

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is circular and features a central figure, likely a saint or historical figure, surrounded by Latin text. The text includes "UNIVERSITAS SAN CAROLINIENSIS" at the top, "CUM SPICILLA CAROLINA" on the right, "CADERA CONCEPTUALIS" on the bottom right, and "CELEBRAS OPUS INTER" on the bottom left.

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE LA
INTERNET Y LA INEXISTENCIA DE SU APLICACIÓN EN MATERIA PENAL**

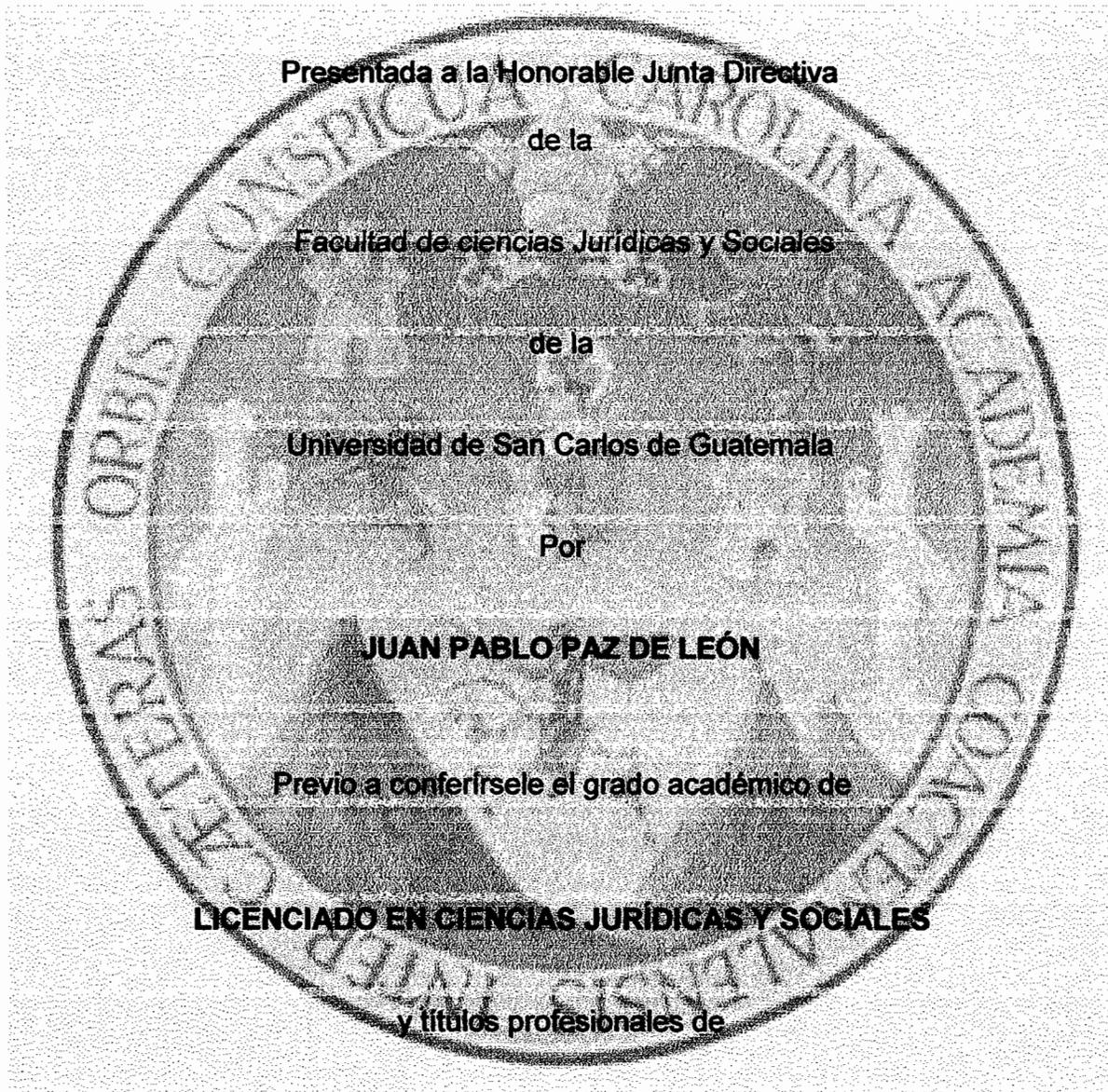
JUAN PABLO PAZ DE LEÓN

GUATEMALA, MAYO DE 2015

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE LA
INTERNET Y LA INEXISTENCIA DE SU APLICACIÓN EN MATERIA PENAL**

TESIS



ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo de 2015

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V:	Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic. Daniel Mauricio Tejada Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente:	Lic. Héctor David España Pinetta
Vocal:	Lic. René Siboney Polillo Cornejo
Secretaria	Licda. Edna Mariflor Irungaray López

Segunda fase:

Presidenta:	Licda. Adela Lorena Pineda
Vocal:	Lic. Juan Carlos Ríos
Secretario:	Lic. René Siboney Polillo Cornejo

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

LIC. OSCAR ERNESTO CIFUENTE DE LEÓN
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 1,648



Guatemala, 29 de abril de 2014.

Dr.:
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana:

De acuerdo con el nombramiento emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis de esa facultad, el treinta y uno de octubre de dos mil trece, en el que se dispone nombrar al suscrito como asesor del trabajo de tesis del bachiller **JUAN PABLO PAZ DE LEÓN**, a usted informo: Que el postulante presentó el tema de investigación intitulado: **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE LA INTERNET Y LA INEXISTENCIA DE SU APLICACIÓN EN MATERIA PENAL.”**

El trabajo realizado posee contenido fáctico y científico, desarrollado sobre la base de una metodología, el uso del método científico, y las técnicas de investigación documental, bibliográfica, observación y otros.

Se utilizó metodología adecuada, una redacción clara y práctica, para la fácil comprensión del lector; en su elaboración se utilizó bibliografía de autores nacionales e internacionales en materia de Derecho Penal, así como la función de los mismos dentro del ordenamiento legal, arribando a conclusiones y recomendaciones importantes que deben ser tomadas en cuenta por autoridades, legisladores, estudiosos del derecho y de la población en general.

Constituye un aporte a la sociedad, a profesionales del derecho, que resalta la importancia que conlleva a demostrar la necesidad de fortalecer el sistema penal de justicia de Guatemala en relación al seguimiento y persecución de los responsables del delito de pornografía infantil así como de la promoción por medio del internet.

LIC. OSCAR ERNESTO CIFUENTE DE LEÓN
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 1,648



Por lo antes mencionado, considero que el trabajo de mérito, cumple con los requisitos que para el efecto establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de la Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de dicha casa de estudios, haciendo de su conocimiento que se corrigió el nombre de la tesis de acuerdo a previo interpuesto por la unidad de tesis, de **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PORNOGRAFIA INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DEL INTERNET Y LA INEXISTENCIA DE SU APLICACIÓN EN MATERIA PENAL.”**, a: **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PORNOGRAFIA INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE LA INTERNET Y LA INEXISTENCIA DE SU APLICACIÓN EN MATERIA PENAL.”**, por lo que procedo a darle el **DICTAMEN FAVORABLE**, al trabajo de tesis elaborado por el bachiller **JUAN PABLO PAZ DE LEÓN**, para que continúe su trámite respectivo.

Deferentemente,

Licenciado Oscar Ernesto Cifuentes de León
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 1,648

Oscar Ernesto Cifuentes de León
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 18 de junio de 2014.

Atentamente, pase a el LICENCIADO RIGOBERTO RODAS VÁSQUEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de el estudiante JUAN PABLO PAZ DE LEÓN, intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE LA INTERNET Y LA INEXISTENCIA DE SU APLICACIÓN EN MATERIA PENAL".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".



DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

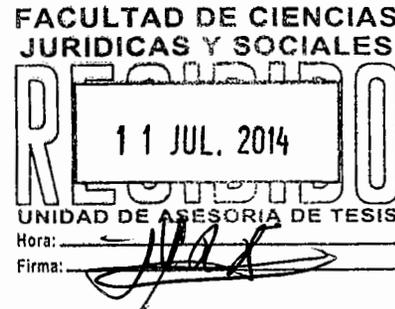
cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyr.



Lic. RIGOBERTO RODAS VASQUEZ
Abogado y Notario
Colegiado 4,083



Guatemala, 10 julio de 2,014



Doctor.
Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria

Dr. Bonerge Amílcar Mejía Orellana:

En forma respetuosa me dirijo a usted, para informarle que en cumplimiento del cargo recaído en mi persona, según resolución de fecha catorce de octubre de dos mil once, emitida por esa Jefatura, me permití revisar la tesis del bachiller **JUAN PABLO PAZ DE LEÓN**, intitulada **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE LA INTERNET Y LA INEXISTENCIA DE SU APLICACIÓN EN MATERIA PENAL."**

Luego de efectuar varias revisiones minuciosas y sistemáticas del trabajo de investigación realizado y practicadas satisfactoriamente las modificaciones solicitadas al bachiller, de conformidad a lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, que preceptúa: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de las tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes."

En base a la norma invocada, me permito resaltar que el trabajo realizado posee un excelente contenido técnico y científico, en el que se utilizó bibliografía de autores nacionales e internacionales, así como, la legislación de los recursos procesales que la legislación guatemalteca establece, arribando a conclusiones, recomendaciones y propuestas importantes, que deben ser tomadas en cuenta, las que constituyen un aporte para que los profesionales del derecho apliquen de forma correcta los recursos procesales y con ello la axiología jurídica, moral y ética profesional, para demostrar la necesidad de fortalecer el sistema penal de justicia de Guatemala en relación al seguimiento y persecución de los responsables del delito de pornografía infantil así como de la promoción por medio de la Internet, etc.

Lic. RIGOBERTO RODAS VASQUEZ
Abogado y Notario
Colegiado 4,083



El resultado obtenido en el trabajo por parte del autor, es producto de la aplicación de una metodología adecuada con el fin de tener una clara comprensión para el lector, al haber desarrollado algunas áreas del trabajo, partiendo del trabajo de investigación documental, bibliográfica, observación y otros.

Considero que el trabajo fue elaborado con un perfil técnico, fáctico y científico, ya que se profundizó y abarcó todo lo relacionado al tema, lo que se ve reflejado en la secuencia que se le asignó al desarrollo de toda la temática, las aportaciones, conclusiones, propuestas y recomendaciones a que arriba el investigador, en el que utilizó las técnicas pertinentes; y en la documental, recurrió a las fichas bibliográficas, cita textual, resúmenes, comentarios y sus opiniones personales.

Por lo anterior indicado, al haberse llenado los requisitos de carácter legal, técnico y profesional exigidos por esa Unidad Académica, me permito emitir mi **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el presente trabajo de investigación para que pueda ser discutido en el examen correspondiente.

Con muestras de mi consideración, sin otro particular.

Atentamente.

Lic. Rigoberto Rodas Vásquez
Abogado y Notario



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 10 de septiembre de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JUAN PABLO PAZ DE LEÓN, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE LA INTERNET Y LA INEXISTENCIA DE SU APLICACIÓN EN MATERIA PENAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs





DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser supremo que me dio la vida y permitió que realizara mi sueño y alcanzara mi meta.
- A MIS PADRES:** Luisa María y Pablo por la vida y el ejemplo de ser personas perseverantes y luchadoras, por el amor y el apoyo que me brindan para lograr todo lo que me propongo.
- A MI ESPOSA:** Kreslie por ser una persona tan especial en mi vida de la cual aprendí el verdadero valor del amor que se viven en una pareja y sobre todo por estar siempre a mi lado apoyando y compartiendo incondicionalmente momentos especiales.
- A MIS HIJOS:** Kirsten, Jean Pablo y Nicole por hacerme el padre mas afortunado y feliz, que por ellos doy todo mi esfuerzo y la vida.
- A MIS HERMANOS:** María Ana Paula, Luisa María y José Pablo por ser personas Especiales de toda la vida y ser parte importante de mi felicidad.
- En ESPECIAL:** A mi papito Beto, por estar siempre apoyándonos y ser también un gran ejemplo de perseverancia.
- A:** La tricentenaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por el honor de ser egresado de tan prestigiosa casa de estudios.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Los derechos humanos y el derecho de los menores.....	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.2. Elementos para su concepto.....	5
1.3. Caracteres.....	9
1.4. Base jurídica.....	11
1.5. Fundamento constitución.....	13
1.6. Derechos de los menores.....	14
1.7. Legislación general y específica a favor de la niñez.....	19

CAPÍTULO II

2. Delincuencia informática.....	37
2.1. Demarcación de la criminalidad informática.....	40
2.2. Delincuencia informática y abuso informático.....	42
2.3. Criminalidad informática.....	43
2.4. Delitos informáticos.....	46
2.5. Sujetos del delito informático.....	47
2.6. Clasificación general de los delitos informáticos.....	51
2.7. Normativa Penal guatemalteca.....	56



CAPÍTULO III

	Pág.
3. Pornografía infantil.....	65
3.1. Referencias generales.....	65
3.2. Definición.....	69
3.3. La pornografía infantil y los responsables del delito.....	72
3.4. Formas de explotación.....	74

CAPÍTULO IV

4. Problemática de la aplicación de la justicia en relación a la pornografía Infantil.....	79
4.1. Accesibilidad.....	81
4.2. Independencia.....	84
4.3. Eficiencia.....	85
4.4. Justedad.....	87
4.5. Otros problemas.....	88

CAPÍTULO V

5. Los conflictos de la pornografía infantil y sus posibles soluciones.....	91
5.1. Respuesta del sistema de justicia a la violación de los derechos humanos de los menores.....	91
5.2. Situación legal de las personas que se dedican a la pornografía infantil...	92
5.3. Insuficiencia en la efectividad de la aplicación de las normas penales en la distribución y práctica de la pornografía infantil.....	94
5.4. Formación y sensibilidad al sistema de justicia en materia de derechos humanos respecto a los menores de edad sometidos a pornografía Infantil.....	95



Pág.

5.5. Reparación, sanción , investigación, protección y atención de los menores de edad víctimas de la pornografía infantil.....	96
5.6. Efectividad de la normas penales y aplicación de las medidas de seguridad a los responsables de la distribución y práctica de la pornografía infantil.....	99
CONCLUSIONES.....	103
RECOMENDACIONES.....	105
ANÉXOS.....	107
BIBLIOGRAFÍA.....	113



INTRODUCCIÓN

Dentro de la presente investigación se plasma una situación interesante respecto a la problemática de la condición vulnerable de los niños y las niñas, principales víctimas de este tipo de explotación al ser utilizados por adultos para sacar ventaja o provecho de carácter sexual, considerándose explotador, tanto aquel que intermedia a un tercero, como el que mantiene la relación con el menor, no importando si ésta es frecuente, ocasional o permanente, siendo una amenaza de este siglo sobre los menores de edad va de la mano con la alta tecnología de un mundo globalizado.

Como es de conocimiento países como Guatemala se enfrentan a dicha problemática, y en todos los ámbitos es difícil actuar debido a la falta de efectividad de la ley, siendo de importancia tratar en la presente investigación lo que refiere a la pornografía infantil y como se utiliza en la Internet, de manera que la legislación se enfrenta a una situación social que la sobrepasa y que no permite que esta sea un derecho positivo.

La hipótesis planteada para este trabajo fue: la legislación penal no es efectiva para la persecución del delito de pornografía infantil y castigo a responsables de la promoción en el uso de la Internet.

El propósito del trabajo radica en demostrar la necesidad de fortalecer el sistema penal de justicia de Guatemala en relación al seguimiento y persecución de los responsables del delito de pornografía infantil así como de la promoción por medio de la Internet.



La investigación se dividió en cinco capítulos: El primer capítulo, relativo al tema de los derechos humanos y el derecho de los menores, tomando aspectos como los elementos, caracteres, fundamento constitucional, derecho de los menores y legislación a favor de la niñez en Guatemala; el segundo capítulo, lo constituye el tema de delincuencia informática respecto a la demarcación de la criminalidad informática; el tercer capítulo, lo refiere el tema de la pornografía infantil, tomando en consideración los aspectos básicos necesarios a analizar, el cuarto capítulo, lo refiere el tema de la problemática de la aplicación de la justicia en relación a la Pornografía Infantil, en los aspectos al acceso de justicia y el quinto capítulo lo refiere el tema de los conflictos de la pornografía infantil y sus posibles soluciones, dando un análisis de la respuesta del sistema de justicia a la violación de los derechos humanos de los menores como de las instituciones y legislación en cuanto a su efectividad.

En el proceso de la investigación se utilizaron los métodos del análisis por medio del estudio de la legislación respectiva, la síntesis referente a la problemática del tema en mención, inducción a través del estudio de los conceptos generales, la deducción a través del resultado del trabajo de campo y científico en forma indagadora, demostrativa y expositiva desde el inicio la investigación a la culminación de la misma, así como la aplicación de técnicas bibliográficas, entrevista, encuesta, jurídica y estadística. Finalmente se incluyen las conclusiones y recomendaciones, con la expectativa de que el presente trabajo contribuya a la discusión científica de tan importante materia.



CAPÍTULO I

1. Los derechos humanos y el derecho de los menores

1.1. Antecedentes

Guatemala, fue el primer país de América Latina que creó, con carácter constitucional la figura del Procurador de los Derechos Humanos, la cual se inspiró en la figura del "Ombudsman", creada en el año 1809 en Suecia y también en el Defensor del Pueblo de España, creado en 1978 en aquella nación europea.

En el caso de Guatemala debe recordarse que tiene una historia marcada por tragedia, dolor, sangre e injusticias de todo tipo. Sólo por cortos períodos de tiempo han habido regímenes democráticos y, como consecuencia, nunca, o casi nunca, se han respetado los derechos humanos de sus habitantes.

A lo largo de la historia republicana del país, casi 177 años, se han producido numerosos golpes de estado y fraudes electorales y de una o de otra manera han prevalecido los gobiernos dictatoriales con el consiguiente irrespeto a los derechos fundamentales de las personas. Las estructuras económicas, sociales y jurídico-políticas han impedido la existencia de un desarrollo en estos campos que inevitablemente nos conduciría al bien común.



Los derechos humanos de los guatemaltecos han sido violados casi siempre por los sectores del poder formal y real. Se puede decir que Guatemala se hizo famosa ante la comunidad internacional, pero no por sus vivos sino por sus muertos; por la cantidad y por la forma que fueron ajusticiados, incluso comunidades completas.

Aunque la violación sistemática a los derechos humanos individuales es la más notoria, en Guatemala también hay reiteradas violaciones a los derechos humanos, económicos y sociales, provocando una muerte lenta derivada de la ausencia de satisfactores sociales básicos.

La época de más represión en el país, fue a finales de la década de los 70's y los primeros de la década de los 80's, cuando los gobiernos militares iniciaron acciones de contrainsurgencia que condujeron a una guerra sucia en la que, como siempre, la población fue la más afectada al aportar los muertos, viudas, huérfanos y desarraigados.

Por esta razón cuando el 23 de marzo de 1982 hay un rompimiento constitucional, éste hace renacer las esperanzas de iniciar una vez más el camino a un proceso democrático, en el que todavía nos encontramos.

Fue en mayo de 1984, a sólo un mes de las elecciones para la Asamblea Nacional Constituyente, que el Colegio de Abogados realizó las llamadas "Jornadas Constitucionales", en las que se discutieron las bases que la Nueva Constitución de la República debería tener para obtener una permanencia necesaria.



De esta jornada surge la idea de crear instituciones como la Corte de Constitucionalidad, el Tribunal Supremo Electoral y la Procuraduría de los Derechos Humanos.

Los derechos humanos poseen ciertas características que debemos conocer:

1. Universales: Por ser propios a la persona, todos los seres humanos poseen estos derechos, sin ninguna diferencia por edad, sexo, raza, idioma, nacionalidad, religión, condición económica o social, ideas políticas, preferencia sexual, impedimentos físico o mental, enfermedad o cualquier otra condición.
2. Irreversibles: Los derechos humanos no admiten ninguna restricción o limitación a su ejercicio. No se puede argumentar alguna excusa para impedir que las personas ejerzan estos derechos.
3. Inviolables: Los derechos humanos no admiten ninguna situación para ser violados. El Estado, como principal responsable de su respeto, no puede justificar nunca su violación.
4. Internacionales: Los derechos humanos gozan de un fuerte carácter de transnacionalidad. Esto se inicia a partir de la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1948, la cual cuenta dentro de sus objetivos "El desarrollo y estímulo de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales". A esta internacionalización también han contribuido fuertemente los sistemas de la Organización de Estados Americanos y el Sistema del Consejo de Europa. Debido al carácter de internacionalización, se considera que no hay violación al principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados cuando se ponen en práctica los mecanismos organizados por la comunidad internacional para su protección. Asimismo



se considera que cuando se comete una violación a los derechos humanos en un país, se afecta a todos los seres humanos, por lo tanto interesa a todas las naciones.

Los Derechos Humanos han ido evolucionando con el tiempo. Actualmente nos encontramos con tres generaciones de los mismos:

1. La primera generación comprende los Derechos Civiles y Políticos, cuyo reconocimiento se produce como consecuencia de los abusos de las monarquías y los gobiernos absolutistas del siglo XVIII. Estos derechos comprenden principalmente el derecho a la vida, derecho a la libertad, derecho a la libre circulación, derecho a la integridad física y moral, derecho a la seguridad, derecho a la nacionalidad, derecho a la propiedad, derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, derecho a no ser detenido ilegal y arbitrariamente, derecho a un proceso judicial justo y legal, derecho a la presunción de inocencia mientras no se pruebe la culpabilidad, derecho de participar en la vida pública y, derecho a la libertad de reunión y asociación.

2. La segunda generación comprende los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se les llama de segunda generación porque históricamente fueron reconocidos en el siglo XIX, es decir, posteriormente a los Derechos Civiles y Políticos. Su reconocimiento se da a raíz del protagonismo que adquieren las clases trabajadoras durante la industrialización de los países occidentales. Estos derechos se refieren a las condiciones de vida y acceso a los bienes materiales y culturales. Comprenden principalmente el derecho al trabajo, derecho al descanso y a jornadas de trabajo razonables, derecho a la educación, derecho de libre sindicación, derecho a la huelga,



derecho a la seguridad social, derecho a participar en la vida cultural, derecho a la salud física y mental.

3. La tercera generación de los Derechos Humanos comprenden principalmente el derecho a la paz, el derecho al desarrollo y el derecho al medio ambiente sano. El reconocimiento de estos derechos surge como consecuencia de los nuevos peligros que amenazan a la humanidad en nuestros días. Estos derechos pretenden proteger a toda la colectividad, pero se encuentran jurídicamente en un estado inicial ya que aún no existen instrumentos que los hagan jurídicamente exigibles.

1.2. Elementos para su concepto

Antes de definir lo que son los derechos humanos, es necesario discutir algunos elementos para un mejor entendimiento, tomando en cuenta que todas las sociedades reconocen que los seres humanos poseen derechos para poder llevar una vida digna y debe de ser obligaciones de cada guatemalteco velar que estos derechos sean respetados y garantizados por el Estado, así entonces el autor Eduardo Novoa Monreal, indica: "el derecho debe ajustarse al proyecto concreto de vida social que anima a cada sociedad en un momento histórico dado, por lo tanto, el jurista debe estar siempre alerta a la readaptación de las normas."¹

¹ Novoa Monreal, Eduardo, *El Derecho como obstáculo al cambio social*. Pág. 81.



El factor social principal para fomentar y proteger los derechos humanos se genera en la aceptación y negación de la misma población, quienes son los principales visores de todo tipo de violaciones, siendo un pilar esencial en la búsqueda del fortalecimiento en el respeto de los mismos, ante ello el autor Pacheco Máximo, indica que: “También se ha concebido el derecho como una herramienta que induzca a la transformación de la sociedad.”²

Los derechos recogidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos se consideran los derechos humanos básicos, que hacen realidad los principios de la “Carta Fundacional de la ONU”, que se compone de un preámbulo y 30 artículos que reconocen los derechos de carácter civil, político, económico y cultural, que propugna:

1. “Que la Libertad, la Justicia y la Paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la Dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la Familia Humana.
2. Que es esencial que los Derechos Humanos sean protegidos por un régimen de Derecho.
3. Que los pueblos se han declarado resueltos a promover el Progreso Social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto amplio de Libertad”.

² Pacheco, Máximo, **Teoría del derecho**. Pág. 536



Para abordar de manera específica los derechos humanos, es necesario y prudente tener en cuenta todas aquellas consideraciones de tipo teórico, que sirvan para comprender la trascendencia del cumplimiento o no de los derechos humanos para la población, siendo esas consideraciones el ámbito de la legislación nacional como internacional, por ello el autor Vasak, Karel, afirma que: “El concepto de Derechos Humanos entra en el marco del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional, el propósito de los cuales es defender por medios institucionalizados, los Derechos de los seres humanos contra los abusos de poder, cometidos por los Órganos del Estado, y al propio tiempo promover el establecimiento multidimensional del ser humano”.³

Todos los habitantes de Guatemala como seres humanos y personas que obviamente son, gozan y pueden ejercer todo tipo de derechos humanos, los cuales específicamente se pueden definir como un sistema articulado de normas de naturaleza jurídica, adoptados por el Estado en beneficio de la sociedad, así indica el autor Víctor García Toma, quien estima, que “constituye una tautología jurídica, ya que se trata de una denominación repetitiva en razón de que los derechos de por si son humanos ya que estos son los únicos titulares de derechos y deberes”⁴...

Debe de ser indiscutible que la eficacia de los derechos humanos, no sólo es una circunstancia básica para la vida en sociedad y la convivencia pacífica en la misma; sino que además, es una obligación del Estado y el incumplimiento de la misma una responsabilidad que hay que deducir y que se deben de cumplir por medio de todas las

3 Vasak, Karel, **Las Dimensiones Internacionales de los derechos humanos**. Pág. 37

4 García Toma, Víctor, **Los Derechos Fundamentales del Perú**. Pág. 27



instituciones que tengan relación con el tema ante ello el autor Francisco Carruitero Lecca, indica que los derechos humanos son: “Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan la existencia de la dignidad, la libertad y la igualdad Humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por Los Ordenamientos Jurídicos a nivel Nacional e Internacional”⁵:

La Integridad es un concepto complejo que se configura con tres elementos que son lo físico, psicológico y moral, ello está establecido a nivel interno por La Constitución Política de la República en el Artículo 3, el cual establece que: “El Estado garantiza y protege la integridad de la persona”, incluyendo en ello la seguridad de las personas, ante lo cual el autor Víctor García Toma, señala: “Los Derechos Fundamentales son definidos como aquella parte que los Derechos Humanos que se encuentra garantizados y tutelados expresa o implícitamente por el ordenamiento constitucional de un estado en particular. Su denominación responde al carácter básico o esencial que estos tienen dentro del Sistema Jurídico instituido por el cuerpo político.”⁶

“El concepto de Derechos Humanos entra en el marco del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional, el propósito de los cuales es defender por medios institucionalizados, los Derechos de los seres humanos contra los abusos de poder, cometidos por los Órganos del Estado, y al propio tiempo promover el establecimiento multidimensional del ser humano”.⁷

⁵ Carruitero Lecca, Francisco, **Manual de derechos humanos**. Pág. 17

⁶ García Toma, **Ídem**. Pág. 27.

⁷ Vasak, Karel, *ob. cit.* Pág. 37

Estos conceptos tampoco son completos como tampoco lo es el que da la ONU, que afirma que los Derechos Humanos son los derechos inherentes a nuestra naturaleza sin los cuales no podemos vivir como seres humanos; concepto que el constitucionalista Víctor García Toma estima, que “constituye una tautología jurídica, ya que se trata de una denominación repetitiva en razón de que los Derechos de por si son Humanos ya que estos son los únicos titulares de Derechos y Deberes”⁸

1.3. Caracteres

Casi paralela históricamente se ha ido acuñando el término de Derechos Fundamentales; denominación que lleva implícita la noción de dignidad humana e historia, porque considera que por un lado esta noción exige que la sociedad y el estado respeten la esfera de igualdad y desarrollo de la personalidad del hombre y, de otro lado porque a través de los tiempos se “descubre” y luego se “normativiza” aquellas facultades que le sirven para asegurar las condiciones de una existencia y coexistencia cabalmente humanas⁹. Mas puntualmente el citado autor afirma: “Que los Derechos Fundamentales son definidos como aquella parte que los Derechos Humanos que se encuentra garantizados y tutelados expresa o implícitamente por el ordenamiento constitucional de un estado en particular. Su denominación responde al carácter básico

⁸ García Toma, Víctor; *Los derechos fundamentales del Perú*. Pág. 27

⁹ *Ibíd.* Pág. 26

o esencial que estos tienen dentro del Sistema Jurídico instituido por el cuerpo político.”¹⁰

Por su parte: “Son Derechos Fundamentales aquellos que se reconocen como inmanentes a la persona dentro de la Sociedad Democrática por lo que no pueden ser suprimidos ni modificados, sin que la sociedad pierda su naturaleza y el hombre pierda las cualidad que le son propias dentro de esa sociedad; precisa así mismo que si Los Derechos Humanos son fundamentales, es porque cualquier norma jurídica, cualquier decisión jurisdiccional o administrativa o, en general el comportamiento de cualquier persona sea o no autoridad o servidor público, encuentra en ellos sus límites.”¹¹

Al respecto, aunque algunos conceptúan que son derechos fundamentales sólo aquellos derechos humanos positivizados y reconocidos por las leyes fundamentales o constituciones, en la práctica y al entender de un buen sector de la doctrina, hay cada vez más, una identificación entre unos y otros.

Dentro de las características, son muchas, entre ellas destacan:

1. Tiene carácter universal (la dignidad no es patrimonio de un solo grupo humano).
2. Son imprescriptibles – La dignidad no tiene plazos.
3. Son Inalienables – La dignidad no puede ser vendida, ni cedida.
4. Son interdependientes y complementarios – La Dignidad Humana no es divisible, sino absoluta.

¹⁰ **Ibíd.** Pág. 27.

¹¹ Chocano Nuñez, Percy. Derecho probatorio y derechos humanos, Pág. 575



5. Son inviolables y tienen vigencia más allá de la norma positiva (La dignidad no puede ser mediatizada por el Estado amparado en su seguridad)

Estas son características acordadas en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena. (14 al 25 de Junio de 1993)

1.4. Base Jurídica

Los Derechos recogidos por la Declaración Universal de los derechos humanos, se consideran los derechos humanos básicos, que hacen realidad los principios de la Carta Fundacional de la ONU, que propugna:

1. Que la Libertad, la Justicia y la Paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la Dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la Familia Humana.
2. Que es esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho.
3. Que los pueblos se han declarado resueltos a promover el Progreso Social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto amplio de Libertad.



Sin embargo para entender el contexto actual de los DDHH, esto no es suficiente, por lo que debe examinarse, su contenido, fundamento, definición y características.

La determinación de su contenido, no es un desafío sencillo, si bien existe consenso en la Sociedad contemporánea para reconocer la existencia de un grupo de derechos que todo ser humano posee y cuyo ejercicio se encuentra en contraposición a los poderes del Estado. no se precisa muy bien, cual es su contenido, y cuál es su definición; pues si bien son Derechos Universales e invariables, derechos propios de todos los seres humanos, independientemente de las circunstancias de tiempo y lugar, toda vez que no dependen de las leyes o costumbres de cada pueblo ; y no son derechos que se “otorgan” por ley; sino que éstas deben identificarse con los primeros y, son o deben ser el fundamento del orden jurídico; se encuentran dificultades cuando el ciudadano común y corriente se pregunta cómo podemos saber cuáles con esos Derechos, sino están recogidos en las leyes o costumbres.

Para una solución acertada hay que apelar al Fundamento de los Derechos Humanos, en cuyo campo muchas escuelas jurídicas han tratado de dar respuesta; la que muchas veces no es satisfactoria.

Así desde las concepciones lus Naturalistas, para las que los derechos humanos son Derechos Naturales, derechos que el ser humano tiene sólo por su propia naturaleza y dignidad, pasando por la Escuela del Positivismo Jurídico, para la que los Derechos



humanos, son derechos positivos; es decir, que están recogidos en las leyes; escuela que precisa a la vez que:

1. Derechos humanos son aquellos que se acuerda que lo son.
2. Los derechos humanos, no se reconocen sino que se otorgan.
3. Los seres humanos no tiene más derechos que aquellos que se les conceden; y
4. Son determinados en cierto momento histórico y quedan plasmados en las leyes.

Pero ésta última concepción arrastra una dificultad insalvable, a saber; si los Derechos Humanos, no existen hasta que no están reconocidos en las leyes. Qué justifica su reivindicación como criterio de justicia, allí donde las leyes no lo respetan. Si no hay algo anterior y superior a la ley;

Cómo podemos decir que hay leyes injustas; interrogantes que el positivismo jurídico no ha podido contestar. Existen otras escuelas jurídicas, que tampoco responden a cabalidad; por ello debe analizarse el fundamento de los Derechos Humanos.

1.5. Fundamentos constitucionales

Todo lo referente a los derechos humanos los estipula nuestra carta magna dentro de los Artículos 1 al 137, divididos de la siguiente manera:

1. Derechos Individuales: del 3 al 46.
2. Derechos sociales: del 47 al 134.



3. Deberes y derechos cívicos y políticos: del 135 al 137.

La Constitución Política de la República de Guatemala, como la ley superior establece dentro de la división anterior una serie de beneficios en protección a los derechos humanos de los ciudadanos, enfocado principalmente en que los mismos deben de ser promovidos en la defensa y legalizados a manera que coadyuven al respeto de los mismos.

La misma establece los derechos individuales, los derechos económicos sociales y culturales y los derechos específicos. Los primeros ya en día se conocen además como derechos civiles y políticos, tal como lo establece el manual de procedimientos del Procurador de los Derechos Humanos.

1.6. Derechos de los menores

En nuestro orden jurídico existen disposiciones encaminadas a la protección de los derechos y libertades fundamentales de los niños, en la Constitución Política de la República de Guatemala en donde se establece en el Artículo 1 que el Estado de Guatemala se organiza con el objeto de proteger a la persona y la familia, fijando como su fin supremo, la realización del bien común de los habitantes de la república sin distinción alguna; asimismo, en su Artículo 2, establece como deber del Estado, el garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.



Es importante señalar que la Convención de los Derechos del Niño, establece en su Artículo 19 que es obligación del Estado parte proteger a los niños de todas las formas de violencia y maltrato, que hayan hecho padres, madres o cualquier otra persona dedicado a su cuidado.

En virtud de este concepto se puede afirmar que existe una doble protección para el menor; la primera tiene por objeto procurar y brindar al menor una protección integral, desde su concepción hasta que alcanza su mayoría de edad, pues tendrá como meta lograr su plena capacidad de obrar, para integrarse a la vida e interactuar socialmente. Dicha protección le permitirá alcanzar su perfeccionamiento espiritual y el progreso de su situación material.

La otra forma de protección es la que se proporciona al niño debido a su condición de inmadurez, ya que no ha alcanzado su pleno desarrollo biológico, psíquico y tampoco social, lo que jurídicamente lo coloca en un estado de incapacidad, haciéndose necesaria la existencia de normas dirigidas a ellos, y que éstas se encaminen a los objetivos de tutelar y orientar sus disposiciones hacia la protección de la integridad física, psicológica y material de los mismos; esto es, hacia una cultura de respeto de los derechos del niño. De tal forma que en virtud de dicho carácter protector y de la condición de desventaja del menor, la norma, su interpretación y su aplicación deberán atender a lo que sea más favorable o beneficioso para el niño.

El problema del abuso contra los niños y niñas, y de su explotación, en particular la sexual, es un problema universal alarmante que necesita de medidas continuas de

prevención y protección efectiva a escala local, nacional e internacional. El abuso y maltrato infantil es un problema que compete a todos los países del mundo. Sin embargo, este problema está presente tanto en países del primer mundo, como aquellos en vías de desarrollo. “En Estados Unidos por ejemplo, según datos recogidos de 50 Estados en un solo año, 1,077 niños y niñas murieron a causa de abuso o negligencia, de éstos un 77% tenía tres años o menos de edad, cifras realmente alarmantes si tomamos en cuenta la edad de los infantes.”¹²

En América Latina no menos de 6 millones de niños, niñas y adolescentes son objeto de agresiones severas y 80 mil mueren cada año por la violencia que se presenta al interior de la familia esto de conformidad con el informe anual que presenta el Fondo de las Naciones Unidas para la infancia.

Guatemala al haber ratificado la Convención Americana de Derechos del Niño en 1990 asumió una serie de obligaciones de carácter internacional. Entre ellas la de readecuar su legislación a la doctrina de protección integral del individuo, que proclama la necesidad de educar a la niñez en espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad. El Estado como parte, tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias que garanticen el bienestar de la infancia. No obstante, estas medidas no han sido las suficientes para reducir el número de niños y niñas víctimas de maltrato, porque el trabajo no solamente queda en la adopción de medidas y en la creación de legislación, sino abarca también, la creación de organismos encargados de velar por el cumplimiento de la misma y de perseguir y realizar las investigaciones necesarias para

¹² Ajuriaguerra, José. **Manual de psiquiatría infantil**, pág. 87



identificar a los infractores y castigar el maltrato del que son sujetos tantos niñas y niños indefensos.

Adoptar estas medidas significaría reducir los niveles de abuso infantil, así como evitar las posibilidades de delincuencia pues los diferentes estudios realizados muestran que un niño abusado o maltratado tiene más probabilidades de ser arrestado en su adolescencia y aún más en su edad adulta de cometer un crimen violento, por haber crecido en una cultura de violencia, por lo que no repararía en resolver sus conflictos de una manera igual, o peor que la ejercida en su infancia contra él.

El derecho de menores se puede definir como el conjunto de doctrinas, principios, convenios internacionales, y normas jurídicas que son el instrumento de integración familiar y promoción social, que persiguen lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos de la niñez y la juventud

Se considera niño o niña, de conformidad con la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en su Artículo 2, “a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad y adolescente a toda aquella desde los trece años de edad hasta que cumple dieciocho años de edad”.

Dentro de las características del derecho de menores se establece que tiene por objeto, ante la desigualdad de condiciones de los niños frente a los adultos, más concretamente frente a sus padres y demás familia y a la violencia que éstos por una u



otra razón, o sin ésta; puedan ejercer sobre los niños, por lo tanto, presenta un marco jurídico que protege integralmente a la persona del niño y del adolescente en sí. El Estado se compromete a través de esta legislación, a velar por el estricto cumplimiento de ésta legislación, prohibiendo todo tipo de maltrato físico y mental que los niños y adolescentes puedan sufrir, con el objeto de romper el círculo vicioso de violencia, de la cual seguramente vienen sus padres, y las personas que ejercen algún tipo de maltrato infantil.

El derecho de la niñez y la adolescencia es un derecho tutelar de los niños, niñas y adolescentes, otorgándoles una protección jurídica preferente. “El Estado deberá velar porque los niños, niñas y adolescentes reciban entre otros: a. Protección y socorro especial en caso de desastres; b. Atención especializada en los servicios públicos o de naturaleza pública; c. Formulación y ejecución de políticas públicas específicas; d. Asignación específica de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección a la niñez y juventud adolescente.”

El derecho de menores, se encuentra regulado tanto en convenios internacionales como en la legislación nacional, y provee de una serie de normas jurídicas encaminadas a promover y adoptar medidas necesarias para proteger a la familia, jurídica y socialmente, así como garantizarle a los padres y tutores el cumplimiento de sus obligaciones en lo relativo a la vida, libertad, seguridad, paz, integridad personal, salud, alimentación, educación, cultura, deporte, recreación, y convivencia familiar y comunitaria de todos los niños, niñas y adolescentes.



El derecho de menores es un tema que preocupa mucho en la actualidad, por la cantidad de denuncias que diariamente se realizan, de niños y niñas maltratados por sus propios familiares, o por personas cercanas a ellos, desde maltratos psicológicos, hasta abuso sexual, y es un problema que aqueja a la población mundial, porque este maltrato que sufren los niños dentro de su propias hogar, provoca que los niños crezcan en un ambiente de violencia, y consecuentemente buscan en la calle, esa atención y apoyo que no encuentran en casa.

1.7. Legislación general y específica a favor de la niñez

Respecto a las normas de carácter general y específico en beneficio de la niñez víctima de algún tipo de violencia debe de tomarse en consideración las siguientes:

1. Constitución Política de la República de Guatemala

De suma importancia es para el entendimiento de los derechos de los menores la definición siguiente: Derecho constitucional: "Rama del derecho público que tiene por objeto la organización del Estado y sus poderes, la declaración de derechos y deberes individuales y colectivos y las instituciones que los garantizan."¹³

¹³ Manuel Ossorio. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 107



Es de dominio público, que la Constitución Política de la República de Guatemala es de observancia general y jerárquicamente superior a las normas ordinarias. La Constitución representa la consumación ideal del Estado y el máximo instrumento jurídico, adoptando una posición preeminente. Ahora bien, como quedó demostrado en el capítulo uno de esta investigación, la materia de estudio deviene de la Declaración Universal de Derechos humanos, Declaración de Derechos del Niño, y la Convención sobre Derechos del Niño; esta última se encuentra vigente en el Estado guatemalteco desde 1990. En ese orden de ideas, siendo la Convención citada un instrumento de derechos humanos, por disposición de la misma Constitución Política de la República, Artículo 46, los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos tienen preeminencia sobre la misma Constitución. En ningún caso puede confundirse la preeminencia del derecho internacional en materia de derechos humanos, como una facultad de actuar del juez de la niñez y adolescencia, superior a la Constitución Política de la República de Guatemala.

En materia procesal, el análisis es más sencillo, se parte de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que da origen a los juzgados de la niñez y la adolescencia y específicamente el Artículo 99, en el cual en su parte conducente establece: "Organización... tendrá la naturaleza y categoría de los Juzgados de Primera Instancia" en tal virtud, para efectos adjetivos, se encuentra supeditado jerárquicamente a las leyes constitucionales y el actuar del juez de la materia de estudio, debe ser cuidadoso por respetar las normas constitucionales relativas al debido proceso.



En la Constitución Política de la República de Guatemala se establecen como fines y deberes del Estado algunos de suma importancia para la niñez siendo estos los siguientes:

Según el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.

El Artículo 2 de la Constitución Política de la República establece: “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.”

Por su parte el Artículo 3 preceptúa: “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y seguridad de la persona.”

El Artículo 4 de la Constitución Política de la República regula: “Todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad.”

Al respecto el Artículo 44 establece: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.”



Según el Artículo 46: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”

El Artículo 47 de la Constitución Política de la República al efecto establece: “El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.”

En el Artículo se encuentra establecido que: “El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos; les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social.”

Según el Artículo 102. Literal “I”. “Los menores de catorce años no podrán ser ocupados en ninguna clase de trabajo, salvo las excepciones establecidas en la ley. Es prohibido ocupar a menores en trabajos incompatibles con su capacidad física que pongan en peligro su formación moral. Asimismo, el Estado está en la obligación de prevenir razonablemente la comisión de hechos delictivos dentro de su territorio, así como de investigar los hechos, sancionar a los responsables y otorgar a la víctima una adecuada reparación.”

Considero importante mencionar que lo establecido en la Constitución Política de la República pone de manifiesto la importancia de la protección de los derechos humanos



y reconoce también la existencia de derechos que aunque no estén reconocidos por la constitución son inherentes a la persona humana y establece que cualquier norma contraria a estos será nula.

2. El Código Civil

En el Artículo 1 del Código Civil, la legislación guatemalteca adopta la teoría ecléctica de la personalidad, o sea que reconoce los derechos del niño desde su concepción, siempre que nazca en condiciones de viabilidad. A su vez, los derechos de la niñez se inclinan por la teoría de la concepción.

El Artículo 9 del Código Civil regula que: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la protección, cuidado y asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, social y espiritual. Estos derechos se reconocen desde la concepción. Como podemos ver, en dos leyes ordinarias vigentes, se legisla sobre el mismo tema, con dos posturas diferentes. Sin embargo es importante destacar que la postura asumida por la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia es acertada ya que se encuentra acorde a lo establecido en el Artículo tres de la Constitución Política de la República que en su parte conducente establece: “El estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción.”

El Artículo 4 del Código Civil se pronuncia con respecto al nombre como forma para identificar a la persona. En el penúltimo párrafo preceptúa: Artículo 4 “Los hijos de padres desconocidos serán inscritos con el nombre que les dé la persona o institución



que los inscriba”. Por otra parte, el derecho de la niñez insiste en la importancia del nombre como parte del derecho a la identidad y faculta al juez de la niñez para que inscriba al niño en el registro correspondiente; este efecto es definitivo siempre que no sea adoptado por alguna persona.

En este tema se observa que ambas normas pueden ser complementarias en cuanto a los sustantivo, sin embargo, la contradicción surge en sentido procesal. Porque si el juez de la niñez invocando el derecho a la identidad, inscribe al niño o niña en el registro correspondiente cuando ya ha cumplido cinco años, estaría obviando el proceso voluntario de inscripción extemporánea que se encuentra vigente en el Código Procesal Civil y Mercantil. En este caso atendiendo al principio de interés superior del niño protegido el juez de la niñez y adolescencia es competente para realizar este acto, pero, debe prestarse atención a que los procesos de jurisdicción voluntaria dejan de ser positivos.

Es necesario retomar las ideas del subtítulo anterior, porque el juicio de la niñez es cautelar, pero no necesariamente depende de un juicio posterior para su subsistencia, por lo que en muchas ocasiones se ha observado resolución judiciales de la niñez y adolescencia que ordenan la inscripción extemporánea del nacimiento y en este caso se actúa en atención al interés superior del niño protegido, evitando que deba afrontar otro proceso judicial y retardos burocráticos.



3. Código Penal

Para empezar, debe hacerse una vez más la distinción entre derechos de protección de la niñez y derechos de adolescentes en conflicto con la ley penal, en el presente trabajo de investigación, es vital comprender que una materia no tiene necesariamente relación con la otra, ya que la primera pretende proteger a la niñez víctima y la segunda la resocialización de adolescentes que realizan conductas delictivas, pero que por su edad y condición de inimputables, no pueden ser penados como adultos.

Ambos derechos están regulados en el mismo cuerpo legal porque ambos aspiran a la protección integral de la niñez y la adolescencia, pero son especies diferentes en el sistema de justicia. La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia está dividida en tres partes: Disposiciones generales: del Artículo 1 al 74, medidas de protección para la niñez y adolescencia, amenazada o violada en sus derechos humanos: del Artículo 75 al 131, adolescentes en conflicto con la ley penal: del Artículo 132 al 263.

Para hacer un acercamiento al derecho penal se propone la definición siguiente:

“Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado estableciendo el concepto de delito como



presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.”¹⁴

La materia penal persigue la conducta del sujeto activo, aquel cuyos actos, acciones u omisiones encuadran en un hecho punible, típico y antijurídico; no así los derechos tutelares de la niñez y la adolescencia que se centra en la víctima, ubicándolo como prioridad en el proceso y encaminando la acción estatal y sus recursos a su reivindicación; principalmente la restitución de sus derechos violados. En materia tutelar de la niñez y la adolescencia el victimario o agresor pasa a segundo grado de importancia, el Juez competente en materia tutelar, no lo es en materia penal, por lo que se limita a certificar lo conducente al Ministerio Público o juzgado penal, para que en esta instancia se promueva la persecución penal.

Es posible afirmar que la relación entre estas materias es complementaria, ya que una vez restituidos los derechos humanos violados al niño, niña o adolescente, se repara el agravio con la aplicación de una pena al victimario; que debe ser acorde al daño causado. Si únicamente se ofrece ayuda a la víctima y el agresor es protegido por la impunidad, el mensaje que se proyecta a la población en general, y a la víctima en particular, es que el que actúa como agresor puede continuar haciéndolo según su voluntad y en el caso de niñez, se está fomentando generaciones de niños víctimas que reproducirán el ciclo de la violencia.

¹⁴ Jiménez, Asúa. **Diccionario de derecho elemental**. Pág. 326



En el caso de los niños o niñas menores de doce años, no tienen ninguna relación con el derecho penal ya que además de ser inimputables se considera que no tienen ninguna responsabilidad por los actos o hechos que realizan, aunque riñan con el ordenamiento penal vigente.

A partir de los 13 años la ley clasifica a los jóvenes como adolescentes y en ese caso, aunque siguen siendo inimputables, si tienen un nivel de responsabilidad por sus decisiones y es responsabilidad del Estado tomar medidas que permitan orientar la actitud del adolescente para crear de él, una persona satisfecha, realizada y que aporte a la sociedad una actitud constructiva.

4. Convención sobre los Derechos del Niño

Después de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, realizada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989, el enfoque sobre la niñez y la adolescencia adquirió una importancia y vitalidad que nunca antes había alcanzado, aún cuando los temas relacionados con la sobrevivencia de la niñez y de la adolescencia venían siendo punto importante de la agenda mundial.

La razón por la cual este tema adquirió tal significación fue que la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoció a este grupo social como un sujeto de derecho integrante de una comunidad jurídica.



La noción de niñez, como ha señalado Francisco Pilotti: “es una construcción histórico estructural que surgió a partir de la modernidad, particularmente gracias al proceso de individualización y a la construcción del Estado, pero fue desarrollada más bien desde sus aspectos funcionales: necesidades biológicas y cognitivas, más que desde el reconocimiento de su especificidad sociopolítica. Desde el punto vista científico-racional, no es casualidad que haya sido construida principalmente por la medicina, la educación y la psicología, quienes centraron su preocupación en los aspectos objetivos de la niñez.”¹⁵

Con respecto a la protección integral Tejeiro López ha dicho que " se encuentra en la búsqueda de la proyección general del niño y el adolescente como entes éticos, el desarrollo de su misma personalidad en términos de sus potencialidades.”¹⁶

La definición de este autor está dirigida, sin duda, al objeto final de la protección como acción dirigida a un grupo social determinado. Interesaría además, formular una definición de protección integral a niños y adolescentes que incluya las funciones y acciones intrínsecas de su ser socio-jurídico. A partir de la expansión de la democracia como forma política viable, se instala la discusión acerca de la necesidad de incluir a los niños en el legado moderno de persona.

Esta nueva visión de la infancia es un paso importante en la humanidad. La mayoría de Estados la aprobó aún cuando es muy difícil hacerla positiva. La nueva doctrina plantea

¹⁵ Pilotti, Francisco. **Globalización y convención sobre los derechos del niño.** Pág. 9

¹⁶ López, Tejeiro. **Teoría general de la niñez y adolescencia.** Pág. 65



la necesidad de reconocer al niño como sujeto de derechos, cuya etapa vital necesita protección y atención especiales, además del respeto de todas las garantías de las que goza cualquier ciudadano. Insta a atender el interés superior como categoría indispensable, en toda decisión acerca de los niños, para lo que se debe contar con su participación. Los niños y niñas que se encuentran en situación de vulnerabilidad social deben ser debidamente atendidos y protegidos por el estado, para lograr su desarrollo eficaz. “Del menor como objeto de compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos, es la expresión que mejor podría sintetizar sus transformaciones. La Convención constituye un instrumento jurídico para el conjunto del universo de la infancia.”¹⁷

Dentro del nuevo enfoque humanista, el niño es un portador y titular de derechos que deben ser reconocidos, en cualquier situación y sobre todo cuando ingresa en el sistema de justicia. En éste se incorporan todas las garantías procesales y el debido proceso a través de una justicia específica para aquellos adolescentes que infringen la ley penal.

La doctrina de la protección integral pretende materializarse en todos los niños, niñas y adolescentes, sin ninguna distinción entre los que gozan de mejor posición social y quienes viven condiciones de marginación, a quienes ahora reconoce como sujetos de derechos y pueden participar y ser oídos en todas las decisiones que los involucren. El niño se transforma en un nuevo ser social, que es reconocido como un igual y a la vez

¹⁷ García Mendez, Emilio. **Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación integral a la protección integral.** Pág. 7

más protegido por la etapa vital que atraviesa. Cuando las circunstancias afecten sus derechos debe recibir atención especial, respetando su procedencia, su familia, su comunidad y necesidades, sin que opere ninguna acción estatal que conculque sus derechos en nombre de la protección o interés superior. Esta es la visión de integralidad que permite que un ser humano se desarrolle plenamente, procurando que sus necesidades individuales, materiales, afectivas o espirituales sean satisfechas.

La función del Estado dentro la doctrina de protección integral, tiene como finalidad reparar los derechos conculcados del niño para que continúe en su pleno goce. Conmina al Estado para que conserve una mirada humanista especialmente desde el punto de vista de los derechos humanos, teniendo en cuenta el respeto a la dignidad de los niños, niñas y adolescentes. El concepto dignidad tiene una especial trascendencia cuando se afrontan casos concretos y debe siempre tenerse presente como parte de la doctrina de la protección integral; es un concepto que tiene lugar en el siglo XX, traduciéndose en norma a través del derecho internacional. La Iglesia Católica aportó una definición de dignidad; refiriéndose a ella como una condición intrínseca a la cualidad humana, independientemente de la conducta del sujeto; la cual fue acogida por grandes grupos de miembros de esa religión que se dedican a la asistencia de niños y niñas en situación de riesgo.

La dignidad es un atributo de los seres humanos, por lo que fue necesario construirla como objeto de un derecho específico que la proteja, que la reconozca, que la considere y no la viole. Al respecto el autor Héctor Gross Espiell al realizar una

definición de este concepto indica que “la dignidad humana es objeto y base de una concepción común de derechos humanos.

Es un concepto entrañablemente unido a ellos y en consecuencia, inseparable de su naturaleza, declaración, promoción, respeto y protección, pero no es lo mismo. La dignidad humana implica un reconocimiento de que todos los seres humanos, iguales entre sí, de igual dignidad ontológicamente hablando y que ésta se integra con todos los derechos humanos, los civiles, los políticos, los económicos y sociales.”¹⁸

Por último, se concluye, que la doctrina de la protección integral es un presente en construcción y representa el futuro al que pretendemos acceder, si se trabaja firmemente en su desarrollo.

5. Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia

La corriente naturalista de derechos humanos los define como: “derechos que ostenta la persona como reflejo subjetivo de un orden normativo natura”¹⁹ es decir que son derechos intrínsecos a la condición de humano. En la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia encontramos en el Artículo 8 un intento de los legisladores por seguir la tendencia naturalista. Artículo 8 “Los derechos y garantías que otorga la presente ley, no excluye otros, que aunque no figuren expresamente en él, son inherentes a los niños, niñas y adolescentes”.

¹⁸ Gross Epiell, Héctor. **La dignidad humana en los instrumentos de derechos humanos**. Pág. 34

¹⁹ Galeano, Antonio. **Derecho natural, introducción filosófica al derecho**. Pág. 133



Sin embargo, en oposición a esta norma encontramos el Artículo 109 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que regula. “Las medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes serán aplicables, siempre que los derechos reconocidos en esta ley sean amenazados o violados”. Es decir que el juez de la niñez y la adolescencia no es competente para conocer un caso por violación o amenaza a un derecho humano, si no existe una norma previamente establecida; lo que se sustenta en la corriente positivista.

La Declaración de Derechos del Niño, Convención sobre Derechos del Niño y Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, constituyen el marco jurídico de la materia. Estos instrumentos fueron creados para la protección de los valores fundamentales como la vida, la dignidad, la integridad, la libertad de pensamiento y opinión, etc. En la Ley de Protección Integral, podemos encontrar una serie de referencias a los derechos humanos que relacionan estas dos materias.

En el Artículo uno, objeto de la ley, encontramos referencia a los derechos humanos. “La presente ley es un instrumento jurídico de integración familiar... que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez... dentro de un marco de irrestricto respeto a los derechos humanos”.

El título dos del libro uno está intitulado derechos humanos, en él se hace la enumeración de derechos fundamentales (vida, integridad, familia, etc.) que son protegidos por la ley.



En el Artículo 103, inciso a), se hace relación a la actuación del juez de paz, en la protección de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia; como la primera de sus atribuciones el cual establece que “Son atribuciones de los Jueces de Paz en materia de los derechos de la niñez y la adolescencia. a) Conocer y resolver las solicitudes de medidas cautelares que sean necesarias para el cese de la amenaza o violación de un derecho humano de la niñez y adolescencia.”

El capítulo dos del libro tercero de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia se titula "Medidas de Protección para la, niñez y la adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos" en este capítulo se detallan las medidas que, entre otras, puede ordenar el juez competente.

La sección III del libro tercero de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia se titula "derechos y garantías fundamentales en el proceso de la niñez y la adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos".

Sección cuatro, libro tercero: “Inicio del proceso de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos”. Siguiendo este orden de ideas, se entiende que a pesar que la ley no define la naturaleza jurídica de los derechos de la niñez de manera expresa, si lo hace paulatinamente en el desarrollo de su contenido. El hecho que constantemente se repita el concepto derechos humanos demuestra la estrecha relación que persiste entre este derecho y los derechos de la niñez y la adolescencia. Lo anterior se concatena con el objeto del proceso que es la restitución de los derechos



humanos a un niño, niña o adolescente que ha sido vulnerado en ellos o se encuentra amenazado de un perjuicio inminente.

6. Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia

Esta Ley entra en vigencia 19 de julio de 2003, y constituye el avance más significativo en relación a la justicia que involucra a la niñez y la adolescencia, puesto que a partir de la vigencia de la misma, dejó de considerarse a este grupo poblacional, como un objeto del derecho, para pasar a ser un sujeto de derechos y se reguló el interés superior de la niñez en el Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

Después del fracaso del Código de la Niñez y la Juventud, la comunidad internacional continuó presionando al gobierno guatemalteco para que demostrara voluntad de cambio en sus instituciones, que permitiera aplicar las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, vigente en el país desde mayo de 1990. En tal virtud, en el mes de junio del año 2003 el Congreso de la República de Guatemala aprobó el Decreto 27-2003, el cual está vigente hasta hoy.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia es un cuerpo legal dividido en dos partes; la primera dedicada a la protección a los derechos de la niñez y la adolescencia conocida como derechos tutelares de la niñez y la adolescencia y la segunda al proceso de enjuiciamiento de los adolescentes en conflicto con la ley penal. Para esta investigación se estudia únicamente la primera parte para ser congruentes con la delimitación del tema. La parte dedicada a la protección de los derechos

humanos conculcados o amenazados a niños, niñas o adolescentes está contemplada del Artículo 1 al 131 y puede ser dividida para su estudio en tres partes:

i) Derechos sustantivos: Enumeración de principios y normas abstractas contenidas del Artículo 1 al 79.

ii) Disposiciones organizativas: Que establecen las políticas e instituciones gubernamentales que velaran por la protección de los derechos de la niñez y adolescencia de la república, del Artículo 80 al 108.

iii) Derechos Adjetivos: Los que regulan las normas procesales que se aplican en la protección y restitución de los derechos de la niñez y la adolescencia, contenidos en los Artículos 109 al 131.

En la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, encontramos nuevamente los principios contenidos en la Declaración de Derechos del Niño y posteriormente regidos en la Convención de esta materia. Al ser transportado a la legislación guatemalteca, estos principios adquirieron caracteres particulares a nuestro país y sobre todo la obligación de coincidir con la visión de país que se consagra en la Constitución Política de la República. La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia es la culminación de un proceso legislativo que inició con un decálogo de principios concebidos en la Declaración de Derechos del Niño, pasando por la Convención Sobre Derechos del niño para concluir en una ley de carácter ordinario en nuestro país; sin embargo, lo más destacable de ésta, es la creación de las



instituciones públicas encargadas de realizar lo estipulado y especialmente los juzgados de la niñez y la adolescencia; y la creación de un proceso preestablecido para la aplicación de las normas y garantías mínimas que deben observar los juzgadores.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia fue definida como: “un instrumento de integración familiar y promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos.”²⁰

7. Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar

Esta ley contiene una serie de medidas preventivas o restitutivas, que tienen por objeto cumplir con lo que su nombre enuncia. Además de las facultades que otorga al juez de familia, contiene atribuciones y obligaciones que deben observar las instituciones del Estado, que por el ejercicio de sus funciones, deben coadyuvar al combate de la violencia intrafamiliar.

²⁰ Ecpat Internacional. **Fortalecimiento de la protección de niñas, niños y adolescentes ante la explotación sexual comercial en Centroamérica.** Pág. 52

CAPÍTULO II

2. Delincuencia informática

El aspecto principal de la informática, radica en que “la información se ha convertido en un valor económico de primera magnitud. Desde la antigüedad el hombre ha tratado de encontrar medios para guardar información relevante, para poderla usar posteriormente, desde la era pre-Gutenberg, que se caracterizaba por la transmisión de las informaciones de forma manual o personal, por medio de los individuos que generaban la misma, pasando por la era de la impresión, la era eléctrica-analógica, hasta la era digital que brinda la posibilidad de transmitir la información, a bajo costo, con facilidad y en forma rápida, la cual se encuentra almacenada electrónicamente, de forma bidireccional e interactiva desde cualquier parte del mundo a cualquier destino, recurriendo a una variedad de tecnologías; se puede observar la evolución de la información y el valor que ésta tiene.”²¹

Como señala Camacho Losa, “En todas las facetas de la actividad humana existen el engaño, las manipulaciones, la codicia, el ansia de venganza, el fraude, en definitiva, el delito. Desgraciadamente es algo consustancial al ser humano y así se puede constatar a lo largo de la historia.”²²

²¹ Magliona Markovitch Claudio Paúl, López Medel Macarena, **Delincuencia y Fraude Informático**, Pág.43

²² Camacho Losa Luis, **El delito informático**, Pág. 12



Al parecer todos los estudiosos de la materia están de acuerdo, en pensar que el surgimiento de este tipo de crímenes está íntimamente ligado al desarrollo de la tecnología informática. Las computadoras se han utilizado para muchas clases de crímenes, incluyendo fraude, robo, espionaje, sabotaje y hasta asesinato. Para los autores chilenos Marcelo Huerta y Claudio Líbano “este fenómeno ha obligado al surgimiento de medidas legislativo penales en los estados industriales donde hay conciencia de que en los últimos años, ha estado presente el fenómeno delictivo informático.”²³

En Guatemala, el movimiento de la criminalidad informática o de los llamados delitos informáticos, no han alcanzado todavía una importancia mayor, no porque no se hayan cometido estos delitos, sino porque no se conoce en el entorno mucho sobre esta clase de delitos a pesar del efecto de globalización se está viviendo, y la razón de que esta nueva forma de lesión a bienes jurídicos tutelados no sea tomada en cuenta, es porque se ha perdido por parte de la legislación penal nacional la conexión entre ésta y la realidad social actual.

La razón principal es que la informática ha invadido todas las áreas de la sociedad y por ende los avances tecnológicos son de tal magnitud que vienen a influir en todas las ramas del derecho no sólo es en el derecho penal, por ejemplo en el derecho mercantil debido a la proliferación de contratos mercantiles con la aparición del comercio electrónico, en el derecho tributario con la incorporación de paraísos fiscales que se

²³ Huerta Marcelo y Líbano Claudio, **Delitos informáticos**, Pág. 4.



podrían considerar virtuales, tal es el ejemplo de los casinos virtuales; también se encuentra en el derecho civil con los continuos ataques a la propiedad intelectual.

En los últimos casos sobre la piratería musical ponen de relieve la ineficacia de normas que caducan porque las mismas deben ser modificadas o sustituidas por otras más acordes al mundo en el que ahora se vive; el derecho financiero, con la aparición del ciberdinero rápidamente ahogado por los sistemas financieros tradicionales, pero que al final triunfará dado que es uno de los pocos sistemas que puede garantizar el comercio electrónico anónimo como lo es en realidad la mayor parte del que se realiza en la vida real; el derecho constitucional con los continuos ataques a uno de los derechos fundamentales, la intimidad de las personas, en las múltiples transmisiones transnacionales; el derecho internacional, atacado en su conjunto dadas las colisiones de derechos nacionales que se producen y las consecuencias que para el principio de territorialidad ello trae consigo; el derecho procesal, ya que gran parte de las pruebas que aparecen, por ejemplo, por internet son distintas a las conocidas hasta ahora por lo que se debe de acoger estas tecnologías al derecho procesal, y así podría numerar en las demás ramas del derecho, pero lo que interesa para el presente estudio es lo que ha afectado al derecho penal en cuanto a la aparición de nuevas formas de delincuencia a través de la red o bien de las tecnologías de la información y comunicaciones, -TIC-, como lo sería el terrorismo practicado en la red, crimen organizado, pornografía infantil en internet, etc., con el problema que trae consigo legislar sobre esta materias en países con culturas e ideas religiosas distintas.

2.1. Demarcación de la criminalidad informática

El primer problema encontrado es la delimitación de un área al que se denomine criminalidad informática. Existe una confusión de términos y conceptos el cual está presente en todos los campos de la informática, especialmente en lo que tiene relación con sus aspectos criminales, es por eso que es necesario aclarar el confuso debate doctrinario en relación del contenido real de los delitos informáticos. Desde este punto de vista, se debe imperar la claridad absoluta con respecto a las materias, acciones y omisiones sobre las que deben recaer las sanciones que establezca el estado. Una de las características de los delitos informáticos, radica en que la acción u omisión ilícita se puede cometer en una región de un país y tenga los efectos en otra región de ese país e incluso y más importante aún en otro país, esto debido a las conexiones que se pueden realizar a través de una red y principalmente de la internet, que tiene alcances espaciales ilimitados. Esto hace que los delitos se tengan que ver desde una perspectiva internacional.

El profesor español Romeo Casabona señala que "En la literatura en lengua española se ha ido imponiendo la expresión de delito informático, que tiene la ventaja de su plasticidad, al relacionarlo directamente con la tecnología sobre o a través de la que actúa. Sin embargo no se puede hablar de un delito informático, sino de una pluralidad de ellos, en los que encontramos como única nota común su vinculación de alguna manera con las computadoras, pero ni el bien jurídico protegido agredido es siempre de la misma naturaleza ni la forma de comisión del hecho delictivo o merecedor de serlo, presenta siempre características semejantes, la computadora es en ocasiones el medio



o el instrumento de la comisión del hecho, pero en otras es el objeto de la agresión en sus diversos componentes (el hardware, el software, los datos almacenados). Por eso es preferible hablar de delincuencia informática o delincuencia vinculada al computador o a las tecnologías de la información.”²⁴

De esta forma el profesor español Davara Rodríguez, concuerda con el autor mexicano Julio Téllez Valdés, quienes mencionan que no es adecuado hablar de delito informático ya que, como tal, no existe si necesitamos tipificar en la legislación penal para que pueda existir un delito. De ahí que “el nuevo Código Penal español de 1995 introduce el delito informático, pero no admite que exista como tal un delito informático, si bien admite la expresión por conveniencia, para referirse a determinadas acciones y omisiones dolosas o imprudentes, penadas por la ley, en las que ha tenido algún tipo de relación en su comisión, directa o indirecta, un bien o servicio informático”²⁵, de la misma manera la legislación nacional no brinda una definición de delito informático, ya que al aprobar el Decreto 33-96 del Congreso de la República de Guatemala, el legislador sólo adiciona estas figuras al Código Penal.

De lo anteriormente descrito se puede establecer que en algunas legislaciones extranjeras sea más adecuado hablar de crímenes informáticos por su trascendencia social, que de delitos informáticos, sin embargo la legislación nacional sólo tipifica delitos informáticos en general. Es por eso que demasiado complicado buscar un concepto técnico o legal que comprenda todas las gestiones inadecuadas que se

²⁴ Romeo Casabona, Carlos María, **Poder informático y seguridad jurídica**, Pág.12.

²⁵ Davara Rodríguez, Miguel Ángel, **Análisis de la Ley de Fraude Informático**, Pág. 23.

vinculan a los medios o procedimientos informáticos, tanto por la diversidad de supuestos, como de los bienes jurídicos afectados.

Ahora bien, es necesario expresar que además dentro de esto existen diversidad de significados y conceptos sobre delincuencia informática, criminalidad informática, lo que viene a constituir un tema de debate doctrinario y jurídico.

2.2. Delincuencia informática y abuso informático

Es un conjunto de conductas merecedoras de reproche penal que tienen por instrumento o por objeto a los sistemas o elementos de técnica informática, o que están relacionados íntimamente con ésta, pudiendo mostrar varias formas de daños de distintos bienes jurídicos.

La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (O.C.D.E) en la Recomendación número R(81) 12 del Consejo de Europa en el Convenio sobre cibercriminalidad, define el abuso informático como “todo comportamiento ilegal o contrario a la ética o no autorizado que concierne a un tratamiento automático de datos y/o transmisión de datos”.

Además Romeo Casabona aporta la misma definición incurriendo en la Recomendación R(89) 9, del Comité de Ministros del Consejo de Europa en el Convenio sobre Cibercriminalidad, considera “que la delincuencia informática es de carácter transfronterizo que exige una respuesta adecuada y rápida y, por tanto, es necesario

llevar a cabo una armonización más intensa de la legislación y de la práctica entre todos los países respecto a la delincuencia relacionada con el computador.”²⁶

2.3. Criminalidad informática

Baón Ramírez define a la criminalidad informática como “la realización de una forma de actividades que, reuniendo los requisitos que delimitan el concepto de delito, sean llevadas a cabo utilizando un elemento informático (mero instrumento del crimen) o vulnerando los derechos del titular de un elemento informático, ya sea hardware o software.”²⁷

El autor Tiedemann “considera que con la expresión criminalidad mediante computadoras, se hace mención que todos los actos, antijurídicos según la ley penal que se encuentre vigente sea realizados con el empleo de un equipo automático de procesamiento de datos. También señala, que este problema comprende la amenaza a la privacidad del ciudadano, y además se refiere a los daños patrimoniales producidos por el abuso de datos procesados automáticamente.”²⁸

Las dificultades que surgen al tratar de enfrentar este tipo de delincuencia a todo nivel es la tarea del Ministerio Público por mandato constitucional y por disposición legal. Ahora bien el fenómeno descrito en los últimos tiempos ha tenido un avance significativo tomando en cuenta la manifestación de la globalización, la cual no solo ha

²⁶ Romeo Casabona, Carlos María. *Ob. Cit.* pág.26

²⁷ <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=207>

²⁸ Tiedemann, Klaus, *Poder informático y delito*, pág.16.

tenido beneficios, sino también ha contribuido a la masificación de esta clase de delitos y tecnificado a otra clase de cómo son los llamados delitos informáticos.

Como define Carlos Resa, "el crimen organizado no existe como tipo ideal, sino como un grado de actividad criminal o como un punto del 'espectro de legitimidad."²⁹ En este contexto es el crimen organizado que a través de los años se ha ido transnacionalizando su actividad y por ello se habla de delincuencia transnacional.

Dentro de esta definición de crimen organizado, la gama de actividades que puede ejecutar un determinado grupo de crimen organizado puede ser extensa, variando en cada caso según diversas variables internas y externas a la organización, y combinar uno o más mercados, expandiéndose asimismo por un número más o menos limitado de países, aunque en tiempos recientes existe una fuerte tendencia a la concentración empresarial en cada vez menos grupos de un mayor número de campos de la ilegalidad. Su repertorio de actividades incluye el delito de cuello blanco y el económico (en donde se encontrarían los delitos informáticos), pero supera a éste último en organización y control, aunque los nexos de unión entre ambos modelos de delincuencia tienden a fusionarse y el terrorismo y el ciberterrorismo pueden llegar a formar parte de sus acciones violentas en ciertas etapas o momentos.

En un inventario amplio, las actividades principales de las organizaciones criminales, en suma, abarcan la provisión de bienes y servicios ilegales, ya sea la producción y el

²⁹ Resa Nestares Carlos, **Crimen organizado transnacional: definición, causas y consecuencias**, Pág.47



tráfico de drogas, armas, niños, órganos, inmigrantes ilegales, materiales nucleares, el juego, la usura, la falsificación, el asesinato a sueldo o la prostitución; la comercialización de bienes lícitos obtenidos por medio del hurto, el robo o el fraude, en especial vehículos de lujo, animales u obras de arte, el robo de identidad, clonación de tarjetas de crédito; la ayuda a las empresas legítimas en materias ilegales, como la vulneración de las normativas medioambientales o laborales; o la utilización de redes legales para actividades ilícitas, como la gestión de empresas de transporte para el tráfico de drogas o las inversiones inmobiliarias para el blanqueo de dinero.

Entre aquellas organizaciones que pueden considerarse como típicamente propias del crimen organizado, practicando algunas de estas actividades, se encuentran, dentro de un listado más o menos extenso, las organizaciones dedicadas casi exclusivamente al tráfico de drogas a gran escala, ya sean propias de los países europeos o se generen en países latinoamericanos, del sudeste y el sudoeste asiático ahora existe otro grupo que ha entrado a la escena del crimen organizado transnacional son los llamados crackers, los verdaderos piratas informáticos, que a través del cometimiento de infracciones informáticas, han causado la pérdida de varios millones de dólares, a empresas, personas y también a algunos estados.

La criminalidad o delincuencia informática es un problema global y necesita con urgencia la armonización legislativa y la cooperación internacional. El crimen organizado recurre a una vulnerabilidad de control de acceso a sistemas de cómputo y a una tecnología moderna de comunicación en la internet para cometer fraudes y extorsiones. Pero se debe de empezar a combatir este problema de forma interna,

entender que este tipo de criminalidad ya es una realidad en Guatemala, existen grupos organizados que se dedican a utilizar a las computadoras, la internet, las redes sociales y en general todo la tecnología moderna para cometer delitos o bien a causar daño al software y al hardware de los equipos de cómputo de las personas; y que la realidad es que la legislación y normatividad nacional no es adecuada para combatir a estos criminales.

2.4. Delitos informáticos

Se puede definir al delito como toda acción u omisión típica, antijurídica y culpable, sin embargo existe extensa doctrina nacional y extranjera que establece la definición de delito como tal, la mayoría de ellas define al delito cuando cumplen los elementos que lo constituyen, de ahí que se pueda establecer que delito "es la conducta humana consciente y voluntaria que produce un efecto en el mundo exterior (acción), que se encuentra prohibida por la ley (tipicidad), la cual es contra derecho (antijuridicidad) y que la persona ha incumplido a pesar que conoce y valora la norma (culpabilidad)"³⁰, algunos doctrinarios establecen que la persona debe estar en capacidad de comprender lo ilícito de su acción (imputabilidad).

Partiendo de la idea anterior se podría definir el delito informático como "toda acción u omisión culpable realizada por un ser humano, que cause un perjuicio a personas sin que necesariamente se beneficie el autor o que, por el contrario, produzca un beneficio

³⁰ Barrios Osorio, Omar Ricardo, **Derecho e informática, aspectos fundamentales**, Pág.367.

ilícito a su autor aunque no perjudique de forma directa o indirecta a la víctima tipificado por la ley, que se realiza en el entorno informático y sancionado con una pena.”³¹

El autor mexicano Julio Téllez Valdez señala que los delitos informáticos son “actitudes ilícitas en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto atípico) o las conductas típicas, antijurídicas y culpables en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto típico).”³²

El autor Davara Rodríguez lo define como: “la realización de una acción que, reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, sea llevado a cabo utilizando un elemento informático, o vulnerando los derechos del titular de un elemento informático, ya sea hardware o software.”³³ En forma básica el autor Omar Ricardo Barrios Osorio define al delito informático, como “las acciones prohibidas por la ley, que se comete en contra de uno o varios de los elementos que integran un sistema de información o los derechos que del mismo se deriven (protección de datos, intimidad o privacidad, derechos de autor).”³⁴

2.5. Sujetos del delito informático

En derecho penal, la ejecución de la conducta punible supone la existencia de dos sujetos, a saber, un sujeto activo y un sujeto pasivo. Por el tema que concierne a los

³¹ <http://www.monografias.com/trabajos12/conygen/conygen.shtml>

³² Manson, Marcelo. **Legislación sobre delitos informáticos**, pág.36

³³ Palazzi, Pablo A: **Delitos informáticos**, pág.49.

³⁴ Barrios Osorio, Omar Ricardo. **Ob. Cit.**, pág.368

delitos informáticos se parte de la idea que sólo las personas (físicas o individuales), pueden cometer delitos, en virtud que sólo las personas tienen razonamiento y capacidad para dirigir sus acciones. De esta suerte, el bien jurídico protegido será en definitiva el elemento localizador de los sujetos y de su posición frente al delito. Así, el titular del bien jurídico lesionado será el sujeto pasivo, quien puede diferir del sujeto perjudicado, el cual puede, eventualmente ser un tercero.

a. Sujeto activo

Este está constituido por la persona física o personas físicas, que con su proceder establecen un resultado lesivo para los demás, lesionando o poniendo en peligro el bien jurídicamente tutelado. En el Código Penal guatemalteco, el sujeto activo por su participación en el delito se clasifica en autores y cómplices. Ahora bien si se refiere a los delitos informáticos, las personas que los cometen, las cuales tienen ciertas características que no tienen el perfil común de los delincuentes, tienen un alto grado de conocimientos, recursos, habilidades especiales para el manejo de la informática y las tecnologías de la información y comunicaciones –T.I.C-, generalmente por la actividad laboral que realizan se encuentran en lugares especiales desde donde se maneja la información de carácter sensible, o bien son diestros en el manejo de los sistemas informáticos, aun cuando, en muchas ocasiones, sus actividades no faciliten la realización de este tipo de delitos.

Se ha comprobado que entre los responsables de estos tipos de delitos hay una gran diversidad y la diferencia entre ellos, es la naturaleza de los delitos cometidos, de tal



manera que, el individuo que ingresa en un sistema informático sin intenciones de cometer algún delito es muy diferente de la persona que labora para una institución financiera que desvía los fondos de las cuentas de los clientes o del propio banco. En el ambiente de las tecnologías de la información y comunicaciones a los sujetos responsables de los delitos informáticos se les describe de varias formas, siendo las más comunes: hacker, cracker y pirata informático.

b. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es quien sufre las consecuencias de la comisión de un delito siendo la sociedad y la víctima o agraviado en primer término, pero además es necesario tomar en cuenta que en principio el sujeto pasivo del delito, es la persona física o jurídica que resiente la actividad delictiva, es el titular del bien jurídicamente tutelado que es dañado o puesto en peligro por la conducta del responsable y en los casos de los delitos informáticos pueden ser personas individuales o bien personas jurídicas como sociedades mercantiles, instituciones crediticias, bancos, financieras, aseguradoras, etc., que manejan un considerable volumen de información y datos, estos últimos representativos de valores o moneda administrada en forma electrónica, así mismo las personas que se dedican a prestar específicamente servicios relacionados con las tecnologías de la información y comunicaciones como proveedores de la internet y sus aplicaciones, a los gobiernos a través de la administración tributaria también es un sujeto pasivo, en virtud que se alteran los programas de ordenador de los sistemas de control tributario de los contribuyentes, para cometer delitos relacionados con el

incumplimiento del pago de impuestos (manipulación de la información); todos estos utilizan sistemas automatizados de información, generalmente conectados a otros.

El sujeto pasivo es sumamente importante para el estudio de los delitos informáticos, por medio de él, es posible conocer los diferentes ilícitos que se cometen a los activos informáticos, con objeto de prever las acciones ilícitas antes mencionadas debido a que muchos de los delitos son descubiertos por casualidad, desconociendo el modus operandi de los agentes delictivos, es decir la mayor parte de las veces no se tienen indicios de cómo lo realizan.

Debido a lo anterior, en Guatemala ha sido casi imposible conocer la verdadera magnitud de los delitos informáticos, ya que la mayor parte de ellos no son descubiertos o no son denunciados a las autoridades competentes y si a esto se suma la falta de una adecuada legislación que proteja a las víctimas de estos delitos, la falta de preparación técnica y jurídica por parte de fiscales, investigadores y peritos para poder brindar más y mejores elementos de convicción a los encargados de la administración de justicia, para comprender y aplicar el tratamiento jurídico adecuado a esta problemática; el temor por parte de las empresas y las consecuentes pérdidas económicas, entre otros más, trae como consecuencia que las estadísticas sobre este tipo de conductas se mantenga bajo la llamada cifra oculta o cifra negra.

Es posible afirmar que mediante la divulgación de las posibles conductas ilícitas derivadas del uso de las computadoras, alertando a las posibles víctimas para que tomen las medidas pertinentes a fin de prevenir la delincuencia informática, y si a esto



se suma la creación de una adecuada legislación que proteja los intereses de los titulares de medios informáticos, así como una eficiente preparación al personal encargado de la investigación, y a los encargados de la administración e impartición de justicia para atender estas conductas ilícitas, se avanzaría mucho en el camino de la lucha contra la delincuencia informática, que cada día tiende a expandirse más tanto a nivel nacional como internacional.

Cabe destacar que los organismos internacionales han adoptado resoluciones similares en el sentido de que educando a la comunidad de víctimas y estimulando la denuncia de los delitos, se promovería la confianza pública en la capacidad de los encargados de hacer cumplir la ley y de las autoridades para detectar, investigar, prevenir y sancionar los delitos informáticos.

2.6. Clasificación general de los delitos informáticos

Existen diversas clasificaciones de los delitos informáticos, desde el punto de vista doctrinario y también legal. Pero el Convenio sobre Ciberdelincuencia está más apegado a la realidad y contexto mundial en materia informática y expone una serie de conductas nuevas, esto debido a la continua evolución de la tecnología, este convenio es conocido como el Convenio de Budapest firmado el 21 de Noviembre de 2001 en el marco del Consejo de Europa, este instrumento jurídico internacional, es uno de los más importantes que se ha firmado hasta el día de hoy, del cual hasta ahora 22 países europeos han ratificado el Convenio y otros 22 países lo han firmado, desafortunadamente Guatemala no forma parte de este convenio.



El convenio hace la siguiente clasificación:

A. “Delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y los sistemas informáticos.

Acceso ilícito: El acceso deliberado e ilegítimo a la totalidad o a una parte de un sistema informático, ya sea infringiendo medidas de seguridad, con la intención de obtener datos informáticos.

Interceptación ilícita: Interceptación deliberada e ilegítima, por medios técnicos, de datos informáticos comunicados en transmisiones no públicas efectuadas a un sistema informático, desde un sistema informático o dentro del mismo, incluidas las emisiones electromagnéticas procedentes de un sistema informático que contenga dichos datos informáticos.

Interferencia en los Datos: Comisión deliberada e ilegítima de actos que dañen, borren, deterioren, alteren o supriman datos informáticos.

Interferencia en el sistema: Obstaculización grave, deliberada e ilegítima del funcionamiento de un sistema informático mediante la introducción, transmisión, provocación de daños, borrado, deterioro, alteración o supresión de datos informáticos.

Abuso de los dispositivos: Comisión deliberada e ilegítima de la producción, venta, obtención para su utilización, importación, difusión u otra forma de puesta.”³⁵

Se puede notar que en cuanto a estos delitos lo que pretende proteger o el bien jurídico tutelado es a lo que se denomina sistema informático que se define como “una colección de personas, procedimientos, una base de datos y (a veces) hardware y software que colecciona, procesa, almacena, y proporciona datos procesos de transacciones a nivel operacional, e información para apoyar la gestión de toma de decisiones o constituirse en parte del producto o servicio”³⁶, las acciones ilícitas que se cometen contra el sistema informático van a afectar la disponibilidad, la integridad y sobre todo las confiabilidad de los datos contenidos en uno o varios sistemas informáticos.

B. “Delitos informáticos

Falsificación informática: Cometer de forma deliberada e ilegítima, la introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos que dé lugar a datos no auténticos, con la intención de que sean tenidos en cuenta o utilizados a efectos legales como si se tratara de datos auténticos, con independencia de que los datos sean o no directamente legibles e inteligibles.

³⁵ www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/consejo_europa/convenios/common/pdfs/Convenio_Cibercriminalidad.pdf

³⁶ Calderón Rodríguez, Cristian, *El impacto de la era digital en el derecho*. Pág. 63

Fraude Informático: Actos deliberados e ilegítimos que causen un perjuicio patrimonial a otra persona mediante cualquier introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos, cualquier interferencia en el funcionamiento de un sistema informático.”³⁷

La comisión de estos delitos va a afectar a un bien que en los últimos tiempos ha adquirido una gran importancia como lo es la información la cual el autor Omar Ricardo Barrios Osorio la define como “ el conjunto de datos alfanuméricos, numéricos o lógicos que representan la expresión de un conocimiento, que pueden utilizarse para la toma de decisiones.”³⁸, la importancia radica en la protección que se hace a la misma, ya que, su manipulación, alteración o supresión a la misma, puede causar perjuicios tanto legales como patrimoniales tanto a personas individuales como colectivas.

C. “Delitos relacionados con el contenido

Delitos relacionados con la pornografía infantil: Comisión deliberada e ilegítima de producción de pornografía infantil con vistas a su difusión por medio de un sistema informático, la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil por medio de un sistema informático, la difusión o transmisión de pornografía infantil por medio de un sistema informático, la adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informática para uno mismo o para otra persona, la posesión de pornografía infantil por medio de un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos

³⁷ www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/consejo_europa/convenios/common/pdfs/Convenio_Ciberdelincuencia.pdf

³⁸ Barrios Osorio, Omar Ricardo. **Ob. Cit.**, pág. 8

informáticos. Se entiende como pornografía infantil, todo material pornográfico que contenga representación visual de un menor comportándose de una forma sexualmente explícita, una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita, imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita.”³⁹

Cabe mencionar que a nivel internacional, la pornografía infantil es un aspecto que ha tomado gran relevancia, el hecho que las nuevas tecnologías sean utilizadas para realizar este tipo de conductas han merecido que sean tipificadas y sean perseguibles penalmente, lastimosamente a nivel nacional no se le ha tomado la importancia debida y no se tengan los mecanismos necesarios tanto para su prevención como para su investigación y persecución, con la finalidad de proteger a los menores de edad contra estos ilícitos.

D. “Delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y de los derechos afines

Se refiere a acciones ilícitas en contra de la propiedad intelectual, de conformidad con las obligaciones asumidas por el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, que hasta la fecha ampara a nivel internacional el derecho de los autores, con el fin de que tengan el privilegio de controlar el uso sobre sus obras literarias, artísticas o científicas, así como recibir una retribución por su utilización; así

³⁹ www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/consejo_europa/convenios/common/pdfs/Convenio_Ciberdelincuencia.pdf



como las asumidas por el Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (O.M.P.I) sobre propiedad intelectual, Convenio de Roma.”⁴⁰

2.7. Normativa penal guatemalteca

Con la aprobación del Decreto número 33-96 del Congreso de la República de Guatemala, que entró en vigencia el tres de julio de 1,996, se adicionaron al Código Penal lo relativo a los delitos informáticos. El cuarto considerando del Decreto 33-96 del Congreso de la República de Guatemala establece: “Que los avances de la tecnología obligan al Estado a legislar en bien de la protección de derecho de autor en materia informática, tipos que nuestra legislación no ha desarrollado”

Los delitos informáticos se encuentran regulados dentro del Título IV de los delitos contra el patrimonio, con el objeto de proteger las creaciones de la propiedad intelectual, así como derechos humanos intrínsecos de las personas como lo es la intimidad personal.

Uso de Información: El Decreto Número 33-96 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 18 adiciona el Artículo 274 “F” el cual establece: “Uso de Información. Se impondrá prisión de seis meses a dos años y multa de doscientos a mil quetzales al que, sin autorización, utilizare los registros informáticos de otro, o ingresare, por cualquier medio, a su banco de datos o archivos electrónicos”.

⁴⁰ <http://www.uncjin.org/Documents/congr10/10s.pdf>,

En este caso la redacción del Artículo 274 "F" se muestra la confusión o el escaso conocimiento que se tenía por los legisladores en el año 1996 sobre esta materia, en virtud que en un mismo artículo se quieren regular dos situaciones diferentes. Se puede determinar que se protegen dos bienes jurídicos o derechos: Los registros informáticos (en cuanto a su utilización no autorizada) y el acceso debidamente autorizado a los bancos de datos (bases de datos) o archivos electrónicos.

Los registros informáticos: La persona que crea un registro informático (de datos lícitos), dispone de quienes van a tener autorización para hacer uso de los mismos. La utilización autorizada de los registros puede ser directa del computador que los tiene almacenados, en línea (red interna y externa) e inclusive pueden ser copiados para ser trasladados a otro equipo de cómputo; esto lo puede realizar una o varias personas autorizadas e inclusive un usuario autorizado para acceder al sistema pero no para utilizar de forma distinta los registros informáticos.

Cuando un sujeto sin la autorización del titular de ese registro informático hace uso del mismo estaría incurriendo entonces en el delito de uso de información. La redacción del Artículo 274" F" es muy limitada y puede hacer incurrir al operador de justicia en errores. En el caso de utilizar esos registros informáticos en otro sistema de información automatizado, se estaría incurriendo en el delito establecido, le genere ese uso lucro o no. Se puede dar la situación que sea una persona quien "extrae" el registro y otra persona la que lo utilice en su sistema, esto puede estar en concurso con otros delitos.

Delito de reproducción de instrucciones o programas de computación: El Decreto 33-96 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 15 adiciona el Artículo 274”C”, el cual establece: “Reproducción de instrucciones o programas de computación. Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años y multa de quinientos a dos mil quetzales al que, sin autorización del autor, copiare o de cualquier modo reprodujere las instrucciones o programas de computación”.

En este caso el bien jurídico tutelado o bienes jurídicos tutelados son los derechos de autor y derechos conexos del creador del programa de ordenador o la persona a quien cedió sus derechos.

Programas destructivos: El Decreto 33-96 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 19 adiciona el Artículo 274”G”, el cual establece: “Programas destructivos. Será sancionado con prisión de seis meses a cuatro años, y multa de doscientos a mil quetzales, al que distribuyere o pusiere en circulación programas o instrucciones destructivas, que puedan causar perjuicio a los registros, programas o equipos de computación”.

En este caso se protege, de los programas destructivos fundamentalmente dos elementos de los sistemas de información, que son: Los registros y los programas de ordenador (software).

En el ambiente informático y de las tecnologías de la información y las comunicaciones, existen programas denominados virus electrónicos, virus digitales o programas

perjudiciales. Los virus se definen como, “los programas de ordenador que tienen por objeto introducirse en los sistemas informatizados para causar algún daño a la información, al sistema operativo, a los programas en general y se considera que algunos pueden llegar a dañar el hardware.”⁴¹

Estos programas perjudiciales han causado pérdidas patrimoniales a nivel mundial que se calculan en millones de dólares de los Estados Unidos de América. En Guatemala ha tenido consecuencias de factor económico considerable, pero no existen estadísticas o estudios al respecto para los usuarios.

Existen otros tipos de programas informáticos perjudiciales, algunos dañan a la propia computadora, mientras que otros utilizan la computadora para atacar otros elementos de la red; algunos programas (llamados bombas lógicas) pueden permanecer inactivos hasta que se desencadena por algún motivo, como por ejemplo, una fecha determinada, causando graves daños modificando o destruyendo datos. Otros programas parecen benignos, pero cuando se activan, desencadenan un ataque perjudicial (a los denominados caballos de Troya); otros programas (denominados gusanos) no infectan programas con virus, pero crean réplicas de ellos mismos, estas crean a su vez nuevas réplicas y de ese modo se termina por invadir el sistema.

Por esta razón las personas que utilizan los sistemas de información deben de protegerse según el nivel de riesgo, con un programa antivirus; los niveles de seguridad dependen de la información y de la interconexión con otras redes.

⁴¹ Valdés Téllez, Julio; **Derecho informático**, pág. 47.



Destrucción de registros informáticos: El Decreto Número 33-96 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 13 adiciona el Artículo 274 “A” el cual establece: “Destrucción de registros informáticos. Será sancionado con prisión de seis meses a cuatro años y multa de doscientos a dos mil quetzales, el que destruye, borrare o de cualquier modo inutilizarse registros informáticos.

La pena se elevará en un tercio cuando se trate de información necesaria para la prestación de un servicio público o se trate de un registro oficial”. El bien jurídico tutelado se define como registro informático, que consiste en la base de datos creada por el sistema informático utilizada para la toma de decisiones. El Artículo 274 “A” establece el que “destruyere, borrare o de cualquier modo...”; destruir información se refiere a que el sujeto responsable del hecho destruya la información lo que equivale a cambiar su naturaleza de tal forma que no pueda recuperarse por medios electrónicos (el original instalado).

Delito de alteración de programas: El Decreto 33-96 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 14 adiciona el Artículo 274”B” que establece: “Alteración de programas. La misma pena del artículo anterior se aplicara al que altere, borrare o de cualquier modo inutilizare las instrucciones o programas que utilizan las computadoras”.

El bien jurídico tutelado en el Artículo 274 “B”, es uno de los elementos de los sistemas de información como lo es: las instrucciones o los programas de ordenador, pero esta protección es en cuanto a su funcionamiento, al respecto el legislador establece en cuanto a la inutilización de las instrucciones, se refiere a que con dolo no se permita



utilizar una o varias de las aplicaciones o funciones del programa de ordenador y en cuanto a la inutilización de los programas que utilizan las computadoras se refiere a que los mismos no pueden ejecutarse o que se encuentran bloqueados.

El acceso no autorizado a los bancos de datos o archivos electrónicos: Para ingresar a un sistema de información se debe de estar autorizado. Esta aprobación de acceso consiste, en el permiso o anuencia que se le otorga a un usuario para poder hacer uso del sistema de información en el sistema establecido. Para ejemplificar este consentimiento en el ordenamiento legal interno se puede mencionar que la resolución 11-2010 de fecha 22 de abril de 2010, emitida por la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas que establece “las Normas para el uso del sistema de información de contrataciones y adquisiciones del Estado –GUATECOMPRAS- , que en el Artículo cuatro establece: “Registro y control de usuarios. Salvo los usuarios con perfil público, el resto de los usuarios debe estar previamente registrado en el sistema GUATECOMPRAS para poder utilizarlo. Los usuarios de perfil Comprador Padre y Contralor deben obtener las contraseñas respectivas a través de la DNCAE quien en su calidad de Administrador y órgano rector del sistema GUATECOMPRAS, administra, capacita y entrega las contraseñas de acceso al sistema. Para el caso de la primera inscripción ésta se otorgará previo a la presentación de la documentación de respaldo que lo acredite para desarrollar el perfil de usuario de que se trate, siendo ésta la siguiente: a. copia de cudadanía, b. copia de cédula de vecindad o pasaporte y c. solicitud presentada a la DNCAE, en donde se indique el perfil que solicita. Para el caso de los usuarios con



perfil proveedor, previo a obtener la contraseña, el interesado deberá inscribirse en BANCASAT, a través de cualquier banco del sistema.”

Se establece entonces que para poder ingresar al sistema de información de GUAATECOMPRAS, debe de cumplirse ciertos requisitos previos que la misma resolución ha regulado para poder ser un usuario del sistema, esto limita el acceso a la información contenida en el sistema de información.

Manipulación de Información: El Decreto Número 33-96 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 17 adiciona el Artículo 274 “E” el cual establece: “Manipulación de Información. Se impondrá prisión de uno a cinco años y multa de quinientos a tres mil quetzales, al que utilizare registros informáticos o programas de computación para ocultar, alterar o distorsionar información requerida para una actividad comercial, para el cumplimiento de una obligación respecto al Estado o para ocultar, falsear o alterar los estados contables o la situación patrimonial de una persona física o jurídica”.

El delito de manipulación de la información lo comete el titular, propietario o usuario de los datos, cuando utilizando programas de computación o registros informáticos diseñados para incumplir obligaciones con el Estado o engañar a otras personas (empresas de crédito, inversionistas, clientes o usuarios) altera la información automatizada. Parte de dos supuestos: el primero ocultar que se refiere a esconder los datos para que no puedan ser encontrados (archivos ocultos); el segundo alterar o



distorsionar se refiere a cambiar los datos (unos por otros) o darle a los datos un valor distinto al real.

Además debe determinarse el grado de participación de la persona que es autor (creador) del programa de computación que permite esa administración ilícita de la información, la participación de la persona que ingresa la información y la persona que la utiliza; en el caso del autor del programa la norma establece “al que utilizare...”, si el programador se limita a diseñar el programa conforme la solicitud del contratante no tendría ninguna responsabilidad en virtud que él no lo utiliza. En cuanto a la persona que ingresa los datos tampoco tendría responsabilidad, porque ingresar datos para esconderlos, duplicarlos o alterados, no es un delito. La persona que los utiliza, es decir realiza la acción de ponerlos en conocimiento del Estado o de otra persona es la que comete el ilícito. Si el que ingresa los datos tiene conocimiento posterior del hecho tipificado como delito tendría la calidad de encubridor, y si tiene conocimiento que van a ser utilizados con fines ilícitos tendría participación como autor o cómplice según el caso. Es importante establecer que en la redacción del Artículo y por el bien jurídico que protege, se interpreta que la información oculta, alterada o distorsionada se visualiza o accede desde un sistema informático, porque si ésta se imprime y se entrega a un tercero, esa información alterada o distorsionada en formato papel puede constituir otro delito.

Registros Prohibidos: El Decreto Número 33-96 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 16 adiciona el Artículo 274 “D” el cual establece: “Registros prohibidos. Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años y multa de doscientos a



mil quetzales, al que creare un banco de datos o un registro informático con datos que puedan afectar la intimidad de las personas”.

El bien jurídico tutelado en el Artículo 274 “D” del Decreto 33-96 del Congreso de la República de Guatemala, es la intimidad de la persona, pero para poder definir de mejor forma este bien jurídico tutelado es importante determinar que son datos personales.

Al respecto la Ley de Acceso a la Información Pública Decreto 57-2008 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo nueve numeral 1 define los datos personales como “Los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales o identificables”. Se entiende entonces que los datos personales es la Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables.



CAPÍTULO III

3. Pornografía Infantil

3.1. Referencias generales

Pornografía es un término ambiguo y difícil de delimitar. Mucha gente podría incluir en esta categoría representaciones gráficas o pictóricas no fotográficas o incluso textos escritos, pero por lo general estos medios no son incluidos dentro de la definición de pornografía infantil porque no implican necesariamente la participación de un menor en su creación. Tradicionalmente, se consideran como pornografía infantil a aquellas representaciones fotográficas o filmicas en formatos digital o analógico de menores de edad de cualquier sexo en conductas sexualmente explícitas ya sea solos o interactuando con otros menores de edad o con adultos.

La ausencia de protección a la población infantil y adolescente no se deriva de la carencia total de la normativa jurídica respectiva. Más bien, se debe a la aplicación inadecuada de la misma. Esto es corroborado por algunos jueces, quienes expresan que la legislación actual pudiera servir para avanzar en la lucha por erradicar este problema, siempre y cuando se aplicara adecuadamente.

El hecho de que no se detenga y penalice a los proxenetas, da lugar a pensar que los operadores de justicia obvian realizar las acciones, que hagan efectiva la persecución penal y condena de las personas responsables. En reiteradas oportunidades, se ha



señalado que ni el ministerio público ni la policía nacional civil no cumplen con las responsabilidades que respectivamente les competen.

Como consecuencia, en muy raras ocasiones, se aplican las sanciones correspondientes a las personas responsables. Antes bien, la falta de claridad y precisión, sumada a la doble moral, deriva en sanciones contra la población infantil víctima; en particular, contra las niñas y adolescentes, que se encuentran en situación de prostitución, quienes son perseguidas, chantajeadas, detenidas y privadas de libertad.

Las limitaciones y vacíos de la normativa penal vigente impiden la persecución y penalización de los explotadores sexuales, así como la prevención y erradicación de la explotación sexual comercial de las niñas, niños y adolescentes.

Es en este contexto, que se inscribe la urgencia de promover las reformas pertinentes al Código Penal, en aras de alcanzar la protección legal de la población infantil y adolescente. La importancia de disponer de una normativa penal que proteja a las personas menores de edad contra toda forma de explotación sexual, de manera clara precisa y completa, se justifica en tanto que esta es una de las vías que conduce, aplicada adecuadamente, a erradicar ese fenómeno.

De acuerdo con Facio, “el componente formal normativo influye, limita y hasta puede conformar las actitudes y conductas que la gente ordinaria adopte, porque la ley al establecer reglas, institucionaliza no solamente las conductas que serán aceptables



para el resto de la sociedad y cual comportamiento es legítimo o ilegítimo, quien es criminal y quien es un buen ciudadano, sino que mucho más sutilmente va creando formas de pensar que establecen lo que será considerado por el común de la gente, racional o irracional, objetivo, científico y universal versus subjetivo, a científico y particular.”⁴²

Agregando que el componente formal normativo también puede definir las tradiciones y costumbres porque la ley puede reforzarlas, institucionalizando por medio de códigos, decretos, reglamentos y demás normas jurídicas que sean necesarias. Las conductas tradicionalmente aceptadas o puede modificarlas o hacerlas desaparecer totalmente al institucionalizar conductas diferentes a las tradicionalmente aceptadas.

En tanto que son varios los delitos que se cometen contra personas menores de edad en el contexto de la explotación sexual comercial, es necesario realizar una reforma global que amplíe y clarifique conceptualmente los delitos que al respecto contempla el código penal, y revise las sanciones respectivas a fin de adecuarlas a la gravedad del daños que ocasiona. Asimismo, es necesario agregar otros delitos de la misma naturaleza que no están incluidos expresamente.

Todo esto con el fin de proteger a las niñas, niños y adolescentes de una manera más eficaz y adecuar la normativa penal a los principios constitucionales y compromisos internacionales, que conciernen a la protección de la población infantil contra este tipo de crímenes. Con respecto a lo anterior se visualiza la necesidad de promover las

⁴² Facio Alda. **Cuando el género suena cambios trae**. Pág. 79.

reformas del código penal guatemalteco con el propósito de; fortalecer la protección jurídica de la infancia y adolescencia contra todas las modalidades de explotación sexual con fines comerciales; coadyuvar a la adecuación de la legislación penal a los principios y preceptos contenidos en los instrumentos internacionales, partiendo de los compromisos asumidos por el Estado de Guatemala, en particular los contenidos en la convención sobre los derechos del niño.

El protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil, y la utilización de niños en la pornografía y el protocolo para prevenir, reprimir, y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la convención contra la delincuencia organizada transnacional.

Preocupados por la disponibilidad cada vez mayor de pornografía infantil en la internet y otros medios tecnológicos modernos y recordando la conferencia internacional de lucha contra la pornografía infantil en la internet (viena mil novecientos noventa y nueve) y, en particular, sus conclusiones, en las que se pide la penalización en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía, y subrayando la importancia de una colaboración y asociación más estrechas entre los gobiernos y el sector de internet.

Estimando que será más fácil erradicar la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía si se adopta un enfoque global que permita ser frente a todos los factores que contribuyen a ello, en particular el subdesarrollo, la pobreza, la disparidades económicas, las estructuras socioeconómicas no equitativas,

la disfunción de las familias, la falta de educación, la migración del campo a la ciudad, la discriminación por motivos de sexo, el comportamiento sexual irresponsable de los adultos, las prácticas tradicionales nocivas, los conflictos armados y la trata de niños.

Se deben hacer esfuerzos por sensibilizar al público a fin de reducir el mercado de consumidores que lleva a la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

3.2 Definición

Se denomina pornografía infantil a toda representación de menores de edad de cualquier sexo en conductas sexualmente explícitas. Puede tratarse de representaciones visuales, descriptivas (por ejemplo en ficción) o incluso sonoras.

“El acceso a contenidos pornográficos en general ha evolucionado los distintos medios; literatura, fotografía, video, cine, DVD, dibujos de animación y en los últimos años Internet. Internet ha permitido detectar y perseguir a productores y distribuidores de contenidos ilegales que durante décadas habían operado impunemente, pero también ha facilitado enormemente el acceso a este tipo de pornografía.”⁴³

Por otro lado la explotación sexual comercial no solo es un problema más que afecta a miles de niños, niñas y adolescentes en todo el mundo. En la actualidad se le considera como una de las más severas violaciones a sus derechos humanos. Ocurre cuando una

⁴³ http://es.wikipedia.org/wiki/Pornograf%C3%ADa_infantil

o varias personas, con la promesa de una remuneración económica o de cualquier otro tipo de retribución o inclusive bajo amenazas involucran o utilizan a una persona menor de dieciocho años de edad en actividades sexuales comerciales.

La explotación sexual comercial es un modo muy grave de vulnerar los derechos humanos de las personas menores de edad. Atenta contra su integridad, su dignidad y su desarrollo, al afectar severamente múltiples derechos, tales como el derecho a la protección contra todas las formas de violencia, el derecho a la salud y la educación, el derecho a vivir con una familia, el derecho a la justicia, y en ocasiones, incluso se violenta su derecho a la vida. Es por estas razones que la explotación sexual comercial se considera un acto delictivo y una forma de explotación económica asimilable a los trabajos forzados y a la esclavitud.

Las personas menores de edad víctimas de ese tipo de explotación sufren graves daños físicos, tales como embarazos no deseados, infecciones de transmisión sexual, lesiones por violencia física; daños psicológicos, como la pérdida de autoestima, desconfianza, culpa y tristeza; y daños sociales como la marginación, la humillación y la exclusión. Con frecuencia esta situación también les provoca problemas para la comunicación verbal y escrita.

Los menores de edad en el caso que la persona que cometa la acción sea un menor de edad (ahora denominado niño o adolescente), es decir no ha cumplido los dieciocho años de edad, no está sujeto al código penal, sino a la Ley Integral de Protección de la Niñez y Adolescencia. En cuanto a la responsabilidad civil que proviene del hecho: El

Artículo 116 responsabilidad civil de inimputables. Los comprendidos en el Artículo 23 responderán con sus bienes por los daños que causaren. Si fueren insolventes, responderán subsidiariamente quienes lo tengan bajo su potestad o guarda legal, salvo que demuestren que no incurrieron en descuido o negligencia en la vigilancia del que cometió el hecho.

La explotación sexual comercial de personas menores de edad, es un delito que ocurre cuando una o varias personas utilizan a un niño, niña o adolescente menor de dieciocho años edad en actividades sexuales a cambio de un pago económico. “La explotación sexual comercial de personas menores de edad es un delito que ocurre cuando una o varias personas involucran a un niño, niña o adolescente (menores de dieciocho años), en actividades sexuales o eróticas a cambio de una remuneración económica o de cualquier tipo de retribución en especie (ropa, alimentos, drogas).”⁴⁴

“La explotación sexual de personas menores de edad es un delito asimilable a la esclavitud y al trabajo forzoso, que atenta contra la integridad, las dignidad y el desarrollo de las niñas, niños y adolescentes víctimas de esta forma de explotación económica.”⁴⁵

“La explotación sexual comercial consiste en la utilización de personas menores de dieciocho años de edad para relaciones sexuales remuneradas, pornografía infantil y adolescente, utilización de niños y adolescentes en espectáculos sexuales, donde

⁴⁴ Segura Galindo Beatriz. **Ojos que sí ven, corazón que sí siente.** Pág. 7.

⁴⁵ Sorensen Bente. **La explotación sexual comercial de personas menores de edad y su urgente atención.** Pág. 3.

existe además un intercambio económico o pago de otra índole para la persona menor de edad o para un tercero intermediario de la explotación sexual.”⁴⁶

3.3. La pornografía infantil y los responsables del delito

En los últimos años la población general ha tenido un mayor acceso a la pornografía debido al crecimiento de Internet. Ayudado por el creciente número de noticias en los diarios sobre escándalos relacionados con el descubrimiento de redes de pornografía infantil y pederastia en internet, se ha producido alarma en ciertos sectores de la población y preocupación respecto a la seguridad y riesgos de los menores de edad cuando navegan por internet.

Las leyes varían bastante según el país donde uno se encuentre. Pero para nadie es secreto la tradicional impunidad de los clientes explotadores así como la gran cantidad de personas que se benefician de este lucrativo negocio ha estado en gran medida ausente del debate público y político sobre esta problemática, a pesar de las serias consecuencias que han sufrido los niños, niñas y adolescentes víctimas de esta violación a sus derechos humanos.

Los responsables directos de este acto delictivo son las personas explotadoras llamándose clientes que son los explotadores. En su mayoría, son hombres nacionales, aunque también hay presencia de turistas extranjeros, y en algunos casos, mujeres que

⁴⁶ Salas José Manuel y Álvaro Campos. **Explotación sexual comercial y masculinidad**. Pág. 2.



pagan o utilizan directamente a las personas menores de edad en actividades sexuales comerciales para satisfacer sus propios deseos sexuales.

De acuerdo con una investigación realizada por la organización internacional de trabajo –OIT- sobre las percepciones que los hombres tienen de la explotación sexual comercial, la mayoría de los consultados mostraron una alta tolerancia hacia el sexo comercial con personas menores de edad. Es más, en muchos casos se considera que es un acto con una alta valoración social porque les otorga prestigio, estatus frente a los otros, e incluso, se cree que revitaliza y brinda nueva juventud a los hombres.

Desde la construcción de una sexualidad patriarcal tradicional, la mujer, particularmente la persona menor de edad, es concebida como, un objeto que puede ser tomado o adquirido, por lo tanto, no se considera que es malo tener relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad.

Domina la percepción de que esta situación es normal en los hombres, e incluso, hasta deseable. En ese sentido, no hay conciencia de que la explotación sexual comercial es un delito ni de que las personas explotadas son víctimas.

También son responsables directos de la explotación sexual comercial los proxenetas y las personas que actúan como intermediarios de esta actividad. Entre ellas se encuentran algunos taxistas, y dueños o empleados de hoteles, pensiones, salas de masaje y estudios fotográficos. En muchos casos, se trata de comercios que encubren bajo la fachada de negocios legales, la explotación sexual comercial de personas

menores de edad. Tanto los proxenetas como los intermediarios explotan para obtener beneficios económicos.

Entre los responsables indirectos de la explotación encontramos a todas aquellas personas que no reaccionan ante esta problemática, ya sea mostrándose tolerantes frente a la existencia de la explotación, propiciando la permanencia de una cultura machista y de irrespeto a los derechos humanos, o bien, incumpliendo con sus deberes de actuar conforme a la ley.

La mayoría de las personas no perciben el problema o no distinguen que la explotación sexual comercial solo puede existir si hay personas adultas dispuestas a someter a los niños y niñas a actividades sexuales comerciales, conocido como facilitadores, por lo que podemos inducir que el sujeto activo es el explotador, el cliente el intermediario es quien pone las películas, videos en Internet; y el Sujeto Pasivo son los niños, niñas, adolescentes y la sociedad.

3.4. Formas de explotación

La explotación sexual comercial es una forma de violencia sexual que se manifiesta a través del sometimiento de personas menores de dieciocho años de edad a diversas actividades tales como:

1. Relaciones sexuales remuneradas
2. Producción de material pornográfico (por ejemplo tomar fotos con contenido sexual o erótico)

3. Espectáculos sexuales, sean públicos o privados.

Cualquiera de estas actividades se puede desarrollar a través de diversas modalidades según la procedencia del explotador y de la persona menor de edad, entre las cuales se ubican:

4. Explotación por personas locales: consiste en la utilización de niños, niñas y adolescentes en un determinado lugar para cualquiera de estas formas de violencia, por parte de explotadores que viven o residen en el mismo país o región.

5. Turismo sexual: se produce cuando los explotadores son extranjeros o turistas que aprovechan su estadía en una región o país para realizar actividades sexuales comerciales con persona menores de edad, muchas veces motivadas por la impunidad, que en mayor o menor medida, caracteriza el problema.

6. Trata con fines de explotación sexual: ocurre cuando un niño, niña o adolescente es trasladado de una región a otra, ya sea dentro del mismo país, o fuera de él, con el propósito de someterle a la explotación sexual, en cualquiera de sus formas.

7. Divulgación de pornografía infantil vía la internet y otros medios: en esta modalidad no existe un contacto directo entre la persona que “consume” la pornografía y las víctimas, pero en ella interviene un conjunto de explotadores como intermediarios, tanto nacionales como extranjeros.



La explotación sexual comercial es un “negocio” en el que operan redes criminales organizadas con un modus operandi similar al de las redes internacionales de tráfico de drogas. Estas redes se benefician de la explotación de las personas menores de edad en todas sus formas y a través de todas sus modalidades.

No es posible determinar con exactitud cuántos niños, niñas y adolescentes son víctimas de la explotación sexual comercial ya que esta actividad, al implicar un delito, frecuentemente se lleva a cabo en la clandestinidad (casas cerradas, burdeles, hoteles, entre otros).

Esto, unido a los problemas éticos que implica hacer investigaciones sobre el tema de estigmatizar a las víctimas, hace poco factible la realización de un estudio representativo a nivel estadístico. Sin embargo, la existencia del problema es evidente en las calles. Además, los estudios realizados por otras organizaciones demuestran la facilidad con que gran cantidad de víctimas han sido contactadas en un periodo de tiempo muy corto, quienes dan cuenta de la existencia de muchas otras víctimas y de la magnitud del fenómeno.

Las nuevas tecnologías han influido en el incremento de la producción y divulgación de pornografía dados los bajos costos, la disponibilidad de software y la agilidad de los canales de distribución, tales como la internet, los cuales responden a una lógica en red que está poco regulada y supera los ámbitos de competencia de cualquier legislación nacional a pesar de que está regulada la competencia territorial. De nuevo, es



prácticamente imposible cuantificar el número de usuarios, pero el crecimiento de esta actividad ilegal es evidente y significativo cuando se navega en la Internet.





CAPÍTULO IV

4. Problemática de la aplicación de la justicia en relación a la Pornografía Infantil

El sistema de justicia penal guatemalteco está conformado por una variedad de normas, instituciones y procedimientos, representados por diversos actores interrelacionados de manera disímil entre sí y con la sociedad. Estos a su vez están relacionados con factores que se concretan en varios planos (étnico-culturales, económico-sociales, estructural-organizativos, administrativos y formal-normativos) de su funcionamiento.

Cada uno de estos niveles se entre cruzan constantemente en cada uno de los componentes del estudio, por lo que es necesario estudiarlos a través de una problematización final en relación con los criterios de accesibilidad, independencia, justedad y eficiencia.

Un aspecto que es necesario considerar en forma general, es el que se refiere a la adecuación de las normas a la realidad social. Las leyes guatemaltecas reposan sobre una ficción jurídica de la justicia igualitaria y la posibilidad de todos los ciudadanos de ejercer sus derechos y deberes, pero al aplicarse este sistema a una realidad social particularmente desigual, desde el punto de vista económico y social, de hecho se pone a la mayor parte de los individuos de la sociedad en una situación de desventaja y de difícil acceso a la justicia. A este respecto, las encuestas indican que las leyes no se adaptan a las realidades sociales del país y a las costumbres indígenas que forman parte de esta realidad específica.



Una de las razones por las cuales las leyes no se adaptan a la realidad, puede ser la ficción de un igualitarismo que ignora la desigualdad social existente. Esta desigualdad se hace aún más evidente y compleja cuando se superpone la discriminación y el prejuicio étnico. Además, el principio según el cual contra la observancia de una ley promulgada en el Diario Oficial no se puede alegar en ningún caso ignorancia, principio jurídico de positivismo usual y que busca la seguridad y eficacia del sistema legal, está absolutamente divorciado de la realidad en Guatemala, donde existe un alto porcentaje de población analfabeta.

Aparte de la inadecuación de las normas jurídicas vigentes, es necesario señalar que todo el corpus jurídico-penal es una suma heterogénea de diversos decretos, leyes y reglamentos que han sido dados bajo distintos regímenes, especialmente de la época de gobiernos militares, por lo que poseen diversas inspiraciones o concepciones. Precisamente uno de los problemas a este respecto es no sólo la heterogeneidad sino la falta de garantía de los derechos individuales en algunas de ellas. Por otra parte, en lo que respecta a los códigos (penal y procesal penal), son demasiado largos y han tenido demasiadas reformas, lo que ha ocasionado una falta de coherencia entre numerosas disposiciones.

Otros problemas importantes aparecen al confrontar con la realidad los principios ideales que, como ya se ha indicado, caracterizan a la administración de justicia.



4.1. Accesibilidad

En lo penal, el problema de la accesibilidad al sistema de justicia se plantea en forma particular. Si bien en materia civil o administrativa, la puesta en marcha del sistema suele iniciarse por la acción del ciudadano implicado en un conflicto, en materia penal el sistema se pone en movimiento desde que la comisión de un delito llega a conocimiento de las autoridades u organismos competentes (policía, ministerio público, juzgados, etc.). Así pues, las personas inculpadas de la comisión de tal hecho no necesitan que el sistema les sea accesible; éste se les impone. Sin embargo, una vez incorporado al sistema, le problema de la accesibilidad sigue planteándosele al inculpado en diversos aspectos y momentos; asimismo a la víctima o testigo de una infracción, en la medida en que en numerosos casos la puesta en marcha del sistema penal depende de la denuncia o querrela efectuada por un ciudadano.

La accesibilidad al sistema de justicia está condicionada por una serie de factores. Los más importantes son la información disponible sobre las leyes y procedimientos en vigor, así como sobre las agencias u organismos a los que el ciudadano haya de acudir para denunciar el delito, la confianza que se tenga en el sistema, el costo que suponga el recurso al mismo y la existencia o ausencia de una asesoría jurídica adecuada.

a. Información y conocimiento:

El que un ciudadano esté informado y conozca las leyes del país, las instituciones a las que puede acudir en casos concretos y sus derechos fundamentales ante ellas, es un



elemento de gran importancia tanto con respecto a su accesibilidad al sistema como, una vez dentro, a sus posibilidades de enfrentarse a él.

Un aspecto que hace sumamente difícil el acceso a la justicia, es el relativo a la lengua, ya que siendo el castellano el idioma oficial, una gran parte de la población indígena lo utiliza con dificultad y existen muchas comunidades donde prácticamente no se habla.

Al imponerse la utilización del castellano, existen en la práctica muchas deficiencias en la comunicación, que redundan en perjuicio de una correcta aplicación de la justicia. Piénsese por ejemplo, que en todo el país no existen sino dos juzgados que tienen presupuestados intérpretes, dándose la situación de que en la mayoría de los juzgados se recurren para la traducción a los buenos oficios de los empleados que conozcan la lengua del indígena.

Asimismo el acceso físico al sistema de justicia constituye un problema en un país cuya población rural representa alto porcentaje, estando además enormemente dispersa. Relacionado con lo anterior se encuentra el problema presentado por la poca presencia policial en determinadas áreas del territorio.

Quizás por esta razón en las comunidades rurales no se recurre con mucha frecuencia a esta institución; muchas de sus funciones son llevadas a cabo por los alcaldes auxiliares. Por otra parte, el conocimiento que de la ley tenga la población puede depender de su claridad y sencillez.

b. Confianza:

El recurso a la justicia está también condicionado por la imagen que de ella tengan los ciudadanos. Sólo si estos estiman que el procedimiento a seguir es sencillo y que serán tratados con imparcialidad y justicia aceptarán eventualmente recurrir al sistema.

En cuanto a la imparcialidad del sistema, la opinión generalizada es que la justicia favorece más a los ricos que a los pobres. Existe además la percepción de que no hay igual posibilidad para todos de hacer uso de la justicia.

La confianza de los ciudadanos en el sistema está asimismo condicionada por la creencia en la existencia de corrupción y de malos tratos en dicho sistema. Ya se ha visto cómo la imagen de la justicia con relación a estos aspectos es bastante negativa y esto no es algo que se escriba un libro sino una realidad observada día con día por los guatemaltecos.

Otra forma de visualizar la confianza que la población consiste en examinar la posible colaboración de los ciudadanos o de las víctimas de los delitos para su persecución.

c. Costo

El acceso a la justicia debe estudiarse también, desde un punto de vista económico. Aun siendo la justicia formalmente gratuita, implica costos económicos para cualquier usuario. Entre los factores que pueden ser considerados como encarecedores de las

justicia están el costo de la defensa, la producción y presentación de documentos y pruebas, el tiempo que hay que dedicar a diligencias judiciales y la distancia de los tribunales de las residencias de los usuarios. Un resultado del alto costo de la justicia es la imposibilidad de muchos de contar con una defensa adecuada.

Los inculpados de bajos recursos se ven limitados a recurrir a los defensores de oficio o a los servicios de los bufetes populares, los cuales, como se sabe no cumplen con la finalidad real que pueda esperar una persona.

4.2. Independencia

“Libertad o autonomía de gobierno o legislación de un Estado en relación con cualquier otro”⁴⁷: Una verdadera justicia ha de ser independiente, tanto en el plano externo como en el plano interno. En el primer plano, se trata de la autonomía de que ha de gozar el organismo judicial en lo referente a la selección, nombramiento, promoción y destitución de su personal, a la determinación y gestión de su presupuesto, y a la posibilidad real de establecer sus decisiones de acuerdo con criterios propios. En el segundo, de la autonomía que han de tener, dentro de ciertos límites, las jurisdicciones inferiores con respecto a las de rango superior.

Aunque la independencia del Organismo Judicial se había menoscabado en los anteriores regímenes, ésta se ha reinstaurado en este régimen constitucional y tiende a darse un juego de poderes mucho más fluido dentro de los cuales es necesario

⁴⁷ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental**. Pág. 202

destacar los mecanismos de control jurídico representados por la Corte de Constitucionalidad, la Procuraduría de los Derechos Humanos y las nuevas modalidades del recurso de amparo.

Es importante señalar que de todas formas Guatemala vive en su organización gubernamental bajo un poder ejecutivo fuerte y centralizador de las funciones públicas, dentro de lo cual debe destacarse el papel preponderante que asume la figura del Presidente de la República.

El Organismo Judicial goza de una gama de prerrogativas y modalidades específicas de nombramiento que vienen a garantizar, por lo menos en el plano teórico, su independencia; merece destacarse dentro de ello el mecanismo de nominación y nombramiento de los magistrados de las Corte Suprema de Justicia y de las Salas de Apelaciones. Sin embargo, las encuestas indican, como ya se ha visto, una gran insatisfacción con respecto al método de selección y nombramiento del personal judicial profesional.

4.3. Eficiencia

“Virtud y facultad para lograr un efecto determinado”⁴⁸. En relación con este criterio es precisa una aclaración previa. En efecto, cuantificar el valor de los servicios ofrecidos por la administración de justicia es una labor compleja, en la cual la aplicación mecánica del esquema tradicional tipo costo-beneficio no sólo lleva consigo numerosas

⁴⁸ Océano. **Diccionario Enciclopédico**. Pág. 323

dificultades metodológicas, sino que la valoración de los beneficios (resultados) es prácticamente imposible.

Por ello, los parámetros que pueden contribuir a evaluar en forma aproximada la eficiencia del sistema penal no son necesariamente de carácter numérico. Entre ellos, los principales son la celeridad del procedimiento, la capacidad del sistema para recibir y tratar los casos que se le presentan y el grado de satisfacción del público y de los propios actores del sistema con el servicio ofrecido y con las personas que lo ofrecen.

La celeridad del procedimiento penal plantea el problema del equilibrio que debe conseguirse entre el principio de una justicia pronta y el respeto de la garantía fundamental consistente en asegurar al imputado una defensa completa.

Otro factor que impide una correcta administración de justicia es el determinado por la congestión de causas penales, que crece día a día según la opinión de los principales operadores del sistema y que explica la insuficiencia de los tribunales para conocer e instruir adecuadamente los procesos. Ello se debe en gran parte a la carencia de sistemas de información, formulación de políticas, planificación, programación, gestión de casos y coordinación de servicios, entre otros.

4.4. Justedad

“Virtud que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde. En sentido jurídico, lo que es conforme al derecho”⁴⁹.

En otras palabras, los tribunales y el procedimiento legal son percibidos como instituciones donde no se va a aplicar justicia, donde no se resuelven los problemas planteados, sino que se complican más, por lo cual se les rehúye.

En relación con las diligencias procesales, la justedad prevista por el principio legal y doctrinario de la inmediación procesal queda disminuida, ya que son los oficiales de trámite los que generalmente practican la mayoría de las diligencias, incluso las más delicadas. En cuanto al sistema de valoración de la prueba, la justedad esperada de un fallo basado en un adecuado análisis de la prueba no se da; la sana crítica como sistema de valoración de pruebas instituido legalmente no aparece en los fallos, en tanto que éstos carecen de consideración y razonamientos al respecto, reduciéndose a mencionar los elementos de convicción de prueba plena (confesión y documentos).

También presenta serias deficiencias la defensa del procesado, entre otras cosas por el grado de desconocimiento de sus derechos y de los cargos que se le imputan, quedando abierta la posibilidad de ser detenidos ilegalmente y sin asistencia de defensa.

⁴⁹ Ossorio, Manuel. ob. cit. Pág. 526



En cuanto a las decisiones judiciales, ya se ha visto que existe una opinión generalizada según la cual los jueces aplican correctamente las leyes. En cambio, parece haber serios problemas cuando se trata de su aplicación imparcial e indiscriminatoria, aunque conviene añadir que la mayoría de los entrevistados no están de acuerdo con la afirmación de que todo está decidido de antemano.

Otro aspecto importante para evaluar la justedad del sistema es el relativo al respeto de las garantías fundamentales de los ciudadanos. Sabido es que en épocas recientes una de las características más claras o marcadas del país fue el constante irrespeto a los derechos humanos, existiendo áreas dentro de la aplicación de la justicia penal donde estos problemas fueron particularmente claros. Ya se han indicado en las secciones dedicadas a la policía y al sistema penitenciario las graves deficiencias sobre este punto.

4.5. Otros problemas

La noción de justicia es sinónima de igualdad, imparcialidad, respeto de las libertades y derechos ajenos, elementos que, como se sabe, conforman tal concepto en la doctrina universal. Sin embargo, y con la excepción los organismos y procedimientos existentes en cada región, se desconocen en general las instituciones jurídicas oficiales, lo que no les impide emitir juicios bastante negativos sobre los principios y el funcionamiento del sistema formal. En este sentido, se puede estimar que casi nunca han visto que se aplique una justicia ecuánime, con las leyes y los procedimientos que no se adaptan ni a las realidades sociales ni a las costumbres indígenas.



Otro problema lo puede ser la falta de capacidad y conocimiento de los empleados o funcionarios que aplican la ley en Guatemala, ya que se observa demasiada parcialidad a situaciones que a su criterio pueden ser correctas, sin tomar en cuenta que existen procedimientos legales que deben de respetarse y llevarse a cabo con las sanciones que la misma legislación determina.





CAPÍTULO V

5. Los conflictos de la pornografía infantil y sus posibles soluciones

5.1. Respuesta del sistema de justicia a la violación de los Derechos Humanos de los Menores.

En gran medida las acciones planificadas para el combate de esta problemática, no han sido debidamente cumplidas y/o no han tenido el impacto esperado, debido a la carencia de recursos técnicos y económicos, a pesar de que la responsabilidad de su ejecución es compartida por un grupo de instituciones gubernamentales y no gubernamentales lideradas por la secretaría de bienestar social de la presidencia, el gobierno no ha tenido voluntad política para dotar de los recursos necesarios, a las instituciones estatales involucradas en su implementación.

En este contexto, el apoyo de la cooperación internacional, tanto de los organismos y programas de Naciones Unidas, como de las organizaciones internacionales no gubernamentales, ha sido altamente positivo para el desarrollo de acciones tendientes a modificar las condiciones en que se desarrolla la población infantil y adolescente. Algunas de estas, también apoyan proyectos vinculados al combate de la explotación sexual comercial de las personas menores de edad, sin embargo la cooperación técnica y financiera aun es insuficiente para hacerle frente a esta problemática.



En virtud de los índices de pornografía infantil que sufren los menores de edad esta se debe de indicar que no se deriva de la carencia total de la normativa jurídica respectiva. Más bien, esta se debe a la aplicación inadecuada y no sistemática de la misma, ya que la legislación actual pudiera servir para avanzar en la lucha por erradicar este problema, siempre y cuando se aplicara adecuadamente.

En términos generales se cuestiona al Ministerio Público por realizar investigaciones deficientes que debilitan la carga de la prueba necesaria, para lograr la sanción punitiva, y a la institución policial por su tolerancia hacia las personas que integran la red de explotación sexual comercial de las niñas, por su incapacidad para ejecutar ordenes de captura y por la extensa red de corrupción asistente a su interior, que en este caso opera a favor de ellos.

5.2. Situación legal de las personas que se dedican a la pornografía infantil

La transmisión de contenidos ilícitos o nocivos en la Red, como por los relativos a difusión de pornografía infantil, suscitan la imperiosa necesidad de soluciones jurídicas que permitan conjugar la libertad de información con la preservación de otros intereses, en el caso analizado los intereses del menor, cifrados en el derecho a la propia imagen del mismo, conectado con el derecho a la privacidad, aspectos todos ellos íntimamente ligados con la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad del menor.

Una cuestión parece clara: el estatuto jurídico de Internet no puede ser abordado desde una perspectiva nacional. Una política jurídica de futuro, tendente a elucidar el gobierno



jurídico de la Red y en su seno la determinación de la esfera de responsabilidad jurídica, exige soluciones de carácter internacional

En muchos discursos se alude a los contenidos ilícitos y nocivos en Internet como si de un mismo problema se tratase, cuando en realidad se trata de dos categorías conceptuales de contenidos diversos. Las medidas jurídicas de respuesta a la difusión de contenidos ilícitos, entre ellos el tráfico de pornografía infantil, reclaman respuestas jurídicas puntuales enderezadas a sancionar la fuente originaria de tal difusión. Por el contrario, los contenidos nocivos constituyen un concepto más difuso, que alude a la necesidad de generar pautas culturales en la Red tendentes a sensibilizar a los usuarios, para lograr así la paulatina erradicación de aquéllos.

La instauración de reglas jurídicas firmes en Internet, orientada a un férreo control sobre los contenidos que circulan en ella, constituye una apuesta quimérica. No sólo porque, como se ha dicho, la Red se articula de manera descentralizada, sino también porque el material que incorpora contenido ilícito puede ser ubicado con rapidez en otro servidor de pantalla, con el fin de evitar la persecución del delito. A lo anterior debe añadirse la dimensión internacional de las herramientas que ofrece Internet, de manera que los contenidos ilícitos pueden ser transportados velozmente a países en los que el autor de la información o el proveedor de servicio encuentren cobijo al margen de las jurisdicciones penales competentes.

Ante ello la situación legal de las personas que se dedican a la pornografía infantil es diversa, porque no existe realmente un sistema a nivel de Guatemala que permita el

resguardo de los derechos de los menores que son utilizados en este tipo de crímenes, siendo necesaria en el caso de Guatemala, dos aspectos el primer respecto a tipificar y sancionar drásticamente la pornografía infantil y segundo a las limitaciones que deben de existir a servidores sobre el uso de Internet, limitando el acceso a este tipo de direcciones.

La actividad de prevención y represión respecto de los contenidos ilícitos en la Red, ineluctablemente, transita por la necesidad de delimitar la responsabilidad de los agentes de Internet y, en especial, de los proveedores de acceso a la misma. Ahora bien, las propuestas jurídicas no pueden cifrarse en la demanda de un control exhaustivo por parte de los proveedores en cuanto a la identificación de los autores de los contenidos ilícitos que circulan por la Red, dado que deberá respetarse también el derecho del usuario al anonimato, como nueva faceta de la privacidad de las personas en las autopistas de la información, y con particular referencia a la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas.

5.3. Insuficiencia en la efectividad de la aplicación de las normas penales en la distribución y práctica de la pornografía infantil

La serie de problemas de incumplimiento, tiene como trasfondo las debilidades del sistema de justicia, el desconocimiento y/u omisión de los compromisos derivados de los instrumentos jurídicos internacionales, que el Estado ha aceptado, así como la obligatoriedad de poner en práctica los mismos, por parte de los funcionarios públicos



encargados de hacer cumplir la ley, en aras de proteger a las víctimas y sancionar a los ofensores.

En el ámbito nacional esta situación se refleja en la carencia de vías institucionales, que faciliten la denuncia y su investigación respectiva y en la ausencia de protección legal a la población infantil víctima, que como se ha manifestado, no se deriva de la falta total de la normativa jurídica, sino sobre todo, de la aplicación inadecuada y no sistemática de los procedimientos de la misma, lo que impide la deducción de responsabilidades penales, a los explotadores que abusan de la niñez.

5.4. Formación y sensibilidad al sistema de justicia en materia de Derechos Humanos respecto a los menores de edad sometidos a pornografía infantil

La legislación guatemalteca otorga, a las personas menores de edad, la capacidad legal para interponer denuncias. Así, como los organismos estatales que reciben denuncias de hechos referidos a explotación sexual, y malos tratos de menores de edad son las siguientes: Procuraduría General de la Nación, Procuraduría de los Derechos Humanos y sus auxiliaturas municipales y departamentales; Policía Nacional Civil y Ministerio Público.

Pese a que existen varias instancias, ante las cuales se puede interponer denuncias sobre las violaciones de los derechos humanos de la niñez, tipificados como delitos en el código penal, la población raras veces lo hace.



Al respecto, se han mencionado algunas razones, que explican la reticencia a presentar denuncias sobre delitos: desconfianza hacia la institución policial, por considerar que el sistema de justicia no es eficiente ni eficaz y por temor a las consecuencias que se puedan derivar, en tanto afirman que conocen casos de varias violaciones.

En todo caso, esta situación limita la exigibilidad del cumplimiento de la ley a los operadores del sistema de justicia y da lugar a un círculo vicioso que deja desprotegidas a las víctimas menores de edad, pero sobre todo es una evidencia de que ni el Estado ni la sociedad guatemalteca, han asumido la responsabilidad que les concierne, en aras de prevenir y castigar la acción del conjunto de violadores que habitan en diferentes hogares.

5.5. Reparación, sanción, investigación, protección y atención de los menores de edad víctimas de la pornografía infantil

Los niños/ as como víctimas presentan una condición biológica distinta a los adultos ya que se encuentran desarrollándose tanto física, psicológica y moralmente, lo cual implica una serie de características e indicadores diferenciales del abuso sexual de acuerdo a la etapa de desarrollo en que se encuentren. Además, socialmente, los niños/ as se encuentran en una condición legal distinta puesto que en la mayoría de los países la concepción de niños/ as como sujetos de derechos es reciente.

Para desarrollar una intervención terapéutica en niños/as víctimas se considera el concepto de reparación como el desarrollo de recursos en el niño/a y sus referentes

protectores para enfrentar posibles situaciones futuras a partir de lo aprendido durante el tratamiento. Para realizar este tratamiento es necesario considerar tres aspectos: la protección, la resignificación y los recursos.

La protección, desde el punto de vista reparatorio, requiere de la interrupción real y material del maltrato, lo que significa una disminución del riesgo de otros posibles abusos; el reconocimiento de la situación de maltrato, significándolo como tal y el reconocimiento de la necesidad de ayuda; y el logro de condiciones seguras para las víctimas y sus familias, lo cual puede significar la presencia de adultos protectores que tengan un vínculo significativo con el niño/a y garantías judiciales que aseguren, por ejemplo, la separación del agresor de la víctima.

En cuanto a la resignificación, ésta involucra la restitución de derechos que tiene directa relación con el reconocimiento público de la vulneración grave de derechos y su entendimiento como delito, lo cual tiene relación con la necesidad de recompensar el daño sufrido. En este punto, es significativo señalar que la sanción legal del abusador es una sanción social que simboliza un límite en el marco de las relaciones sociales, sin embargo, en los procesos terapéuticos reparatorios familiares e individuales, esto es significativo dependiendo de cada caso.

Además, la resignificación se refiere a la superación de las secuelas psicoafectivas, a la disminución o superación de los trastornos conductuales, de aprendizaje, etc. en los niños/as que han limitado su desarrollo integral y bienestar. Finalmente, se refiere a la

reelaboración de lo sufrido, que contempla la desculpabilización y el aprendizaje de actitudes y capacidades para evitar y enfrentar situaciones posibles a futuro.

En cuanto a los recursos, se requiere de una promoción y mayor acceso de las instituciones cercanas al niño/ a de manera de mejorar la visibilidad de el/ ella y su familia y promover su participación comunitaria; además del desarrollo de aprendizajes como autovaloración, capacidad auto protectora y mejoramiento de relaciones interpersonales.

Junto con ello involucra el fortalecimiento de vínculos protectores significativos que incluyen el manejo de situaciones de riesgo. Además, según Paulina Kemberg, el tratamiento involucra la transformación de una experiencia traumática en “memoria de trauma”, para que de esta manera el niño/a puede narrar la experiencia sin repetir las emociones del trauma, no olvidar lo sucedido, sino recordar sin que duela y estar preparado para enfrentar situaciones similares a futuro.

El proceso de tratamiento antes mencionado, tiene como fundamento la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la cual se refleja en la práctica directa con los niños/as y sus familias. Uno de los artículos que se incorpora es el número 18 que establece la obligatoriedad de prestar asistencia a los padres para el desempeño de sus funciones, y es en base a este artículo que la familia completa se hace parte en el proceso de tratamiento, buscando estrategias específicas que apoyen su crianza y desarrollo integral.



Además del artículo 12 y 13 que plantea que los niños pueden expresar su opinión libremente y tienen derecho a ser escuchados; el cual debería mantenerse a lo largo de toda la intervención terapéutica y judicial. Finalmente, la intervención colaborativa desde el sistema judicial y el tratamiento psicológico se aprecia como una necesidad que pretende lograr una normalización de la víctima y su familia retomando su proceso de desarrollo y crecimiento, a través de una sanción social, del surgimiento de nuevos modos de relación familiar, y del reestablecimiento de condiciones de protección al interior de la familia.

5.6. Efectividad de las normas penales y aplicación de las medidas de seguridad a los responsables de la distribución y práctica de la pornografía infantil

La pornografía infantil constituye un problema de dimensión internacional, que se ha amplificado con la irrupción de nuevas tecnologías que han transformado las pautas de producción y difusión de este tipo de material. La transformación de la producción y difusión de la pornografía infantil en general, y particularmente aprovechando el nuevo escenario que facilitan las nuevas tecnologías, abre interrogantes al Derecho Penal de diversa consideración. De una parte, la transnacionalidad del fenómeno obliga a buscar consenso sobre las necesidades de tutela, concretamente en aspectos como la tipificación de la denominada pornografía infantil virtual, la pornografía pseudo infantil, la posesión para el consumo o, en último término, la edad de los menores. En este debate debe situarse asimismo la polémica sobre la responsabilidad de los intermediarios.



Respecto al contexto legal de este tipo de delitos, la mencionada Convención Internacional de los Derechos del Niño constituye el marco normativo internacional para los temas de infancia. Ella modifica el paradigma de intervención estatal frente a los niños, niñas y adolescentes, quienes pasan a ser sujetos de derechos en oposición a la condición de objetos de tutela. A partir de la ratificación de la Convención los Estados se comprometen a modificar el abordaje centrado en la tutela de la situación irregular para pasar a intervenir bajo el modelo de protección integral.

La pornografía infantil constituye un problema de dimensión internacional, que se ha amplificado con la irrupción de nuevas tecnologías que han transformado las pautas de producción y difusión de este tipo de material.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (UNCRC), que ha sido mayoritariamente ratificada por los estados, califica la pornografía infantil como una violación de los derechos del menor y exige a las naciones que participen en la convención internacional y que adopten medidas para prevenir la explotación infantil en materiales de tipo pornográfico (art. 34). Asimismo, el Programa de acción para la prevención de la venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil de la Comisión Pro Derechos Humanos de las Naciones Unidas respalda los esfuerzos internacionales y de la Comisión en cuanto a la represión y castigo de conductas de explotación de los menores con fines pornográficos.

No obstante, las acciones internacionales de lucha contra la explotación sexual de los menores y contra la producción y el tráfico de la pornografía infantil encuentran serios

escollos de partida. En la actualidad se carece de una definición uniforme del concepto de pornografía infantil; junto a esta falta de armonización conceptual, los datos de que se dispone, relativo a la producción y distribución de material pornográfico infantil, son insuficientes, sobre todo por lo que afecta a la dimensión del problema en África y Latinoamérica.

Los avances en las líneas de acción internacional son insuficientes frente a la irrupción de nuevas tecnologías que han transformado la dinámica y articulación de las formas de producción y distribución de la pornografía infantil. En este sentido, la irrupción de medios tecnológicos de escaso coste al alcance de la población ha amplificado el problema. El vídeo casero y la implantación de Internet han convertido la pornografía infantil en una "sofisticada industria casera" al alcance de muchos.

La Red ha nacido bajo los designios de la anomia jurídica. No existe un estatuto jurídico sobre Internet. Puede indicarse que la ausencia de regulación jurídica, de límites y de control sobre los flujos de información son algunas de las notas características básicas de esta autopista de la información. Como señala Morón Lerma: "Internet no tiene presidente, director ejecutivo o mandatario. No existe la figura de una autoridad máxima como un todo. En realidad, nadie gobierna Internet, no existe una entidad que diga la última palabra. No está bajo el control de ninguna empresa y, de hecho, son los propios usuarios quienes asumen la responsabilidad de su funcionamiento. Cada red integrante de Internet tiene sus propias reglas.



En este contexto, puede comprenderse con prontitud que los problemas principales de la efectividad de la represión penal del tráfico de pornografía infantil en la Red no dependen exclusivamente de la tipificación de conductas en el Código penal, sino de la propia lógica de funcionamiento de Internet y de la dimensión internacional de las conductas ilícitas a sancionar penalmente.

La Red se ha desarrollado y consolidado como nueva autopista de la información de masas bajo la lógica de la libertad de información o del libre flujo de la información. En este sentido, el intervencionismo estatal ha sido considerado como un factor que podría llegar a poner en peligro Internet; de ahí que en la nueva sociedad de la información se enarboles estandartes antiestatalistas y se postulen soluciones cifradas en la autorregulación de los operadores en la Red, siempre al margen de regulaciones jurídicas heterónomas impuestas por los estados o por los organismos internacionales a través de tratados o convenios internacionales.



CONCLUSIONES

1. No existe por parte del Estado un control sobre el accionar de las instituciones Estatales en donde se garantiza los derechos de menores de edad explotados de forma sexual y sobre la pornografía infantil en la Internet.
2. La postura del Estado guatemalteco frente a la pornografía infantil no es efectiva en beneficio de la sociedad guatemalteca, quien no cuenta con participación y logística para la resolución del problema.
3. No hay una verdadera efectividad en la aplicación de normas penales hacia los responsables de la distribución y propagación de pornografía infantil en la Internet y un sistema que logre bloquear acceso a todo público en relación a dicho tema en los centros en donde cualquier persona tiene acceso.





RECOMENDACIONES

1. Por parte del sistema de justicia debe de enfocarse y desarrollarse programas y evaluaciones que permitan obtener una mejor visión sobre que aspectos pueden ser tomados en cuenta para poder aplicar una medida efectiva en contra de la pornografía infantil en Guatemala.
2. Por parte del Estado de Guatemala se deben de generar respuestas idóneas y efectivas contra el combate a la pornografía infantil siendo relevante la tipificación del delito y sanción respectiva, así como la formulación de políticas públicas sobre el acceso a dichas fuentes por medio de la Internet.
3. Para que logre tener un mayor impacto en relación a la pornografía infantil en los centros de información, buscar cierta responsabilidad a los que permitan y autoricen el acceso a la pornografía infantil.





Anexos



ANEXO I

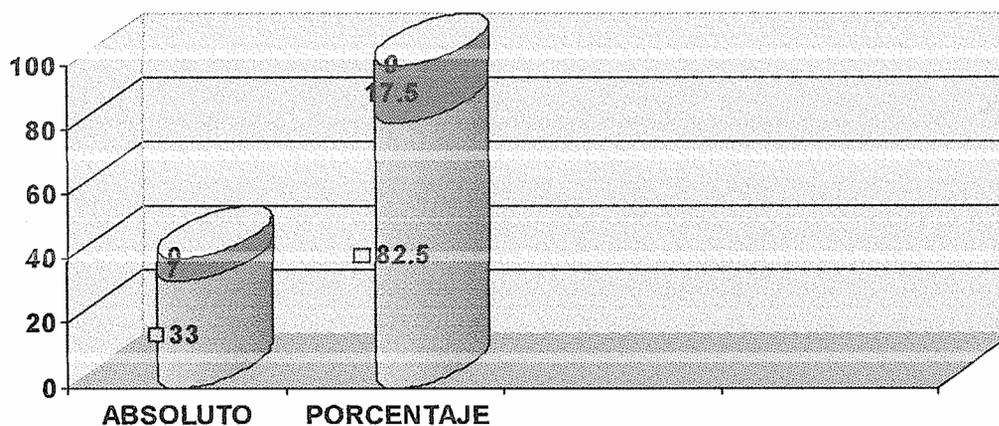
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Resultado de encuestas a población estudiantil y profesional.

Número de entrevistados: 50

1. ¿Considera usted que existen altos índices de pornografía infantil en Guatemala?:

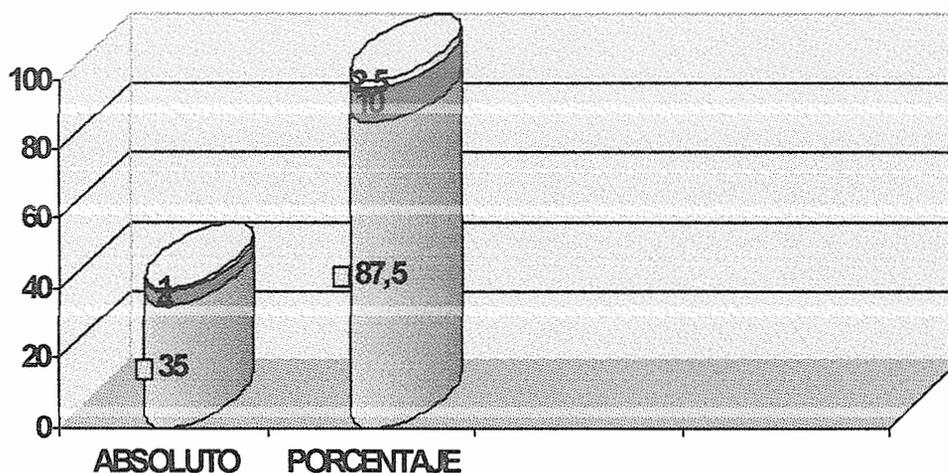
ALTERNATIVA	ABSOLUTO	RELATIVO
SI	36	72%
NO	13	26%
NO CONTESTARON	01	02%
TOTALES	50	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 50 personas que representan el 100% de la muestra; 36 personas que representan el 72% señalaron que si existen altos índices de pornografía infantil en Guatemala; 13 personas más que representan el 26% de la muestra señalaron que no es así y 1 persona que representa el 2% no contestó la pregunta.

2. ¿Considera usted que debe de tipificarse y sancionar drásticamente a las personas responsables de promover la pornografía infantil?

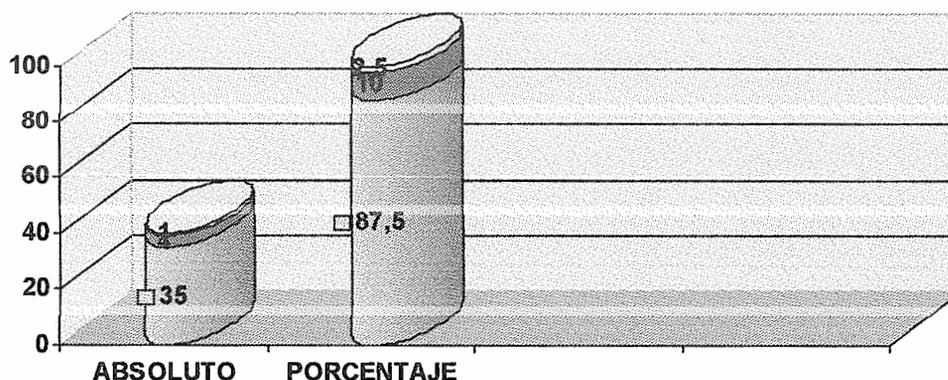
ALTERNATIVA	ABSOLUTO	PORCENTAJE
SI	49	98%
NO	01	02%
NO CONTESTARON	00	00%
TOTALES	50	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 50 personas que representan el 100% de la muestra; 49 de ellas que representan el 98% indicaron que debe de tipificarse y sancionar drásticamente a las personas responsables de promover la pornografía infantil y 01 persona más que representa el 2% considera que no existe dificultades en el sistema.

3. ¿Considera usted que las instituciones en defensa de derechos de la niñez han trabajado para disminuir los altos índices de pornografía infantil y con ello resguardar los derechos de menores de edad?:

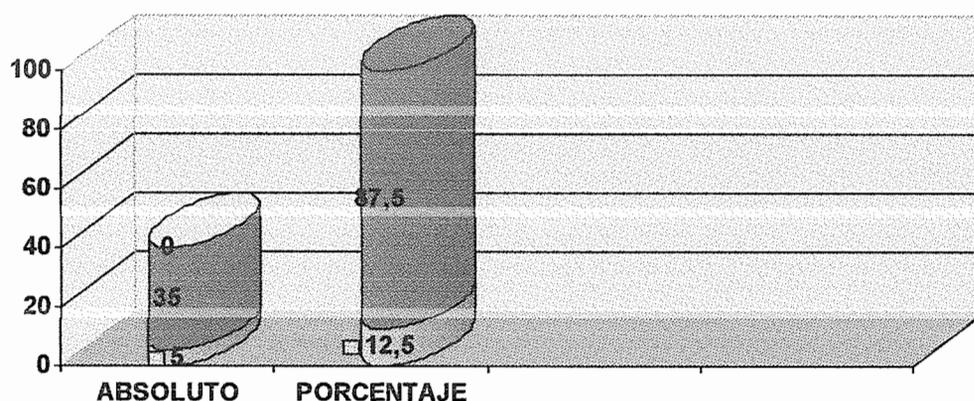
ALTERNATIVA	ABSOLUTO	PORCENTAJE
SI	25	50%
NO	13	26%
NO CONTESTARON	12	24%
TOTALES	50	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 50 personas que representan el 100% de la muestra; 25 de ellas que representan el 50% indicaron que las instituciones en defensa de derechos de la niñez han trabajado para disminuir los altos índices de pornografía infantil y con ello resguardar los derechos de menores de edad; 13 personas más que representan el 26% indicaron que no es así y 12 personas que reflejan el 24% y complementan la muestra no respondieron la pregunta.

4. ¿Considera que se debe por parte del Ministerio Público regular el uso de Internet a direcciones que promuevan la pornografía infantil, dando seguimiento penal a las fuentes a nivel internacional?

ALTERNATIVA	ABSOLUTO	PORCENTAJE
SI	49	98%
NO	01	02%
NO CONTESTARON	00	00%
TOTALES	50	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 50 personas que representan el 100% de la muestra; 49 de ellas que representan el 98% de la población indicaron que se debe por parte del Ministerio Público regular el uso de la Internet a direcciones que promuevan la pornografía infantil, dando seguimiento penal a las fuentes a nivel internacional y 01 persona más que representa el 02% de la muestra señaló que no.



BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO QUECUTY, M.L. **Delitos contra la libertad sexual**. Madrid: (s.e.), 1997.
- AJURIAGUERRA, José. **Manual de psiquiatría infantil**. Barcelona, España: Ed. Toray-Masson, 1989.
- BARRIOS OSORIO, Omar Ricardo. **Derecho e Informática, aspectos fundamentales**. Guatemala: Ediciones Mayte, 3º edición, 2006.
- BERISTAIN, Antonio. **Nueva criminología desde el derecho penal y la victimología**. Valencia, España: (s.e.), 1994.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L, 2000.
- CALDERÓN RODRÍGUEZ, Cristian, **El impacto de la era digital en el derecho**. Disponible en: <http://www.vlex.com/redi/>. (Consultado el 3 de abril de 2013)
- CARRUITERO LECCA, Francisco. **Manual de derechos humanos**, Lima Perú: (s.e), 2002.
- CAMACHO LASA, Luis. **El delito informático**. Madrid, España: (s.e), 1990.
- CHOCANO NUÑEZ, Percy. **Derecho probatorio y derechos humanos**. Lima Perú: Ed. IDEMSA, 2008.
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. **Análisis de la ley de fraude informático**, México: Revista de Derecho de UNAM, 1990.
- Ecpat Internacional. **Fortalecimiento de la protección de niñas, niños y adolescentes ante la explotación sexual comercial en Centroamérica**, (s.l.i), (s.e), (s.f).
- GARCÍA TOMA, Víctor; **Los derechos fundamentales del Perú**. Lima Perú: Editorial Jurista Editores, 2008.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. **Niños y adolescentes como sujetos sociales de Derechos y deberes**. Bogotá, Colombia: Editorial Temis de Palma, 1998.



GALEANO, Antonio. **Derecho natural, introducción filosófica al derecho**, (s.l.i), (s.e), (s.f).

GROSS ESPIELL, Héctor. **La convención americana y la convención europea de derechos humanos, análisis comparativo**. Santiago de Chile: Ed. Morrofo, 1991.

http://es.wikipedia.org/wiki/Pornograf%C3%ADa_infantil. (Consultado el 6 mayo de 2013)

<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=207>. (Consultado el 20 de junio de 2013)

<http://www.monografias.com/trabajos12/conygen/conygen.shtml>. (Consultado el 16 de agosto de 2013)

<http://www.uncjin.org/Documents/congr10/10s.pdf>. (Consultado el 25 de septiembre de 2013)

http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/consejo_europa/convenios/common/pdfs/Convenio_Ciberdelincuencia.pdf. (Consultado el 30 de octubre de 2013)

JIMENEZ, Asúa. **Diccionario de derecho elemental**. Madrid: Ed. Jurídica, 1995.

MAGLIONA MARKOVICTH, Claudio Paúl, LÓPEZ MEDEL, Macarena, **Delincuencia y fraude informático**. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999.

MANSON, Marcelo. **Legislación sobre delitos informáticos**. Disponible en: <http://monografias.com/trabajos/legisdelinf/legisdelinf.shtml>. (Consultado el 10 de febrero de 2014)

NOVOA MONREAL, Eduardo, **El derecho como obstáculo al cambio social**. México: Siglo XXI Editores, 1975.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1981.

PALAZZI, Pablo A. **Delitos informáticos**. Buenos Aires, Argentina: Editorial, AD-HOC., 2000.

PACHECO GÓMEZ, Máximo, **Teoría del derecho**, Chile: Ed. Jurídica, 1984.

PILOTTI, Francisco. **Globalización y convención sobre los derechos del niño**. Montevideo: Ed. Monserrat, 1995.



RESA NESTARES, Carlos. **Crimen organizado transnacional: definición, causas y consecuencias**. Colombia: Editorial Astrea, 2005.

ROMEO CASABONA, Carlos María. **Poder informático y seguridad jurídica**. Madrid, España: Fundesco, 1987.

SORENSEN, Benten. **Contribución a la prevención y eliminación de la explotación sexual comercial de personas menores de edad en Centroamérica, Panamá y República Dominicana**. Ya es hora. Volumen 6. (s.e.) Abril 2006 (s.l.i.).

TIEDEMANN, Klaus. **Poder informático y delito**. Barcelona, España: (s.e), 1985.

VASAK, KAREL, **Las dimensiones internacionales de los derechos humanos**
Lima, Perú: Ediciones Comisión Andina de Juristas, 1990.

VALDÉS TÉLLEZ, Julio. **Derecho informático**. México D.F.: 4ª edición Mc Graw-Hill, 2004.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, Guatemala, 1986.

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Penal Guatemalteco. Congreso de la República de Guatemala, Decreto No.17- 73.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 51-92

Ley del Procurador de los Derechos Humanos. Decreto 54-86 reformado por 32-87 ambos del Congreso de la República de Guatemala. Editorial Serviprensa. Guatemala, 1987.