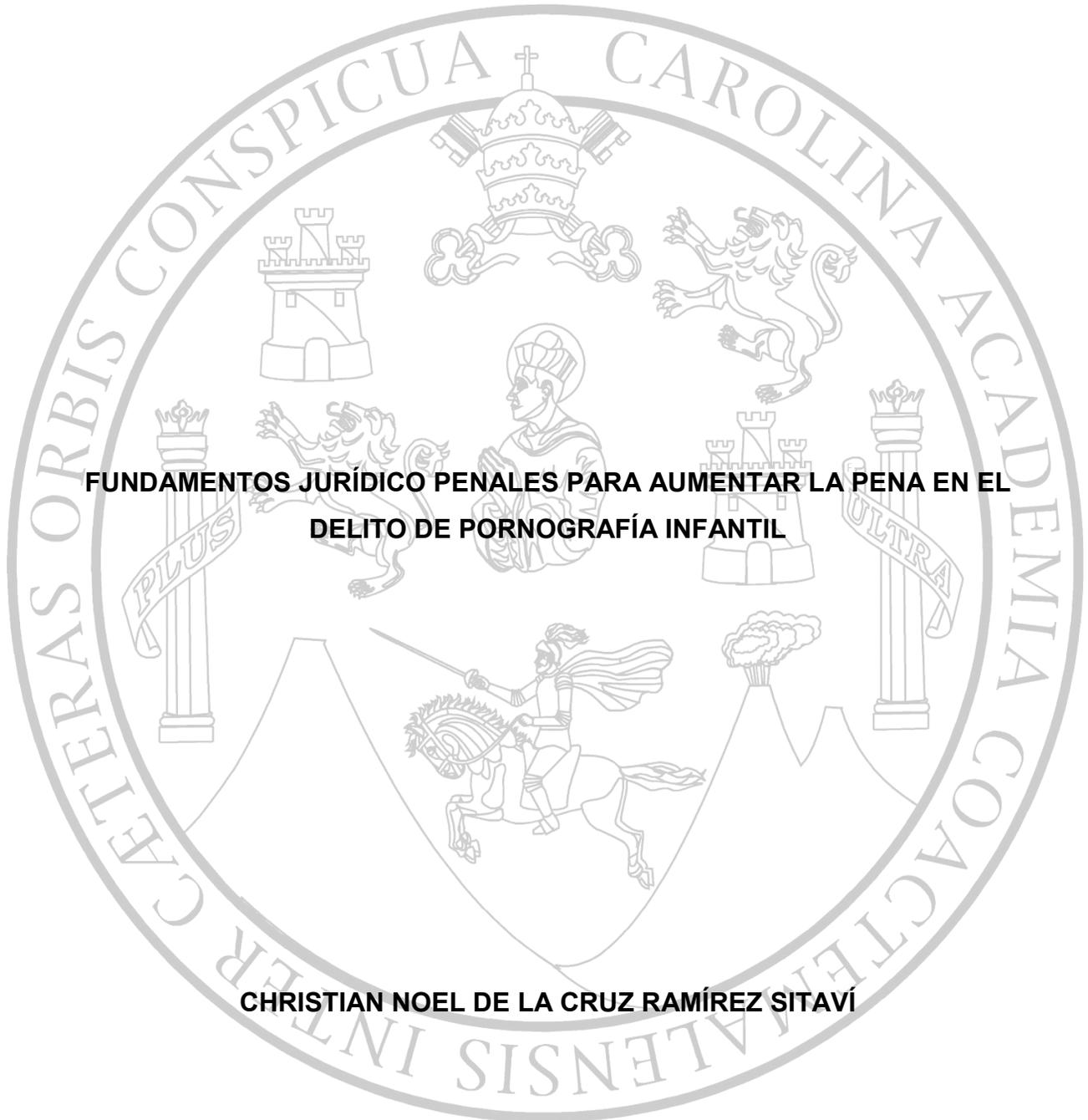


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**FUNDAMENTOS JURÍDICO PENALES PARA AUMENTAR LA PENA EN EL
DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL**

CHRISTIAN NOEL DE LA CRUZ RAMÍREZ SITAVÍ

GUATEMALA, MARZO DE 2021

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

**FUNDAMENTOS JURÍDICO PENALES PARA AUMENTAR LA PENA
EN EL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CHRISTIAN NOEL DE LA CRUZ RAMÍREZ SITAVÍ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, marzo de 2021

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

DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL I, en sustitución del Decano

VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

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

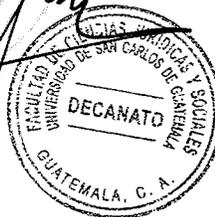


USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, veinte de noviembre de dos mil veinte.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante CHRISTIAN NOEL DE LA CRUZ RAMÍREZ SITAVÍ, titulado FUNDAMENTOS JURÍDICO PENALES PARA AUMENTAR LA PENA EN EL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

AJLR/JP.





USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

Decanato de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, veintiséis de octubre de dos mil veinte.

Se tiene a la vista la resolución de fecha cinco de marzo de dos mil veinte, emitida dentro del trabajo de tesis "FUNDAMENTOS JURÍDICO PENALES PARA AUMENTAR LA PENA EN EL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.", del estudiante Christian Noel De La Cruz Ramírez, carné número 201141172.

Dado que la resolución relacionada carece de la totalidad de las firmas correspondientes y por lo tanto no puede surtir efectos, emítase la resolución que procede según la reglamentación universitaria aplicable.

Artículos 82 y 83 de la Constitución Política de la República, artículos 22 y 24 literales a), d), g) y j) del Estatuto de la Universidad de San Carlos de Guatemala (nacional y autónoma), artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"



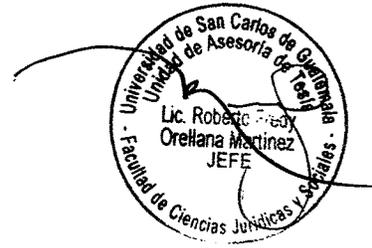
Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
Vocal I en sustitución del Decano

cc. Archivo





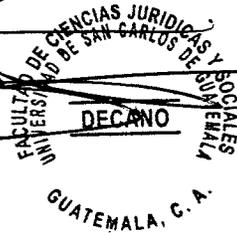
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 05 de marzo de 2020.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante CHRISTIAN NOEL DE LA CRUZ RAMÍREZ SITAVÍ, titulado FUNDAMENTOS JURÍDICO PENALES PARA AUMENTAR LA PENA EN EL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/JP.





Oficina Jurídica Profesional

Aguilon Rosshell C & Asociados



- Abogados - Notarios - Contadores - Auditores -

42137985 - 54861170 e-mail: lic.juan.aguilon@gmail.com – mrjuliamartinez@gmail.com

6ª. Avenida 3-35, Zona 3, Chimaltenango, Chimaltenango, Guatemala, C.A.

8ª. Ave. 20-09, Oficina 19, zona 1, Guatemala, Guatemala, C. A.

Guatemala, 10 de Septiembre de 2019.

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez.

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis.

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala.

Presente.

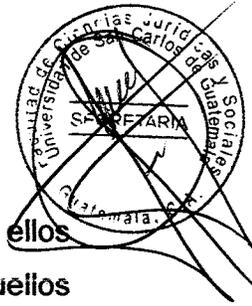


Respetable Licenciado Orellana Martínez:

De manera respetuosa me dirijo a usted, para informarle que conforme al nombramiento de asesor de fecha veintiocho de mayo de 2019, emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis, procedí a **ASESORAR** el trabajo de tesis del Bachiller: **CHRISTIAN NOEL DE LA CRUZ RAMÍREZ SITAVÍ** intitulado: **“FUNDAMENTOS JURÍDICO PENALES PARA AUMENTAR LA PENA EN EL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL”**.

Al respecto y en cumplimiento a lo que se establece en el Artículo 28 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito informar a usted lo siguiente:

1. El trabajo de tesis que asesoré se encuentra elaborado de acuerdo a la doctrina moderna y adecuada de los textos legales relacionados con el derecho penal; se encuentra contenido en cinco capítulos, los cuales comprenden aspectos



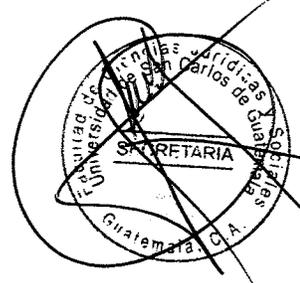
importantes del tema, en donde las víctimas son menores de edad, ya que ellos están expuestos a ser empleados en cualquier delito, en especial, de aquellos que atentan contra su indemnidad sexual, tal es el caso de la pornografía infantil.

2. Respecto a los métodos utilizados para el desarrollo de la presente investigación se aplicó el método analítico, para comprender y explicar el significado de los fundamentos jurídico penales que se deben tomar en cuenta para aumentar la pena en el delito de pornografía infantil; y, el método deductivo, que permitió arribar a conclusiones sobre lo que en doctrina se ha escrito en relación a los fundamentos jurídico penales para aumentar la pena del delito en referencia.
3. El sustentante brinda un importante aporte jurídico y un enfoque doctrinario y legal, ya que el Artículo 193 Ter del Código Penal no establece el presupuesto que permita imponer pena de prisión en forma gradual, en atención a la edad de la víctima y al daño que se le ocasione.
4. Las conclusiones y recomendaciones son oportunas, claras y concretas con relación al tema investigado.
5. Realicé las recomendaciones y correcciones necesarias, las cuales fueron íntegramente observadas y cumplidas por el sustentante del presente trabajo.

Al haberse cumplido con todos los requisitos establecidos en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, **APRUEBO** el trabajo de investigación objeto de asesoría y procedo a emitir el presente **DICTAMEN FAVORABLE**. Declaro expresamente que dentro de los grados de ley no soy pariente del estudiante asesorado. Atentamente,

Lic. Juan Antonio Aguilón Morales
ABOGADO Y NOTARIO

Juan Antonio Aguilón Morales
ABOGADO Y NOTARIO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 28 de mayo de 2019.

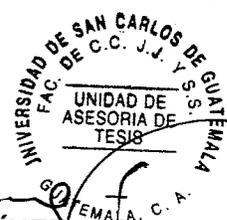
Atentamente pase al (a) Profesional, **JUAN ANTONIO AGUILON MORALES**
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
CHRISTIAN NOEL DE LA CRUZ RAMÍREZ SITAVÍ, con carné **201141172**,
 intitulado **FUNDAMENTOS JURÍDICO PENALES PARA AUMENTAR LA PENA EN EL DELITO DE PORNOGRAFÍA**
INFANTIL.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar 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, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción **02/07/2019**

Aseor(a)
 (Firma y Sello)

Juan Antonio Aguilon Morales
 ABOGADO Y NOTARIO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Infinitas gracias por darme la vida, estar y ser mi luz de fe, bendición y protección en todo momento.
- A MIS PADRES:** Felipe Noé Ramírez Álvarez y María Celestina Sitaví Cutzal gracias totales, por darme la vida y seguirme enseñando hasta el día de hoy, de como ser mejor persona, hijo, hermano y papá. Gracias por su cariño, comprensión y apoyo incondicional, por sus consejos, ejemplos de humildad, de trabajo arduo y constante; porque gracias a ello alcanzo este título profesional.
- A MIS HERMANOS:** Nelson Felipe, Angel Antonio, Juan Luis Emilio y Josselin Isabel, por el cariño, respeto, hermandad y apoyo incondicional que me han brindado.
- A MI ESPOSA:** Victoria Salazar, mi compañera de vida, por su amor, comprensión, empatía y apoyo incondicional en mi carrera.
- A MIS HIJOS:** Lesly Victoria y Christian Javier, por su amor incondicional, fuerza, comprensión y por ser el motivo de superación personal y profesional.



A MI TÍO:

Carlos Antonio Ramírez Alvarez (Q.E.P.D) por su cariño sincero e incondicional y su ejemplo de lucha durante toda su vida.

A MIS ABUELITAS Y ABUELO:

Trinidad Alvarez Santos, María Avelina Cutzal (Q.E.P.D) y Elizardo Ramírez Huertas (Q.E.P.D), por su cariño sincero e incondicional, oraciones y ejemplo de trabajo arduo y constante.

A MIS AMIGOS:

Edy, Rudy y Hugo Célis, Gilda Otzoy, Carlos Curruchich, Luis Mijangos y Estuardo Recinos, por su amistad, confianza y apoyo incondicional.

AL PROFESIONAL:

Ingeniero Agrónomo Axcel Efraín De León Ramírez, por ser mi fuente de inspiración y motivación para alcanzar este nivel académico.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Por albergarme todos estos años y darme el privilegio de egresar de ella.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES:

Gracias por formarme como profesional del derecho.



PRESENTACIÓN

La pornografía es toda expresión obscena de lo sexual, por lo que repudiable resulta el empleo de menores de edad para producir material pornográfico. El Estado de Guatemala debe proteger la libertad e indemnidad sexual de la niñez y la adolescencia. En el Código Penal guatemalteco se encuentran regulados diversos delitos, según el bien jurídico que tutelén, dentro de ellos el que alude a la producción de pornografía de personas menores de edad, contenido en el Artículo 193 Ter del citado Cuerpo Legal.

La investigación realizada pertenece al campo del Derecho Penal, por constituir delito la producción de pornografía infantil, la cual para su erradicación debe ser sancionada con pena de prisión impuesta conforme a la edad de la víctima y al daño que se le provoque. El trabajo realizado no requirió de una delimitación en el ámbito geográfico por ser eminentemente teórico y se utilizó la información bibliográfica recopilada, conforme al tiempo establecido en el cronograma de actividades.

El objeto de la investigación gira en torno a determinar los fundamentos jurídico penales que permiten aumentar la pena de prisión establecida para el delito de producción de pornografía de personas menores de edad, con base en el trabajo del sustentante. El aporte académico de la presente investigación radica en el hecho de contener información sobre el delito en referencia, misma que fue obtenida como producto de una investigación cualitativa por los datos recabados.



HIPÓTESIS

Cuando se redactó el plan de tesis se planteó la hipótesis siguiente: los fundamentos jurídico penales que se deben tomar en cuenta para aumentar la pena en el delito de pornografía infantil son, el interés superior del niño, la protección contra la pornografía infantil, el resguardo de la indemnidad sexual de los menores de edad y la característica de proporcionalidad de la pena.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Con el fin de comprobar la hipótesis planteada se utilizó el método analítico, para comprender y explicar el significado de los fundamentos jurídico penales que se deben tomar en cuenta para aumentar la pena en el delito de pornografía infantil; conjuntamente con el método deductivo, el que permitió arribar a conclusiones sobre lo que en doctrina se ha escrito en relación a los fundamentos jurídico penales que se deben considerar para aumentar la pena del delito en referencia.

Por lo que, finalizada la investigación, se establece que la hipótesis formulada sí se validó, porque los fundamentos jurídico penales expuestos proporcionan sustento sólido para aumentar la pena de prisión establecida para el delito de producción de pornografía de personas menores de edad, puesto que el Artículo 193 Ter del Código Penal no establece el presupuesto que permita imponer pena de prisión en forma gradual, en atención a la edad de la víctima y al daño que se le ocasione.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Principio del interés superior del niño.....	1
1.1. Conceptos.....	1
1.2. Legislación que lo regula.....	2
1.2.1. Nacional.....	2
1.3. Procesos en los que se aplica.....	5
1.3.1. Niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos.....	5
1.3.2. Adolescentes en conflicto con la ley penal.....	9
1.4. Su prevalencia en la toma de decisiones.....	13
1.5. Juzgados que velan por su aplicación.....	14
1.5.1. De paz o menores.....	15
1.5.2. De primera instancia.....	16

CAPÍTULO II

2. La pornografía infantil.....	19
2.1. Concepto.....	19
2.2. Medios empleados para producirla.....	22
2.3. Obligación estatal de erradicarla.....	24
2.4. Normativa legal que la prohíbe.....	25



2.4.1. El Código Penal de Guatemala.....	27
2.5. El delito de producción de pornografía de personas menores de edad...	27
2.5.1. Cuerpo Legal que lo regula.....	29
2.5.2. Verbos rectores.....	29
2.5.3. Sujetos.....	30
2.5.4. Bien jurídico tutelado.....	31
2.5.5. Elementos.....	32
2.1.6. Conducta del sujeto activo.....	33

CAPÍTULO III

3. La pena.....	35
3.1. Concepto.....	35
3.2. Clases.....	36
3.2.1. Doctrinaria.....	37
3.2.2. Legal.....	40
3.3. Características.....	46
3.4. Fines.....	50
3.5. Sanción establecida para el delito de producción de pornografía de personas menores de edad.....	52

CAPÍTULO IV

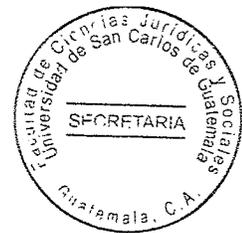
4. Trata de personas.....	56
4.1. Concepto.....	55
4.1.1. Legal.....	55
4.1.2. Doctrinario.....	56
4.2. Fases.....	59



4.2.1. Captación o reclutamiento.....	59
4.2.2. Transporte o traslado.....	60
4.2.3. Acogida o recepción.....	61
4.2.4. Explotación de la víctima.....	61
4.3. Clases.....	63
4.3.1. Interna.....	63
4.3.2. Externa.....	64
4.4. La pornografía infantil como una forma de explotación de las víctimas de trata de personas.....	64

CAPÍTULO V

5. Fundamentos jurídico penales para aumentar la pena en el delito de pornografía infantil.....	67
5.1. Forma legal de aumentar la sanción establecida para el delito de producción de pornografía de personas menores de edad.....	73
5.1.1. Legalidad de la pena.....	74
5.1.2. Que la sanción sea acorde a la edad de la víctima.....	75
5.1.3. Objetivo.....	76
5.1.3. Resultado esperado.....	77
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	79
BIBLIOGRAFÍA.....	81



INTRODUCCIÓN

El Código Penal guatemalteco, en el Artículo 193 Ter regula el delito de producción de pornografía de personas menores de edad, ilícito que se sanciona con prisión de seis a diez años de duración, sin embargo, el Artículo en mención no regula la posibilidad de graduar dicha sanción y aumentar su duración conforme a la edad de la víctima y al daño que se le ocasione con el obrar delictivo; lo que constituye un problema que afecta a la niñez guatemalteca, porque la expone a ser empleada en la producción de pornografía infantil, por lo benevolente de la sanción prevista para el delito en mención.

El problema indicado debe ser combatido por el Estado de Guatemala, en atención al bien común que el mismo debe garantizar a los habitantes del país, especialmente a la niñez y adolescencia, la cual se encuentra vulnerable por el hecho de no poderse imponer sanciones drásticas a quienes sean declarados culpables de la comisión del delito de producción de pornografía de personas menores de edad, puesto que la pena de prisión que actualmente se encuentra prevista para dicho delito no contribuye a erradicar la comisión del mismo, por su propia duración, siendo éste el motivo por el cual se realizó la presente investigación.

El objetivo general planteado se refiere a determinar los fundamentos jurídico penales que se deben tomar en cuenta para aumentar la pena en el delito de pornografía infantil; dicho objetivo se alcanzó con la investigación realizada, porque se establecieron los fundamentos jurídico penales que a criterio del tesista permiten aumentar la pena de prisión que se encuentra regulada para el delito de producción de pornografía de personas menores de edad.

La investigación consta de cinco capítulos, el primero comprende lo relativo al interés superior del niño, su concepto, la legislación que lo regula, los procesos en los que se aplica y los juzgados que velan por su aplicación; en el capítulo segundo se analiza la pornografía infantil, su concepto, los medios que se emplean para producirla, la obligación estatal de erradicarla y la normativa legal que la prohíbe; el tercer capítulo se refiere a la pena, su definición, clases, características y fines de la misma; en el cuarto capítulo se



analiza la trata de personas, su concepto, fases y clases; en el capítulo quinto, se estudian los fundamentos jurídico penales que proporcionan sustento para aumentar la pena en el delito de pornografía infantil.

Para la realización del presente trabajo se utilizaron los métodos analítico, deductivo y comparativo; a la vez, se empleó la investigación documental y bibliográfica.

Se estima oportuno analizar la posibilidad de aumentar la sanción establecida para el delito de producción de pornografía de personas menores de edad y establecer en el Artículo 193 Ter del Código Penal el presupuesto Legal que permita graduar la duración de la pena de prisión que se ha de imponer, conforme a la edad de la víctima del delito y al daño que se le ocasione con el obrar del sujeto activo, para que de esa forma el Estado disponga de las herramientas legales que, en función de una política criminal eficiente, le permitan la implementación de estrategias que contribuyan a erradicar la producción de pornografía infantil.



CAPÍTULO I

1. Principio del interés superior del niño

En este apartado, procedente resulta establecer lo que se debe entender por interés superior del niño, por ser este un principio de suma importancia en el ámbito de la niñez y adolescencia, es decir, en todas las diligencias en las que se vean involucrados los menores de edad, los cuales merecen especial atención por parte del Estado, precisamente por la minoría de edad en la que se encuentran.

1.1. Conceptos

Al respecto existen diversas definiciones, las cuales son expuestas según el punto de vista de su autor. “El principio del interés superior del niño es uno de los fundamentos de los derechos de los menores y funciona como el eje fundamental de la protección de los mismos.”¹

Se deduce que el interés superior del niño siempre se debe tomar en cuenta al momento de tomar una decisión en algún caso donde se vea involucrado un menor de edad, sea niño o adolescente, por ser este el principal objetivo de los procesos de niñez y adolescencia; ya que el bienestar de los menores de edad es el que se debe perseguir al momento de resolver algún caso de esa índole. Así mismo, en doctrina se establece que

¹ Ixcot Fuentes, Mónica José. **El interés superior del niño (a) ante la guarda y custodia en la tramitación de providencias cautelares de seguridad de personas y la inidoneidad de la madre. Estudio de casos.** Pág. 53



el interés superior del niño: "(...) es un principio jurídico garantista, en cuanto permite la resolución de conflictos de derechos y a la vez promueve su protección efectiva."²

A criterio del autor, el interés superior del niño es un principio que debe regir las decisiones jurisdiccionales y administrativas que se relacionen con niños, niñas o adolescentes, lo cual significa que al resolver proceso de niñez y adolescencia se debe procurar adoptar las medidas que sean benéficas para los menores de edad; puesto que el término niño se refiere a las personas que no han adquirido la mayoría de edad y que merecen especial atención y protección estatal.

En términos generales, la palabra interés significa: "Provecho, utilidad, ganancia."³ Por lo que al conjugar el término interés con la expresión niño, se establece que el interés superior del niño obliga a tomar decisiones que sean beneficiosas para los menores de edad, en todos los procesos en los que se decida algún asunto relativo a la niñez y adolescencia.

En atención al interés superior del niño, para restituir el derecho que le haya sido vulnerado a cierto adolescente, se deben dictar las medidas de protección respectivas, las cuales deben estar encaminadas al resguardo o restablecimiento del derecho amenazado o violado. Por ejemplo, la colocación del menor de edad en familia ampliada, cuando la agresión provenga de uno o ambos padres.

² **Ibid.** Pág. 53

³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 508



1.2. Legislación que lo regula

Por haberse citado algunos conceptos del interés superior del niño, esta legislación debe ser tomada en cuenta al decidir cuestiones de niñez y adolescencia, procedente resulta establecer la normativa local que lo fundamenta.

1.2.1. Nacional

El interés superior del niño se encuentra regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual en su Artículo 51 establece: “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 y seguridad y previsión social.”

Al tenor del Artículo citado, se hace taxativo el deber estatal de proteger a la niñez y adolescencia, procurando en todo momento el amplio desarrollo humano de los menores de edad; es decir, velando por el progreso personal de los niños y adolescentes, puesto que los mismos, en términos comunes, representan el futuro del país, situación por la que lógico resulta dotarlos de los recursos que sean necesarios para su desarrollo físico y emocional. Así mismo, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en su Artículo 5 regula que: “El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los

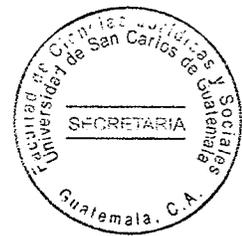


derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, Tratados y Convenios en materia de Derechos Humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta ley.”

Se deduce, entonces, que el principio en mención, también se refiere a tomar en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente de que se trate, al momento de tomar una decisión; es decir, se le debe escuchar, según su edad, para obtener información vital que se debe considerar al momento de resolver un conflicto en el que exista amenaza o violación de sus derechos.

En materia del Derecho Penal, en resguardo del interés superior del niño, el Código Penal regula los delitos que atentan contra la indemnidad sexual de los menores de edad. Así mismo, la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas reformó al Código Penal y le dio preponderancia a la indemnidad sexual de los niños, niñas y adolescentes, al incluir nuevos delitos enfocados a la protección de la libertad e intimidad sexual.

No obstante las Leyes citadas, cabe resaltar que al tratarse de un principio que debe regir los procesos de niñez y adolescencia, el interés superior del niño aparece fundamentado en toda la Legislación interna que obliga a tomar decisiones que resulten en beneficio de los menores de edad, por la esencia misma del principio en referencia.



1.3. Procesos en los que se aplica

Existen dos procesos que se deben basar en la aplicación del interés superior del niño, los cuales se encuentran regulados en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, el primero se tramita cuando a un menor de edad se le está poniendo en riesgo un derecho o se le ha vulnerado el mismo y el segundo es el que se sustancia cuando un adolescente ha infringido la Ley penal, los cuales de forma sucinta se explican a continuación.

1.3.1. Niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos

La definición de niñez y adolescencia se encuentra en el Artículo 2 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, el cual preceptúa: “Para los efectos de esta ley se considera niño o niña, a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad y adolescente a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad.”

Con base en lo anterior, mientras no haya cumplido la mayoría de edad, un niño o adolescente, goza de especial protección en sus derechos por parte del Estado, el cual creó una Ley especial con ese fin. Es decir, para evitar la amenaza en la violación de los derechos de la niñez y adolescencia o garantizar la restitución de tales derechos, en su caso, la Ley citada establece el procedimiento que se debe seguir o agotar, proceso que empieza cuando el órgano jurisdiccional tiene noticia de la violación de un derecho humano de la niñez y adolescencia.



De la lectura de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, se establece que los menores de edad tienen derecho a la vida, a la igualdad, a su integridad personal, a la libertad, a su identidad, a ser respetados y tratados con dignidad; los mismos tienen derecho de petición, a vivir en el seno de la familia y a ser adoptados, en su caso; también les asiste el derecho a un nivel de vida adecuado, a la salud, a la educación, cultura, deporte y recreación, entre muchos otros derechos que aparecen enumerados en la referida Ley.

El listado de garantías que le asisten a los menores de edad es amplia o de *númerus apertus*, al tenor del contenido del Artículo 8 de la Ley en mención, el cual en su parte conducente establece: “Los derechos y garantías que otorga la presente Ley, no excluye otros, que aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a los niños, niñas y adolescentes (...).”

De lo anterior se establece que es obligación del Estado garantizar el pleno goce y disfrute de los derechos que le asisten a la niñez y adolescencia, en virtud de lo cual cuando se ha vulnerado o puesto en peligro uno de tales derechos, se deben otorgar las medidas respectivas por medio de una resolución que se dicta en el proceso conocido como niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos. Al respecto, el Artículo 109 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regula: “Las medidas de protección a los niños, niñas y adolescentes serán aplicables, siempre que los derechos reconocidos en esta Ley sean amenazados o violados.” Con lo cual se confirman los supuestos en los que se debe aplicar dicha Ley.



En esta clase de proceso, las medidas de protección que los jueces pueden otorgar se encuentran establecidas en el Artículo 112 de la referida Ley, para lo cual los operadores de justicia deben fundar su resolución en el principio del interés superior del niño, tomando en cuenta lo prescrito en el Artículo 111 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, el cual preceptúa: "En la aplicación de las medidas se tendrán en cuenta las necesidades del afectado, prevaleciendo aquellas que tengan por objeto el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios, observando el respeto a la identidad personal y cultural."

Para mayor comprensión se cita el siguiente caso hipotético, una pareja se separa por problemas sentimentales y el hijo que han procreado queda a cargo de la madre, la cual inicialmente le presta los cuidados debidos, pero después lo golpea sin motivo alguno y por esa razón los vecinos presentan una denuncia anónima a la Procuraduría General de la Nación, con la cual se inicia la formación del expediente respectivo, realizándose las diligencias de forma inmediata, considerando que es obligación estatal velar por los derechos de la niñez y adolescencia. Cuando se recibe la denuncia de la agresión de que es objeto el niño, un técnico investigador de la Procuraduría General de la Nación se presenta al lugar en el que se encuentra el menor de edad y realiza la constatación respectiva, producto de la cual puede efectuar el rescate del niño y presentarlo al juzgado más cercano, sea de paz o de primera instancia, solicitando que se otorguen las medidas que se consideren adecuadas para salvaguardar los derechos del menor de edad, ya que ningún niño puede ser objeto de malos tratos.



Cuando el niño es presentado ante el juez respectivo, se instruye el proceso de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos y se toman las declaraciones que se consideran necesarias. En primer lugar se escucha al delegado de la Procuraduría General de la Nación para que exponga el caso, indique la investigación que ha realizado, realice las peticiones que considere oportunas y proponga el recurso familiar idóneo para el cuidado y protección del menor al que se le han vulnerado sus derechos.

Posteriormente, se escucha al menor de edad, siempre y cuando cuente con la edad que le permita expresarse, caso contrario se omite tal declaración. En el presente caso, considerando que el niño es objeto de malos tratos de parte de su progenitora, con seguridad se propondrá al padre del niño para que se haga cargo del mismo, el cual debe expresar su consentimiento a través de una declaración, en la cual se pronunciará de la forma que considere conveniente.

Habiéndose recibido las declaraciones respectivas, el juez dicta un auto indicando los derechos que le han sido vulnerados al menor de edad y la forma en que deben restaurarse los mismos, designando a la persona que se hará cargo del cuidado del niño, el cual se le entregará mediante acta que debe contener las formalidades respectivas.

Cabe mencionar que la Procuraduría General de la Nación debe agotar todos los posibles recursos familiares que sean idóneos para el cuidado del niño y en última instancia, de forma excepcional, debe proponer la institucionalización del menor de edad. Sobre el particular, el Artículo 114 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece: "El abrigo será medida provisional y excepcional, utilizable como forma de



transición para la colocación provisional o definitiva de niños, niñas y adolescentes en familia u hogar sustituto y no implicará en ningún caso privación de libertad.”

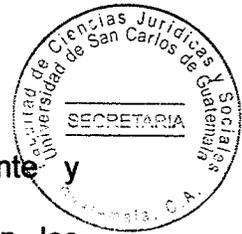
En el mismo auto en el que se otorguen las medidas de protección se debe señalar el día y la hora en que se llevará a cabo la audiencia de conocimientos de los hechos, tal como lo regula el Artículo 119 de la Ley citada. La Procuraduría General de la Nación debe realizar diligencias para recabar la información que permita resolver el caso, según lo establece el Artículo 120 de la Ley en mención.

Posteriormente deben proponerse las pruebas respectivas y después se llevará a cabo la audiencia definitiva, a la que se refiere el Artículo 123 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Para esta clase de proceso la Ley de la materia establece los recursos procesales que se pueden interponer en cada caso; habiéndose resuelto los recursos que se hayan planteado, se debe ejecutar la resolución final. De forma sucinta, el caso hipotético indicado recoge cada una de las etapas que componen el proceso que se debe seguir cuando un niño o adolescente es víctima de amenazas o violación de sus derechos humanos.

1.3.2. Adolescentes en conflicto con la Ley penal

Es oportuno establecer lo que en doctrina se entiende por adolescencia, la cual se define como: “Edad que sucede a la niñez y que transcurre desde que aparecen los primeros indicios de la pubertad hasta la edad adulta (...).”⁴

⁴ Ossorio. Op. Cit. Pág. 48



Lo anterior se resume diciendo que primero se es niño, luego adolescente y posteriormente adulto. Sin embargo, no obstante la edad en la que se encuentren, los menores de edad que transgredan la Ley penal pueden ser procesados. Para ello es oportuno establecer que el término conflicto significa: “Lo más recio o incierto de un combate, pelea o contienda. Oposición de intereses en que las partes no ceden. El choque o colisión de derechos o pretensiones. Situación difícil, caso desgraciado.”⁵

De lo anterior se deduce que el imperio de la Ley es amplio, por lo que cuando el adolescente tenga la edad requerida puede ser sometido a proceso penal. Para el efecto, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regula el proceso que se debe tramitar cuando un adolescente transgrede la Ley penal, misma que en el Artículo 132 establece: “Debe entenderse como adolescente en conflicto con la ley penal a aquel o aquella cuya conducta viole la ley penal.” La Ley citada también establece la edad requerida para que una persona sea procesada como adolescente en conflicto con la Ley penal. La misma en el Artículo 133 preceptúa: “Serán sujetos de esta Ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre los trece y menos de dieciocho años al momento de incurrir en una acción en conflicto con la ley penal o leyes especiales.”

De la lectura del Artículo transcrito se establece que la expresión popular que asegura que los menores de edad son inimputables no es del todo cierta, porque no se les puede procesar como adultos pero sí como adolescentes en conflicto con la Ley penal, cuando los mismos se encuentran dentro del rango establecido por la Ley que regula dicho proceso.

⁵ Ossorio. Op. Cit. Pág. 199



El Artículo 23 del Código Penal, en lo conducente preceptúa: “No es imputable: 1. El menor de edad (...).” Cabe resaltar que la inimputabilidad a la que se refiere el Código Penal se explica así, un menor de edad no puede ser juzgado como adulto, es decir, no puede ser encausado dentro del juicio o procedimiento penal establecido en el Código Procesal Penal, porque para el efecto se encuentra establecido el proceso de adolescentes en conflicto con la Ley penal al que se refiere el Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala. El proceso de adolescentes en conflicto con la Ley penal está reservado para determinar la inocencia o culpabilidad de los menores de edad sindicados de la comisión de un delito o falta, cuya tramitación puede darse en un Juzgado de Paz o de primera instancia, dependiendo del ilícito cometido, por razones de competencia territorial o de la materia, así por ejemplo, si el adolescente es sindicado de la comisión de una falta contra las personas será competente el Juez de Paz del lugar donde se cometió el ilícito.

El proceso objeto de análisis puede iniciar por denuncia o flagrancia, caso en el cual el adolescente debe ser presentado inmediatamente ante el juez competente para solventar su situación jurídica, tal como lo establece el Artículo 195 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; al respecto cabe mencionar que aquí queda sin efecto el plazo de seis horas que la Policía Nacional Civil tiene para presentar a los detenidos ante la autoridad respectiva, porque dicho plazo aplica solamente cuando el detenido es un mayor de edad; incluso, el informe de detención de un menor de edad se presenta en forma manuscrita.



El adolescente debe declarar auxiliado por abogado defensor de su confianza y en caso de no poder contratarlo, el Estado le debe proveer un defensor de oficio del Instituto de la Defensa Pública Penal, a efecto de ser asesorado como corresponde y no vulnerarle su derecho de defensa. Al mismo le asisten todos los derechos y garantías contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y, con base en el Artículo 141 de la misma, lo que para el efecto establece el Código Penal y Procesal Penal. El juez que reciba la declaración del adolescente sindicado debe pronunciarse sobre la legalidad de la detención, así lo establece el Artículo 195 del Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala. En suma, en el proceso de adolescentes en conflicto con la Ley penal debe cumplirse con las disposiciones establecidas en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, tanto en lo que respecta a plazos, derechos y diligencias, para que el operador de justicia competente y sus auxiliares judiciales no sean objeto de quejas o denuncias por negligencia en la tramitación del expediente.

En dicho procedimiento existe la figura del debate reservado, según lo regula el Artículo 213 del Cuerpo Legal en mención, mismo que establece: "El debate será reservado y se regirá, en cuanto sea aplicable, por el Código Procesal Penal. Al inicio, el juez instruirá al adolescente sobre la importancia y el significado del debate. Cuando sea necesario tratar asuntos que puedan causarle perjuicio psicológico, el juez, previa consulta a este, a su defensor y a las partes, podrá disponer su retiro transitorio de la audiencia. El adolescente podrá comunicarse en todo momento con la defensa, de manera que deberá estar ubicado a su lado. En lo posible la sala de audiencia estará acondicionada de conformidad con el fin educativo que persigue este procedimiento especial."



Como se observa el proceso de adolescentes en conflicto con la Ley penal persigue la educación del adolescente y su reincorporación a la sociedad, procurando que por medio de dicho proceso el menor de edad sindicado logre encausar su caminar y dirigir sus actos por la senda del bien, lo que se confirma con las penas establecidas para los adolescentes que sean declarados responsables de la comisión del ilícito que se les imputa, puesto que el Artículo 238 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece sanciones socio-educativas, de orientación y supervisión, de internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio, las cuales están orientadas a generar un cambio en la conducta del adolescente y por ende a resocializarlo. De manera resumida se ha abordado lo referente al proceso de adolescentes en conflicto con la Ley penal el cual se debe cumplir a cabalidad, sin dejar de mencionar que el mismo permite la conciliación cuando concurren los presupuestos establecidos en la Ley.

1.4. Su prevalencia en la toma de decisiones

Como se anotó, el interés superior del niño, niña o adolescente, debe prevalecer en la toma de decisiones que se refieran a un menor de edad, porque está orientado a buscar el desarrollo integral de la niñez y adolescencia, considerando que es una obligación del Estado garantizar la realización del bien común, de la población en general.

Al respecto, en la doctrina se escribe que: “Los derechos han sido clasificados a través del tiempo acorde a las necesidades y características de las personas, tanto con referencia a la edad, aspecto económico y social de manera que no se vulnere ninguno de ellos y se pueda proteger de manera más específica cada uno. Los niños y niñas son un grupo



susceptible de la sociedad, a quienes a través del tiempo se les han violado varios derechos por su condición, estos de acuerdo con su edad, adquieren progresivamente derechos con el objetivo de que en la medida en que accede a su subjetividad pueda conquistar su plena autonomía.⁶ Conforme a lo anterior, a la niñez y adolescencia le asisten derechos, entre ellos su interés superior, entendido este como la garantía que se debe observar y cumplir al momento de tomar alguna decisión, administrativa o jurisdiccional, que se refiera o involucre a un menor edad, buscando en todo momento que esa decisión esté orientada al beneficio y desarrollo integral del menor de edad, sea que aparezca como niño o adolescente vulnerado en sus derechos o en conflicto con la Ley penal.

1.5. Juzgados que velan por su aplicación

Es obligación estatal velar por el interés superior del niño, tanto a nivel administrativo como judicial. En lo jurisdiccional todos los juzgados en los que se tramiten asuntos relativos a niñez y adolescencia están obligados a velar por la aplicación de dicho principio. Sin embargo, por el principio de especialidad, su aplicación forzosa corresponde a los órganos jurisdiccionales que estén facultados para conocer, tramitar y resolver procesos de niñez y adolescencia, por lo que, para los efectos de la presente investigación, se analizan los Juzgados de Paz o menores y los de primera instancia.

⁶ Ixcot Fuentes. **Op. Cit.** Pág. 14



1.5.1. De paz o menores

La Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 203, en lo conducente establece: “La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado (...). La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.”

Con base en lo anterior, por mandato Constitucional se deben establecer los órganos jurisdiccionales competentes para administrar justicia; habida cuenta los Juzgados de Paz o menores, como también se les denomina, son de competencia mixta y dentro de sus funciones está el conocimiento de procesos en materia de niñez y adolescencia.

En relación a esta clase de juzgados, el Artículo 101 de la Ley del Organismo Judicial, regula: “Los juzgados menores se denominan juzgados de paz, a menos que por su especial naturaleza la ley o la Corte Suprema de Justicia les dé distinta denominación. La Corte Suprema de Justicia establecerá los juzgados menores en el número y en los lugares que considere convenientes a la buena administración de justicia.”

Regularmente existe un Juzgado de Paz en cada municipio del país, sin embargo, en los lugares donde la población es numerosa y por ende los conflictos aumentan, existen dos Juzgados de Paz, tal el caso de la cabecera departamental de Chimaltenango. La competencia de estos órganos jurisdiccionales es conferida por la Corte Suprema de



Justicia por medio de acuerdos en los que se establecen los turnos en que cada uno de los juzgados atenderá, puesto que se debe cumplir con el ideal de justicia pronta.

Existen diversas definiciones de la palabra competencia, una de ellas es la que establece que: “La competencia de un órgano jurisdiccional es el conjunto de atribuciones que tiene éste para conocer de determinados asuntos, según lo haya dispuesto la misma Ley o la Corte Suprema de Justicia.”⁷

La competencia de los Juzgados de Paz, en lo que respecta a procesos de niñez amenazada o violada en sus derechos humanos y de adolescentes en conflicto con la Ley penal, se encuentra regulada en los Artículos 101 y 103 del Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, la cual deben cumplir de forma inmediata.

1.5.2. De primera instancia

En lo que respecta a los Juzgados de Primera Instancia, los mismos aparecen regulados en el Artículo 94 de la Ley del Organismo Judicial, el cual preceptúa: “La Corte Suprema de Justicia determinará la sede y distrito que corresponde a cada juez de primera instancia y en donde hubiere más de uno, les fijará su competencia por razón de la materia, de la cuantía y del territorio.”

En el interior del país generalmente existe un Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia y de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, antes no era así, por ejemplo, el de Chimaltenango también conocía los casos que se suscitaban en el

⁷ Sandoval Sandoval, Osman Leonel. *La necesidad de regular en el ordenamiento jurídico guatemalteco el otorgamiento de medidas de seguridad y/o protección por razón de género en los casos no contemplados en los decretos 97-1996 y 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala.* Pág. 48



departamento de Sacatepéquez, actualmente el departamento de Sacatepéquez ya cuenta con un Juzgado de Primera Instancia especializado en materia de niñez y adolescencia. La competencia de los Juzgados de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia y de Adolescentes en conflicto con la Ley Penal, se encuentra establecida en los Artículos 101, 102, 104 y 105 del Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala.

Dichos órganos jurisdiccionales se diferencian de los Juzgados de Paz en cuanto a que los Juzgados de Primera Instancia están más equipados y cuentan con el personal adecuado, tal el caso de psicólogos, mayor número de personal, sala de audiencias con sistema de audio, etcétera. Sin embargo, los Juzgados de Paz de naturaleza mixta atienden las veinticuatro horas del día, incluyendo fines de semana y días festivos, lo que no sucede en los de primera instancia.

Tanto los Jueces de Paz, como los de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia y de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, están obligados a velar por la aplicación del principio del interés superior del niño en todos los procesos que se tramiten ante sus judicaturas, velando en todo momento por adoptar las decisiones que contribuyan al bienestar de los menores de edad que le sean presentados, como niños víctimas o como adolescentes en conflicto.

En materia de niñez y adolescencia los procesos deben tramitarse de forma inmediata, dándoles prioridad ante otros casos. Los jueces que conocen procesos de niñez y adolescencia deben ser personas dotadas de presteza y paciencia para tratar con



menores de edad, lo cual les servirá al momento de resolver algún conflicto que se les presente; pero no solo los operadores de justicia deben cumplir con dichos atributos, también sus auxiliares judiciales, para que el equipo trabaje en la misma dirección.

Los procesos que se tramitan en materia de niñez y adolescencia son especiales, porque se refieren a menores de edad que han sido víctimas de amenazas o violación de sus derechos humanos o que se encuentran en conflicto con la Ley penal. En ambos casos, el juzgador que ha sido facultado para solventar el conflicto debe adoptar todas las medidas que considere necesarias y realizar las diligencias oportunas para salvaguardar los intereses de los menores de edad, bajo el amparo de la Ley.

Para una correcta protección del interés superior del niño se requiere conocimiento amplio de la Ley, aunado a un correcto sentido de humanidad, conjugado con un cúmulo de valores que permitan comprender la situación y resolverla con equidad, para lo cual se necesita la colaboración de otras entidades que por su función se relacionan con los procesos de niñez y adolescencia, tal el caso de la Procuraduría General de la Nación, la cual desempeña una importante función al respecto.

Por lo que el trabajo que desempeñan los jueces que conocen, tramitan y resuelven asuntos de niñez y adolescencia, así como la función de los auxiliares judiciales de dichos jueces y la colaboración que prestan las demás entidades que intervienen en tales procesos, debe estar encaminado al interés superior del niño, niña o adolescente.



CAPÍTULO II

2. La pornografía infantil

El tema de la pornografía es de apreciación subjetiva, porque las opiniones al respecto dependerán de las personas que la observan, porque innegable es que existen seres humanos a los que les atrae el material pornográfico realizado por adultos; sin embargo, en la actualidad se emplea a menores de edad en la realización de dicho material, lo cual refleja cierto grado de descomposición social.

2.1. Concepto

En términos populares lo pornográfico se refiere al hecho de exhibir dibujos o imágenes de personas desnudas teniendo relaciones sexuales. Con relación a la pornografía, el maestro Escobar Cárdenas establece que: "(...) se habla de pornografía en relación a todo lo obsceno, ya sea a través de la literatura, de los dibujos o pinturas, de las imágenes fotográficas o proyecciones cinematográficas, o bien, de objetos, etc., de esa índole."⁸

Con base en la definición anterior, la pornografía se manifiesta a través de revistas, películas y objetos, etcétera, en donde se hace una manifestación grosera de la sexualidad y se emplean a diversas de personas para el efecto. En materia de la niñez y adolescencia, la pornografía infantil: "Es la representación de un niño o niña por cualquier

⁸ Escobar Cárdenas, Fredy Enrique. **Compilaciones de derecho penal, parte especial**. Pág. 122

medio con actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o la representación de los genitales de un niño o niña con fines primordialmente sexuales.”⁹

El concepto anterior es más acorde a la presente investigación, porque se refiere a la niñez como víctima de la pornografía infantil, lo que denota que es obligación del Estado proteger a los niños, niñas y adolescentes para que no sean utilizados en esa actividad ilícita, puesto que el propio Estado se encuentra obligado a velar porque no se vulneren los derechos de la niñez, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la indemnidad sexual, bien jurídico tutelado que debe ser resguardado por medio de los mecanismos legales establecidos.

La legislación guatemalteca protege a la niñez y adolescencia de la pornografía infantil, puesto que existe el delito denominado producción de pornografía de personas menores de edad, el cual se encuentra regulado en el Artículo 193 Ter del Código Penal y pretende sancionar el hecho de emplear a niños, niñas o adolescentes en la producción o elaboración de material pornográfico, porque se atenta contra su indemnidad sexual.

Se entiende por indemnidad la: “Condición o estado del exento de padecer un mal en su persona o bienes.”¹⁰ El concepto que precede se refiere a cualquier ámbito de la vida del ser humano, por lo que es necesario agregar que en materia de sexualidad, la indemnidad se refiere a la garantía estatal de que una persona, en el presente caso un niño, niña o adolescente, no debe ser víctima de un ataque sexual, para lo cual el Estado debe

⁹ Andrade Monar, Elsy Virginia. **Análisis de las formas de difusión de la pornografía infantil en internet en la legislación ecuatoriana.** Pág. 15

¹⁰ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** Pág. 162



implementar y ejecutar las medidas que sean necesarias con el fin de resguardar la indemnidad sexual de la niñez en general.

Lo anterior obedece a que el interés superior del niño es una garantía que se debe aplicar a nivel nacional, cuando exista amenaza o violación a sus derechos, para que la decisión que se adopte, en este caso, en materia penal, esté orientada a garantizarle o restituirle los derechos que le asisten.

Aunado a lo anterior: “Una persona puede ser vulnerada en su intimidad sexual, por ejemplo que se le fotografíe por cualquier medio, en donde aparezca sosteniendo relaciones sexuales, siempre y cuando sea captada sin su consentimiento y constituya un atentando contra su intimidad sexual (...).”¹¹

De lo antes citado se establece que se debe respetar la intimidad sexual de las personas, porque las imágenes que se capten pueden ser empleadas para elaborar material pornográfico, lo cual se debe evitar a toda costa, ya que la pornografía afecta a la persona que es empleada en su producción y a quien de alguna forma llega a tener contacto con ese material pornográfico, por lo que el consentimiento que en algún momento pueda dar la víctima no limita el daño que se le provoca, el cual es más severo en el caso de los menores de edad, considerando que no es lo mismo comparar como víctima a un niño o adolescente, con una persona mayor de edad, por ejemplo.

¹¹ Escobar Cárdenas, Fredy Enrique. **Op. Cit.** Pág. 116



2.2. Medios empleados para producirla

En términos generales, la expresión medio alude a la herramienta o vehículo, por así decirlo, que se emplea para llegar a un lugar, lograr un objetivo, alcanzar un fin o producir algo; en este caso, las herramientas que se emplean para producir pornografía.

Sobre el particular: “(...) modernamente se habla de pornografía en relación a todo lo obsceno, ya sea a través de la literatura, de los dibujos o pinturas, de las imágenes fotográficas o proyecciones cinematográficas, o bien, de objetos, etc., de esa índole.”¹²

Con base en lo transcrito, se deduce que son variados los medios que se utilizan para producir la pornografía, entre los cuales se pueden mencionar los libros que contengan imágenes pornográficas, dibujos que reproduzcan escenas sexuales, pinturas que contengan imágenes grotescas sobre sexualidad, fotografías de personas que estén manteniendo relaciones sexuales, películas cinematográficas cuyo contenido sea netamente sexual y pervertido, objetos o juguetes sexuales, entre otros. Tomando en cuenta que la pornografía es toda expresión obscena de lo sexual, como medio para producirla sirve cualquier expresión humana que groseramente aluda a la sexualidad.

Así mismo, dentro de las herramientas que se utilizan para producir pornografía están las cámaras fotográficas, las videocámaras, los equipos de cómputo, las imprentas y las personas encargadas de manejar o maniobrar los aparatos que son empleados para el efecto, con lo que se establece que son diversos los medios que se pueden emplear para producir pornografía.

¹² Escobar Cárdenas. Op. Cit. Pág. 122



Popularmente se habla del instinto humano tendiente a la sexualidad, la cual no es mala cuando se practica de la forma adecuada; sin embargo, en muchos seres humanos existe cierto morbo que persigue alimentar la vista y los sentidos por medio de imágenes pornográficas, lo cual ha sido explotado por compañías cinematográficas que se dedican exclusivamente a producir películas pornográficas, también llamadas películas para adultos.

Dichas filmaciones son proyectadas en salas de cines y por medio del sistema de cable, lo que puede ser apreciado en doble vía: como una forma de trabajo y lucro para quienes producen y proyectan la pornografía y como la manera de satisfacer el morbo sexual de quienes sienten fascinación por lo pornográfico. Ese morbo sexual es exagerado, disimulado en algunos casos, al extremo que uno de los diarios que circulan en el país ha implementado la estrategia de publicar la fotografía de una modelo en ropa interior como una forma de atraer clientela.

Lo anterior se refiere a las herramientas que se emplean para producir pornografía, no así a las personas que son utilizadas para ello, para lo cual se debe distinguir a las víctimas del delito, de los actores y actrices porno, los cuales han hecho de la pornografía su forma de subsistir, diferente al caso de los niños, niñas o adolescentes que son explotados sexualmente, con el único fin de satisfacer el instinto humano de amas fortuna, sin importar el daño que se ocasione a otros seres humanos, en el presente caso, a las víctimas que son empleadas para producir pornografía.

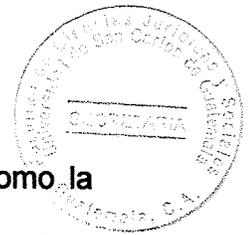


2.3. Obligación estatal de erradicarla

De suma importancia es la labor estatal que se desarrolle para erradicar o hacer que desaparezca la pornografía en la que se emplea a menores de edad, porque el propio Estado se encuentra obligado a velar por el interés general o bien común, el cual exige que los habitantes del país convivan en un ambiente libre de toda clase de violencia y sin el riesgo de ser explotados por otro ser humano.

Al respecto, el Artículo primero de la Constitución Política de la República de Guatemala, preceptúa: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.” A su vez, el Artículo segundo del Cuerpo Legal citado, 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.” Los Artículos transcritos confirman la obligación estatal de velar por el desarrollo de la niñez y adolescencia, en función del bien común, procurando a toda costa que los mismos cohabiten en un ambiente libre de violencia, en el presente caso, confiados de que no serán explotados sexualmente.

Por su parte el Artículo 51 de la Constitución Política de la República de Guatemala es enfático al respecto, porque el mismo regula: “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 y seguridad y previsión social.”



Esa seguridad que se le debe garantizar a los menores de edad, se entiende como la certeza de que los mismos no sean empleados en la producción de material pornográfico, objetivo por el cual el Estado se encuentra obligado a implementar las estrategias o mecanismos que sean adecuados para erradicar toda clase de violencia sexual hacia los niños, niñas y adolescentes.

En función de una política criminal adecuada, en materia de niñez y adolescencia, se deben establecer protocolos que tiendan a erradicar el empleo de menores de edad en la producción de pornografía, considerando la posibilidad de graduar la pena a imponer a quienes resulten responsables de la comisión de determinado delito en el que se involucre a menores de edad y que la sanción sea acorde a la edad de la víctima y al daño causado.

El hecho de que un delito tenga contemplada una sanción leve, no responde a los fines de una política criminal adecuada, puesto que dicha sanción no puede ser considerada como un persuasivo social para no delinquir. Por ello, es obligación estatal establecer sanciones ejemplares para quienes cometan delitos en los que se involucren a menores de edad, especialmente en lo que respecta a la producción de pornografía.

2.4. Normativa Legal que la prohíbe

En este apartado de forma sucinta se abordará lo referente a la Legislación nacional que prohíbe y sanciona la pornografía infantil, considerando que el propio Estado es garante de la indemnidad sexual de las personas, especialmente de la población infantil guatemalteca.



2.4.1. El Código Penal de Guatemala

Este Cuerpo Legal se encuentra contenido en el Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, vigente desde el 15 de septiembre de 1973, el mismo está compuesto de tres libros, el primero regula la parte general que es aplicable a todos los delitos, el segundo libro, denominado parte especial, contiene un listado de las conductas delictivas consideradas delitos, por último tercer libro, regula lo referente a las faltas.

Tomando en cuenta que el Estado de Guatemala garantiza la vida, la libertad, la seguridad e integridad de la persona, entre otros muchos valores, los cuales constituyen bienes jurídicos tutelados, en el Código Penal se encuentran establecidos diversos delitos, según el bien jurídico que protegen. No obstante, además del Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, existen diversas Leyes penales especiales en las cuales también se regulan delitos; todo con el fin de cumplir con el deber estatal de proveer a los habitantes de un ambiente libre de violencia.

Dentro de los delitos que se encuentran regulados en el Código Penal se hallan los que atentan contra la vida, la integridad, el honor, el patrimonio, la indemnidad sexual, etcétera. Habida cuenta el Artículo 193 Ter del Cuerpo Legal citado tipifica como delito la producción de pornografía de personas menores de edad, como un ilícito que atenta contra la libertad e indemnidad sexual de las personas, en este caso, de los niños, niñas y adolescentes.



En el Código Penal de Guatemala también se regulan conductas delictivas de menor gravedad, las cuales aparecen en el libro tercero y se clasifican en faltas contra las personas, contra la propiedad, contra las buenas costumbres, contra los intereses generales y régimen de las poblaciones, contra el orden público, así como las faltas electorales. La diferencia que estriba entre delitos y faltas se refiere a la gravedad de la conducta delictiva y a la sanción que se debe imponer en cada caso; por ejemplo, los delitos pueden ser sancionados con prisión o multa y las faltas únicamente con pena de arresto.

En lo que respecta a una política criminal adecuada en materia penal, el Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal, constituye una valiosa herramienta en relación a la prevención y represión del delito, puesto que dicho Cuerpo Legal, como se indicó anteriormente, regula sin número de delitos atendiendo al bien jurídico que cada uno protege, lo cual faculta al Ministerio Público para promover la persecución penal de las conductas consideradas delictivas, encuadrando cada acción u omisión en el tipo penal regulado en la Ley penal vigente.

2.5. El delito de producción de pornografía de personas menores de edad

La libertad e indemnidad sexual de las personas son bienes jurídicos protegidos por el Estado, regulados en el título III del libro segundo del Código Penal, en el cual se encuentran tipificados los delitos que atentan contra dichos valores protegidos. Cabe mencionar que, en relación a la pornografía infantil, el delito de producción de pornografía de personas menores de edad, fue incorporado al Código Penal guatemalteco por medio



del Artículo 40 de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, el cual reformó el Artículo 194 del referido Código Penal; sin embargo, el Artículo 69 de la indicada Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas derogó el Artículo 194 del Código Penal, con lo cual esa figura delictiva fue atípica por un tiempo.

Posteriormente, por medio del Decreto número 4-2010 del Congreso de la República de Guatemala, nuevamente se reformó el Código Penal y se adicionó el Artículo 193 Ter que regula el delito de producción de pornografía de personas menores de edad, Artículo que estuvo suspendido temporalmente.

Como se anotó, la producción de pornografía infantil se reguló en el Código Penal y se comenzó a sancionar a los responsables de esa conducta. En tal sentido, el Artículo 193 Ter del Código Penal preceptúa el delito de producción de pornografía de personas menores de edad, pero contempla una sanción leve que difícilmente contribuye a prevenir la comisión de ese ilícito, situación que hace vulnerables a los menores de edad, quienes se encuentran expuestos a ser utilizados para elaborar o producir material pornográfico, porque aunque el ilícito se encuentra regulado, el Artículo en mención no contempla la posibilidad de aplicar una sanción de forma gradual, en atención a la edad de la víctima.

Con dicha conducta delictiva se atenta contra la libertad e indemnidad sexual de las personas menores de edad; no obstante que Guatemala se ha comprometido a tomar todas las medidas necesarias para procurar el bien superior de los niños, niñas y adolescentes. Por lo que, al no existir sanciones ejemplares para quienes incurran en la producción de pornografía infantil, Guatemala está quedándose rezagada en esa materia,



ya que en cierto modo no hay justicia para las víctimas, las cuales no pueden recibir una reparación digna y adecuada, por el mismo hecho de no existir una sanción acorde al daño que se les provoca, ya que el Artículo 193 Ter del Código Penal, en cuanto a la pena de prisión, no gradúa la misma en atención a la edad o incapacidad cognitiva o volitiva de la víctima.

2.5.1. Cuerpo Legal que lo regula

La producción de pornografía infantil constituye una conducta prohibida que se encuentra establecida en el Código Penal en el Artículo 193 Ter del referido Código, el cual regula el delito de producción de pornografía de personas menores de edad. Cabe mencionar que dicho delito preceptúa una penalidad leve para quien sea declarado responsable de la comisión del ilícito en mención, sanción que difícilmente contribuye a prevenir la comisión del ilícito, situación que convierte en personas vulnerables a los niños, niñas y adolescentes, porque se encuentran expuestos a ser utilizados para producir pornografía, toda vez que, aunque existe la prohibición de elaborar pornografía de menores de edad, el Artículo 193 Ter del Código Penal no permite sancionar gradualmente, en atención a la edad de la víctima del delito.

2.5.2. Verbos rectores

Es preciso que todo abogado penalista sepa identificar los verbos rectores de un delito, para definir una adecuada tesis de acusación o defensa. El verbo rector de un delito:



“Consiste en la acción u omisión, es decir, lo que se hace o deja de hacer (matar, robar, contraer, agredir, omitir), sus terminaciones son: ar, er, ir.”¹³

Con base en lo anterior, los verbos rectores del ilícito objeto de análisis se refieren a las acciones que lleva a cabo el sujeto activo para la comisión del mismo, en tal sentido lo que se reprime y sanciona es producir, fabricar y elaborar material pornográfico en el que se empleen a personas menores de edad, tal como lo preceptúa el Artículo 193 Ter del Código Penal, por lo que cualquier imputación que se realice debe estar enfocada a tales conductas.

Tomando en cuenta que los verbos rectores indicados se refieren a la pornografía, resulta preciso anotar que en doctrina se escribe que: “La pornografía, como expresión común de lo sexual, porque tiende a vulgarizarlo a tal grado que constituye una verdadera ofensa o ultraje a la persona, es manifestación soez de inmaduros y degenerados.”¹⁴ Por ser la pornografía una manifestación enfermiza de personas con problemas mentales, el hecho de producir, fabricar y elaborar material pornográfico empleando o sometiendo a menores de edad es la conducta típica que se sanciona en Guatemala.

2.5.3. Sujetos

En todo delito existen dos sujetos, el que realiza la acción prohibida y quien sufre las consecuencias de la conducta delictiva, a los cuales se les denomina sujeto activo y pasivo, respectivamente.

¹³ Escobar Cárdenas, Fredy Enrique. **Compilaciones de derecho penal, parte general**. Pág. 111

¹⁴ Escobar Cárdenas. **Op. Cit.** Pág. 122



a) Sujeto activo: “Persona física que comete el delito, denominado también: delincuente, agente o criminal, siendo esta última acepción manejada por la criminología. Es el que viola el derecho violado. Siempre será una persona física, indistintamente de la edad, sexo, nacionalidad. Solo la persona física puede ser imputable y capaz.”¹⁵ Sobre el particular, con base en lo transcrito, el sujeto activo del delito de producción de pornografía de personas menores de edad es cualquier persona que adecue su conducta a la prohibición descrita en el Artículo 193 Ter del Código Penal, lo que se deduce de la lectura del Artículo en mención al establecer: “Quien de cualquier forma (...).”

b) Sujeto pasivo: “Es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente. Es el titular del derecho violado, persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Se le conoce también como víctima u ofendido. Una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito, como en los delitos patrimoniales y contra la nación. Directamente el ofendido es quien indirectamente resiente el delito, ejemplo los familiares de un fallecido.”¹⁶

Habida cuenta, de la lectura del Artículo 193 Ter del Código Penal, se establece que una o varias personas menores de edad, o con incapacidad volitiva o cognitiva, puede ser sujeto pasivo del ilícito penal establecido en el Artículo en mención; lo que resalta una conducta desviada de parte del sujeto activo, al utilizar a niños, niñas o adolescentes para elaborar material pornográfico, el cual será vendido para obtener grandes ganancias a expensas de las víctimas del delito.

¹⁵ Escobar Cárdenas. Op. Cit. Pág. 110

¹⁶ Escobar Cárdenas. Op. Cit. Pág. 111



2.5.4. Bien jurídico tutelado

El bien jurídico tutelado de un delito: “Es el interés que el Estado pretende proteger a través de los distintos tipos penales, interés que es lesionado o puesto en peligro de la acción del sujeto activo, cuando esta conducta se ajusta a la descripción legal.”¹⁷ Según lo expuesto, el bien jurídico tutelado del delito denominado producción de pornografía de personas menores de edad está constituido por la libertad e indemnidad sexual de las víctimas del delito en cuestión. Por lo que en atención a la obligación estatal de garantizar el bien común, cualquier conducta que ponga en riesgo la libertad y la indemnidad sexual de los niños, niñas y adolescentes debe ser juzgada y sancionada de forma ejemplar.

2.5.5. Elementos

En todo delito existe un elemento interno y otro material. El primero se refiere a la voluntad, el ánimo, la intención, el deseo de delinquir, mientras que el segundo alude a la realización de la conducta delictiva, es decir, llevar a la práctica el deseo o intención transgredir la Ley penal. En el presente caso, el elemento interno delito objeto de análisis está compuesto por la: “Voluntad de producir, fabricar o elaborar material pornográfico de personas menores de edad o con incapacidad volitiva o cognitiva. Es un delito doloso.”¹⁸

Con base en lo transcrito, el elemento material del delito de producción de pornografía de personas menores de edad se refiere a producir, fabricar o elaborar material pornográfico empleando como víctimas a personas menores de edad o con incapacidad cognitiva o

¹⁷ de León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial**. Pág. 234

¹⁸ Escobar Cárdenas. **Op. Cit.** Pág. 123



volitiva. Es decir, primero se concibe el deseo, el ánimo de cometer tal conducta y posteriormente se lleva a la práctica esa conducta, a través de los verbos rectores previstos en el tipo penal. En el presente caso, se trata de concretar un delito doloso empleando a niños, niñas o adolescentes.

2.5.6. Conducta del sujeto activo

Con relación a las formas en que opera la conducta del sujeto activo, existen delitos de acción, de omisión, de comisión por omisión y de pura actividad, los cuales aluden a diversos bienes jurídicos tutelados y contienen verbos rectores propios, mismos que deben ser tomados en cuenta al momento de realizar la tipificación respectiva.

“Delitos de acción o comisión. En ellos la conducta humana consiste en hacer algo (...) que infringe una ley prohibitiva (...). Delitos de pura omisión (omisión propia). En ellos la conducta humana consiste en no hacer algo, infringiendo una ley preceptiva, que ordena hacer algo (...). Delitos de comisión por omisión (omisión impropia). En ellos la conducta humana infringe una ley prohibitiva, mediante la infracción de una ley preceptiva, es decir, son delitos de acción cometidos mediante una omisión (...). Delitos de pura actividad. Son aquellos (...) que no requieren de un cambio efectivo en el mundo exterior, es suficiente la simple conducta humana.”¹⁹

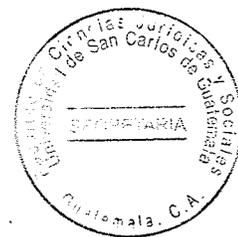
En el presente caso, es de acción la conducta del sujeto activo del delito de producción de pornografía de personas menores de edad, porque realiza movimientos corporales para producir, fabricar o elaborar pornografía infantil utilizando a niños, niñas o adolescentes.

¹⁹ de León Velasco y de Mata Vela. Op. Cit. Pág. 150



Esos movimientos corporales están inmersos en los verbos rectores del delito, lo que denota desequilibrio mental en la mente del autor del ilícito y confirma la obligación estatal de prohibir, reprimir y sancionar tales conductas delictivas.

CAPÍTULO III



3. La pena

La comisión de un delito y la declaratoria de responsabilidad del autor del mismo, trae consigo la imposición de una sanción, la cual, con base en el principio de legalidad, debe estar previamente establecida en la Ley. Después de agotadas o cumplidas todas las fases del proceso penal respectivo, es tarea del juez o tribunal correspondiente el dictado de la sentencia que condene o absuelva al procesado.

La sentencia condenatoria debe expresar la pena impuesta al responsable de la comisión del delito y el lugar en el cual debe cumplir su condena; por lo que estando firme dicha sentencia, después de haberse interpuesto y resuelto los recursos procesales que correspondan, prosigue el cumplimiento de la pena o sanción impuesta, esperando que la misma sirva para reincorporar al individuo a la sociedad.

3.1. Concepto

En relación a la pena, López Contreras establece que: "Todo delito tiene como consecuencia la sanción penal. La sanción o la pena es un mal que se le impone a un sujeto por haber cometido un hecho establecido como delito."²⁰

²⁰ López Contreras, Rony Eulalio y Félix María Pedreira González. **Curso de derecho penal, parte general.** Pág. 211



Según el autor citado, se debe sancionar a toda aquella persona que cometa un delito sin embargo, la sanción que se impone no la considero un mal, sino una forma de reencausar a la persona para que no vuelva a delinquir, puesto que el fin del Estado es que los habitantes se sujeten a la Leyes del país, para que la sociedad guatemalteca conviva en un ambiente libre de violencia y cuando alguien comete un delito o una falta, lógico resulta sancionarlo a través del proceso respectivo, puesto que de no hacerlo más personas delinquirán motivados por la falta de aplicación de justicia.

“La resocialización debe ir encaminada a la educación del condenado para su futura convivencia social.”²¹ La sanción que se impone a quien es declarado culpable de la comisión de un delito, debe ir encaminada a buscar que esa persona comprenda el daño que causó y que al limitarle su libertad de locomoción, por ejemplo, arribe a la conclusión de no delinquir.

3.2. Clases

Tanto en la doctrina como en la Legislación nacional, existen clasificaciones de las sanciones que se le deben imponer a la persona que sea declarada responsable de la comisión de un delito, para lo cual se deben tomar en cuenta diversos factores; puesto que cada delito tiene sus rasgos característicos propios, considerados elementos, los cuales lo distinguen de otros ilícitos, tal el caso del bien jurídico tutelado y las consecuencias que el obrar delictivo provoca en cada caso.

²¹ López Contreras y Pedreira González. Op. Cit. Pág. 211



3.2.1. Doctrinaria

Según la doctrina, las penas se clasifican así: "I. Por el bien jurídico injuriado por el delincuente; II. De acuerdo a los delitos por los que se impone; III. De acuerdo a los efectos que producen."²² Significa que, el bien jurídico tutelado quebrantado, el delito cometido y los efectos del mismo, constituyen la base para sancionar al sujeto activo.

I) Por el bien jurídico injuriado por el delincuente existen las siguientes clases de penas:

"a) Captales: Privan de la vida al reo.

b) Aflictivas: Procuran algún sufrimiento para el delincuente sin quitarle la vida, dentro de ellas se encuentran la marca, la mutilación, los azotes, las cadenas, etc.

c) Infamantes: Causan daño en el honor del delincuente tal como son: la picota, la estigma, la obligación de llevar vestidos especiales.

d) Pecuniarias: Disminuyen de alguna manera el patrimonio del delincuente.

e) Restrictivas de libertad: Limitan la capacidad de acción del individuo, restringiéndolo a ciertas zonas como puede ser la prisión."²³

²² Escobar Cárdenas. *Op. Cit.* Pág. 226

²³ Escobar Cárdenas. *Op. Cit.* Pág. 227



La clasificación anterior es doctrinaria y de las penas que ahí se aluden, en Guatemala se imponen la multa y la prisión, la primera que afecta el patrimonio del condenado y la segunda que limita su libertad de locomoción. Sin embargo la pena a imponer debe estar fundada en Ley, en atención al principio de legalidad, por lo que la doctrina, en el presente caso, sirve únicamente para apreciar la magnitud de la sanción impuesta.

II) De acuerdo a los delitos por los que se impone, las penas o sanciones se dividen en:

“a) Criminales: Se aplican a individuos que han cometido delitos sumamente graves.

b) Correccionales: Se aplican a personas que han cometido delitos de mediana gravedad y cuyos reos pueden ser fácilmente corregidos.

c) Las de policía: Se aplican a los que contravienen reglamentos de policía o realizan violaciones administrativas.”²⁴

De lo citado, resalta el criterio de imponer sanciones conforme a la gravedad del ilícito cometido; lo cual, a criterio del tesista, funcionaría en Guatemala en atención a una política criminal enfocada a la prevención de las conductas delictivas, especialmente de los ilícitos que se cometen en contra de la niñez y adolescencia guatemalteca, tal el caso del delito contenido en el Artículo 193 Ter del Código Penal, en el que, sin escrúpulo alguno, se utilizan a menores de edad para producir pornografía.

²⁴ Ibid.



III) De acuerdo a los efectos que producen, las sanciones se dividen en las siguientes:

“a) Eliminatorias: Marginan definitivamente al delincuente de la sociedad, ejemplo: pena de muerte y prisión perpetua.

b) Semieliminatorias: Recluyen al culpable, separándolo de la sociedad por un tiempo determinado, ejemplo: la prisión temporal y la deportación.

c) Correccionales: Tienden a obtener la rehabilitación social del delincuente pero sin segregarlo, como pueden ser los casos de amonestación y el apercibimiento.”²⁵

De lo transcrito, cabe resaltar que la prisión perpetua significa el encierro de por vida del condenado; la deportación puede ser considerada una pena accesoria, cuando se expulsa a la persona de cierto país, después de haber cumplido una prisión temporal. El apercibimiento es una forma de garantizar la presencia del sindicado en determinado proceso, al compelerlo a que se presente ante la autoridad penal para dilucidar su situación Legal.

El apercibimiento, como mecanismo de coerción y no como sanción, forma parte de los apremios regulados en el Artículo 178 de la Ley del Organismo Judicial, el cual preceptúa: “Los apremios son: Apercibimiento, multa o conducción personal, que se aplicarán según la gravedad de la infracción, salvo cuando la ley disponga otra cosa.”

²⁵ Ibid.



3.2.2. Legal

En Guatemala, existe una clasificación Legal de las sanciones que se pueden imponer, según lo establecido en los Artículos 41 y 42 del Código Penal, mismas que conforme a la Ley citada se dividen en penas principales y accesorias. La imposición de una sanción principal conlleva el dictado de una pena accesoria; por ejemplo, la multa que se impone por la comisión del delito de responsabilidad de conductores, trae aparejada la cancelación de la licencia de conducir vehículo por determinado tiempo.

Al respecto, el Artículo 41 del Código Penal, regula: “Son penas principales: La de muerte, la de prisión, el arresto y la multa.” Las sanciones indicadas afectan la vida, la libertad de locomoción y el patrimonio de la persona condenada a cualquiera de ellas, mismas que deben ser cumplidas al encontrarse firme la sentencia respectiva.

Pena de muerte: Actualmente, la aplicación de la pena de muerte no es procedente en Guatemala, pero la misma se refiere a la facultad estatal de quitarle la vida al sujeto que ha sido condenado a ella. Sobre el particular existen diversas posturas, ya que el tema acarrea sin fin de pronunciamientos en los salones universitarios y en los pasillos de los tribunales, puesto que se trata de quitarle la vida a un ser humano que, aunque malhechor, tiene derechos humanos que le asisten, entre ellos el derecho a la vida. Las últimas ejecuciones en Guatemala, en aplicación de la pena de muerte, se llevaron a cabo por medio de fusilamientos e inyección letal, por supuesto en atención a la facultad estatal de sancionar en la forma establecida en la Ley.



Pena de prisión: Se encuentra establecida en el Artículo 44 del Código Penal, el cual en su parte conducente regula: “La pena de prisión consiste en la privación de la libertad personal y deberá cumplirse en los centros penales establecidos para el efecto. Su duración se extiende de un mes hasta cincuenta años (...).”

La libertad de locomoción es la garantía que se limita con la aplicación de la pena de prisión, puesto que la misma se refiere al cuerpo que se hace de una persona, por el tiempo establecido en la sentencia respectiva. La pena de prisión se puede considerar degradante en lo que se refiere al aspecto emocional de los individuos, la misma se encuentra establecida en la Legislación nacional y su tiempo de duración no puede exceder del plazo indicado.

Pena de arresto: Consiste en la privación de la libertad de locomoción de una persona por un tiempo menor. La misma se encuentra regulada en el Artículo 45 del Código Penal, el cual preceptúa: “La pena de arresto consiste en la privación de la libertad personal hasta por sesenta días. Se aplicará a los responsables de faltas y se ejecutará en lugares distintos a los destinados al cumplimiento de la pena de prisión.”

La diferencia que existe entre la pena de prisión y la de arresto es en cuanto al tiempo de duración de las mismas. El arresto se puede conmutar sin importar su duración, en tanto que la pena de prisión solo cuando no exceda de cinco años, tal como lo establece el Artículo 50 del Código Penal. La aplicación del arresto se encuentra reservada únicamente para sancionar las faltas que establece el referido Cuerpo Legal.



Pena de multa: La misma se encuentra establecida en el Artículo 52 del Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, mismo que establece: “La pena de multa consiste en el pago de una cantidad de dinero que el juez fijará, dentro de los límites legales.”

El patrimonio de la persona condenada es el que se afecta o limita con la imposición de una multa, misma que debe ser graduada dentro de los montos establecidos en la Ley. En atención al principio de legalidad la multa no debe ser fijada al antojo del juzgador y solo procede en los casos establecidos en la Legislación penal guatemalteca, tanto para delitos como faltas. Dentro de los delitos sancionados con pena de multa se puede citar la desobediencia regulada en el Artículo 414 del Código Penal y dentro de las faltas, la que preceptúa el Artículo 130 de la Ley de Armas y Municiones.

Las penas accesorias: Como su nombre lo indica, son secundarias y suceden a una sanción principal. Sin embargo, las mismas deben cumplirse a cabalidad y en el tiempo establecido para el efecto, por haber sido impuestas por la autoridad respectiva en el pleno ejercicio de sus atribuciones, ya que su incumplimiento puede provocar que se haga efectivo algún apercibimiento y con ello acarrear consecuencias negativas para quien las incumpla.

Las penas accesorias se cumplen conjunta o inmediatamente después de la sanción principal que las precede, tal el caso de la cancelación de la licencia de conducir vehículo al ser multado por responsabilidad de conductores.



Las penas accesorias deben estar reguladas en la Ley, puesto que: “A diferencia de las sanciones sociales, o las sanciones administrativas, la pena solo puede estar contemplada en la ley orgánica (principio de legalidad), precisamente porque consiste en la restricción de derechos fundamentales. Cualquier tipo de restricción particular de derechos o las sanciones que impone la Administración en base a su potestad correctiva no son penas, aunque en su manifestación puedan coincidir. El requisito legislativo como fundamental en la pena es una muestra del carácter formal de este sistema de sanciones y del mayor grado de garantías.”²⁶

Como se establece, en atención al principio de legalidad, las penas accesorias deben estar prescritas o reguladas en el Código Penal de Guatemala y en las demás Leyes penales especiales, entre las que se pueden mencionar la Ley de Armas y Municiones y la Ley Forestal, entre otras; mismas que preceptúan delitos y faltas, actividades ilícitas para las cuales se regulan las sanciones que se deben imponer a quienes resulten responsables.

El Artículo 42 del Código Penal establece: “Son penas accesorias: Inhabilitación absoluta; inhabilitación especial; comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito; expulsión de extranjeros del territorio nacional; pago de costas y gastos procesales; publicación de la sentencia y todas aquellas que otras leyes señalen.” El Artículo citado establece la posibilidad de aplicar las sanciones accesorias que se encuentren reguladas en otras Leyes, según lo prescriba el Cuerpo Legal respectivo.

²⁶ Escobar Cárdenas. Op. Cit. Pág. 222



La inhabilitación se define como: “Acción o efecto de inhabilitar o incapacitar. Declaración de que alguien no puede, por causas naturales, morales o de otra índole, desempeñar un cargo, realizar un acto jurídico o proceder en otra esfera de la vida jurídica. Pena aflictiva que imposibilita para el ejercicio de determinados cargos o para el de determinados derechos.”²⁷

La imposibilidad para desempeñar un empleo o cargo público o para ejercer un derecho será definitiva o temporal, según la duración de la pena principal impuesta o conforme se haya decretado en la sentencia respectiva. Generalmente cuando se condena a prisión a determinada persona, también se le suspenden sus derechos políticos por el tiempo que dure la condena, según se establece en el Artículo 59 del Código Penal. Para el efecto, la inhabilitación absoluta y la especial se encuentran reguladas en los Artículos 56 y 57 del referido Código.

El comiso: Se encuentra establecido en el Artículo 60 del referido Código Penal, el cual preceptúa: “El comiso consiste en la pérdida, a favor del Estado, de los objetos que provengan de un delito o falta, y de los instrumentos con que se hubieren cometido, a no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del hecho. Cuando los objetos referidos fueren de uso prohibido o no sean de lícito comercio, se acordará el comiso, aunque no llegue a declararse la existencia del delito o la culpabilidad del imputado (...) El comiso procederá únicamente en caso de que el juez o tribunal competente no declare la extinción de dominio, conforme a la ley de la materia.”

²⁷ Cabanellas de Torres. *Op. Cit.* Pág. 165



La expulsión de extranjeros del territorio nacional: Pena accesoria que se impone a las personas originarias de otros países que hayan sido declarados responsables de la comisión de algún delito en el territorio nacional. La misma debe hacerse efectiva después del cumplimiento de la pena principal impuesta, por ejemplo, luego de haberse cumplido la pena de prisión respectiva o de haberse pagado alguna multa impuesta, tomando en cuenta que existen delitos sancionados con pena de prisión y con pena principal de multa.

El pago de costas y gastos procesales: Obligación que se le impone a la persona que haya sido vencida en juicio y se refiere al pago de los gastos en los que incurrió la otra parte, por ejemplo, el pago de honorarios a los abogados. Al respecto cabe mencionar que en Guatemala la justicia es gratuita y por ende ningún funcionario o empleado público puede ni debe exigir compensación alguna por la labor que desempeña, puesto que los mismos reciben un salario mensual.

Para ampliar, respecto a las costas procesales, en doctrina se expone que: “Se da este nombre a los gastos legales que hacen las partes y deben satisfacer en ocasión de un procedimiento judicial (...).”²⁸ Existen gastos que son absorbidos por el Estado, como en el caso de que el sindicado no se encuentre en condiciones de contratar a un abogado particular que se haga cargo de su defensa, situación en la cual se le asigna un defensor de oficio, para lo cual el juez respectivo debe oficiar al Instituto de la Defensa Pública Penal solicitando abogado defensor para el sindicado.

La publicación de sentencia: Se encuentra regulada en el Artículo 61 del Código Penal, mismo que en lo conducente establece: “La publicación de la sentencia es pena accesoria

²⁸ Cabanellas de Torres. Op. Cit. Pág. 82



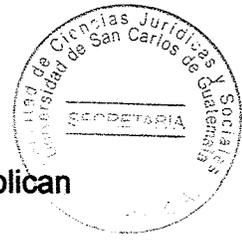
a la principal que se imponga por los delitos contra el honor y contra la libertad e indemnidad sexual, regulados en el Código Penal y otras normas específicas de la materia. En los casos de delitos contra el honor, a petición del ofendido o de sus herederos, el juez a su prudente arbitrio, ordenará la publicación de la sentencia en uno o dos periódicos de mayor circulación en la República, a costa del condenado o de los solicitantes subsidiariamente, cuando estime que la publicidad pueda contribuir a reparar el daño moral causado por el delito (...).”

De lo anterior sobresale el hecho de que la publicación de la sentencia puede contribuir a reparar el daño moral o psicológico que se haya causado con la conducta delictiva. La publicación de sentencia debe ser ordenada por el juez competente, quien impondrá dicha pena accesoria cuando concurren los presupuestos establecidos en la Ley, puesto que en atención al principio de legalidad el juez no puede aplicar otras sanciones que no se encuentren previamente establecidas.

3.3. Características

Una característica es un rasgo distintivo que sirve para identificar o diferenciar. La pena, como la sanción que se impone al autor de un delito, tiene sus propias características, las cuales permiten comprender de forma amplia el concepto, siendo estas las que se enumeran a continuación.

Doctrinariamente se establece que la pena se distingue por ser intimidatoria, aflictiva, ejemplar o preventiva, legal, correctiva, justa, pública, proporcional al delito, personal, se



encuentra revestida de igualdad, siendo a su vez jurídica.²⁹ A continuación se explican cada una de las características enumeradas:

a) Intimidatoria: “Significa que debe preocupar o causar temor al sujeto para que no delinca.”³⁰ La sanción que se le imponga al autor del delito debe servir como un persuasivo social para no cometer más ilícitos, empezando por el propio condenado, para que al sancionarse las conductas delictivas, los demás miembros de la sociedad se abstengan de infringir la Ley.

b) Aflictiva: “Debe causar cierta afectación o aflicción al delincuente, para evitar futuros delitos.”³¹ Por supuesto que esta característica funciona o hace efecto en las personas que transgreden la Ley por primera vez, porque cuando se habla de reincidentes o delincuentes habituales es más complicado, toda vez que de alguna manera el ser humano se acostumbra a cierta forma de conducta.

c) Ejemplar o preventiva: “Debe ser un ejemplo en los planos individual y general para prevenir otros delitos.”³² Se acepta que las penas sean drásticas cuando tienen como finalidad prevenir la ola delincencial que azota a determinado país, en función de una política criminal que esté orientada a establecer mecanismos que coadyuven a ese fin.

²⁹ Escobar Cárdenas. **Op. Cit.** Pág. 223

³⁰ **Ibid.**

³¹ **Ibid.**

³² **Ibid.**



d) Legal: "Porque las penas deben estar siempre establecidas en la ley, de conformidad con el principio de legalidad."³³ Esto es así porque la propia Ley debe establecer la sanción que se va a imponer en cada caso. De ahí la importancia de regular sanciones ejemplares para que el resto de la población no conciba la idea de delinquir, ante el temor de ser sancionados de forma drástica y con ello evitar, en cierto grado, la comisión de hechos delictivos.

e) Correctiva: "Toda pena debe tender a corregir al sujeto que comete un delito."³⁴ De hecho la sanción que se impone al autor del delito es considerada como un correctivo que hace recapacitar al agente, para que al momento de cumplir con la sanción que se le haya impuesto llegue a la conclusión de que su actuar debe ir encaminado en apego a las Leyes del país.

f) Justa: "La pena no debe ser mayor ni menor, sino exactamente la correspondiente en la medida del caso que se trata. Tampoco debe ser excesiva en dureza o duración, ni menor, sino justa y que pueda ser revocada o que se pueda reparar algún error."³⁵ Esta característica se refiere a retribuir a la persona según su actuar, con base en los presupuestos establecidos en la Ley penal. La misma debe poder imponerse en forma gradual y en atención al daño causado, para ello es necesario que en cada delito se regule la duración mínima y máxima de la pena de prisión, así como los motivos por los cuales se puede graduar su imposición, para aplicar sanciones justas.

³³ Escobar Cárdenas. *Op. Cit.* Pág. 224

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*



g) Pública: “Solo el Estado está facultado para crear y aplicar la pena.”³⁶ Esta característica de la pena se concatena con el principio de legalidad, puesto que solo el Estado como ente soberano, a través de su poder imperio, es el único que puede establecer sanciones y regularlas en las Leyes penales, para que los jueces cuenten con los elementos necesarios para sancionar las conductas delictivas comprobadas.

h) Proporcional al delito: “Los delitos graves deben sancionarse con penas graves, y los delitos leves con penas leves.”³⁷ Para ejemplificar, las faltas reguladas en el Código Penal se sancionan con pena de arresto, cuya duración no puede exceder de sesenta días, mientras que la pena de prisión dura años, según el delito de que se trate.

Lo ideal es que cada delito sea sancionado en proporción al daño ocasionado con el obrar del autor del mismo, al cual se le debe reprimir con una pena que pueda graduarse en atención a la edad de víctima, como el caso de la producción de pornografía de personas menores de edad, en el que se emplean a niños, niñas o adolescentes para elaborar material pornográfico, afectando a la víctima en gran manera.

i) Personal: “Solo debe imponerse a la persona que haya cometido el delito, nadie debe ser castigado por un delito cometido por otra persona.”³⁸ Como en el caso del delito de responsabilidad de conductores, en el que solo puede sancionarse a la persona que en ese momento condujere el vehículo y no a su copiloto o acompañantes.

³⁶ Escobar Cárdenas. *Op. Cit.* Pág. 224

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*



j) Igualdad: “Las penas deben aplicarse por igual, sin importar cuestiones sociales, económicas, políticas, religiosas, de raza, etc.”³⁹ Por ello es necesario que los jueces sean completamente imparciales al momento de aplicar justicia, para que su decisión sea motivada únicamente por los medios de prueba que les presente el Ministerio Público, por ejemplo. Se debe aplicar justicia por igual, sin tratos preferentes, puesto que solo así se mantendrá la confianza de la población hacia el Organismo Judicial.

k) Jurídica: “Mediante la aplicación de la pena, se logra el restablecimiento del orden legal.”⁴⁰ Precisamente ese es uno de los fines de la pena, mantener la armonía, la paz y la tranquilidad social, para garantizar la convivencia en un ambiente social libre de violencia, contribuyendo así al bien común. El Estado se debe hacer respetar, para lo cual es necesario que se imponga estableciendo sanciones para los infractores de las Leyes penales.

3.4. Fines

Con relación a los fines de la pena existen diversas concepciones doctrinarias, según el autor que se consulte, al respecto: “En cuanto a los fines de la pena, actualmente a parte de la función retributiva, debe asignársele un fin de utilidad social que debe traducirse a la objetiva prevención del delito y la efectiva rehabilitación del delincuente. A este respecto Cuello Calón acertadamente asienta: la pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente al de la prevención del delito. Pero orientada hacia este rumbo no puede prescindir en modo absoluto de la idea de justicia, cuya base es la

³⁹ Escobar Cárdenas. *Op. Cit.* Pág. 224

⁴⁰ *Ibid.*



retribución, porque la realización de la justicia es un fin socialmente útil. Por esto aun cuando la pena haya de tender, de modo preponderante, a una finalidad preventiva ha de tomar en cuenta aquellos sentimientos tradicionales hondamente arraigados en la conciencia colectiva que exige el justo castigo del delito y dar a la represión criminal un tono moral que la eleva y ennoblece.”⁴¹

De lo anterior se deduce que la pena o sanción tiene como objetivos los siguientes: retribuir al sujeto activo por su actuar delictivo y compensar en cierto modo a la víctima por el sufrimiento que le haya ocasionado la conducta del autor del delito. Así mismo, busca la prevención de más hechos delictivos al sancionar de forma ejemplar al responsable, en el sentido de que la sanción impuesta sirva como un persuasivo social para no delinquir, es decir, como ejemplo de lo que sucede cuando una persona comete delito. La pena o sanción debe lograr la rehabilitación del delincuente, es decir, reinsertarlo a la sociedad como una persona que ya no desee delinquir, lo cual se convierte en una tarea titánica, porque para ello el Estado debe competir, por así decirlo, con los grupos delincuenciales, los cuales ofrecen incentivos a sus integrantes. Motivo por el cual se considera que en atención a una política criminal adecuada, la pena debe cumplir con las tres finalidades indicadas, para materializar el objetivo de su imposición, puesto que no resultaría beneficioso para la sociedad la aplicación de sanciones ineficaces.

⁴¹ de León Velasco y de Mata Vela. Op. Cit. Pág. 263



3.5. Sanción establecida para el delito de producción de pornografía de personas menores de edad

El delito en referencia se encuentra regulado en el Artículo 193 Ter del Código Penal, el cual establece: “Quien de cualquier forma y a través de cualquier medio produzca, fabrique, o elabore material pornográfico que contenga imagen o voz real o simulada de una o varias personas menores de edad o con incapacidad volitiva o cognitiva, en acciones pornográficas o eróticas, será sancionado con prisión de seis a diez años y multa de cincuenta mil a quinientos mil quetzales.” Para el autor del ilícito en mención se encuentran establecidas dos penas principales, la prisión y la multa. Sin embargo, tomando en cuenta que se trata de niños, niñas y adolescentes los que pueden ser utilizados como sujetos pasivos del delito, se considera que la pena de prisión establecida es leve en comparación con el daño que se ocasiona a los menores de edad, puesto que se toma a un niño de diez años, por ejemplo, se le sustrae de su inocencia y se le somete a la realización de actividades sexuales, con el fin de que algún ser humano, desprovisto de la mínima moral, aumente su patrimonio. Por lo anterior se considera necesario analizar la posibilidad de aumentar la pena de prisión que se encuentra reservada para dicho delito y regular el presupuesto que permita fijar su duración conforme a la edad de la víctima y al daño que el actuar delictivo le haya causado.



CAPÍTULO IV

4. Trata de personas

Los delitos que atentan contra la libertad e indemnidad sexual de las personas son de especial consideración, porque dejan secuelas profundas y a largo plazo en la víctima, acarreándole consecuencias negativas a nivel psicológico, moral, emocional y social. En muchas ocasiones no se denuncian dichos delitos, por el estigma social en el que se puede caer cuando una persona ha sido víctima de una agresión sexual.

Los niños, las niñas y los adolescentes, por su minoría de edad, son vulnerables a ser empleados como víctimas de cualquier delito, en especial de aquellos que atentan contra su indemnidad sexual, entre ellos la trata de personas y la producción de pornografía infantil, ilícitos que se encuentran íntimamente relacionados, los cuales se cometen a nivel nacional e internacional, por ende el territorio guatemalteco no se encuentra exento de padecer las consecuencias que provoca la comisión de tales conductas delictivas.

Guatemala se ha comprometido a poner en práctica los mecanismos que coadyuven a crear la legislación pertinente, la que permita de manera efectiva el combate de la trata de personas y la producción de pornografía infantil, por ello se han establecido los tipos penales correspondientes y la sanción que se impondrá a quienes incurran en la comisión de los mismos, para que exista un persuasivo social que induzca a los habitantes a la no comisión de delitos. En esto radica la importancia de que la sanción que se le imponga al autor de un ilícito penal sea acorde al daño que ocasionó con su conducta antijurídica.



Al existir conductas que no estén sancionadas adecuadamente, pero que sí producen daño, las personas no pueden ser penadas como se debería y al no estar prevista una sanción ejemplar nada les impide realizar nuevamente su acción, lo cual provoca que la sociedad en general se encuentre en una situación vulnerable de ser víctima, en este caso, de trata de personas y pornografía infantil.

Se debe tomar en cuenta que la Constitución Política de la República de Guatemala establece que el Estado debe proteger a la familia y a las personas menores de edad, lo que resalta el compromiso estatal de evitar a toda costa la comisión de delitos que atenten contra la indemnidad sexual de los menores de edad. Es por ello que a nivel local se han promulgado Leyes que tienden a la protección de los niños, niñas y adolescentes, por ejemplo, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas. Con esta última se le da mayor realce a la indemnidad sexual y se incorporan tipos penales que la protegen.

Desde la entrada en vigencia de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, en el año 2009, la sociedad ha evolucionado y con ella también las formas de delinquir, al extremo de actualmente convertir a niños de diversas edades en víctimas de trata de personas para explotarlas de diversas maneras, especialmente en la producción de pornografía, lo que indica que las penas respectivas deben ser acordes a la edad de la víctima, tomando en cuenta el daño que se le ocasiona.



4.1. Concepto

Preciso resultado definir a la trata de personas, tanto de manera legal como doctrinaria, para comprender el significado amplio del concepto, el cual alude al desvalor moral y social que impera en quienes se dedican a dicha conducta delictiva, por haber encontrado en la misma una forma fácil de amasar fortuna a expensas de sus semejantes.

4.1.1. Legal

El concepto legal del delito de trata de personas se encuentra establecido en el Artículo 202 Ter del Código Penal, el cual preceptúa: “Constituye delito de trata de personas la captación, el transporte, traslado, retención, acogida o recepción de una o más personas con fines de explotación. Quien cometa este delito será sancionado con prisión de ocho a dieciocho años y multa de trescientos mil a quinientos mil quetzales. En ningún caso se tendrá en cuenta el consentimiento prestado por la víctima de trata de personas o por su representante legal. Para los fines del delito de trata de personas, se entenderá como fin de explotación: La prostitución ajena, cualquier otra forma de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, cualquier tipo de explotación laboral, la mendicidad, cualquier forma de esclavitud, la servidumbre, la venta de personas, la extracción y el tráfico de órganos y tejidos humanos, el reclutamiento de personas menores de edad para grupos delictivos organizados, adopción irregular, tramite irregular de adopción, pornografía, embarazo forzado, matrimonio forzado o servil.”



Con base en el Artículo citado, el concepto legal de trata de personas es bastante amplio y explícito, puesto que el mismo abarca las fases del delito y deja claro las formas en que las víctimas pueden ser explotadas, para lo cual cabe mencionar que la producción de pornografía constituye una de las muchas formas en que la niñez y adolescencia puede ser explotada, lo cual sucede tanto a nivel local como internacional, por tratarse de un delito que trasciende fronteras debido a las ganancias ilícitas que genera, motivo suficiente para que el Estado de Guatemala, con autoridad y firmeza, prevenga y combata la comisión del ilícito en referencia.

La trata de personas no es una actividad delictiva de práctica reciente, existe desde tiempos remotos, al extremo que en antaño algunos autores y cantantes se inspiraron en la explotación del hombre para componer e interpretar música de protesta, lo novedoso es su incorporación al Código Penal, el cual fue reformado por medio de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, contenida en el Decreto número 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala; por lo que desde el año 2009 es posible tipificar el delito de trata de personas, cuando existen los elementos para ello y concurren los verbos rectores del ilícito en mención.

4.1.2. Doctrinario

Diversos autores se han pronunciado sobre la trata de personas, habida cuenta son numerosos los conceptos que en doctrina existen sobre dicha actividad delictiva, la cual refleja cierto grado de descomposición social y carencia de valores, puesto que algunos seres humanos con el afán de obtener ganancias han caído en total irrespeto por sus



semejantes, al extremo de captarlos, trasladarlos, albergarlos y explotarlos de diversas maneras, sin importar el sufrimiento que ocasionan a las víctimas y familiares de las mismas.

“Entendiéndose la trata como la explotación y comercio de personas; forma de esclavitud moderna, que degrada al ser humano a la condición de objeto, se negocia en cadenas mercantiles, se traslada dentro y fuera del país con fines de lucro o de cualquier otro tipo de beneficio o provecho económico a través del traslado y/o entrega de una persona a otra para ser sometida a condiciones de explotación, otros fines ilícitos, forzada a realizar una actividad en donde su libertad, dignidad e integridad son quebrantadas. La trata debe ser entendida como una grave violación a los derechos humanos de las personas y como un delito que atenta contra la libertad, la integridad y dignidad de la víctimas.”⁴²

Lo transcrito confirma lo inhumano del delito de trata de personas, actividad delictiva que solo puede tener como sujetos activos a personas cuya conducta riñe con los valores morales que deben imperar en sociedad. El amor al dinero hace que algunos seres humanos pierdan el rumbo de sus actos y se enrolen en actividades ilícitas, al extremo de llegar a someter a niños, niñas y adolescentes.

“En el caso del tráfico de niños, las víctimas son reclutadas, transportadas, alojadas y alimentadas por el explotador, quien las obliga a trabajar en prostíbulos u otros establecimientos, los cuales ofrecen tal actividad.”⁴³ El sometimiento de menores de edad en actividades sexuales remuneradas es una actividad que se ha convertido en fuente de

⁴² Escobar Cárdenas. *Op. Cit.* Pág. 142

⁴³ Andrade Monar. *Op. Cit.* Pág. 28



ingresos para los tratantes, personas carentes de valores morales y desprovistos de sentimientos, lo que se evidencia con su detestable conducta.

A la trata se le concibe como: "Tráfico ilegal e inmoral, que tiende a la explotación del hombre privado de su libertad o al de la mujer como prostituta. DE BLANCAS. Inspirándose para la denominación en la antigua trata de negros, pero cambiando con atino el color y el sexo, por trata de blancas se comprende la explotación sexual de la mujer, privada si no de su libertad por completo, sí de su honra o, en parte, de los productos de su comercio carnal. DE NEGROS. O trata por antonomasia, se refiere al comercio realizado con los negros de África, desde poco después del descubrimiento de América hasta fines del siglo XIX, que quedaban sujetos a la esclavitud. Por extensión se ha referido esta locución a todo tráfico de esclavos, en cualquier tiempo y de todas las razas."⁴⁴

A criterio del tesista, la trata de personas se refiere al reclutamiento, traslado, recepción y albergue de seres humanos con el fin de explotarlos de diversas maneras; constituye la forma delictiva que degrada a la víctima y la reduce a la condición de objeto, con la cual el tratante comercia y obtiene cuantiosas ganancias, limitando y anulando la libertad y la dignidad del sujeto pasivo; es una forma vil de delinquir porque dentro las víctimas se emplean a niños, niñas y adolescentes en la prostitución y producción de pornografía infantil.

⁴⁴ Cabanellas de Torres. Op. Cit. Pág. 315



4.2. Fases

La trata de personas, para su consumación, se compone de fases o etapas que se deben llevar a la práctica una tras otra, mismas que se refieren a los verbos rectores del tipo penal contenido en el Artículo 202 Ter del Código Penal, las cuales se enumeran y explican en adelante.

4.2.1. Captación o reclutamiento

Se refiere los medios que se utilizan para atraer a la víctima o llamar su atención. “Es la fase en la que la víctima es contactada a través de distintas tácticas como: Engaño/Ofertas de empleo bien remunerados y de educación. Amenazas, uso de la fuerza u otras formas de coacción. Rapto. Fraude. Abuso de poder. Aprovechamiento de situaciones de vulnerabilidad. Estos medios en consecuencia; privan a la víctima de libertad, limitan el uso de los derechos que posee la persona de movilización, viciando el consentimiento de la misma.”⁴⁵ Esta fase refleja lo inhumano e inmoral del tratante o sujeto activo, porque se vale del engaño, del uso de la fuerza o de la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima para sustraerla de su entorno, despojándola de su libertad de locomoción y decisión.

Para ejemplificar esta etapa se cita el siguiente caso hipotético: la situación de dos adolescentes que en determinado departamento del país han quedado huérfanas de padre y madre, al cuidado de la abuela materna, las que por su condición de vulnerabilidad pueden ser contactadas por tratantes, ofreciéndoles la oportunidad de trabajar en la

⁴⁵ Escobar Cárdenas. Op. Cit. Pág. 143



ciudad capital, desempeñando un empleo digno y bien remunerado, llegando el extremo de hablar con la abuela de las menores de edad para que les conceda el permiso respectivo; sin embargo, cuando los tratantes tengan bajo su poder a las referidas menores de edad olvidarán la promesa del trabajo digno para ellas y las trasladarán al lugar donde serán explotadas, sexualmente por ejemplo.

4.2.2. Transporte o traslado

Alude al recorrido que hacen las víctimas hacia el lugar que el tratante ha destinado para ellas. “Esta fase en esencia se caracteriza por el traslado interno o externo, legal o irregular, implica el desarraigo de las víctimas y como consecuencia mayor vulnerabilidad frente a sus tratantes. En cuanto al transporte; los medios utilizados y las rutas de la trata adoptan diversas y cambiantes modalidades que muestran la logística perfeccionada de las organizaciones delictivas. Durante esta etapa la explotación sexual y/o laboral y las formas de coerción pueden manifestarse.”⁴⁶

En el caso hipotético citado, en el supuesto de que las menores de edad se encuentren en el departamento de Huehuetenango, para trasladarlas a la ciudad capital de Guatemala, los tratantes pueden utilizar el servicio de buses extraurbanos o vehículos particulares, trasladándose por la Ruta Interamericana o por medio de caminos y calles alternas, hasta llegar a su destino, el cual puede cambiar y ser trasladadas a la República de México, por ejemplo.

⁴⁶ Escobar Cárdenas. Op. Cit. Pág. 143



4.2.3. Acogida o recepción

Etapa en la cual la víctima de trata es recibida en determinado lugar, sitio en el que es mantenida bajo el control y vigilancia de miembros del grupo delictivo. Regularmente las víctimas de trata son trasladadas a hoteles o cuartos de alquiler en donde existe una persona encargada de proveerles la comida y lo que necesiten, para evitar que tengan contacto con el mundo exterior y así mantenerlas vigiladas.

El termino acoger significa: "Proteger o amparar a alguien. En Derecho Penal califica la acción de encubrir a un delincuente o de ocultar el cuerpo o efectos del delito (...)."⁴⁷ Por lo que en cuanto a la trata de personas, la acogida o recepción se refiere a recibir y albergar a la víctima, encubriendo a la vez a los tratantes.

4.2.4. Explotación de la víctima

Se refiere al fin primordial de la trata de personas, pues en todo caso el objetivo del ilícito es someter a la víctima para obtener lucro. "Característica que define los objetivos y propósitos finales de la trata. En esta fase el uso de la violencia o la amenaza de la violencia se convierten en las formas más comunes de coerción y sometimiento, concretando la explotación de las víctimas (...)."⁴⁸

Las principales formas de explotación de las víctimas son las que se explican a continuación, mismas que generan mayores ganancias para los tratantes:

⁴⁷ Cabanellas de Torres. *Op. Cit.* Pág. 14

⁴⁸ Escobar Cárdenas. *Op. Cit.* Pág. 143



Explotación sexual: “Categoría que incluye distintas modalidades de explotación que va desde niños, niñas, adolescentes y mujeres, hombres, transgéneros que de alguna forma directa o indirecta se ven obligados a ejercer la prostitución. (No solo a ejercer la prostitución, algunas son vendidas para matrimonio servil o entregadas a un amo, que no lucra económicamente con ella sino que la tiene para su propio placer; pornografía, pornografía por internet, entre otras formas de explotación).”⁴⁹

Lo sexual genera morbo en algunos seres humanos, lo cual es aprovechado por los autores del delito de trata de personas y por ello las víctimas del ilícito en mención son sometidas a prostitución forzada, explotación sexual comercial infantil, pornografía, turismo sexual y pedofilia.

Explotación laboral: “Esta categoría se basa en todas aquellas violaciones a los Derechos Humanos establecidos en las convenciones internacionales, se observa que las situaciones de los trabajadores carecen de derechos laborales y en algunos casos trabajan ilegalmente.”⁵⁰

Laboralmente se explota al ser humano cuando no se le paga el salario mínimo, no se remunerar las horas extras, se le niegan los descansos a que por Ley tiene derecho, se le hace trabajar en condiciones no aptas para su edad, en general, cuando no se reconocen los derechos laborales que le asisten. Situación de la que no es ajeno el país guatemalteco, puesto que en el área rural no se paga un mismo salario a las personas que

⁴⁹ Escobar Cárdenas. Op. Cit. Pág. 144

⁵⁰ Escobar Cárdenas. Op. Cit. Pág. 144



trabajan en el campo, sino que se hacen diferencias en cuanto a la edad o el grado de amistad que se pueda tener con el patrono.

La explotación laboral puede darse a través de trabajos o servicios forzados y servidumbre. En cuanto a la servidumbre, en doctrina se escribe que la misma puede darse a través de: "Mendicidad. Servidumbre por deuda. Servidumbre por leva; que en otras palabras implica las prácticas religiosas y culturales de un lugar."⁵¹

Lo anterior evidencia que cuando el ser humano ha caído en el más bajo nivel de inmoralidad no repara en el daño que le ocasiona a su prójimo, puesto que llegar a explotar sexual o laboralmente a sus semejantes con el ánimo de obtener lucro, solo refleja la ausencia de valores morales y la falta de humanidad en el sujeto activo.

4.3. Clases

Las clases de trata se refieren al lugar donde las víctimas son explotadas, dentro o fuera del territorio nacional, habida cuenta la trata puede ser interna o externa, la primera alude a cuando el delito se comete dentro del país y la segunda, cuando el ilícito se lleva a cabo fuera de las fronteras.

4.3.1. Interna

Es la que se realiza dentro del país guatemalteco, sin necesidad de atravesar fronteras. En esta modalidad el reclutamiento, el transporte, la acogida o recepción y la explotación

⁵¹ Ibid.



ocurren dentro del territorio guatemalteco. Se ejemplifica con el hecho de observar a niños o mujeres del interior del país pidiendo dinero al pie de alguna de las múltiples pasarelas que se ubican en la capital de Guatemala, puesto que la mendicidad constituye una forma de explotación.

4.3.2. Externa

“Es la modalidad de trata que conlleva el cruce de fronteras. Las personas son captadas, reclutadas y trasladadas a otros países para su explotación.”⁵² Para ejemplificar, el caso de una mujer guatemalteca que con engaño es llevada a la ciudad de México, lugar en el cual es recibida y posteriormente explotada sexualmente.

4.4. La pornografía infantil como una forma de explotación de las víctimas de trata de personas

Por las etapas o fases de que se compone la trata de personas, se deduce que la misma es una actividad delictiva llevada a cabo por grupos organizados. Desde el reclutamiento de las víctimas se denota el grado de inmoralidad que impera en las personas que intervienen en la comisión del ilícito, puesto que el simple hecho de observar a un niño como una fuente de ingresos económicos es una actitud alejada de los más altos estándares de conducta.

La conducta desviada que impulsa a la comisión del delito de trata de personas refleja el ánimo de delinquir del sujeto activo, a la vez que pone de manifiesto que cierto porcentaje

⁵² Escobar Cárdenas. Op. Cit. Pág. 145



de la población, nacional o extranjera, tiene inclinaciones sexuales desviadas, dentro de ellas se encuentra la pedofilia, de la cual se dice que: “Es la inclinación sexual por parte de adultos a sentir una atracción sexual hacia niños. Estado mental de un hombre o mujer que necesita abusar de un menor.”⁵³

La pedofilia ha sido vista como una fuente de ganancia, es por ello que se materializa la trata de personas, captando y reclutando a menores de edad, trasladándolos dentro o fuera del país, albergándolos en determinados lugares, para luego ser explotados sexualmente a través de la prostitución y pornografía infantil, todo con el objetivo de satisfacer las exigencias del mercado que siente fascinación al respecto.

La producción de pornografía infantil es una conducta que se encuentra arraigada en ciertos sectores de la población guatemalteca, específicamente, en quienes han hecho del delito su forma de vida y por esa razón no escatiman esfuerzos por reclutar a menores de edad que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, sustrayéndolos bajo engaño de su entorno de inocencia, para luego explotarlos a través de la pornografía, con el fin de obtener ganancia y satisfacer instintos desviados.

El empleo de niños, niñas y adolescentes para producir material pornográfico constituye una de las tantas formas de explotación que se realizan a través del delito de trata de personas, lo que ha generado el rechazo absoluto de la población normal, la que se dedica a trabajar y que por más difícil que sea su situación económica no concibe la idea de delinquir, mucho menos de someter a un menor de edad para obligarlo a que realice escenas eróticas o pornográficas.

⁵³ Escobar Cárdenas. Op. Cit. Pág. 144



Es por ello que el Estado de Guatemala ha implementado las estrategias necesarias para combatir la trata de personas y por ende la producción de pornografía infantil, habida cuenta en el año 2010 se adicionó al Código Penal el Artículo 193 Ter que regula el delito de producción de pornografía de personas menores de edad; sin embargo, la sanción establecida para los autores del ilícito se considera leve en comparación con el daño físico, moral y psicológico que se le ocasiona al menor de edad que es sometido para producir pornografía, motivo por el cual es procedente establecer el presupuesto Legal que permita sancionar dicho delito con pena de prisión impuesta en forma gradual, según la edad de la víctima y el daño que se le ocasione.

CAPÍTULO V



5. Fundamentos jurídico penales para aumentar la pena en el delito de pornografía infantil

En este capítulo se analizarán los fundamentos jurídico penales que a juicio del autor se deben considerar con el fin de aumentar la pena establecida para el delito de producción de pornografía de personas menores de edad, tomando en cuenta que el Estado debe ser garante de la indemnidad sexual de las personas, especialmente de la población infantil guatemalteca, puesto que el ilícito en mención denota un trastorno emocional de parte de los agresores, ya que con su actuar atentan contra la población infantil o personas con incapacidad volitiva o cognitiva, lo que evidencia aún más la perturbación del sujeto activo, porque con el ánimo de obtener ganancias deshonestas se emplea a niños, niñas o adolescentes para producir pornografía, situación que constituye un flagelo que azota a Guatemala y que debe ser erradicado de raíz.

Los fundamentos jurídico penales a considerar son: el interés superior del niño, la protección contra la pornografía infantil, el resguardo de la indemnidad sexual de los menores de edad y la característica de proporcionalidad de la pena, tomando como base la obligación estatal de garantizar y procurar el bien común de la población, principalmente de los niños, niñas y adolescentes, partiendo de la siguiente interrogante: ¿Por qué en la actualidad, el hecho de producir material pornográfico empleando a menores de edad o personas con incapacidad cognitiva o volitiva no es sancionado de forma gradual, en atención a la de edad de la víctima? La pregunta anterior surge porque el Artículo 193 Ter



del Código Penal establece pena de prisión de seis a diez años para quien sea declarado responsable de la comisión del delito, pero no contempla el presupuesto que permita graduar dicha sanción al momento de imponerla.

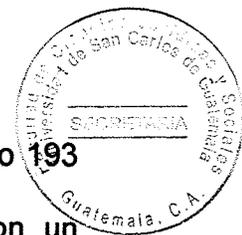
A continuación se explican los fundamentos jurídico penales indicados, lo cual se hará de forma concisa, tomando en cuenta que en los capítulos anteriores se hizo referencia a los mismos, por lo que su análisis se enfocará a sustentar la necesidad de aumentar la pena establecida para el delito de producción de pornografía de personas menores de edad.

a) El interés superior del niño: es un principio que se debe considerar al momento de tomar alguna decisión, administrativa o jurisdiccional, que involucre a niños y adolescentes. "(...) es uno de los fundamentos de los derechos de los menores y funciona como el eje fundamental de la protección de los mismos."⁵⁴

En virtud de lo anterior, por ser ese eje fundamental de protección de la niñez y adolescencia, el interés superior del niño proporciona fundamento jurídico penal para aumentar la sanción establecida para el delito de producción de pornografía de personas menores de edad, puesto que en atención a dicho principio y en función de una política criminal adecuada, el Estado debe implementar las estrategias que se consideren oportunas para prevenir la ola delincencial que vulnera la indemnidad sexual de los menores de edad, la cual debe ser salvaguardada a toda costa.

Con base en lo anterior, una de las estrategias a poner en práctica para el resguardo del interés superior del niño es aumentar la duración de la pena de prisión que se encuentra

⁵⁴ Ixcot Fuentes. Op. Cit. Pág. 53



establecida para el ilícito en referencia, el cual se encuentra regulado en el Artículo 193 Ter del Código Penal, por considerar que de esa manera se podrá contar con un persuasivo social que sirva para que los habitantes se abstengan de atentar contra los derechos de la niñez y adolescencia.

En suma, el Estado de Guatemala se encuentra fuertemente comprometido a resguardar el interés superior del niño, el cual se encuentra regulado en el Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, lo que significa que debe velar por erradicar las conductas delictivas que vulneren la libertad e indemnidad sexual de la población infantil, sancionando a los responsables, pero no imponiendo cualquier sanción, sino la que permita sentar un precedente, por ejemplo, al aumentar la pena de prisión establecida para el ilícito que se refiere a la producción de pornografía infantil.

b) La protección contra la pornografía infantil: considerando que la pornografía es toda expresión obscena de lo sexual, la pornografía infantil se refiere al empleo de personas menores de edad para la producción de material pornográfico. “La definición de pornografía infantil es compleja, por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, de creencias de tipo moral, de pautas de comportamiento sexual, así como de las ideas religiosas imperantes en cada comunidad.”⁵⁵ No obstante los factores que se deben tomar en cuenta para conceptualizar a la pornografía infantil, innegable es que la misma significa el sometimiento de la niñez a la realización de prácticas sexuales en contra de su voluntad, sustrayendo a los menores de edad de su entorno, quitándoles su inocencia, vulnerando su libertad e indemnidad sexual, con el afán desmedido de obtener ganancias deshonestas, afán que cada día se incrementa en los líderes de los grupos delincuenciales.

⁵⁵ Andrade Monar. Op. Cit. Pág. 10



La pornografía infantil riñe con el interés superior del niño y degrada al menor de edad al punto de ser considerado como un objeto que el agresor puede emplear o utilizar para producir pornografía por esa razón conveniente resulta aumentar la pena de prisión regulada en el Artículo 193 Ter del Código Penal y establecer el presupuesto que permita graduar dicha pena y aumentar su duración conforme a la edad del niño o adolescente que se haya sometido para producir pornografía infantil y al daño que el actuar delictivo le haya ocasionado.

Se propone lo anterior por considerar que al existir una sanción más drástica para quienes produzcan o elaboren pornografía infantil se sentará un precedente que servirá para ilustrar a la población en general sobre las consecuencias de ese actuar delictivo y con ello lograr, en cierto grado, que la comisión del delito de producción de pornografía de personas menores de edad cada día vaya en detrimento hasta lograr su erradicación, lo cual se concibe como algo irrisorio e imposible, pero implementando las estrategias adecuadas el Estado puede lograrlo.

c) El resguardo de la indemnidad sexual de los menores de edad: es tarea del Estado proteger a la niñez y adolescencia guatemalteca, para que nadie vulnere ese escudo que representa la indemnidad sexual. La palabra indemnidad significa: "Seguridad, caución o fianza dada a una persona o corporación de que no experimentará daños o perjuicios por la realización de algún acto. Condición o estado del exento de padecer algún mal en su persona o bienes."⁵⁶

Con base en lo conducente del concepto citado, la indemnidad sexual es la seguridad que le asiste a toda persona, especialmente a los menores de edad, respecto del hecho de que nadie vulnerará su sexualidad y por ende que ninguna persona puede someter a un

⁵⁶ Cabanellas de Torres. Op. Cit. Pág. 162



menor de edad en actividades pornográficas, ya que la pornografía infantil vulnera la indemnidad sexual de la niñez y adolescencia de Guatemala.

De todos es sabido que la niñez y adolescencia constituye el futuro de un país, razón suficiente para que el Estado de Guatemala cumpla con la obligación de resguardar la indemnidad sexual de los menores de edad, con el objetivo de que los mismos no sean utilizados en la producción de pornografía; para ello se deben implementar y desarrollar las estrategias que contribuyan al objetivo propuesto, dentro de las cuales resalta la posibilidad de aumentar la pena de prisión que se debe imponer a quienes sean declarados culpables del delito contenido en el Artículo 193 Ter del Código Penal.

d) La característica de proporcionalidad de la pena: la sanción que se impondrá al autor de un ilícito debe ser acorde a la gravedad de su conducta. “Los delitos graves deben sancionarse con penas graves, y los delitos leves con penas leves.”⁵⁷ Para ejemplificar, las faltas contra las personas se reprimen con arresto y el delito de homicidio con pena de prisión; la sanción establecida para cada infracción penal es conforme a la gravedad de la conducta delictiva, puesto que las faltas contra las personas se refieren a insultos verbales o agresiones físicas leves, en tanto que con el homicidio se priva de la vida a otra persona.

El Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula que el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos, con ello se establece la importancia de sancionar a quien es declarado culpable

⁵⁷ Escobar Cárdenas. Op. Cit. Pág. 224



de la comisión de un delito, porque al imponérsele una pena, de una u otra forma, se le obliga a cambiar su estilo de vida y se le orienta a reincorporarse a la sociedad.

Por su parte, el Artículo 112 del Código Penal establece que toda persona responsable penalmente de un delito o falta, lo es también civilmente. Por lo que se deduce que todo daño debe ser indemnizado, es decir, debe ser reparado dignamente. Esa reparación se logra cuando el autor del delito compensa, en cierto modo, al sujeto pasivo, pero sobre todo cuando el responsable es condenado a cumplir una sanción que sea acorde al daño que provocó con su conducta, puesto que al imponerse una sanción justa se compensa a la sociedad por el daño que se le ocasionó a uno de sus miembros.

Sin embargo, en cuanto a la pena de prisión establecida para el delito de producción de pornografía infantil, cabe mencionar que el Código Penal en su Artículo 193 Ter no contempla ningún presupuesto que permita aumentar y graduar su duración en atención al daño que el sujeto activo provoca a su víctima, daño que dependerá de la edad del menor de edad utilizado, puesto que dicho Artículo establece pena de prisión que va de seis a diez años de duración, situación que afecta a nuestro país, toda vez que la sanción regulada para el delito en mención no puede ser considerada como persuasivo social que motive a no delinquir, por su misma duración.

No obstante lo anterior, el Artículo 65 del Código Penal establece los criterios que se deben tomar en cuenta al momento de imponer la sanción, dentro de ellos la intensidad del daño causado; lo cual, a juicio del sustentante y conforme a la característica de proporcionalidad de la pena, provee fundamento jurídico penal para aumentar la duración



de la pena de prisión que se encuentra regulada para el delito de producción de pornografía de personas menores de edad, estableciendo a la vez el presupuesto que permita graduar la duración de la misma, para que dicha graduación se haga en atención al daño ocasionado con el obrar delictivo, daño que dependerá de la edad de la víctima.

5.1. Forma legal de aumentar la sanción establecida para el delito de producción de pornografía de personas menores de edad

En atención al principio de legalidad, ningún juez o tribunal puede imponer otra sanción que no sea la establecida en la propia Ley penal, por más reprochable que parezca o resulte el actuar del autor del delito. “Autor es quien tiene el dominio del hecho, mientras los que toman parte en el delito sin dominar el hecho son cómplices o inductores.”⁵⁸

Por tener el dominio del hecho es que el autor del delito de producción de pornografía de personas menores de edad debe ser sancionado con una pena ejemplar, para que su conducta no sea imitada por otras personas. Para el efecto en el propio Código Penal debe estar regulado el presupuesto que permita imponer pena de prisión en forma gradual, en atención a la edad de la víctima y al daño que el sujeto activo le halla ocasionado con su obrar delictivo.

⁵⁸ Gálvez Barrios, Estuardo. *La participación en el delito*. Pág. 16



5.1.1. Legalidad de la pena

La sanción que se le debe imponer al autor del delito de producción de pornografía de personas menores de edad debe estar previamente regulada en la Ley, por lo que el Artículo 193 Ter del Código Penal debe contemplar el presupuesto que permita graduar la duración de la prisión y que dicha graduación dependa de la magnitud del daño que se le haya ocasionado a la víctima, el que obedecerá a la edad de la misma.

“(...) la pena solo puede estar contemplada en la ley orgánica (principio de legalidad), precisamente porque consiste en la restricción de derechos fundamentales (...)”⁵⁹

Comúnmente se escucha el clamor popular de imponer sanciones drásticas, incluso hasta la muerte, a las personas que cometen delitos, esperando que la pena de prisión a imponer dure muchos años. Sin embargo, los jueces no pueden sancionar más allá de la forma permitida por la Ley, precisamente por la legalidad de la pena.

Con base en lo anterior, se considera oportuno que a través del procedimiento legislativo se reforme el Artículo 193 Ter del Código Penal para aumentar la duración de la pena de prisión reservada para el autor del delito regulado en dicho Artículo y establecer en el mismo el presupuesto que permita a los jueces graduar la duración de la prisión, en atención al daño que el obrar delictivo le provoque a la víctima.

⁵⁹ Escobar Cárdenas. *Op. Cit.* Pág. 222



5.1.2. Que la sanción sea acorde a la edad de la víctima

Tomando en cuenta que el delito de producción de pornografía de personas menores de edad se refiere a someter a niños, niñas o adolescentes para la elaboración de material pornográfico; en atención a una política criminal adecuada, que tienda a reprimir y erradicar el delito, lo pertinente es establecer el presupuesto legal que permita imponer pena de prisión conforme a la edad de sujeto pasivo del referido delito.

Los menores de edad tienen el derecho a disfrutar de una vida tranquila y cohabitar en un ambiente libre de violencia. Sin embargo, en la actualidad, para producir pornografía infantil se emplean a niños y adolescentes, lo que hace más imperante la necesidad de sancionar al responsable del delito con pena de prisión cuya duración dependa de la edad de la víctima, porque, no obstante que se emplean a menores de edad, no es lo mismo someter a un niño de diez años que a un adolescente de diecisiete años de edad, por ejemplo, ya que en el primer supuesto se trata de una personita revestida de inocencia plena, que no alberga el mínimo pensamiento de sexualidad, por lo que la pena de prisión que se debe imponer a quien involucre a ese niño en la producción de pornografía debe ser de mayor duración que en el caso del adolescente, ya que el joven de diecisiete años tiene mentalidad más abierta, lo que no justifica la comisión del ilícito, pero sí puede tomarse en cuenta al momento de sancionar al responsable de la producción de pornografía de personas menores de edad.

Lo indispensable es que el Estado de Guatemala asuma a plenitud la obligación de reprimir y erradicar la producción de pornografía infantil y sancionar ejemplarmente a los



responsables de ese delito. Aunado a lo anterior cabe resaltar que: “Como consecuencia de la comisión de un delito, se generan dos acciones importantes. Por un lado la acción penal para castigar al imputado, y por otro, una acción civil, para ejercer la acción reparatora o restitución del daño causado.”⁶⁰

Con base en lo anterior, el Ministerio Público debe realizar una investigación exhaustiva y adecuada para que los responsables de la producción de pornografía sean sometidos a proceso penal, además, aportar los medios de prueba suficientes para que los mismos sean sancionados; por lo que al momento del dictado de la sentencia respectiva, los jueces deben disponer de las herramientas jurídicas adecuadas para imponer una sanción que sea acorde a la magnitud del daño causado a la víctima, el cual, como se indicó, depende de la edad del sujeto pasivo; lo que da sustento a la necesidad de reformar el Artículo 193 Ter del Código Penal, para que en dicho Artículo se regule el presupuesto que permita a los jueces imponer pena de prisión cuya duración dependa de la edad del niño o adolescente empleado en la producción de pornografía infantil.

5.1.3. Objetivo

La finalidad de reformar el Artículo 193 Ter del Código Penal es aumentar la duración de la pena de prisión que se impondrá al responsable del delito de producción de pornografía de personas menores de edad y establecer en dicho Artículo el presupuesto que permita a los jueces sancionar a los responsables del delito con prisión cuya duración dependa de la edad de la víctima.

⁶⁰ Par Usen, José Mynor. **El proceso penal, el control de la acusación en el derecho procesal penal guatemalteco.** Pág. 45



Lo anterior obedece a que por legalidad la pena a imponer debe estar previamente regulada en la Ley, para no incurrir en arbitrariedades; sobre todo, para dotar a los jueces de las herramientas jurídicas necesarias que permitan la impartición de una justicia que responda a los fines de una política criminal adecuada, que permita lograr la erradicación del flagelo que representa la producción de pornografía infantil; puesto que el empleo de niños y adolescentes en la elaboración de material pornográfico denota el apetito voraz de amasar fortuna de forma ilícita, de parte de los responsables del delito, lo que obliga al Estado a reprimir tal conducta imponiendo sanciones que coadyuven a la resocialización del delincuente y ejemplifiquen el destino que espera a quienes incurran en el tipo penal regulado en el Artículo 193 Ter del Código Penal.

5.1.4. Resultado esperado

Al aumentar la pena de prisión que se encuentra regulada para el delito de producción de pornografía de personas menores de edad, se espera sentar un precedente que sirva como persuasivo social que induzca a la población a no delinquir, para que el Estado de Guatemala cumpla con su obligación de garantizar el bien común de los habitantes, lo que también significa proveer de un ambiente libre de violencia a los menores de edad.

Por lo que se pretende erradicar el empleo de niños y adolescentes en la producción de pornografía infantil, puesto que, como se indicó, el Estado de Guatemala debe ser garante de los derechos de los menores de edad, lo que incluye el pleno respaldo del interés superior del niño, principio que obliga a tomar decisiones, administrativas y jurisdiccionales, en función del bienestar de los niños y adolescentes.



Por último, al disponer del presupuesto que permita imponer pena de prisión cuya duración dependa de la edad de la víctima y el daño que se le ocasione, se espera que la población tome más confianza en las instituciones de justicia, ya que en la actualidad el Artículo 193 Ter del Código Penal contempla pena de prisión leve y no permite graduar su duración. Lo que significa que sin importar la edad de la víctima y el daño que se le provoque, actualmente los jueces no pueden reprimir como se debiera al autor del delito y se corre el riesgo de que las personas vuelvan a delinquir produciendo pornografía infantil, siendo esto lo que se intenta evitar en la forma propuesta.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El Estado de Guatemala protege la indemnidad sexual y sanciona las conductas que atentan contra la misma; sin embargo, actualmente se produce material pornográfico empleando a menores de edad, lo que ocurre por lo benevolente de la pena establecida para el delito de producción de pornografía de personas menores de edad, el cual se sanciona con prisión de seis a diez años; además, porque no existe la posibilidad de graduar la duración de la prisión, para que la misma sea acorde a la edad de la víctima.

El delito de producción de pornografía de personas menores de edad, se encuentra establecido en el Artículo 193 Ter del Código Penal, el que, como se indicó, se sanciona con pena de prisión que no supera los diez años de duración; por lo que se considera que esa sanción no contribuye a la erradicación del delito, ya que la misma, por su duración, es benevolente con el autor del ilícito, no obstante los daños físicos y psicológicos que ocasiona con su actuar delictivo.

Por lo anterior, se recomienda modificar el Artículo 193 Ter del Código Penal, en el sentido de aumentar la duración de la pena de prisión que se encuentra regulada para el tipo penal contenido en dicho Artículo, estableciendo además el presupuesto que permita graduar la duración de la prisión, para que la misma se impuesta conforme a la edad de la víctima y al daño que se le ocasione, puesto que al existir una sanción más drástica se logrará erradicar la producción de pornografía infantil y se garantizará el respeto de la indemnidad sexual de la niñez y adolescencia guatemalteca.





BIBLIOGRAFÍA

- ANDRADE MONAR, Elsy Virginia. **Análisis de las formas de difusión de la pornografía infantil en internet en la legislación ecuatoriana.** Ecuador: Ed. UNIANDES, 2016.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** Argentina: Ed. Heliasta S.R.L, 1979.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial.** 14ª. ed., Guatemala: Ed. F&G Editores, 2003.
- ESCOBAR CÁRDENAS, Fredy Enrique. **Compilaciones de derecho penal, parte especial.** 7ª. ed., Guatemala: Ed. Magna Terra Editores, 2016.
- ESCOBAR CÁRDENAS, Fredy Enrique. **Compilaciones de derecho penal, parte general.** 8ª. ed., Guatemala: Ed. Magna Terra Editores, 2016.
- GÁLVEZ BARRIOS, Carlos Estuardo. **La participación en el delito.** Guatemala: Ed. LERENA, 1999.
- IXCOT FUENTES, Mónica José. **El interés superior del niño (a) ante la guarda y custodia en la tramitación de providencias cautelares de seguridad de personas y la inidoneidad de la madre. Estudio de casos.** Tesis. Guatemala: Universidad Rafael Landívar, 2017.
- LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio y Félix María Pedreira González. **Curso de derecho penal parte general.** Guatemala: Ed. MR Litografía, 2013.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 27ª. ed., Argentina: Ed. Heliasta SRL, 2000.
- PAR USEN, José Mynor. **El proceso penal, el control de la acusación en el derecho procesal penal guatemalteco.** 4ª. ed., Guatemala: Ed. SERVIPRENSA S.A., 2013.



REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española**. 21^a. ed., España: Ed. Espasa, Calpe S.A., 1994.

SANDOVAL SANDOVAL, Osman Leonel. **La necesidad de regular en el ordenamiento jurídico guatemalteco el otorgamiento de medidas de seguridad y/o protección por razón de género en los casos no contemplados en los decretos 97-1996 y 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala**. Tesis. Guatemala: Ed. EMI IMPRESOS, 2017.

Legislación:

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

Código Penal. Decreto número 17-73. Congreso de la República de Guatemala, 1973.

Código Procesal Penal. Decreto número 51-92. Congreso de la República de Guatemala, 1992.

Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas. Decreto número 9-2009. Congreso de la República de Guatemala, 2009.

Ley de Armas y Municiones. Decreto número 15-2009. Congreso de la República de Guatemala, 2009.

Ley del Organismo Judicial. Decreto número 2-89. Congreso de la República de Guatemala, 1989.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Decreto número 27-2003. Congreso de la República de Guatemala, 2003.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto número 512. Congreso de la República de Guatemala, 1948.