

MAYER, Laura. “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”.
Polít. crim. Vol. 9, N° 17 (Julio 2014), Art. 2, pp. 27-56.
[http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_17/Vol9N17A2.pdf]

Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil

Dra. Laura Mayer Lux
Profesora de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
laura.mayer@ucv.cl

Resumen

El presente trabajo contiene un análisis dogmático y crítico del delito de almacenamiento de material pornográfico en cuya producción se utilice a menores de dieciocho años, consagrado en el artículo 374 bis, inciso segundo, segunda hipótesis, del Código Penal chileno. En la valoración del comportamiento incriminado se destacan los problemas sistemáticos y de legitimidad que importa la tipificación de dicha figura. Se concluye su inutilidad, toda vez que para respetar los postulados de un Derecho penal liberal y los derechos fundamentales de la persona, su ámbito de aplicación quedará reducido a supuestos marginales y de escasa relevancia práctica.

Palabras clave: Posesión de pornografía infantil, integridad sexual, indemnidad sexual, intimidad.

Abstract

This paper contains a dogmatic and critical analysis of the crime of storage of pornographic material whose production uses minors under eighteen, regulated in Article 374 bis, paragraph two, second hypothesis, of the Chilean Criminal Code. In its assessment of the criminal behavior, it highlights the systematic and legitimacy problems of the crime's regulation. It concludes that the regulation is useless because in order to respect the principles of a liberal criminal law and the fundamental rights of people, its scope is reduced to marginal cases and little practical relevance.

Key words: Child pornography possession, sexual integrity, sexual indemnity, privacy.

Introducción

La Ley N° 19.927, publicada en el Diario Oficial el 14 de enero de 2004, introdujo el artículo 374 bis al Código Penal chileno (en adelante, CP), dentro del Párrafo 8. del Título VII del Libro II de dicho cuerpo normativo. El inciso segundo del aludido artículo castiga, entre otras hipótesis conductuales, al que “maliciosamente (...) almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años”. Pese a que durante la tramitación de la Ley se propuso restringir la conducta al almacenamiento con fines de comercialización,¹ con el objeto de excluir el

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Fondecyt N° 1121195 sobre “Producción, difusión y almacenamiento de material pornográfico: estudio dogmático y crítico”, dirigido por el Profesor Dr. Luis Rodríguez Collao en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

MAYER, Laura. “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”.

almacenamiento orientado al consumo meramente privado, la propuesta indicada no prosperó, sancionándose actualmente el almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de edad, con independencia del uso a que esté destinado el material.²

Atendido que el almacenamiento de pornografía infanto-juvenil, en cuanto tal, no afecta bien jurídico alguno, resulta forzoso preguntarse por la legitimidad de su incriminación, sobre todo si se tiene en cuenta que: 1) la vinculación (causal) entre el almacenamiento y la elaboración o difusión del material es demasiado remota;³ y que 2) el legislador optó por incriminar el almacenamiento de pornografía en cuya producción se utilice a menores de edad, pero no de contenidos referidos a conductas de igual o mayor gravedad. Frente a ello, el presente trabajo explorará vías de interpretación del almacenamiento de pornografía infanto-juvenil, que se encuentren en sintonía con el sistema de delitos de la Parte Especial, así como con los principios rectores de un Derecho penal liberal y, por último, con los derechos fundamentales de la persona, de acuerdo con la Constitución Política de la República (en adelante, CPR).

1. Descripción del delito de almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de edad.

1.1. Material pornográfico en cuya producción se ha utilizado a menores de dieciocho años como objeto de la conducta típica.

El inciso segundo del artículo 366 quinquies del CP establece:

“Para los efectos de este artículo y del artículo 374 bis, se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente

Cuando se alude a “Código penal” sin otra especificación, se está haciendo referencia al Código penal chileno; cuando se alude a “artículo” sin otra especificación, se está haciendo referencia a un artículo de ese mismo cuerpo normativo.

Agradezco los comentarios emitidos en la sesión del Coloquio de Filosofía del Derecho y Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso destinada a la discusión del presente trabajo y en especial los de Juan Pablo Cox Leixelard y Fabián Jacquin. Agradezco asimismo a Jorge Córdova y a Pedro Huichalaf por su valiosa orientación en el empleo de la terminología propia del ámbito computacional.

¹ Cfr. en el segundo trámite constitucional el apartado 2.2., que contiene el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

² Crítico a este respecto COX LEIXELARD, Juan Pablo, “Los delitos de producción, adquisición y tenencia maliciosa de material pornográfico como figuras expansivas del derecho penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 26 (2005, Semestre I), pp. 145-154, p. 152. En sentido análogo KÜNSEMÜLLER, Carlos, “Delitos de pornografía infantil (modificaciones legales anunciadas y problemas ad portas)”, *Gaceta Jurídica*, N° 273 (marzo 2003), pp. 7-13, p. 11.

³ Cfr. en el segundo trámite constitucional el apartado 2.2., que contiene el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, así como KÖNIG, Sabine, *Kinderpornographie im Internet: Eine Untersuchung der deutschen Rechtslage unter besonderer Berücksichtigung des Internationalen Strafrechts*, Hamburg: Dr. Kovač, 2004, p. 65, número marginal 113.

sexuales o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines”.⁴

Dicha norma se basa en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía. El Protocolo, que fue promulgado en el Diario Oficial de Chile, con fecha 6 de septiembre de 2003, dispone en su artículo 2º., letra c):

“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”.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 366 quinquies CP, el material pornográfico debe representar a menores de dieciocho años de edad.⁵ A la misma conclusión puede llegarse sobre la base de lo dispuesto en el artículo 2º., letra c) del Protocolo Facultativo, pues la voz “niño” alude a todo ser humano menor de dieciocho años, según lo establecido en el artículo 1º. de la Convención sobre los Derechos del Niño. Consiguientemente, se excluye a personas mayores de dieciocho años que simulen ser niños,⁶ por no cumplir con la exigencia de edad indicada, o bien, las imágenes de niños creadas gráfica o computacionalmente,⁷ por carecer de la condición de ser humano y, por lo tanto, del carácter de menor de dieciocho años. Puesto que, tanto en el CP como en el Protocolo Facultativo, el material pornográfico ha de referirse a menores de dieciocho años, resulta más preciso, desde un punto de vista jurídico, aludir a material pornográfico relativo a menores de edad o a pornografía infanto-juvenil y no a “pornografía infantil”, pese a lo generalizado del uso de esta locución.⁸

⁴ La frase “o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines” fue introducida el 13 de agosto de 2011 por la Ley Nº 20.526. Con ello, se incluyó dentro de la noción de pornografía la denominada pseudo-pornografía o pornografía infanto-juvenil aparente. Para dichos conceptos véase MOLINA CANTILLANA, René, *Delitos de pornografía infantil*, Santiago: Librotecnia, 2008, p. 59 y SCHEECHLER CORONA, Christian, “El *childgrooming* en la legislación penal chilena: sobre los cambios al artículo 366 quáter del código penal introducidos por la ley n° 20.526”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 3, Nº 1 (2012), pp. 55-78, pp. 63 y s., n. 40.

⁵ No es este el lugar para ahondar en las innumerables incongruencias que presentan las normas penales, procesales, civiles, laborales, electorales, entre otras, relativas al papel que ha de desempeñar el consentimiento de una persona menor de dieciocho años (y, por lo general, mayor de catorce). Particularmente en el ámbito de los delitos sexuales, resulta criticable convertir en tabú la sexualidad (infanto) adolescente y asumir que el sexo (cfr. COUSO, Jaime, “La sexualidad de los menores de edad ante el derecho penal”, en: *Derecho y sexualidades, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, Buenos Aires: Librería, 2010, pp. 233-265, p. 257) u otras actividades vinculadas con su ejercicio (como su filmación o fotografía) es *per se* dañino para ellos. Véase sobre ello el punto 2.1.2.

⁶ Cfr. OXMAN, Nicolás, *Libertad sexual y Estado de Derecho en Chile (Las fronteras del Derecho Penal sexual)*, Santiago: Librotecnia, 2007, p. 227.

⁷ Ello no descarta la posibilidad de emplear procedimientos informáticos en la elaboración o edición del material. Lo que se excluye es la pornografía íntegramente virtual o que implique meras animaciones o dibujos (*Hentai*), sin intervención de menores de edad reales. Véase para ello SCHEECHLER, “El *childgrooming*”, cit. nota nº 4, p. 64, n. 40.

⁸ Así ocurre en las monografías chilenas dedicadas a este asunto. Véase solamente DE LA FUENTE JIMÉNEZ, Claudia, *Delitos de pornografía infantil*, Santiago: Legal Publishing, 2008 y MOLINA CANTILLANA, *Delitos de pornografía*, cit. nota nº 4.

MAYER, Laura. “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”.

La definición de pornografía infanto-juvenil contenida en el CP es más restringida que la establecida en el Protocolo Facultativo. En efecto, mientras que este último se contenta con la “representación” de los menores de dieciocho años, el CP exige, además, una “utilización” de la niña, del niño o joven. Según el Diccionario de la Real Academia Española (en adelante, RAE) “utilizar” es “aprovecharse de algo”. De lo que se trata es de castigar la participación en la producción de material pornográfico en que exista un aprovechamiento o abuso⁹ de los menores,¹⁰ que afecte su integridad sexual, pues sólo en ese caso puede afirmarse que existe una “víctima” de dicho delito.¹¹ Desde un punto de vista sistemático, el consentimiento del menor¹² y la afectación de sus intereses juegan un papel relevante a la hora de imponer el castigo penal. Así, por ejemplo, si se representa a un menor de dieciocho y mayor de catorce años dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, que ha consentido (válidamente) en dicha representación, debe excluirse el castigo de la producción, de la difusión y del almacenamiento de dicho material, por no constituir pornografía en cuya elaboración se *utilice* a menores de edad.

De otro lado, la definición de material pornográfico infanto-juvenil del artículo 366 quinquies, inciso segundo CP, se centra en la representación de actividades sexuales explícitas o de partes genitales con fines primordialmente sexuales. De esta forma, el legislador distingue material pornográfico de material meramente erótico en que se utiliza a menores de dieciocho años.¹³ Los contenidos eróticos, si bien tienen una connotación sexual, exceptúan imágenes relativas a actividades sexuales explícitas, incluyendo, en cambio, representaciones de los menores adoptando “poses” sensuales,¹⁴ vistiendo disfraces o exhibiendo juguetes eróticos, entre otras.

⁹ El artículo 366 quinquies CP está ubicado a continuación de los artículos 365 bis, 366, 366 bis, 366 ter y 366 quáter, todos los cuales exigen una conducta de aprovechamiento, lo que permite incluirlos bajo la denominación genérica de *abusos sexuales*.

¹⁰ En lo sucesivo, cuando se utilice la voz “menor” se estará aludiendo a menor de dieciocho años.

¹¹ No debe perderse de vista que los artículos 368, 369, 369 quáter, 370 bis, 372, 372 ter CP, aluden al sujeto pasivo, llamándolo “persona ofendida”, “ofendido” o “víctima”, términos que indudablemente se refieren a una persona que resulta afectada con la realización de la conducta típica, lo cual no se verificará si los comportamientos que se registran son lícitos. Ahora bien, pese a que dichos artículos, atendida su ubicación, son aplicables a la producción, pero no a la comercialización, a la adquisición o al almacenamiento de pornografía infanto-juvenil, no tendría sentido demandar que exista una víctima en la elaboración de pornografía, pero no en los restantes comportamientos indicados, los cuales, dicho sea de paso, tienen una pena inferior al delito de producción de pornografía infanto-juvenil.

¹² En un sentido similar FROMMEL, Monika, “§ 184 d”, en: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Editores), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Tomo 2, 4ª edición, Baden-Baden: Nomos, 2013, número marginal 3. Crítico asimismo respecto de la legislación española FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, *Derecho penal e internet: Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 120, con alusión expresa a la “capacidad de autodeterminación sexual” del menor de edad.

¹³ Para la distinción entre ambos conceptos cfr. LANNING, Kenneth, *Child Molesters: A Behavioral Analysis*, 5ª edición, 2010, National Center for Missing & Exploited Children, pp. 85 y ss., en: http://www.missingkids.com/en_US/publications/NC70.pdf [visitado el 30 de octubre de 2013].

¹⁴ Las “poses” dejarán de ser eróticas y pasarán a ser pornográficas cuando impliquen la representación de las partes genitales de los menores con fines primordialmente sexuales y, ciertamente, cuando supongan la representación de actividades sexuales explícitas. En la dogmática alemana, el denominado “*Posing*” se refiere a contenidos pornográficos y no meramente eróticos. Cfr. para dicho concepto solamente RÖDER, Ralf, “Nach der letzten Änderung des § 184 b StGB: Ist das Verbreiten sog. ‘Posing’-Fotos weiterhin straflos?”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2010), pp. 113-119, pp. 113 y ss.

Incluir en el concepto de pornografía infanto-juvenil la representación de partes genitales *con fines primordialmente sexuales*, excluye la captación de dichas imágenes con fines científicos o artísticos. La exigencia de que los fines de la representación sean primordialmente sexuales no puede depender de las sensaciones que experimente el sujeto que lleva a cabo la representación ni de quienes puedan llegar a comercializar o consumir el material.¹⁵ Como sostiene Tamarit Sumalla, la representación de la imagen de un desnudo de un menor de edad “no puede ser legítimamente castigada como delito sexual por el mero hecho de que determinadas personas puedan excitarse sexualmente con ella”.¹⁶ Para atribuir al desnudo de un menor de dieciocho años el carácter de pornografía, debe tenerse en cuenta la forma y el contexto en el que se lleva a cabo la representación,¹⁷ así como el círculo probable –y no meramente posible¹⁸– de receptores del material.

La representación de actividades sexuales explícitas o de partes genitales con fines primordialmente sexuales implica, necesariamente, una intervención de terceros (imputables). De lo contrario, podría producirse el absurdo de castigar penalmente a un individuo que conserve (almacene) una fotografía que él mismo y sin intervención de otros se haya tomado cuando era menor de edad realizando, por ejemplo, actividades masturbatorias.

1.2. Almacenamiento, posesión y consumo de material pornográfico en cuya producción se utilice a menores de dieciocho años.

1.2.1. Almacenamiento y posesión de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de edad.

Producto de la modificación normativa introducida por la Ley Nº 19.927 al CP, hoy se sanciona a quien *almacene* y no a quien *posea* material pornográfico infanto-juvenil. Pese a que algunos autores parecen establecer una relación de sinonimia entre “almacenar” y “poseer”,¹⁹ dichos conceptos no sólo aluden a realidades diversas, sino que tienen implicancias penales también distintas.

En el Diccionario de la RAE la voz “poseer” alude a “tener una cosa” o a “ejercer una facultad con independencia de que se tenga o no derecho a ella”. La primera acepción

¹⁵ En sentido análogo DREHER, Eduard, “Die Neuregelung des Sexualstrafrechts eine geglückte Reform?”, *Juristische Rundschau* (1974), pp. 45-57, p. 47.

¹⁶ TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual: Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Navarra: Aranzadi, 2002, p. 107.

¹⁷ En ese orden de ideas la letra f) del fundamento jurídico séptimo del fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, de 14 de mayo de 2010, RIT 12-2010, RUC 0800975077-1.

¹⁸ Así SIEBER, Ulrich, *Kinderpornographie, Jugendschutz und Providerverantwortlichkeit im Internet: Eine strafrechtsvergleichende Untersuchung*, Bonn: Forum Verlag Godesberg, 1999, p. 27, con referencias ulteriores relativas al Derecho comparado.

¹⁹ Cfr. MOLINA CANTILLANA, *Delitos de pornografía*, cit. nota nº 4, p. 103 (“posesión maliciosa de material pornográfico infantil”); POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 2ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 288.

MAYER, Laura. “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”.

indicada, que identifica “poseer” con “tener una cosa”, no describe conducta alguna²⁰ que esté prohibida o mandada por el ordenamiento jurídico, sino que un mero estado de cosas: la posesión o tenencia (de un bien).²¹ Prescindir de un verbo rector que indique claramente el *comportamiento* mandado o prohibido, limitándose a castigar penalmente la verificación de un simple hecho,²² supone vulnerar el principio de taxatividad,²³ circunstancia que obliga a explorar ulteriores significados de dicho término.

La segunda acepción de “poseer”, que identifica ese término con ejercer una facultad independientemente de que se tenga o no derecho a ella, ha sido planteada por un sector de la doctrina como conducta incriminada por los denominados “delitos de posesión”. Así, por ejemplo, a juicio de Cox Leixelard, “poseer un objeto consiste en ejercer cierto control sobre él, y ese ejercicio de control es compatible con lo que se entiende como una conducta”.²⁴ En sentido análogo, la doctrina alemana sostiene que la posesión (de pornografía infanto-juvenil) supone una relación de poder efectivo sobre el objeto poseído,²⁵ agregando que dicho vínculo ha de tener cierta duración.²⁶ Tal relación de poder implicaría acceder al material, así como disponer del mismo, no bastando con que el poseedor tenga la posibilidad de acceder o de disponer.²⁷ Como sea, si poseer es ejercer un cierto control, el agente poseerá mientras conserve dicho control sobre la cosa que posee. De esta forma, si un tipo penal sanciona “al que posea” tal o cual cosa, dicho

²⁰ Cfr. ECKSTEIN, Ken, “Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte – EDV, EU Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 117 (2005), pp. 107-142, p. 110, p. 112 y ss. y STRUENSEE, Eberhard, “Los delitos de tenencia”, en: *Problemas capitales del derecho penal moderno: Homenaje a Hans Welzel a los 20 años de su fallecimiento*, Buenos Aires: Hammurabi, 1998, pp. 107-124, p. 107.

²¹ Véase SÁNCHEZ PECAREVIC, Claudio, *Delito de almacenamiento de pornografía infantil*, Santiago: Librotecnia, 2010, p. 196.

²² Si bien algunos autores califican la conducta humana de “hecho” (por todos PUPPE, Ingeborg, “Vor § 13 ff.”, en: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Editores), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Tomo 1, 4ª edición, Baden-Baden: Nomos, 2013, número marginal 61), ello provoca una trivialización de tal concepto, cuya falta de especificidad permite referirlo a cualquier cosa (cfr. AST, Stephan, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, p. 90).

²³ En ese sentido ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 110. Véase también FERRERES COMELLA, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Madrid: Civitas, 2002, p. 21 y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *La formulación de tipos penales: Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 541.

²⁴ COX LEIXELARD, Juan Pablo, *Delitos de posesión: Bases para una dogmática*, Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2012, p. 3.

²⁵ Véase FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58ª edición, München: Beck, 2011, § 184 b, número marginal 22. Cfr. desde un punto de vista más general ECKSTEIN, “Grundlagen und aktuelle Probleme”, cit. nota nº 20, pp. 108 y s.

²⁶ Cfr. HARMS, Sven, “Ist das ‘bloße’ Anschauen von kinderpornographischen Bildern im Internet nach geltendem Recht strafbar?”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2003), pp. 646-650, p. 648, con referencias ulteriores sobre la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán.

²⁷ Véase SALVADORI, Iván, “Lucha contra la pornografía infantil e incriminación de actos preparatorios en el Derecho penal europeo comparado”, en: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directores), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 449-462, p. 453, comentando la legislación alemana.

comportamiento –si es que cabe hablar de tal– se extenderá por un cierto lapso: desde que comienza hasta que termina la posesión.

Por su parte, según el Diccionario de la RAE, la voz “almacenar” se refiere a “poner o guardar en almacén”, a “reunir o guardar muchas cosas” o bien a “registrar información en la memoria de un ordenador”. Mientras que la primera y la segunda acepción indicadas, que identifican “almacenar” con “poner o guardar en almacén” o con “reunir o guardar muchas cosas”, respectivamente, permiten subsumir, por ejemplo, el almacenamiento de pornografía infanto-juvenil contenida en papel (revistas, folletos, entre otros) o en cristal u otra materia transparente (diapositivas), la tercera acepción, que identifica “almacenar” con “registrar información en la memoria de un ordenador”,²⁸ restringe el comportamiento a la memorización²⁹ o fijación³⁰ de datos en un soporte informático. Ahora bien, “poner”, “guardar”, “reunir” o “registrar”, son conductas activas³¹ de ejecución instantánea –en oposición a las conductas de ejecución permanente–,³² ejecución que se verificará cuando el agente “ponga”, “guarde”, “reúna” o “registre” material pornográfico infanto-juvenil.

Si bien una de las acepciones de la voz “almacenar” contenida en el Diccionario de la RAE es “reunir o guardar muchas cosas”, la exigencia de que se coleccionen, acopien³³ o recolecten cantidades no exiguas de material pornográfico³⁴ carece de sustento normativo. Ello, sobre todo si se tiene en cuenta que, el almacenamiento efectuado en un soporte informático no implica conceptualmente componente cuantitativo alguno, bastando para que se realice con registrar información en la memoria de un ordenador.³⁵ Y siendo el almacenamiento llevado a cabo en la memoria de un ordenador el de ocurrencia más frecuente en la práctica, no resultaría correcto demandar que se almacene gran cantidad de pornografía infanto-juvenil en soportes que no sean informáticos, pero prescindir del factor cuantitativo tratándose de soportes que sí tengan ese carácter. Esta conclusión se ve

²⁸ Así también la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, de 4 de julio de 2011, Rol 678-2011, fundamento jurídico vigésimo noveno.

²⁹ Véase ya RIVERA LLANO, Abelardo, “La protección de la intimidad y el honor y la informática”, en: VALENCIA, Jorge Enrique (Director), *Estudios Penales, Libro homenaje al Profesor Luis Carlos Pérez*, Bogotá: Temis, 1984, pp. 165-181, p. 167, p. 169, p. 177.

³⁰ Cfr. WOLTERS, Gereon, “§ 184 b”, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo II, Neuwied: Luchterhand, estado noviembre de 2008, número marginal 13.

³¹ PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Barcelona: Atelier, 2005, pp. 39 y ss., por su parte, plantea la posibilidad de interpretar la posesión como un caso de “omisión de la supresión o finalización de la posesión”. El motivo jurídico cuarto del fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la Serena, de 24 de junio de 2008, RIT 86-2007, RUC 0400206536-9, sigue, sin mayores fundamentos, una tesis similar, pese a que la normativa penal chilena castiga a quien almacene y no a quien posea material pornográfico en cuya producción se utilice a menores de dieciocho años.

³² Véase MAÑALICH, Juan Pablo, “El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía”, *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 5 (2004), pp. 11-33, p. 14.

³³ Cfr. el fundamento jurídico sexto de la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, de 2 de noviembre de 2007, Rol 547-2007.

³⁴ Véase SÁNCHEZ PECAREVIC, *Delito de almacenamiento*, cit. nota nº 21, p. 204. En el mismo sentido la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, de 14 de noviembre de 2005, RIT 132-2005, RUC 0500143945-8, fundamento jurídico octavo.

³⁵ Así también la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, de 4 de julio de 2011, Rol 678-2011, fundamentos jurídicos vigésimo sexto y ss.

MAYER, Laura. “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”.

reafirmada por el propio concepto de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de edad del artículo 366 quinquies, inciso segundo CP, que la define como “toda representación” de los menores “dedicados a actividades sexuales explícitas” o “de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”, definición que se satisface con la existencia de uno o más registros de la imagen o el audio de los menores de edad de que se trate. Por lo demás, el criterio cuantitativo podría provocar absurdos en la aplicación de la figura de almacenamiento que se comenta. Por ejemplo, si se plantea sancionar con la pena del artículo 374 bis, inciso segundo, segunda hipótesis, a quien ha reunido un número considerable de fotografías pornográficas en cuya elaboración se utilizó a menores de edad, pero no a quien ha registrado en la memoria de un ordenador un único video con pornografía infanto-juvenil de varias horas de duración.

La conducta consistente en guardar o registrar en un soporte informático determinados datos puede llevarse a cabo mediante mecanismos de almacenamiento de acceso físico y tangible (en un disco duro, disco externo, *pendrive*, CD, DVD o *blu-ray*, o bien, en una tarjeta sd, entre otros), o en sistemas basados en un programa sin acceso físico y tangible (los denominados servicios “en la nube”). Dichos soportes excluyen, por lo general,³⁶ la memoria *ram*, que más que una memoria de almacenamiento es una memoria de trabajo, por la que pasan datos antes de llegar al procesador. La razón de ello es que cuando se deja de trabajar con la memoria *ram*, los datos que pasaron por la misma desaparecen irrevocablemente,³⁷ lo cual puede ocurrir por múltiples causas, vgr. la existencia de un error que provoque el término de una aplicación, el cierre voluntario de un programa, el hecho de que se apague el computador voluntaria o involuntariamente (por ejemplo, por un corte de luz), etcétera. A ello se agrega que la memoria *ram* es reducida y que los datos que pasan a través de la misma van siendo reemplazados por nuevos contenidos. Por el contrario, almacenar supone guardar o registrar contenidos con cierta permanencia y no de manera simplemente fugaz.³⁸

El comportamiento consistente en descargar (voluntariamente) pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de edad supone el almacenamiento informático de datos,³⁹ puesto que el material quedará, efectivamente, guardado en algún lugar del computador empleado para tal efecto. Un comportamiento distinto a la descarga es el denominado *streaming*, en que la página web visitada entrega la información en partes, aun muy pequeñas, que va eliminando a medida que se va proporcionando nueva información. Si bien hay *streamings* más vulnerables que otros, utilizando dicho mecanismo será más complejo para el usuario medio, en comparación con la descarga, registrar los contenidos entregados. Esta consideración pone de relieve un problema probatorio subyacente al almacenamiento de material pornográfico infanto-juvenil: probablemente terminarán siendo

³⁶ En general, pues si bien es de escasa ocurrencia, resulta técnicamente posible el almacenamiento de datos que pasan por la memoria *ram*. Véase para ello ECKSTEIN, “Grundlagen und aktuelle Probleme”, cit. nota n° 20, pp. 117 y ss.

³⁷ Véase HARMS, “Ist das ‘bloße’ Anschauen”, cit. nota n° 26, p. 649. Cfr. asimismo PERRON, Walter; EISELE, Jörg, “§ 184 b”, en: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28ª edición, München: Beck, 2010, número marginal 15a y WOLTERS, “§ 184 b”, cit. nota n° 30, número marginal 13.

³⁸ Véase HARMS, “Ist das ‘bloße’ Anschauen”, cit. nota n° 26, p. 649.

³⁹ Cfr. GERCKE, Marco, “Defizite des ‘Schriften’-Erfordernisses in Internet-bezogenen Sexual- und Pornographiedelikten”, *Computer und Recht* (2010), pp. 798-803, p. 801.

perseguidos y sancionados penalmente sujetos que carezcan de conocimientos informáticos, mientras que quienes los posean, eludirán el castigo punitivo sobre la base de circunstancias que nada tienen que ver con la afectación del bien jurídico, vgr. producto de la encriptación de la información. Ahora bien, incluso de poder registrarse –técnicamente– los contenidos proporcionados a través de un *streaming*, si la información entregada en partes no puede ser considerada, en cuanto tal, como material pornográfico infanto-juvenil, esto es, ni aun como una sola imagen constitutiva de dicho material, tendrá que excluirse el castigo según el artículo 374 bis, inciso segundo, segunda hipótesis. Lo anterior encuentra su fundamento en que dicha norma exige, expresamente, almacenar *material pornográfico* (en cuya producción se utilice a menores de edad) y no meros fragmentos del mismo, que no permitan la percepción de una representación de los menores dedicados a actividades sexuales explícitas, o bien, de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales.

La exigencia de almacenar del inciso segundo del artículo 374 bis CP excluye la tipicidad, por una parte, del mero acceso, de la consulta⁴⁰ o de la búsqueda⁴¹ de material pornográfico infanto-juvenil y, por la otra, de la simple visualización⁴² del material aludido. Así, por ejemplo, no almacena quien se limita a ver en la pantalla de su computador pornografía almacenada por un tercero en una unidad de almacenamiento externo al equipo (como un disco externo, *pendrive*, CD, DVD o *blu-ray*, o bien, una tarjeta sd, entre otros).⁴³ “Almacenar” en el sentido de “registrar información en la memoria de un ordenador” supone, de otro lado, guardar o memorizar datos en un soporte informático y no simplemente tener la posibilidad de almacenar.⁴⁴ El mero acceso o visualización no puede ser apreciado siquiera como tentativa de almacenamiento (informático), la cual sólo comenzará cuando objetivamente se dé principio a la ejecución del registro de datos en el soporte (informático) de que se trate.⁴⁵

Desde un punto de vista material, los “delitos de posesión”,⁴⁶ a los que pueden agregarse los “delitos de almacenamiento”, consagran conductas lejanas a la afectación de bienes jurídicos individuales. Tanto “poseer” como “almacenar” cosas, *en cuanto tales*, carecen de ofensividad penal, razón por la cual deberían castigarse con sanciones de otra naturaleza, fundamentalmente administrativas. A propósito de la “posesión” o “tenencia”, suelen citarse como casos de (supuesta) relevancia penal la posesión de armas, de estupefacientes,

⁴⁰ Véase ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, 2ª edición, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, Artículo 176, número marginal 14.

⁴¹ Cfr. GERCKE, Marco, *Rechtswidrige Inhalte im Internet*, Köln: Universität zu Köln, 2000, p. 82, con referencia a la posesión de pornografía infanto-juvenil.

⁴² Véase KÜHL, Kristian, en: *Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27ª edición, München: Beck, 2011, § 184 b, número marginal 8, así como SALVADORI, “Lucha contra la pornografía infantil”, cit. nota nº 27, p. 454, ambos con referencia a la posesión de pornografía infanto-juvenil.

⁴³ Véase ECKSTEIN, “Grundlagen und aktuelle Probleme”, cit. nota nº 20, p. 117.

⁴⁴ En sentido análogo SCHEFFLER, Uwe, “Zur Strafbarkeit des Betrachtens kinderpornographischer Internet-Seiten auf dem PC. Zugleich eine Besprechung von OLG Schleswig, Beschluss vom 15. 9. 2005 – 2 Ws 305/05 (222/05)”, en: PUTZKE, Holm; HARDTUNG, Bernhard; HÖRNLE, Tatjana; MERKEL, Reinhard; SCHEINFELD, Jörg; SCHLEHOFER, Horst; SEIER, Jürgen (Editores), *Strafrecht zwischen System und Thelos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, pp. 627-648, p. 629.

⁴⁵ Cfr. PERRON / EISELE, “§ 184 b”, cit. nota nº 37, número marginal 14.

⁴⁶ Cfr. PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión*, cit. nota nº 31, p. 45.

MAYER, Laura. “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”.

de pornografía infanto-juvenil, entre otros,⁴⁷ sin embargo, ninguno de los casos indicados implica que la tenencia de tales objetos sea intrínsecamente peligrosa. Así también puede desprenderse de lo establecido en la Ley N° 17.798 sobre control de armas, la cual establece un procedimiento que autoriza su posesión. En particular, tratándose de un arma de fuego, ésta debe estar inscrita a nombre del poseedor o tenedor, inscripción que sólo lo facultará a él “para mantener el arma en su residencia, sitio de trabajo o lugar que se pretende proteger” (artículo 5°, inciso final, Ley N° 17.798), quien requerirá de un permiso para portarla fuera de dichos lugares (artículo 6°, inciso primero, Ley N° 17.798). Pues bien, si A cuenta con dicha autorización y le presta su arma de fuego a B, quien carece de permiso, B incurrirá en responsabilidad penal de conformidad con la Ley de control de armas, no porque un arma sea un objeto *per se* peligroso, sino porque el legislador pretende sancionar la desobediencia de quien impide a la autoridad saber, a ciencia cierta, dónde se encuentra el arma cuya tenencia o porte se ha autorizado a A.

1.2.2. Consumo de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de edad.

“Almacenar” y “poseer” presentan ciertas similitudes con el supuesto de consumir material pornográfico en cuya producción se utilice a menores de dieciocho años. Según el Diccionario de la RAE “consumir” es utilizar un bien para satisfacer una necesidad o deseo. Si se parte de este concepto de consumir, entonces quien almacena –o posee–, consume, en algún sentido, el material indicado.

Muchos de los estudios referidos al consumo de pornografía infanto-juvenil se llevan a cabo en el ámbito de la criminología, fuertemente desarrollada en países anglosajones, pero escasamente abordada en el nuestro. En lo que dice relación con el objeto del presente trabajo, la criminología analiza el vínculo entre el consumo de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de edad y la comisión de delitos sexuales contra menores de dieciocho años. Particularmente, la *constatación empírica* de que en un número significativo de casos, el consumo es determinante para la comisión de ulteriores delitos, sea creando o intensificando⁴⁸ la resolución de cometer un delito sexual contra un menor de edad, sería relevante al momento de consagrar o modificar figuras delictivas que tengan por objeto pornografía infanto-juvenil.

La evidencia empírica relativa al comportamiento (futuro) de consumidores de material pornográfico en cuya producción se utilice a menores de edad, constituye información que debe ponderarse correctamente y emplearse con suma cautela. En el ámbito del Derecho comparado, si bien algunos autores sostienen una relación relevante entre el consumo de pornografía infanto-juvenil (a través de internet) y la comisión de delitos sexuales contra menores de dieciocho años,⁴⁹ otros plantean que no puede afirmarse un vínculo claro y categórico entre dicho consumo, que no vaya acompañado de un contacto sexual con los

⁴⁷ Véase COX LEIXELARD, *Delitos de posesión*, cit. nota n° 24, pp. 50 y ss. y STRUENSEE, “Los delitos”, cit. nota n° 20, pp. 107 y s., con especial referencia a la tenencia de estupefacientes y armas.

⁴⁸ Véase HÖRNLE, Tatjana, “§ 184”, en: JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus (Editores), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo 3, 2ª edición, München: Beck, 2012, número marginal 2.

⁴⁹ Cfr. SETO, Michael; CANTOR, James; BLANCHARD, Ray, “Child Pornography Offenses Are a Valid Diagnostic Indicator of Pedophilia”, *Journal of Abnormal Psychology*, Vol. 115, N° 3 (2006), pp. 610-615.

menores de edad utilizados,⁵⁰ y la comisión de delitos sexuales futuros contra menores de dieciocho años.⁵¹ Lo afirmado no debe extrañarnos si se tiene en cuenta que las causas del delito son múltiples y que, en ese orden de ideas, no todos los individuos reaccionan de igual manera frente a los mismos estímulos, ni lo hacen en un sentido penalmente relevante, vgr. volviéndose dependientes o adictos al material.⁵² En realidad, la divergencia de opiniones en cuanto al análisis y a la consideración de la evidencia sobre el vínculo entre el consumo de pornografía infanto-juvenil y la comisión de delitos sexuales contra menores de edad, plantea más dudas que certezas respecto del papel que desempeña dicha evidencia en la creación y aplicación de normas penales.

Oxman, examinando los métodos de predicción de riesgos desarrollados en los Estados Unidos de Norteamérica, observa que éstos “están destinados a determinar el factor de reincidencia en otro delito sexual violento, pero no han sido creados para fijar la relación entre la posesión de material pornográfico y la realización futura de un delito sexual de contacto”.⁵³ El autor aludido, analizando un estudio de campo llevado a cabo en Canadá, constata un bajísimo riesgo de que aquellos sujetos que han cometido delitos relativos a material pornográfico en cuya elaboración se utilice a menores de edad, cometan posteriormente delitos sexuales de contacto.⁵⁴

A la divergencia de pareceres sobre los efectos del consumo de pornografía infanto-juvenil se agrega el problema que puede implicar importar a una realidad diversa –la chilena– las conclusiones a que llegan estudios empíricos desarrollados en otros países y aun en otras épocas.⁵⁵ No obstante, incluso de contarse con información interna fidedigna y concluyente sobre la relación entre el consumo de pornografía infanto-juvenil y la comisión de delitos sexuales contra menores por parte de ese consumidor,⁵⁶ que permitiera adoptar decisiones político-criminales basadas en hechos y no en meras intuiciones, seguiría sin solución un asunto que, antes que fáctico, es político: si acaso se encuentra suficientemente justificada y

⁵⁰ Véase BOURKE, Michael; HERNANDEZ, Andres, “The ‘Butner Study’ Redux: A Report of the Incidence of Hands-on Child Victimization by Child Pornography Offenders”, *Journal of Family Violence*, Vol. 24 (2009), pp. 183-191, pp. 187 y ss.

⁵¹ Cfr. GRAF, Marc; DITTMANN, Volker, “Konsumenten illegaler Internet-Pornographie – psychische Auffälligkeiten und Risiken der Straffälligkeit”, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, Tomo 3, Nº 2 (mayo 2009), pp. 99-106, p. 99, p. 103. Asimismo HEINRICH, Manfred, “Neue Medien und klassisches Strafrecht – § 184 b IV StGB im Lichte der Internetdelinquenz”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2005), pp. 361-366, p. 362 y LANNING, *Child Molesters*, cit. nota nº 13, p. 107.

⁵² Véase WITHERSPOON INSTITUTE; SOCIAL TRENDS INSTITUTE; INSTITUTE FOR THE PSYCHOLOGICAL SCIENCES, “Los costes sociales de la pornografía”, Trad. GARZÓN, Miguel, en: AGUSTINA, José Ramón (Director), *La pornografía. Sus efectos sociales y criminógenos. Una aproximación multidisciplinar*, Madrid: Edisofer S. L. y Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2011, pp. 19-84, pp. 37 y ss.

⁵³ OXMAN, Nicolás, “Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica”, *Política Criminal*, Vol. 6, Nº 12 (diciembre 2011), pp. 253-295, p. 284 (la cursiva es mía), en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A2.pdf [visitado el 30 de octubre de 2013].

⁵⁴ Cfr. OXMAN, “Aspectos político-criminales”, cit. nota nº 53, pp. 287 y s.

⁵⁵ Cfr. MALAMUTH, Neil; HALD, Gert Martin; KOSS, Mary, “Pornography, Individual Differences in Risk and Men’s Acceptance of Violence Against Women in a Representative Sample”, *Sex Roles, A Journal of Research*, Vol. 66 (2012), pp. 427-439, p. 428.

⁵⁶ Véase SALVADORI, “Lucha contra la pornografía infantil”, cit. nota nº 27, p. 460.

MAYER, Laura. “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”.

es, por ende, legítima, la prohibición (penal) estatal del almacenamiento de material pornográfico en cuya producción se utilice a menores de dieciocho años.⁵⁷

1.3. Aspecto subjetivo del delito de almacenamiento de material pornográfico en cuya producción se utilice a menores de dieciocho años.

La exigencia de que la conducta de almacenamiento sea llevada a cabo “maliciosamente”, establece un requisito subjetivo especial: la concurrencia de dolo directo.⁵⁸ Esta es, por lo demás, la interpretación que tradicionalmente se ha hecho de la voz “maliciosamente” en aquellos casos en que el legislador chileno la ha contemplado al consagrar un tipo delictivo.

Más allá de la exigencia de dolo directo, el delito del artículo 374 bis, inciso segundo, segunda hipótesis, no demanda la concurrencia de ánimo alguno en el sujeto activo del delito. Pese a que un sector de la doctrina exige que el agente del almacenamiento obre con ánimo lascivo,⁵⁹ esto es, que guarde o registre el material para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de un tercero,⁶⁰ la descripción legal no lo demanda ni existen razones –por ejemplo, que la conducta no pueda explicarse sin recurrir a dicho ánimo– para exigirlo. A ello se añade, que la actual redacción del tipo no requiere que el almacenamiento de pornografía infanto-juvenil sea llevado a cabo *para* comercializarla o difundirla: en principio, basta con que el sujeto activo guarde o registre (maliciosamente) el material, con independencia del fin al cual se oriente su acción.

El almacenamiento malicioso excluye la comisión delictiva con dolo eventual o con culpa⁶¹ y, con mayor razón, el almacenamiento involuntario o no deseado de pornografía infanto-juvenil. Este último supuesto puede presentarse tanto dentro de la memoria de un computador (en la memoria “caché”⁶² o archivos temporales en virtud de la visualización

⁵⁷ Un razonamiento similar puede encontrarse en FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo, “Jurisprudencia constitucional de los E.E.U.U. sobre libertad de expresión en materia de pornografía”, *La Revista de Derecho: Derecho – Sociedad – Cultura*, 2ª época, N° 7 (Santiago, julio – diciembre 2004), pp. 53-92, pp. 88 y s.

⁵⁸ Véase SÁNCHEZ PECAREVIC, *Delito de almacenamiento*, cit. nota n° 21, p. 214 y el motivo jurídico séptimo de la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Chillán, de 3 de febrero de 2006, Rol 4-2006.

⁵⁹ En contra MOLINA CANTILLANA, *Delitos de pornografía*, cit. nota n° 4, p. 98. Véase también el fundamento jurídico sexto de la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, de 2 de noviembre de 2007, Rol 547-2007, que exige que la conducta se lleve a cabo “con fines lúbricos”, así como las letras j) y l) del fundamento jurídico séptimo del fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, de 14 de mayo de 2010, RIT 12-2010, RUC 0800975077-1.

⁶⁰ Cfr. AGUILAR ARANELA, Cristian, *Delitos Sexuales: Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming, Doctrina y Jurisprudencia*, 2ª edición, Santiago: Editorial Metropolitana, 2012, p. 178, aludiendo al tenor del precepto y a la historia fidedigna de su establecimiento para descartar la exigencia “de un elemento subjetivo del injusto”.

⁶¹ En sentido análogo la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, de 30 de noviembre de 2010, Rol 2079-2010, fundamento jurídico cuarto. De acuerdo con ella, el dolo directo del agente se materializa en el hecho de saber que se tiene el archivo computacional.

⁶² Cfr. KÜHL, *Lackner/Kühl*, cit. nota n° 42, § 184 b, número marginal 8. También GÖSSEL, Karl Heinz, *Das neue Sexualstrafrecht, Eine systematische Darstellung für die Praxis*, Berlin: De Gruyter Recht, 2005, pp. 234 y s., número marginal 104, n. 154, aludiendo a un almacenamiento “automático”.

de imágenes,⁶³ a través de la recepción de un correo electrónico⁶⁴ *spam*, por medio de “pop-ups” durante la navegación en internet,⁶⁵ entre otros), como fuera de la memoria de un computador (por ejemplo, almacenamiento de datos a través de un “proxy”).

Si el agente almacena material pornográfico en cuya elaboración se ha utilizado a menores de dieciocho años con apariencia física de adultos, en la creencia que se trata de pornografía en que se emplea a mayores de edad, debe apreciarse un supuesto de error de tipo relativo a la minoría de edad de las personas representadas.⁶⁶

2. Valoración del delito de almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de edad.

2.1. El almacenamiento de material pornográfico en cuya producción se utilice a menores de dieciocho años frente al sistema de delitos de la Parte Especial.

2.1.1. El almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de edad frente al homicidio y a otros delitos de la Parte Especial.

La expansión que han experimentado los delitos sexuales en los últimos años plantea un importante divorcio entre lo que parece creer (o quiere creer) la doctrina penal chilena y las decisiones político criminales del legislador nacional. La idea según la cual, los delitos contra la vida deben encontrarse entre las figuras delictivas más graves del ordenamiento jurídico penal, resulta a lo menos relativizada con la insistencia de nuestro legislador en proteger penalmente tanto la propiedad privada como la indemnidad sexual, en términos de extraordinaria severidad. Dejando de lado los delitos que afectan intereses patrimoniales, si bien es posible sostener que los delitos contra la vida resultan sancionados, en términos

⁶³ La calificación jurídica de un archivo –en principio– meramente temporal relativo a pornografía infanto-juvenil como “almacenamiento” dependerá, entre otras cosas, de los conocimientos informáticos del agente, pues resulta técnicamente posible configurar un computador de modo que los archivos temporales queden durante meses en el disco duro, pasando a desempeñar dichos archivos el papel de un archivo no temporal, que se crea cuando el usuario activa la función de “guardar como...”. En forma similar ECKSTEIN, “Grundlagen und aktuelle Probleme”, cit. nota nº 20, p. 117. Véase también HEINRICH, “Neue Medien”, cit. nota nº 51, pp. 363 y s. Sin embargo, como correctamente apunta HARMS, “Ist das ‘bloÙe’ Anschauen”, cit. nota nº 26, p. 650, a propósito de la memoria caché, se trata de un supuesto marginal, que usualmente no se verificará respecto del usuario medio.

⁶⁴ Véase GERCKE, *Rechtswidrige Inhalte im Internet*, cit. nota nº 41, pp. 83 y s., con referencia a la posesión de pornografía en cuya elaboración se utiliza a menores de edad y LAUFHÜTTE, Heinrich; ROGGENBUCK, Ellen, “§ 184 b”, en: LAUFHÜTTE, Heinrich; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus (Editores), *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Großkommentar*, 12ª edición, Berlin: De Gruyter Recht, 2010, número marginal 8.

⁶⁵ Cfr. POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. nota nº 19, p. 288.

⁶⁶ Véase MITSCH, Wolfgang, “Fehlvorstellungen über das Alter der Darsteller bei Kinder- und Jugendpornographie, §§ 184 b, c StGB”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 124 (2012), pp. 323-342, p. 339; también HÖRNLE, Tatjana, “§ 184 c”, en: JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus (Editores), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo 3, 2ª edición, München: Beck, 2012, número marginal 14 y PERRON, Walter; EISELE, Jörg, “§ 184 c”, en: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28ª edición, München: Beck, 2010, número marginal 11.

MAYER, Laura. “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”.

generales, con penas más drásticas que los delitos sexuales,⁶⁷ la consagración de nuevas figuras delictivas contra la integridad sexual ha sufrido un crecimiento prácticamente descontrolado en el último tiempo y nada lleva a pensar que tal crecimiento esté cerca de terminar.

Dicha expansión punitiva no parece obedecer a argumentos racionales, sino a una fijación rayana en la obsesión de reprimir una serie de comportamientos referidos al ejercicio, tanto no consentido, como voluntario, de ciertas conductas sexuales que a ojos del legislador parecen lesivas. No es este el lugar para profundizar sobre las causas del referido estado de cosas. Baste con indicar, que el rumbo que ha tomado la legislación en materia de delitos sexuales parece fundamentarse a lo menos en dos consideraciones. Por una parte, en el moralismo que tradicionalmente ha marcado la tipificación de dichos comportamientos en el Derecho penal chileno. Por otra parte, en la idea de que consagrar o agravar figuras contra la indemnidad sexual, sobre todo contra víctimas menores de edad, es “popular”.⁶⁸⁻⁶⁹

En el contexto de la “inflación” punitiva que han ido experimentando los delitos sexuales, surge la figura de almacenamiento de material pornográfico infanto-juvenil. Una de las primeras dificultades que plantea su tipificación, dice relación con la relevancia que se asigna a los contenidos pornográficos en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años, en comparación con otros contenidos referidos a comportamientos delictivos incluso más graves según el Derecho penal actualmente vigente en Chile.⁷⁰ Piénsese, por ejemplo, en las denominadas películas *snuff*,⁷¹ que registran, entre otros, asesinatos, torturas o

⁶⁷ En términos generales, pues al menos hasta ahora no se han propuesto formalmente castigos que lleguen a presidio perpetuo calificado por la comisión de dichos delitos, pero sí ideas como la imprescriptibilidad de delitos sexuales cometidos contra menores de dieciocho años. Cfr. sobre ello el Proyecto de Ley para modificar el Código Penal chileno, “aumentando las penas declarando imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad”, Boletín N° 8134-07. A ello se agrega el caso particular de la violación impropia del artículo 362 CP, cuya pena –mayor que la del homicidio simple del artículo 391, número 2° CP– provoca que, por ejemplo, sea más grave violar a un menor de 13 años, que matarlo.

⁶⁸ Cfr. DUTTGE, Gunnar; HÖRNLE, Tatjana; RENZIOWSKI, Joachim, “Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung”, *Neue Juristische Wochenschrift* (2004), pp. 1065-1072, p. 1066.

⁶⁹ Los cálculos electorales que subyacen a dicha postura son evidentes. Más que dar una respuesta legislativa frente a un aumento de ciertas conductas o ante la existencia de nuevos comportamientos lesivos de bienes jurídicos de relevancia penal, el legislador asume el papel de mero mandatario de una ciudadanía supuestamente enardecida y ávida de más y mayores penas. Fuera de que semejantes “reacciones punitivas” suelen estar condenadas al fracaso, vgr. desde el punto de vista de la técnica legislativa, así como de la proporcionalidad y de la necesidad de las sanciones, hacen recaer la responsabilidad por la asunción de tal o cual política criminal, no en las autoridades, sino que en la ciudadanía. Con dicho populismo penal el legislador termina imputando las consecuencias de sus actos a un ente difuso o indeterminado. No es que la autoridad esté necesariamente convencida de la conveniencia de consagrar tal o cual delito; en realidad, “el pueblo lo pide”.

⁷⁰ Un razonamiento similar, a propósito de la proscripción de la pornografía, se encuentra en COETZEE, J. M., *Contra la censura: Ensayos sobre la pasión por silenciar*, Trad. MARTÍNEZ I MUNTADA, Ricard, Barcelona: Debate, 2007, p. 101: “La muerte (...) es peor que la violación. Si tenemos que proscribir la pornografía por sus representaciones de violencia sexual, ¿por qué no –cabe preguntar– proscribir todas las representaciones violentas, incluidas las de la muerte?”.

⁷¹ Para dicho concepto cfr. solamente HAWKINS, Joan, *Cutting edge: art-horror and the horrific avant-garde*, Minneapolis-London: University of Minnesota Press, 2000, pp. 135 y ss. Véase asimismo SELG, Herbert, *Pornographie: Psychologische Beiträge zur Wirkungsforschung*, Bern: Hans Huber, 1986, p. 28.

violaciones reales. Salvo la concurrencia que pudiera darse entre la filmación de una película *snuff* y el almacenamiento de pornografía infanto-juvenil que, en todo caso, tendría que castigarse como producción y no como almacenamiento, a la luz de nuestras disposiciones penales, si A filma la violación, el homicidio o la tortura que ejecuta contra el mayor de edad B, o bien, un homicidio o una tortura de menores de edad, su conducta no sería subsumible en delito de almacenamiento alguno.

Los problemas sistemáticos que provoca la consagración del almacenamiento de pornografía infanto-juvenil y no el de contenidos referidos a otros comportamientos, aun más graves que aquél, no se soluciona sancionando penalmente, además de ese almacenamiento, el referido a homicidios, torturas o violaciones.⁷² La razón de ello es evidente: lo penalmente relevante es ese homicidio, esa tortura o esa violación. Son esas conductas las que afectan los bienes jurídicos subyacentes a los tipos delictivos que las incriminan y no el almacenamiento de la reproducción de dichos comportamientos. Lo sostenido no excluye que el almacenamiento de películas *snuff* pueda ser valorado como un atentado contra otros intereses, como el honor o la intimidad. Pero para sancionar semejantes atentados no es necesario crear delito de almacenamiento alguno: basta recurrir a las disposiciones que tutelan el honor o la intimidad de la persona⁷³ o, en caso de ser necesario, ajustar sus descripciones típicas a las nuevas realidades, sin recurrir a una normativa –la de los “delitos sexuales”–, cuya ubicación y gravedad poco tienen que ver con los delitos que protegen la intimidad y, sobre todo, con las figuras contra el honor.

2.1.2. El almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de edad frente a otros delitos contra la indemnidad sexual.

Podría pensarse que el legislador chileno tipificó el almacenamiento de pornografía infanto-juvenil, entre otras cosas, por constituir uno de los eslabones finales de una cadena de producción y comercialización.⁷⁴ Pero si ese fuera el caso, en esa cadena, que se iniciaría con la elaboración y pasaría por comportamientos como la distribución y la adquisición del material, el almacenamiento correspondería a un supuesto de agotamiento del delito de adquisición,⁷⁵ lo cual, más que justificar la pertinencia de su castigo penal, acrecienta las dudas sobre su criminalización. Por otra parte, sostener que poseer o almacenar forman parte de una cadena de conductas delictivas y que, por ese solo hecho tendrían que ser incriminados, obligaría, por ejemplo, a tipificar no sólo la comercialización y adquisición

⁷² En el Derecho alemán tales conductas podrían quedar captadas por el § 131 StGB, que sanciona la representación de actos de violencia crueles e inhumanos contra personas (de carne y hueso). Cfr. para un análisis crítico de dicha normativa solamente HÖRNLE, Tatjana, “Das strafrechtliche Verbot von Gewaltdarstellungen (§ 131 StGB)”, en: FELTES, Thomas; PFEIFFER, Christian; STEINHILPER, Gernot (Editores), *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen: Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C. F. Müller, 2006, pp. 337-353, pp. 337 y ss.

⁷³ Cfr. más en detalle el punto 3.

⁷⁴ En ese sentido los fundamentos jurídicos cuarto y sexto de la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 23 de mayo de 2012, Rol 431-2012. De forma similar SIEBER, Ulrich, “Mindeststandards für ein globales Pornografiestrafrecht – Eine rechtsvergleichende Analyse –”, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* (2000), pp. 89-105, p. 96.

⁷⁵ Véase SALVADORI, “Lucha contra la pornografía infantil”, cit. nota nº 27, p. 460, con referencia a la posesión de pornografía infanto-juvenil, la cual se ubicaría “en una fase temporal sucesiva respecto de la efectiva lesión de la integridad sexual y física de los menores”.

MAYER, Laura. “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”.

de camisetas o zapatillas deportivas producidas por empresas que conocidamente emplean –y explotan– a menores de edad en su fabricación, sino que incluso la posesión (o almacenamiento) de esa clase de bienes.

A lo anterior se agrega, que dentro de la cadena de producción y comercialización, la elaboración podría ser considerada el comportamiento más lesivo para el bien jurídico, pasando, en orden decreciente de gravedad, por la venta y la adquisición, hasta llegar al almacenamiento de pornografía infanto-juvenil que, de afectar el interés penalmente tutelado, lo haría con bastante menor intensidad que los demás comportamientos referidos. No obstante, el legislador chileno niveló la gravedad de la adquisición y del almacenamiento de pornografía en cuya producción se utilice a menores de edad, al establecer la misma pena para ambas hipótesis del inciso segundo del artículo 374 bis CP.⁷⁶

Al inconveniente aludido se añade otro, que afecta al conjunto de delitos que tienen por objeto material pornográfico en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años. El CP, siguiendo lo dispuesto en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, no hace distinción alguna entre pornografía en cuya producción se utilice a un joven de 17 años de edad o a un niño de 10 años.⁷⁷ Ello no resulta justificado si se tienen en cuenta la afectación del bien jurídico y el consentimiento que pudiera mediar de parte de la “víctima” que se utiliza para la producción del material.⁷⁸

El legislador chileno consagró un concepto de pornografía infanto-juvenil que vino a introducir una nueva contradicción en el ya deficiente tratamiento jurídico que se brinda a las conductas que afectan a quienes no han alcanzado la mayoría de edad. En la actualidad, según la literalidad del precepto, un adolescente tendría la posibilidad de practicar actividades sexuales, pero no podría consentir en que un tercero capte imágenes suyas dedicándose a tales actividades.⁷⁹ Es decir, no sólo se prohíbe la representación, el tráfico o

⁷⁶ Véase DUTTGE / HÖRNLE / RENZIOWSKI, “Das Gesetz”, cit. nota n° 68, p. 1070, respecto de la normativa alemana. Establecer la misma pena para conductas con un desvalor diferente supone una vulneración del principio de proporcionalidad. Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Expansión del derecho penal y garantías constitucionales”, en: *Revista de Derechos Fundamentales Universidad Viña del Mar*, N° 8 (Segundo semestre, 2012), pp. 45-76, p. 50.

⁷⁷ De otra forma, en cambio, el Código Penal alemán, que distingue conceptualmente entre delitos relativos a pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de catorce años (§ 184 b) y delitos referidos a material pornográfico en cuya producción se utilice a mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad (§ 184 c), imponiendo, por cierto, una pena mayor tratándose de los primeros.

⁷⁸ Piénsese, por ejemplo, en el almacenamiento de material pornográfico relativo a un menor de 17 años que consintió en su realización, el cual sería punible de acuerdo con el artículo 374 bis, inciso segundo, segunda hipótesis CP, en relación con el almacenamiento de la violación de un mayor de edad que sólo sería punible como atentado contra la intimidad, el honor, etc., pero no en virtud de la existencia de un delito de “almacenamiento” específico para esa clase de supuesto.

⁷⁹ En ese orden de ideas CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (Defensoría Penal Pública, Departamento de Estudios), “Informe en Derecho: Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento de la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales” (documento electrónico), Santiago 2012, pp. 1-14, p. 9, en: http://catalogo.bcn.cl/ipac20/ipac.jsp?session=1RC135076G673.1488881&profile=bcn&source=~!horizon&view=subscriptionsummary&uri=full=3100001~!248415~!0&ri=3&aspect=basic_search&menu=search&ipp=10&spp=20&staffonly=&term=carnevali&index=.AW&uindex=&aspect=basic_search&menu=search&ri=3

almacenamiento de imágenes relativas a actividades delictivas, que impliquen la comisión de un delito sexual en contra de un menor de edad, sino que también de actividades permitidas, sin establecer diferencias en cuanto a la pena aplicable según la ilicitud o la licitud de la conducta representada.⁸⁰

Plantear que un adolescente no está en condiciones de comprender los efectos que puede tener la reproducción de sus actividades sexuales no resulta convincente si es que se le reconoce una capacidad para comprender el ejercicio de su sexualidad.⁸¹ Tampoco las posibilidades prácticamente ilimitadas de difusión de tales contenidos a través de internet constituye un argumento plausible, pues dichas posibilidades también son aplicables a la representación de contenidos sexuales en que intervengan mayores de dieciocho años que, al igual que los menores de edad, pueden “sufrir” una divulgación de tales representaciones.

Para coronar las contradicciones aludidas, tratándose de la utilización de menores de edad en espectáculos pornográficos, que puede sancionarse de acuerdo con el artículo 366 quáter, incisos segundo y tercero CP, la ley sí distingue entre la tutela penal de menores de catorce, que procede siempre, y la de menores de dieciocho pero mayores de catorce años, que sólo procede si existe fuerza o intimidación, o si se dan las circunstancias del estupro o de las amenazas. Si la única diferencia entre utilizar a dichos menores en espectáculos pornográficos y registrar (almacenar) sus imágenes se reduce a apretar el botón “REC”, queda en evidencia la falta de justificación de una diversa reacción punitiva en supuestos equivalentes desde el punto de vista de la afectación del bien jurídico.

En fin, el legislador penal no sólo ha incurrido en numerosos excesos en la consagración de delitos que tienen por objeto pornografía infanto-juvenil, sino que también ha dejado desprotegidas a personas que presentan determinadas discapacidades, que sí son contempladas en el delito de violación del artículo 361 CP como posibles sujetos pasivos de la conducta. En verdad, no existen razones para excluir como víctimas de una serie de delitos que atentan contra la indemnidad sexual a sujetos que padecen de alguna clase de enajenación o trastorno mental, o bien, que no pueden oponer resistencia a su utilización en la elaboración de material pornográfico. Si bien esta omisión legislativa en referencia a personas que presentan ciertas discapacidades no comienza con la introducción de los delitos relativos a pornografía infanto-juvenil, sí se agrava con ella y confirma que las reformas legales en Chile se realizan de manera poco prolija y sin tener una mínima visión de conjunto, que considere tanto el sistema de los delitos sexuales como su vinculación con las restantes figuras delictivas de la Parte Especial.

[&addkeys=bkey248415](#) [visitado el 30 de octubre de 2013] y SÁNCHEZ PECAREVIC, *Delito de almacenamiento*, cit. nota nº 21, p. 206.

⁸⁰ Véase REINBACHER, Tobias; WINCIERZ, Andrej, “Kritische Würdigung des Gesetzentwurfs zur Bekämpfung von Kinder- und Jugendpornographie”, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (2007), pp. 195-198, p. 196.

⁸¹ Dejando a un lado su capacidad de responder penalmente por los delitos que cometa, que los mismos partidarios de criminalizar el almacenamiento no parecen poner en duda.

MAYER, Laura. “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”.

2.2. El almacenamiento de material pornográfico en cuya producción se utilice a menores de dieciocho años frente a la Constitución Política de la República.

2.2.1. Libertad de conciencia, vida privada e intimidad de quien almacena.

Desde el punto de vista de los derechos fundamentales de quien almacena material pornográfico en cuya elaboración se utilice a menores de edad, una sanción indiscriminada de dicho comportamiento supone un atentado injustificado y arbitrario contra la libertad de conciencia (artículo 19, número 6 CPR) y el respeto y protección a la vida privada (artículo 19, número 4 CPR) de personas adultas.⁸² Pues si bien es posible imaginar casos en que dichas garantías tengan que ceder frente a la existencia de un interés superior,⁸³ no se aprecia cómo podría afectarse la indemnidad sexual de menores de edad con la conducta de un adulto que, en forma privada, se limita a almacenar pornografía infanto-juvenil.⁸⁴

Como se afirmó precedentemente,⁸⁵ la vinculación entre el consumo de material pornográfico infanto-juvenil y la comisión de delitos sexuales contra menores de edad es puesta en tela de juicio por la doctrina. Ésta, sostiene que la posesión o el almacenamiento de dichos contenidos, más que evidenciar las conductas que lleva o llevará a cabo el agente, es indicativa de sus deseos y fantasías.⁸⁶ Desde un punto de vista penal, las creencias, deseos y fantasías del individuo, o bien, su “conciencia”, no son conductas humanas y, consiguientemente, no pueden ser objeto de prohibiciones y sanciones penales, por inmorales que puedan parecer al resto. Como plantea *Sternberg-Lieben*, el Estado de la Ley Fundamental debe mantener una concepción neutra del mundo,

“sólo puede perseguir finalidades terrenales, (...) no trascendentes (...), y si puede ser la patria de todos los ciudadanos es precisamente porque no entra en tales debates ni en asuntos religiosos (...). [El Estado] ha de respetar las convicciones políticas, religiosas y morales de sus ciudadanos en tanto éstas y *la conducta* en ellas basada no lesionen bienes jurídicos de terceros”.⁸⁷

⁸² En sentido análogo el apartado 2.2. del segundo trámite constitucional de la Ley N° 19.927, que contiene el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, con referencia a la opinión del representante del Ministerio de Justicia. Véase asimismo WEST, Caroline, “Pornography and Censorship”, en: ZALTA, Edward N. (Editor), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2012 Edition)*, punto 2.2., aludiendo al derecho a la “independencia moral” de la persona, en: <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/pornography-censorship> [visitado el 30 de octubre de 2013].

⁸³ Cfr. NÚÑEZ POBLETE, Manuel Antonio, “Lección VIII. El respeto a la intimidad de las personas”, en: GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín; MARTÍNEZ, José Ignacio; NÚÑEZ POBLETE, Manuel Antonio, *Lecciones de derechos humanos*, Valparaíso: Edeval, 1997, pp. 155-167, p. 153, refiriéndose al derecho a la intimidad.

⁸⁴ En general, la realización de dicha conducta junto con otros adultos tampoco justificaría una intromisión estatal en sus vidas privadas, salvo que pudiera configurarse un supuesto en que exista un peligro (concreto) de afectación de la indemnidad sexual de un menor. Cfr. para ello el punto 3.

⁸⁵ Véase el punto 1.2.2.

⁸⁶ Véase LANNING, *Child Molesters*, cit. nota n° 13, p. 107.

⁸⁷ STERNBERG-LIEBEN, Detlev, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, en: HEFENDEHL, Roland (Editor), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 105-127, p. 117 (la cursiva es mía).

El almacenamiento privado de pornografía, en cuanto tal, resulta incompatible con la afectación de bienes jurídicos de otros. Para lesionar o poner en peligro (concreto) intereses de terceros se requiere, por de pronto, que el agente trascienda su privacidad y posibilite una interacción comunicativa con el exterior. Desde el punto de vista de los límites al *ius puniendi*, el ciudadano es un “sujeto susceptible de vínculos en su *actuar visible*, pero inmune en su ser, a límites y controles”.⁸⁸ Mientras sus actuaciones no trasciendan e importen una “amenaza” para otros,⁸⁹ lo que acontezca dentro de las cuatro paredes que configuran su intimidad y vida privada, no sólo carece de relevancia penal, sino que además, debe quedar exento de invasiones ilegítimas y ser respetado y protegido por mandato constitucional.⁹⁰ Dicha conclusión no se ve alterada por el empleo de un computador de uso personal que, a estas alturas, equivale al diario de vida de tiempos pretéritos y que debe ser considerado como una extensión de la intimidad del sujeto que lo utiliza.

2.2.2. El principio constitucional de ofensividad y sus implicaciones penales.

La afectación de aquellas condiciones materiales e inmateriales⁹¹ de las personas, cosas o instituciones, que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático de derecho,⁹² respetuoso de los derechos fundamentales, constituye una condición *sine qua non* de la intervención punitiva.⁹³ Consiguientemente, toda norma penal ha de implicar un bien jurídico que se pretende tutelar.⁹⁴ Estas consideraciones sintetizan el denominado principio de ofensividad⁹⁵ (*nullum crimen sine iniuria*), que deriva de las normas constitucionales y que cumple “un rol de garantía de las libertades y de limitación del arbitrio punitivo”.⁹⁶ Expresión de ello es que la persona, en tanto sujeto dotado de dignidad y titular de derechos fundamentales, no debe ser objeto de manipulaciones y convertirse en

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 1995, p. 481 (la cursiva es mía).

⁸⁹ NUSSBAUM, Martha C., *Libertad de conciencia*, Trad. ÁLVAREZ, Alberto E.; MAIRA BENÍTEZ, Araceli, Barcelona: Tusquets, 2009, p. 35.

⁹⁰ Véase OXMAN, “Aspectos político-criminales”, cit. nota nº 53, pp. 266 y s.

⁹¹ Cfr. GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Estudio Preliminar”, en: BIRNBAUM, Johann Michael Franz, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2010, pp. 7-33, p. 30.

⁹² Véase KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª edición, Baden-Baden: Nomos, 2011, § 2, número marginal 6. Cfr. asimismo FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2004, p. 149.

⁹³ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “El principio de lesividad como garantía penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 8, Año II (2012), pp. 3-11, p. 7.

⁹⁴ Véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas, Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, 2ª edición, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, p. 68. Cfr. asimismo HASSEMER, Winfried, “Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en: HEFENDEHL, Roland (Editor), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 95-104, p. 101.

⁹⁵ Cfr. solamente GOMES, Luis Flavio, “Norma penal, bien jurídico y principio de ofensividad”, en: GUZMÁN DALBORA, José Luis (Coordinador), *El penalista liberal: Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología, Libro homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Buenos: Hammurabi, 2004, pp. 297-316, pp. 297 y ss.

⁹⁶ FERRAJOLI, “El principio de lesividad”, cit. nota nº 93, p. 8.

MAYER, Laura. “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”.

un simple medio,⁹⁷ que el legislador utilice para la consecución de fines preventivos o estrictamente ideológicos.⁹⁸

El fundamento de la aplicación de la norma penal, es la realización de una conducta delictiva que importe una grave lesión o puesta en peligro (efectiva)⁹⁹ de los intereses específicos¹⁰⁰ y concretos de los demás. En ese orden de ideas, no entran en consideración afectaciones ideales o meramente presuntas de los bienes jurídicos ajenos¹⁰¹ o que sólo impliquen un sentimiento de molestia o desagrado frente al comportamiento (inmoral) de otros.¹⁰² Tampoco se trata de impedir cualquier “daño”.¹⁰³ Desde un punto de vista penal, la noción de “daño” tiene un sentido bien preciso: penalmente sólo resulta legítimo prohibir “acciones socialmente intolerables”,¹⁰⁴ que afecten gravemente los intereses de mayor relevancia para la persona.¹⁰⁵ El Derecho penal únicamente puede prohibir conductas en “casos de extrema y demostrada necesidad”,¹⁰⁶ lo cual supone, entre otras cosas, excluir el paternalismo punitivo o la tutela penal del individuo respecto de sí mismo.

La existencia de un bien jurídico a proteger, además de fundamentar la intervención punitiva, condiciona la aplicación de la norma penal y “subordina su eficacia a la demostración real de que el bien jurídico efectivamente haya sido lesionado o puesto en peligro”.¹⁰⁷ Corresponde al juez, en su labor de interpretación y subsunción con apego a la CPR, ponderar jurídicamente si se afectó el bien jurídico penalmente tutelado por el precepto penal en cuestión, debiendo descartar su aplicación si en el caso concreto se establece que dicha afectación no se ha verificado,¹⁰⁸ por más que se constate que la conducta del agente choca “con las preferencias culturales de la mayoría”.¹⁰⁹

De acuerdo con el principio de ofensividad, no resulta legítimo consagrar tipos penales arguyendo los problemas probatorios que pueda enfrentar el órgano persecutor penal al indagar la participación de un sujeto en la comisión de delitos. La persona, en tanto titular

⁹⁷ Cfr. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, 2ª edición, Santiago: Lexis Nexis, 2006, p. 136.

⁹⁸ Véase RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos Sexuales*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 59. Cfr. asimismo SÁNCHEZ PECAREVIC, *Delito de almacenamiento*, cit. nota n° 21, p. 182.

⁹⁹ Véase solamente BRICOLA, Franco, *Teoría General del Delito*, Trad. RESTREPO RODRÍGUEZ, Diana, Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2012, p. 20 y *passim*.

¹⁰⁰ Véase TAVARES, Juarez, *Bien jurídico y función en Derecho penal*, Trad. CUÑARRO, Mónica, Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 39.

¹⁰¹ Así, BUSTOS, *Obras Completas*, cit. nota n° 94, p. 71.

¹⁰² Cfr. STERNBERG-LIEBEN, “Bien jurídico”, cit. nota n° 87, pp. 118 y s.

¹⁰³ Desde una perspectiva más general y crítico de la amplitud que puede tener la noción de “daño” DWORKIN, Ronald, “Is There a Right to Pornography?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 1, N° 2 (Summer, 1981), pp. 177-212, p. 178.

¹⁰⁴ KÜNSEMÜLLER, “Delitos de pornografía infantil”, cit. nota n° 2, p. 10.

¹⁰⁵ Véase GUZMÁN DALBORA, “Estudio Preliminar”, cit. nota n° 91, p. 31.

¹⁰⁶ TAVARES, *Bien jurídico*, cit. nota n° 100, p. 70. Véase también COUSO, “La sexualidad”, cit. nota n° 5, p. 242 (“no todo daño merece ser prohibido”).

¹⁰⁷ TAVARES, *Bien jurídico*, cit. nota n° 100, p. 39.

¹⁰⁸ Véase GUZMÁN DALBORA, “Estudio Preliminar”, cit. nota n° 91, p. 29, con referencias ulteriores. De forma más restrictiva FERRAJOLI, “El principio de lesividad”, cit. nota n° 93, p. 9.

¹⁰⁹ COUSO, “La sexualidad”, cit. nota n° 5, p. 241.

de derechos fundamentales, no tiene por qué sacrificar dichos derechos a fin de compensar las dificultades que el Estado enfrente al perseguir la perpetración de un delito.

No obstante lo indicado, al almacenamiento de pornografía infanto-juvenil parece subyacer justamente lo contrario, esto es, que el legislador puede ser soberano para introducir una figura carente de ofensividad, y además, de mera sospecha, o bien, de “consuelo” para el órgano persecutor, destinada a compensar sus dificultades fácticas en la pesquisa.¹¹⁰ De sospecha, de que quien almacena, produjo¹¹¹ o cometió incluso alguno de los delitos sexuales necesarios para la elaboración de pornografía infanto-juvenil;¹¹² de “consuelo”, frente a la imposibilidad de determinar quien intervino en la producción o comercialización del material,¹¹³ pero con una pena menor a la de la elaboración o del tráfico.

Desde el punto de vista de la integridad sexual, la conducta consistente en almacenar pornografía infanto-juvenil puede, a lo sumo, ser considerada una inclinación inmoral, pero, en caso alguno, apreciada por sí sola como un comportamiento delictivo contrario a la indemnidad sexual. Como apuntan Politoff, Matus y Ramírez, el mero almacenamiento –ellos aluden a la mera “posesión”– de material pornográfico infanto-juvenil, “con independencia de si se destinará o no al tráfico comercial, (...) parece a todas luces un exceso, que ha llevado a convertir la miseria humana en delito”.¹¹⁴ En un razonamiento como el indicado se envuelve lisa y llanamente un Derecho penal de autor,¹¹⁵ que tipifica conductas sobre la base de la perversión y la vida pecaminosa de individuos tenidos por desviados frente al “resto de las personas (...) normales”.¹¹⁶

3. Aplicación del delito de almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de edad.

Si se parte de la idea de que, el almacenamiento de material pornográfico en cuya producción se ha utilizado a menores de dieciocho años, por muy malicioso que sea, es un tipo penal carente de bien jurídico¹¹⁷ y en el que se envuelve una pretensión estatal meramente moralizante, estaríamos ante un delito ilegítimo, que recurre a la pena para fines incompatibles con un Derecho penal liberal respetuoso de los derechos fundamentales. Para superar esta interpretación inaceptable del delito y darle un sentido acorde con la CPR¹¹⁸ y con los límites al ejercicio del *ius puniendi*, se requiere identificar los supuestos de

¹¹⁰ Véase SCHROEDER, Friedrich-Christian, “Pornographieverbot als Darstellerschutz?”, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (1990), pp. 299-301, p. 300.

¹¹¹ Crítica a este respecto KÖNIG, *Kinderpornographie*, cit. nota nº 3, p. 65, número marginal 113.

¹¹² Críticos sobre ello DUTTGE / HÖRNLE / RENZIKOWSKI, “Das Gesetz”, cit. nota nº 68, p. 1070.

¹¹³ En sentido análogo SCHROEDER, Friedrich-Christian, “Pornographieverbot”, cit. nota nº 110, p. 300.

¹¹⁴ POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. nota nº 19, p. 288.

¹¹⁵ Para dicho concepto cfr., por ejemplo, TOCORA LÓPEZ, Fernando, “La personalidad y el derecho penal de autor”, en: *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, Nº 9 (octubre-diciembre 2004), pp. 41-54. Véase también MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2010, p. 186, número marginal 28.

¹¹⁶ ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Derecho Penal*, cit. nota nº 23, p. 63.

¹¹⁷ De ahí que plantee derechamente su inconstitucionalidad DE LA FUENTE, *Delitos de pornografía infantil*, cit. nota nº 8, pp. 106 y ss.

¹¹⁸ Véase BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999, pp. 232 y s.

MAYER, Laura. “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”.

afectación del único interés susceptible de tutela penal a que alude el Título VII del Libro II CP: la indemnidad sexual en sentido amplio o integridad sexual.

Si la aplicación del tipo de almacenamiento de pornografía infanto-juvenil se encuentra supeditada a la afectación de la integridad sexual de algún individuo diverso de aquel que almacena, corresponde establecer las formas que puede asumir dicha afectación como presupuesto de la imposición del castigo penal. Por un lado, el almacenamiento puede importar una *lesión* de la integridad sexual de los menores utilizados para su producción, o bien, de otros menores de edad si, por ejemplo, se hace ver o escuchar en forma privada¹¹⁹ pornografía infanto-juvenil que se almacena –y mientras se almacena– a un mayor de catorce pero menor de dieciocho años, siempre que no se use fuerza o intimidación, que no concurren las circunstancias del estupro del artículo 363 CP ni las amenazas de los artículos 296 y 297 CP.¹²⁰ Como podrá notarse, la posibilidad de subsumir un comportamiento que lesione el bien jurídico en el artículo 374 bis, inciso segundo, segunda alternativa CP – sobre todo teniendo en cuenta la cantidad de supuestos que quedarán captados en los abusos sexuales del artículo 366 quáter CP– serán, si no nulas, sumamente marginales.

El almacenamiento de pornografía infanto-juvenil también puede suponer un *peligro* (concreto) para la integridad sexual de algún menor de edad. En la práctica, esta es la forma en que habitualmente podrá resultar afectado el bien jurídico protegido. Un supuesto de peligro (concreto) para la indemnidad sexual de los menores se presentaría si, por ejemplo, se estableciera que la conducta de almacenamiento fuera idónea para generar una demanda por material pornográfico adicional y, de esa forma, provocar ulteriores atentados contra la integridad sexual de los menores de edad utilizados con dicho objeto.¹²¹ Específicamente, sería necesario que el almacenamiento influyera activa y concretamente en el “comportamiento del mercado” de la pornografía infanto-juvenil, provocando el incremento de la demanda, y luego, de la oferta, por nuevo material.¹²² Ello implicará, en una gran cantidad de casos, la comisión de violación, estupro o abuso sexual contra los mismos u otros menores de dieciocho años.¹²³ De otro lado, como sostiene *Heinrich*, mientras mayor sea el tamaño del mercado de la pornografía en cuya elaboración se utilice a niños y

¹¹⁹ En cambio, una exhibición de dicho material, esto es, mostrar públicamente pornografía relativa a menores, quedaría captada por el inciso primero del artículo 374 bis CP. Ello se basa en la primera acepción del verbo “exhibir”, contenida en el Diccionario de la RAE, que lo define como “[m]anifestar, mostrar en público”. La conducta consistente en hacer ver o escuchar en forma privada pornografía infanto-juvenil que maliciosamente se almacena a un mayor de edad, sólo puede ser sancionada penalmente si implica un peligro (concreto) para la integridad sexual de un menor de dieciocho años.

¹²⁰ Si el afectado es un menor de catorce años, tendría aplicación el artículo 366 quáter, inciso segundo CP, atendida su mayor pena en relación con el delito del artículo 374 bis, inciso segundo CP. Por su parte, debe aplicarse el inciso tercero del artículo 366 quáter CP, si la conducta es realizada respecto de un menor de edad pero mayor de catorce, concurriendo fuerza o intimidación, las circunstancias del artículo 363 CP o las amenazas de los artículos 296 y 297 CP, cuyo marco penal es más amplio que el del tipo de almacenamiento.

¹²¹ Cfr. BÖSE, Martin, “Die Europäisierung der Strafvorschriften gegen Kinderpornografie”, en: HOYER, Andreas; MÜLLER, Henning Ernst; PAWLIK, Michael; WOLTER, Jürgen (Editores), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C. F. Müller, 2006, pp. 751-760, p. 753.

¹²² Así KINDHÄUSER, Urs, *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 4ª edición, Baden-Baden: Nomos, 2010, § 184 b, número marginal 6.

¹²³ Véase HARMS, “Ist das ‘bloße’ Anschauen”, cit. nota nº 26, pp. 646 y s.

adolescentes, menor será el influjo del comportamiento de un único individuo sobre dicho mercado.¹²⁴

La doctrina, más que exigir que la conducta incida activa y concretamente en el mercado de la pornografía infanto-juvenil, parece asumir que este fomento se produce *en todo caso*, sin sustentarse en estudios empíricos que demuestren fehacientemente que el almacenamiento de dicho material incida causalmente y en forma (penalmente) relevante en la oferta y demanda por material ulterior.¹²⁵ Ciertamente, para que la prohibición (penal) de un comportamiento se encuentre justificada, no basta con suponer que una conducta pueda incidir en la comisión de otros delitos, pues si fuese suficiente con eso, habría que criminalizar a quien presta un libro a un colega, por existir el peligro de que lo fotocopie o a quien ofrece unas copas a un amigo, por existir el riesgo de que maneje en estado de ebriedad. A ello se agrega que desde la perspectiva del fomento del mercado, es la adquisición y no el almacenamiento del material el que resulta más vinculado causalmente con la actividad productora de pornografía infanto-juvenil.¹²⁶ Por otra parte, tampoco parece demandarse a nivel doctrinal, que el órgano persecutor penal acredite que, en el caso concreto, el acusado de almacenamiento logró efectivamente influir en el mercado de la pornografía infanto-juvenil. No obstante, a la hora de imponer la pena, no resulta suficiente creer que el comportamiento objeto de la acusación pudo haber afectado el bien jurídico protegido, sino que debe acreditarse que la conducta en cuestión lesionó o, que a lo menos, puso en serio peligro un interés (penalmente relevante) de otro.

Podría influirse activa y concretamente en el comportamiento del mercado de la pornografía infanto-juvenil si se hiciera ver o escuchar en forma privada el material que maliciosamente se almacena –y mientras se almacena– a un mayor de edad dedicado a la producción de esa clase de contenidos, a fin de generar una oferta de material adicional. O bien, tratándose de comunidades de usuarios dedicados al intercambio de pornografía infanto-juvenil, podría indicarse el supuesto en que uno de sus integrantes descargara¹²⁷ o guardara el material en una “nube”, permitiendo conocer el almacenamiento –mientras lo lleva a cabo–, a otros miembros del grupo, a fin de incentivar la demanda y, con ello, la oferta por material ulterior. Los ejemplos aludidos parten de la base de que el riesgo para la integridad sexual de los menores de edad implica la actuación de, a lo menos, dos individuos que interactúan comunicativamente a través de internet, provocando

¹²⁴ Véase HEINRICH, “Neue Medien”, cit. nota nº 51, pp. 362 y s. De forma similar SCHROEDER, Friedrich-Christian, “Das 27. Strafrechtsänderungsgesetz – Kinderpornographie”, *Neue Juristische Wochenschrift* (1993), pp. 2581-2583, p. 2582.

¹²⁵ En cambio, sí exige la existencia de estudios empíricos concluyentes, a propósito del delito del § 131 StGB, que sanciona la representación de actos de violencia crueles e inhumanos contra personas (de carne y hueso) HÖRNLE, “Das strafrechtliche Verbot”, cit. nota nº 72, p. 338, p. 340.

¹²⁶ En ese orden de ideas, del hecho que se acredite que la criminalización de la adquisición provoca una disminución de la demanda de pornografía infanto-juvenil no se sigue que la criminalización de la posesión (o, según la figura chilena, del almacenamiento) vaya a provocar idéntico resultado. De otra opinión ROXIN, Claus, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 15 (2013), pp. 1-27, pp. 13 y s.

¹²⁷ En cambio, que una página contabilice las descargas de material puede ser tenido como un indicio del influjo en el mercado de la pornografía infanto-juvenil, pero no es por sí solo suficiente para dar por acreditado un influjo activo y concreto sobre el mismo, en el sentido de demostrar que la descarga, efectivamente, determinó la producción de material ulterior.

MAYER, Laura. “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”.

concretamente la oferta de pornografía infanto-juvenil adicional. De esta forma, más que la duración del almacenamiento,¹²⁸ lo determinante es su inserción en un contexto comunicativo que haga posible la demanda y posterior oferta indicadas.

Como podrá advertirse, atendida la amplitud del inciso primero del artículo 374 bis CP, que castiga al que “comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba” material pornográfico infanto-juvenil, el ámbito de aplicación del almacenamiento de dichos contenidos será sumamente restringido, a saber, sólo si puede establecerse que éste implicó la afectación, en forma de lesión o puesta en peligro concreto, de la integridad sexual de algún menor de edad.¹²⁹ En principio, la única forma de que el almacenamiento no suponga una difusión del material, sancionada de acuerdo con el artículo 374 bis, inciso primero CP, y cuya comisión excluye la pena por el almacenamiento, pasa por interpretar el verbo “difundir” en el sentido de propagar o divulgar pornografía infanto-juvenil entre muchas personas. En cambio, si solamente se expone el material a personas concretas, mientras dicho material se almacena, puede sancionarse el almacenamiento, siempre que se acredite que éste logró, efectivamente, incidir en el mercado de la pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años. Ello, más que un problema en sí mismo –no será el primero ni el último tipo penal de alcance extremadamente limitado–, pone de relieve los inconvenientes que conlleva la consagración de una figura delictiva de dudosa ofensividad y pretensiones evidentemente moralizantes.

De lo anterior se sigue que son múltiples los supuestos imaginables que pueden implicar un almacenamiento (malicioso) no punible de material pornográfico infanto-juvenil. Pensemos, por ejemplo, que A vende a B dicho material. A podría ser sancionado por comercialización (artículo 374 bis, inciso primero CP) y B por adquisición (artículo 374 bis, inciso segundo, primera hipótesis CP) de pornografía en cuya producción se utilice a menores de edad. Si C, conociendo que B adquirió dicho material, lo almacena en un soporte informático, su conducta no lesionaría ni pondría en peligro (concreto) la integridad sexual de menor alguno, salvo que se acredite que dicho almacenamiento influyó activa y concretamente en la elaboración de material adicional, de acuerdo con lo expresado precedentemente.

Lo sostenido es sin perjuicio de que el almacenamiento de pornografía infanto-juvenil, que no sea punible por no suponer, en cuanto tal, una lesión o un peligro (concreto) para la integridad sexual de menor alguno, implique la comisión de otras figuras delictivas. Así, por ejemplo, podría implicar un atentado contra la intimidad del menor de edad utilizado,¹³⁰ en caso de que se verifique la captación de imágenes de carácter privado del artículo 161-A CP. Para hacer aplicable dicho precepto, se requiere que el almacenamiento suponga captar,

¹²⁸ Véase MATZKY, Ralph, “Kinderpornographie im Internet”, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (2003), pp. 167-170, p. 169. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que un almacenamiento de muy breve duración puede ser indicativo de una actuación sin malicia y, consiguientemente, impune.

¹²⁹ Esto distingue nuestra figura del tipo del inciso segundo del artículo 189. 1. b) del Código Penal español, que FERNÁNDEZ TERUELO, *Derecho penal e internet*, cit. nota nº 12, p. 136, refiere como “posesión finalística”, esto es, posesión de material pornográfico infanto-juvenil para o dirigida a la venta, distribución, ofrecimiento o exhibición.

¹³⁰ En Derecho comparado, también se alude a la vulneración del derecho a la propia imagen de titularidad del menor. Cfr. GRAF / DITTMANN, “Konsumenten illegaler Internet-Pornographie”, cit. nota nº 51, p. 100.

interceptar, grabar o reproducir “conversaciones o comunicaciones de carácter privado”; fotografiar, fotocopiar o reproducir “documentos o instrumentos de carácter privado”; captar, grabar, filmar o fotografiar “imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público” y siempre que no sea posible, en cualquiera de los casos aludidos, estimar que concurre una “autorización del afectado”.

Fuera de un atentado contra la intimidad del menor de dieciocho años, podría valorarse una afectación de su honor, mediante la comisión de un delito de injurias, si se parte de la base de que el almacenamiento de pornografía infanto-juvenil supone una acción ejecutada en deshonor, descrédito o menosprecio del menor de edad utilizado en su producción. En este último caso, tendría que aplicarse alguna de las figuras contenidas en el Párrafo 7., Título VIII, Libro II CP y no el tipo de almacenamiento de pornografía infanto-juvenil del artículo 374 bis, inciso segundo, segunda alternativa CP, tanto por la ubicación sistemática del delito de almacenamiento, como por la desproporción que implicaría la imposición de su pena si se la compara con la prevista para el delito de injurias en el CP.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR ARANELA, Cristian, *Delitos Sexuales: Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming, Doctrina y Jurisprudencia*, 2ª edición, Santiago: Editorial Metropolitana, 2012.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, 2ª edición, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.
- AST, Stephan, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010.
- BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BÖSE, Martin, “Die Europäisierung der Strafvorschriften gegen Kinderpornografie”, en: HOYER, Andreas; MÜLLER, Henning Ernst; PAWLIK, Michael; WOLTER, Jürgen (Editores), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C. F. Müller, 2006, pp. 751-760.
- BOURKE, Michael; HERNANDEZ, Andres, “The ‘Butner Study’ Redux: A Report of the Incidence of Hands-on Child Victimization by Child Pornography Offenders”, *Journal of Family Violence*, Vol. 24 (2009), pp. 183-191.
- BRICOLA, Franco, *Teoría General del Delito*, Trad. RESTREPO RODRÍGUEZ, Diana, Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2012.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas, Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, 2ª edición, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.

- MAYER, Laura. "Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil".
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (Defensoría Penal Pública, Departamento de Estudios), "Informe en Derecho: Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento de la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales" (documento electrónico), Santiago 2012, pp. 1-14, en:
http://catalogo.bcn.cl/ipac20/ipac.jsp?session=1RC135076G673.1488881&profile=bcn&source=~!horizon&view=subscriptionssummary&uri=full=3100001~!248415~!0&ri=3&aspect=basic_search&menu=search&ipp=10&spp=20&staffonly=&term=carnevali&index=.AW&uindex=&aspect=basic_search&menu=search&ri=3&addkeys=bkey248415 [visitado el 30 de octubre de 2013].
- COETZEE, J. M., *Contra la censura: Ensayos sobre la pasión por silenciar*, Trad. MARTÍNEZ I MUNTADA, Ricard, Barcelona: Debate, 2007.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "Expansión del derecho penal y garantías constitucionales", *Revista de Derechos Fundamentales Universidad Viña del Mar*, N° 8 (Segundo semestre, 2012), pp. 45-76.
- COUSO, Jaime, "La sexualidad de los menores de edad ante el derecho penal", en: *Derecho y sexualidades, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, Buenos Aires: Librería, 2010, pp. 233-265.
- COX LEIXELARD, Juan Pablo, *Delitos de posesión: Bases para una dogmática*, Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2012.
- _____, "Los delitos de producción, adquisición y tenencia maliciosa de material pornográfico como figuras expansivas del derecho penal", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 26 (2005, Semestre I), pp. 145-154.
- DE LA FUENTE JIMÉNEZ, Claudia, *Delitos de pornografía infantil*, Santiago: Legal Publishing, 2008.
- DREHER, Eduard, "Die Neuregelung des Sexualstrafrechts eine geglückte Reform?", *Juristische Rundschau* (1974), pp. 45-57.
- DUTTGE, Gunnar; HÖRNLE, Tatjana; RENZIKOWSKI, Joachim, "Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung", *Neue Juristische Wochenschrift* (2004), pp. 1065-1072.
- DWORKIN, Ronald, "Is There a Right to Pornography?", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 1, N° 2 (Summer, 1981), pp. 177-212.
- ECKSTEIN, Ken, "Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte – EDV, EU Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 117 (2005), pp. 107-142.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2004.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, *Derecho penal e internet: Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Valladolid: Lex Nova, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 1995.
- _____, "El principio de lesividad como garantía penal", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 8, Año II (2012), pp. 3-11.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Madrid: Civitas, 2002.

- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo, “Jurisprudencia constitucional de los E.E.U.U. sobre libertad de expresión en materia de pornografía”, *La Revista de Derecho: Derecho – Sociedad – Cultura*, 2ª época, Nº 7 (Santiago, julio – diciembre 2004), pp. 53-92.
- FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58ª edición, München: Beck, 2011.
- FROMMEL, Monika, “§ 184 d”, en: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Editores), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Tomo 2, 4ª edición, Baden-Baden: Nomos, 2013.
- GERCKE, Marco, “Defizite des ‘Schriften’-Erfordernisses in Internet-bezogenen Sexual- und Pornographiedelikten”, *Computer und Recht* (2010), pp. 798-803.
- _____, *Rechtswidrige Inhalte im Internet*, Köln: Universität zu Köln, 2000.
- GOMES, Luis Flavio, “Norma penal, bien jurídico y principio de ofensividad”, en: GUZMÁN DALBORA, José Luis (Coordinador), *El penalista liberal: Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología, Libro homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Buenos: Hammurabi, 2004, pp. 297-316.
- GÖSSEL, Karl Heinz, *Das neue Sexualstrafrecht, Eine systematische Darstellung für die Praxis*, Berlin: De Gruyter Recht, 2005.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Estudio Preliminar”, en: BIRNBAUM, Johann Michael Franz, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2010, pp. 7-33.
- GRAF, Marc; DITTMANN, Volker, “Konsumenten illegaler Internet-Pornographie – psychische Auffälligkeiten und Risiken der Straffälligkeit”, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, Tomo 3, Nº 2 (mayo 2009), pp. 99-106.
- HARMS, Sven, “Ist das ‘bloße’ Anschauen von kinderpornographischen Bildern im Internet nach geltendem Recht strafbar?”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2003), pp. 646-650.
- HASSEMER, Winfried, “Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en: HEFENDEHL, Roland (Editor), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 95-104.
- HAWKINS, Joan, *Cutting edge: art-horror and the horrific avant-garde*, Minneapolis-London: University of Minnesota Press, 2000.
- HEINRICH, Manfred, “Neue Medien und klassisches Strafrecht – § 184 b IV StGB im Lichte der Internetdelinquenz”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2005), pp. 361-366.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, 2ª edición, Santiago: Lexis Nexis, 2006.
- HÖRNLE, Tatjana, “§ 184” y “§ 184 c”, en: JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus (Editores), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo 3, 2ª edición, München: Beck, 2012.
- _____, “Das strafrechtliche Verbot von Gewaltdarstellungen (§ 131 StGB)”, en: FELTES, Thomas; PFEIFFER, Christian; STEINHILPER, Gernot (Editores), *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen: Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C. F. Müller, 2006, pp. 337-353.
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª edición, Baden-Baden: Nomos, 2011.

- MAYER, Laura. “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”.
- _____, *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 4ª edición, Baden-Baden: Nomos, 2010.
- KÖNIG, Sabine, *Kinderpornographie im Internet: Eine Untersuchung der deutschen Rechtslage unter besonderer Berücksichtigung des Internationalen Strafrechts*, Hamburg: Dr. Kovač, 2004.
- KÜHL, Kristian, en: *Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27ª edición, München: Beck, 2011.
- KÜNSEMÜLLER, Carlos, “Delitos de pornografía infantil (modificaciones legales anunciadas y problemas ad portas)”, *Gaceta Jurídica*, N° 273 (marzo 2003), pp. 7-13.
- LANNING, Kenneth, *Child Molesters: A Behavioral Analysis*, 5ª edición, 2010, National Center for Missing & Exploited Children, en: http://www.missingkids.com/en_US/publications/NC70.pdf [visitado el 30 de octubre de 2013].
- LAUFHÜTTE, Heinrich; ROGGENBUCK, Ellen, “§ 184 b”, en: LAUFHÜTTE, Heinrich; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus (Editores), *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Großkommentar*, 12ª edición, Berlin: De Gruyter Recht, 2010.
- MALAMUTH, Neil; HALD, Gert Martin; KOSS, Mary, “Pornography, Individual Differences in Risk and Men’s Acceptance of Violence Against Women in a Representative Sample”, en: *Sex Roles, A Journal of Research*, Vol. 66 (2012), pp. 427-439.
- MAÑALICH, Juan Pablo, “El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 5 (2004), pp. 11-33.
- MATZKY, Ralph, “Kinderpornographie im Internet”, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (2003), pp. 167-170.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2010.
- MITSCH, Wolfgang, “Fehlvorstellungen über das Alter der Darsteller bei Kinder- und Jugendpornographie, §§ 184 b, c StGB”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 124 (2012), pp. 323-342.
- MOLINA CANTILLANA, René, *Delitos de pornografía infantil*, Santiago: Librotecnia, 2008.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel Antonio, “Lección VIII. El respeto a la intimidad de las personas”, en: GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín; MARTÍNEZ, José Ignacio; NÚÑEZ POBLETE, Manuel Antonio, *Lecciones de derechos humanos*, Valparaíso: Edeval, 1997, pp. 155-167.
- NUSSBAUM, Martha C., *Libertad de conciencia*, Trad. ÁLVAREZ, Alberto E.; MAIRA BENÍTEZ, Araceli, Barcelona: Tusquets, 2009.
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *La formulación de tipos penales: Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- OXMAN, Nicolás, “Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica”, *Política Criminal*, Vol. 6, N° 12 (diciembre 2011), pp. 253-295, en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A2.pdf [visitado el 30 de octubre de 2013].

- _____, *Libertad sexual y Estado de Derecho en Chile (Las fronteras del Derecho Penal sexual)*, Santiago: Librotecnia, 2007.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Barcelona: Atelier, 2005.
- PERRON, Walter; EISELE, Jörg, “§ 184 b” y “§ 184 c”, en: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28ª edición, München: Beck, 2010.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 2ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- PUPPE, Ingeborg, “Vor § 13 ff.”, en: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfried; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Editores), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Tomo 1, 4ª edición, Baden-Baden: Nomos, 2013.
- REINBACHER, Tobias; WINCIERZ, Andrej, “Kritische Würdigung des Gesetzentwurfs zur Bekämpfung von Kinder- und Jugendpornographie”, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (2007), pp. 195-198.
- RIVERA LLANO, Abelardo, “La protección de la intimidad y el honor y la informática”, en: VALENCIA, Jorge Enrique (Director), *Estudios Penales, Libro homenaje al Profesor Luis Carlos Pérez*, Bogotá: Temis, 1984, pp. 165-181.
- RÖDER, Ralf, “Nach der letzten Änderung des § 184 b StGB: Ist das Verbreiten sog. ‘Posing’-Fotos weiterhin straflos?”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2010), pp. 113-119.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos Sexuales*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- ROXIN, Claus, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 15 (2013), pp. 1-27.
- SALVADORI, Iván, “Lucha contra la pornografía infantil e incriminación de actos preparatorios en el Derecho penal europeo comparado”, en: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directores), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 449-462.
- SÁNCHEZ PECAREVIC, Claudio, *Delito de almacenamiento de pornografía infantil*, Santiago: Librotecnia, 2010.
- SCHEECHLER CORONA, Christian, “El *childgrooming* en la legislación penal chilena: sobre los cambios al artículo 366 quáter del código penal introducidos por la ley nº 20.526”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 3, Nº 1 (2012), pp. 55-78.
- SCHEFFLER, Uwe, “Zur Strafbarkeit des Betrachtens kinderpornographischer Internet-Seiten auf dem PC. Zugleich eine Besprechung von OLG Schleswig, Beschluss vom 15. 9. 2005 – 2 Ws 305/05 (222/05)”, en: PUTZKE, Holm; HARDTUNG, Bernhard; HÖRNLE, Tatjana; MERKEL, Reinhard; SCHEINFELD, Jörg; SCHLEHOFER, Horst; SEIER, Jürgen (Editores), *Strafrecht zwischen System und Thelos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, pp. 627-648.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian, “Das 27. Strafrechtsänderungsgesetz – Kinderpornographie”, *Neue Juristische Wochenschrift* (1993), pp. 2581-2583.

- MAYER, Laura. “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”.
- _____, “Pornographieverbot als Darstellerschutz?”, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (1990), pp. 299-301.
- SELG, Herbert, *Pornographie: Psychologische Beiträge zur Wirkungsforschung*, Bern: Hans Huber, 1986.
- SETO, Michael; CANTOR, James; BLANCHARD, Ray, “Child Pornography Offenses Are a Valid Diagnostic Indicator of Pedophilia”, *Journal of Abnormal Psychology*, Vol. 115, N° 3 (2006), pp. 610-615.
- SIEBER, Ulrich, *Kinderpornographie, Jugendschutz und Providerverantwortlichkeit im Internet: Eine strafrechtsvergleichende Untersuchung*, Bonn: Forum Verlag Godesberg, 1999.
- _____, “Mindeststandards für ein globales Pornografiestrafrecht – Eine rechtsvergleichende Analyse –”, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* (2000), pp. 89-105.
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, en: HEFENDEHL, Roland (Editor), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 105-127.
- STRUENSEE, Eberhard, “Los delitos de tenencia”, en: *Problemas capitales del derecho penal moderno: Homenaje a Hans Welzel a los 20 años de su fallecimiento*, Buenos Aires: Hammurabi, 1998, pp. 107-124.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual: Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Navarra: Aranzadi, 2002.
- TAVARES, Juarez, *Bien jurídico y función en Derecho penal*, Trad. CUÑARRO, Mónica, Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- TOCORA LÓPEZ, Fernando, “La personalidad y el derecho penal de autor”, *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, N° 9 (octubre-diciembre 2004), pp. 41-54.
- WEST, Caroline, “Pornography and Censorship”, en: ZALTA, Edward N. (Editor), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2012 Edition)*, en: <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/pornography-censorship> [visitado el 30 de octubre de 2013].
- WITHERSPOON INSTITUTE; SOCIAL TRENDS INSTITUTE; INSTITUTE FOR THE PSYCHOLOGICAL SCIENCES, “Los costes sociales de la pornografía”, Trad. GARZÓN, Miguel, en: AGUSTINA, José Ramón (Director), *La pornografía. Sus efectos sociales y criminógenos. Una aproximación multidisciplinar*, Madrid: Edisofer S. L. y Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2011, pp. 19-84.
- WOLTERS, Gereon, “§ 184 b”, en: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo II, Neuwied: Luchterhand, estado noviembre de 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires: Ediar, 2000.