone en su artículo 34 que los Estados se comprometen a proteger a las niñas y niños en contra de toda forma de explotación y abuso sexuales, incluyendo la explotación en espectáculos o materiales pornográficos, así como a adoptar

[6] Un conjunto de importantes estadísticas puede encontrarse en STROHMAIER, MURPHY, y DEMATTEO (2014), pp. 246-252.
[7] WESTLAKE (2018), p. 256.
[8] ROSANI (2019), p. 11.

todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para prevenir estos fenómenos.[9] El Gobierno de Chile suscribió la CDN a principios de 1990, y a mediados del mismo año dictó y publicó el Decreto N° 830, que promulgó la CDN.

Como consecuencia de la celebración de la CDN, los Estados iniciaron un proceso de adecuación de sus legislaciones internas, a fin de cumplir con los nuevos estándares y obligaciones internacionales. Así, los Estados transitaron desde un sistema tutelar de carácter paternalista —que veía a los NNA como objetos de protección—, a uno de carácter garantista que reconocía a los NNA como sujetos de derecho con personalidad y autonomía propias—.[10]

Con todo, el instrumento internacional más detallado en materia de pornografía infanto-juvenil sería aprobado 10 años después de la CDN. En mayo de 2000, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó 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 la pornografía, instrumento que entró en vigor en enero de 2002. El Protocolo Facultativo de la CDN prohíbe todas las prácticas mencionadas, destacando, en su artículo 3, la necesidad de combatir, entre otras cosas, "la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión" de pornografía infanto-juvenil. Chile suscribió y aprobó el Protocolo Facultativo de la CDN, el cual fue publicado en el Diario Oficial en septiembre de 2003.

Como respuesta a las obligaciones internacionales que el país había adquirido, en enero de 2004 se publicó la Ley n. 19.927, que modificó el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de pornografía infanto-juvenil. Entre otras modificaciones, la nueva ley incorporó tres nuevos delitos: (1) producción de pornografía infanto-juvenil, contemplado en el artículo 366 quinquies; (2) comercialización o distribución de pornografía infanto-juvenil, previsto en el artículo 374 bis, inciso primero; y (3) almacenamiento de pornografía infanto-juvenil, establecido en el artículo 374 bis, inciso segundo.[11] A continuación, se revisarán cada uno de estos tipos penales.

2. Delito de producción de pornografía infanto-juvenil

El delito de producción de pornografía infanto-juvenil se encuentra previsto y sancionado en el artículo 366 quinquies del Código Penal, norma que dispone: "El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo".

2.1. Definición de pornografía infanto-juvenil

Con el propósito de evitar equívocos, el legislador chileno incorporó una definición de pornografía infanto-juvenil en el inciso segundo del artículo 366 quinques, norma que dispone: "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

[9] RODRÍGUEZ (2012), p. 201.
[10] CAMPOS (2009), p. 352.
[11] RODRÍGUEZ (2014), p. 311.

genitales con fines primordialmente sexuales, o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines".

A fin de elaborar la definición transcrita, el legislador chileno se basó en la definición de pornografía infanto-juvenil contenida en el artículo 2 (c) del Protocolo Facultativo de la CDN, el cual señala: "Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales".

Es menester subrayar que, conforme lo dispone el propio inciso segundo del artículo 366 quinquies, la definición allí contenida resulta válida para los efectos de este mismo artículo y del artículo 374 bis. Ello significa que el concepto de pornografía infanto-juvenil tiene exactamente el mismo alcance para los delitos de producción, distribución y almacenamiento de pornografía infanto-juvenil.

¿Qué tipos de registros pornográficos comprende la definición del inciso segundo del artículo 366 quinquies? En primer término, la definición del artículo 366 quinquies comprende la pornografía infanto-juvenil clásica, esta es, toda representación de NNA involucrados en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas. Es importante destacar que la definición únicamente comprende aquellas representaciones de actividades sexuales explícitas o de partes genitales con fines primordialmente sexuales. Por consiguiente, el legislador ha excluido, por ejemplo, representaciones meramente eróticas de NNA, las cuales, sin perjuicio de poseer una connotación sexual, no exhiben parte de sus genitales ni son representaciones de actividades sexuales explícitas. La definición de pornografía infanto-juvenil también excluye representaciones que no hayan sido realizadas con un fin primordialmente sexual, como pueden ser representaciones con fines científicos o artísticos.[12]Además de la pornografía clásica, la definición del artículo 366 quinquies también incluye, en su parte final, la denominada pornografía infanto-juvenil aparente, la cual tiene lugar cuando se representa, de forma aparente, a NNA a partir de la utilización de voces, fotogramas o imágenes de NNA reales, en contextos de significación sexual.[13]

Teniendo en consideración lo anterior, es posible afirmar que el requisito base de la definición del inciso segundo del artículo 366 quinquies es que efectivamente exista un NNA que haya intervenido en el hecho de connotación sexual. Como consecuencia, la definición del Código Penal chileno no comprende aquellos casos en que personas mayores de dieciocho años simulan ser NNA, por no cumplirse la exigencia indicada anteriormente. Por la misma razón, la definición tampoco incluye la denominada pornografía infanto-juvenil virtual, en que las imágenes de los NNA son íntegramente creadas a través de medios tecnológicos, pues en este caso no existe ningún ser humano que efectivamente haya intervenido en el hecho de connotación sexual.[14]

Al excluir la pornografía infanto-juvenil virtual, la legislación chilena se diferencia de otros sistemas comparados, los cuales sí han criminalizado este tipo de pornografía. Así, por ejemplo, en Estados Unidos el legislador ha incorporado la pornografía infanto-juvenil virtual dentro de la

[12] MAYER (2014), pp. 30-31.
[13] OSSANDÓN (2014), p. 282; SCHEECHLER (2012), pp. 63-64.
[14] MAYER (2014), p. 29; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 225; RODRÍGUEZ (2014), p. 319.

definición legal de *child pornography*.[15] En términos similares, el artículo 2 (c) (iv) de la Directiva 2011/93/UE incluye, dentro de la definición de pornografía infanto-juvenil, las "imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales".[16] Las imágenes realistas de NNA participando en conductas sexualmente explícitas también han sido incorporadas en las definiciones de pornografía infanto-juvenil del Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa[17] y del Código Penal español.[18]

2.2. Bien jurídico protegido por el delito de producción de pornografía infanto-juvenil

Sobre el bien jurídico protegido por este delito, la postura mayoritaria sostiene que el bien jurídico protegido por este delito es la "indemnidad sexual", entendida como el derecho de las personas a no verse involucradas en un contexto sexual, en atención al daño físico, psíquico o emocional que tal experiencia pudiera ocasionarles.[19] Esta es, por lo demás, la postura que ha adoptado la Corte Suprema.[20]

El bien jurídico protegido permite explicar que el legislador chileno haya excluido la pornografía infanto-juvenil virtual del campo de incriminación, toda vez que resulta difícil aceptar que, en este caso, se afecte el bien jurídico protegido, dado que no existe ninguna víctima real, a menos que uno esté dispuesto a considerar como víctima a todos los NNA, como una categoría de sujetos, cuestión que no parece razonable.[21]

2.3. Significado de la expresión "el que participare en la producción"

Dado que el artículo 366 quinquies sanciona a quien "participare en la producción" de material pornográfico infanto-juvenil, resulta necesario abordar el significado de esta expresión. En relación a la conducta incriminada, esta consiste en "producir" material pornográfico. Como se ha señalado, "producir" significa "elaborar", "fabricar" o "crear" algo, en este caso, material pornográfico infanto-juvenil. De este modo, el delito del artículo 366 quinques no sanciona la realización de acciones de significación sexual con NNA, ni su involucramiento en contextos de esta naturaleza, comportamientos que podrán eventualmente ser sancionados por otros tipos

[15] El Título 18 § 2256 (8) del United States Code define child pornography en los siguientes términos: ""Child pornography" means any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means, of sexually explicit conduct, where— (A) the production of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct; (B) such visual depiction is a digital image, computer image, or computer-generated image that is, or is indistinguishable from, that of a minor engaging in sexually explicit conduct; or (C) such visual depiction has been created, adapted, or modified to appear that an identifiable minor is engaging in sexually explicit conduct". Como es posible apreciar, la definición transcrita incorpora, en la letra (B), aquellas imágenes generadas por computador.
[16] RODRÍGUEZ (2012), p. 235.
[17] Artículo 9.2 (c).
[18] Artículo 189.1 (d).
[19] FERNÁNDEZ (2011), p. 116; GARRIDO (2010), p. 338; RODRÍGUEZ (2014), p. 315; RODRÍGUEZ y POLANCO (2015), p. 136.
[20] Corte Suprema, Rol N° 5-576, de 07 de agosto de 2008, Considerando 28.
[21] GARCÍA (2004), p. 415. Para una aproximación en favor de la criminalización de la pornografía infanto-juvenil virtual, ver KELLEY (2003), pp. 581 y ss.

penales. Por el contrario, lo que el artículo 366 quinquies sanciona es la elaboración de un registro de un hecho con significación sexual en que haya participado algún NNA, o de ciertas partes de su cuerpo. Este registro puede quedar plasmado en cualquier soporte, ya sea papel, magnético o digital.[22]

Si las conductas ejecutadas a propósito de la producción de material pornográfico configuran, además, otros delitos sexuales, tales como violación, abuso sexual, favorecimiento de la prostitución, etc., corresponderá apreciar un concurso de delitos entre la producción de pornografía infanto-juvenil y aquellos otros específicos delitos que se hayan llevado a cabo.[23] Así, por ejemplo, si una persona le ofrece dinero a un adolescente a cambio de mantener relaciones sexuales, registrando dicha actividad en un soporte digital, existirá un concurso entre los delitos de producción de pornografía infanto-juvenil, previsto en el artículo 366 quinquies, y obtención de servicios sexuales, contemplado en el artículo 367 ter.

Aclarado el significado del verbo "producir", se debe ahora abordar el significado de la expresión "participar". A este respecto, pareciera ser que la intención del legislador fue ampliar el círculo de sujetos activos, comprendiendo a todas aquellas personas que intervinieran, de alguna forma, en la etapa de producción del material pornográfico infanto-juvenil. Así, resultaría suficiente, para ser sancionado a título de autor, que una persona contribuya en el proceso de elaboración del material, no siendo necesario que efectivamente lo haya producido. Por consiguiente, se sanciona no solamente a quien capta las imágenes pornográficas, sino que también a aquellas personas que colaboren en la actividad de captación y producción definitiva, como puede ser el caso de las personas encargadas de la iluminación en el rodaje de una película pornográfica, montaje, edición, impresión, entre otros.[24]

Debido a la amplitud del verbo "participar", un sector de la doctrina rechaza la posibilidad de sancionar, en calidad de partícipe, a alguien que haya intervenido en la producción de los registros pornográficos, argumentando que el artículo 366 quinquies castiga por igual al autor y al cómplice, de modo tal que el legislador habría eliminado la distinción entre autoría y participación a efectos de este delito.[25]

Tal interpretación no parece correcta, pues otorga al verbo "participar" una extensión excesivamente amplia. No cabe duda de que el círculo de sujetos activos del delito de producción de pornografía infanto-juvenil es amplio, mas no infinito. En mi opinión, el artículo 366 quinquies sanciona en calidad de autor a todas aquellas personas que intervengan en el proceso de elaboración del material pornográfico, es decir, en su fase de producción. Esto no excluye, sin embargo, la posibilidad de que otras personas puedan ser sancionadas a título de partícipes, como sería el caso, por ejemplo, de la persona que arrienda el inmueble donde se producen los registros, o la persona que facilita a los autores herramientas para ejecutar el delito. En otras palabras, aquellas personas que no participan en la fase de producción del material, pero que colaboran con las personas responsables de ella, podrán perfectamente ser sancionados en calidad de partícipes.[26]

[22] RODRÍGUEZ (2014), pp. 316-317; RODRÍGUEZ y POLANCO (2015), pp. 136-137.
[23] GARRIDO (2010), pp. 339-340.
[24] RODRÍGUEZ (2013), p. 147.
[25] MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 226.
[26] En similar sentido, RODRÍGUEZ (2014), pp. 321-322.

Además de lo anterior, el artículo 371 aporta un argumento adicional en favor de la posibilidad de distinguir entre autores y partícipes en el delito de producción de pornografía infanto-juvenil. El inciso primero del artículo 37l dispone que los "ascendientes, guardadores, maestros y cualesquiera personas que con abuso de autoridad o encargo, cooperaren como cómplices a la perpetración de los delitos comprendidos en los dos párrafos precedentes, serán penados como autores". Como se puede apreciar, el artículo 371 establece una circunstancia agravante, consistente en sancionar con la pena de autor a ciertas personas que intervienen como cómplices en determinados delitos, entre los cuales se encuentra el de producción de pornografía infanto-juvenil. Con ello, la norma legal reconoce que es teóricamente posible que las personas intervengan en calidad de partícipes en el delito contemplado en el artículo 366 quinquies.[27]

3. Delitos de distribución y almacenamiento de pornografía infanto-juvenil

Además de criminalizar la producción de pornografía infanto-juvenil, el Código Penal chileno también sanciona su distribución y almacenamiento.[28] Al criminalizar la distribución y el almacenamiento de pornografía infanto-juvenil, el legislador chileno ha buscado sancionar todas las etapas de la cadena de conductas relacionadas con la pornografía infanto-juvenil.[29]

Por una parte, el inciso primero del artículo 374 bis sanciona a quien "comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años". Por otra parte, el inciso segundo de la misma norma sanciona a quien "maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años".

3.1. Distribución de pornografía infanto-juvenil

La distribución de pornografía infanto-juvenil constituye una actividad de promoción de este material, superando los límites aceptables de la libertad personal en esta materia.[30] El delito de distribución de pornografía infanto-juvenil ha sido concebido como un delito de emprendimiento, cuya estructura típica es similar a aquella del delito de tráfico ilícito de estupefacientes.[31]Sin perjuicio de que algunos verbos empleados en el artículo 374 bis tienen un significado comercial, nada obsta a que el delito en estudio sea cometido a título gratuito.[32]

En relación al bien jurídico protegido por el delito de distribución de pornografía infanto-juvenil, no existe una opinión unánime. Una primera postura sostiene que este delito afecta principalmente la moralidad pública, e indirectamente la indemnidad sexual de los NNA involucrados. Este

[27] RODRÍGUEZ (2015), p. 142.
[28] Corte Suprema, Rol N° 5.567-2007, de 07 de agosto de 2008, Considerando 31.
[29] VERA y SEPÚLVEDA (2011), p. 203; Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 431-2012, de 30 de noviembre de 2010, Considerando 3.
[30] HERNÁNDEZ (2012), p. 134.
[31] BALMACEDA (2014), pp. 243-244; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 226.
[32] RODRÍGUEZ (2013), p. 149; RODRÍGUEZ (2014), p. 324; CISTERNAS (2017), pp. 84-85.

planteamiento se basa, principalmente, en la circunstancia de que el párrafo en el cual se encuentra regulado el artículo 374 bis se titula "De los ultrajes públicos a las buenas costumbres".[33]

En mi opinión, concebir la moralidad pública como bien jurídico protegido por el delito de distribución de pornografía infanto-juvenil no resulta compatible con los principios generales de una sociedad democrática, donde la prohibición de sancionar penalmente meras inmoralidades se erige como un principio fundante del sistema sancionatorio. Por esta razón, parece preferible entender que el bien jurídico protegido por el delito de distribución de pornografía infanto-juvenil es la intimidad de los NNA involucrados en los hechos de significación sexual contenidos en dichos registros.[34]

Dado que el tipo penal no supone ninguna forma de contacto o interacción entre el autor del delito y la víctima, ni existe algún riesgo adicional para esta, pues el material pornográfico ha sido producido con anterioridad al momento en que se ejecuta la conducta de distribución, no parece posible sostener que la finalidad del delito en estudio sea proteger la indemnidad sexual de los NNA involucrados. En otros términos, la indemnidad sexual de los NNA se ve afectada al momento de la producción del material pornográfico, y no cuando este se distribuye.

3.2. Adquisición o almacenamiento de pornografía infanto-juvenil

El delito de adquisición o almacenamiento de pornografía infanto-juvenil, previsto en el inciso segundo del artículo 374 bis, ha generado mayor discusión, debate y críticas que los delitos de producción y distribución de pornografía infanto-juvenil. Principalmente, la doctrina y la jurisprudencia discuten sobre las específicas exigencias objetivas y subjetivas de la conducta incriminada y el bien jurídico protegido por este delito.

3.2.1. Exigencias objetivas y subjetivas de la conducta incriminada

Dado que el inciso segundo del artículo 374 bis sanciona la adquisición o almacenamiento de pornografía infanto-juvenil, el tipo penal no incluye la simple contemplación o visualización de pornografía infanto-juvenil, así como tampoco el mero acceso, consulta o búsqueda de pornografía.[35] Así, no comete este delito quien se limita a visualizar pornografía infanto-juvenil almacenada en un computador de otra persona, así como tampoco quien consulta páginas pornográficas en internet, sin descargar el contenido.[36]

La Corte Suprema ha señalado que la cantidad de pornografía infanto-juvenil almacenada no es relevante a efectos de tener por configurado el respectivo delito,[37] conclusión que debiese ser válida también para la hipótesis de adquisición.

[33] MATUS y RAMÍREZ (2021), pp. 226-227. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ (2014), pp. 323-324, sin perjuicio de lo cual, en un trabajo previo, el autor había manifestado una postura diversa. Al respecto, ver RODRÍGUEZ (2013), p. 149-150.
[34] AGUILAR (2012), p. 170; MOLINA (2008), p. 83.
[35] RODRÍGUEZ (2013), p. 151.
[36] MAYER (2014), p. 35.
[37] Corte Suprema, Rol N° 3.557-2009, de 18 de agosto de 2009, Considerando 30.

En cuanto a la faz subjetiva, la incorporación de la expresión "maliciosamente" implica una exigencia de dolo directo, elemento que se traduce en la conciencia y voluntad de estar adquiriendo o almacenando pornografía infanto-juvenil. Se excluye, por tanto, la posibilidad de su comisión a título de dolo eventual o culpa,[38] lo cual implica que el error sobre la condición de NNA de las personas involucradas en el material pornográfico, o incluso la duda respecto a dicha circunstancia, excluyen la tipicidad subjetiva.[39] Por consiguiente, el tipo penal no comprende casos en que una persona, sin saberlo ni solicitarlo, recibe pornografía infanto-juvenil, por ejemplo por correo electrónico, siempre que, una vez descubierto dicho material, proceda a eliminarlo.

¿Exige el artículo 374 bis, inciso segundo, que la adquisición o el almacenamiento de pornografía infanto-juvenil estén destinados a su posterior comercialización o distribución? Un sector de la doctrina responde afirmativamente a la pregunta planteada, argumentando que el verbo "almacenar" no puede ser identificado con la mera posesión de pornografía, dado que, durante la tramitación legislativa, el legislador conscientemente reemplazó el verbo "poseer", contenido en la propuesta original, por "almacenar". Por consiguiente, este último verbo debe necesariamente implicar algún requisito adicional a la mera posesión, el cual, en opinión de esta postura, consiste en la intención del agente de comercializar el material pornográfico. De esta manera, "almacenar" significaría, a efectos del artículo 374 bis, inciso segundo, "poseer para comercializar".[40]

La jurisprudencia chilena, apoyada por otro sector de la doctrina,[41] ha rechazado la interpretación anteriormente expuesta, sosteniendo que la adquisición y el almacenamiento de pornografía infanto-juvenil pueden estar orientados tanto al consumo personal como a su posterior su circulación en el mercado. En particular, la Corte Suprema ha afirmado que el delito del artículo 374 bis, inciso segundo, "no exige expresamente motivación del autor para su posterior comercialización o distribución, comportamientos que están en su inciso primero en un ilícito diferente".[42]

En mi opinión, el delito del inciso segundo del artículo 374 bis no contempla entre sus requisitos que la adquisición o almacenamiento de pornografía infanto-juvenil esté orientado a su comercialización o distribución. De esta forma, es suficiente con que el sujeto activo maliciosamente adquiera o guarde el material pornográfico, con independencia del fin al cual se oriente su acción.[43] A este respecto, resulta fundamental recordar que durante la tramitación legislativa se propuso precisamente limitar el castigo de la posesión de pornografía infanto-juvenil a aquellos casos en que el autor tenía una intención de comercializar dichos registros, propuesta que finalmente no fue recogida por la ley.[44] Así, todo pareciera indicar que el legislador ha

[38] GARRIDO (2010), p. 341; BALMACEDA (2014), p. 243; Corte Suprema, Rol N° 3.557-2009, de 18 de agosto de 2009, Considerando 29 y 30; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2.079-2010, de 23 de mayo de 2012, Considerando 4.
[39] MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 228.
[40] HERNÁNDEZ (2012), pp. 137-138.
[41] MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 227; AGUILAR (2012), p. 174.
[42] Corte Suprema, Rol N° 3.557-2009, de 18 de agosto de 2009, Considerando 30. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 431-2012, de 30 de noviembre de 2010, Considerando 4; Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 547-2007, de 02 de noviembre de 2007, Considerando 6.
[43] MAYER (2014), p. 38; BALMACEDA (2014), p. 243.
[44] MAYER (2014), pp. 27-28.

regulado, en el artículo 374 bis, inciso segundo, una hipótesis delictiva de posesión de objetos ilícitos.[45]

3.2.2. Bien jurídico protegido por el delito de adquisición o almacenamiento de pornografía infanto-juvenil

La identificación del bien jurídico protegido por el delito de adquisición o almacenamiento de pornografía infanto-juvenil es probablemente la cuestión que más dudas ha suscitado en nuestro medio, especialmente considerando que el legislador no ha exigido una "una preordenación de la conducta para un posterior tráfico o difusión del material".[46]Una primera tesis sostiene derechamente que el delito en estudio carecería de objeto de tutela, al estar absolutamente alejado y desconectado de las únicas conductas que en realidad pueden considerarse como lesivas de los bienes jurídicos de los NNA: la producción y la comercialización de los registros pornográficos.[47] Al carecer de objeto de tutela, el delito de adquisición o almacenamiento de pornografía infringiría los principios de lesividad y de mínima intervención, siendo por tanto inconstitucional.[48]

Otra postura sugiere que el bien jurídico protegido sería la moralidad pública e, indirectamente, la indemnidad sexual de los NNA involucrados en los registros pornográficos. El principal argumento de este planteamiento, como ya se indicó, es el título del párrafo en el cual se encuentra regulado el artículo 374 bis, a saber: "De los ultrajes públicos a las buenas costumbres".[49]

Una tercera posición concibe el delito de adquisición o almacenamiento de material pornográfico como una figura pluriofensiva, la cual atentaría, por un lado, contra la moral sexual colectiva y, por el otro, contra la dignidad, intimidad, derecho a la imagen y honor de los NNA utilizados en los registros pornográficos.[50] Se argumenta que la persona que adquiere o almacena el material en que los NNA han sido utilizados "no hace otra cosa más que instrumentalizarlos, desconociendo su calidad de sujetos de derecho, y reduciéndolos, en definitiva, a la mera categoría de objetos o cosas".[51]

Finalmente, una cuarta postura, defendida por la jurisprudencia, sostiene que el bien jurídico protegido en este delito sería la dignidad de los NNA, "toda vez que se contribuye con la conducta sancionada al mantenimiento y expansión de una nueva y degradante industria, que tiene como presupuesto y objeto la comisión de gravísimos delitos sexuales contra niños y niñas, lo que fue,

[45] MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 227.
[46] Corte Suprema, Rol N° 3.557-2009, de 18 de agosto de 2009, Considerando 25.
[47] GUZMÁN (2016), p. 117. Desde la perspectiva del derecho estadounidense, Dillof ha reconocido que no es posible identificar algún bien jurídico protegido detrás de la criminalización de la simple posesión de pornografía infanto-juvenil, de manera tal que su criminalización solamente puede justificarse por razones utilitaristas, lo cual tiene importantes consecuencias al momento de evaluar la proporcionalidad de las sanciones establecidas por el legislador para este tipo de delitos. Ver DILLOF (2017), pp. 1361 y ss.
[48] DE LA FUENTE (2008), pp. 106 y ss.
[49] MATUS y RAMÍREZ (2021), pp. 226-227
[50] VERA y SEPÚLVEDA (2011), pp. 204-205.
[51] VERA y SEPÚLVEDA (2011), pp. 204-205.

además, el parecer del legislador chileno en el origen del proyecto de la ley Nº 19.927, impidiendo la proliferación de la pornografía para lograr la disminución de su demanda".[52]

Como se señaló anteriormente, concebir la moralidad pública como bien jurídico protegido no resulta compatible con los principios generales de una sociedad democrática, donde la prohibición de sancionar penalmente meras inmoralidades se erige como un principio fundante del sistema sancionatorio. Por consiguiente, resulta necesario identificar otro bien jurídico protegido por el delito en estudio, cuya tutela permita justificar la incriminación penal.[53]

Desde mi perspectiva, al igual que en el delito de distribución de pornografía infanto-juvenil, y por las mismas razones allí indicadas, el bien jurídico protegido por el delito de adquisición o almacenamiento de pornografía es la intimidad de los NNA involucrados en los hechos de significación sexual contenidos en dichos registros.

4. Regulación jurídico-penal de la autoproducción de pornografía infanto-juvenil

4.1. Planteamiento del problema

Habiendo ya analizado la regulación de los delitos de producción, distribución y almacenamiento de pornografía infanto-juvenil en Chile, corresponde ahora abordar específicamente el tratamiento jurídico-penal de los casos de autoproducción de pornografía infanto-juvenil.

Los casos de autoproducción de pornografía, ya sea de adultos o infanto-juvenil, se caracterizan porque la elaboración de los registros pornográficos está controlada por la misma persona que aparece allí representada, de manera tal que esta persona domina el proceso de producción de las imágenes.

Según el número de personas que intervengan en la producción de los registros pornográficos, es posible distinguir entre autoproducción individual y colectiva de pornografía. Así, por ejemplo, cuando una persona toma una fotografía de sí misma desnuda (*selfie*), estaremos ante un caso de autoproducción individual de pornografía. Por el contrario, cuando una persona le solicita a otra que le tome una fotografía desnuda, estaremos ante una hipótesis de autoproducción colectiva de pornografía. Lo mismo ocurre cuando dos personas se graban manteniendo relaciones sexuales.[54]

El fenómeno de la autoproducción de pornografía se encuentra íntimamente relacionado con otro fenómeno, a saber, el *sexting*. La expresión *sexting* se refiere a la transmisión digital de imágenes o videos sexualmente sugestivas o explícitas, destinados a un uso personal, a través de un medio que proporciona una expectativa razonable de privacidad, como un mensaje o un correo

[52] Corte Suprema, Rol N° 3.557-2009, de 18 de agosto de 2009, Considerando 25; Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 431-2012, de 30 de noviembre de 2010, Considerando 4; Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N° 123-2017, de 30 de agosto de 2017, Considerando 8.
[53] HERNÁNDEZ (2012), p. 133.
[54] ESCOBAR (2021), pp. 572-573.

electrónico personal.[55] Algunos estudios han indicado que el *sexting* es actualmente una práctica bastante difundida entre NNA.[56]

La doctrina distingue entre *sexting* primario y *sexting* secundario. El primero tiene lugar cuando la persona representada en el registro es la misma que lo distribuye, por ejemplo, cuando un NNA toma una fotografía de sí mismo desnudo y la manda a su pareja. Por su parte, el *sexting* secundario tiene lugar cuando la persona que distribuye el registro lo ha recibido previamente de otra, ya sea de la persona que se encuentra representada en el registro o de otra distinta. En el ejemplo anterior, esto ocurriría si la pareja que ha recibido la fotografía la envía posteriormente a terceras personas.[57]

El incremento de los casos de autoproducción de pornografía infanto-juvenil ha planteado el dilema sobre si corresponde aplicar los delitos de pornografía infanto-juvenil a estas situaciones, o si, por el contrario, estos casos se encuentran excluidos del campo de aplicación de dichos tipos penales.[58]

Con el objetivo de demostrar la relevancia del problema planteado, resulta pertinente revisar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N° 123-2017, de fecha 30 de agosto de 2017, donde precisamente se discutió la posibilidad de aplicar los delitos de pornografía infanto-juvenil a un caso de autoproducción individual de pornografía infanto-juvenil y *sexting* primario. En este caso, el Ministerio Público formalizó al imputado por el delito de almacenamiento de pornografía infanto-juvenil, pues este mantenía en su computador 56 fotografías de la víctima, una adolescente, imágenes que la graficaban desnuda y exhibiendo sus senos y genitales. Las 56 fotografías habían sido enviadas por la propia víctima al imputado, en el contexto de la relación de pareja que ambos mantenían.[59]

La defensa del imputado solicitó al Juzgado de Garantía decretar el sobreseimiento definitivo en relación al delito de almacenamiento de pornografía infanto-juvenil, argumentando que los hechos no eran constitutivos de delito. El tribunal rechazó la solicitud de sobreseimiento, argumentando que los hechos imputados sí eran constitutivos de delito, pues el material incautado era pornografía infanto-juvenil, conforme a la definición prevista en el inciso segundo del artículo 366 quinquies. Además de lo anterior, el tribunal señaló que las imágenes incautadas se encontraban efectivamente en poder del imputado, y que este había obrado con dolo directo, cumpliéndose, por tanto, todas las exigencias del tipo penal previsto en el inciso segundo del artículo 374 bis.[60] La decisión del Juzgado de Garantía fue apelada por la defensa del imputado.

Conociendo del recurso de apelación interpuesto por la defensa, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas revocó la resolución impugnada, decretando, en cambio, el sobreseimiento definitivo del imputado.

[55] LAMPE (2013), p. 704.
[56] BOSAK (2012), p. 146; LAMPE (2013), pp. 704-705.
[57] RYAN (2010), p. 361; CALVERT (2009), p. 30.
[58] MINOR (2016), pp. 310 y ss. Se ha criticado que las agencias de persecución penal intenten resolver los casos de *sexting* primario y secundario entre adolescentes mediante la imputación a estos de delitos de producción y distribución de pornografía infanto-juvenil. Al respecto, ver RYAN (2010) pp. 370 y ss.
[59] Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N° 123-2017, de 30 de agosto de 2017, Considerando 1.
[60] Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N° 123-2017, de 30 de agosto de 2017, Considerando 2.

En primer lugar, la Corte de Apelaciones observó que el verbo "almacenar" no alude a la simple tenencia o posesión de bienes, sino que a su acopio en grandes cantidades y generalmente con fines comerciales.[61] Por consiguiente, el almacenamiento de material pornográfico infanto-juvenil, en los términos del inciso segundo del artículo 374 bis, debe ser entendido como "posesión de cantidades relevantes destinadas a su ulterior comercialización". Como consecuencia de lo anterior, la Corte de Apelaciones afirmó que la posesión o almacenamiento de material pornográfico infanto-juvenil con fines exclusivos de uso o consumo personal es atípica.

Este era precisamente el caso del imputado que el Ministerio Público había formalizado, por cuanto las imágenes incautadas le "fueron proporcionadas por la propia víctima (tomadas por ella desde su celular y enviadas vía whatsapp al requerido) en el contexto de una relación de pareja, en la que ambos eran menores de edad, vaciadas y almacenadas por el imputado en su ordenador con objetivos distintos a los de su tráfico o comercialización".[62]

Como se puede apreciar, ambas sentencias, la de Corte de Apelaciones y la del Juzgado de Garantía, adscriben a interpretaciones que se encuentran en extremos opuestos. Por un lado, la sentencia del Juzgado de Garantía interpreta el delito de almacenamiento de pornografía de la manera más amplia posible, requiriendo únicamente que el autor del delito haya tenido en su poder imágenes constitutivas de pornografía infantojuvenil. Por otro lado, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas adscribe probablemente a la interpretación más exigente posible, demandando que la persona que almacena el material pornográfico haya tenido la intención de comercializarlo, interpretación que ha sido rechazada explícitamente por la Corte Suprema, como se señaló.

En mi opinión, tanto la sentencia del Juzgado de Garantía como la de la Corte de Apelaciones fueron resueltas de manera incorrecta, pues ninguna de las dos identifica adecuadamente el elemento del tipo penal que permite resolver satisfactoriamente el problema de la aplicación de los delitos de pornografía infanto-juvenil a los casos de autoproducción de pornografía, tal como se expondrá en el acápite siguiente.

4.2. Resolviendo el problema de la aplicación de los delitos de pornografía infanto-juvenil a los casos de autoproducción de pornografía.

¿Qué elemento permite resolver la cuestión jurídica planteada? En mi opinión, el elemento que permite resolver adecuadamente el problema antes mencionado es la exigencia consistente en que en la elaboración de los registros pornográficos "hubieren sido utilizados" NNA, requisito contenido tanto en el artículo 366 quinquies como en el artículo 374 bis.[63]

Conforme lo disponen explícitamente los artículos citados, los delitos de pornografía infanto-juvenil solamente tienen aplicación cuando "hubieren sido utilizados" NNA. Por consiguiente, allí donde no sea posible afirmar que algún NNA ha sido "utilizado", simplemente no corresponderá aplicar los delitos mencionados. A continuación, analizaré separadamente cómo el elemento de

[61] Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N° 123-2017, de 30 de agosto de 2017, Considerando 9.
[62] Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N° 123-2017, de 30 de agosto de 2017, Considerando 13.
[63] ESCOBAR (2021), p. 575.

utilización afecta a los casos de autoproducción individual y colectiva de pornografía infanto-juvenil.

4.2.1. Autoproducción individual de pornografía infanto-juvenil.

La exigencia de que en la elaboración de los registros pornográficos "hubieren sido utilizados" NNA excluye del campo de aplicación de los delitos de pornografía infanto-juvenil los casos de autoproducción individual de pornografía, es decir, aquellas situaciones en que el NNA que aparece representado en los registros ha decidido producirlos de manera libre y autónoma.

Desde un punto de vista semántico la exigencia de que NNA hayan sido *utilizados* en la producción de los registros pornográficos implica necesariamente la intervención de terceras personas.[64] Por esta razón, cuando un NNA ha decidido de manera libre y autónoma producir registros pornográficos donde solamente él está representado, no resulta posible afirmar que él haya sido "utilizado".

Una interpretación contraria produciría el absurdo de que un NNA que tomara una fotografía de sí mismo desnudo, exhibiendo sus genitales, debería ser sancionado como autor de producción de pornografía infanto-juvenil.[65] La exigencia de una pluralidad de personas constituye el componente formal del requisito de utilización.

La reciente jurisprudencia de la Corte Suprema italiana se ha pronunciado en el mismo sentido aquí planteado. En particular, la Corte Suprema ha sostenido que la exigencia de utilización contenida en el inciso primero del artículo 600 ter, norma que establece el delito de producción de pornografía infanto-juvenil, presupone, en primer lugar, que el autor del delito sea una persona distinta del NNA que aparece representado en los registros pornográficos. Como consecuencia de lo anterior, la Corte Suprema italiana afirmó que los casos de autoproducción individual de pornografía infanto-juvenil están excluidos del campo de aplicación del delito de producción de pornografía infanto-juvenil.[66]

Es importante destacar que el requisito de utilización no excluye solamente la aplicación del delito de producción de pornografía, sino que también excluye la aplicación del delito de distribución y de almacenamiento, por cuanto se trata de un requisito común a los artículos 366 quinquies y 374 bis. Por lo tanto, así como un NNA que toma una fotografía de sí mismo desnudo no comete el delito de producción del artículo 366 quinquies, tampoco se configurará el delito de distribución de pornografía infanto-juvenil si una persona, ya sea el mismo NNA u otra, envía dicha fotografía a otras personas.[67] Por las mismas razones, tampoco se configurará el delito de almacenamiento de pornografía infanto-juvenil si la persona que recibe dicha fotografía la conserva.[68]

[64] SCHEECHLER (2019), p. 400.
[65] MAYER (2014), p. 31.
[66] Corte Suprema de Italia, N° 4616-2022, depositada con fecha 09 de febrero de 2022, Considerato in Diritto 3; N° 5522-2020, depositada con fecha 12 de febrero de 2020, Considerato in Diritto 4.1; N° 11675-2016, depositada con fecha 21 de marzo de 2016, Considerato in Diritto 6; BIANCHI (2016), pp. 140-141.
[67] SCHEECHLER (2019), pp. 400-401.
[68] ESCOBAR (2021), pp. 575-576.

Con base en lo anteriormente expuesto, es posible ahora resolver adecuadamente el caso abordado por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en su sentencia Rol N° 123-2017. La solución al caso descrito no pasaba por incorporar al tipo penal un elemento subjetivo no contemplado por el tipo penal, como lo es la intención de comercializar el material pornográfico, elemento que, por lo demás, ha sido explícitamente rechazado por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Por el contrario, la solución al caso pasaba por advertir que se trataba de una situación de autoproducción individual de pornografía infanto-juvenil, toda vez que la adolescente que aparecía en las fotografías las había producido sin intervención de terceras personas, no cumpliéndose, por tanto, el requisito de utilización de un NNA. Al no cumplirse con el elemento de utilización, no resulta entonces posible aplicar el delito de almacenamiento de pornografía infanto-juvenil.

4.2.2. Autoproducción colectiva de pornografía infanto-juvenil.

La solución de los casos de autoproducción colectiva de pornografía infanto-juvenil es más compleja que aquella sugerida para los casos de autoproducción individual. En efecto, dado que en estas situaciones efectivamente intervienen más de una persona en la producción de los registros pornográficos, la solución a estos casos no depende del componente formal del requisito de utilización. Así ocurre, por ejemplo, cuando un adolescente le solicita a un amigo que le tome una fotografía desnudo, o cuando una pareja de NNA deciden grabarse mientras mantienen relaciones sexuales.

En mi opinión, la resolución de los casos de autoproducción colectiva de pornografía infanto-juvenil depende de la exigencia sustantiva impuesta por el requisito típico "utilización". Tal como se ha señalado, resulta pacífico que la expresión "utilizar" evoca, incluso en el lenguaje cotidiano, una posición de ventaja de una persona respecto de otra (o, en su caso, de algo), significado reconocido en los propios diccionarios.[69] Como consecuencia de lo anterior, cuando el Código Penal exige, en sus artículos 366 quinquies y 374 bis, que en la elaboración del material pornográfico "hubieren sido utilizados" NNA, no está contemplando únicamente un requisito de pluralidad de personas, sino que también incorpora un componente normativo, consistente en que terceras personas se aprovechen de los NNA representados en los registros pornográficos, los instrumentalicen.[70]

Esto no significa que deba existir explotación o abuso sexual de los NNA, ni que se deba configurar alguna de las circunstancias comisivas de los artículos 361 o 363.[71] Por el contrario, el concepto de utilización en este contexto es más amplio, siendo suficiente la existencia de una instrumentalización del NNA por parte de las demás personas que participaron en la producción del material pornográfico, en el sentido de que estas se hayan aprovechado de él producto de una relación de verticalidad.

[69] RODRÍGUEZ (2014), p. 317.
[70] En el mismo sentido, Corte Suprema de Italia, N° 4616-2022, depositada con fecha 09 de febrero de 2022, Considerato in Diritto 3.1-3.2; N° 51815-2018, depositada con fecha 15 de noviembre de 2018, Considerando 4.1.2.
[71] En derecho comparado existen propuestas interpretativas más exigentes, como la de Hessick, quien efectivamente propone restringir los delitos de pornografía infanto-juvenil a aquellos casos donde haya existido abuso o explotación sexual de los NNA. Ver HESSICK (2014), p. 1452.

¿Qué factores son relevantes para descartar una relación de instrumentalización del NNA? Sobre este punto, la jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema italiana es de gran utilidad. En primer lugar, es imprescindible que el NNA involucrado en los registros haya manifestado explícitamente su consentimiento. El consentimiento del NNA debe explícitamente abarcar la producción del registro, no siendo suficiente con que haya consentido en realizar la actividad sexual. En segundo lugar, es necesario que el NNA haya superado la edad que el ordenamiento jurídico establece para reconocerle autonomía sexual. En el caso de Chile, esta edad es 14 años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 362 del Código Penal. Finalmente, es fundamental que el juez analice, a la luz del caso concreto, si el contexto en que el NNA manifestó su consentimiento se encontraba efectivamente libre de presiones. Lo relevante en este estadio es determinar si existió o no una relación de poder asimétrica entre el NNA y las demás personas, una posición de supremacía de estas por sobre el primero.[72]

En conclusión, cuando en la producción de los registros pornográficos no haya existido una "utilización" del NNA que aparece en ellos, se deberá descartar entonces la aplicación de los delitos de pornografía infanto-juvenil, por no cumplirse con un requisito del tipo penal. Tal sería el caso, por ejemplo, si un NNA y su pareja deciden libre y autónomamente grabarse manteniendo relaciones sexuales, destinando dicho registro para su consumo personal. En esta hipótesis, no corresponderá aplicar el delito de producción de pornografía infanto-juvenil.

Es menester señalar que tampoco corresponderá aplicar, en el ejemplo planteado en el párrafo anterior, los delitos de distribución y almacenamiento de pornografía infanto-juvenil si posteriormente el registro es distribuido y almacenado toda vez que, como se ha señalado, estos tres delitos exigen que algún NNA haya sido "utilizado" en la elaboración de los registros pornográficos, circunstancia que no se cumple en el ejemplo planteado.[73]

En contra de la tesis aquí propuesta se podría argumentar que, al excluir la aplicación de los delitos de producción, distribución y almacenamiento de pornografía cuando no se cumpla con el requisito de utilización, se estaría generando una laguna de punibilidad, pues no sería posible sancionar penalmente los casos en que los registros con contenido sexual, a pesar de haber sido producidos con el consentimiento de los NNA involucrados, es distribuido posteriormente sin su consentimiento. Imagínese, por ejemplo, el caso de un NNA que toma una fotografía de sí mismo desnudo y la envía a su pareja, y luego esta la envía a sus amigos, sin que el NNA haya consentido en la posterior distribución. En este caso, conforme a la tesis planteada, no sería posible aplicar el delito de distribución de pornografía infanto-juvenil, pues ningún NNA fue "utilizado" en la producción del material pornográfico. En efecto, se trataría de un caso de autoproducción individual de pornografía.

Dado que en una parte importante de estos casos el agresor obra con la intención de vengarse de la víctima porque esta ha puesto término a una relación de pareja que existía entre ambos, la

[72] Corte Suprema de Italia, N° 4616-2022, depositada con fecha 09 de febrero de 2022, Considerato in Diritto 3.1-3.2; N° 2252-2021, depositada con fecha 20 de enero de 2021, Considerato in Diritto 1.2.1; N° 51815-2018, depositada con fecha 15 de noviembre de 2018, Considerato in Diritto 4.1.2; ROSANI (2019), pp. 23-24.
[73] Una postura similar desarrolla SCHEECHLER, (2019), pp. 401 y ss.

doctrina anglosajona ha denominado estas hipótesis como *revenge porn*.[74] En los últimos años, sin embargo, la doctrina se ha dado cuenta de que este concepto es demasiado limitado, pues alude primariamente al caso en que el autor de la conducta en cuestión es una expareja, pasando por alto que en otras tantas situaciones el agresor es un amigo de la víctima o incluso una tercera persona sin relación con ella. Por esta razón, la doctrina ha propuesto reemplazar el término *revenge porn* por un concepto más amplio, como el de *non-consensual pornography*[75] o *image-based sexual abuse*[76], a fin de comprender todos los supuestos de difusión no consentida de registros con contenido sexual.

El fenómeno de la difusión no consentida de registros con contenido sexual se caracteriza principalmente porque, a pesar de que la difusión de dichos registros no fue consentida por parte de la víctima, la producción del contenido sí contó con su consentimiento.[77] En estos casos, la víctima mantiene una expectativa razonable de privacidad sobre los registros voluntariamente producidos, ya que éstos están destinados a mantenerse en su poder o en el de otra persona determinada.[78] Por ejemplo, una pareja decide libre y autónomamente grabarse manteniendo relaciones sexuales, destinando dicho registro para su consumo personal, pero posteriormente una de las dos personas incumple dicha expectativa y distribuye masivamente el registro pornográfico.[79]

No cabe duda de que la difusión no consentida de registros con contenido sexual es un gravísimo atentado en contra de la privacidad y el derecho a la propia imagen de la víctima, una forma de ataque deleznable, que puede generar devastadoras consecuencias en su vida. Las víctimas de este tipo de atentados enfrentan diversos daños personales, tales como acoso, pérdida de oportunidades sociales, laborales y educacionales, y daño psicológico.[80] Estos daños pueden ser incluso mayores si la víctima es un NNA.

Dado que en los casos de difusión no consentida de registros con contenido sexual la víctima ha consentido en producir los registros, los tradicionales delitos contra la privacidad establecidos en el Código Penal chileno no son aplicables, por cuanto dichos tipos penales sancionan únicamente la difusión de registros obtenidos sin el consentimiento de las personas involucradas. Piénsese, por ejemplo, en el artículo 161-A del Código Penal chileno, norma que sanciona a quien, en lugares privados o lugares que no sean de libre acceso al público, y "sin autorización del afectado", realice algunas de las conductas allí descritas. Por consiguiente, no es posible aplicar este delito a aquellos casos de difusión no consentida de registros pornográficos producidos con el consentimiento de la víctima.[81] Lo mismo ocurre con el nuevo tipo penal del artículo 161-C, delito que sanciona a quien, en lugares públicos o de libre acceso público, capte, grabe, filme o fotografíe imágenes, videos o

[74] CITRON y FRANKS (2014), p. 346.
[75] CITRON y FRANKS (2014), p. 346; CALETTI (2021), pp. 124-125.
[76] MCGLYNN, RACKLEY, y HOUGHTON (2017), p. 26.
[77] Sobre este punto, ver OTERO (2016), pp. 591 y ss.
[78] CALETTI (2021), pp. 138-139.
[79] Para conocer tres casos dramáticos de difusión no consentida de registros con contenido sexual en Italia, ver CALETTI (2021), pp. 117-123.
[80] OTERO (2016) p. 592.
[81] SCHEECHLER (2019), pp. 404 y ss.

cualquier registro audiovisual, de los genitales u otra parte íntima del cuerpo de otra persona con fines de significación sexual y "sin su consentimiento".

En mi opinión, efectivamente existe una laguna de punibilidad en relación a la difusión no consentida de registros con contenido sexual. Con todo, esta laguna no es creada por la interpretación propuesta en este trabajo respecto de los delitos de pornografía infanto-juvenil, sino que por la inactividad del legislador chileno. En efecto, me parece evidente que existen buenas razones para criminalizar la difusión no consentida de registros con contenido sexual, estableciendo incluso una sanción severa, pues efectivamente genera un grave daño a la víctima. Sin embargo, esto no significa que deban ser los delitos de pornografía infanto-juvenil los llamados a brindar protección a la víctima en este tipo de casos. Desde mi perspectiva, lo que corresponde hacer es incorporar un tipo penal que sancione específicamente la difusión no consentida de registros pornográficos, tal como es hoy la tendencia en el derecho comparado, donde países como España,[82] Italia,[83] Reino Unido[84] y Canadá,[85] entre otros, han incorporado tipos penales que abordan específicamente el fenómeno de la difusión no consentida de registros pornográficos.[86]

Conclusiones

El legislador chileno ha sancionado, en los artículos 366 quinquies y 374 bis, la producción, la distribución, la adquisición y el almacenamiento de pornografía infanto-juvenil en que hubieren sido utilizados NNA.

En cuanto al delito de producción de pornografía infanto-juvenil, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los NNA, entendida como el derecho de las personas a no verse involucradas en un contexto sexual en atención al daño físico, psíquico o emocional que tal experiencia puede ocasionarles.

El delito de distribución de pornografía infanto-juvenil, por su parte, protege la intimidad de los NNA involucrados en los hechos de significación sexual contenidos en dichos registros. Dado que el tipo penal no supone ninguna forma de contacto o interacción entre el autor del delito y la víctima, ni existe algún riesgo adicional para esta, pues el material pornográfico ha sido producido con anterioridad al momento en que se ejecuta la conducta de distribución, no parece posible sostener que la finalidad del delito en estudio sea proteger la indemnidad sexual de los NNA involucrados.

Además de la producción y distribución, el legislador chileno también ha sancionado la adquisición y el almacenamiento de pornografía infanto-juvenil, delito que también tutela la intimidad de los NNA involucrados en los hechos de significación sexual contenidos en dichos registros. El delito de adquisición o almacenamiento de pornografía infanto-juvenil no exige que el autor tenga la intención de comercializar o distribuir los registros. De esta forma, es suficiente

[82] Artículo 197.7 del Código Penal español, incorporado en 2015.
[83] Artículo 612 ter del Código Penal italiano, incorporado en 2019.
[84] Sección 33 de la Criminal Justice and Courts Act, incorporada en 2015.
[85] Sección 162.1 del Código Penal canadiense, incorporado en 2014.
[86] Sobre los argumentos en favor de criminalizar la difusión no consentida de registros con contenido sexual, ver KITCHEN (2015), pp. 250 y ss; CITRON y FRANKS (2014), p. 349 y ss.

con que el sujeto activo maliciosamente adquiera o guarde el material pornográfico, con independencia del fin al cual se oriente su acción.

Respecto al tratamiento jurídico-penal de los casos de autoproducción de pornografía infanto-juvenil, ya sea que se trate de casos de autoproducción individual o colectiva, la solución depende del requisito de que en la producción de los registros se hubieren utilizado NNA, elemento típico contenido tanto en el artículo 366 quinquies como en el artículo 374 bis.

El requisito de utilización comprende, en primer lugar, un elemento formal, consistente en la intervención de una pluralidad de sujetos. Como consecuencia de lo anterior, es posible afirmar que los casos de autoproducción individual de pornografía están excluidos del campo de aplicación de los delitos de pornografía infanto-juvenil, pues en estas situaciones solamente el NNA interviene en la producción de los registros.

Además del componente formal, el requisito de utilización incluye un elemento sustantivo, consistente en que el NNA que aparezca en los registros pornográficos haya sido instrumentalizado. En otras palabras, el requisito de utilización exige que terceras personas se aprovechen del NNA representados en los registros pornográficos, los instrumentalicen. Esto no significa que deba existir explotación o abuso sexual de los NNA, ni que se deba configurar alguna de las circunstancias comisivas de los artículos 361 o 363. Por el contrario, el concepto de utilización en este contexto es más amplio, siendo suficiente la existencia de una instrumentalización del NNA por parte de las demás personas que participaron en la producción del material pornográfico, en el sentido de que estas se hayan aprovechado de él producto de una relación de verticalidad.

Como consecuencia de lo anterior, cuando en la producción de los registros pornográficos no haya existido una "utilización" del NNA que aparece en los registros, se deberá descartar la aplicación de los delitos de pornografía infanto-juvenil, por no cumplirse con el requisito típico de utilización. Así, por ejemplo, si un NNA y su pareja deciden libre y autónomamente grabarse manteniendo relaciones sexuales, destinando dicho registro para su consumo personal, no corresponderá aplicar, en este caso, el delito de producción de pornografía infanto-juvenil. Tampoco corresponderá aplicar, en este caso, los delitos de distribución y almacenamiento de pornografía infanto-juvenil si posteriormente el registro es distribuido y almacenado, toda vez que, como se ha señalado, estos tres delitos exigen que algún NNA sido "utilizado" en la elaboración de los registros pornográficos.

Bibliografía citada

AGUILAR, Cristián (2012): Delitos sexuales, 2° edición (Santiago, Editorial Metropolitana).

AGUSTINA, José (2010): "¿Menores Infractores o Víctimas de Pornografía Infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el Sexting", en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (N° 12), pp. 1-44.

BALMACEDA, Gustavo (2014): Manual de Derecho Penal Parte Especial (Santiago, Librotecnia).

BIANCHI, Malaika (2016): "Il "sexting minorile" non è più reato? Riflessioni a margine di Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 116755", en: Rivista Trimestrale Diritto Penale Contemporaneo (N° 1), pp. 138-154.

BOSAK, David A. (2012): "The Blurring Line Between Victim and Offender: Self-Produced Child Pornography and the Need for Sentencing Reform", en: Ohio State Law Journal (Vol. 73, N° 1), pp. 141-176.

CALETTI, Gian Marco (2021): "Can Affirmative Consent Save "Revenge Porn" Laws? Lessons from the Italian Criminalization of Non-Consensual Pornography", en: Virginia Journal of Law & Technology (Vol. 25, N° 3), pp. 112-174.

CALVERT Clay (2009): "Sex, Cell Phones, Privacy, and the First Amendment: When Children Become Child Pornographers and the Lolita Effect Undermines the Law", en: CommLaw Conspectus: Journal of Communications Law and Policy (Vol. 18, N° 1), pp. 1-66.

CAMPOS, Shirley (2009): "La Convención sobre los Derechos del Niño. El cambio de paradigma y el acceso a la justicia", en: Revista IIDH (Vol. 50), pp. 351-378.

CISTERNAS, Luciano (2017): El Delito de Producción de Pornografía Infanto-juvenil Como Lesión a la Intimidad y el Honor de los Menores de Edad (Valencia, Tirant lo Blanch).

CITRON, Danielle y FRANKS, Mary Anne (2014): "Criminalizing Revenge Porn", en: Wake Forest Law Review (Vol. 49, N° 2), pp. 345-392.

DE LA FUENTE, Claudia (2008): Delitos de pornografía infantil (Santiago, Legal Publishing).

DILLOF, Anthony M. (2017): "Possession, Child Pornography, and Proportionality: Criminal Liability for Aggregate Harm Offenses", en: Florida State University Law Review (Vol. 44, N° 4), pp. 1331-1378.

ESCOBAR, Javier (2021): "Delitos de producción, distribución y almacenamiento de pornografía infanto-juvenil", en: CILLERO, Miguel, MALDONADO, Francisco, y VALENZUELA; Ester (Editores), Protección frente a la Violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes en Chile. Aspectos Jurídicos y Sociales (Santiago, Thomson Reuters), pp. 557-583.

FERNÁNDEZ, Javier (2011): Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afecta a jóvenes y adolescentes (Valladolid, Lex Nova).

GARCÍA, Carlos (2004): "Acerca del delito de pornografía infantil", en: TOLEDO Y UBIETO, Octavio, GURDIEL, Manuel y CORTÉS, Emilio (Coordinadores), Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 411-430.

GARRIDO, Mario (2010): Derecho Penal Parte Especial, 4° edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo III.

GUZMÁN, José Luis (2016): "Evaluación y racionalización de la reforma de los delitos contra la libertad sexual", en: Revista de Ciencias Sociales (N° 68), pp. 105-136.

HERNÁNDEZ, Héctor (2012): "Alcances al inciso 2° del Art. 374 bis del Código Penal", en: Doctrina Procesal Penal 2011, pp. 131-145.

HESSICK, Carissa Byrne (2014): "The Limits of Child Pornography", en: Indiana Law Journal (Vol. 89, N° 4), pp. 1437-1484.

KELLEY Bergelt (2003): "Stimulation by Simulation: Is There Really Any Difference between Actual and Virtual Child Pornography - The Supreme Court Gives Child Pornographers a New Vehicle for Satisfaction", en: Capital University Law Review (Vol. 31, N° 3), pp. 565-596

KITCHEN, Adrienne N. (2015): "The Need to Criminalize Revenge Porn: How a Law Protecting Victims Can Avoid Running Afoul of the First Amendment", en: Chicago-Kent Law Review (Vol. 90, N° 1), pp. 247-300.

LAMPE, Joanna R. (2013): "A Victimless Sex Crime: The Case for Decriminalizing Consensual Teen Sexting", en: University of Michigan Journal of Law Reform (Vol. 46, N° 2), pp. 703-736.

MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2021): Manual de Derecho Penal Chileno Parte Especial, 4° edición (Valencia, Tirant lo Blanch).

MAYER, Laura (2014): "Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil", en: Política Criminal (Vol. 9, N° 17), pp. 27-57.

MCGLYNN, Clare; RACKLEY, Erika; HOUGHTON, Ruth (2017): "Beyond 'Revenge Porn': The Continuum of Image-Based Sexual Abuse", en: Feminist Legal Studies (Vol. 25, N° 1), pp. 25-46.

MINOR, Angela D. (2016): "Sexting Prosecutions: Teenagers and Child Pornography Laws", en: Howard Law Journal (Vol. 60, N° 1), pp. 309-324.

MOLINA, René (2008): Delitos de pornografía infantil (Santiago, Librotecnia).

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"", en: Política Criminal Vol. 9, N° 18), pp. 279-337.

OTERO, Dalisi (2016): "Confronting Nonconsensual Pornography with Federal Criminalization and a "Notice-and- Takedown" Provision", en: University of Miami Law Review (Vol. 70, N° 2), pp. 585-614.

RODRÍGUEZ, Luis (2013): "Criterios de agravación de la pena en los delitos de producción, difusión y almacenamiento de pornografía infantil", en: Revista de Derecho de Valdivia (Vol. XXVI, N° 1), pp. 145-166.

RODRÍGUEZ, Luis (2014): Delitos sexuales, 2° edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

RODRÍGUEZ, Luis; POLANCO, Daniel (2015): "Autoría y participación en el delito de producción de material pornográfico infanto-juvenil", en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Vol. XLV, N° 2), pp. 131-150.

RODRÍGUEZ, María José (2012): "El Código Penal y la Explotación Sexual Comercial Infantil", en: Estudios Penales y Criminológicos (Vol. 32), pp. 197-246.

ROSANI, Domenico (2019): "«Send nudes». Il trattamento penalistico del sexting in considerazione dei diritti fondamentali del minore d'età", en: Rivista Trimestrale Diritto Penale Contemporaneo (N° 2), pp. 9-32.

RYAN, Elizabeth (2010): "Sexting: How the State can prevent a moment of indiscretion from leading to a lifetime of unintended consequences for minors and young adults", en: Iowa Law Review (Vol. 96, N° 1), pp. 357-383.

SCHEECHLER, Christian (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", en: Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política (Vol. 3, N° 1), pp. 55-78.

SCHEECHLER, Christian (2019): "Aspectos fenomenológicos y políticos-criminales del sexting. Aproximación a su tratamiento a la luz del Código Penal chileno", en: Política Criminal (Vol. 14, N° 27), pp. 376-418.

STROHMAIER, Heidi; MURPHY, Megan; DEMATTEO, David (2014): "Youth Sexting: Prevalence Rates, Driving Motivations, and the Deterrent Effect of Legal Consequences", en: Sexuality Research and Social Policy (Vol. 11, N° 3), pp. 245-255.

VERA, Alejandra; SEPÚLVEDA, Ivonne (2011): "Aproximaciones a los bienes jurídicos protegidos y a las cuestiones concursales en el ámbito de los delitos vinculados a la pornografía infantil", en: Revista Jurídica del Ministerio Público (N° 49), pp. 194-220.

WESTLAKE, Bryce G. (2018): "Delineating Victims from Perpetrators: Prosecuting Self-Produced Child Pornography in Youth Criminal Justice Systems", en: International Journal of Cyber Criminology (Vol. 12, N° 1), pp. 255-268.

LEARY, Mary Graw (2008): "Self-Produced Child Pornography: The Appropriate Societal Response to Juvenile Self-Sexual Exploitation", en: Virginia Journal of Social Policy & the Law (Vol. 15, N° 1), pp. 1-50.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema, Rol N° 5.576-2007, de 07 de agosto de 2008.
Corte Suprema, Rol N° 3.557-2009, de 18 de agosto de 2009.
Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 547-2007, de 02 de noviembre de 2007.
Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2.079-2010, de 30 de noviembre de 2010.
Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 431-2012, de 23 de mayo de 2012.
Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N° 123-2017, de 30 de agosto de 2017.
Corte Suprema de Italia, N° 11675-2016, depositada con fecha 21 de marzo de 2016.
Corte Suprema de Italia, N° 51815-2018, depositada con fecha 15 de noviembre de 2018.
Corte Suprema de Italia, N° 5522-2020, depositada con fecha 12 de febrero de 2020.
Corte Suprema de Italia, N° 2252-2021, depositada con fecha 20 de enero de 2021.
Corte Suprema de Italia, N° 4616-2022, depositada con fecha 09 de febrero de 2022.